ED 141 : Ecole doctorale Droit et Science Politique

EA 3933 - Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Jonatán CRUZ ÁNGELES

Théorie juridique du consensus et marge d´appréciation des états en matière d´orientation sexuelle

Étude comparée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l´homme et de la Cour interaméricaine des droits de l´homme

Thèse présentée et soutenue publiquement le 16 décembre 2016
en vue de l'obtention du doctorat de Droit privé et sciences criminelles
de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

sous la direction de M. Daniel BORRILLO (Université Paris Ouest Nanterre La Défense)
et M. Víctor Luis GUTIERREZ CASTILLO (Universidad de Jaén)

Jury :

Président	M. Castor DIAZ BARRADO	Professeur à l´Université Rey Juan Carlos
Rapporteur	Mme. Carmen MARQUEZ CARRASCO	Professeur à l´Université de Séville
Rapporteur	M. Jacobo RIOS RODRIGUEZ	Maître de conférences HDR à l´Université de Perpignan Via Domita
Membre du jury	M. Juan Manuel DE FARAMIÑÁN GILBERT	Professeur à l´Université de Jaén
Membre du jury	Mme. Eva MENDUIÑA GORDON	Maître de conférences à l´Université de Paris X, Ouest-Nanterre, La Défense
Membre du jury	M. Ramon RUIZ RUIZ	Maître de conférences à l´Université de Jaén
Membre du jury	M. Eric MILLARD	Professeur à l´Université de Paris X, Ouest-Nanterre, La Défense

A Víctor y a Daniel,

Agradecimientos

Este largo camino comenzó en el verano de 2012 en la ciudad de Montpellier (Francia), donde me encontraba realizando una estancia de inmersión lingüística. Había finalizado un Máster (perfil investigador) en la Universidad de Córdoba y todo estaba dispuesto a mi regreso a España en septiembre para integrarme en el Programa de Estudios de "Diplomacia y Relaciones Internacionales" de la Escuela Diplomática de Madrid (perteneciente al MAEC-AECID).

Recuerdo con cierta nostalgia la sensación de incertidumbre constante que me acompañaba en aquella etapa. Pronto aprendería que el que uno no sepa dónde se encuentra, no significa necesariamente que esté perdido y que la distancia más corta entre dos puntos en la vida no es siempre una línea recta. Siempre contando con el apoyo incondicional de mi tutor en España, que tanta paciencia ha tenido conmigo. Mi faro, el Prof. Dr. Víctor Luis GUTIÉRREZ CASTILLO, que fue la luz que guio mi camino y que me llevaría a redactar este trabajo de disertación.

Durante mi periodo de formación en la Escuela Diplomática de Madrid, conté con el gran apoyo de mi Prof. Dr. Cástor DÍAZ BARRADO y de la Jefa de Estudios, la Profa. Drª. Elena PÉREZ MARTÍN. Ellos consiguieron que integrase de una forma desenfadada, aunque con mucho esfuerzo, el Derecho Internacional como un elemento más de mi vida cotidiana. Precisamente, fue el Prof. Dr. DIAZ BARRADO, el que consiguió, gracias al relato de sus viajes, despertar mi curiosidad por América Latina, como un horizonte lleno de posibilidades.

Había comenzado a estudiar la teoría general del Derecho Internacional pero, ¿por qué estudiar los sistemas regionales de defensa de derechos humanos? La respuesta es mi mentor, el Prof. Dr. Daniel Ángel BORRILLO, un gran especialista del sistema europeo y una gran persona, quién aceptó (co)dirigir mi tesis doctoral y me acogió en su equipo de investigación en la *Université Paris Ouest Nanterre (Paris X,*. A su lado comencé a escudriñar todas las bibliotecas parisinas que estaban a mi alcance para abastecerme de bibliografía de consulta para mi tesis. Con él dejé de estudiar Derecho para comenzar a reflexionar sobre "cuestiones de derechos".

Durante mi primer año de estudios en París recuerdo varios viajes que marcaron un punto de inflexión en mi trabajo de investigación; tales como la entrevista que me concedió, en el *Kings College of London,* el Prof. Dr. Robert WINTEMUTE, académico

y abogado de reconocido prestigio que ha llevado casos ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o la entrevista a la Jueza y Profa. chilena Karen ATALA RIFFO, en la Universidad del País Vasco, gracias a la mediación del Prof. Dr. Juan SOROETA LICERAS con ocasión de la participación de ésta en los Cursos de Derechos Humanos organizados anualmente por dicha Universidad.

Comenzaron los viajes a Centro y Sudamérica para realizar estancias de investigación. En Uruguay, de la mano de la Profa. Ana PASTORINO en la Universidad de La República (UDELAR), comencé a estudiar el sistema regional interamericano y sus particularidades. Aunque recuerdo que fue en Brasil, estancia que realicé gracias al apoyo del Prof. Dr. José Reinaldo DE LIMA LOPES, en la *Universidade de Sâo Paulo*, en su Grupo de *Estudos de Direito e Sexualidade* (GEDS), donde comencé a comprender que la cuestión de fondo de mi estudio presentaba una dimensión totalmente distinta en la otra orilla del Océano Atlántico.

Unos meses después, en El Salvador, conté con el apoyo incondicional de mi siempre cómplice, la Maestra Luz Elena NÚÑEZ MANCÍA, directora de contenidos de la Maestría de Diplomacia del Instituto Especializado de Educación Superior para la Formación Diplomática (IEESFORD) de la Cancillería de Asuntos Exteriores de El Salvador, que tanto me apoyó en mis inicios como docente.

Y tras esta odisea llegó el momento de clausura y reflexión. Regresé a España para poder ordenar ideas y plasmar todo lo aprendido en mis viajes. Así como para continuar mi labor como becario de investigación en la Universidad de Jaén y comenzar una nueva etapa en la que sería mi nuevo "hogar académico", la Universidad de Loyola Andalucía, de la mano del Prof. Dr. Juan Antonio CARRILLO DONAIRE y guiado por la Directora de mi Departamento, la Profa. Drª. Marta MONTERO SIMÓ.

En definitiva, este trabajo de investigación es el resultado de una etapa repleta de viajes y aventuras, en la que gracias al apoyo de un amplio equipo de académicos he podido formarme y tratar de transmitir, con mayor o menor acierto, en estos renglones, todo lo aprendido sobre un tema tan apasionante y de actualidad como es el de los sistemas regionales de defensa de derechos humanos.

Y por último, quisiera pedir perdón a todas aquellas personas a las que por una cuestión de espacio no he plasmado en este apartado, pero que han estado presentes en esta etapa apoyándome.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AEDI	Anuario Español de Derecho Internacional
AGNU	Asamblea General de Naciones Unidas
AGOEA	Asamblea General de la Organización de Estados Americanos
AJIL	American Journal of International Law
Apto.	Apartado
AUIP	Asociación Iberoamericana de Estudios de Posgrado
c.	Contra
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CdeE	Consejo de Europa
CDDH	Comité Directivo/ Junta Directiva de Derechos Humanos
CEDH	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CEJIL	Centro por la Justicia y el Derecho Internacional
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
ComEDH	Comisión Europea de Derechos Humanos
ComIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
DDCCPP	Derechos Civiles y Políticos
DH-GDR	Comité intergubernamental especializado en la reforma del sistema del CEDH. Actualmente, ha pasado a denominarse DH-SYSC
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
Ed.	Edición

EDUJA	Escuela de Doctorado de la Universidad de Jaén
EEMM	Estados miembros
EJIL	European Journal of International Law
FFAA	Fuerzas Armadas
GEDS	Grupo de Estudios de Derecho y Sexualidad (Universidad de Sao Paulo)
GESTAPO	Geheime Staatspolizei o "Policía secreta del Estado"
HUDOC	Base de datos de jurisprudencia del TEDH
Ídem.	Lo mismo
IIDH	Instituto Interamericano de Derechos Humanos
IEESFORD	Instituto Especializado de Educación Superior para la Formación Diplomática (El Salvador)
IIWW	Segunda Guerra Mundial
LGBTI	Comunidad de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales
MAN	Margen de Apreciación Nacional
NNUU/ONU	Naciones Unidas
OEA	Organización de Estados Americanos
OMS	Organización Mundial de la Salud
op. cit.	Obra citada
p.	Página
pp.	Páginas
PaCS	Pacto Civil de Solidaridad
párr.	párrafo
passim.	Del lat., por todas partes. En textos castellanos significa, aquí y allí, en una y otra parte, en lugares diversos.
pp.	Páginas
RCIDH	Reglamento de la CIDH
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo

REDF	Revista Europea de Derechos Fundamentales
REDUE	Revista de Derecho de la Unión Europea
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
REEI	Revista Electrónica de Estudios Internacionales
Ref.	Referencia
REJ	Revista de Estudios Jurídicos
RGDE	Revista General de Derecho Europeo
RGDIP	*Revue Générale de Droit International Public*
RTEDH	Reglamento del TEDH
SEREMI	Secretaría Regional Ministerial de Educación (Chile)
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
USP	*Universidade de Sâo Paulo*
Vid.	Véase
VVAA	Varios Autores

TABLA DE CONTENIDOS

ABREVIATURAS Y SIGLAS 7

INTRODUCCIÓN GENERAL 17

1. Metodología y temporalización 19
1.1. Delimitación del campo de estudio y del método utilizado 20
1.2. Interés del estudio 23
2. Plan de trabajo y cronograma 24
2.1. Fase de lectura: introducción al tema principal de estudio y planteamiento inicial de hipótesis 24
2.2. Búsqueda de documentación 25
2.3. Redacción final y presentación de la tesis 26
3. Estructura de la investigación 27

Capítulo preliminar. El margen de apreciación nacional y su aplicación en los sistemas regionales de protección de derechos humanos 31

1. El desarrollo de los preceptos convencionales a través de la superación de las particularidades nacionales 31
1.1. La posición privilegiada del Estado y su margen de actuación 34
1.2. La cláusula de la "sociedad democrática" como límite a las particularidades nacionales 39
2. La conciliación de la diversidad y la uniformidad a través de los "estándares mínimos de protección" 41
3. La interpretación de los textos convencionales "a la luz de nuestros días" 44
4. TEDH y CIDH como escenarios idóneos para la protección de derechos humanos 48

PRIMERA PARTE. LA RESTRICCIÓN DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN MATERIA DE ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL SISTEMA EUROPEO 53

Capítulo I. La protección de las libertades y de los derechos fundamentales en el marco del consejo de Europa 55

1. Introducción. 55

2. Objetivos esenciales del sistema del Convenio en los contextos históricos y actuales 56
3. Evolución histórica del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales 62
4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 64
4.1. Antecedentes y evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos. 65
4.2. El TEDH tras la reforma del Protocolo nº. 14, de 2004. 68
4.3. Aspectos competenciales 71
4.4. Aspectos procedimentales 73
5. Análisis crítico de las medidas introducidas por la declaración de brighton 85
5.1. Criterios más estrictos de admisibilidad 86
5.2. La introducción en el Preámbulo del CEDH de la consolidación del principio de subsidiariedad y la doctrina del margen de apreciación 88
5.3. La voluntariedad de las donaciones al TEDH y de la adopción de medidas nacionales para la implementación del CEDH 88
6. Los futuros desafíos en el sistema europeo de protección de derechos humanos 90
6.1. Introducción 90
6.2. La necesidad de reforzar la autoridad del mecanismo de protección del TEDH en los sistemas nacionales 94
6.3. La sobrecarga del TEDH: la búsqueda de soluciones sin limitación de garantías 99
6.3.1. Situación actual tras la aplicación del Protocolo nº. 14 99
6.3.2. Posibles soluciones en el marco de las estructuras existentes 103

Capítulo II. La teoría del consenso y El margen de apreciación nacional en materia de orientación sexual en el sistema europeo 109

1. Introducción. 109
2. El papel de la comisión europea de derechos humanos ante las peticiones en materia de orientación sexual 113
2.1. Introducción 113
2.2. La denegación del acceso a la Justicia : 1955-1975 114
2.3. Alemania ante la ComEDH 115
2.4. Austria y Reino Unido ante la ComEDH 123
3. Análisis de la jurisprudencia del TEDH: orientación sexual y protección de la vida privada 129
3.1. Relaciones homosexuales en la esfera de la vida privada 129

3.2. Las relaciones sexuales llevadas a cabo entre dos adultos del mismo sexo que consienten en privado 131
3.3. La mayoría de edad sexual 136
3.4. Prácticas sexuales en grupo 138
3.5. Relaciones sexuales de carácter sadomasoquista 139
3.6. Sexualidad en Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado 141
4. Análisis de la jurisprudencia del TEDH: orientación sexual y protección de la vida familiar 145
4.1. Reconocimiento de la vida familiar 146
4.2. La protección de los derechos parentales 147
4.3. El derecho de acceso a la adopción 149
4.4. La unión civil y el derecho a contraer matrimonio 154
4.5. La extensión de las prerrogativas conyugales 161
5. Análisis de la jurisprudencia del TEDH: orientación sexual y derechos civiles y políticos 166
5.1. Libertad de expresión y libertad de prensa 167
5.2. Libertad de reunión y de manifestación 174
6. Retos pendientes del sistema europeo : análisis crítico 181
6.1. La protección del individuo homosexual ante tratos inhumanos y degradantes: artículo 3 de CEDH 181
6.2. Vida familiar y orientación sexual: un horizonte de posibilidades 188
6.3. Inmigración y asilo 190
6.4. Nuevas demandas en materia de DDCCPP 193

SEGUNDA PARTE. LA CONFIGURACIÓN DEL CONSENSO EN MATERIA DE ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO 199

Capítulo III. La protección de las libertades y de los derechos fundamentales en el marco del sistema interamericano 201

1. La Organización de Estados Americanos 201
1.1. Antecedentes históricos 201
1.2. Propósito, principios y estructura orgánica 209
2. El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos 217
2.1. Antecedentes históricos 217
2.2. La creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su evolución institucional 218
2.3. El Estatuto de la Comisión Interamericana 221
2.4. El Reglamento de la Comisión Interamericana 224

2.5. La composición y funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 228
2.6. Modificaciones introducidas por el Reglamento de la Corte Interamericana 230
2.7. Últimos avances y retos pendientes del SIDH 234
3. Los instrumentos regionales de protección y promoción de derechos humanos 236
3.1. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 236
3.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus protocolos 237
3.3. Otras convenciones e instrumentos regionales 239
4. El acceso al sistema de protección de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 241
4.1. El individuo y el derecho de acción 243
4.2. Condiciones para el acceso al sistema 245
4.3. El derecho a obtener una respuesta y los plazos 249
4.4. La ejecución de las sentencias: relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno 251
5. Los desafíos del sistema interamericano 253
5.1. El *ius standi* de los particulares 254
5.2. La superación de problemas estructurales relativos al derecho de acceso 255
5.3. El cumplimiento de las sentencias de la Corte 257
5.4. El compromiso y responsabilidad de los Estados parte 260

Capítulo IV. La teoría del consenso y el margen de apreciación nacional en materia de orientación sexual en el sistema interamericano . 265

1. La protección de la orientación sexual en la Organización de Estados Americanos 265
1.1. La protección de la orientación sexual en las resoluciones de la Asamblea General de la OEA 266
1.2. Las cláusulas de igualdad y no discriminación en la Convención Americana sobre derechos humanos (CADH) 273
1.3. La protección de la orientación sexual en la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia ... 278
2. El tratamiento de la orientación sexual ante la Comisión Interamericana de derechos humanos 282
2.1. Peticiones y casos en materia de discriminación por razón de orientación sexual ante la Comisión Interamericana 285
2.1.1. En establecimientos de detención y centros penitenciarios .. 286

2.1.2. En Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado 293
2.1.3. En centros de trabajo 297
2.1.4. En espacios educativos 300
3. El tratamiento de la orientación sexual ante la Corte Interamericana 302
3.1. El informe de la ComIDH sobre el Caso Karen Atala Riffo y Niñas c. Chile 305
3.2. El marco conceptual y los criterios interpretativos adoptados por la CIDH 307
3.3. El análisis de la Sentencia de la Corte Suprema de Chile realizado por la CIDH 311
3.4. El desarrollo de la teoría del consenso y la restricción del margen de apreciación en el caso Atala Riffo 314
3.5. Extensión de prerrogativas conyugales en Alberto Duque c. Colombia 318
4. Cuestiones pendientes ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos 321
4.1. En centros de trabajo 322
4.2. En Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado 323

CONCLUSIONES GENERALES 327

RÉSUMÉ SUBSTANTIEL EN FRANÇAIS DE LA THÈSE EN COTUTELLE INTERNATIONALE 351

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA 375

RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS 389

ANEXOS 397

INTRODUCCIÓN GENERAL

Gracias a la labor del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (en adelante TEDH) y de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (en adelante CIDH) se ha ido consolidando un sistema de estándares mínimos de derechos y libertades por el que, a lo largo del tiempo, se ha ido garantizando la protección del individuo de una forma integral y con independencia de su orientación sexual: tanto en su esfera íntima (su vida privada y familiar), como en la esfera pública, en el ámbito político y social, donde en definitiva se construye su identidad. Todo ello, sin embargo, no ha sido un proceso pacífico ni fácil. Las conquistas de derechos, así como su protección, se han desarrollado en un escenario caracterizado por una cierta confrontación entre los Estados, celosos de su soberanía, y los tribunales internacionales, garantes de la ortodoxa interpretación de los derechos y libertades contenidos en los convenios. Por esta razón, cabe preguntarse: ¿qué mecanismos han empleado los jueces supranacionales en la práctica para limitar el poder de las autoridades estatales? y ¿hasta qué punto están legitimados para ello?. Para poder responder a estas cuestiones, analizaremos qué hitos y/o *leading cases* han constituido piezas clave en el reconocimiento del estatuto jurídico del ciudadano homosexual. Asimismo, conviene preguntarse si dicho estatuto es el resultado de un consenso entre Estados en el seno del Consejo de Europa y de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) o, si por el contrario, es el resultado de una interpretación autónoma de los convenios internacionales realizada por los tribunales de estas organizaciones.

Para llegar a buen puerto en nuestro estudio, se hace necesario un análisis comparativo de la protección del individuo homosexual en los

sistemas europeo e interamericano, que implique un estudio de las estrategias procesales desarrolladas, las particularidades regionales y el desarrollo potencial de dicha protección en los próximos años en cada una de estas organizaciones.

Ahora bien, elaborar un estudio comparativo en este tema no es tarea sencilla. Implica, en primer lugar, llevar a cabo un análisis de las organizaciones internacionales en cuestión, así como de los mecanismos de protección existentes en las mismas. Por este motivo, el punto de partida de nuestra investigación será, en primer lugar, el TEDH, tomado como escenario para la defensa de la libre sexualidad del individuo en Europa. Analizaremos los objetivos esenciales del sistema del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH) en los contextos históricos y actuales, así como sus características principales, con el fin de analizar su autoridad e influencia como tribunal supranacional en los Estados miembros que componen el Consejo de Europa (en adelante CdE).

Una vez analizado el TEDH como máxima autoridad judicial en su contexto espacio-temporal, procederemos a un análisis de su jurisprudencia. En este sentido, realizaremos un estudio de todos los casos planteados, tanto ante la Comisión, como ante el Tribunal desde los años 50´ hasta nuestros días, realizando una clasificación de los mismos teniendo en cuenta la naturaleza de la problemática planteada: derechos de la persona (no discriminación y derecho a un trato digno e igualitario), derechos de familia (registro de parejas, matrimonio, extensión de prerrogativas conyugales, derechos parentales, adopción y técnicas de reproducción asistida) o derechos civiles y políticos de otra naturaleza (libertad de expresión, derecho de reunión y asociación entre otros). El mismo esquema seguiremos en el caso de la CIDH.

Partiendo de este planteamiento, podremos estudiar cómo han evolucionado los preceptos contenidos en los textos de referencia sobre Derechos Humanos en ambos continentes. Y, en concreto, cómo dicha evolución ha servido para establecer estrategias procesales destinadas a proteger los derechos de la comunidad de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (en adelante LGBTI). Tras el estudio jurisprudencial de las sentencias del TEDH y de la CIDH procederemos a la elaboración de una síntesis de contenido. De este modo, estudiaremos la idiosincrasia de las doctrinas europea e interamericana y trataremos de evaluar la existencia de un consenso en los Estados miembros de la OEA para la concreción de un sistema de estándares mínimos en materia de no discriminación por razón de orientación sexual, estableciendo similitudes y particularidades respecto al viejo continente.

1. METODOLOGÍA Y TEMPORALIZACIÓN

El estudio de la teoría jurídica del consenso en los sistemas europeo e interamericano implica necesariamente la afirmación de la naturaleza de los derechos humanos como una herramienta regional. No olvidando, claro está, su proyección universal, a través de la acción concertada de los Estados como sujetos primarios de Derecho Internacional.

A la hora de estudiar la protección de la libre sexualidad como derecho humano, observamos que en la *praxis* el individuo catalogado como "homosexual" aún sufre el riesgo de ser discriminado en los distintos Estados que conforman el sistema europeo o interamericano. Asimismo, llama la atención que la noción de no discriminación por razón de orientación sexual todavía dista mucho de ser un concepto universal(ista) y exento de cuestionamientos políticos, a diferencia de otras categorías aceptadas por todos, como la de "raza" o "sexo". Muy probablemente

detrás de esta situación se encuentre el hecho de que nuestra sociedad ha contemplado tradicionalmente la homosexualidad como un pecado, una enfermedad o incluso un delito. Es por ello que la tarea del TEDH y de la CIDH supone (o debe suponer) una (de)construcción y un (re)planteamiento de las estructuras clásicas que componen nuestra sociedad, en pro de la inclusión y la igualdad real y efectiva.

El proceso del reconocimiento y protección de la homosexualidad requiere de la participación de las autoridades estatales, que deberían abandonar construcciones jurídicas basadas en la moral, la tradición y las denominadas buenas costumbres. Éstas influenciadas por la labor del TEDH y de la CIDH han iniciado un proceso de neutralización del Derecho, a través de la construcción de herramientas supuestamente objetivas. Situación que no debe interpretarse como una revolución que ponga en riesgo el orden preestablecido, sino que supone la construcción de un discurso de tolerancia en el que participan las autoridades públicas.

Sin embargo, no podemos ignorar que en este contexto aún encontramos Estados miembros que se resisten a la implementación de este proceso de extensión de libertades y derechos, mostrándose aparentemente impermeables a los avances introducidos por la jurisprudencia de los tribunales en materia de derechos humanos. En este sentido, será necesario analizar las posibles consecuencias de sus actuaciones, así como las posibles sanciones a los que se deberían hacer frente en el marco de los sistemas regionales de protección de derechos humanos.

1.1. Delimitación del campo de estudio y del método utilizado

Todo trabajo de investigación debe nacer como una propuesta que trate de confirmar/refutar una hipótesis. En este caso, nos planteamos la siguiente cuestión: ¿la teoría del consenso es una herramienta de carácter

político? o, por el contrario ¿podemos analizarla como una herramienta jurídica?. Y de ser así, ¿podemos establecer sus límites?

Frente a las voces que apuntan que la teoría del consenso es un concepto político o un concepto jurídico indeterminado, nos planteamos evaluar qué elementos caracterizan el proceso de creación del consenso en el *quórum* del TEDH y de la CIDH. Para ello, se hace necesario observar una doble dimensión de este proceso. Por un lado, el elemento *ad intra*, es decir, la evolución jurisprudencial en materia de no discriminación por razón de orientación sexual. Y por otro, la dimensión *ad extra*, a través del *Soft law* del Consejo de Europa y de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA). Dimensiones ambas que serán objeto de análisis en nuestro estudio. De este modo, pretendemos extraer una metodología de trabajo que nos permita tasar la creación y evolución de la teoría del consenso y que, además, se pueda extrapolar a materias conexas, relacionadas con discriminación de grupos considerados tradicionalmente como minoritarios.

Por este motivo, nuestra investigación se centrará principalmente en las tendencias jurisprudenciales. Es decir, prestaremos especial atención a la evolución de los planteamientos que han ido manifestando en esta materia tanto del Juez de Estrasburgo como el de Costa Rica, con sus luces y sus sombras. Pretendemos analizar en qué medida el consenso de los Estados que integran ambos sistemas han condicionado la labor de los jueces y lo más importante, nos proponemos desarrollar un método que nos permita analizar desde una perspectiva jurídica cómo establecer estrategias de reconocimiento de derechos en la sede de los sistemas regionales de defensa de derechos humanos.

En cuanto al método utilizado para nuestra investigación, se nos presenta la cuestión clásica de la elección de métodos de razonamiento: método inductivo o método deductivo. ¿Deberíamos dar más protagonismo

en nuestro estudio a un método en concreto? o ¿podría ser más recomendable aplicar una metodología sincrética, que conciliara las bondades de uno y otro método?. Qué duda cabe que esta segunda opción nos parece la más razonable, teniendo en cuenta el trabajo al que nos enfrentamos.

De este modo, siguiendo este método ecléctico podemos aplicar la perspectiva inductivo en el análisis de la jurisprudencia, extrayendo de ella principios generales, impermeables a los cambios sociales y culturales mutables con el paso del tiempo. Esto nos daría la posibilidad de analizar las futuras tendencias jurisprudenciales a la luz de dichos principios, realizando así un análisis crítico de las mismas.

Asimismo, completaríamos el procedimiento con el método deductivo, apoyándonos en la doctrina desarrollada en los últimos años por autores de referencia de uno y otro continente, con el fin de comparar la construcción (y evolución) de la teoría del consenso y margen de apreciación de los Estados (en adelante MAN) en materia de orientación sexual en ambos sistemas regionales. En otras palabras, aplicaremos una metodología de trabajo basada en la teoría de los vasos comunicantes entre los tribunales europeo e interamericano, así como entre las doctrinas científicas desarrolladas hasta el momento.

Por último, en toda nuestra investigación nos serviremos de la teoría crítica de los derechos humanos[1], con la que pretendemos construir una concepción contemporánea del individuo homosexual, alejado del victimismo, tratando de empoderar su papel en la sociedad y la necesidad

[1] Para un estudio más detallado de la teoría crítica de los derechos humanos *vid., inter alias,* HERRERA FLORES, J., "Cultura y derechos humanos: la construcción de los espacios culturales", *Revista científica de Información y Comunicación*, 2008, pp. 26-72.; HERRERA FLORES, J., *Los Derechos Humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Libros de Catarata, 2005, *passim*.; HERRERA FLORES, J., "Colonialismo y violencia. Bases para una reflexión pos-colonial desde los derechos humanos", *Revista crítica de Ciencias Sociais,* Lisboa, *Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra*, Octubre 2006, pp. 21-40.

de fortalecer su protección. De este modo, pretendemos analizar los desafíos contemporáneos planteados en relación con la protección de la libre sexualidad, a través de un discurso renovado entorno al concepto de multiculturalismo, lo que implica la presunción de que el principio de igualdad sólo puede hacerse efectivo en una sociedad democrática, a través del principio de reconocimiento de la diferencia.

1.2. Interés del estudio

Este trabajo pretende abordar el concepto de orientación sexual, en el marco de estudio de los sistemas regionales de defensa de derechos humanos europeo e interamericano, partiendo del concepto de la orientación sexual, como categoría sospechosa y su protección frente a la discriminación.

Nuestro propósito radica en (de)construir el concepto de orientación sexual a través de la jurisprudencia de los sistemas regionales de protección de derechos humanos, tomando la realidad europea y latinoamericana como referencia para dar respuesta a algunos interrogantes. Esta afirmación nos lleva a la búsqueda de otras realidades, otras culturas que nos permitan y favorezcan el intercambio de conocimiento. Y ello lo haremos, sirviéndonos de una predisposición al diálogo intercultural, desde el reconocimiento de la diferencia y el principio de igualdad. Si conseguimos establecer este diálogo, podremos entender los interrogantes que aún quedan por responder en nuestros sistemas jurídicos y podremos recurrir a otros sistemas con el fin de encontrar (otras) respuestas, ampliar el espectro de nuestras argumentaciones jurídicas y percibir la diferencia como una consecuencia lógica de la diversidad.

2. PLAN DE TRABAJO Y CRONOGRAMA

El calendario (inicial) de este trabajo de investigación se ha dividido en tres etapas: fase de lectura (1), búsqueda de documentación (2) y redacción final de cara al depósito y defensa de tesis (3).

FIGURA I. CALENDARIO DE TRABAJO

Trabajos	Fecha de inicio	Duración (días)	Fecha a terminar
Lectura	**1/6/12**	**365**	**1/6/13**
Formación RRII	15/9/12	273	15/6/13
Inmersión lingüística (FR)	1/6/12	92	1/9/12
Búsqueda doc.	**1/6/13**	**365**	**1/6/14**
Entrevistas	1/3/14	31	1/4/14
Congresos	1/4/14	61	1/6/14
Estancia Uruguay	1/8/13	31	1/9/13
Redacción	**1/6/14**	**487**	**1/10/15**
Inmersión lingüística (ENG)	1/9/14	91	1/12/14
Estancia Estrasburgo	1/7/14	31	1/8/14
Estancia Brasil	1/8/14	31	1/9/14
Estancia El Salvador	1/11/14	30	1/12/14

Fuente: Elaboración propia

2.1. Fase de lectura: introducción al tema principal de estudio y planteamiento inicial de hipótesis

En esta primera etapa de la investigación fue necesario completar mi formación en el área de las Relaciones Internacionales, en el programa de estudios de la Escuela Diplomática de Madrid, perteneciente al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (MAEC-AECID), de cara al estudio de las Organizaciones Internacionales del CdE y de la OEA. Asimismo, consciente de que buena parte de la doctrina especializada se encontraba en lengua francesa y que mi intención era realizar una (co)tutela académica con una universidad francesa, realicé una estancia de inmersión lingüística

en el Sur de Francia (Montpellier) con el fin de perfeccionar el dominio del francés como lengua extranjera. De esta modo, pude presentar el proyecto de investigación en la *Université de Paris X, Ouest Nanterre, La Défense*.

2.2. Búsqueda de documentación

Una vez finalizada la fase de lectura de documentación y bibliografía, se plantearon varias entrevistas a expertos, entre las que merecen ser destacadas dos. En primer lugar, la entrevista al Prof. Robert WINTEMUTE, en su centro de trabajo en el *King´s College of London*. En este caso, el intercambio de información y de documentación constituyó un punto de inflexión en mi investigación. Y es que, el Prof. WINTEMUTE pudo ofrecerme una visión muy práctica de la situación, ya que, además de académico, ha sido experto *amicus curiae* ante el TEDH y perito experto en la CIDH en materia de no discriminación por razón de orientación sexual. En segundo lugar, determinante fue la entrevista a la Jueza y Profa. Chilena Karen ATALA RIFFO, durante su estancia en la Universidad del País Vasco, en la que tuve la oportunidad de asistir a un Coloquio en Karen Atala relataba su experiencia personal ante la Corte. Sin duda, su caso ha sido un pilar en torno al que se ha ido construyendo la reciente doctrina latinoamericana en la materia.

De forma paralela, a medida que la investigación comenzaba a madurar, se plantearon ponencias en Congresos Internacionales, tales como: el I Congreso Internacional *HABEMUS GENDER! Déconstruction d´une riposte religieuse,* realizado en la *Université Libre de Bruxelles (ULB)*; o el I Congreso Internacional: *Orientamiento sessualee e protezione dei minori: aspetti di diritto internazionale e di diritto comparato,* celebrado en *la Università degli Studi del Sannio* (Italia); o el *VI Congresso Paulista de Direito de Família: evoluçâo ou revoluçâo? do Instituto*

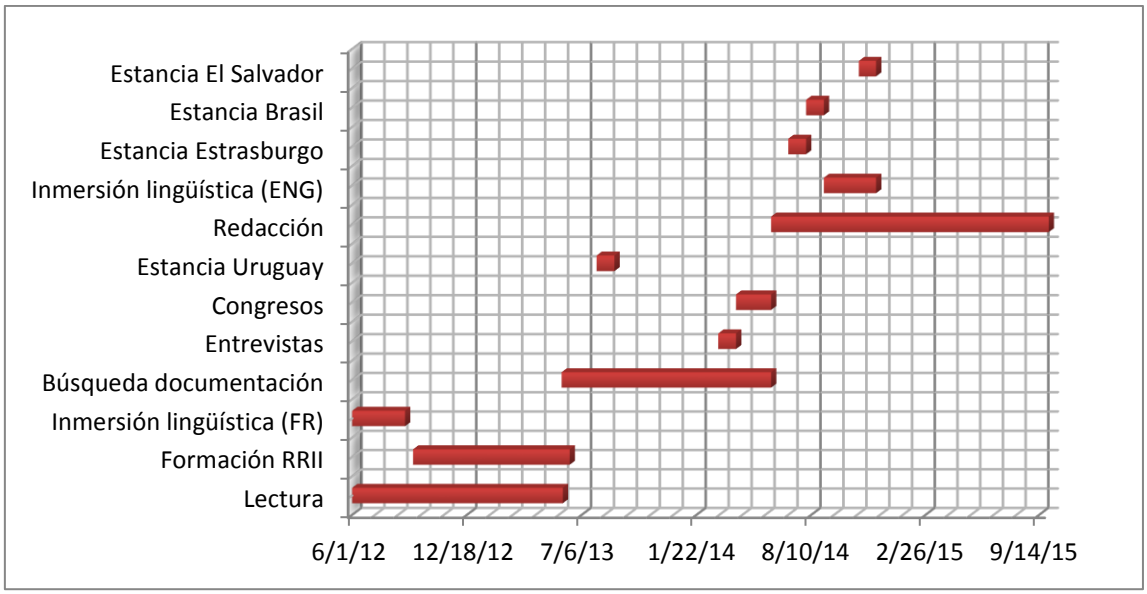
Brasileiro de Direito de Família, llevado a cabo en la *Universidade de Sao Paulo* (IBDFAM).

Asimismo, fueron necesarias varias estancias de investigación destinadas a conocer en profundidad el funcionamiento del sistema europeo e interamericano. Éstas se desarrollaron en Estrasburgo (Francia), en el marco de la *Session annuelle d´enseignement 2014 de l´Institut International des droits de l´homme;* en Montevideo (Uruguay), en la Universidad de la República, estancia financiada por la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado (AUIP); y en Sao Paolo (Brasil) en la *Universidade de Sâo Paulo* (USP), dentro del *Grupo de Direito e Sexualidade* (GEDS), estancia financiada por la Escuela de Doctorado de la Universidad de Jaén (EDUJA).

2.3. Redacción final y presentación de la tesis

La fase final de redacción de la tesis se ha llevado a cabo en los centros de trabajo de la *Université Paris X, Ouest Nanterre*, La Défense (Francia) y la Universidad de Jaén (España). A continuación, presentamos el cronograma (diagrama de Gantt) de las actividades realizadas y el tiempo utilizado para las mismas.

FIGURA II. CRONOGRAMA (DIAGRAMA DE GANTT)

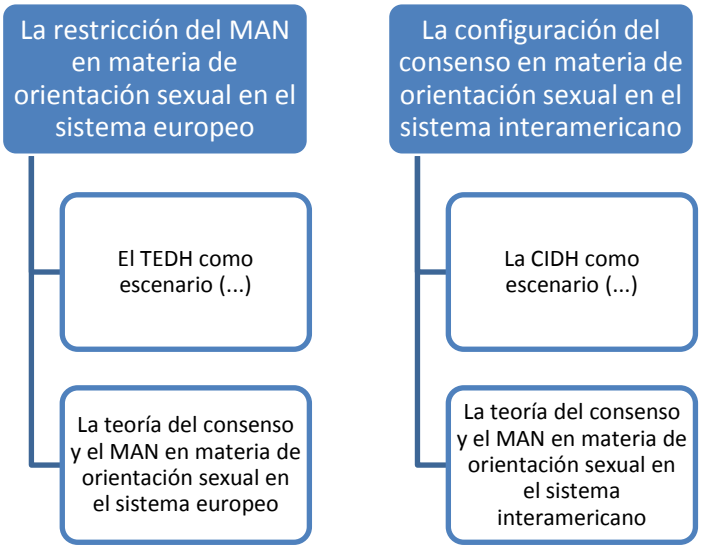


Fuente: Elaboración propia

3. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN

El presente estudio sobre la teoría del consenso y el margen de apreciación nacional en materia de orientación sexual presenta la estructura clásica del método cartesiano. En un primer apartado, INTRODUCCIÓN GENERAL, se resume la metodología y temporalización del proyecto, con la finalidad de contextualizar la tesis en el marco de nuestra investigación. En este capítulo, se trata de definir en líneas generales la materia de estudio, así como los principales objetivos de la disertación. Posteriormente, seguimos el esquema con un capítulo preliminar, titulado "El margen de apreciación nacional y su aplicación en los sistemas regionales de protección de derechos humanos", en el que se trata de hacer una reflexión sobre el papel del Juez a la hora de delimitar el margen de apreciación nacional de los Estados, cuestionando si éste respeta la diversidad o impone la uniformidad.

FIGURA III. ESTRUCTURA DE INVESTIGACIÓN



Fuente: Elaboración propia

En cuanto a las partes en la que se estructura el cuerpo de la tesis, conviene señalar que la investigación se encuentra dividida en dos grandes bloques: un primer bloque, relativo a la restricción del margen del margen de apreciación en materia de orientación sexual en el sistema europeo y, un segundo bloque, referente a la configuración del consenso y el MAN en materia de orientación sexual en el sistema interamericano. Se trata pues, de un esquema bipartito rígido, que trata de comparar las figuras del Juez europeo y del Juez interamericano. En este sentido, en los Capítulos 1 y 3 se analizan el TEDH y la CIDH como escenarios para la defensa de la no discriminación por razón de orientación sexual. Para ello se presta especial atención a su funcionamiento, estructura y evolución. Se pretende así analizar los objetivos esenciales de ambos sistemas en los contextos históricos y actuales, sus características principales y las posibles opciones para responder a los desafíos futuros.

En los capítulos siguientes, 2 y 4, entramos ya un estudio paralelo de la teoría del consenso y el margen de apreciación en materia de orientación

sexual en la *praxis* jurisprudencial del TEDH y de la CIDH. De este modo, se estudia tanto la evolución de la protección de la orientación sexual desde los años 80 hasta nuestros días en el sistema europeo, como la evolución más reciente en el marco de la CIDH. En este contexto, se analiza el fenómeno del *leading case* Karen Atala Riffo y niñas contra Chile: caso en el que, por primera vez, la Corte Interamericana se pronunció a favor de la protección de la orientación sexual como categoría sospechosa. Todo ello nos servirá para preguntarnos (e intentar responder) por una parte, si las nuevas tendencias jurisprudenciales de ambos tribunales son fruto de un consenso mínimo existente en el seno de los Estados y, por otra, si los sistemas europeo e interamericano se encuentran preparados para construir un discurso jurídico de respeto y tolerancia hacia la Comunidad LGBTI.

CAPÍTULO PRELIMINAR.
EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y SU APLICACIÓN EN LOS SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

1. EL DESARROLLO DE LOS PRECEPTOS CONVENCIONALES A TRAVÉS DE LA SUPERACIÓN DE LAS PARTICULARIDADES NACIONALES

El margen de apreciación es una herramienta trasversal que puede ser utilizada para delimitar derechos de naturaleza muy diversa[2]. Durante su desarrollo en las últimas décadas ha sido invocado para justificar prácticamente todos los preceptos del Convenio Europeo y se encuentra en pleno desarrollo en el sistema interamericano. No obstante, la doctrina del margen de apreciación no es una herramienta genuina del TEDH. Podemos encontrarla en la jurisprudencia de todos los tribunales constitucionales europeos, así como en otras jurisdicciones supranacionales, tales como la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ), que han integrado la doctrina del margen de apreciación como un método para supervisar a los órganos o Estados sometidos a su control[3].

La doctrina del margen permite al TEDH y a la CIDH examinar el conjunto de casos que han llegado hasta sus manos, sus circunstancias, evaluar los hechos pertinentes y examinar libremente los medios de prueba, así como concluir, en cada caso, si se da una violación de los textos convencionales. En este sentido, se plantea el margen de apreciación como una herramienta de supervisión supranacional que evite que el poder

[2] VARJU, M., "European human rights law as a multi-layered human rights regime. Preserving diversity and promoting human rights", en WETZEL, J.E., (ed.), *The UE as a "Global Player" in Human Rights?* London/New York, Routledge, 2011, pp. 55 ss.

[3] RIPOL CARULLA, S., *El Sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Barcelona, Atelier, 2007, pp. 537-549.

soberano de los Estados corra el riesgo de transformarse en un poder errático o discrecional.

El espíritu de ese control regional lo encontramos recogido en los textos del CEDH y de la CADH, que debemos leer con atención: una lectura poco profunda de los mismos puede inducir a error y nos puede hacer pensar que los textos convencionales están compuestos por un conjunto de preceptos vagos o indeterminados[4]. En este sentido, debemos entender que, gracias a la falta de densidad normativa de estos textos, tanto el TEDH como la CIDH disfrutan de cierta libertad que les permite regular y (re)evaluar constantemente los márgenes de apreciación nacionales, asegurando la utilidad y permanencia de este mecanismo.

La doctrina del margen de apreciación estatal evidencia las dos grandes tendencias que puede experimentar la jurisprudencia de los altos tribunales de los sistemas regionales de protección de derechos humanos[5]. Por un lado, pueden optar por el diseño de estrategias que armonicen un sistema de compatibilidad a través del respeto por las particularidades nacionales o por otro lado, pueden inclinarse por la imposición de la uniformidad a través de su jurisprudencia, con el fin de proteger los valores que deben caracterizar una sociedad democrática[6].

Sea como fuere, no podemos obviar que ambos tribunales deben dar respuesta a un conflicto de intereses en este proceso de interpretación de los textos y aplicación de la norma. Un proceso abierto entre una supuesta víctima y las autoridades estatales que deberá responder y reparar el daño

---

[4] MELCHIOR, M., "Notions vagues ou indéterminées et lacunes dans la Convention européenne des Droits de L'homme" en MATSCHER, F., & PETZOLD, H. (eds.) *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, Cassel, Carl Heumanns Verlag, 1990, pp. 65-71.

[5] KASTANAS, E.*, UNITÉ ET DIVERSITÉ: Notions autonomes et marge d´appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l´homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 21 ss.

[6] BREMS, E., *Human Rights: Universality and Diversity*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 360 ss.

ocasionado. En este sentido, todo apunta a que ambos tribunales tienden a conceder un margen de apreciación a las autoridades estatales con el fin de alcanzar un justo equilibrio entre los intereses opuestos. De este modo, se admite la existencia de varias soluciones posibles, en función de las particularidades nacionales de cada Estado miembro.

Ahora bien, en todo este esquema de protección de derechos, no podemos olvidar el hecho de que tanto el CEDH como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) no son solamente instrumentos de naturaleza subsidiaria, sino que tratan de instaurar un "orden público comunitario" como una superación del orden moral[7]. Por este motivo, los tribunales censuran las medidas nacionales que no respetan el fondo común de valores, tradiciones e ideales que comparten los Estados y se esfuerzan por extender el campo de aplicación del derecho a un juicio justo a determinadas áreas relevantes de derecho público en los ordenamientos jurídicos internos, que los textos no cubrían en el momento de su redacción, a través de la técnica de la interpretación extensiva a la luz de nuestros días[8].

Si leemos con atención el texto del Convenio Europeo y de la Convención Americana podemos apreciar cómo sus redactores no contemplaron una cláusula general de protección del orden público que sirviera de pretexto a los Estados para restringir los derechos y libertades fundamentales de los individuos. Ante la ausencia de esta cláusula, tanto el TEDH como la CIDH han sido los encargados de establecer en la práctica

[7] DUMORTIER, T., *L´ordre public. Essai sur quelques usages contemporains d´un standard classique*, Paris, Université Paris X Ouest Nanterre La Défense, 2010, pp. 31 ss.
[8] FITZMAURICE, M., "Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties, Part I", *Hague Yearbook of International Law*, 2008, pp. 101-153.

los mecanismos de control de los actos estatales, tales como la exigencia de conformidad y de compatibilidad[9].

Por una parte, la exigencia de conformidad supone que las autoridades estatales interioricen y sientan como suyo un modelo diseñado por el CEDH o por la CADH, con el fin de asegurar su realización completa y su desarrollo progresivo. Por otra parte, la exigencia de compatibilidad supone una obligación de no contradicción de la jurisprudencia asentada. Es por ello que los Tribunales no imponen un modelo a los Estados, respetando así su libertad de acción. En este sentido, éstos pueden tomar las medidas que consideren necesarias, siempre que sean compatibles con dicho modelo, o dicho de otro modo, siempre que respeten los límites básicos trazados por la jurisprudencia de estos tribunales internacionales.

La finalidad de esta exigencia de compatibilidad consiste en respetar la diversidad[10] y el pluralismo jurídico existente en los sistemas regionales. Para poder conciliar las exigencias contenidas con los textos convencionales y la salvaguarda de la autonomía de los ordenamientos jurídicos internos, los tribunales reconocen a los EEMM un cierto "margen de apreciación".

1.1. La posición privilegiada del Estado y su margen de actuación

El principio de subsidiariedad establece que en relación con los mecanismos supranacionales de protección de los derechos humanos, los

[9] PASCUAL VIVES, F., "Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos", *REDI*, Vol. LXVI (2), 2014, pp. 121 ss.

[10] BREMS, E., "The margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: Accommodating Diversity Within Europe", en FORSYTHE, D.P., McMAHON, P.C., (eds.), *Human Rights and Diversity: Area Studies Revisited*, Lincoln, University of Nebraska Press, 2003, p. 82.

Estados se encuentran mejor posicionados que el TEDH o la CIDH para conocer de los casos en primera instancia, por lo que en muchas ocasiones las Cortes imponen simplemente una obligación de resultado, dejando a los Estados la libertad de elegir los medios adecuados para conciliar sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales con las exigencias del CEDH o de la CADH[11].

En relación con el principio de subsidiariedad, el margen de apreciación ha permitido que las Cortes puedan modular su poder de examen según el contexto de los asuntos y el carácter (normal o excepcional) de las circunstancias que han llevado al Estado a inmiscuirse en el ejercicio de libertades[12]. La doctrina del margen de apreciación refleja el conflicto entre el interés de los Estados de proteger el orden público y su deber de respetar los derechos humanos, otorgando a las autoridades nacionales la prioridad para encontrar el equilibrio. Circunstancia ésta que refleja, por una parte, la preocupación de ambas Cortes por tener en cuenta las restricciones jurídicas, que muestran la naturaleza subsidiaria del CEDH[13] y de la CADH.

Por otra parte, el mayor o menor control del margen de apreciación permite mostrar la postura del TEDH y de la CIDH respecto a determinadas restricciones políticas utilizadas por los Estados en su lucha contra los graves peligros que amenazan a sus instituciones. De hecho, puede afirmarse que el margen de apreciación que tienen los Estados es amplio pero no ilimitado, sometido a límites internos y externos. Y es que,

---

[11] VON STADEN, A., "The democratic legitimacy of judicial review beyond the State: Normative subsidiarity and judicial standards of review*", International Journal of Constitutional Law*, 2012, pp. 1023 y ss.

[12] CAROZZA, P. G., "Subsidiarity as a structural principle of International Human Rights Law", 97 (I), *AJIL*, 2003, pp. 38 y ss.

[13] MAUS D., "La Cour européenne des droits de l´homme est-elle une cour constitutionnelle supranationale?", en MARTENS, P., BOSSUYT, M., RIGAYX, M.F., & RENAULD, B., (eds.), *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l´homme: Liber amicorum Michel Melchoir*, Londres, Anthemis, 2013, pp. 477-488.

la intervención del juez supranacional dependerá, en cierta medida, de la existencia en el ámbito interno, de garantías judiciales o de otra naturaleza capaces de asegurar que no se produzca un abuso del poder de apreciación. Por todo ello, podría decirse que, con el fin de limitar el poder de apreciación de los Estados, se consagra el principio de proporcionalidad, quedando así sometida la actuación de éstos a un margen de apreciación cada vez más estrecho. Convirtiendo de este modo la doctrina del margen de apreciación en una herramienta poco precisa, pero muy útil y recurrente.[14]

La teoría jurídica del margen de apreciación estatal reposa sobre una jurisprudencia de carácter innovador que requiere del reconocimiento de competencias a los Estados para implementar los principios que defienden[15]. De este modo, el desarrollo de una jurisprudencia que exige el cumplimiento de obligaciones positivas favorece la implementación de la doctrina de ambos tribunales internacionales en los ordenamientos jurídicos internos. Se trata de un esquema de trabajo que limita las tendencias centralistas de la concepción de derechos humanos al aceptar la potestad estatal de elección de medios para atender el respeto efectivo del mandato del TEDH o de la CIDH.

Ambos tribunales no se limitan a dictar sentencias por las que corrigen la praxis de las autoridades estatales en la aplicación de las normas existentes, sino que conminan a éstas a cubrir las lagunas existentes en sus respectivos ordenamientos internos. En estos casos, los tribunales no indican cómo proceder para combatir las carencias constatadas o corregir la

[14] A pesar de ello, sobre la base de la observación práctica, podríamos afirmar que el juez de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos se caracteriza por ser demasiado prudente. Hasta tal punto es así, que en ocasiones los avances en el proceso de reconocimiento y adquisición de derechos no parecen ser irreversibles, quedando abierta la posibilidad de un retroceso en el futuro.

[15] POLLICINO, O., "A further argument in favor of the construction of a general theory of the domestic impact of jurisprudential supranational law. The genesis and the first steps of ECHR and EU legal orders", *Comparative Law Review*, 2012, pp. 10 y ss.

mala praxis, siendo precisamente esta incertidumbre la que hace posible el respeto por la diversidad y el pluralismo en el contexto de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. De este modo, el Estado se alza como el responsable de evaluar los intereses en juego y proceder a una (re)evaluación de su comportamiento y su ordenamiento jurídico. El éxito de la doctrina del margen de apreciación radica pues, en la subsidiariedad del sistema de protección de derechos humanos en su doble dimensión: material y formal[16].

Por un lado, el principio de subsidiariedad muestra su dimensión material[17] al afirmar que las autoridades nacionales se encuentran mejor posicionadas que el TEDH o la CIDH para apreciar, en primer lugar, si se ha alcanzado un justo equilibrio entre los derechos consagrados a los individuos en el CEDH o en la CADH y los fines perseguidos por los Estados. Por otro lado, la dimensión formal del principio de subsidiariedad se manifiesta en la medida en que el TEDH o la CIDH cooperan con las jurisdicciones internas, que intervienen en primer lugar ante una violación de los derechos consagrados en el CEDH o en la CADH y que actúan, por consiguiente, como instancias previas a la interposición del caso ante el TEDH o ante la CIDH.

Otra característica que evoca la dimensión de la subsidiariedad de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos es su enfoque minimalista, o dicho de otro modo, el carácter de "estándar mínimo" de sus instrumentos. En este sentido, el orden jurídico instaurado por los sistemas europeo e interamericano muestran una naturaleza complementaria con respecto a los sistemas nacionales, que deben resolver en primera instancia

[16] PASTRE-BELDA, B., "La Cour Européenne des droits de l´homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits*", Revue Trimestrielle des Droits de l´Homme*, 2013, p. 266.

[17] PETZOLD, H., "The Convention and the Principle of Subsidiarity", en McDONALD, R. St. J., MATSCHER, F., & PETZOLD, H., (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 43-48.

y, a menudo, de forma definitiva, por lo que se encuentran mejor posicionadas para juzgar, en primer lugar, si los poderes públicos han respetado las libertades individuales en cada caso.

El Estado, mejor posicionado que el TEDH o la CIDH para conocer de los casos en primer lugar, asume las obligaciones contraídas en el campo de actuación del CEDH o de la CADH y si ha interiorizado el contenido de dichas obligaciones manifestará su voluntad de defensa y protección de los derechos humanos en otros textos internacionales[18]. En este orden de ideas, la cuestión que se nos plantea es la de resolver hasta qué punto el TEDH o la CIDH debe tener en cuenta la práctica internacional paralela en el ámbito internacional. Nos planteamos pues, si el TEDH o la CIDH pueden ignorar un consenso entre Estados signatarios sobre la mejor interpretación de un derecho consagrado en el CEDH o en la CADH[19]. Asimismo, nos planteamos si ante la ausencia de un consenso firme se debe aceptar forzosamente las particularidades nacionales.

Se trata de una cuestión muy controvertida, ya que nos plantea si el TEDH y la CIDH operan con temor de un vacío de respuesta por parte de las autoridades nacionales. De modo que, si los legisladores y los tribunales nacionales llegan a una misma conclusión en cuanto a la necesidad de restringir una necesidad, los jueces del TEDH o de la CIDH deberán utilizar la herramienta del consenso para rebatir la posición nacional y catalogarla de discordante o contraria a los valores de una sociedad democrática.

En este proceso, el TEDH o la CIDH toman nota de las divergencias existentes en los distintos ordenamientos jurídicos internos con el fin de

[18] GROS ESPIELL, H., "Reflexiones en torno a la protección internacional de los derechos humanos en el ámbito regional americano", *Cursos de Derecho Internacional de 1987*, Vitoria-Gasteiz, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1989, pp. 161-186.
[19] DZEHTSIAROU, K., "Does consensus matter? Legitimacy of European consensus in the case law of the European Court of Human Rights", *Public Law*, 2011, pp. 534-553.

elaborar un "estándar mínimo de protección", que sirva para delimitar el margen de apreciación. En este proceso, la preocupación de respetar las convicciones morales y religiosas de los pueblos europeos, que varían en el tiempo y el espacio, revela la necesidad de adoptar una interpretación uniforme de los derechos y libertades fundamentales contenidos en el CEDH y en la CADH[20]. De modo que se reduce la interpretación de estos textos a su esencia, buscando el denominador común. La praxis sería la siguiente: el juez supranacional detecta un particularismo nacional que no comparte el código de valores que predomina en el resto de Estados del sistema regional y concibe la concepción mayoritaria de las exigencias de la moral y el orden público como una postura privilegiada[21].

1.2. La cláusula de la "sociedad democrática" como límite a las particularidades nacionales

La cláusula de la "sociedad democrática" tiene un papel esencial en los textos convencionales. Justifica y legitima el sistema de limitaciones de derechos convencionales y establece al mismo tiempo un estándar mínimo de protección de derechos humanos.

Los componentes de la misma ya fueron señalados por el TEDH en su sentencia de 7 de diciembre de 1976 en el caso Handyside contra Reino Unido al investigar si la protección de la moral requería, en las circunstancias concretas del caso, las diversas medidas adoptadas por las autoridades públicas. Indicó entonces el tribunal que "tenía que hacer una valoración de la realidad de la necesidad social imperiosa implícita en la noción de `necesidad´ en este contexto" y estableció que "cualquier

[20] SHANY, Y., "Toward a general margin of appreciation doctrine in International Law", *EJIL*, Vol. 16, nº. 5, 2006, pp. 919 y ss.
[21] RUIZ VIEYTEZ, E. J., "España y el Convenio marco para la protección de las minorías nacionales: una reflexión crítica", *REDI*, Vol. LXVI (1), 2014, pp. 64 y ss.

`restricción´ impuesta en esta esfera debe ser proporcionada al legitimo fin perseguido"[22].

En este sentido, para que una medida estatal destinada a restringir -o anular- los derechos y libertades convencionales sea aceptada por los tribunales, deberá cumplir con una serie de requisitos que garanticen la existencia de una base legal, un fin legítimo, así como la proporcionalidad de los medios empleados con el fin perseguido.

El primer requisito, es decir, que la actuación estatal repose sobre una base legal, debe entenderse en el sentido amplio del término: ya sea norma formal o material. En definitiva, con independencia de la forma que pueda adoptar (dentro de la pluralidad y diversidad de formas que puede revestir), lo importante es que la actuación estatal emane del derecho interno[23]. Al margen de su naturaleza, forma o jerarquía normativa en el ordenamiento interno, se pretende limitar el poder estatal, al mismo tiempo que se trata de asegurar a los individuos un cierto grado de protección contra actuaciones arbitrarias por parte de las autoridades estatales.

En cuanto al fin legítimo, podemos apreciar en el trabajo del TEDH y de la CIDH cómo los Estados conservan una potestad prácticamente ilimitada para dar un contenido preciso a los motivos que legitiman las restricciones de libertades. De hecho, las limitaciones impuestas a los EEMM a la hora de justificar cuál es el fin "legítimo" son mínimas. El control ejercido por ambos tribunales se reserva para aquellos casos en los que se aprecia un abuso de poder manifiesto, una discriminación flagrante o una interpretación insostenible de conformidad con el CEDH o con la CADH.

---

[22] GARCÍA SAN JOSÉ, D.I., *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI: análisis de la interpretación y aplicación por el Tribunal Europeo de derechos humanos de la cláusula necesario en una sociedad democrática,* Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001, p. 67.

[23] RIPOL CARULLA, S., "Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *REDI*, Vol. LXVI (1), 2014, pp. 20 y ss.

Por último, observamos cómo la tercera condición, "el respeto de la proporcionalidad", no se contempla expresamente en el CEDH ni en la CADH, pero sí apreciamos el concepto de proporcionalidad en varias de sus disposiciones, en las cláusulas que contemplan las restricciones a los derechos garantizados[24]: una medida prevista por la ley y que persiga un fin legítimo "necesario en una sociedad democrática". La necesidad supone la existencia de una determinada proporción, de un equilibrio entre la salvaguarda de derechos individuales y los objetivos perseguidos por las autoridades nacionales. Esta preocupación de conciliación es inherente a los sistemas establecidos por el CEDH y por la CADH, donde prácticamente todos sus aspectos se someten a esta exigencia fundamental. En este contexto, el CEDH y la CADH se convierten en "campos de batalla" donde los intereses más diversos colisionan.

En definitiva, el juez supranacional examina en cada caso la actuación de las autoridades estatales: su base legal y la proporcionalidad de los medios empleados, en relación al fin legítimo. Así como establece si la injerencia estatal que se ha producido y que ha afectado a la posible víctima, se encuentra amparada por el margen de actuación del Estado. En este proceso, el TEDH o la CIDH se enfrentan a la ardua tarea de evaluar el consenso existente en la región que será asimilado como la postura mayoritaria o privilegiada, al mismo tiempo que deberá garantizar la protección de los derechos y libertades convencionales de las minorías, a través del desarrollo de los denominados estándares de protección.

2. LA CONCILIACIÓN DE LA DIVERSIDAD Y LA UNIFORMIDAD A TRAVÉS DE LOS "ESTÁNDARES MÍNIMOS DE PROTECCIÓN"

[24] LEGG, A., *The margin of appreciation in International Human Rights Law: deference and proportionality*, Oxford, University Press, 2012, pp. 61-62.

Los estándares mínimos de protección se conciben como un elemento necesario que actúa a modo de garantía, que modera y contiene el poder normativo de los Estados, con la finalidad de evitar posibles tentaciones de las mayorías en el ámbito nacional que puedan suponer un riesgo para el orden público regional. Éstos se caracterizan por ser el resultado de un ejercicio de respeto a la diversidad y por la búsqueda de un consenso destinado a interpretar los derechos y garantías contenidos en los textos convencionales[25]. De modo que, de su estudio se desprende un verdadero ideal de Justicia, un proyecto basado en la limitación de las prerrogativas estatales y una preocupación permanente por dar respuesta a los grandes desafíos que presentan la aplicación e interpretación de derechos y libertades. Un proyecto, en el que el juez internacional se esfuerza por preservar el pluralismo y la tolerancia, así como por paliar las insuficiencias políticas nacionales, aunque siempre dentro de los límites funcionales del sistema convencional[26].

Pero llegados a este punto, resulta indispensable examinar cuándo la estructura y lógica de los textos convencionales, que suele obligar a los tribunales a ceder ante la diversidad presente en las instancias nacionales cuando no se aprecia un consenso mínimo, capacita a éstos para eludir el consenso existente en la región y restringir el margen de apreciación estatal, convirtiéndolo en un elemento homogéneo y uniforme en todos y cada uno de los EEMM[27].

En este sentido, conviene señalar que el TEDH o la CIDH conceden inicialmente un amplio margen de apreciación a los Estados. No obstante,

[25] RIPOL CARULLA, S., *El sistema europeo…, op. cit.,* nota 3.
[26] DIAZ BARRADO, C.M., "La responsabilidad de proteger en el Derecho Internacional contemporáneo: Entre lo conceptual y la práctica internacional", *REDI,* nº. 24, 2012, pp. 5-11.
[27] PASTOR RIDRUEJO, J.A., "Droit international et droit international des droits de l´homme – Unité ou fragmentation?" en VVAA, *Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 537-549.

éstos se encuentran sometidos a una (re)evaluación continua, con el fin de proteger los derechos y libertades convencionales en la región. De modo que ese amplio margen de apreciación puede constreñirse si se detecta una injerencia estatal que discrimina a una minoría (*v. gr*. el amplio margen de apreciación estatal reconocido inicialmente en casos relacionados con la moral).

En el caso de la discriminación por razón de orientación sexual, el TEDH y la CIDH han tratado de establecer estándares mínimos de protección de las personas homosexuales, sirviéndose de la herramienta de la "discriminación directa", es decir, plantean si la actuación estatal ha estado condicionada por la orientación sexual de la presunta víctima, o si por el contrario, cualquier persona (independientemente de su orientación sexual) hubiera recibido el mismo trato por parte de las autoridades estatales. De este modo si se detecta una discriminación directa, el TEDH o la CIDH están facultados para restringir el margen de actuación concedido (sin tener en cuenta, en esta ocasión, el consenso en la región) con la finalidad de reconocer a las presuntas víctimas una serie de garantías, salvaguardando valores esenciales en una sociedad democrática, tales como el espíritu de apertura y de tolerancia, el derecho a la diferencia y la protección de los derechos de las personas vulnerables. En este contexto, la *praxis* de los tribunales nos muestra cómo la diversidad de las regulaciones de los valores que separan a los Estados parte no pueden actuar en detrimento de aquello que debería unirles: un mismo espíritu, un patrimonio común de tradiciones políticas de respeto a la libertad y de preeminencia del derecho en una sociedad democrática[28].

[28] CAFLISCH, L., "L´application du droit international general par la Cour européenne des droits de l´homme", en BUFFARD, I., CRAWFORD, J., PELLET, A. & WITTICH, A. (eds.), *Interantional Law between Unviersalism and Fragmentation. Festchrift in Homour of Gerhard Hafner*, Leiden, Brill, 2008, pp. 627-648.

No obstante, no podemos olvidar que el éxito de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos radica en los compromisos asumidos por los Estados y en la aceptación (voluntaria) por parte de éstos de sus decisiones. En este sentido, el hecho de que el juez supranacional pueda sobrepasar el límite del consenso en la región ha despertado voces disidentes entre los EEMM (como veremos en nuestro estudio) que apuntan que en aquellos casos en los que la labor del TEDH o de la CIDH no tiene en cuenta el consenso en la región, ésta es invasiva.

Por este motivo, nos planteamos cuál es límite a la potestad del TEDH o de la CIDH, como máximos intérpretes de los textos convencionales, o hasta dónde alcanza su capacidad para interpretar el contenido del CEDH o de la CADH, más allá de la letra de los mismos. En este sentido, todo apunta *a prima facie* a que el límite a la labor interpretativa de estos tribunales está relacionado con su capacidad para transmitir una doctrina que llegue a los distintos Estados, de forma que éstos la integren como un elemento propio de su cultura política.

3. LA INTERPRETACIÓN DE LOS TEXTOS CONVENCIONALES "A LA LUZ DE NUESTROS DÍAS"

La noción de democracia no es un concepto estático, por lo que varía con el paso del tiempo[29]. Por este motivo, los redactores del CEDH y de la CADH, conscientes de que estos textos no se limitan a salvaguardar los derechos humanos y libertades, sino que también deben servir para desarrollarlos, concedieron a los tribunales la potestad de adoptar una

[29] MENA PARRAS, F. J., "Democracy, diversity and the margin of appreciation: a theoretical analysis from the perspective of the international and constitutional functions of the European Court of Human Rights", *REEI* nº. 29, 2015. *Vid.* http://www.reei.org/index.php/revista/num29/archivos/Nota_MENA_FJ.pdf (Revista electrónica consultada el 23 de septiembre de 2015).

metodología de interpretación evolutiva[30] de los textos convencionales. Apoyándose en un método de trabajo comparativo, toman en consideración el consenso –o la falta del mismo- que se forma progresivamente en los Estados signatarios con el fin de evaluar las regulaciones nacionales que discrepan de la posición mayoritaria.

Este método comparativo parte de la observación (y análisis) de una serie de factores[31]. En primer lugar, la importancia "objetiva" de la libertad restringida. Si bien es cierto que todos los derechos consagrados en los convenios son fundamentales, algunos de éstos representan los pilares de una sociedad democrática y merecen una especial protección. De ahí que sea importante el tipo de derecho y libertad objeto de controversia. En segundo lugar, se debe tener en cuenta la importancia "subjetiva" de la actividad restrictiva, es decir, las consecuencias derivadas de la misma para los individuos involucrados. En este sentido, sabemos que el TEDH y/o la CIDH conceden inicialmente un amplio margen de apreciación en casos de protección de la moral. Margen que, sin embargo, puede restringirse a mínimos cuando las autoridades nacionales se sirvan de la moral para inmiscuirse en los aspectos más íntimos de la vida privada de los individuos. Y en tercer lugar, el papel político y/o social de las personas perjudicadas. Qué duda cabe que existe una preocupación del juez supranacional por proteger los derechos de las personas que no comparten las opiniones generales, el modo de vida (*lifestyle*) o las convicciones de la mayoría de los ciudadanos, como quedará patente a lo largo de este estudio.

Las autoridades nacionales corren el riesgo de verse influencias por grupos políticos y/o sociales mayoritarios, mostrándose indiferentes a las

[30] DZEHTSIAROU, K., "European consensus and the evolutive interpretation of the European Convention of Human Rights", *German Law Journal*, 2011, pp. 1730-1745.
[31] SIMMA, B. & PULKOWSKI, D., "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law", *EJIL*, Vol. 17, nº. 3, 2006, pp. 483-529.

reivindicaciones de las minorías[32]. Por este motivo, el TEDH y la CIDH mantienen una distancia prudente al sentimiento mayoritario de los Estados parte, e imponen reglas uniformes para garantizar que los derechos convencionales no se vean perjudicados a causa de prejuicios locales.

Ambos tribunales verifican de forma independiente y autónoma la existencia de una relación de proporcionalidad[33] entre el acto estatal incriminado y el objetivo perseguido. Así como, en los casos en que se reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados, los tribunales internacionales se limitan a examinar el justo equilibrio de los intereses en juego. Sin embargo, en los casos en los que se restringe el margen de apreciación, son éstos los encargados de determinar el peso del derecho fundamental restringido y la adecuación de los medios empleados por el Estado en relación con el fin legítimo perseguido, apoyándose en su propia concepción de lo que debe ser una sociedad democrática.

Ahora bien, en este contexto los jueces de ambos sistemas deben tener en cuenta que los derechos presentes en el Convenio Europeo de 1950 y/o en la Convención Americana de 1969 no tienen el mismo significado a la luz de nuestros días[34]. Esto explica que la actuación de una autoridad estatal que pudo pasar por legítima en la época de redacción de estos textos deje de serlo tras una evolución jurídica, cultural o técnica de los mismos. En este sentido, los tribunales de ambos sistemas trasladan estándares de protección de derechos a los Estados, como resultado no sólo de su propia interpretación, sino también de la influencia que reciben de otros sistemas de protección de derechos (*v.g.* sistema de protección de derechos humanos

---

[32] DELMAS-MARTY, M., *Ordering Pluralism: A conceptual framework for understanding the transnational legal world*, Oxford/Portland/Oregon, Hart Publishing, 2009, *passim.*

[33] ARAI.TAKAHASHI, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp/Oxford/New York, Intersentia, 2002, pp. 5-8.

[34] BERNHARDT, R., "Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention of Human Rights", *German Yearbook of International Law*, vol. 42, 1999, pp. 11 ss.

NNUU, o la influencia del TEDH en la CIDH…) y de la convergencia de otros órdenes jurídicos nacionales. Por esta razón, podría decirse que la preocupación de ambos tribunales por interpretar sus textos convencionales a la luz de nuestros días se impone sobre las particularidades nacionales[35].

En este orden de ideas, los jueces internacionales son los encargados de condenar a los Estados basándose en su concepción de la noción de "sociedad democrática", apoyándose no sólo en la letra de los textos convencionales, sino también en su espíritu. Como consecuencia, los Estados miembros no podrán servirse de nociones etéreas, vagas o indeterminadas para restringir los derechos y libertades de sus ciudadanos. Por ello, podría decirse que en todo este proceso, se halla implícito un riesgo para el propio sistema: las reacciones por parte de los órganos legislativos y judiciales nacionales ante las resoluciones judiciales de los tribunales internacionales, interpretadas en ocasiones como una invasión de sus competencias.

Los Estados signatarios no poseen armas frente a una jurisprudencia regional activa y audaz, debido a que ninguna norma estatal, tenga el rango que tenga, puede escaparse del control del juez internacional. Por esta razón, los Estados tienen dos opciones: o se adaptan a la jurisprudencia del tribunal supranacional o denuncian los textos convencionales. No hay duda de que la mayoría de los Estados parte, tanto del sistema europeo como del sistema interamericano, han optado por la primera solución[36]. En el continente europeo no se han registrado hasta el momento denuncias al Convenio[37]. Mientras que en el continente interamericano han sido

[35] DISTEFANO, G., "L´interprétation evolutive de la norme internationale*", RGDIP,* Tome 115, nº. 2, 2011, pp. 373-396.
[36] *Vid.* ANEXOS I y II.
[37] Aunque en los últimos tiempos observamos movimientos de resistencia en varios países del sistema europeo, como por ejemplo Francia, que se ha planteado la posibilidad de suspender las garantías contenidas en el Convenio Europeo debido a un estado de alarma, *vid.* http://www.publico.es/internacional/francia-romper-convenio-europeo-ddhh.html o

contadas las denuncias, como la de Trinidad y Tobago (1998) o la de Venezuela (2013)[38].

En este contexto, son las voces discordantes las que se esfuerzan por corregir una jurisprudencia que consideran demasiado invasiva, por la vía de la denuncia del texto convencional. Debido al escaso número de denuncias en ambos sistemas, podemos afirmar que la legitimidad de los sistemas regionales instaurados no ha sufrido una erosión. Por ello cabe preguntarse ¿cuál ha sido la clave del éxito de los sistemas regionales?

4. TEDH Y CIDH COMO ESCENARIOS IDÓNEOS PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

A nuestro juicio, el éxito de los sistemas regionales radica en varias razones. En primer lugar, la asimilación de los valores contenidos en sus textos convencionales en los distintos ordenamientos jurídicos internos: la víctima puede invocar no sólo la violación del texto, sino también su espíritu y valores consagrados ante los tribunales constitucionales nacionales[39]. La conexión entre las medidas adoptadas por todos los poderes públicos, internos e internacionales, constituye una cultura jurídica regional[40]. En segundo lugar, los tribunales son conscientes de los problemas que pueden derivarse de una jurisprudencia activista y han

Rusia, cuyo Tribunal Constitucional ha manifestado que puede incumplir las sentencias del TEDH, *vid.* http://www.eldiario.es/politica/Constitucional-Moscu-incumplir-sentencias-Estrasburgo_0_409109877.html. (Última consulta realizada el 23 de marzo de 2016).

[38] *Vid.* Comunicado de Prensa de la Organización de Estados Americanos en el que "manifiesta su profunda preocupación por efecto de la denuncia de la Convención Americana por parte de Venezuela". Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/064.asp (Consultado el 24 de septiembre de 2015)

[39] BUYSE, A., "Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law", *Heidelberg Journal of International Law (Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht),* vol. 68, 2008, pp. 129-153.

[40] LAMBERT-ABDELGAWAD, E., "La Cour Européenne au secours du Comité des Ministres pour une meilleure execution des arrêts pilote", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, vol. 61, 2005, pp. 203-224.

adoptado una postura prudente[41]: tratan de motivar sus sentencias, justificando el peso de cada uno de los intereses del conflicto. La preocupación de los tribunales supranacionales por la apariencia de objetividad se observa en las decisiones que ponen en evidencia el carácter dinámico de los textos convencionales. En este contexto, la labor del TEDH y de la CIDH radica en la búsqueda de la prueba a través del estudio de los instrumentos internacionales adoptados, así como en el contenido de los textos legislativos y en las posturas jurisprudenciales defendidas en la mayoría de los Estados miembros. De este modo los tribunales evitan suplantar las competencias de las autoridades nacionales, estimulando el proceso que éstas han iniciado.

La referencia a la "sociedad democrática" sirve de excusa al juez internacional para evitar una apariencia de activismo judicial sin una argumentación jurídica de fondo. Con esta finalidad, para evaluar el peso de intereses enfrentados, los tribunales se sirven de los valores sociales predominantes en el colectivo social. O dicho de otro modo, evitan resolver la causa sirviéndose de su propio código ético, moral, religioso o político. Se instaura así un régimen de valores universalmente aceptados en unos sistemas cada vez más homogéneos (inicialmente sensibles a las tradiciones, a la moral y a la cultura política) y que han evolucionado progresivamente hacia una jurisprudencia que vertebra el conjunto de Estados sometidos a su jurisdicción[42].

Otra de las razones del éxito de los sistemas regionales de protección de derechos podría ser, a nuestro juicio, la aplicación y desarrollo de la doctrina del margen de apreciación, la cual ha adquirido una densidad normativa a través de la jurisprudencia internacional. La cual, sin duda,

[41] MOWBRAY, A., "The Creativity of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, nº. 5 (1), 2005, pp. 57 y ss.
[42] KOSKENNIEMI, M., *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, University Press, 2005, pp. 41-57.

está motivada por la preocupación de fijar una protección de los grupos sociales vulnerables ante el *modus vivendi* (creencias, opiniones, estructuras familiares…) de la mayoría (generalmente hostil con la minoría), impuesto en ocasiones por las autoridades nacionales[43]. Esto explica que, en la práctica, los tribunales supranacionales sean prudentes y eviten la apariencia de activismo, esforzándose en aportar construcciones jurídicas válidas con el fin de proteger a los individuos contra los abusos de las autoridades estatales[44].

[43] DIAZ PEREZ DE MADRID, A., *La protección de las minorías en Derecho Internacional*, Granada, Universidad de Granada, 2004, *passim.*

[44] LAMBERT-ABDELGAWAD, E., "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo", *Revista de Derecho Político*, nº. 69, 2007, pp. 355-383.

ANEXO I.

INFORMACION GENERAL DEL CEDH (ESP)

	Firma	Ratificación	Entrada en vigor
Albania	13/7/1995	2/10/1996	2/10/1996
Alemania	4/11/1950	5/12/1952	3/9/1953
Andorra	10/11/1994	22/1/1996	22/1/1996
Armenia	25/1/2001	26/4/2002	26/4/2002
Austria	13/12/1957	3/9/1958	3/9/1958
Azerbaiyán	25/1/2001	15/4/2002	15/4/2002
Bélgica	4/11/1950	14/6/1955	14/6/1955
Bosnia-Herzegovina	24/4/2002	12/7/2002	12/7/2002
Bulgaria	7/5/1992	7/9/1992	7/9/1992
Chipre	16/12/1961	6/10/1962	6/10/1962
Croacia	6/11/1996	5/11/1997	5/11/1997
Dinamarca	4/11/1950	13/4/1953	3/9/1953
Eslovaquia	21/2/1991	18/3/1992	1/1/1993
Eslovenia	14/5/1993	28/6/1994	28/6/1994
España	24/11/1977	4/10/1979	4/10/1979
Estonia	14/5/1993	16/4/1996	16/4/1996
Finlandia	5/5/1989	10/5/1990	10/5/1990
Francia	4/11/1950	3/5/1974	3/5/1974
Georgia	27/4/1999	20/5/1999	20/5/1999
Grecia	28/11/1950	28/11/1974	28/11/1974
Hungría	6/11/1990	5/11/1992	5/11/1992
Irlanda	4/11/1950	25/2/1953	3/9/1953
Islandia	4/11/1950	29/6/1953	3/9/1953
Italia	4/11/1950	26/10/1955	26/10/1955
Letonia	10/2/1995	27/6/1997	27/6/1997
Liechtenstein	23/11/1978	8/9/1982	8/9/1982
Lituania	14/5/1993	20/6/1995	20/6/1995
Luxemburgo	4/11/1950	3/9/1953	3/9/1953
Macedonia	9/11/1995	10/4/1997	10/4/1997
Malta	12/12/1966	23/1/1967	23/1/1967
Moldavia	13/7/1995	12/9/1997	12/9/1997
Mónaco	5/10/2004	30/11/2005	30/11/2005
Montenegro	3/4/2003	3/3/2004	6/6/2006
Noruega	4/11/1950	15/1/1952	3/9/1953
Países Bajos	4/11/1950	31/8/1954	31/8/1954
Polonia	26/11/1991	19/1/1993	19/1/1993
Portugal	22/9/1976	9/11/1978	9/11/1978
Reino Unido	4/11/1950	8/3/1951	3/9/1953
República Checa	21/2/1991	18/3/1992	1/1/1993
Rumanía	7/10/1993	20/6/1994	20/6/1994
Rusia	28/2/1996	5/5/1998	5/5/1998
San Marino	16/11/1988	22/3/1989	22/3/1989
Serbia	3/4/2003	3/3/2004	3/3/2004
Suecia	28/11/1950	4/2/1952	3/9/1953
Suiza	21/12/1972	28/11/1974	28/11/1974
Turquía	4/11/1950	18/5/1954	18/5/1954
Ucrania	9/11/1995	11/9/1997	11/9/1997

Fuente: www.conventions.coe.int

ANEXO II.

INFORMACION GENERAL DE LA CONVENCIÓN AMERICANA (ESP)

	Firma	Ratificación	Depósito	Información
Antigua y Barbuda	-	-	-	-
Argentina	02/02/84	08/14/84	09/05/84 RA	-
Bahamas	-	-	-	-
Barbados	06/20/78	11/05/81	11/27/82 RA	-
Belice	-	-	-	-
Bolivia	-	06/20/79	07/19/79 AD	-
Brasil	-	07/09/92	09/25/92 AD	-
Canadá	-	-	-	-
Chile	11/22/69	08/10/90	08/21/90 RA	-
Colombia	11/22/69	05/28/73	07/31/73 RA	-
Costa Rica	11/22/69	03/02/70	04/08/70 RA	-
Dominica	-	06/03/93	06/11/93 RA	-
Ecuador	11/22/69	12/08/77	12/28/77 RA	-
El Salvador	11/22/69	06/20/78	06/23/78 RA	-
Estados Unidos	06/01/77	-	-	-
Grenada	07/14/78	07/14/78	07/18/78 RA	-
Guatemala	11/22/69	04/27/78	05/25/78 RA	-
Guyana	-	-	-	-
Haití	-	09/14/77	09/27/77 AD	-
Honduras	11/22/69	09/05/77	09/08/77 RA	-
Jamaica	09/16/77	07/19/78	08/07/78 RA	-
México	-	03/02/81	03/24/81 AD	-
Nicaragua	11/22/69	09/25/79	09/25/79 RA	-
Panamá	11/22/69	05/08/78	06/22/78 RA	-
Paraguay	11/22/69	08/18/89	08/24/89 RA	-
Perú	07/27/77	07/12/78	07/28/78 RA	-
República Dominicana	09/07/77	01/21/78	04/19/78 RA	-
San Kitts y Nevis	-	-	-	-
Santa Lucia	-	-	-	-
San Vicente y las Granadinas	-	-	-	-
Suriname	-	11/12/87	11/12/87 AD	-
Trinidad & Tobago	-	04/03/91	05/28/91 AD	Denuncia
Uruguay	11/22/69	03/26/85	04/19/85 RA	-
Venezuela	11/22/69	06/23/77	08/09/77 RA	Denuncia

Fuente: www.oas.org

REF = REFERENCIA

INST = TIPO DE INSTRUMENTO

D = DECLARACION

RA = RATIFICACION

R = RESERVA

AC = ACEPTACION

AD = ADHESION

INFORMA = INFORMACION REQUERIDA POR EL TRATADO

PRIMERA PARTE

LA RESTRICCIÓN DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN MATERIA DE ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL SISTEMA EUROPEO

CAPÍTULO I
LA PROTECCIÓN DE LAS LIBERTADES Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DEL CONSEJO DE EUROPA

1. INTRODUCCIÓN.

Como es sabido, los orígenes del Consejo de Europa se remontan a los movimientos federalistas que surgieron con fuerza en la Europa Occidental tras la Segunda Guerra Mundial. En este contexto, esta organización internacional nace para promover la cooperación entre los Estados con el fin de crear un espacio en el que se garantice el respeto de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho[45]. Con esta finalidad, se promovió la conclusión del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, abierto a la firma en exclusiva a sus Estados miembros el 4 de noviembre de 1950, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1953, -conocido, de forma abreviada, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos o el Convenio de Roma[46]-.

Como es sabido, con este tratado internacional se dio el primer paso en la creación del sistema europeo. Este instrumento internacional tiene por

[45] (arts. 2, 3 y 8 del Estatuto) El mandato político del Consejo fue actualizado en la III Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en Varsovia en 2005 y se resume en cuatro puntos: 1) proteger los derechos humanos, la democracia pluralista y el Estado de derecho; 2) promover la toma de conciencia y fomentar el desarrollo de la identidad y la diversidad culturales de Europa; 3) buscar soluciones comunes a los problemas a los que se enfrenta la sociedad europea y 4) consolidar la estabilidad democrática en Europa apoyando las reformas políticas, legislativas y constitucionales (www.coe.int/t/dcr/summit/default_FR.asp?).

[46] Información obtenida de GUTIERREZ CASTILLO, V.L., & MUÑOZ RODRIGUEZ, C., "La tutela de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras la reforma del protocolo nº 14" en ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E., RUIZ-RICO RUIZ, G., DEL REAL ALCALÁ, A., (coords.) *Tutela de derechos en sede judicial*, Lima, Fondo editorial del poder judicial, 2012, pp. 195-219.

objeto proteger algunos de los derechos humanos y de las libertades fundamentales que ya se encontraban recogidos en la DUDH, proclamada por la AGNU en 1948[47], permitiendo además un control judicial del respeto de dichos derechos por parte de los Estados que lo han ratificado, a cargo inicialmente de dos órganos: el TEDH y la ComEDH, ambos ubicados en Estrasburgo.

Sin embargo, con el paso del tiempo, el Convenio, tanto en lo que se refiere a los derechos reconocidos, como en lo relativo a la organización y funcionamiento del TEDH ha evolucionado considerablemente[48], ya sea mediante Protocolos -reformas expresas del propio Convenio-, o bien a través de la (re)interpretación generalmente extensiva de los derechos y libertades reconocidas en el propio texto, realizada por el propio Tribunal europeo, al tratar de contextualizar los mismos a la luz de nuestros días.

2. OBJETIVOS ESENCIALES DEL SISTEMA DEL CONVENIO EN LOS CONTEXTOS HISTÓRICOS Y ACTUALES

El objetivo inicial del Convenio, tal y como se fijó por las partes contratantes en el momento de la adopción del texto tras la Segunda Guerra Mundial, se recoge en su Preámbulo. Los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa reafirman su adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático y, de otra, en una concepción y respeto de los derechos humanos que ellos invocan. Se describen de este modo, en palabras de su preámbulo, como una asociación de "Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en

[47] Resolución de la AGNU 217 A (III), de 10.12.1948.
[48] Incluida la desaparición de la ComEDH, como se verá *infra.*

posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho" [49]. El objetivo perseguido a la hora de adoptar el Convenio fue la de tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal.

Para alcanzar los objetivos esenciales citados, las Partes se someten a la obligación jurídica de respetar y proteger el catálogo de derechos y libertades individuales reconocidos a las personas en función de su jurisdicción. Conforme al principio de subsidiariedad, la responsabilidad primaria es la de asegurar la aplicación efectiva del Convenio en el ámbito nacional, que incluye la puesta en marcha de los recursos internos efectivos, obligación ésta última que incumbe a las Partes. Las Partes se comprometen también a asegurar la supervisión colectiva de la ejecución de sus obligaciones. Inicialmente, la política creada en aplicación del Estatuto del Consejo de Europa y por la Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante ComEDH), fue la creación de un órgano establecido por el Convenio, el Comité de Ministros. Éste se estableció, conforme al texto internacional, con la capacidad de tomar las decisiones definitivas sobre las denuncias de violaciones de derechos contenidos en el texto sobre la base de los informes que le fueran transmitidos por la Comisión. Todas las Partes contratantes debían pues aceptar que las quejas de otros Estados pudiesen ser examinadas según este procedimiento.

Por otra parte, el sistema del Convenio comprendía otros dos elementos facultativos. Por un lado, las Partes contratantes podían aceptar que las personas físicas tuvieran el derecho de asistir a la Comisión. Y por

[49] Preámbulo del Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, publicado en BOE nº. 243, de 10 de octubre de 1979.

otro, podrían aceptar que las quejas pudieran ser transmitidas por la Comisión o por otra Parte contratante al TEDH para que se pronunciara en segunda instancia. De este modo, intervenía un órgano con autoridad para interpretar y aplicar el Convenio.

Como es sabido, el mecanismo de control del Convenio ha evolucionado constantemente -y considerablemente- desde su creación. Con el tiempo, prácticamente la totalidad de las Partes han aceptado los elementos facultativos del mecanismo de seguimiento. De hecho, ya en 1987 todas habían aceptado la competencia del Tribunal contenida en el artículo 46. En 1988, el derecho de recurso individual ante el TEDH en tanto que disposición facultativa había sido aceptado por la mayoría de las Partes contratantes. Asimismo, ya desde 1990 la ratificación rápida del Convenio es una condición para la adhesión de todos los nuevos Estados miembros.

Otra evolución significativa ha sido la ampliación que ha experimentado el Consejo de Europa, así como el aumento del número de Estados partes contratantes del Convenio, favorecida por los cambios en el mapa democrático iniciados en 1989 en los países de Europa central y oriental[50]. El número de miembros de la organización, que era de 24 en 1990, pasa a 32 en 1993, 38 en 1995, 43 en 2001 y 47 en 2007. Sin que se hayan dado nuevas adhesiones desde entonces.

De forma paralela a este proceso de ampliación, los Estados miembros del Consejo de Europa negociaron el Protocolo nº. 11[51], al que

[50] Para más información de la incorporación de nuevos miembros y la evolución histórica del Tribunal *vid.* CARRILLO SALCEDO, J.A.; *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, así como DÍAZ BARRADO, C.M.; "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: órgano garante de los derechos humanos en Europa", *Diario La Ley*, nº. 7075, 2008.

[51] Para un estudio de la reforma del Protocolo nº. 11. *Vid.* MARÍN LOPEZ, A; "La reforma del sistema de protección de los derechos del hombre en el Consejo de Europa: el Protocolo nº. 11 al Convenio Europeo de 1950", *Anuario español de derecho internacional*, nº. 11, 1995, pp. 169-202

nos referiremos en varias ocasiones a lo largo de este capítulo. Este protocolo fue el encargado de fusionar la Comisión y el TEDH, dos órganos que funcionaban a tiempo parcial, en una única institución permanente encargada de pronunciarse sobre la admisibilidad y el fondo del procedimiento jurisdiccional. Asimismo, con él se introdujo la posibilidad, en determinadas circunstancias, de recurrir la demanda ante una nueva formación del Tribunal, la "Gran Cámara". El protocolo nº. 11 protege el derecho de recurso individual, obligatorio para todas las Partes. De esta forma, a partir de dicha reforma el papel del Comité de Ministros se centra, fundamentalmente, en el seguimiento de la ejecución de las Sentencias del TEDH. Cuando el protocolo se adoptó en 1994, el problema de la sobrecarga de trabajo, ya preocupante a mediados de los años 80, con el efecto de la ampliación, se convertiría en uno de los principales motivos de preocupación. Podría decirse, en pocas palabras, que con el protocolo se quería dar una respuesta a la necesidad de prever un mecanismo de control que funcionase de manera satisfactoria y a un coste razonable.

Ahora bien, desde la entrada en vigor del Protocolo nº. 11, y a pesar (o causa..) de las reformas introducidas se ha podido constatar un extraordinario aumento de los asuntos planteados, quedando patente la incapacidad del sistema de resolver con eficacia las cuestiones planteadas. Precisamente por esta razón, la Conferencia ministerial que tuvo lugar en Roma en el año 2000 sirvió de apoyo político al sistema del Convenio y auspició una profunda reflexión sobre los retos a los que se enfrentaba el mismo. Retos y desafíos que quedarían reflejados en la redacción del Protocolo nº. 14. Dicho protocolo trató de perfeccionar el mecanismo de control establecido por el Protocolo nº. 11. Con él se creó la formación del juez único competente para nombrarse en los asuntos manifiestamente inadmisibles; otorgó competencia al comité de tres jueces para pronunciarse en los asuntos repetitivos; instituyó un nuevo criterio de

admisibilidad exigiendo a los accionantes que hubieran sufrido un "perjuicio importante" y permitió al TEDH solicitar la reducción de número de jueces en la Sala de siete a cinco[52].

Rápidamente, surgieron dudas centradas en la capacidad del Protocolo nº. 14 para solucionar los problemas de sobrecarga del TEDH. Por esta razón se estableció un Grupo de Sabios, tras la tercera cumbre de Jefes de Estados del Consejo de Europa (celebrada en Varsovia, del 16 al 17 de mayo de 2005), con el objetivo de examinar la cuestión de la eficacia a largo plazo del mecanismo de control del TEDH, la cual comprendía los efectos iniciales del Protocolo nº. 14 y otras decisiones tomadas en mayo de 2004, con el fin de presentar propuestas más allá de estas medidas, conservando la filosofía de base que sostiene el Convenio. De esta forma, el Grupo de Sabios presentó su informe al Comité de Ministros en noviembre de 2006, sugiriendo, entre otras propuestas, la extensión de la competencia del TEDH para emitir opiniones consultivas. Dicho protocolo finalmente entró en vigor el 1 de junio de 2010. Sin embargo, debido al deterioro persistente de la situación, el Presidente del TEDH pidió que se organizara una conferencia de alto nivel. En consecuencia, en 2010, tuvo lugar la Conferencia de Interlaken[53], a la que siguieron en 2011 la Conferencia de Izmir, en 2012 la de Brighton y en 2015 la Conferencia de Bruselas. Conferencias todas ellas que abrieron serias reflexiones sobre el futuro del sistema de protección europeo de derechos humanos, provocando la redacción de un 15° protocolo que incluye diversas

[52] Para un interesante estudio del protocolo nº. 14 y sus consecuencias *vid.* SALADO OSUNA, A; "El protocolo de enmienda nº. 14 al CEDH: ¿La reforma necesaria?", en HINOJO ROJAS, M; PELAEZ MORON, M (coord.) *Liber Amicorum profesor José Manuel Peláez Marón: Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea*, Córdoba, Servicios de Publicaciones UCO, 2012, pp. 727-750, así como LOPEZ-BARAJAS PEREA, I., "Hacia una mayor eficacia del proceso de amparo internacional: el Protocolo nº. 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos", *RGDE,* nº. 21, 2010, *passim.*

[53] GOMEZ MORTE, C; "EL PROTOCOLO Nº 14 Y LA CONFERENCIA DE INTERLAKEN ¿SOLUCIONES MÁGICAS AL COLAPSO DEL TEDH?", *REDF*, Nº. 15, 2010, PP. 113-135.

disposiciones para garantizar un tratamiento más eficaz de las instancias presentadas al Tribunal y un 16° protocolo que organiza un procedimiento de dictamen consultivo abierto a las más altas jurisdicciones de los Estados partes.

En efecto, antes de la entrada en vigor del Protocolo nº. 14 al CEDH, a finales de 2009 se inicia un nuevo proceso de reforma que concluye con la Declaración de Interlaken el 19 de febrero de 2010. El nuevo proceso de reforma del TEDH se inició durante la presidencia suiza del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Entre los ejes centrales de la reforma destacaron la responsabilidad de los Estados en el cumplimiento del CEDH con el objetivo de reducir la carga de asuntos. Asimismo, la Declaración de Interlaken atribuyó al Comité de Ministros la competencia para estudiar un sistema de admisión preliminar de demandas que sirviera de filtro y que fuera más allá del procedimiento de Juez único. Como solución para las demandas repetitivas se propuso atribuir su resolución al Juez encargado del filtro. Una de las principales preocupaciones que estuvo presente en la Declaración de Interlaken fue la de evitar que el TEDH se convirtiera en una cuarta instancia de derecho nacional frente a demandas ya resueltas por los tribunales internos[54].

Tras la Declaración de Interlaken, en abril de 2011, la presidencia turca del Consejo de Ministros del Consejo de Europa convocó una Conferencia en Izmir que culminó con la Declaración del mismo nombre donde se centró el debate en la imposición de un depósito previo a la interposición de la demanda, la regulación de un sistema de multas para aquellos demandantes que interpusieran demandas abusivas y la obligación

[54] *Vid. High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Interlaken Declaration*, 19 February 2010, http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/europa/euroc.Par.0133.File.tmp/fina l_en.pdf (Última consulta realizada el 15 de octubre del 2015).

de la asistencia letrada desde el inicio del procedimiento[55].

Seguidamente, cuando el Reino Unido asumió la presidencia del Comité de Ministros del Consejo de Europa, dio un nuevo impulso al proceso de reforma del TEDH que finalizó con la aprobación de la Declaración de Brighton el 20 de abril de 2012. Aparentemente el proceso se impulsó para aligerar la carga del TEDH, pero lo cierto es que el Reino Unido ha mostrado claras reticencias a la hora de cumplir las últimas sentencias del TEDH, por entender afectada su soberanía. Un ejemplo claro es el asunto Hirst c. Reino Unido (2005), relativo al derecho de voto de los presos o, el asunto Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido (2012), sobre la expulsión de un supuesto líder de Al Qaeda a Jordania. En este sentido, el Primer Ministro, David Cameron, el 25 de enero de 2012 pronunció un discurso ante la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa manifestando su preocupación por el margen de apreciación de los Estados en la interpretación y aplicación del CEDH y por la tendencia de convertir el TEDH en una instancia más[56]. Finalmente, la Declaración de Brighton fue aprobada, aunque las modificaciones adoptadas distan de lo que perseguía en principio el Reino Unido.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES

Como es sabido, el CEDH no sólo define sino que también garantiza

[55] *Vid.* High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, IZMIR, Turkey 26 – 27 April 2011, http://www.europapraw.org/files/2011/06/20110428_Declaration_Izmir_en.pdf (última consulta el 15 de octubre del 2015).

[56] Publicado en *The Guardian* http://www.guardian.co.uk/law/2012/jan/25/david-cameron-reform- human-rights; *BBC News UK Politics*, http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-16712705 (Última consulta realizada el 15 de octubre del 2014).

un amplio catálogo de derechos y libertades[57] a los nacionales de los Estados partes, así como a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.

Como ya apuntamos en epígrafes anteriores, desde su creación, el CEDH ha sido modificado, desde 1953, por un total de 14 Protocolos con efectos bien distintos[58]. Unos han ampliado el listado de derechos y libertades, incorporando algunos que no habían sido recogidos en la versión originaria del Convenio; éstos sólo obligan a los Estados partes en el CEDH que hayan ratificado, a su vez, cada Protocolo. Entre ellos, podemos citar los siguientes: a) el Protocolo nº. 1, de 1952, que incorpora los derechos a la propiedad, a la educación y a la celebración de elecciones libres; b) el Protocolo nº. 4, de 1963, que prohíbe la prisión por deudas, regula la libertad de circulación, y prohíbe que un Estado expulse a sus nacionales, así como las expulsiones colectivas de extranjeros; c) el Protocolo nº. 6, de 1983, prohíbe la pena de muerte, excepto en caso de guerra; d) el Protocolo nº. 7, de 1984, establece garantías de procedimiento en el caso de expulsión de extranjeros, reconoce el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal, establece el derecho a indemnización en caso de error judicial, establece el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito e instituye la igualdad entre cónyuges; e) el Protocolo nº. 12, de 2000, incorpora una prohibición general de discriminación en la aplicación de cualquier derecho reconocido legalmente; y f) el Protocolo nº. 13, de 2002, extiende la abolición de la pena de muerte y la prohíbe en cualquier circunstancia, incluso en tiempos de guerra.

---

[57] Se trata de derechos del individuo aislado, y son los que se conocen como derechos fundamentales de la persona. Tienden a proteger la vida y la libertad personal, intelectual y política del individuo, así como sus derechos de defensa ante una administración de justicia.
[58] Información obtenida de GUTIERREZ CASTILLO, V.L., & MUÑOZ RODRIGUEZ, C., *op. cit. ad supra.*

Otros Protocolos han modificado aspectos procesales, debiendo ser ratificados, en este caso, por todos los Estados partes en el CEDH para que entren en vigor. A este grupo responden: a) el Protocolo nº. 11, de 1998, que modifica en profundidad el CEDH con el fin de modificar el procedimiento de protección de los derechos y libertades, en particular, suprimió la Comisión y reformó el TEDH, permitiendo que los individuos presentaran demandas directamente ante aquél; b) el Protocolo nº. 14, de 2004 que completa los mecanismos de control del CEDH y hace más eficiente el sistema europeo de protección; c) el protocolo nº. 14 *bis*, de 2009, que acuerda la aplicación provisional de determinadas disposiciones del Protocolo nº. 14, que como vimos afecta directamente a las competencias de los jueces individuales y de los Comités de tres jueces. Las disposiciones modificadas o añadidas por los Protocolos nº. 2, 3, 5 y 8 fueron sustituidas por el Protocolo nº. 11, el cual también abrogó el Protocolo nº. 9 y dejó sin objeto el Protocolo nº. 10.

Finalmente, el Protocolo nº. 15 (que aún no ha entrado en vigor) contempla disposiciones relativas a: condiciones de admisibilidad, retraso del depósito de las peticiones individuales, procedimiento de disposición de una Cámara a favor de la Gran Cámara y al límite de edad de los jueces y ha introducido referencias, en el Preámbulo del Convenio, al principio de subsidiariedad y a la doctrina del margen de apreciación. El Protocolo nº. 16, protocolo adicional (facultativo), otorga competencias a la TEDH para ejercer competencia consultiva a petición de las más altas jurisdicciones nacionales. Ninguno de estos dos Protocolos ha entrado en vigor, por el momento.

4. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

4.1. Antecedentes y evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos.

El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el Convenio de Roma y sus protocolos es muy avanzado, ya que no se limita a enumerar simplemente los derechos reconocidos, sino que ha previsto unos mecanismos de garantía destinados a vigilar, interpretar y hacer cumplir el Convenio y sancionar las infracciones del mismo. Los órganos encargados de dicho cometido en el sistema actual tienen como origen la existencia y actuación combinada del TEDH, un órgano jurisdiccional compuesto por magistrados independientes nombrados por los Estados partes en el CEDH, de la Comisión Europea de los Derechos Humanos, un órgano integrado por especialistas en materia de derechos humanos y del Comité de Ministros del Consejo de Europa. En sus inicios, el TEDH sólo conocía de aquellos casos planteados bien por un Estado parte, o bien por la Comisión, debido a que los individuos no podían hacer llegar sus demandas directamente ante éste. En este sentido, la Comisión era la encargada de conocer, en primer lugar, la demanda presentada por una persona y, ocasionalmente, solicitaba la labor de mediación, entre la persona denunciante y el Estado denunciado, al Comité de Ministros del Consejo de Europa. De modo que, en aquellos casos en los que no se alcanzaba una solución amistosa, la Comisión estaba capacitada para derivarlos al Tribunal con el fin de que éste se nombrara en el asunto.

No obstante, tras más de cuarenta años de funcionamiento, se evidenció la necesidad de reformar el sistema de protección instaurado en 1953 con el fin de evitar un colapso. De modo que, por un lado, empezó a considerarse inapropiado que la Comisión, que ostentaba la misión fundamental de pronunciarse sobre la admisibilidad de las demandas (cerca del 90% eran consideradas inadmisibles), estuviera integrada por personas

que no fuesen jueces. Así como, por otro lado, el Tribunal había empezado a tener un retraso importante en la resolución de sus causas debido al incremento de número casos presentados anualmente ante éste.

La reforma en profundidad del sistema de protección europeo llegó de la mano del Protocolo nº. 11 de 1994, que hizo desaparecer a la Comisión, modificó la estructura del TEDH y permitió que las personas pudieran presentar demandas directamente ante el renovado Tribunal. Con ello, se creaba el sistema internacional de protección de los derechos humanos más complejo y efectivo existente en el mundo, ya que iba a permitir a los nacionales de los Estados partes, y a cualquier persona sometida a su jurisdicción, recurrir directamente a un tribunal internacional, independiente del Estado demandado, para que examinara su demanda conforme a los términos del CEDH y a la jurisprudencia del TEDH.

El nuevo TEDH comenzó a funcionar el 1 de noviembre de 1998, con la entrada en vigor del Protocolo nº. 11. Sin embargo, de acuerdo con dicho Protocolo, la Comisión continuó en funciones durante un año más (hasta el 31 de octubre de 1999) para instruir los casos que ya habían sido declarados admisibles antes de la entrada en vigor del Protocolo. Como se ha apuntado anteriormente, los cambios buscaban implementar un nuevo sistema que, sin ser mucho más costoso, ni de menor calidad que el existente, tramitara con más agilidad las demandas que le fueren presentadas. Entre ellos, podemos destacar los siguientes: a) se fusionó al TEDH y la Comisión, disponiendo que el primero, que seguiría compuesto por un número de jueces igual al de las Partes contratantes durante un periodo de 6 años, -con posibilidad de ser reelegidos-, fuese un organismo permanente; b) se puso fin a las funciones jurisdiccionales del Comité de Ministros, que pasó a desarrollar una labor de supervisión de cumplimiento de las sentencias; c) se puso término a la necesidad de que, para que un Estado parte pudiera ser demandado por un particular ante el TEDH,

hubiese aceptado previamente la posibilidad de que los particulares pudieran presentar demandas en su contra; d) por último, la estructura interna del TEDH quedó desglosada en tres tipos de formaciones: i. los Comités, formados por tres jueces, debían pronunciarse sobre la admisibilidad de las demandas, pudiendo declarar, por unanimidad, su inadmisibilidad o archivo, a menos que hubieren sido interpuestas por Estados, o que hubiera que proceder a un examen complementario; ii. Las Salas, compuestas por siete jueces, tenían que resolver la mayoría de los asuntos, tanto en materia de admisibilidad (si el Comité no había podido pronunciarse al respecto) como de fondo; iii. la Gran Sala, integrada por diecisiete jueces, entraba a conocer exclusivamente los casos más importantes, por ejemplo, cuando alguna Sala se inhibía de resolver un asunto, porque planteaba una cuestión fundamental sobre la interpretación del CEDH o de sus Protocolos, o porque la solución pudiera ser contraria a sentencias dictadas previamente por el TEDH[59].

Las reformas introducidas por el Protocolo nº. 11 aumentaron enormemente la eficiencia del sistema europeo de protección, pero, debido al aumento exponencial de casos[60], su reforma no ha sido suficiente. De hecho, se estima que, a pesar de que el TEDH existe desde 1959, el 90% de sus sentencias se concentran entre los años 1998 y 2009, es decir, a partir de la entrada en vigor del Protocolo nº. 11[61]. Esta excesiva carga de trabajo del TEDH se ha debido fundamentalmente al examen de un gran número de demandas que se declaran inadmisibles (más del 90%) y a los denominados casos repetitivos -demandas relacionadas con problemas

[59] Información obtenida de GUTIERREZ CASTILLO, V.L., & MUÑOZ RODRIGUEZ, C., *op. cit. ad supra.*

[60] Más de 50.000 nuevas demandas cada año.

[61] *Vid.* el análisis estadístico del trabajo del TEDH entre 1959 y 2011 en el documento disponible en www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/8031883C-6F90-4A5E-A979-2EC5273B38AC/0/APERCU_19592011_EN.pdf. (Última consulta realizada el 25 de octubre de 2015).

estructurales sobre los que el TEDH ya se ha pronunciado previamente- que representan alrededor del 60% de las sentencias del TEDH cada año. Razones éstas que, con el paso del tiempo, llevarían a plantear una nueva reforma del sistema, que se materializó con el Protocolo nº. 14, del año 2004.

4.2. El TEDH tras la reforma del Protocolo nº. 14, de 2004.

Tuvieron que pasar cuarenta y cinco años para que los Estados del Consejo de Europa consiguieran poner en vigor un Tribunal como órgano único de protección de los derechos humanos reconocidos en la Convención de roma y en sus Protocolos Adicionales. Esto se produjo tras la reforma introducida por el Protocolo nº. 11 de 1994, gracias a la cual el TEDH pasó a ser un órgano judicial ante el cual todo individuo, independientemente de su nacionalidad, puede denunciar la violación de los derechos reconocidos en el CEDH, por parte de un Estado parte en el mismo, siempre que la violación haya ocurrido bajo la jurisdicción de dicho Estado y se hayan agotado sin éxito los recursos judiciales disponibles ante éste. Ahora bien, como se ha puesto de manifiesto en páginas anteriores, el mayor problema de la jurisdicción europea es su propio éxito, esto es, el ingente número de casos que tiene que enfrentar cada año y, al mismo tiempo, el gran número de inadmisibilidad de demandas. En consecuencia, al iniciarse el siglo XXI, el Consejo de Europa comenzó a buscar nuevas fórmulas que dieran solución a los problemas que lastraba el TEDH[62]. Sin embargo, ni lograr un acuerdo entre todos los miembros del Consejo, ni alcanzar su ratificación, sería tarea fácil, ya que

[62] *Vid.* Resolución I de la Conferencia ministerial sobre los derechos humanos, organizada en Roma en noviembre del año 2000, con ocasión del cincuenta aniversario de la firma del CEDH.

cuando el Protocolo nº. 14 quedó abierto a firma, el 13 de mayo de 2004, el Consejo ya estaba integrado por cuarenta y cinco Estados[63], lo que suponía que ochocientos millones de personas quedaban bajo la jurisdicción del Tribunal. El Protocolo nº. 14 no pudo entrar en vigor hasta el 1 de junio de 2010, siendo Rusia el Estado que opuso mayores objeciones para su entrada en vigor, siendo desde finales de 2006, el único Estado que faltaba por ratificar el Protocolo.

El cometido de la reforma se centró en aliviar la sobrecarga de denuncias llegadas al TEDH, así como trató de mejorar su funcionamiento general, adaptándolo a las circunstancias internacionales existentes. Entre las modificaciones fundamentales, caben destacar: los cambios en el sistema de elección de los jueces[64]; la redefinición de competencias de los jueces únicos[65]; las competencias de los Comités[66], la promoción de los

[63] Con la posterior adhesión de Mónaco (octubre de 2004) y de Montenegro (mayo de 2007), el CdE cuenta con cuarenta y siete Estados miembros en la actualidad (septiembre de 2015).

[64] Para aumentar la independencia e imparcialidad de los jueces, éstos, dentro del límite de edad de no más de setenta años, serán elegidos por un período, no renovable, de nueve años. Con ello, se quiere reducir el riesgo de que se tomen decisiones dirigidas, de alguna manera, a satisfacer el Estado del cual depende su posible reelección, puesto que, antes del Protocolo nº. 14, los jueces eran elegidos por un período de seis años, susceptible de ser renovado por otro periodo de la misma duración.

[65] Para mejorar el sistema existente de examen de la admisibilidad de la demanda (decisión a cargo de un Comité de tres jueces), aún sin llegar a alterarlo significadamente, se establece que un solo juez podrá rechazar, o archivar, demandas, "cuando tal decisión pueda adoptarse sin tener que proceder a un examen complementario" (art. 27.1 del CEDH). La decisión, además, es en estos casos inapelable (art. 27.2 del CEDH). En este sentido, a partir del Protocolo nº. 11, en los asuntos manifiestamente inadmisibles, se otorga a *jueces únicos* la potestad de declarar inadmisibles aquellas demandas que lo fueran claramente; si el juez tiene dudas, deberá enviar el examen de la admisibilidad a un Comité (art. 27.3 del CEDH).

[66] Un Comité (integrado por tres jueces) podrá declarar la admisibilidad, o el archivo, de la demanda e, incluso, dictar, al mismo tiempo, sentencia sobre el fondo, "si la cuestión subyacente al caso, relativa a la interpretación o la aplicación del Convenio o de sus Protocolos, ya ha dado lugar a jurisprudencia consolidada del Tribunal" (art. 28.1 del CEDH). Éstos son los llamados *casos repetitivos,* por ejemplo, aquellos referidos a la demora en la tramitación de los procesos civiles, que constituyen más del 25% de los casos analizados por el TEDH. Estos casos las decisiones y sentencias son inapelables (art. 28.2 del CEDH).

acuerdos amistosos para la solución de conflictos[67], así como el nuevo criterio de admisibilidad[68]. Ésta sin duda ha sido una de las reformas más importantes. Se trataba de la posibilidad de declarar inadmisible un asunto en el que el demandante no hubiera sufrido un perjuicio importante, a condición de que el respeto de los derechos humanos no exigiera del Tribunal un examen del fondo del asunto ni se plantearan graves cuestiones que afectaran a la aplicación o interpretación del Convenio. No obstante, cabe señalar que la expresión "un perjuicio importante", es bastante imprecisa, y ello ha provocado dudas respecto a su interpretación. Por esta razón, durante los dos años posteriores a la entrada en vigor del Protocolo nº. 11, este criterio ha sido aplicado sólo por las Salas (compuestas por 7 jueces) y la Gran Sala (integrada por 17 jueces)[69].

Ahora bien, el retraso de la entrada en vigor del Protocolo nº 14[70] provocó que el número de demandas aumentara de manera alarmante. Ello condujo a los Gobiernos de los Estados, en la reunión de mayo de 2009 celebrada en Madrid, a impulsar la aplicación provisional de dos de las medidas previstas por dicho Protocolo y, con ello, dotar de inmediato al TEDH de nuevos mecanismos para incrementar su productividad: la figura del denominado juez único, con capacidad de inadmisión de demandas manifiestamente infundadas y el reconocimiento de la competencia de los

[67] Con el fin igualmente de reducir la carga de trabajo del TEDH, el Protocolo 14 anima a una solución amistosa en cualquier fase del procedimiento, inspirada en el respeto de los derechos humanos tal como los reconocen el CEDH y sus Protocolos, cuya ejecución será supervisada por el Comité de Ministros (art. 39 del CEDH).

[68] El Protocolo nº. 14 crea una herramienta adicional para permitir al TEDH concentrarse en los asuntos que plantean importantes cuestiones de derechos humanos. Así, el Tribunal queda facultado para declarar inadmisible la demanda cuando la persona no haya sufrido un "perjuicio importante, a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y por sus Protocolos exija un examen del fondo de la demanda, y con la condición de que no podrá rechazarse por este motivo ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un Tribunal nacional" (art. 35.3.b) del CEDH.

[69] Información obtenida de GUTIERREZ CASTILLO, V.L., & MUÑOZ RODRIGUEZ, C., *op. cit. ad supra.*

[70] Como se ha apuntado antes, Rusia no ratificó el Protocolo nº. 14 hasta el 18 de febrero de 2010.

Comités de tres jueces para dictar sentencia sobre el fondo de aquellos casos respecto de los que existiera jurisprudencia consolidada del TEDH.

En este sentido, se adoptaron dos medidas: a) el acuerdo de Madrid de 12 de mayo de 2009, por el que se permitió que se aplicasen las medidas casi de inmediato a los Estados que hubieran dado su consentimiento y b) el Protocolo nº. 14 bis de 27 de mayo de 2009, que supuso la formalización de la aplicación provisional de estas medidas, pudiendo entrar en vigor, una vez conseguidas todas las ratificaciones. Finalmente, el acuerdo de Madrid fue aceptado por diez Estados, mientras que el Protocolo nº. 14 bis, que entró en vigor el 1 de octubre de 2009, fue ratificado por doce Estados; su aplicación se extendió hasta el 1 de junio de 2010, fecha de entrada en vigor del Protocolo nº 14[71].

4.3. Aspectos competenciales

Como ya se ha afirmado, el TEDH es la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en el marco del Consejo de Europa, de tal manera que cualquier persona que considere haber sido víctima de una violación de los derechos reconocidos por el CEDH, o cualquiera de sus Protocolos adicionales, mientras se encuentre legalmente bajo la jurisdicción de un Estado miembro del Consejo de Europa, y que haya agotado sin éxito los recursos judiciales disponibles en ese Estado, puede presentar una denuncia contra dicho Estado por violación del CEDH. No obstante, dada la naturaleza de órgano jurisdiccional del TEDH, resulta imprescindible precisar su competencia

[71] En lo que respecta a España, siguiendo los acuerdos de Madrid, se aceptó el 22.10.2009, con efectos a fecha de 1.11.2009, la aplicación provisional. A su vez, el 9.2.2010 se iniciaba el proceso de ratificación del Protocolo nº 14 bis en las Cortes, proceso que culminó con la autorización del Senado el 28.5.2010, esto es, dos días antes de que entrara en vigor el Protocolo nº. 14, por ello, el Protocolo nº. 14 bis no llegó a tener vigencia en España.

por criterios territoriales, materiales, temporales y personales.

Por lo que respecta a su competencia *ratione loci*, conviene señalar que el ámbito de aplicación territorial del CEDH afecta a todo el territorio de los Estados que forman parte del mismo; también afecta los territorios de los que sean responsables, si se ha aceptado expresamente su jurisdicción[72]. El TEDH ha ampliado, mediante su jurisprudencia, indirectamente, la aplicación del CEDH más allá de los territorios de los Estados partes, extendiéndose a los casos en los que éstos puedan tener algún tipo de participación -activa o pasiva- en la violación de algunos derechos garantizados. Desde el punto de vista de su competencia *ratione materiae*, el TEDH es competente para conocer aquellas demandas que versen sobre la interpretación y aplicación de algunos de los derechos contenidos en el CEDH (con excepción de aquellas disposiciones en las que los Estados hayan introducido reservas) o en los Protocolos adicionales en vigor[73]. De igual manera, el TEDH ha ampliado su ámbito de aplicación material, haciendo una protección indirecta, al extender la protección prevista en los derechos y las libertades garantizada/os en el CEDH o

[72] Art. 56 del CEDH. Aplicación territorial. "1. Cualquier Estado podrá, en el momento de la ratificación o con posterioridad a la misma, declarar, mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, que el presente Convenio se aplicará, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4 del presente artículo, a todos los territorios o a alguno de los territorios de cuyas relaciones internacionales es responsable. 2. El Convenio se aplicará al territorio o territorios designados en la notificación a partir del trigésimo día siguiente a la fecha en la que el Secretario General del Consejo de Europa haya recibido esta notificación. 3. En los mencionados territorios, las disposiciones del presente Convenio se aplicarán teniendo en cuenta las necesidades locales. 4. Todo Estado que haya hecho una declaración de conformidad con el primer párrafo de este artículo podrá, en cualquier momento posterior, declarar que acepta con respecto a uno o varios de los territorios en cuestión, la competencia del Tribunal para conocer de las demandas de personas físicas, de organizaciones no gubernamentales o de grupos de particulares tal como se prevé en el artículo 34 del Convenio. Versión consolidada del CEDH, *vid.* http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

[73] Art. 32.1 del CEDH. Competencia del Tribunal "La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34, 46 y 47" y apartado 2º "En caso de impugnación de la competencia del Tribunal, éste decidirá sobre la misma".

Protocolos a derechos e intereses inicialmente no reconocidos.

En cuanto al aspecto temporal (competencia *ratione temporis*) el CEDH se aplica a partir del momento en que entre en vigor para el Estado que lo haya ratificado. Sin embargo, se deben tener en cuenta las fechas de las declaraciones en la aceptación de la demandas individuales, realizadas anteriormente a la entrada en vigor del Protocolo nº 11. En este sentido, se tendrán en consideración las violaciones del CEDH que, habiéndose producido antes de la entrada en vigor para un Estado parte, comporten una situación continuada en el tiempo. Finalmente, en cuanto a la competencia *ratione personae*, la legitimación activa para plantear demandas ante el TEDH recae en los Estados (asuntos interestatales)[74] y los individuos (demandas individuales)[75]. Un Estado parte puede demandar a cualquier otro Estado parte si considera que, en el territorio bajo su jurisdicción, se cometen violaciones de las disposiciones del CEDH o de sus Protocolos adicionales, aún cuando las violaciones no afecten a sus nacionales.

4.4. Aspectos procedimentales

Tras la entrada en vigor del Protocolo nº. 14, los requisitos para la admisibilidad de una demanda aumentan, introduciéndose, además, una cierta subjetividad interpretativa en el juez que decide sobre su admisión. En este sentido, para que una demanda sea declarada admisible por TEDH,

[74] Art. 33 del CEDH. Asuntos interestatales. "Toda Alta Parte Contratante podrá someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, puede ser imputado a otra Alta Parte Contratante".

[75] Artículo 34 del CEDH. Demandas individuales. "El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de lo derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho".

debe cumplir las siguientes exigencias[76]:

- *Requisito temporal*: es necesario que no hayan pasado más seis meses desde la última decisión interna, es decir, el particular debe presentar su demanda ante el TEDH en el plazo máximo de seis meses desde la última decisión que pone fin a todos los recursos internos disponibles[77]. No obstante, esta fecha puede oscilar, según el caso, si se considera la fecha de la lectura de la sentencia en audiencia pública o la fecha de la notificación al interesado. En cualquier caso, la fecha que interrumpirá este plazo máximo será la de la primera comunicación ante el TEDH, que puede no coincidir con la fecha de registro.

- "*Non bis in idem" internacional*: el TEDH debe declarar inadmisible aquella demanda que sea esencialmente la misma que una demanda que le haya sido planteada anteriormente, o que se haya planteado ante otros medios de solución de controversias internacionales, si no contiene hechos nuevos[78].

- *Agotamiento de los recursos internos*: se ha de agotar previamente todos los recursos internos[79]. Debe entenderse que estos recursos existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales han de ofrecer la posibilidad de obtener una reparación, con un grado suficiente de certeza; deben ser recursos disponibles, -esto es, accesibles a los particulares-, y adecuados, -es decir, efectivos-, cualquiera que sea su

[76] *Vid.* documento "Guía práctica sobre la admisibilidad", disponible en www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/89F1BB8D-3874-4295-8A28-BA745857804D/0/SPA_Guide_pratique.pdf. (Última consulta realizada el 10 de octubre de 2015).

[77] Art. 35.1 del CEDH. Condiciones de admisibilidad. "Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva".

[78] Art. 35.2. b) del CEDH. "El Tribunal no admitirá ninguna demanda individual entablada en aplicación del artículo 34 cuando:" (…) "b) sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o haya sido sometida a otra instancia internacional de investigación o de acuerdo, y no contenga hechos nuevos".

[79] Art. 35.1 del CEDH.

naturaleza (directos e indirectos). Sin embargo, la regla del agotamiento de los recursos internos admite unas excepciones determinadas; en efecto, en el asunto *López Ostra c. España*, de 1994[80] y el asunto *Akdivar y otros c. Turquía*, de 1996[81], el TEDH reconoció que, en ciertas ocasiones, existen excepciones a este requisito. De hecho, atendiendo a la jurisprudencia del TEDH puede decirse que, a pesar de lo expuesto, pueden aceptarse las demandas: i) cuando no hay recursos en el sistema o no son adecuados, es decir, si el demandante prueba la no-adecuación o la no-accesibilidad a los recursos; ii) en los casos en los que la violación denunciada sea, precisamente, una práctica consolidada administrativa por parte del Estado y iii) tampoco es necesario intentar agotar los recursos internos si se atiende al contexto político y jurídico en el que se produce la violación, si se constata una falta de investigación oficial, una práctica inexistente o si la presentación de recursos puede comportar que las autoridades nacionales adopten represalias contra aquellas personas que quieran hacer valer sus derechos.

- *Fundamento*: la demanda no puede ser incompatible con el CEDH o con su Protocolos, no debe estar manifiestamente mal fundada o

[80] STEDH. López Ostra c. España, nº. 16798/90, de 9 de diciembre de 1994. En este caso el TEDH decidió, por unanimidad, que el Estado español ha violado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ["Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia"], al no amparar las demandas de López Ostra, perjudicada por la instalación, a unos metros de su domicilio, de una estación depuradora de aguas y desechos de una empresa de curtidos. La novedad de la doctrina es que cree necesario "un justo equilibrio entre el interés del bienestar económico de la ciudad de Lorca (disponer de una estación depuradora) y el disfrute efectivo por la demandante del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar". Para un estudio más pormenorizado de esta sentencia *vid.* David San Martin Segura, "La ecologización de los derechos fundamentales en el marco del Convenio Europeo de los Derechos Humanos", *Redur* 3, 2005, pp. 221-261 y Daniel Ignacio García San José, "La dimensión medioambiental del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y sus repercusiones en el ordenamiento jurídico español", *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº. 12, Sevilla, 1997, pp. 549-562.

[81] STEDH. Akdivar y otros c. Turquía, nº. 99/1995/605/693, de 1 de abril de 1998.

ser abusiva[82]. Así pues, la demanda no debe inducir a errores, no deber ser negligente y debe utilizar un lenguaje correcto.

Por otra parte, el Protocolo nº. 14, como ya pusimos de manifiesto, incorpora un nuevo criterio de admisibilidad, que faculta la inadmisión de un asunto si el demandante no ha sufrido un perjuicio importante[83], salvo que, o bien el respeto de los derechos del CEDH y de sus Protocolos exija el examen sobre el fondo del asunto, o bien, el asunto no haya sido adecuadamente estudiado por un tribunal interno. Este criterio de admisibilidad ha sido incorporado con el propósito de dotar al TEDH de un nuevo instrumento que le permita filtrar mejor las demandas y dedicarse a aquellos casos que realmente necesitan ser estudiados, ya sea por el interés que supone para el particular, o porque el asunto concierne a cuestiones de interés general para el correcto desarrollo del estándar europeo de derechos humanos. Tomando como referencia la literalidad del nuevo art. 35.3. b) CEDH cabe afirmar que la estructura de esta nueva condición de admisibilidad se reduce a la siguiente fórmula: una premisa necesaria para que se produzca el estudio por parte del TEDH (el perjuicio relevante para la víctima) y dos cláusulas de seguridad alternativas (el interés general de la protección de los derechos humanos y la adecuada protección nacional de los derechos). El Protocolo nº. 11 exige como garantía para la interpretación de este criterio que, durante los dos años posteriores a la entrada en vigor del Protocolo, este criterio sólo puede ser aplicado por las

[82] Art. 35.3.a) del CEDH. Condiciones de admisibilidad. "3. El Tribunal declarará inadmisible cualquier demanda individual presentada en virtud del artículo 34 si considera que: a) la demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva"

[83] Art. 35.3.b) del CEDH. Condiciones de admisibilidad. "3. El Tribunal declarará inadmisible cualquier demanda individual presentada en virtud del artículo 34 si considera que:" (…) "b) el demandante no ha sufrido un perjuicio importante, a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y por sus Protocolos exija un examen del fondo de la demanda, y con la condición de que no podrá rechazarse por este motivo ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un Tribunal nacional".

Salas (compuestas por siete jueces) y la Gran Sala (integrada por diecisiete jueces); *a posteriori* podrá ser utilizado más tarde por el juez único y por los Comités de tres jueces, de conformidad con los principios jurisprudenciales establecidos por aquellas.

La implantación del nuevo criterio de inadmisión no ha supuesto una sorpresa ya que responde a la demanda por algunos sectores de que el TEDH atienda más al interés general del orden público europeo, que a la protección individual de los derechos humanos. Esta línea de pensamiento sobre la necesidad de redirigir la naturaleza del TEDH no es, sin embargo, la que, según los responsables políticos de la reforma, fundamenta la introducción del nuevo criterio de admisión, ya que supone acabar con la mayor de las conquistas alcanzadas por el sistema europeo de garantía: un tribunal internacional abierto a todas las víctimas de violaciones de derechos humanos provocadas por las autoridades públicas de alguno de los Estados parte. Así, cuando el TEDH interprete esta causa de inadmisibilidad, está llamado a conciliar el derecho de acceso del particular con el interés general de protección del propio sistema; deberá, pues, mantener abierta la puerta para aquellas demandas que necesiten de una respuesta judicial, pero deberá deshacerse de aquellas otras que no sean meritorias de ser examinadas por una jurisdicción internacional subsidiaria de garantía de los derechos humanos, lo que, de alguna manera, coadyuvará a aliviar la carga de trabajo. Por último, cabe señalar que el TEDH ha determinado que, entre los factores a tener en cuenta para determinar el daño, se encuentra el impacto económico para el demandante (asunto *Bock c. Alemania* de 2010) y que puede declararse inadmisible la demanda cuando el asunto verse sobre un perjuicio económico o un impago poco importante (asunto *Ionescu c. Rumanía,* de 2010*)* o simbólico (asunto *Korolev c. Rusia,* de 2010*).* Sin embargo, el TEDH también ha dejado constancia de que puede admitirse la demanda si la violación del CEDH se

refiere a cuestiones de principio fundamentales y, por consiguiente, causa un perjuicio importante sin que afecte a un interés patrimonial (asunto *Korolev c.Rusia*).

En otro orden de ideas, ya desde el Protocolo nº. 11 de 1994, el procedimiento ante el TEDH se rige por los principios de publicidad, tanto del procedimiento (vista pública) como en el acceso a los documentos (de todo el público)[84], de contradicción entre las partes[85] y de igualdad de armas. Sin embargo, aun considerándose la publicidad del procedimiento como uno de los grandes logros de este protocolo (ya que viene a superar la anterior regulación donde la confidencialidad era la norma general), la vista oral se prevé como extraordinaria en el posterior Reglamento del Tribunal (en adelante, el RTEDH)[86], siendo el procedimiento eminentemente escrito[87]. Por otra parte, el régimen relativo a la representación de las partes permanece igual: la asistencia letrada será necesaria desde el momento en que el TEDH haya notificado el caso al Gobierno demandado para solicitarle sus observaciones; y se prevé un sistema de asistencia jurídica

[84] Art. 40 del CEDH. Vista pública y acceso a los documentos. "1. La vista es pública, salvo si el Tribunal decide de otro por circunstancias excepcionales. 2. Los documentos depositados en la Secretaría serán accesibles al público, salvo si el Presidente del Tribunal decide de otro modo".

[85] Art. 38 del CEDH. Examen del caso. "El Tribunal procederá al examen contradictorio del caso con los representantes de las partes y, si procede, a una indagación, para cuya eficaz realización de las Altas Partes Contratantes proporcionarán todas las facilidades necesarias".

[86] Traducción propia del Reglamento del TEDH. La versión actual del texto se encuentra disponible en: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/rules&c=fra (Última consulta realizada el 18 de octubre de 2015).

[87] Art. 59 del RTEDH. Demandas individuales. "1. Cuando la Sala decide examinar una demanda introducida de conformidad con el artículo 33 del Convenio, el presidente de la Sala, después de consultar a las Partes contratantes interesadas, señala los plazos de presentación de las observaciones escritas sobre el fondo y de las eventuales pruebas suplementarias. No obstante, el presidente puede decidir, previo acuerdo de las Partes contratantes interesadas, que el procedimiento escrito no es necesario. 2. Si la Sala lo decide de oficio o si las Partes Contratantes interesadas lo solicitan, puede celebrarse una audiencia. El presidente de la Sala establece el procedimiento oral."

gratuita[88].

En cuanto a las aportaciones introducidas por el Protocolo nº. 14, conviene señalar que mantiene las previsiones respecto del derecho de participación del Estado parte cuyo nacional sea el demandante[89] y de la posible invitación del Presidente del TEDH a cualquier Estado parte o cualquier persona interesada para presentar observaciones si se hace "en interés de una buena administración de justicia"[90]. Igualmente, reconoce, por primera vez al Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa la potestad de intervenir en cualquier asunto que se esté tratando en Sala o en Gran Sala[91]. Estas intervenciones parecen responder al compromiso global con el funcionamiento del sistema europeo existente y aunque las sentencias dictadas por el TEDH tienen efecto de cosa juzgada *inter partes*, las mismas, precisamente por el objeto de su función, repercutirán, en mayor o menor medida según las implicaciones del asunto, en todos los Estados parte del CEDH, puesto que todas ellas influyen en el orden público europeo que el TEDH trata de salvaguardar.

Las deliberaciones del TEDH son secretas y las decisiones se adoptan de acuerdo con la regla de la mayoría de votos de los jueces presentes: en caso de empate, tras dos vueltas, el Presidente dispondrá de

---

[88] Arts. 100-105 del RTEDH. Capítulo XI. Asistencia judicial. *Vid.* http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/rules&c=fra (Última consulta realizada el 18 de octubre de 2015).

[89] Arts. 36.1 del CEDH. Intervención de terceros. "1. En cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, la Alta Parte Contratante cuyo nacional sea demandante tendrá derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en la vista." y 44 del RTEDH. *Vid.* http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/rules&c=fra (Última consulta realizada el 18 de octubre de 2015).

[90] Arts. 36.2 del CEDH. Intervención de terceros. "2. En interés de una buena administración de justicia, el Presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista" y art. 44 del RTEDH.

[91] Arts. 36.3 del CEDH. Intervención de terceros. "3. En cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa podrá presentar observaciones por escrito y participar en la vista" y art. 44 del RTEDH.

voto de calidad, quedando prohibida la abstención[92]. Por último, las sentencias, así como las resoluciones que declaren la admisibilidad o inadmisibilidad de las demandas, deben ser motivadas[93], salvo las decisiones adoptadas por el juez único[94]. Tras la interposición de la demanda, y una vez subsanados los posibles errores o carencias de forma, si el relator no judicial[95] entiende que la inadmisibilidad del asunto puede "adoptarse sin tener que proceder a un examen complementario", la demanda será dirigida al juez único oportuno, quien puede declarar la inadmisión, o archivo, de la demanda, en coincidencia con el relator[96]. Si el

---

[92] Art. 22 del RTEDH. Deliberaciones. "1. El Tribunal delibera a puerta cerrada. Sus deliberaciones son secretas. 2. Únicamente los jueces participan en las deliberaciones. El secretario o la personas que éste designe para sustituirlo también asiste, así como los otros agentes de la Secretaría y los intérpretes cuya presencia se considere necesarias. Ninguna otra persona puede asistir, excepto si lo autoriza una decisión especial del Tribunal" y art. 23 del RTEDH. Votos. "1. El Tribunal adopta sus decisiones por mayoría de los votos de los jueces presentes. En caso de empate de votos, se repite la votación y, si se produce nuevamente un empate, el voto del presidente dirime la cuestión. Este párrafo se aplica siempre que el presente Reglamento no disponga lo contrario. 2. Las decisiones y las sentencias de la Gran Sala y de las Salas son adoptadas por mayoría de los jueces efectivos. En los votos definitivos sobre la admisibilidad o sobre el fondo del asunto no se admiten las abstenciones. 3. En general, las votaciones tienen lugar a mano alzada. Si el Presidente decide que la votación sea nominal, ésta se produce en el orden inverso al orden de precedencia. 4. Toda cuestión que deba ser votada debe ser formulada de manera precisa." y art. 23A. Decisión por acuerdo tácito. "En caso de que deba resolverse una cuestión de procedimiento o de cualquier otro tipo al margen de una reunión programada, el presidente puede ordenar que se distribuya entre los jueces un proyecto de decisión y que se fije un plazo para formular observaciones. En ausencia de objeciones por parte de los jueces una vez expirado dicho plazo, se considera que la propuesta ha sido aceptada."

[93] Art. 45 del CEDH. Motivación de las sentencias y de las decisiones. "1. Las sentencias, así como las decisiones que declaren las demandas admisibles o inadmisibles, serán motivadas. 2. Si la sentencia no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, todo juez tendrá derecho a unir a ella su opinión separada."

[94] *Vid. infra.*

[95] Arts. 24.2 del CEDH. Secretaría y relatores. "2. Cuando esté constituido en formación de juez único, el Tribunal estará asistido de relatores, que actuarán bajo la autoridad del presidente del Tribunal. Formarán parte de la secretaría del Tribunal." y art. 18A del RTEDH. Ponentes no judiciales. "1. Cuando se reúne en formación de juez único, el Tribunal está asistido por ponentes no judiciales, que actúan bajo la autoridad del presidente del Tribunal. Forman parte de la secretaría del Tribunal. 2. Los ponentes no judiciales son designados por el presidente del Tribunal, a propuesta del secretario."

[96] Arts. 27.1 del CEDH. Competencia de los jueces únicos. 1. El juez único podrá declarar inadmisible o archivar una demanda presentada en virtud del artículo 34 cuando tal decisión pueda adaptarse sin tener que proceder a un examen complementario. 2. La

juez único considera, en cambio, que la demanda necesita de un estudio más detallado, la dirigirá ante un Comité de tres jueces o una Sala[97]. En este caso, el Presidente de la Sección nombra a un juez ponente que, realizadas las actuaciones pertinentes, elevará su propuesta de decisión al correspondiente Comité de tres jueces, si se considera que el asunto puede ser resuelto conforme a la jurisprudencia del TEDH ya consolidada; de lo contrario, remitirá el asunto a una Sala. Por lo que respecta al Comité de tres jueces, este tiene dos opciones a decidir por unanimidad[98]: a) inadmitir,

---

decisión será definitiva. 3. Si el juez único no declara inadmisible una demanda ni la archiva, dicho juez remitirá la misma a un comité a o a una sala para su examen complementario" y art. 49 del RTEDH. Demandas individuales. "1. Si de la información proporcionada por el demandante se deduce que la demanda es inadmisible o que debería ser archivada, ésta es examinada por un juez único, salvo que exista algún motivo para proceder de otro modo. 2. Si el Tribunal recibe una demanda presentada en virtud del artículo 34 del CEDH que parece susceptible de ser examinada por una sala o por un comité que ejercen sus funciones en virtud del art. 53 § 2 del presente Reglamento, el presidente de la sección a la cual el asunto ha sido atribuido designa el juez que la examinará en calidad de juez ponente. 3. Durante el examen de la demanda el juez ponente: a) puede solicitar a las partes que le presenten, dentro de un plazo establecido, cualquier información relativa a los hechos, cualquier documento u otro elemento que considere adecuado; b) decide si la demanda debe ser examinada por un juez único, por un comité o por una sala, sin perjuicio de que el presidente de la sección disponga que la demanda sea atribuida a una sala o a un comité; c) transmite los informes, los proyectos de textos y otros documentos que puedan facilitar la labor de la sala, del comité o de sus respectivos presidentes.

[97] Art. 27.3 del CEDH. Competencia de los jueces únicos. 3. Si el juez único no declara inadmisible una demanda ni la archiva, dicho juez remitirá la misma a un comité o a una sala para su examen complementario.", art. 49 del RTEDH y 52A del RTEDH. Procedimiento ante el juez único. "1. En virtud del artículo 27 del CEDH, un juez único puede declarar inadmisible una demanda presentada de conformidad con el artículo 34 del CEDH o decidir el archivo de la misma si dicha decisión puede ser adoptada sin necesidad de un examen complementario. Esta decisión es definitiva. El demandante es informado de ello por escrito. 2. De conformidad con el artículo 26 § 3 del CEDH, ningún juez único puede examinar una demanda dirigida contra el Estado en cuya representación fue elegido dicho juez. 3. Si el juez único no adopta ninguna de las decisiones mencionadas en el párrafo 1 de este artículo, transmite la demanda a un comité o a una sala para que sea examinada."

[98] Arts. 28.1 del CEDH. Competencia de los comités. "1. Respecto de una demanda presentada en virtud del artículo 34, un comité podrá, por unanimidad: a) Declarar la misma inadmisible o archivarla, cuando pueda adoptarse tal decisión sin tener que proceder a un examen complementario; o b) declararla admisible y dictar al mismo tiempo sentencia sobre el fondo, si la cuestión subyacente al caso, relativa a la interpretación o la aplicación del CEDH o de sus Protocolos, ya ha dado lugar a jurisprudencia consolidada del

o archivar, la demanda mediante decisión; b) declarar la admisibilidad y dictar sentencia sobre el fondo del asunto. De no llevar a cabo ninguna de estas actuaciones, enviará la demanda a una Sala.

La Sala de siete jueces puede recibir el asunto del juez único, del juez ponente o del Comité de tres jueces. La Sala, una vez recabada toda la información necesaria, podrá[99] inadmitir la demanda, pronunciarse sobre su

---

Tribunal" y art. 53 del RTEDH. Procedimiento ante un comité. "1. De conformidad con el art. 28 § 1 a) del CEDH, el comité, por unanimidad y en cualquier fase del procedimiento, puede declarar una demanda inadmisible o decidir archivarla cuando esta decisión no requiera ningún otro examen. 2. Si, en base a las observaciones de las partes recibidas de conformidad con el art. 54 § 2 b) del presente Reglamento, el comité considera que la demanda debe ser examinada según el procedimiento previsto en el art. 28 § 1 b) del CEDH, adopta, por unanimidad, una sentencia que incluye su decisión sobre la admisibilidad y, si procede, sobre la satisfacción equitativa. 3. Si el juez elegido en representación de la Parte contratante en litigio no forma parte del comité, éste puede, por unanimidad y en cualquier fase del procedimiento, invitarlo a participar en sus deliberaciones en lugar de uno de sus miembros. En este caso, deben tenerse en cuenta todos los elementos pertinentes, incluida la posibilidad de que la Parte contratante se haya pronunciado en contra de la aplicación del procedimiento previsto en el art. 28 § 1 del CEDH. 4. Las decisiones y sentencias pronunciadas en virtud del art. 28 § 1 son definitivas. 5. Salvo decisión del comité en sentido contrario, la decisión adoptada por éste en virtud del art. 28 § 1 a) del CEDH es comunicada por escrito al demandante. Dicha decisión es comunicada asimismo a las Partes contratantes en litigio siempre que hayan sido previamente informadas de la demanda en virtud del presente Reglamento. 6. Si el comité no adopta una decisión ni una sentencia, traslada la demanda a la sala, constituida de conformidad con el art. 52 § 2 de este Reglamento, para que examine el asunto. 7. Las disposiciones de los arts. 79 a 81 del presente Reglamento se aplican *mutatis mutandi* a los procedimientos que tienen lugar ante un comité.

[99] Arts. 29.1 del CEDH. Decisiones de las salas sobre la admisibilidad y el fondo del asunto. "1. Si no se ha adoptado decisión alguna en virtud de los arts. 27 ó 28 o no se ha dictado sentencia en virtud del art. 28, una sala se pronunciará sobre la admisibilidad y el fondo de las demandas individuales presentadas en virtud del art. 34. Se podrá adoptar la decisión sobre la admisibilidad por separado. 2. La sala se pronunciará sobre la admisibilidad y el fondo de las demandas interestatales presentadas en virtud del art. 33. Salvo decisión en contrario del Tribunal en caso excepcionales, la decisión sobre la admisibilidad se tomará por separado.", art. 54 del RTEDH. Procedimiento ante una sala. "1. La sala puede, de forma inmediata, declarar la demanda inadmisible o decidir archivarla. 2. De no ser así, la sala o su presidente pueden: a) solicitar a las partes cualquier información relativa a los hechos, cualquier documento o cualquier otro elemento que estimen convenientes; b) comunicar la demanda a la parte contratante demandada e invitarla a presentar por escrito sus observaciones. Una vez recibidas, dichas observaciones se transmiten a la parte demandante para que pueda responder a las mismas; c) invitar las partes a presentar observaciones complementarias por escrito. 3. Antes de pronunciarse sobre la admisibilidad, la sala puede decidir, de oficio o a petición de una parte, celebrar una audiencia si lo considera necesario para el ejercicio de las funciones que le atribuye el

admisibilidad y dictar sobre el fondo del asunto; o bien inhibirse a favor de la Gran Sala[100]. El procedimiento ante el juez único y el Comité de tres jueces es escrito; sin embargo, se prevé que se celebre vista oral ante la Sala, y la Gran Sala, después de haberse decidido, en su caso, la admisión de la demanda y antes de dictar sentencia[101]. Este distinto trato se justifica, de nuevo, por la necesidad de que el procedimiento ante el juez único y el Comité de tres jueces sea lo más rápido posible, bien para inadmitir demandas, bien para resolverlas conforme jurisprudencia consolidada del TEDH. No obstante, también podría obviarse el trámite de la vista oral ante la Sala, y la Gran Sala, pues la literalidad del RTEDH indica que la celebración de la vista se decidirá por la Sala, o la Gran Sala, si lo

---

CEDH. En este caso, se invita también a las partes a que se pronuncien sobre las cuestiones de fondo, excepto si la sala, excepcionalmente, decide que se proceda de otro modo." Artículo 54 A. Examen conjunto de la admisibilidad y el fondo. "1. Cuando la Sala decide comunicar la demanda a la Parte contratante demandada en virtud del art. 54 del RTEDH. 2 b) del Reglamento, puede decidir igualmente examinar conjuntamente la admisibilidad y el fondo de dicha demanda, tal como prevé el art. 29 del RTEDH. 1 del CEDH. En este caso, se invita a las partes a que, en sus observaciones, se manifiesten sobre la cuestión de la satisfacción equitativa y, si procede, que incluyan sus propuestas en previsión de un posible acuerdo amistoso. Las condiciones establecidas en los arts. 60 y 62 de este Reglamento se aplican mutatis mutandis. No obstante, si lo considera necesario, el Tribunal puede adoptar en todo momento una decisión separada sobre la admisibilidad. 2. Si las partes no alcanzan ningún acuerdo amistoso o ninguna otra solución y la sala deduce de los argumentos de las partes que la demanda es admisible y susceptible de ser examinada en cuanto al fondo, dicta inmediatamente una sentencia que incluye la decisión sobre la admisibilidad, excepto en los casos en que decide adoptar tal decisión separadamente." y art. 55 del RTEDH. Excepciones de inadmisibilidad. "Si la Parte contratante demanda tiene intención de plantear una excepción de inadmisibilidad, debe hacerlo, en la medida en que la naturaleza de la excepción y las circunstancias lo permitan, en las observaciones escritas u orales que presente en virtud del art. 51 o del art. 54 del presente Reglamento, en función del caso."

[100] Art. 30 del CEDH. Inhibición en favor de la Gran Sala. "Si el asunto pendiente ante una sala plantea una cuestión grave relativa a la interpretación del CEDH o de sus Protocolos, o si la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal, la sala podrá, en tanto no haya dictado sentencia, inhibirse a favor de la Gran Sala, salvo que una de las partes se oponga a ello.

[101] Arts. 59 y 71 del RTEDH. Aplicabilidad de las disposiciones procedimentales. "1. Las disposiciones que regulan el procedimiento ante las salas se aplican, *mutatis mutandi*, al procedimiento ante la Gran Sala. 2. Los poderes otorgados a las salas por los arts. 54 del RTEDH. 3 y 59 del RTEDH. 3 del Reglamento en relación a la celebración de audiencias pueden ser también ejercidos, en caso de procedimientos ante la Gran Sala, por el presidente de la Gran Sala.

consideran necesario.

Como ya apuntamos, con el Protocolo nº. 14 el proceso de arreglo amistoso entre las partes gana nuevo protagonismo por ser una forma rápida de solución que requiere una dedicación judicial poco costosa en término temporales y con menor repercusión pública que las sentencias estimatorias (lo que agrada al Estado demandado, que teme resultar condenado de continuar por el procedimiento estándar). El acuerdo amistoso pasa a estar regulado con algo más de detalle que en la anterior versión del CEDH y se explicita que la supervisión de su correcta ejecución está a cargo del TEDH[102].

Finalmente, la sentencia definitiva (así como las decisiones) debe ser publicada[103]. El RTEDH precisa que se harán públicas las decisiones y sentencias adoptadas por las Salas y los Comités, mientras que no lo serán

[102] Arts. 39 del CEDH. Acuerdos amistosos. "1. En cualquier fase del procedimiento, el Tribunal podrá ponerse a disposición de las partes interesadas para conseguir un acuerdo amistoso sobre el asunto inspirándose para ello en el respeto a los derechos humano tal como los reconocen el CEDH y sus Protocolos. 2. El procedimiento al que se refiere el párrafo 1 será confidencial. 3. En caso de alcanzarse un acuerdo amistoso, el Tribunal archivará el asunto mediante una decisión que se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada. 4. Esta decisión se transmitirá al Comité de Ministros, que supervisará la ejecución de los términos del acuerdo amistoso tal como se recojan en la decisión" y art. 62 del RTEDH. Acuerdo amistoso. "1. Una vez emitida la demanda, el secretario, por indicación de la sala o de su presidente, contacta con las partes con el fin de alcanzar un acuerdo amistoso, de conformidad con el artículo 39 § 1 del CEDH. La sala adopta todas las medidas necesarias para alcanzar dicho acuerdo. 2. De conformidad con el art. 39 § 2 del CEDH, las negociaciones establecidas para alcanzar un acuerdo amistoso son confidenciales, sin perjuicio de las observaciones presentadas por las partes. A lo largo del procedimiento contencioso no puede alegarse ni mencionarse ninguna comunicación oral o escrita ni ninguna oferta ni concesión acontecida en el transcurso de dichas negociaciones. 3. Si la sala, a través del secretario, es informada de que las partes aceptan un acuerdo amistoso, y tras confirmar que dicho acuerdo respeta los derechos humanos tal como los reconocen el CEDH y sus Protocolos, archiva la demanda, de conformidad con el art. 43 § 3 de este Reglamento. 4. Los párrafos 2 y 3 se aplican, *mutatis mutandi,* al procedimiento previsto en el art. 54 A de este Reglamento."

[103] Art. 44 del CEDH. Sentencias definitivas. "1. La sentencia de la Gran Sala será definitiva. 2. La sentencia de una sala será definitiva cuando: a) las partes declaren que no solicitarán la remisión del asunto ante la Gran Sala, o b) no haya sido solicitada la remisión del asunto ante la Gran Sala tres meses después de la fecha de la sentencia; o c) el colegio de la Gran Sala rechace la solicitud de remisión formulada en aplicación del art. 43. 3. La sentencia definitiva será publicada."

las decisiones de inadmisibilidad de los jueces únicos, de las cuales, el TEDH se limitará a dar cuenta periódicamente de la actividad de estos jueces[104]. Con ello, se aplica a la actividad de los jueces únicos la antigua regulación del Protocolo nº 11 respecto de las decisiones de inadmisibilidad de los Comités de tres jueces, que tampoco eran publicadas de forma individualizada, sino que se informaba de ellas de manera genérica. De nuevo, la medida pretende dotar de mayor celeridad a los procedimientos, porque este tipo de decisiones, dada su nula relevancia, contarán con una motivación sucinta y, por ello, su publicación pierde su razón de ser.

5. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS MEDIDAS INTRODUCIDAS POR LA DECLARACIÓN DE BRIGHTON

El 20 de abril de 2012 se adoptó la Declaración de Brighton por parte de los ministros de los países del Consejo de Europa. Todas aquellas medidas contempladas en la Declaración que implican la modificación del texto del CEDH, se deberán adoptar en forma de protocolo de enmienda,

[104] Art. 33 del RTEDH. Publicidad de los documentos. "1. Todos los documentos relativos a una demanda depositada en la Secretaría del Tribunal por las partes o por terceros, a excepción de los entregados en el marco de negociaciones encaminadas a alcanzar un acuerdo amistoso en los términos del art. 62 de este Reglamento, son accesibles al público, de acuerdo con las disposiciones establecidas por el secretario del Tribunal, excepto si el presidente de la sala decide lo contrario, de oficio o a petición de una de las partes o de cualquier otra persona interesada, por los motivos enunciados en el párrafo 2 de este artículo. 2. El acceso del público a un documento o a una parte de un documento puede verse restringido por razones de moralidad, de orden público o de seguridad nacional en una sociedad democrática cuando los intereses de menores o la protección de la vida privada de las partes lo requieran, o si el presidente de la sala lo considere estrictamente necesario, cuando, en circunstancias especiales, la publicidad pudiera perjudicar los intereses de la justicia. 3. Toda solicitud de confidencialidad formulada en virtud del párrafo 1 del presente artículo ha de ser motivada y debe indicar si afecta a todos los documentos o únicamente a una parte de los mismos. 4. Las decisiones y las sentencias de las salas son públicas. Las decisiones y las sentencias de los comités, incluidas las decisiones objeto de la reserva mencionada en el artículo 53 § 5 del presente Reglamento, son también accesibles al público. El Tribunal publica periódicamente informaciones generales relativas a las decisiones adoptadas por las formaciones del juez único o en virtud del art. 52 A § 1 del Reglamento y por los comités en virtud del art. 53 § 5 del presente Reglamento.

siendo necesaria la firma y ratificación de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa para su entrada en vigor. Así pues, el Comité de Ministros deberá adoptar el instrumento que proponga la modificación de los criterios de admisibilidad de las demandas y la inclusión en el preámbulo del CEDH de los principios de subsidiariedad y margen de apreciación.

En cuanto a la posibilidad de los tribunales nacionales de solicitar opiniones consultivas al TEDH respecto a la interpretación del CEDH (posibilidad que contempla la Declaración de Brighton) la Conferencia invita al Comité de Ministros a elaborar y adoptar un protocolo facultativo, distinto del anterior. El protocolo sólo generará obligaciones para los Estados que lo ratifiquen. Asimismo, a largo plazo se prevé, entre otras medidas, que los Estados miembros puedan iniciar el examen del procedimiento para la supervisión de la ejecución de las sentencias del TEDH. Ahora bien, más allá de la oportunidad de éstas y otras medidas contempladas en la Declaración, es preciso realizar un análisis crítico de las novedades que ha introducido y que podrían ser una realidad en un futuro cercano.

5.1. Criterios más estrictos de admisibilidad

El plazo para presentar las solicitudes ante el TEDH pasa de seis a cuatro meses, siendo la propuesta británica de dos meses. Además, modifica el criterio de *perjuicio significativo* que se había introducido en el Protocolo nº 14. Los casos que no representen un *perjuicio significativo* deberán ser inadmitidos por parte del Tribunal aunque no se hayan analizado correctamente por parte de las instancias nacionales. Por otro lado, aquellos casos que hayan sido debidamente analizados a nivel estatal se considerarán manifiestamente infundados.

A nuestro juicio, la modificación acordada en el CEDH de reducir a cuatro meses la fecha límite de presentación de las solicitudes, puede suponer un obstáculo para acceder al TEDH y conseguir un resarcimiento por violaciones de derechos humanos prohibidas en el CEDH. Debemos tener en cuenta que no es fácil conseguir el asesoramiento jurídico adecuado ni un abogado especialista en la materia. Se debe considerar que para muchos Estados miembros del Consejo de Europa, el sistema del TEDH es un verdadero desconocido, los individuos ignoran que existe un recurso a nivel regional que garantiza la protección de los derechos humanos. Qué duda cabe que este cambio *puede acabar menoscabando la calidad sustantiva de las solicitudes, especialmente en los casos en que el acceso al asesoramiento jurídico y asistencia letrada es limitado*.

En cuanto al criterio de *perjuicio significativo,* la Declaración aprueba que se modifique el art. 35.3 b) del CEDH y se suprima la cláusula de salvaguardia que permite no rechazar casos por falta de *perjuicio significativo* si no han sido examinados por los tribunales nacionales, esto se traduce, a nuestro juico, en un retroceso en las garantías establecidas hasta ahora en el CEDH, ya que los criterios de admisibilidad deben interpretarse según el CEDH, siendo la única forma de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva. Por otra parte, el hecho de que la Declaración inste al TEDH a rechazar como manifiestamente infundadas las demandas que presenten quejas que hayan sido debidamente examinadas por un tribunal interno aplicando su propia jurisprudencia supone a todas luces una perturbación de su independencia a la hora de interpretar los propios criterios de admisibilidad.

En definitiva, todo apunta a que se pretende reducir el número de solicitudes que llegan al TEDH poniendo trabas a los individuos en el acceso, en lugar de reforzar los mecanismos nacionales para que los Estados cumplan su compromiso de aplicar el CEDH y su jurisprudencia.

5.2. La introducción en el Preámbulo del CEDH de la consolidación del principio de subsidiariedad y la doctrina del margen de apreciación

El hecho de haber introducido en el Preámbulo del CEDH el principio de subsidiariedad y la doctrina del margen de apreciación significa abrir la posibilidad a los Estados de utilizar esta doctrina en todo tipo de casos, cuando hasta ahora sólo se utilizaba en casos muy concretos. Es decir, en aquéllos que ponían de manifiesto las diferencias culturales entre los Estados debido a la heterogeneidad y a la falta de consenso de los miembros que forman el Consejo de Europa. (*V. gr*. la sentencia de la Gran Sala en el asunto Lautsi c. Italia de 2011, relativo a los crucifijos en las escuelas italianas).

Este fenómeno hace que nos planteemos si existe el peligro de que los Estados utilicen esta doctrina fuera de contexto, en su propio beneficio. O si por el contrario, la extensión del campo de aplicación de la doctrina del MAN sirve para consolidar la protección de los estándares mínimos europeos.

5.3. La voluntariedad de las donaciones al TEDH y de la adopción de medidas nacionales para la implementación del CEDH

Si bien es cierto que el TEDH necesita recursos económicos para llevar a cabo de forma exitosa su tarea, parece lógico que no se deje a voluntad de los Estados su mantenimiento y financiación. Entendemos que en dicha Declaración se debería haber incorporado una obligación de

dotación de recursos económicos y financiera estructural para los Estados. Podría decirse que la Declaración se centra más en imponer obligaciones al Tribunal que a los propios Estados, ejemplo de ello es la falta de medidas concretas para asegurar la correcta aplicación del CEDH a nivel nacional. Medida ésta que contribuiría en gran medida a aliviar la carga del Tribunal.

Por otra parte, conforme a la Declaración de Brighton los Estados podrán considerar la oportunidad de introducir medidas a nivel nacional para aplicar efectivamente el CEDH. Entre éstas se encuentran el establecimiento de una institución nacional independiente de derechos humanos; la implementación de medidas prácticas para garantizar que las políticas y la legislación cumplan con el CEDH, o incluso la introducción de nuevos recursos jurídicos de carácter específico para presuntas violaciones de derechos humanos consagrados en el CEDH. Qué duda cabe que todas estas medidas son positivas y necesarias, pero no parece que la voluntariedad o discrecionalidad de los Estados para su aplicación sea la mejor fórmula. La introducción de medidas en el plano nacional para asegurar el cumplimiento del CEDH debería ser un mandato obligatorio bajo sanción para los Estados incumplidores, ya que la única forma que hay para no llegar al TEDH es que los individuos vean garantizados sus derechos en las propias instancias nacionales. Por esta razón, creemos que la con la Declaración de Brighton haya perdido una gran oportunidad al respecto.

5.4. El papel asesor del TEDH para los tribunales nacionales

Conforme a la Declaración de Brighton el TEDH podrá desempeñar un papel asesor (opiniones consultivas) para los tribunales nacionales que, de forma opcional, requieran su opinión en cuanto a

jurisprudencia. Esta nueva competencia del Tribunal es una medida positiva que va en la línea de acabar con el gran volumen de casos repetitivos. Ahora bien, esta modificación no cumplirá su objetivo si los Estados no aplican los cambios legislativos necesarios para cumplir el CEDH o no utilizan como referencia la jurisprudencia del TEDH. En este sentido, los Estados deberían incorporar en su legislación la obligatoriedad de resolver los casos de conformidad con las opiniones consultivas que haya emitido el Tribunal sobre un determinado asunto y decidir qué órgano judicial nacional podrá solicitar la opinión. Además, se debería permitir que las partes pudieran solicitar al juez nacional elevar una cuestión cuando se tengan dudas sobre la conformidad de una ley o jurisprudencia nacional con el CEDH. En definitiva, podría haber sido muy útil disponer de instrumentos jurídicos similares a la cuestión prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en el caso español.

6. LOS FUTUROS DESAFÍOS EN EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

6.1. Introducción

Con ocasión de su 122 sesión, el Comité de Ministros del Consejo de Europa encargó al Comité Directivo o Junta Directiva de los Derechos Humanos[105] (a partir de ahora CDDH) la redacción de un informe con sus opiniones y propuestas eventuales en respuesta a las disposiciones

[105] El Comité Director para los Derechos Humanos del Consejo de Europa es un órgano subsidiario del Comité de Ministros encargado de supervisar y coordinar la labor intergubernamental del Consejo de Europa en materia de derechos humanos, y asesorar al Comité de ministros sobre todas las cuestiones dentro de su esfera competencial, teniendo en cuenta las correspondientes perspectivas transversales. A tal efecto, el CDDH está llamado a elaborar normas comunes para los 47 Estados miembros y cumplir con cualquier otra actividad que le asigne el Comité de Ministros.

contenidas entre los párrafos 35.c y 35.f de la Declaración de Brighton[106]. Esas instrucciones formaban parte del mandato del Comité de Expertos sobre la reforma del Tribunal (DH-GDR) para el bienio 2014-2015. Pues bien, sobre la base de del "Mandato de Brighton", el Grupo de redacción "f" sobre la reforma del Tribunal (GT-GDR-F) ha planteado un reciente proyecto bajo el título en su versión francesa *Projet révisé de rapport final consolidé du CDDH sur l'avenir à plus long terme du système de la Convention* la necesidad de iniciar nuevas reformas en el sistema. El documento identifica cuatro temas principales, decisivos para garantizar la viabilidad del mecanismo del Convenio, entre los que destacan: la puesta en marcha de medidas en el ámbito nacional, el papel del TEDH y su autoridad, la ejecución y supervisión de las sentencias y el funcionamiento del mecanismo del Convenio en el ordenamiento jurídico europeo e internacional. En dicho proyecto, el grupo de expertos ha examinado la capacidad del actual sistema para responder a los desafíos identificados, en el marco de las estructuras existentes, como un indicador para determinar si

[106] La literalidad de estos párrafos en la versión francesa es la siguiente: "En conséquence, la Conférence : (…) c) invite le Comité des Ministres, dans le cadre de la mise en œuvre du mandat qu'il a reçu en application des Déclarations adoptées par les Conférences d'Interlaken et d'Izmir, à examiner l'avenir du système de la Convention, cet examen couvrant les défis futurs à la jouissance des droits et libertés garantis par la Convention et la façon dont la Cour peut remplir au mieux le double rôle qui est le sien d'agir en tant que sauvegarde pour les individus dont les droits et libertés ne sont pas assurés au niveau national et d'interpréter de manière authentique la Convention ; d) propose que le Comité des Ministres remplisse cette tâche dans le cadre des structures existantes, tout en s'assurant de la participation et des conseils d'experts extérieurs le cas échéant afin de lui fournir un large éventail d'expertise et de faciliter l'analyse la plus approfondie possible des questions et solutions possibles ; e) envisage que le Comité des Ministres, dans le cadre de ces travaux, effectue une analyse exhaustive des options potentielles quant à la fonction et au rôle futurs de la Cour, y compris la façon dont le système de la Convention pourrait être préservé pour l'essentiel dans sa forme actuelle, ainsi qu'un examen de changements plus substantiels quant à la façon dont les requêtes sont résolues par le système de la Convention en vue de réduire le nombre d'affaires qui doivent être traitées par la Cour; f) invite en outre les Etats parties, y compris à travers le Comité des Ministres, à initier un examen exhaustif : i) de la procédure de surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour et du rôle du Comité des Ministres dans ce processus ; et ii) de l'octroi d'une satisfaction équitable aux requérants en application de l'article 41 de la Convention".

otras reformas son necesarias más allá del marco de las estructuras actuales.

Como es sabido, el sistema del CEDH no funciona de una forma aislada. Como cualquier realidad jurídica inmersa en la sociedad internacional contemporánea se ve afectada por la evolución de ésta, cambiante, interdependiente y globalizada. De ahí que tenga que enfrentarse a los desafíos que resultan de ciertos factores exógenos que escapan del control del Comité de Ministros y del TEDH, tales como los cambios sociopolíticos y, lo que no es menos importante, las limitaciones presupuestarias. En efecto, en estos últimos años se han visto limitados los recursos disponibles en numerosos Estados partes, lo que lleva a tomar decisiones difíciles en cuanto a la asignación presupuestaria se refiere, pues se trata de asignar los recursos a aquellas partidas que puedan retribuir mayores rendimientos. La viabilidad de mantener y reforzar la protección de los derechos contemplados en el Convenio en el ámbito nacional se enfrenta al desafío que conlleva la aplicación de recortes presupuestarios. Situación que no deja de tener una incidencia directa en la evolución del sistema.

Otro desafío para el sistema del Convenio es la reticencia en el ámbito nacional de la ejecución plena de las sentencias del TEDH. Todo apunta a que la hostilidad que manifiestan algunos sistemas nacionales a la injerencia extranjera ligada a los argumentos constantes de que las especificidades nacionales no han sido suficientemente tenidas en cuenta por el TEDH, constituyen la base del problema. En este contexto, constatamos, como analizaremos con más detenimiento en capítulos posteriores, una reticencia a ampliar plenamente la protección de los derechos humanos (en su dimensión social y familiar) a otros grupos sociales, como los que conforman el colectivo LGBTI.

Conviene, del mismo modo, destacar los desafíos que plantean en la práctica, la ausencia de responsabilidad de actores no estatales (organizaciones internacionales) por conductas que supongan una violación de los derechos y garantías contemplados en el Convenio. Entendemos que esta ausencia de responsabilidad puede, en parte, ser compensada por las obligaciones positivas impuestas a las Partes contratantes, en la medida en que éstas puedan adoptar medidas efectivas, bajo la supervisión del mecanismo de control del Convenio. Ésta es una cuestión que no solo afecta al tribunal y al sistema regional europeo, sino también al derecho internacional en su conjunto. Y es que, como es sabido, las organizaciones y asociaciones jurídicas tienen cada vez más protagonismo en la sociedad internacional, afectando a derechos individuales y colectivos con sus acciones[107]. Esta circunstancia ha hecho que desde hace unos años se haya planteado en la doctrina un serio debate sobre la necesidad de revisar la subjetividad internacional de estos actores, así como determinar su responsabilidad ante daños al individuo o colectividades. En definitiva, no cabe duda de que, en ciertos casos, los mecanismos de protección disponibles para los individuos pueden ser limitados o insuficientes.

En este sentido, no puede perderse de vista que para garantizar (y mantener) la autoridad del sistema en el contexto internacional es esencial que éste funcione de forma complementaria con otros mecanismos europeos e internacionales, así como con sistemas de otros ámbitos del derecho. De ahí que quepa prever si las acciones de otras organizaciones internacionales, y más particularmente, la Unión Europea, pueden ser compatibles con las de la CEDH. Y es que, no pudiéndose plantear ninguna

[107] En este orden de ideas merece especial atención el estudio realizado por la doctrina al respecto. Sirvan como ejemplo ilustrativo, entre otros, los trabajos de GARCÍA TEIJO, C.; "La articulación de un marco jurídico para la sociedad civil: un valoración sobre la labor del Consejo de Europa", en FERNANDEZ SANCHEZ, P.A; (ed.) *La obra jurídica del Consejo de Europa (En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*, Sevilla, Junta de Andalucía, 2010, pp. 213-225.

cuestión individual ante el TEDH para demandar la reparación en estas situaciones se provoca un « déficit de responsabilidad » que constituye una cuestión fundamental a la que habrá que dar una respuesta. En cualquier caso y, con independencia de las dificultades técnico-jurídicas existentes, entendemos que la adhesión de la UE al sistema de protección de derechos del Consejo de Europa es fundamental para reforzar la coherencia del sistema de protección jurídica en el continente y, en definitiva, la que se ofrece a los ciudadanos[108]. Éstos son algunos de los desafíos inmediatos, pero hay más. A ellos nos referiremos a continuación.

6.2. La necesidad de reforzar la autoridad del mecanismo de protección del TEDH en los sistemas nacionales

La aplicación insuficiente del contenido del Convenio en los Estados parte es uno de los mayores desafíos a los que se enfrenta en la actualidad su sistema[109]. La situación general de derechos humanos en Europa depende en primer lugar de la acción de los Estados y de su respeto a las exigencias contempladas en el Convenio. La aplicación efectiva en el ámbito nacional exige del compromiso de un gran número de actores: los

[108] Esta idea tiene especial importancia a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Melloni (C-399-11 du 26 février 2013) en la que el TJUE rechaza una interpretación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea permitiendo a un Estado miembro aplicar la norma de protección de los derechos fundamentales garantizada por su constitución, al entender que contaba con mecanismos más desarrollados que los derivados de la Carta.

[109] *Vid. Rapport de la Conférence* "2020 Vision for the European Court of Human Rights", 17-19.11.2011, Wilton Park *Vid etiam* las conclusiones del Director General de los Derechos Humanos del Estado de Derecho, en los actos de la Conferencia sobre el futuro a largo plazo del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Oslo, 7-8 avril 2014), p. 192, (doc. H/Inf (2014)1). La conferencia fue organizada por el Gobierno de Noruega y Pluri Court, una unidad de investigación de la Universidad de Oslo. La conferencia contó con la presencia de representantes de agencias gubernamentales (encargadas de litigar casos en el Tribunal) y miembros de la oficina administrativa del Tribunal. La conferencia representa una parte importante del proceso de reforma del Tribunal, y tendrá un impacto importante y novedoso sobre el mismo.

parlamentos nacionales, los gobiernos y el poder judicial. La implicación de todos ellos es necesaria para garantizar que las políticas y la legislación, así como su aplicación práctica, se realicen de conformidad con el Convenio. En este sentido se ha evidenciado el papel fundamental en todo este proceso del compromiso de la sociedad civil, de los representantes de las profesiones jurídicas, de las instituciones nacionales de derechos humanos y de otras organizaciones internacionales para fomentar una aplicación plenamente satisfactoria, de acuerdo con el contenido del Convenio. El desafío en este caso consiste en determinar cómo aumentar el abanico de actores implicados, cómo aumentar la interacción y coordinación entre los actores nacionales con el fin de reforzar esa "responsabilidad compartida" a la luz del principio de subsidiariedad[110]. Asimismo, ese principio debería ser reforzado con el fin de integrar de una forma más efectiva las normas del Convenio en el orden jurídico interno de cada uno de los Estados parte[111].

En este contexto, parece evidente el hecho de que sean varias las medidas que podrían adoptarse, como bien ha señalado el grupo de expertos en el informe titulado *Projet révisé de rapport final consolidé du CDDH sur l'avenir à plus long terme du système de la Convention* [112]. Entre las medidas a tener en cuenta, se proponen dos tipos de respuestas: en el marco de las estructuras existentes y fuera de ellas:

a) *promover el respeto (y observación) de los efectos de las decisiones del TEDH en los Estados que no han sido parte de los procesos*.

---

[110] *Vid.* la contribución del TEDH a la Conferencia de Bruselas, de 26 de enero del 2015, par. 3.

[111] *Vid.* el proyecto de Resolución (en su versión francesa) sobre « *L'efficacité de la Convention européenne des droits de l'homme : la Déclaration de Brighton et au-delà »* adoptada por la Comisión de Asunos Jurídicos de Derehos Humanos el 10/12/2014 y el informe realizado por M. Yves Pozzo di Borgo (France, PPE/CD), doc. 13719.

[112] *Groupe de Redaction "F" sur la reforme de la Cour (GT-GDR-F), Projet révisé de rapport final consolidé du CDDH sur l'avenir à plus long terme du système de la Convention (tel que révisé suite à la 5e réunion du GT-GDR-F)*, realizado en Estrasburgo el 8 de abril de 2015.

Circunstancia ésta que, sin duda, garantizaría una mayor homogeneidad en la interpretación y aplicación de los derechos humanos y libertades públicas en los diferentes Estados partes, dando lugar a una mayor seguridad jurídica. Para alcanzar este fin habría que implementar medidas educativas y pedagógicas que facilitaran el conocimiento y difusión de las decisiones del Tribunal. Y es que, si bien cierto que el estudio de la jurisprudencia del TEDH ya es una realidad en un gran número de Estados partes, todo apunta a que todavía se puede mejorar la aplicación del Convenio en el ámbito nacional aplicando los principios generales de interpretación que figuran en las decisiones del TEDH concernientes a otros Estados parte contratantes, en un esfuerzo de prevención de eventuales violaciones. En este sentido, la necesidad de tomar medidas apropiadas para mejorar la verificación y la compatibilidad de proyectos de ley, de legislaciones existentes y de prácticas administrativas internas con el Convenio, a la luz de la jurisprudencia del TEDH ha sido reiterada en la Declaración de Bruselas[113].

b) *articular medidas de sensibilización y educación en los Estados*. Numerosas propuestas se han realizado ya en este sentido. Sirvan como ejemplo, entre otros, la *Rec* (2004) *du Comité des Ministres aux Etats membres sur la Convention européenne des droits de l'homme dans l'enseignement universitaire et la formation professionnelle* y la contribución del CDDH a la Conferencia de Alto Nivel *La mise en œuvre de la Convention, notre responsabilité partagée*, organizada por la

[113] En este sentido, cabe traer a colación la contribución del TEDH a la Conferencia de Bruselas: « s'il est vrai qu'un arrêt de la Cour n'est formellement contraignant que pour l'État défendeur (ou les États défendeurs le cas échéant), tous les États, dans le souci de prévenir des violations futures des droits de l'homme, devraient s'assurer que leurs lois et leur pratiques administratives sont en conformité avec les principes qui sont développés dans la jurisprudence issue de la Convention », (§5). *Vid.* Documento GT-GDR-F(2015)006, p. 19, nota 58.

presidencia belga del Comité de Ministros (Bruselas, 26-27 de marzo 2015).[114]

c) *mejorar los recursos internos para la defensa de los derechos tutelados*: en este sentido, no debemos olvidar que conforme al artículo 13 de la CEDH "Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales". A pesar de esta situación, todo apunta a que aún se puede hacer mucho por mejorar las garantías procesales y los recursos internos existentes en los diferentes Estados parte[115].

f) *fomentar una mayor interacción entre el TEDH y las jurisdicciones nacionales*: en el informe titulado *Projet révisé de rapport final consolidé du CDDH sur l'avenir à plus long terme du système de la Convention* presentado por el GT-GDR-F se ha sugerido que el TEDH debería tener más en cuenta las jurisdicciones nacionales a hora de interpretar el Convenio y que éstas no deberían permanecer pasivas, sino participar en un diálogo más activo. Diálogo que, aunque existente, precisa ser desarrollado[116].

b) *promover el papel de los parlamentos nacionales*: la función limitada de los parlamentos nacionales en el sistema del Convenio constituye una debilidad en el sistema actual. Por el momento, en el plano

[114] Doc. CDDH(2014) R82 Addendum II.

[115] De hecho, para ayudar a alcanzar este fin se aprobó la *Guide de bonnes pratiques en matiere de voies de recours internes*, adoptada por el Comité de Ministros el 18 de septiembre 2013.

[116] Un reciente estudio de la aplicación de las sentencias en España y del necesario diálogo entre los órganos jurisdiccionales españoles puede consultarse, entre otros, en los trabajos de MOLINER VICENTE, C; "Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con España en 2013", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 30, 2014, pp. 305-330 y FOGUEZUELO BURRIEZA, A; "Diálogo entre Tribunales: la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21-X-2013 (caso Sra. del Río Prada contra el Reino de España)", *REDF,* nº. 23, 2014, pp. 105-125.

formal, el Convenio sólo reconoce a los parlamentos nacionales un papel indirecto, a través de la competencia de la Asamblea Parlamentaria[117], compuesta de delegaciones de sujetos parlamentarios nacionales, que eligen a los jueces del Tribunal. Los parlamentos nacionales deberían ser llamados a cumplir funciones más importantes en el seno del sistema, como vigilar la compatibilidad de los proyectos de ley y los proyectos de políticas gubernamentales con el Convenio y solicitar las cuentas al Gobierno en lo que concierne a la ejecución de las sentencias. En este sentido, conviene señalar que los argumentos a favor de una mayor implicación de los parlamentos ha ido tomando fuerza desde la Conferencia de Oslo y han sido reiteradas las reivindicaciones en la Declaración de Bruselas[118]. En este orden de ideas, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa también ha manifestado la importancia potencial de la creación de (sub)comisiones de derechos humanos en el seno de los parlamentos nacionales.

[117] A diferencia del Parlamento Europeo (una institución de la UE), que ha sido creado siguiendo el modelo de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y también se reúne en Estrasburgo para sus sesiones plenarias, el poder de la Asamblea se extiende solo a la capacidad de investigar, recomendar y aconsejar. Aun así, sus recomendaciones sobre temas tales como los derechos humanos tienen un peso significativo en el contexto político europeo. El Parlamento Europeo y otras instituciones de la UE a menudo se remiten al trabajo de la Asamblea, especialmente en el campo de los derechos humanos, cooperación legal y cultural. La asamblea parlamentaria, que tuvo su primera sesión el 10 de agosto de 1949, puede ser considerada la más antigua asamblea parlamentaria internacional, con una composición pluralista de diputados elegidos democráticamente establecida sobre la base de un tratado intergubernamental. Por lo general, la asamblea se reúne 4 veces al año en el Palacio de Europa, en Estrasburgo, durante una semana. Las diez comisiones permanentes de la asamblea se reúnen durante todo el año para preparar informes y proyectos para resoluciones en los campos de su competencia. Para más información *vid.* http://assembly.coe.int/nw/Home-EN.asp (Última consulta realizada el 12 de noviembre de 2015).

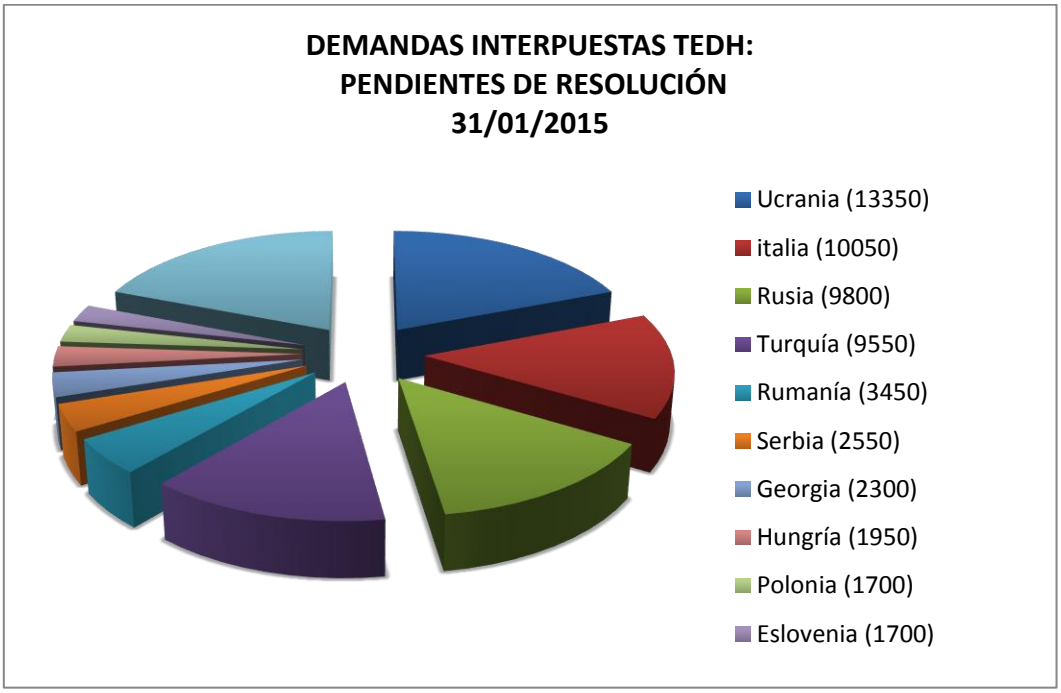
[118] Esta última "fomenta la implicación de los parlamentos nacionales en los procesos de ejecución de las sentencias, cuando sea apropiado, por ejemplo, al trasmitir sus informes anuales o temáticos o en la celebración de debates con las autoridades ejecutivas sobre la aplicación de ciertas decisiones" (B.2.h).

6.3. La sobrecarga del TEDH: la búsqueda de soluciones sin limitación de garantías

6.3.1. Situación actual tras la aplicación del Protocolo nº. 14

La ampliación del Consejo de Europa combinada con la aceptación universal de la competencia del TEDH y la creciente sensibilización hacia los derechos y garantías contenidos en el Convenio han generado un aumento importante del número de solicitudes. Consolidar la capacidad del sistema para tratar el número creciente de peticiones ha sido uno de los objetivos principales del proceso de reforma desde su origen. Y es que, el número de asuntos pendientes ha aumentado regularmente hasta alcanzar el número de 160.200 en septiembre de 2011. Desde entonces, se calcula un aumento de aproximadamente 1500 solicitudes mensuales. La Conferencia de Interlaken se inicia principalmente por la preocupación por la excesiva carga de trabajo existente, valorada como un obstáculo insuperable para el Tribunal. Esta preocupación intentaría ser afrontada con el uso de instrumentos procedimentales introducidos por el Protocolo nº 14, dando lugar a una reducción significativa de peticiones que llegan al Tribunal. Reducción significativa pero insuficiente.

FIGURA IV. SOBRECARGA DEL TEDH



Fuente: elaboración propia

Sobre la base de informaciones oficiales, la situación del TEDH en enero de 2015 puede describirse de la siguiente forma: el número actual de peticiones pendientes ronda las 65.000[119]. El número de peticiones recibidas en 2014 se elevó a 56.250, frente a las 65.800 que se recibieron en 2013, lo que supone una bajada de un 15%. Así se puso de manifiesto en el informe Interlaken, en el que se afirma literalmente que « c'est une baisse sans précédent. Elle s'explique principalement par l'application du nouvel article 47 du règlement, qui impose aux requérants des conditions plus strictes à l'examen d'une requête par la Cour »[120].

En esta situación y con el fin de clarificar qué asuntos están pendientes y cuál es su status, la Declaración de Brighton ha fijado unos

[119] « Présentation écrite par le Greffier de la Cour européenne des droits de l'homme », doc. GT-GDR-F (2014)015 « Présentation lors de la 3e réunion par le Greffier de la Cour européenne des droits de l'homme », doc. GT-GDR-F (2014)021 ; Statistiques de la Cour pour 2014 ; Le processus d'Interlaken et la Cour, rapport 2014, 28 janvier 2015.
[120] El Proceso de Interlaken y el Tribunal, Rapport 2014, § 1.

plazos : el TEDH debería dar una comunicación en el plazo de un año desde la interposición de la demanda y un plazo de dos años desde que se realiza la comunicación hasta el juicio sobre el fondo del asunto (ver 20 (h) de la Declaración). El TEDH ha introducido estos plazos en sus objetivos, siendo considerados los asuntos que no se ajustan a estos criterios como "trabajo pendiente de Brighton" (p. 17 del Informe 2014 del Proceso Interlaken y el TEDH). A fecha de 31 de diciembre de 2014, el trabajo pendiente de Brighton representa 40.406 asuntos[121].

Desde la entrada en vigor del Protocolo nº. 14, los asuntos manifiestamente mal fundados o inadmisibles han sido tratados por la figura del *juez único*[122]. La introducción del mecanismo del juez único y de la creación de una sección especial de filtro en el seno de la Secretaría para beneficiarse plenamente de este mecanismo, ha producido efectos positivos, aunque no exentos de críticas por algunos sectores. Ahora bien, al margen de las críticas lo cierto es que con este mecanismo el TEDH ha llevado a cabo un importante filtro en el 2014, habiendo tratado más de 78600 asuntos por la vía del juez único. A 31 de diciembre del 2014, el número de asuntos pendientes se había elevado a 8200, es decir, había experimentado un descenso de un 69% desde comienzos de año.

El Tribunal también ha empezado a hacer frente a los asuntos pendientes repetidos que constituyen el 50% del conjunto de los asuntos admisibles. El TEDH ha puesto en práctica, desde otoño del 2014, nuevos métodos de trabajo que le permiten tratar los referidos asuntos de forma simplificada y rápida. De esta forma, esta categoría de asuntos se ha visto reducida un 34% desde comienzos del año 2014.

---

[121] « Ce qui constitue une baisse de 37% par rapport au 1er janvier 2014 », Le processus d'Interlaken et la Cour, rapport 2014, Annexe 1, p. 18.

[122] Voir également le rapport de M. Yves Pozzo di Borgo (France, EPP, CD) sur « L'efficacité de la Convention européenne des droits de l'homme : la Déclaration de Brighton et au-delà » ; doc. 13719, § 12.

Por lo que respecta a los *asuntos prioritarios*, cabe señalar que constituyen otra categoría. La política de priorización del TEDH implica, en virtud del artículo 41 de su Reglamento, que los asuntos son tratados en función de la importancia y de la urgencia de la cuestión planteada, y no en función del orden cronológico de llegada al TEDH. El número de casos clasificados como prioritarios (categorías I a III), continúan aumentando, situándose en 7.300 a finales del 2014. En este grupo, alrededor de 3.540 asuntos (48%) pertenecen al "trabajo pendiente de Brighton".

Por último, también se contempla una última categoría en la que se encuentran los casos que no son ni *prioritarios* ni *repetitivos*. En concreto, se trata de la conocida como "trabajos pendientes de Brighton". Categoría que ha aumentado un 11% desde comienzos del año 2014, lo que representa más de 14.000 asuntos. Más de 600 asuntos de este grupo han sido tratados en el 2014. La Secretaría del TEDH ha indicado que es necesario simplificar su tratamiento. Una de las propuestas es la de especialización a nivel de Secretaría.

Teniendo en cuenta lo expuesto, parece evidente que el TEDH se enfrenta en un futuro inmediato a un doble desafío[123]: hacer desaparecer el trabajo pendiente y administrar el trabajo entrante, lo que supone establecer diferentes estrategias, debido a que la eliminación de trabajo pendiente es una tarea de naturaleza temporal, mientras que el trato del trabajo entrante es permanente. En este sentido, conviene señalar que en lo que concierne a la eliminación del trabajo pendiente, según las cifras estudiadas, el desafío principal son los casos considerados como no prioritarios y no repetitivos. En cuanto al tratamiento del trabajo entrante, el problema radica en el volumen de trabajo que, de forma regular, entra en el sistema. Esta entrada constante se debe, entre otras razones, al hecho de que el TEDH se percibe

[123] *Vid.* « Présentation du Greffier de la Cour européenne des droits de l'homme lors de la 3e réunion », doc. GT-GDR-F (2014)021.

cada vez más por los peticionarios como una "corte de indemnización", ante los daños sufridos en los procesos internos.

Por último, conviene recordar que en los últimos años el desafío que ha planteado el gran volumen de trabajo proviene de las violaciones de derechos humanos a gran escala resultantes de los conflictos existentes en Chipre[124], en Georgia (en la región de Nagorno Karabaj) o el reciente conflicto entre Rusia[125] y Ucrania. El número de casos de esta naturaleza ante el TEDH superan los 3.000, y muchos de ellos requieren de la inversión de muchos recursos, lo que, inevitablemente, revierte sobre el resto de trabajos del TEDH 126.

6.3.2. Posibles soluciones en el marco de las estructuras existentes

En cuanto a los asuntos repetitivos (o sobre los que el TEDH ya se ha pronunciado anteriormente), son interesantes las propuestas del Grupo GT-

[124] El 12 de mayo de 2014, la Gran Sala del TEDH adoptó una sentencia histórica. En ésta y en el marco de las demandas interestatales de Chipre contra Turquía por su intervención militar en la isla, el Tribunal concedió una satisfacción equitativa a Chipre, en virtud del art. 41 de la Convención Europea de Derechos Humanos. El fin de dicha satisfacción era reparar los daños producidos a las víctimas de las violaciones sistemáticas de los derechos humanos en dicha incursión militar. Es la primera vez que se adoptaba una decisión de este tipo para demandas interestatales, y ha supuesto una oportunidad única para que la instancia judicial europea reflexione sobre la responsabilidad internacional del Estado, sus obligaciones *erga omnes*, y su conexión con la protección diplomática, los mecanismos de protección de los derechos humanos, las víctimas y su reparación y, yendo más allá, el Derecho Internacional General y su relación con la *lex specialis*. Para un estudio detallado del tema vid. Carmen Quesada Alcalá, "Las víctimas encuentran su lugar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una "satisfacción equitativa" por la vulneración de sus derechos en las reclamaciones entre Estados (Chipre contra Turquía)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº. 49, 2014, pp. 889-915.

[125] En el caso de Rusia, especial atención merecen los episodios causados en Chechenia, donde el sistema europeo jugó un papel decisivo y complicado. *Vid.* CERVELL HORTAL, M.J; "Chechenia vs. Rusia: el triunfo de los Derechos humanos (a propósito de tres sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de febrero de 2005)", *Anuario español de derecho internacional* , nº. 21, 2005, pp. 477-492.

[126] *Vid.* la « Présentation du Greffier de la Cour européenne des droits de l'homme lors de la 3e réunion », doc. GT-GDR-F(2014)021.

GDR-F, el cual propone al TEDH mejorar el procedimiento y tratar de resolver los asuntos pendientes de aquí a tres años. Asimismo, recomienda a las Partes contratantes garantizar los recursos suficientes a nivel interno para garantizar las comunicaciones en tiempo razonable. Por lo que respecta a la cuestión de si el Tribunal debería encargarse o no de estos asuntos, hay un sentimiento general según el cual los asuntos no deberían ser tratados por el TEDH[127]. Según el Grupo GT-GDR-F este problema, que pesa excesivamente sobre el mecanismo europeo, debería ser resuelto en primera instancia por los Estados contratantes y por el Comité de Ministros, en el marco de sus funciones de vigilancia.

En este orden de ideas, el aspecto más preocupante de la carga de trabajo del TEDH es actualmente el relativo a los asuntos que son tratados en las Salas: en concreto aquellos que no son prioritarios, que están bien fundamentados y no son repetitivos. La capacidad del TEDH para tratar estos asuntos es el desafío más importante al que se enfrenta el sistema. Y se traduce en la necesidad de asegurar la celeridad del examen de estos casos sin que perjudicar la calidad de la resolución.

[127] Según las propuestas realizadas por el Grupo de Trabajo "la proposition de renvoyer les affaires répétitives devant les juridictions nationales lorsqu'elles ont été déclarées recevables par la Cour suscite un certain intérêt car cela pourrait aider ces juridictions à assimiler le point de droit concerné. Si les principes qui sous-tendent ces propositions rencontrent un certain écho, les diverses complications d'ordre juridique et pratique qu'elles entraînent ne peuvent être ignorées pour autant. Il semble donc y avoir relativement peu de marge pour apporter des améliorations notables dans ce domaine ».

ANEXO III. GESTIÓN DE CASOS (TEDH): 2013-2014

1. Demandas asignadas		**2014**	**2013**	+/-
Demandas asignadas a una formación judicial		56250	65800	-15%
-destinadas a Sala o Gran sala		4400	5000	-12%
-destinadas a Comité		8400	9350	-10%
-destinadas al procedimiento del juez único		43450	51450	-16%
2. Demandas procesadas		**2014**	**2013**	+/-
Número de demandas resueltas		86063	93401	-8%
- por juicio deliberado:		2388	3661	-35%
Por Sala o Gran Sala		978	905	8%
Por un Comité		1410	2756	-49%
-Declaradas inadmisibles o archivadas:		83675	89740	-7%
Por una Sala o la Gran Sala		888	4223	-79%
Por un Comité de 4		3933	4627	-15%
Por un Comité de 2 o 3		194	304	-36%
Por un único juez		78660	80586	-2%
Demandas comunicadas		7897	7931	0%
Medidas cautelares		1929	1608	20%
-Otorgadas		216	108	100%
-Rechazadas		783	818	-4%
-Rechazadas (fuera del ámbito de actuación)		930	682	36%
3. Demandas pendientes		**31/12/2014**	**1/1/2014**	+/-
Demandas pendientes ante formación judicial		69900	99900	-30%
-Sala o Gran Sala		29650	39000	-24%
-Comités		32050	34400	-7%
-Unúnico juez		8200	26500	-69%
Número casos 10 países	**81,3%**			
- Demandas pendientes ante formación judicial				
Ucrania	19;5%	13650	13300	2,6%
Italia	14,4%	10100	14400	-29,9%
Rusia	14,3%	10000	16800	-40,5%
Turquía	13,6%	9500	10950	-13,2%
Rumanía	4,9%	3400	6150	-44,7%
Serbia	3,6%	2500	11250	-77,8%
Georgia	3,3%	2300	2450	-6,1%
Hungría	2,6%	1850	1750	5,7%
Polonia	2,6%	1800	1650	9,1%
Eslovenia	2,4%	1700	1800	-5,6%
4. Nuevas demandas		**31/12/2014**	**1/1/2014**	+/-
Número de demandas en fase prejudicial		19050	21950	-13%

Fuente: El proceso de Interlaken y la Corte (Informe 2014)

ANEXO IV. NÚMERO DE CASOS POR PAÍSES (31.12.2014)

Estado	1. Pendiente ante órgano de decisión	2.Asignados	3. Demandas pendientes ante órgano de decisión 31.12.2014					4. Diferencia respecto a 01/01/2014
	Total 01.01.2014	Total 31.12.2014	Total 31.12.2014	Cat. I, ii, iii	Cat. IV	Cat. V	Cat. VI y VII	
ALB	424	83	**362**	7	142	205	8	-62
ALEM	499	1027	**332**	21	111	8	192	-167
AND	1	5	**4**		2		2	3
ARM	943	154	**1037**	63	786	4	184	94
AUST	205	315	**127**	7	53	40	27	-78
AZE	1291	403	**1401**	211	1089	95	6	110
BEL	361	159	**358**	99	212	24	23	-3
BO-H	1269	667	**728**	4	37	415	272	-541
BGR	2437	928	**964**	123	545	87	209	-1473
CHIP	169	55	**69**	37	26	1	5	-100
CRO	977	1095	**546**	118	284	57	87	-431
DIN	23	65	**26**	14	11		1	3
ESLV	237	324	**194**	14	100	58	22	-43
ESVN	1780	352	**1698**	32	180	1414	72	-82
ESP	390	644	**206**	17	43	7	139	-184
EST	337	187	**67**	5	24		38	-270
FIN	196	186	**100**	7	28	2	63	-96
FRA	635	1142	**481**	74	218	9	180	-154
GEO	2453	102	**2275**	168	2047	48	12	-178
GRC	1280	585	**1187**	195	300	528	164	-93
HUN	1736	2402	**1823**	325	229	739	530	87
IRL	21	33	**3**				3	-18
ISL	11	28	**21**		12		9	10
ITA	14370	5476	**10079**	72	1459	8065	483	-4291
LET	528	298	**325**	31	116	24	154	-203
LIE	6	12	**10**				5	4
LIT	242	387	**272**	86	155	5	26	30
LUX	12	23	**10**	1	5		4	-2
MAC	341	382	**237**	25	174	13	25	-104
MLT	64	39	**63**	15	41	4	3	-1
MDA	1408	1105	**1153**	223	616	149	165	-255
MCO	3	4	**2**		2			-1
MON	792	158	**499**	8	70	53	368	-293
NOR	89	141	**67**	1	25		41	-22
P.B.	452	674	**328**	126	95	3	104	-124
POL	1639	2761	**1788**	229	490	696	373	149
PRT	232	252	**276**	4	86	156	30	44
R.U.	2517	720	**1233**	37	93	1038	65	-1284
R.CH.	588	369	**216**	9	136	24	47	-372
RUM	6142	4427	**3337**	956	713	1355	313	-2805
RUS	16757	8952	**9934**	2553	3242	2604	1535	-6823
SMR	5	5	**9**		7		2	4
SER	11224	2787	**2517**	17	193	1404	903	-8707
SUE	87	272	**42**	9	14	6	13	-45
SUI	263	303	**143**	21	74	2	46	-120
TUR	10877	1589	**9457**	797	3020	5198	442	-1420
UCR	13262	14198	**13625**	625	1228	10842	930	363
Total	**99575**	**56275**	**69631**	**7386**	**18536**	**35384**	**8325**	**-29944**
01/01/2014			99575	7368	17535	47960	26712	
+/-			-30%	0%	6%	-26%	-69%	

Fuente: El proceso de Interlaken y la Corte (Informe 2014)

NOTA EXPLICATIVA:
Las categorías I, II y III se encuentran en el ámbito de la política de priorización de la Corte:
Cat. I: demandas urgentes
Cat. II: casos piloto (*dealing cases*)
Cat. III: asuntos de los arts. 2, 3 o 4 o art. 5 & 1 del Convenio
Cat. IV: demandas de carácter normal, difícil o muy difícil para la Sala
Cat. V: Comité (sentencia repetitiva) o demanda ante Sala
Cat. Vi Y VII: Juez simple o demanda ante Comité

ANEXO V. TRABAJO PENDIENTE DE BRIGHTON (31.12.2014)

Estado	1. Trabajo pendiente	2. Demandas pendientes ante órgano de decisión 31.12.2014					3. Diferencia respecto a 01/01/2014
	Total 01.01.2014	Total 31.12.2014	Cat. I, ii, iii	Cat. IV	Cat. V	Cat. VI y VII	
ALB	228	208	2	126	76	4	-20
ALE	258	136	4	83	5	44	-122
AND	1	1		1			0
ARM	770	856	51	731	3	71	86
AUST	82	56	1	17	25	13	-26
AZE	1011	976	90	844	37	5	-35
BEL	221	250	32	185	23	10	29
BO-H	854	270		20	40	210	-584
BGR	2060	668	53	450	48	117	-1392
CHIP	134	53	29	22		2	-81
CRO	361	189	8	157	9	15	-172
DIN	7	3	1	1		1	-4
ESLV	80	91	2	58	27	4	11
ESVN	1447	128	9	86	4	29	-1319
ESP	177	42	5	21	2	14	-135
EST	280	32		12		20	-248
FIN	28	17	1	2	1	13	-11
FRA	225	170	21	111	2	36	-55
GEO	2338	2196	123	2022	47	4	-142
GRC	691	659	73	222	260	104	-32
HUN	1223	981	13	72	414	482	-242
IRL	5	0					-5
ISL	0	4		4			4
ITA	11618	7222	31	1081	5919	191	-4396
LET	333	214	12	92	9	101	-119
LIE	3	1			1		-2
LIT	93	134	18	105	5	6	41
LUX	0	0					0
MAC	127	90	2	81	5	2	-37
MLT	10	24		21	3		14
MDA	853	705	101	435	128	41	-148
MCO	0	0					0
MON	645	448	5	61	26	356	-197
NOR	11	13		1		12	2
P.B.	224	169	97	47	1	24	-55
POL	857	930	58	319	514	39	73
PRT	67	82		45	34	3	15
R.U.	2215	57	14	29	1	13	-2158
R.CH.	385	104	1	66	15	22	-281
RUM	1087	1133	155	452	477	49	46
RUS	13245	6098	1629	2488	1580	401	-7147
SMR	0	3		2		1	3
SER	7373	1326	2	153	370	801	-6047
SUE	23	18	3	9	6		-5
SUI	152	68	6	53	1	8	-84
TUR	8713	8343	588	2622	4929	204	-370
UCR	4043	5328	299	839	3645	455	1195
Total	**64558**	**40406**	**3539**	**14248**	**18692**	**3927**	**-24152**
01/01/2014		64558	3051	12799	28268	20440	
+/-		-37%	16%	11%	-34%	-81%	

Fuente: El proceso de Interlaken y la Corte (Informe 2014)

NOTA EXPLICATIVA:
Las categorías I, II y III se encuentran en el ámbito de la política de priorización de la Corte:
Cat. I: demandas urgentes
Cat. II: casos piloto (*dealing cases*)
Cat. III: asuntos de los arts. 2, 3 o 4 o art. 5 & 1 del Convenio
Cat. IV: demandas de carácter normal, difícil o muy difícil para la Sala
Cat. V: Comité (sentencia repetitiva) o demanda ante Sala
CAT. VI Y VII: JUEZ SIMPLE O DEMANDA ANTE COMITÉ

CAPÍTULO II.
LA TEORÍA DEL CONSENSO Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN MATERIA DE ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL SISTEMA EUROPEO

1. INTRODUCCIÓN.

Según el Preámbulo del CEDH, la finalidad del CdE es la "unión más estrecha entre sus miembros"[128] en relación con la protección y el desarrollo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Podemos afirmar, por tanto, que del proyecto de esta organización internacional se deriva la creación de un ordenamiento jurídico de carácter supranacional llamado a reforzar la cohesión social entre sus Estados parte. Una cohesión social que se asienta sobre tres pilares que han ido evolucionando con el paso del tiempo: el desarrollo de una serie de valores sociales comunes, su materialización a través de la coexistencia pacífica de libertades entorno a un marco jurídico concreto y por último, la protección de éstos por medio de la creación de una estructura jurídica.

En lo que respecta al primero de ellos, es decir, al desarrollo de valores sociales comunes, podríamos afirmar que es el resultado inmediato de la labor llevada a cabo por los precursores de este proyecto de integración europea. En un contexto de auténtico caos, generado tras el periodo de las grandes guerras, los Estados fundadores del CdE diseñaron el imaginario del *ethos* europeo[129], caracterizado por la protección de los

[128] CEDH. Modificado por los Protocolos nº. 11 y 14 y completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nº. 4, 6, 7, 12 y 13. Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (Última consulta realizada el 25 de septiembre de 2015).

[129] FERNANDEZ SEGADO, F., "La libertad de expresión en la doctrina del TEDH", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época),* nº. 70, Octubre-Diciembre, 1990.

derechos humanos, atribuyéndoles un carácter universal, poniendo de relieve su firme compromiso por garantizar la dignidad de todos los seres humanos y el disfrute de los derechos y libertades de todas las personas sin discriminación por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, asociación con una minoría nacional, posición económica, nacimiento u otra condición[130].

Con la finalidad de proteger ese orden jurídico nace el TEDH, como máximo intérprete del CEDH, que tendrá que enfrentarse al reto de reconocer a todo/a ciudadano/a (con independencia de su orientación sexual) su parcela de derechos y libertades públicas. En este sentido, será necesario dejar de lado toda referencia a la moral o las buenas costumbres, reglas de una "mayoría dominante" utilizadas tradicionalmente para justificar un trato discriminatorio[131].

Ahora bien, dicho esto, conviene señalar que el proyecto de orden jurídico establecido por el CdE gira en torno a la idea de un orden jurídico "objetivo", que se establece sobre la existencia de una "neutralización de valores"[132]. Según la jurisprudencia del TEDH toda diferencia de trato, para que no sea discriminatoria, debe ser legal, legítima y debe emplear medios razonablemente proporcionales al fin que se pretende alcanzar. En este sentido, cuando se crea este tribunal como garante del orden jurídico, se le concede la difícil tarea de crear y proteger su concepción de orden público europeo, caracterizado por el respeto a la seguridad, la salubridad pública y la paz.

[130] En este contexto, a mediados del siglo XX era difícil concebir la discriminación por razón de orientación sexual en el catálogo del artículo 14 del Convenio, por lo que las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales víctimas de criminalización, marginación, exclusión social o incluso violencia física por parte de las autoridades estatales no se encuentran protegidos por el Convenio inicialmente.
[131] BORRILLO, D., *Homofobia*, España, Bellaterra, 2001, pp. 118 ss.
[132] DUMORTIER, T., *op. cit.*, nota 7.

El juez de Estrasburgo con los límites que le impone el CEDH e investido de plenos poderes de interpretación sobre el mismo, será el encargado de confeccionar una serie de herramientas que le sean útiles en esta labor. En este proceso, el TEDH aprehende conceptos jurídicos que pueden parecer un tanto vagos e indeterminados, haciéndolos suyos: este es el caso de la teoría del consenso y el margen de apreciación nacional. En definitiva, se trata de un proceso en el que, como ya avanzamos en el capítulo preliminar, el juez internacional deberá interpretar el consenso existente, respetando la diversidad, con el fin de conciliar los derechos y garantías contenidos en el CEDH con los distintos ordenamientos jurídicos nacionales.

En este sentido, la jurisprudencia del TEDH trata de mostrarnos el consenso como una herramienta válida para determinar el contenido de los derechos y libertades conforme a la realidad social del momento. El problema radica en que la doctrina no establece cuándo se alcanza el consenso mínimo, cuántos Estados son necesarios o si dicho consenso debe tener una dimensión regional o internacional. Por esta razón cabe preguntarse si ésta es realmente una herramienta objetiva o si, por el contrario, es vaga e indeterminada.

Si analizamos la jurisprudencia del TEDH podemos observar que el tribunal se refiere al consenso en tres situaciones distintas[133]: atendiendo al aspecto cuantitativo, es decir, realizando un recuento del número de Estados que aplican un mismo estándar legal; atendiendo a la opinión de expertos en la materia; o bien, evaluando la opinión pública existente en el momento. Sin embargo, de la praxis no hallamos una aplicación lineal y constante de estos tres elementos. Así, mientras en ocasiones, podemos

[133] HELFER, L.R., "Finding a consensus on equality: the homosexual age of consent and the European Convention on Human Rights*", New York University Law Review*, vol. 65, 1990, pp. 1045-1100.

observar cómo el tribunal basa su argumentación sobre uno de estos elementos, en otras ocasiones se basa en más de o uno, o incluso hay supuestos en los que se evita cualquier fundamentación jurídica en su análisis.

En este sentido, conviene señalar que la metodología del consenso ha sido muy criticada por la doctrina científica como método para determinar los estándares mínimos de protección en materia de derechos humanos. De este modo se ha criticado al consenso por su enfoque claramente insatisfactorio, al considerar que deja a las minorías vulnerables frente a la dominación de una postura mayoritaria[134].

En este orden de ideas, son interesantes las reflexiones que sobre la naturaleza de este método realiza la doctrina internacional. Así, el Profesor Wintemute ha definido la teoría del consenso como el resultado del rol que desarrolla el TEDH, la de un tribunal internacional que interpreta un tratado voluntario internacional[135]. Mientras que el Profesor Paul Johnson añade que el análisis del consenso es una construcción a través de la cual el TEDH legitima su interpretación moral, siendo su uso, tal y como muestra su jurisprudencia, variable e impredecible[136]. Afirmación ésta que nos lleva a plantearnos si la herramienta del consenso es el resultado de una construcción jurídica sólida o si, por el contrario, no es más que la manifestación de la voluntad política del TEDH. Sea como fuere, lo cierto es que para responder a éstos y otros interrogantes sobre la naturaleza y utilidad del consenso, resulta necesario realizar un análisis en profundidad de los casos llevados ante la ComEDH y el TEDH.

---

[134] HODSON, L., "A marriage by any other name? Schalk & Kopf c. Austria", *Human Rights Law Review*, nº. 11 (1), 2011, pp. 170-179.

[135] WINTEMUTE, R., *Sexual Orientation and Human Rights: The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 139 ss.

[136] JOHNSON, P., *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Abingdon, Routledge, 2013, pp. 77-83.

2. EL PAPEL DE LA COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS ANTE LAS PETICIONES EN MATERIA DE ORIENTACIÓN SEXUAL

2.1. Introducción

Tras las devastadoras consecuencias humanas, materiales y económicas de la II Guerra Mundial, Europa Occidental vivió un ambiente favorable a la creación de una organización internacional en la que se agruparan los Estados democráticos. Esta circunstancia dio lugar a la creación en 1949 del Consejo de Europa: el impacto que para la opinión pública supuso la constatación de los crímenes perpetrados por el Tercer Reich y el impulso proporcionado por la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDDHH) por NNUU, propició el interés por crear un mecanismo de garantía colectiva de tales derechos.

La entonces denominada Asamblea Consultiva del CdE acordó en su primera sesión iniciar los estudios necesarios para la creación de tal sistema. Sólo un año más tarde, el Comité de Ministros aprobó el proyecto del CEDH. El 4 de noviembre de ese mismo año el Convenio era firmado por los representantes de doce Estados: la recientemente creada República Federal Alemana, Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Reino Unido y Turquía.

En este contexto, los redactores del convenio trataron de desarrollar los derechos contemplados en la DUDDHH, al considerar que esta declaración tendía a asegurar el reconocimiento y la aplicación universal y efectiva de los derechos que enunciaba. De este modo, a través de la nueva organización regional se confeccionó un sistema que materializaba en el continente europeo lo que hasta el momento era una mera declaración de

principios. En este sentido, el CEDH se caracterizaría por ser la piedra angular de la integración europea y de su contenido dependería el éxito o el fracaso de la iniciativa. Por razones históricas y sociales, el texto no contempló en su catálogo del artículo 14[137] relativo a la "prohibición de la discriminación" la no discriminación por razón de orientación sexual. Fenómeno éste que denominaremos la "invisibilización de la orientación sexual" y que será, como veremos, uno de los principales campos de batalla en los años venideros ante la ComEDH y el TEDH.

2.2. La denegación del acceso a la Justicia : 1955-1975

La ComEDH, que hasta la entrada en vigor del Protocolo nº. 11, realizaba la función de filtro previo al TEDH, era la encargada de evaluar la admisibilidad de todas las demandas individuales y declarar inadmisibles todas las demandas interpuestas en materia de orientación sexual, declarando en la mayoría de casos que la inadmisión se debía a los errores de fundamentación de las reclamaciones. Esto explica que ninguna de las demandas planteadas durante este periodo llegara hasta la Corte y por consiguiente, ninguna tuviera éxito. Buena prueba de ello es el hecho de que entre el 5 de julio de 1955 y el 1 de marzo de 1960 se plantearon ante la ComEDH un total de 713 reclamaciones, de las que se declararon admisibles únicamente tres. Esta circunstancia ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, que ha llegado a definir la labor de la Comisión durante este periodo como una especie de "procedimiento para evaluar

[137] Art. 14 del CEDH. Prohibición de discriminación. "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

reclamaciones frívolas o absurdas y para evitar la transmisión a los gobiernos de demandas sin interés o de contenido malicioso"[138].

Todas las demandas formuladas, relacionadas con la orientación sexual, respondían a un mismo patrón: los peticionarios son varones que reclaman una compensación por el trato sufrido a causa de la aplicación de leyes nacionales que sancionan las conductas homosexuales en sus países de origen. En estos casos, a pesar de la naturaleza homogénea de las reclamaciones planteadas, las víctimas encontraron dificultades para argumentar sus estrategias orientadas a buscar el amparo del CEDH, ante la ausencia de jurisprudencia previa sobre la que fundamentar su defensa.

Aunque durante esta etapa varios EEMM que habían ratificado el CEDH contemplaban algún tipo de sanción para los actos homosexuales en sus respectivos ordenamientos jurídicos, llama la atención el hecho de que no se plantearon demandas contra todos y cada uno de ellos[139]. Todas las demandas interpuestas entre 1955 y 1980 procedieron exclusivamente de tres Estados signatarios: la República Federal de Alemania, Austria y Reino Unido.

2.3. Alemania ante la ComEDH

La primera demanda de este tipo interpuesta ante la Comisión fue la del caso W. B. c. la República Federal de Alemania[140], caso en el que se había condenado a un ciudadano alemán a quince meses de prisión por

[138] MYERS D.P., "The European Commission on Human Rights", *AJIL,* 50 (4), 1956, pp. 5-28.
[139] *Vid.* ANEXO XIII. ANÁLISIS COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS LGBTI EN LOS EEMM DEL CdE.
[140] ComEDH. Caso W.B. c. la República Federal de Alemania, decisión nº. 104/55, de 17 de diciembre de 1955. Las decisiones de la ComEDH no se encuentran disponibles a través del buscador HUDOC del TEDH. Por este motivo, la información sobre estas decisiones nos fue remitida directamente vía e-mail desde el departamento de archivo del Tribunal (echrarchives@echr.coe.int).

homosexual, comportamiento contemplado como delito en el artículo (párrafo o parágrafo) 175 del Código Penal alemán (§ 175 StGB-Deutschland) 141.

En este supuesto, la ComEDH declaró la inadmisibilidad de la petición alegando que el artículo 14 del CEDH, relativo a la discriminación por motivo de sexo, no excluía la posibilidad, para los EEMM, de establecer diferencias de trato entre sexos en relación con la homosexualidad si el fin de dichas medidas era la protección de la salud y de la moral, conforme a los artículos 2[142] y 8[143] del CEDH.

---

[141] El art. 175 del Código penal alemán fue creado el 15 de mayo de 1871 y se mantuvo vigente hasta el 11 de junio de 1994. Su contenido penaba las relaciones homosexuales entre personas del sexo masculino. De hecho, desde 1935 hasta 1969 abarcaba incluso los "actos contra natura con animales". A raíz de este artículo, se procesaron cerca de 140.000 hombres bajo las diferentes versiones del mismo. Pero esta posición de castigar penalmente las tendencias homosexuales se inició en la segunda mitad del siglo XIII, cuando el sexo anal entre hombres pasó de ser un pecado, aunque completamente legal, a convertirse en un crimen, condenado en casi toda Europa con la pena de muerte. "Castigad así al impúdico, cuando actúe contra natura. En el caso de que una persona actúe de forma impúdica con un animal, un hombre con un hombre, una mujer con una mujer, entonces han perdido el derecho a la vida. Y se deberá, según la costumbre, llevarlos a la muerte con fuego". En 1974, después de que ya lo hubieran hecho Austria y Francia, Prusia, con la introducción del derecho común, reduce la pena de muerte a pena de cárcel. "La fornicación contra natura, realizada entre personas del mismo sexo masculino o de personas con animales, está castigada con una pena de cárcel de seis meses a cuatro años, además de la suspensión temporal de los derechos civiles". Durante el régimen nacionalsocialista se recrudeció la persecución de homosexuales en Alemania. Durante este periodo, el delito se cometía cuando "de forma objetiva se daña el sentido del pudor público y de forma subjetiva hay intención lujuriosa de despertar la sensualidad de uno de los hombres o de un tercero". Ya no era necesario tocarse para la realización de un delito. En la justificación de este artículo se basó el interés del "mantenimiento de la salud moral del pueblo", puesto que según Hitler, "por experiencia", la homosexualidad "tiende a extenderse como una enfermedad" y ejerce "una influencia dañina" en los "círculos afectados". Además del argumento de que la homosexualidad era incompatible con la ideología nacionalsocialista porque los homosexuales no se reproducían y por tanto, no perpetuaban la raza aria.

[142] Art. 2 del CEDH. Derecho a la vida. "1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal dictada al reo de un delito para el que la ley establezca esa pena. 2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la

A pesar de que en el año 1955 sólo cuatro Estados de los catorce signatarios contemplaban una prohibición legal de la homosexualidad[144], la Comisión resolvió el caso sin realizar un estudio del consenso del momento. A nuestro juicio, esta circunstancia pudo deberse al hecho de no ser considerada todavía la despenalización de las prácticas homosexuales como parte del patrimonio común europeo de derechos fundamentales. Esto podría explicar el amplio margen de apreciación estatal que, en asuntos relacionados con la moral, concedió inicialmente la Comisión a los Estados a la hora de limitar los actos homosexuales. Asimismo, justifica el hecho de que la Comisión acepte que los Estados contemplen la homosexualidad como un delito con la finalidad de proteger el orden público tradicional, basado en la seguridad, salubridad y moralidad pública.

Esta postura inicial de la Comisión también quedó manifiesta en el caso de E.G. c. la República Federal de Alemania[145], en el que el solicitante principal había sido condenado a seis meses de prisión por homosexualidad, como resultado de la aplicación del artículo 175 a) del Código Penal alemán. En este caso, la Comisión no amparó los derechos del demandante, al considerar que su reclamación estaba mal fundamentada, afirmando expresamente que tras el examen de la petición no se aprecia una violación de los derechos reconocidos en el CEDH. De

---

evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección".

[143] Art. 8 del CEDH. Derecho al respeto de la vida privada y familiar. "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista en 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".

[144] *Vid.* ANEXO XIII.

[145] ComEDH. Caso E.G. c. la República Federal de Alemania, decisión nº. 135/55, de 20 de diciembre de 1955.

este modo, la Comisión reconoció que el Convenio no protegía la discriminación por razón de orientación sexual.

Ante este planteamiento defendido por la ComEDH, el recurrente plantea el caso K.H.W. c. la República Federal de Alemania[146] -en el que el actor principal fue condenado a ocho meses de prisión, en aplicación del artículo 175 del Código Penal alemán- que este tipo de condenas podrían ser anulables al considerarlas contrarias a los principios internacionales de los derechos humanos. Pero la Comisión insistió en que el examen de este tipo de casos no permitía, de forma general, apreciar una violación de los derechos reconocidos en el CEDH.

Podría afirmarse que en todas las peticiones de amparo planteadas durante este periodo, los solicitantes trataron de desarrollar un argumento que amparase la despenalización de la homosexualidad. Un claro ejemplo lo constituye el caso de X. c. la República Federal de Alemania[147], en el que el actor principal fue condenado por un tribunal alemán a la pena de privación de libertad por homosexualidad. En este caso, el peticionario sostuvo con buen criterio que la prohibición general de la homosexualidad en Alemania violaba los derechos humanos, argumentando además que ese mismo comportamiento sexual no era objeto de sanción en otros países del Consejo de Europa, siendo paradójico que incluso en Alemania, el lesbianismo no se contemplara como delito. Podría decirse que de esta forma se propuso, sin éxito, un uso tímido y prematuro de la metodología del consenso.

En este orden de ideas, también destacan otras peticiones ante la ComEDH contra el artículo 175 del Código Penal alemán. Este es el

[146] ComEDH. Caso K.H.W. c. la República Federal de Alemania, decisión nº. 167/56, de 28 de septiembre de 1956.
[147] ComEDH. Caso X. c. la República Federal de Alemania, decisión nº. 261/57, de 16 de diciembre de 1957.

supuesto, entre otros, de A.S. c. la República Federal de Alemania[148], en el que el solicitante desde prisión trató de plantear su caso a la Comisión, teniendo que sortear la revisión, censura e incluso la apropiación por parte de las autoridades penitenciarias de su correspondencia. En esta ocasión, el actor utilizó en su defensa la deslegitimación del controvertido artículo 175, calificándolo como un elemento superviviente del régimen nazi y apuntando que todos los Estados democráticos (incluso Polonia) toleraban la homosexualidad. Además, fue más allá al definir la homosexualidad como una característica innata del individuo a la que se encuentra predestinado, afirmando que considerarla como delito suponía una violación del derecho a la vida, cuyo corolario es el derecho a amar. Argumentos que no convencieron a la ComEDH, que se limitó a declarar inadmisible esta petición.

El artículo 175 también fue utilizado para enviar a homosexuales a campos de concentración durante el régimen nazi, como en el caso de H.S. c. la República Federal de Alemania[149], en el que el solicitante había sido acusado de homosexual y retenido en estos centros de confinamiento entre 1940 y 1945. El actor alegaba, entre otras cuestiones para su defensa, que fue arrestado sin una resolución emitida por una autoridad competente, que durante su defensa desaparecieron documentos esenciales para la misma y que algunos jueces del tribunal alemán que lo condenó eran antiguos nazis.

Por lo que respecta a los fundamentos de derecho esgrimido por el ciudadano alemán H.S., cabe señalar que alegó violación de los artículos 3[150] (prohibición de la tortura), 5[151] (derecho a la libertad y a la seguridad),

[148] ComEDH. Caso A.S. c. la República Federal de Alemania, decisión nº. 530/59, de 4 de enero de 1960.
[149] ComEDH. Caso H.S. c. la República Federal de Alemania, decisión nº. 704/60, de 4 de agosto de 1960.
[150] Art. 3 del CEDH. Prohibición de la tortura. "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

así como los artículos 6[152] (derecho a un proceso equitativo) y 14 (prohibición de la discriminación) del CEDH. Se trata de una petición en el

[151] Art. 5 del CEDH. Derecho a la libertad y a la seguridad. "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente; b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente; e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición. 2. Toda persona detenida deberá ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio. 4. Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en un breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal. 5. Toda persona víctima de un arresto o detención contrarios a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación".

[152] Artículo 6 del CEDH. Derecho a un proceso equitativo. "1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo

que existían toda una serie de irregularidades formales y múltiples violaciones de derechos que fueron alegadas por el propio peticionario: el hecho de ser arrestado irregularmente, permanecer en prisión durante más de un año sin una sentencia condenatoria y sometido durante este periodo a tratos inhumanos. Además, en su defensa alegaba que los cargos de la acusación no fueron claros y que se instrumentalizó el proceso como una suerte de venganza debido a su historial anti-fascista, vulnerándose de este modo su derecho a un proceso justo y equitativo, contemplado en el artículo 6 del CEDH. A pesar de todo ello, una vez más, la ComEDH declaró inadmisible la petición sin entrar en el fondo del asunto.

Un caso de características similares es el de G.K.B. c. la República Federal de Alemania[153], en el que el actor fue arrestado en 1958, acusado de homosexualidad reincidente, debido a que ya había sido acusado previamente de cargos similares. En este caso, el solicitante fue condenado a dos años de prisión, siendo víctima de malos tratos por parte de las autoridades penitenciarias. Además, fue sometido, a petición de los tribunales nacionales, a un examen realizado en el *Institute for Sexual Research in Hamburg* con el fin de determinar si sus tendencias homosexuales podían ser catalogadas como una enfermedad mental. Este fue uno de los motivos, entre otros, del amparo pretendido por el ciudadano alemán: éste sostuvo que la petición de este examen médico constituía un trato degradante. Argumento éste, que al igual que el resto de los argumentos planteados, terminaron siendo rechazados por la Comisión, que declaró la petición inadmisible por no apreciar violación alguna de las disposiciones contenidas en el Convenio. Llama la atención, por otra parte,

exijan; d) a interrogar o a hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia".

[153] ComEDH. Caso G.K.B. c. la República Federal de Alemania, decisión n. 986/61, de 7 de mayo de 1962.

el hecho de que en G.K.B las autoridades alemanas se sirvieran del consenso de la comunidad científica para tratar de seguir penalizando las conductas homosexuales. Ya no se trataba de un pecado contra la sangre y la raza, sino de una enfermedad mental que suponía un peligro para la sociedad.

Otro caso relevante durante esta etapa es el planteado por G.W. c. la República Federal de Alemania[154], en el que el actor solicitaba la destrucción de datos personales y fotografías que obraban en poder de las autoridades alemanas en los años 50' y que habían sido obtenidos durante los arrestos sufridos por la Gestapo en 1937 y 1939. Tras la negativa de las autoridades alemanas a acceder a su petición, el Señor G.W. agotó todas las vías hasta llegar a la Comisión, argumentando la vulneración de sus derechos, amparados por los artículos 3 (prohibición de la tortura), 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y 14 (prohibición de la discriminación) del CEDH. La novedad en este caso fue la estrategia seguida por el solicitante, quien realizó un recuento exhaustivo del número de países en la comunidad internacional que no penalizaban la homosexualidad en aquel momento, y es que las relaciones homosexuales entre adultos no eran objeto de sanción en 33 países. Como en otras ocasiones, la Comisión no amparó los derechos pretendidos del actor, considerando que la custodia de grabaciones, documentos, fotografías y huellas dactilares en relación con casos criminales constituía una práctica necesaria en una sociedad democrática para la prevención del crimen. Además, la ComEDH criticó la insistencia del solicitante de elevar su caso, en reiteradas ocasiones, llegando a calificar su comportamiento como ejercicio abusivo del derecho de petición.

[154] ComEDH. Caso G.W. c. la República Federal de Alemania, decisión nº. 1307/61, de 4 de octubre de 1962.

Teniendo en cuenta lo expuesto, podríamos afirmar en vista de los casos estudiados hasta el momento que la búsqueda del consenso en materia de orientación sexual en Europa, surge como resultado de la reivindicación de los solicitantes y no como una técnica desarrollada inicialmente por la ComEDH o por el TEDH. De hecho, podemos afirmar cómo la ComEDH no empezó a utilizar la herramienta del consenso hasta mediados de los años 70´ en casos de relaciones sexuales entre adultos y adolescentes, como en X. c. República Federal de Alemania[155]. En esta petición, la ComEDH determinó que Alemania se encontraba legitimada para fijar una edad de consentimiento más elevada en los casos de relaciones homosexuales debido al peligro que podía suponer para un adolescente tener relaciones sexuales con un adulto. Aunque la ComEDH reconoce, en este supuesto, que varios Estados han emprendido un estudio acerca de la despenalización completa de la homosexualidad, alegando que la acción del legislador alemán estaba inspirada en la necesidad de proteger los derechos del menor para que pudiera alcanzar una verdadera autonomía sexual. Y es que todos los casos de este periodo nos muestran una fuerte resistencia de la ComEDH a la despenalización de la homosexualidad. Hasta tal punto que no será hasta 1994 cuando finalmente el legislador alemán derogue de *motu proprio* el polémico artículo 175 del Código Penal[156] sin la intervención de la ComEDH ni del TEDH.

2.4. Austria y Reino Unido ante la ComEDH

[155] ComEDH. Caso X. c. la República Federal de Alemania, decisión nº. 5935/72, de 30 de septiembre de 1975.
[156] BORRILLO, D., "De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual", *REJ*, nº. 11, 2011, pp. 3-5.

Al margen de los casos contra la República Federal de Alemania, durante este periodo llegaron a la ComEDH peticiones contra otros países. Este es el caso de Austria, que en la década de los 70´ fue denunciada en varias ocasiones: su Código Penal[157] contemplaba en sus artículos 129 y 130 el delito de *lujuria contra natura* (*Unzucht wider die Natur)*, en referencia, claro está a los actos homosexuales. Esta circunstancia hizo que la persecución del individuo homosexual se convirtiera en una práctica muy común en el país, dando lugar (según datos ofrecidos por la doctrina) al registro en 1969 de un total de 713 hombres y 15 mujeres, que resultarían condenados por este preceptos[158]. Llama la atención el hecho de que ninguna mujer procesada por cometer actos lascivos contra natura llegara a presentar una petición ante la Comisión durante este periodo, entendemos que debido a la limitada participación social y política de la mujer europea de la época.

El primer caso austríaco fue el de *W.R. c. Austria*[159]en el que su actor principal había sido condenado en 1960 a cinco meses de privación de libertad, acusado de haber mantenido relaciones homosexuales con otro

[157] Austria, a pesar de la anexión, mantuvo su propia legislación, en este caso el artículo 129 I b de 1852, que condenaba la *Unzucht wider die Natur* («lujuria contra natura») a cinco años de cárcel sin distinción de edad. El delito, a pesar de llevar el mismo nombre que el Alemán de 1935, era distinto. Por ejemplo los tocamientos no eran delito, porque se consideraba que debía haber una «colaboración activa» para que existiese el tal delito, en cambio incluía actos masturbatorios. El artículo 129 I b hablaba de «lujuria contra natura [...] con personas del mismo sexo», lo que incluía a las mujeres, al contrario que la ley alemana. En 1940 el Tribunal Supremo del Reich en Leipzig, que en 1939 se había convertido en tribunal supremo para Alemania y Austria, decidió unificar la definición de «lujuria contra natura», tomando la alemana. En consecuencia, la situación legal de los homosexuales empeoró considerablemente: a partir de ahora el tocamiento de los genitales pasaba a ser delito. Debido a que el artículo 129 I b no hacía distinción de edad y la legislación austriaca consideraba a los jóvenes como responsables penalmente desde los 14 años, los casos de jóvenes de 14 a 16 años eran tratados por los juzgados para adultos. La situación para los jóvenes se suavizó ligeramente en 1943 con el *Reichsjugendgesetz* («Ley de juventud»), que fijaba los castigos para menores de 21 años.

[158] KRICKLER, K., "Homosexuals in Austria: Nazi prosecution and the Long Struggle for Rehabilitation", *Working Paper Series* Nº. 12, York, Canadian Centre for German and European Studies (CGES/CCEAE), 2008, *passim.*

[159] ComEDH. Caso W.R. c. Austria, decisión nº. 1138/61, de 18 de junio de 1961.

varón en su apartamento. El solicitante negaba los hechos que se le imputaban, aunque admitió parte de ellos. En concreto, admitió que se había reunido en una cafetería de Viena, frecuentada por homosexuales, con otro varón y que lo había acompañado en coche hasta su apartamento. Asimismo, según el solicitante, debido a que éste no tenía trabajo en ese momento, quiso ayudarle regalándole ropa, motivo por el que éste se desplazó hasta su apartamento, donde permaneció durante diez minutos. Además, alegó como un atenuante su imposibilidad de mantener relaciones sexuales, debido a una herida de guerra, solicitando ser sometido al examen de un experto médico para corroborar su versión. Sin embargo, las autoridades nacionales determinaron que ya había sido acusado de cargos similares en 1954, considerando además que el hecho de no ser capaz de mantener relaciones sexuales en ese momento no significaba la imposibilidad de haberlas podido mantener en el pasado. Por otra parte, la Comisión determinó la inadmisibilidad de la petición al considerarla mal fundamentada, afirmando que según la jurisprudencia constante de la Comisión, el CEDH autoriza a los EEMM a establecer, vía legislativa, la homosexualidad como un delito.

Teniendo en cuenta lo expuesto, podría decirse que la Comisión se erigió en este caso como máximo intérprete del CEDH, autorizando a los Estados a penalizar la homosexualidad. Esta doctrina se asienta a través de otros casos como el de X. c. Austria[160], en el que el solicitante alegaba que su acusación y condena de pena privativa de libertad atentaban contra sus derechos amparados por los artículos: 1[161] (obligación de respetar los derechos humanos), 2[162] (derecho a la vida), 3 (prohibición de la tortura), 5

[160] ComEDH. Caso X. c. Austria, decisión nº. 1593/62, de 4 de abril de 1964.
[161] Art. 1 del CEDH. Obligación de respetar los derechos humanos. "Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Titulo I del presente Convenio".
[162] Art. 2 del CEDH.

(derecho a la libertad y a la seguridad), 7[163] (no hay pena sin ley), 8 (derecho a la vida privada y familiar) y 14 (prohibición de la discriminación) del Convenio. Además, sostenía que había sido víctima de irregularidades procesales y que durante su tiempo de condena en prisión recibió medidas disciplinarias por parte de las autoridades debido al contenido de su correspondencia con la Comisión.

Por su parte, el Estado austríaco rechazó las acusaciones del solicitante, afirmando que sólo se habían tomado las medidas disciplinarias necesarias para el mantenimiento del orden y la disciplina en prisión. Reconocieron, sin embargo, la retirada de sus privilegios durante un mes y la intervención de su correspondencia a la Comisión. Ante todo lo expuesto, la ComEDH determinó que las actuaciones de las autoridades estatales podían haberse adecuado más al CEDH en cado de que no se hubieran requisado la correspondencia dirigida a la Secretaría, aunque reconoció que el Estado podía tener motivos razonables que justificaran estas medidas. Y es que al igual que sucedió en el caso alemán, ninguno de los solicitantes consiguió que la Comisión declarara admisible su causa[164].

Ahora bien, la primera petición de este tipo declarada admisible por la ComEDH fue la interpuesta por un ciudadano británico. Se trata del caso X. c. Reino Unido[165], que a pesar de ser declarado admisible, nunca llegaría al TEDH al ser elevado fuera del plazo estipulado, motivo por el que fue

[163] Art. 7 del CEDH. No hay pena sin ley. "1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas".

[164] Sería el gobierno austríaco, el que de *motu proprio*, en su reforma del Código Penal de 1971 llevaría a cabo una descriminalización parcial de la homosexualidad.

[165] ComEDH. X. c. la Reino Unido, decisión nº. 7215/75, de 7 de julio de 1977; Informe de la ComEDH de 12 de octubre de 1978; Informe del Comité de Ministros, 16 de junio de 1979.

resuelto por el Comité de Ministros. En esta ocasión, el actor principal había sido acusado y condenado a pena de prisión, por un delito de sodomía tipificado en la Ley de delitos sexuales de 1967[166], que establecía edades de consentimiento sexuales diferentes entre relaciones heterosexuales y homosexuales. El actor alegaba que la condena que estaba cumpliendo en prisión, por haber mantenido relaciones sexuales cuando tenía veintiséis años con otro joven de dieciocho, violaba sus derechos contenidos en los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 10[167] (libertad de expresión) y 14 (prohibición de discriminación) del CEDH.

El señor X admitiría que, había llevado a cabo una conducta tipificada como un delito de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno de Reino Unido. Sin embargo, denunció la injusticia que se había producido al considerar que la ley que se le había aplicado era arcaica y que su conducta no suponía un perjuicio moral o social. Asimismo,

[166] La *Sexual Offences Act 1967* (ley de delitos sexuales 1967) es una ley del parlamento del Reino Unido de 1967. Despenalizaba las prácticas homosexuales en privado, siempre y cuando fueran entre adultos mayores de edad, 21 años en ese momento. Fue polémica en su tiempo, y aunque resultó un avance respecto a la situación anterior ha sido criticada por continuar con la desigualdad entre los homosexuales y los heterosexuales. Debido a que establecía edades de consentimiento sexual discriminatorias y hacía una estricta imposición de la privacidad, dejaba abierta la posibilidad de que la mayoría de los hombres homosexuales fueran acosados y perseguidos policialmente, como afirma Peter Tatchell en su libro de 1992 *Europe in The Pink*. La ley era sólo para Inglaterra y Gales, y tampoco era aplicable en la marina mercante y en las fuerzas armadas. La homosexualidad no se despenalizó en Escocia hasta la aprobación de la *Criminal Justice (Scotland) Act 1980* y en Irlanda del Norte de la *Homosexual Offences (Northern Ireland) Order 1982*.

[167] Art. 10. Libertad de expresión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entran deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

denunció la discriminación existente por edad en relación con la orientación sexual: la edad mínima de consentimiento para realizar actos sexuales entre personas del mismo sexo en privado era de veintiún años de edad, mientras que para las relaciones heterosexuales se permitían a partir de la edad de dieciséis años. En este sentido, el afectado denunciaba una gran incongruencia: el varón con el que había mantenido relaciones sexuales tenía 18 años (edad en la que se alcanza la mayoría de edad en Reino Unido), sin embargo éste no se encontraba capacitado legalmente para mantener relaciones (homo)sexuales. Por todo ello, se consideraba una víctima injustamente arrastrada a través de los tribunales, encarcelado por su homosexual.

Coincidimos con el Prof. Dr. Wintemute cuando sostiene que la admisibilidad de esta petición supuso un giro doctrinal, motivado posiblemente por una creciente crítica social[168].

En este orden de ideas, llama la atención el hecho de que durante este periodo la herramienta del consenso en materia de despenalización de la homosexualidad tuviera lugar como resultado de la reivindicación de los solicitantes y no por iniciativa de la propia ComEDH. Esto explica que los derechos y libertades del individuo homosexual siguieran sin protección, ya que la ComEDH seguiría considerando la homosexualidad como un peligro para el desarrollo mental, físico y social de los jóvenes o una amenaza para el mantenimiento del orden público estatal[169]. En este sentido, entendemos que las decisiones adoptadas por la ComEDH durante esta etapa deben contextualizarse en el momento histórico y social del momento: se tratan de decisiones adoptadas en el marco de un nuevo orden jurídico supranacional, articulado por un texto convencional de reciente creación,

[168] WINTEMUTE, R., *Sexual Orientation and Human Rights: The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*, Oxford, Clarendon Press, 1995, *op. cit.,* nota 131, pp. 90 ss.
[169] JOHNSON, P., *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, *op. cit.,* nota 132.

poco conocido por los juristas en general e interpretado por un órgano, la ComEDH, que como vimos parte de una premisa moral negativa de la homosexualidad.

3. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH: ORIENTACIÓN SEXUAL Y PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA

3.1. Relaciones homosexuales en la esfera de la vida privada

Todas las decisiones de la ComEDH entre 1955 y 1975 nos muestran cómo ésta se mantuvo al margen del proceso de apertura que se estaba gestando en los distintos EEMM del CdE[170]. Sin embargo, la situación parece empezar a cambiar en la siguiente década. Y es que, como es sabido, a principios de los años ´80 será la propia Asamblea del CdE la que recomiende a los Estados signatarios poner fin a la discriminación por razón de orientación sexual en el ámbito penal, civil y laboral a través de la Resolución 756[171] (1981) y de la Recomendación 924[172] (1981), que

[170] En 1980 varios Estados de los que componen actualmente el CdE ya habían despenalizado la homosexualidad, tales como: Andorra (1790), Francia (1791), Bélgica (1792), Mónaco (1793), Luxemburgo (1795), Países Bajos (1811), Italia (1890), Polonia (1932), Dinamarca (1933), Islandia (1940), Suiza (1942), Suecia (1944), Grecia (1951), Eslovaquia (1962), Chequia (1962), Hungría (1962), Reino Unido (1967), Bulgaria (1968), Austria (1971), Finlandia (1971), Noruega (1972), Malta (1973), Croacia (1977), Eslovenia (1977), Montenegro (1977) y España (1979). Para más información, *vid.* ANEXO XIII.

[171] En la Resolución 756 (1981), disponible en: GUTIERREZ CASTILLO, V.L., CRUZ ANGELES, J. & RODENAS, M., *Corpus jurídico de la familia homoparental. Perspectiva europea, estatal y autonómica*, Comunidad de Madrid, Madrid, 2013, pp. 117-118, la Asamblea hace un llamamiento a la Organización Mundial de la Salud (OMS) para que elimine la homosexualidad de la clasificación internacional de enfermedades, argumentando que "la teoría que afirma que la homosexualidad, sea masculina o femenina, es una forma de perturbación mental, no tiene ninguna base científica o médica y ha sido refutada por investigaciones recientes" y que por tanto, "todos los individuos, una vez que hayan alcanzado la edad prevista en el país en el que viven, deben tener derecho a la autodeterminación sexual".

[172] En la Recomendación 924 (1981), disponible en: GUTIERREZ CASTILLO, V.L., CRUZ ANGELES, J. & RODENAS, M., *Corpus jurídico de la familia homoparental. Perspectiva europea, estatal y autonómica*, Comunidad de Madrid, Madrid, 2013, pp. 118-119, la Asamblea

ejercerían su influencia a modo de *soft law* en la estructura del sistema de derechos humanos europeos y marcarían el inicio de una nueva etapa en la que tribunal sería el encargado de identificar qué prácticas sexuales deben despenalizarse y cuáles suponen un peligro para el mantenimiento de la moral, la salubridad y orden público.

En esta nueva labor de análisis, el TEDH reinterpretará la noción de "vida privada" contenida en el artículo 8 del CEDH como el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos[173] y desarrollará un estándar mínimo de protección en materia de prácticas sexuales. O

---

comienza a desempeñar un rol activo que consiste en la comunicación de una serie de indicaciones a los Estados miembro a través del Comité de Ministros. Se trata de una tarea impulsada por su "firme compromiso con la protección de los derechos humanos y la abolición de todas las formas de discriminación"[172]. Tras "observar que, a pesar de sus esfuerzos de los últimos años encaminados a eliminar la discriminación contra los homosexuales, éstos continúan siendo objeto de discriminación e incluso, en ocasiones, son castigados por ello". Lo que les lleva a afirmar que "en las sociedades pluralistas actuales, en las cuales, obviamente la vida familiar tradicional tiene su propio lugar y valor, prácticas tales como la exclusión de las personas, por razón de su orientación sexual (…) suponen un vestigio fruto de varios siglos de prejuicios". Partiendo de la premisa de que "en algunos Estados miembro las relaciones homosexuales siguen constituyendo un delito penal y conllevan a menudo sanciones severas", sostienen que "todas las personas, hombres o mujeres, que hayan alcanzado la edad legal de consentimiento contemplada en la legislación interna del país en el que viven y que sean capaces de proporcionar un consentimiento personal y válido, deben poder gozar del derecho a la autodeterminación sexual", aunque subraya que "el Estado tiene una responsabilidad en áreas de interés público como la protección de los niños". Por lo que la Asamblea propone al Comité de Ministros que inste a los Estados miembro a abolir las penas asociadas a la comisión de actos homosexuales entre adultos que consienten. Así como, se recomienda que inste a los Estados miembro a aplicar la misma edad mínima de consentimiento para las relaciones homosexuales y heterosexuales. Y por último, la Asamblea recomienda al Comité de Ministros que realice un llamamiento a los gobiernos de los países contratantes entorno a un plan de acción de 5 puntos que consiste en: ordenar la destrucción de los registros especiales existentes sobre homosexuales y abolir la práctica de mantener registros sobre los homosexuales por parte de la policía o cualquier otra autoridad; asegurar la igualdad de trato para los homosexuales en cuanto al empleo, salario y seguridad laboral, particularmente en el sector público; pedir el cese de toda acción médica obligatoria o de investigación diseñada para alterar la orientación sexual de los individuos; asegurarse de que no se restrinjan los derechos de custodia, visitas y alojamiento de menores, basando dicha decisión en el terreno exclusivo de las tendencias homosexuales de uno o ambos progenitores y pedir a las autoridades públicas que estén alerta contra el riesgo de violación, violencia y delitos sexuales en las cárceles y prisión.

[173] GILBAJA CABRERO, E., "La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Político,* nº. 91, 2014, pp. 305-340.

dicho de otro modo, desarrollará un supuesto hipotético, tasado y controlado que le sirva de premisa para el enjuiciamiento de los futuros casos. De este modo, el tribunal terminará reconociendo que no suponen un peligro social aquellas prácticas homosexuales que se lleven a cabo entre dos personas adultas del mismo sexo, en pleno uso de sus facultades, en el ámbito de la esfera de su vida privada. Según el Prof. Dr. Borrillo, se trata del inicio del proceso de despenalización parcial de la homosexualidad, en el que el Juez de Estrasburgo, que ejerce el papel de legislador negativo, deberá establecer cuáles son los límites al derecho de sexualidades[174].

3.2. Las relaciones sexuales llevadas a cabo entre dos adultos del mismo sexo que consienten en privado

En el caso Dudgeon c. Reino Unido e Irlanda del Norte[175] se plantea la compatibilidad del CEDH con la legislación de Irlanda del Norte que penalizaba las relaciones homosexuales. En este caso, el peticionario fue interrogado por la Policía Real de Usler debido a que se había incautado su diario personal durante un registro policial en su domicilio, en el marco de una investigación por tráfico de estupefacientes. En dicho diario, el Sr. Dudgeon relataba sus encuentros sexuales con otros hombres, por lo que la policía decidió informar al Procurador para que procediera a la apertura de un informe por sodomía e indecencia grave, lo que daría lugar a acciones

[174] BORRILLO, D., "De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual", *op. cit.,* nota 152.

[175] STEDH. Caso Dudgeon c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 7525/76, de 22 de octubre de 1981. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62030 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

penales, debido a que las autoridades judiciales nacionales consideraron que se trataba de una cuestión sin relevancia para el interés general[176].

En el caso del Sr. Dudgeon, el TEDH parte de una postura prudente concediendo un amplio margen de apreciación estatal a Reino Unido (al tratarse de un caso de defensa de la moral) y reconoce que las autoridades estatales en principio están mejor posicionadas para conocer del caso en

[176] Para un estudio más detallado de la legislación vigente de la época en Reino Unido, *vid.* Antecedentes de hecho nº. 16 del Caso Dudgeon c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 7525/76, de 22 de octubre de 1981. "*16*. Les lois de 1861 et de 1885 émanaient du parlement du Royaume-Uni. Elles valaient à l'origine pour l'Angleterre et le pays de Galles, pour toute l'Irlande, à l'époque partie intégrante du Royaume-Uni et non divisée, ainsi que pour l'Écosse dans le cas de la seconde d'entre elles. 1. Angleterre et pays de Galles. 17. En Angleterre et au pays de Galles, les actes d'homosexualité masculine tombent sous le coup de la loi de 1956 sur les délits sexuels (Sexual Offences Act, "la loi de 1956"), amendée par celle de 1967 sur le même sujet ("la loi de 1967"). La loi de 1956, qui codifiait la législation existante, érigeait en infractions la buggery entre une personne et une autre ou un animal (article 12) et les actes d'"indécence grave" entre hommes (article 13). La loi de 1967, issue de l'initiative d'un parlementaire, tendait à donner suite aux recommandations que dans son rapport de 1957 la Commission ministérielle sur les délits homosexuels et la prostitution (Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution), présidée par Sir John Wolfenden, avaient formulées quant à l'homosexualité ("la Commission Wolfenden", "le rapport Wolfenden"). D'après la Commission Wolfenden, en ce domaine le droit pénal avait pour rôle "de préserver l'ordre et la décence publics, protéger le citoyen contre ce qui choque ou blesse et fournir des garanties suffisantes contre l'exploitation et la corruption d'autrui, en particulier des personnes spécialement vulnérables à cause de leur jeunesse, de leur faiblesse de corps ou d'esprit, de leur inexpérience ou d'une situation de dépendance naturelle, juridique ou économique spéciale", mais non "de s'ingérer dans la vie privée des citoyens, ni même de chercher à imposer un modèle déterminé de conduite, plus que ne l'exige la réalisation des fins énoncées plus haut". Ladite commission concluait que les actes homosexuels accomplis en privé entre adultes consentants rassortissaient à la morale privée, dont le droit n'avait pas à se mêler, et qu'ils devaient perdre leur caractère délictueux. La loi de 1967 a modifié les articles 12 et 13 de celle de 1956 en prévoyant que, sous réserve d'exceptions concernant les malades mentaux, les membres des forces armées et le personnel de la marine marchande, la buggery et les actes d'indécence grave commis en privé entre hommes consentants de 21 ans et plus ne constituent pas des infractions. Il demeure prohibé, en toutes circonstances, de se livrer à un acte homosexuel de ce genre avec quelqu'un de moins de 21 ans. Sur certains points, dont la capacité de se marier sans l'accord des parents et de contracter, la loi de 1969 sur la réforme du droit de la famille a réduit l'âge de la majorité de 21 ans à 18. De leur côté, les lois de 1969 sur la représentation du peuple et de 1972 sur la justice pénale l'ont abaissé à 18 ans pour le droit de vote et celui d'exercer les fonctions de juré. En 1977, la Chambre des Lords a repoussé une proposition de loi destinée à ramener à 18 ans l'âge du consentement aux relations homosexuelles privées. Dans un rapport publié en avril 1981, une commission créée par le ministère de l'intérieur, la Commission consultative sur la politique en matière de délits sexuels, a recommandé de le fixer à 18 ans; une minorité de cinq membres a même préconisé 16 ans."

primer lugar[177]. Sin embargo, a diferencia de otras ocasiones, en este supuesto el tribunal consideró necesaria una revisión del margen de apreciación otorgado, debido a que éste, en palabras del tribunal, no depende sólo del fin perseguido por la restricción, sino que también depende de la naturaleza de las actividades enjuiciadas, que pueden variar en función del tiempo y del espacio. De modo que el TEDH (re)interpreta el contenido del artículo 8 del CEDH y declara que las prácticas homosexuales constituyen uno de los aspectos más íntimos de la vida privada del individuo y suponen una manifestación privada de la personalidad humana, considerando por tanto, que debe restringirse el margen de actuación estatal.

Sin duda, este primer paso del tribunal no estuvo exento de polémica. Esta posición fue muy discutida por la Sala que plasmó en sus votos disidentes su apoyo a la defensa de la moral, la religión y las buenas costumbres. Este es el caso del juez Zekia que, bajo el argumento de que la religión cristina y musulmana condenan las relaciones homosexuales y la sodomía, trató de construir una especie de discurso del consenso religioso de la población europea para condenar la homosexualidad. En esta línea argumental, el juez Zekia también afirmó que todas las naciones civilizadas castigaban la sodomía y las prácticas perversas del mismo género, considerando que en función de los artículos 8, 9[178] y 10 del CEDH, el

[177] STEDH. Caso Dudgeon c. Reino Unido, decisión de la Corte n. 7525/76, de 22 de octubre de 1981. *Vid. Conclusions présentées à la Cour nº.* 52. "il appartient aux autorités nationales de juger les premières, dans chaque cas, de la réalité de pareil besoin; les États contractants gardent donc une marge d'appréciation. Néanmoins, leur décision reste soumise au contrôle de la Cour. Comme l'a montré l'arrêt Sunday Times (précité, p. 36, par. 59), la marge d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts autorisant à limiter un droit. Le Gouvernement déduit de l'arrêt Handyside qu'elle est plus large quand il y va de la protection de la morale"

[178] Art. 9 del CEDH. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más

grupo mayoritario en una sociedad democrática, que se opone a estas prácticas inmorales contra natura, tiene derecho a educar y ser educado en función de sus creencias religiosas y su concepción de la moral.

Otro caso similar es el del voto particular del juez Matscher que defendía un trato diferenciado para heterosexuales y homosexuales, sirviéndose de la argumentación utilizada por la ComEDH en años anteriores, al afirmar que el artículo 8 del CEDH no exigía que un Estado considerara la homosexualidad como un equivalente a la heterosexualidad y que, por tanto, la legislación puede tratarlas de forma distinta. Posición que también defendió el juez Walsh con su voto particular, al afirmar que el Estado tiene un interés legítimo en la preservación de la ética y la moral de la sociedad, teniendo por tanto, derecho a promulgar leyes que considere necesarias para alcanzar este objetivo. Además planteaba que el legislador debía contar con un amplio margen de discrecionalidad en la materia que no debía ser invadido, considerando, de esta forma, que la homosexualidad no podía ser concebida como una manifestación de la vida privada del individuo, ya que se trataba de una situación de corrupción y abuso, incluso en los casos de prácticas sexuales consentidas entre mayores de edad.

Ahora bien, más allá de los votos particulares, lo importante es que la posición adoptada por la mayoría de la Sala fue tomando fuerza con el tiempo, como ha quedado patente en casos como el de Sr. Norris c. Irlanda[179], en el que un senador del parlamento irlandés, miembro fundador y presidente del *Irish Gay Rights Movement*, denunció ante el TEDH la existencia de legislación en el territorio nacional que penalizaba la

---

restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás".

[179] STEDH. Caso Norris c. Irlanda, decisión de la Corte nº. 10581/83. Informe de la ComEDH de 12 de marzo de 1987 y decisión del TEDH de 26 de octubre de 1988. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57547 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

homosexualidad[180]. En este caso, el gobierno irlandés solicitó que se le aplicara un margen de apreciación que le permitiera solucionar el problema de la forma que mejor considerara debido a que en su opinión, la fibra moral de una nación democrática es un asunto que debe regular sus propias instituciones y que, por tanto, se le debía permitir al Gobierno un cierto grado de tolerancia en el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8 del CEDH. Argumento éste que no convenció a la mayoría de la Sala, que rechazó cualquier discreción gubernamental en el campo de la protección de la moral sin aplicar restricción, amparando así los derechos del demandante al considerar que la mera existencia de una legislación discriminatoria podía suponer un perjuicio para el afectado. Contra esta decisión, sin embargo, se pronunciaron los jueces Valticos, Cölcüklü, Matscher, Walsh, Bernhardt y Carrillo Salcedo, quienes sostuvieron que el demandante no había sido objeto de injerencia alguna (acción, pena u otra medida) por parte de las autoridades estatales y que por ese motivo no podía ser considerado una víctima de la actuación del Estado, requisito procesal necesario para el enjuiciamiento del caso por parte del TEDH.

Otro caso de naturaleza similar fue el del Sr. Modinos c. Chipre[181], en el que el solicitante, presidente del movimiento para la liberación de los homosexuales de ese país, alegaba que la legislación chipriota que penalizaba la homosexualidad suponía una fuente de tensión y provocaba temor a ser perseguido/a[182]. Una vez estudiado el caso, el TEDH determinó,

[180] Las leyes que penalizaban la homosexualidad en Irlanda databan del siglo XIX. En 1861 la Ley de Ofensas Contra la Persona y en 1885 una reforma del Código Penal, ambas dictadas por el Parlamento del Reino Unido antes de la independencia irlandesa, penalizaban la homosexualidad en el país. Una vez conseguida la independencia, Irlanda permaneció con estas leyes, mientras que Reino Unido las abolió en 1967.

[181] STEDH. Caso Modinos c. Chipre, n. 15070/89, de 22 de abril de 1993. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57834 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

[182] El art. 171 del Código Penal chipriota contemplaba la pena de privación de libertad de hasta cinco años para los casos de relaciones sexuales contra natura. Este precepto, en su apartado b) contemplaba expresamente la figura del individuo que consentía dichas

en la misma línea de Dudgeon y Norris, que la legislación chipriota no era compatible con el art. 8 del CEDH. En este caso, todo apunta a que el tribunal mostró una mayor aceptación de la protección de las relaciones sexuales llevadas a cabo entre adultos del mismo sexo que consienten en privado. En este contexto, llama la atención el voto particular del juez Matscher, quien trata de fijar los límites a este estándar mínimo de protección, considerando que la práctica de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo no debían contar con la protección del CEDH en casos de abuso en una relación en la que una de las partes dependa de la otra o cuando dicha situación se produzca dentro de una comunidad cerrada, como un internado o un cuartel.

3.3. La mayoría de edad sexual

En casos como el de H.F. c. Austria[183], se plantea si es legítimo que un Estado contemple en su normativa interna edades de consentimiento sexual más elevadas en caso de relaciones homosexuales. En este tipo de casos, la ComEDH se había limitado a señalar que con dicha práctica no se sobrepasaba el margen de apreciación estatal (bajo el argumento de que los homosexuales podían constituir un peligro para el desarrollo de los adolescentes), no apreciando, por consiguiente, violación del CEDH. Y esto se mantuvo así hasta que la propia ComEDH, en el caso Sutherland c. Reino Unido[184], tomó en cuenta la jurisprudencia anterior sobre la base del consenso de la comunidad médica, para la que reducir la edad de

relaciones. Mientras que el art. 172 tipificaba el agravante para casos de coacción o uso de violencia para cometer relaciones sexuales contra natura, con una pena de privación de libertad de hasta catorce años. Así como, el art. 173 recogía los supuestos de tentativa.

[183] ComEDH. H.F. c. Austria, decisión nº. 22646/93, de 26 de junio de 1995.

[184] STEDH. Sutherland c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 25186/94. Informe de la ComEDH de 21 de mayo de 1996 y decisión del TEDH de 27 de marzo de 2001. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59354 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

consentimiento a 16 años podía tener efectos beneficiosos sobre la salud sexual de los hombres homosexuales, sin consecuencias nocivas para los mismos[185].

En este orden de ideas, en el caso de H.F. c. Austria, el TEDH determinó que la mayoría de edad sexual incide en un aspecto íntimo de la vida privada de los individuos afectados y que por tanto, el margen de apreciación debería ser relativamente reducido. Doctrina ésta que, posteriormente, ha sido utilizada en numerosas ocasiones; sirvan como ejemplo el caso de L. & V. c. Austria[186], Woditschka y Wilfing c. Austria[187], H.G. y G.B. c. Austria[188] o R.H. c. Austria[189]. Supuestos todos ellos en los que los solicitantes habían sido acusados por las autoridades de haber mantenido relaciones homosexuales con adolescentes[190]. En estos supuestos, el tribunal destacó que el CEDH es un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de nuestros días, por lo que consideró que del artículo 209 del CP austríaco[191] se derivaba un trato discriminatorio que

[185] Pero este uso del consenso en el caso Sutherland generó opiniones disidentes: varios miembros de la ComEDH discutieron la interpretación mayoritaria y cuestionaron la existencia de dicho consenso, argumentando que todavía seis EEMM del CdE mantenían en sus ordenamientos internos edades mínimas de consentimiento diferentes en el caso de relaciones homosexuales.

[186] STEDH. L. & V. c. Austria, decisión de la Corte nº. 39392/98 y 39829/98, de 9 de enero de 2003. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60876 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

[187] STEDH. Woditschka y Wilfing c. Austria, decisión de la Corte nº. 69756/01 y 6306/02, de 21 de octubre de 2004. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67150 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

[188] STEDH. H. G. Y G. B. c. Austria, decisión de la Corte nº. 11084/02 y 15306/02, de 2 de junio de 2005. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69243 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

[189] STEDH. R.H. c. Austria, decisión de la Corte nº. 7336/03, de 19 de enero de 2006. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72098 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

[190] El art. 209 del código penal austríaco fijaba la edad de consentimiento para mantener relaciones heterosexuales en 14 años y castigaba las relaciones homosexuales con menores de 18 años con penas de entre seis meses y cinco años de prisión.

[191] En Austria, la edad de consentimiento para mantener relaciones homosexuales fue igualada a la heterosexual en 2002 de *motu proprio* gracias a un fallo de su Corte Suprema.

vulneraba los derechos de los peticionarios, contenidos en los artículos 8 y 14 del CEDH.

3.4. Prácticas sexuales en grupo

En Johnson c. Reino Unido[192], la primera cuestión presentada ante la ComEDH sobre prácticas homosexuales en grupo, Reino Unido trató de justificar la protección de la salud pública como límite a la permisibilidad de las prácticas homosexuales. En este sentido, el Estado trató de construir un discurso sobre el consenso de la comunidad científica, citando estudios de expertos médicos, psicólogos y sociólogos de los 1950´s y los 1960´s que defendían que las prácticas promiscuas homosexuales podían suponer un peligro social, debido al riesgo de transmisión del VIH, ignorando informes de naturaleza similar de la década de los 1970´s y los 1980´s que defendían una postura totalmente contraria. En este caso, la ComEDH decidió declarar inadmisible la petición sin entrar a resolver cuestiones de fondo.

En otro caso similar, A.D.T. c. Reino Unido[193] en el año ¿¿??, en este caso el peticionario fue detenido tras un registro realizado por la policía de Yorkshire en su domicilio, en el que se encontraron fotografías y cintas de video en las que aparecía el peticionario manteniendo relaciones sexuales con varios hombres. Estas imágenes, que fueron calificadas por la policía como una *orgía gay*, sirvieron para acusar al solicitante de un delito de

[192] STEDH. Johnson c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 10389/83, de 17 de mayo de 1986. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-515 (Última consulta realizada el 30 de marzo de 2016).
[193] STEDH. A. D. T. c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 35765/97, de 31 de julio de 2000. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58922 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

indecencia grave conforme a la legislación del momento[194] y condenarlo a pena privativa de libertad.

Por su parte, el gobierno británico trató de justificar la pena impuesta realizando una distinción moral sobre la base de la aceptación de las relaciones sexuales mantenidas por dos hombres en un ambiente íntimo y privado y no de las realizadas de forma colectiva, a las que atribuía un carácter público y por tanto inaceptable. Asimismo, para las autoridades británicas, el hecho de que los actos sexuales estuvieran fotografiados y grabados, podían manifestar una intención de difusión social, lo que supondría ir más allá de un espacio privado e íntimo.

Ante esta situación, el TEDH no reconoció la pretendida distinción moral de las autoridades británicas como un argumento válido para aceptar las medidas adoptadas como legales, legítimas y necesarias en una sociedad democrática. Por esta razón señaló que al tratarse de un caso relacionado con el derecho a la vida privada, el margen de actuación estatal debía ser reducido, considerando incompatible con el artículo 8 del CEDH las disposiciones de la Ley de Delitos Sexuales británica. Para el tribunal no fue relevante el aspecto cuantitativo, sino más bien el cualitativo; es decir, el hecho de que las relaciones sexuales objeto de controversia se hubieran realizado en un espacio privado.

3.5. Relaciones sexuales de carácter sadomasoquista

En Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido[195], el afectado en este caso actúa contra su país por los acontecimientos acaecidos: la policía

[194] *Vid.* legislación aplicable en Reino Unido en Antecedentes de hecho nº. 16 del Caso Dudgeon c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 7525/76, de 22 de octubre de 1981, *cit. ad supra,* nota 172.

[195] STEDH. Laskey, Jaggard & Brown c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 21627/93, 21826 y 21974/93, de 19 de febrero de 1997. Disponible en:

británica requisa varios videocasetes con contenido sadomasoquista explícito, que implica a los solicitantes y a otros 44 hombres. En este caso, el TEDH se planteó si teniendo en cuenta (en palabras del tribunal) la "naturaleza extrema" de estas relaciones sexuales (sadomasoquistas) debía concederse a Reino Unido un mayor margen de maniobra para su regulación y posible sanción.

Como datos a tener en cuenta, cabe señalar que la ComEDH señaló que estuvieron involucrados un número importante de personas, que las habitaciones se encontraban especialmente equipadas y que, si bien la conducta fue privada, los videos en las que estaban grabadas dichas conductas se difundieron. Por esta razón, entendió que las actuaciones de las autoridades no debían ser consideradas como una invasión de la vida privada, manifestando su desacuerdo algunos miembros de la ComEDH. En efecto, varios miembros de la Comisión apuntaron que si se aceptaba la injerencia estatal en este caso, se podría abrir la puerta a que los gobiernos "entraran en los dormitorios para investigar las prácticas sexuales de sus ciudadanos".

Tras analizar el caso, el TEDH determinó que la injerencia estatal en la vida de los individuos implicados estaba justificada por el margen de actuación con el que contaba el Estado, al tratarse de un supuesto de protección de la salud pública; argumento éste que no contó con la unanimidad de los miembros de la Sala. Según el voto particular del juez Loucaides, la aplicación de la doctrina del margen de apreciación en este supuesto resultaba arbitraria e inconsistente, ya que (bajo su criterio, con el que coincidimos) las autoridades se habían basado en argumentos no demostrados ante los tribunales nacionales para limitar los derechos de los demandantes. Y es que, mientras las autoridades justificaron su actuación

---

http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58021 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

bajo el argumento de proteger a sus ciudadanos de posibles lesiones físicas, no se encontraron en los fallos de los tribunales nacionales pruebas de que se hubieran infligido daños permanentes y/o graves en el trascurso de dichas prácticas sadomasoquistas. Asimismo, dicho juez apunta otras actividades que pueden causar lesiones o ser peligrosas para la salud y que, sin embargo, son generalmente consideradas como legales por el mero hecho de ser consentidas por los individuos implicados, citando entre otros ejemplos los tatuajes, el boxeo o la cirugía estética. Comportamientos y actuaciones, todas ellos, que pueden causar lesiones físicas severas e incluso en ocasiones la muerte de sus participantes.

3.6. Sexualidad en Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

En casos como el de Smith & Grady c. Reino Unido[196], el TEDH se plantea si las relaciones homosexuales producidas dentro de una comunidad cerrada, como es el caso de las Fuerzas Armadas, se encuentran protegidas por el art. 8 del CEDH, discutiéndose así si el margen de apreciación otorgado al Estado le faculta para retirar del servicio activo a los afectados, por razón de su orientación sexual[197].

[196] STEDH. Smith & Grady c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 33985/96 y 33986/96, de 23 de febrero de 1999 y 27 de septiembre de 1999. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59023 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

[197] Para un estudio más detallado sobre la política del Ministerio de Defensa británico de la época, *vid.* STEDH. Smith & Grady c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 33985/96 y 33986/96, de 23 de febrero de 1999 y 27 de septiembre de 1999. Antecedentes de hecho: "II. PRÁCTICA Y DERECHO INTERNO RELEVANTE (…) Política del Ministerio de Defensa sobre personal homosexual en las Fuerzas Armadas. En el texto de la Sentencia (en su versión original) podemos leer: "49. As a consequence of the changes made by the Criminal Justice and Public Order Act 1994, updated Armed Forces' Policy and Guidelines on Homosexuality ("the Guidelines") were distributed to the respective service directorates of personnel in December 1994. The Guidelines provided, *inter alia*, as follows: "Homosexuality, whether male or female, is considered incompatible with service in the

En Smith & Grady c. Reino Unido se plantea el caso de dos peticionarios. La primera de ellos, la Sra. Jeanette Smith, trabajaba como enfermera de las FFAA británicas desde el año 1989, hasta que en junio de 1994, fue expulsada por su condición de lesbiana. Tras una llamada anónima recibida por el servicio de seguridad de las FFAA en el que se le acusaba de homosexual, las autoridades decidieron expulsarla del cuerpo. Decisión ésta que se tomó, a pesar de que en sus informes de evaluación de competencias profesionales había recibido la calificación de "muy buena", siendo calificada su conducta de ejemplar. Por lo que respecta al segundo peticionario, el Sr. Graeme Grady, éste formaba parte del personal destinado a Washington como enlace del servicio de defensa británico, hasta que decidió confesar su homosexualidad a su mujer, quien hizo llegar dicha información a sus superiores. Por este motivo, fue retirado del servicio tras ser interrogado por dos oficiales.

En ambos casos, el gobierno británico trató de justificar la retirada del servicio de las FFAA de los solicitantes por una cuestión de seguridad nacional. Sin embargo, esta postura no convenció al TEDH, que declaró que éste había incurrido en una violación del art. 8 del CEDH, debido a que un EEMM no puede servirse del margen de apreciación para frustrar a los ciudadanos el ejercicio de su derecho a tener una vida privada, aunque presten servicio en las FFAA. Posición ésta que encontró un voto disidente en la Sala: el juez Loucaides sostuvo que el reducido margen de apreciación que se aplica a asuntos relacionados con la vida privada debe

---

armed forces. This is not only because of the close physical conditions in which personnel often have to live and work, but also because homosexual behaviour can cause offence, polarise relationships, induce ill-discipline and, as a consequence, damage morale and unit effectiveness. If individuals admit to being homosexual whilst serving and their Commanding Officer judges that this admission is well-founded they will be required to leave the services ... The armed forces' policy on homosexuality is made clear to all those considering enlistment. If a potential recruit admits to being homosexual, he/she will not be enlisted."

ampliarse cuando se trate de una necesidad social imperiosa de seguridad nacional.

Esta restricción del margen de apreciación ha sido utilizado en otros casos de naturaleza muy similar, como en los casos Lustig-Prean & Beckett c. Reino Unido[198], Perkins y R. c. Reino Unido[199] o Beck, Copp y Bazeley c. Reino Unido[200], en los que los actores principales también fueron retirados del servicio activo de las FFAA británicas, por razón de su orientación sexual.

En Lustig-Prean & Beckett c. Reino Unido[201], se relata el caso de dos solicitantes. El primero de ellos, el Sr. Lustig-Prean, pertenecía al cuerpo de servicios administrativos de la Marina y mantenía, en secreto, una relación estable de carácter homosexual, hasta que la oficina de investigaciones especiales recibió un anónimo sobre la orientación sexual del demandante. Tras ser interrogado fue suspendido de su cargo, a pesar de sus informes de evaluación previos en los que su superior destacaba sus habilidades excepcionales y admirables cualidades personales. El segundo demandante, el Sr. Beckett, era un potencial candidato a oficial, enrolado en la Marina desde los veintidós años, que confesó al capellán de la base su homosexualidad, llegando la noticia a oídos de su superior que le hizo repetir dicha confesión. Tras ser interrogado y registradas sus dependencias, se le retiró del servicio activo, a pesar de que en sus

[198] STEDH. Lustig-Prean & Beckett c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 31417/96 y 32377/96, de 27 de diciembre de 1999. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58407 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

[199] STEDH. Perkins & R. c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 43208/98 y 44875/98, de 22 de octubre de 2003. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60695 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

[200] STEDH. Beck, Copp & Bazeley c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 48535/99, 48536/99 y 48537/99, de 22 de enero de 2003. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60697 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

[201] STEDH. Lustig-Prean & Beckett c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 31417/96 y 32377/96, de 27 de diciembre de 1999. *Vid. ad supra*, nota 194.

informes de evaluación se destacaba su afabilidad, su inteligencia, dedicación y ambición.

En Perkins c. R. c. Reino Unido[202], se relata el caso del sr. Perkins que, tras una larga trayectoria profesional en el cuerpo médico de la Marina, fue interrogado por las autoridades navales, debido a que habían recibido información sobre su supuesta homosexualidad, siendo suspendido tras el interrogatorio debido a la política contra los homosexuales en las FFAA del Ministerio de Defensa. Situación similar sufrió la segunda demandante, la Sra. R., operadora de radio en un submarino en Escocia, quien tras confesar a un compañero haber mantenido una relación homosexual, fue interrogada y suspendida del servicio, después de haber sido apartada y aislada del resto de sus compañeros.

En Beck, Copp y Bazeley c. Reino Unido[203], un sargento del ejército del aire y estudiante de teología es suspendido del cargo tras ser delatado por un sacerdote, a quien previamente le había confesado su homosexualidad. El segundo actor, el Sr. Copp, que prestaba servicio en el cuerpo médico de las FFAA, informó a sus superiores de su homosexualidad, al manifestar su deseo de no ser trasladado a Alemania alegando que quería permanecer junto a su pareja, un civil varón. Motivo éste por el que fue suspendido de su cargo. Suerte similar padeció el Sr. Bazeley, quien trabajaba en las fuerzas aéreas, hasta que uno de sus compañeros recibió por correo postal (entendemos que por error) los movimientos bancarios asociados a su tarjeta, donde figuraban cargos que hicieron pensar a su compañero que era homosexual. Tras ser delatado a sus superiores, se inició una investigación que finalizó con la suspensión de cargo del accionante.

---

[202] STEDH. Perkins & R. c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 43208/98 y 44875/98, de 22 de octubre de 2003. *Vid. ad supra*, nota 195.

[203] STEDH. Beck, Copp & Bazeley c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 48535/99, 48536/99 y 48537/99, de 22 de enero de 2003. *Vid. ad supra*, nota 196.

En todos estos casos el TEDH utilizó la misma línea argumentativa que en el caso Smith & Grady c. Reino Unido, para analizar la violación del art. 8 del CEDH, declarando que la política del Ministerio de Defensa británico no se encontraba amparada por el reducido margen de apreciación concedido a los EEMM en casos de orientación sexual.

4. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH: ORIENTACIÓN SEXUAL Y PROTECCIÓN DE LA VIDA FAMILIAR

Los grandes cambios que ha experimentado la institución familiar en tiempos recientes en las sociedades democráticas europeas se enmarcan dentro de un amplio contexto caracterizado por la extensión del derecho a la vida privada como derecho a establecer y desarrollar relaciones afectivas más allá de los esquemas tradicionales. En este contexto, el TEDH no sólo ha protegido la sexualidad del individuo en espacios privados, sino que también ha realizado un proceso de adaptación del art. 8 del CEDH (vida privada y familiar) a la realidad social donde el núcleo familiar se diversifica y adopta formas asimétricas (uniones de hecho, matrimonio igualitario, reconocimiento de derechos parentales, etc.). Podría decirse que este fenómeno se enmarca dentro de un inevitable proceso posmodernizador de la familia, que no es sino una expresión del cambio de valores experimentado en los últimos años en los EEMM del CdE.

Comprender la esencia de este cambio y de su impacto precisa conocer el marco jurídico que atiende al significado histórico y cultural de las conceptos sobre los que se basan estos nuevos modelos de familia como institución social. De hecho, resulta teóricamente imposible comprender la importancia de este nuevo fenómeno social sin tener presente cuál ha sido la evolución de la postura jurisprudencial del TEDH en materia de reconocimiento y protección de la familia homoparental.

4.1. Reconocimiento de la vida familiar

Una vez reconocido el derecho a la protección de las relaciones homosexuales en el ámbito de la vida privada del individuo, se plantea si el CEDH contempla sus relaciones afectivas o familiares. En este sentido, tanto la ComEDH como el TEDH han mostrado cierta resistencia a la hora de reconocer las situaciones de discriminación directa que venían sufriendo las parejas homoafectivas tradicionalmente. Por ejemplo, en el caso de X. y Y. c. Reino Unido[204], en el que se planteaba la deportación de X. a su país de origen, obviando que mantenía una relación sentimental estable de carácter homosexual con Y., ciudadano británico. En este caso, la ComEDH reconoció que la sociedad moderna (europea) estaba experimentando un proceso de apertura hacia la homosexualidad, pero se negó a reconocer la protección de este tipo de relaciones.

Esta postura se ha mantenido en otros casos como el de Antonio Mata Estévez c. España[205], caso en el que el actor reivindicó una pensión tras la muerte de su pareja del mismo sexo. El peticionario denunciaba la diferencia de trato entre las parejas de hecho homosexuales y las parejas casadas (o incluso no casadas) heterosexuales. En este caso, el TEDH admitió que el Sr. Mata habría recibido un trato distinto en el supuesto de haberse tratado de una relación heterosexual, pero justificó esta diferencia de trato invocando el margen de apreciación estatal.

Tuvieron que pasar varios años, hasta que en 2010 el TEDH decidiera restringir el margen de apreciación concedido a los Estados. En el

[204] ComEDH, X. & Y. c. Reino Unido, decisión nº. 9369/81, de 3 de mayo de 1983.
[205] STEDH. Antonio Mata Estévez c. España, decisión de la Corte nº. 56501/00, de 10 de mayo de 2001. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-22334 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

caso Schalk & Kopf c. Austria[206] los demandantes forman una pareja homosexual estable y deciden solicitar a las autoridades austriacas una autorización para casarse. Ésta les fue denegada bajo el argumento de que sólo dos personas del sexo opuesto podían hacerlo conforme a la legislación vigente, siendo confirmado por los tribunales estatales. En este caso, el TEDH admitió en primer lugar, que la relación de los demandantes atañe a la vida familiar, al igual que la de una pareja heterosexual en su misma situación. Sin embargo, el TEDH no obligó (ni obliga) al Estado a extender el derecho al matrimonio a personas del mismo sexo. Y es que, desde la óptica del tribunal, las autoridades nacionales están en mejor situación para valorar las necesidades sociales en la materia y afrontarlas, ya que el matrimonio tiene unas connotaciones sociales y culturales profundamente arraigadas, que difieren enormemente de una sociedad a otra.

Ese mismo año, en el caso P.B. y J.S. c. Austria[207], que trataba sobre la denegación de la ampliación de la cobertura de un seguro de enfermedad a la pareja homosexual del asegurado, el TEDH declaró la existencia de una violación del artículo 14 del CEDH (prohibición de discriminación) combinado con el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar).

4.2. La protección de los derechos parentales

Del análisis de la jurisprudencia del TEDH podría deducirse que éste ha ido reconociendo los derechos parentales del progenitor homosexual,

[206] STEDH. Schalk & Kopf c. Austria, decisión de la Corte nº. 30141/04, de 24 de junio de 2010. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99605 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).
[207] STEDH. P.B. y J.S. c. Austria, decisión de la Corte nº. 18984/02, de 24 de julio de 2010. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100042 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

cuando la relación paterno-filial tiene un carácter biológico, protegiendo dicho vinculo ante las injerencias del Estado o las tentaciones de imponer modelos de familia. Un claro ejemplo podemos encontrarlo en el caso Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal[208], en el que se plantea si la retirada del derecho a la custodia de una menor por parte de las autoridades portuguesas a causa de la orientación sexual del padre. Situación ésta considerada por las autoridades como una injerencia en la vida privada necesaria en una sociedad democrática.

La problemática se plantea cuando el Sr. Salgueiro se divorcia de su esposa y ésta le impide cumplir con el régimen de visitas que se había acordado. Debido a la negativa de la ex-esposa a cumplir con lo acordado, el tribunal de familia de Lisboa decidió conceder la custodia al solicitante considerando que éste era un padre dedicado, declarando sin fundamento las alegaciones de la ex-esposa sobre el novio del solicitante y que apuntaban a un posible abuso sexual de la menor. Como consecuencia, la ex-esposa retuvo a la menor y acudió al tribunal de apelación de Lisboa que revocó el fallo anterior concediendo la custodia de la madre. A pesar de las continuas violaciones por parte de la madre del acuerdo de custodia, el tribunal de apelación consideró que la homosexualidad del padre era una conducta anormal y que la niña debía vivir en el ambiente de una familia portuguesa tradicional.

En este caso los jueces de Estrasburgo consideraron de forma unánime que la sentencia portuguesa constituía una violación del artículo 8 del CEDH, en concurrencia con el artículo 14 CEDH. En este sentido, determinaron que el tribunal portugués había aplicado una diferencia de trato entre el demandante y la madre de su hija, basada en la orientación

[208] STEDH. Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, decisión de la Corte nº. 33290/96, de 21 de diciembre de 1999. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58404 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

sexual de éste, lo que constituye una distinción que no podía tolerarse a la luz de lo dispuesto en el CEDH.

4.3. El derecho de acceso a la adopción

Teniendo en cuenta lo expuesto en el caso Salgueiro, podría afirmarse que el TEDH tiende a reconocer las relaciones paterno-filiales de carácter biológico. No obstante, el TEDH se ha mostrado tradicionalmente más reticente a reconocer la protección del deseo a formar una familia. En este sentido, el uso de la doctrina del margen de apreciación ha sido muy errática en los casos de *singles* homosexuales que se plantean adoptar, tal y como se aprecia en dos casos muy similares: Fretté c. Francia[209] y E.B. c. Francia[210]. Mientras que en el primer caso el margen de apreciación se ha utilizado, en el segundo se ha omitido. En ambos casos, tras una entrevista inicial con el personal de servicios sociales se deniega a los solicitantes el certificado de aptitud (en función del art. 343[211] del Código Civil francés que no contempla las condiciones necesarias para llevar a cabo una adopción plena) centrándose dicha resolución en la orientación sexual de los solicitantes. Esta situación motiva que la parte afectada plantee, tras agotar todas las vías judiciales internas, una acción contra Francia por considerar que se ha producido una discriminación contraria al artículo 14 del CEDH, en concurrencia con el artículo 8. En ambos casos, el gobierno francés alegaba que el amplio margen de apreciación en la materia le

[209] STEDH. Fretté c. Francia, decisión de la Corte nº. 36515/97, de 26 de febrero de 2002. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60168 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

[210] STEDH. E.B. c. Francia, decisión de la Corte nº. 43546/02, de 22 de enero de 2008. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84571 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

[211] Código Civil francés Art. 343. En su versión original, podemos leer: "L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans"

permitía denegar peticiones de adopción basándose en el interés superior del menor. En el caso Fretté, el TEDH respalda explícitamente un amplio margen de apreciación del ejecutivo francés y argumenta que ante una ausencia de consenso europeo las injerencias estatales están legitimadas.

En este sentido, el juez Costa, secundado por los jueces Jungwiert y Traja, sostiene que no existe un derecho a la adopción, debido a que en su opinión, el CEDH no protege el derecho a formar una familia, por lo que no se puede identificar una injerencia del Estado en la vida privada del accionante. Según este argumento, no se podría aplicar un margen de aplicación reducido, debido a una falta de consenso europeo en la materia, tal y como respalda, según el juez, la comunidad científica. Bajo este argumento, debido al posible impacto que podría ocasionar al desarrollo de un menor al ser adoptado por una sola persona o una pareja homosexual, es preferible aplicar del principio de precaución en aras a la protección de su interés.

Por su parte, el Juez Sir Nicolas Bratza, secundado por el juez Fuhrmann y la jueza Tulkens, afirma que el CEDH no puede proteger el deseo de formar una familia, basando su razonamiento en la inexistencia independiente del artículo 14 del CEDH; circunstancia ésta que le hace cuestionar la existencia de una interferencia directa por parte de las autoridades estatales en el caso. Además, añade que en el ámbito de la adopción por parte de personas homosexuales se debe reconocer un amplio margen de apreciación a los Estados, debido a que el TEDH no puede suplir la posición moral del Estado en una materia tan debatida en el resto de países contratantes.

En E.B. c. Francia, el TEDH ignora la teoría del consenso para atender la reclamación de una solicitante que denunciaba una discriminación al haber sido rechazada su autorización para adoptar debido a su orientación sexual. Es posible que el TEDH considerara que en este

caso no era relevante aplicar la teoría del consenso, ya que se trataba de la revisión de un precepto contemplado en la regulación interna del Estado que autorizaba expresamente el acceso a la adopción para *singles*, aunque en la práctica se diferenciaran las solicitudes en función de la orientación sexual de los participantes en el proceso. En este caso, el TEDH tampoco se planteó la cuestión del margen de apreciación y fundamentó su decisión únicamente en la doctrina del CEDH como un instrumento que debe ser interpretado a la luz de nuestros días, determinando que se habían vulnerado los derechos de la Sra. E. B.

En este sentido, el TEDH utilizó la doctrina del CEDH como un elemento vivo para determinar que la diferencia de trato de individuos que solicitan una autorización para adoptar un menor por motivo de su orientación sexual constituye un trato discriminatorio que el CEDH debe proteger. En este caso, el juez Costa, secundado por los jueces Türmen, Ugrekhelidze y Jociene, pone de relieve que el TEDH está enviando un mensaje a los Estados parte: no se puede rechazar una petición de adopción atendiendo únicamente a la orientación sexual del solicitante.

En cuanto a los casos planteados ante el TEDH en materia de adopciones simples de uno de los miembros de la pareja del hijo de la otra, el tribunal ha resuelto en términos de discriminación directa, es decir, atendiendo al trato que una pareja heterosexual hubiera recibido en las mismas circunstancias por las autoridades estatales. Este es el supuesto, entre otros, del caso Gas & Dubois c. Francia[212], en el que dos mujeres que mantienen una relación estable inscrita en régimen de *Pacte Civil de Solidarité* (Pac)[213]. En este supuesto una de las mujeres, la Sra. Dubois, dio

[212] STEDH. Gas & Dubois c. Francia, decisión de la Corte nº. 25951/07, de 31 de agosto de 2010. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109572 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

[213] El Pacto civil de solidaridad (en francés Pacte civil de solidarité), abreviado como Pacs o PACS) es, junto con el matrimonio civil, una de las dos formas de unión civil admitidas en

a luz a una hija, concebida mediante técnicas de reproducción asistida por inseminación de donante anónimo. La cuestión es que a la hora de llevar a cabo la inscripción de la Sra. Gas como su segunda madre, los funcionarios del registro francés denegaron la solicitud alegando que no estaban casadas. Situación esta, la de estar casadas, que en ese momento era imposible que se diese, ya que todavía no se había aprobado la Ley de 18 de mayo de 2013[214], conocida coloquialmente como la *loi du mariage pour tous* (la ley del matrimonio para todos), por la que se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En este caso, el TEDH no apreció una violación del artículo 14 en concurrencia con el artículo 8 debido a que estimó que, por una parte no se podría considerar que las demandantes se encontraran en una situación jurídica comparable a la de las parejas casadas en lo que se refiere a la adopción por parte del segundo miembro de la pareja. Y por otra, a que no había diferencia de trato por razón de su orientación sexual, ya que a las parejas de hecho en régimen de *Pacs* heterosexuales también se les deniega las adopciones simples.

En la opinión disidente del juez Costa se plantea que aunque es cierto que no hay una discriminación directa entre parejas homosexuales y heterosexuales, sí que se podría plantear una discriminación entre parejas casadas y registradas. En este punto están de acuerdo los jueces Spielmann y Berro-Lefèvre y añaden que el problema jurídico que se plantea en la

---

el derecho francés. Establecido desde el 15 de noviembre de 1999, el Pacs es un contrato establecido "entre dos personas mayores de edad, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida en común. Crea derechos y obligaciones para los contrayentes, en particular "ayuda mutua y material". Para poder firmar un Pacs, las partes deben ser mayores de edad, no tener otro Pacs vigente ni estar casados, y no tener parentesco con el otro firmante.

[214] Con la entrada en vigor de la ley de 18 de mayo de 2013, conocida como *loi du mariage pour tous*, Francia se convirtió en el noveno país europeo y el decimocuarto del mundo en autorizar el matrimonio igualitario. Esta ley otorgó nuevos derechos a este tipo de matrimonios en materia de adopción y sucesión. En 2014, los matrimonios de personas del mismo sexo representaron el 4% del total de las uniones.

sentencia es la falta de un consenso europeo en la materia suficiente para reducir el margen de apreciación del Estado. Además, el Juez Villiger plantea que la fundamentación jurídica de la resolución de la Sentencia se centra en los derechos de los adultos, pero que no se tiene en cuenta el status jurídico de los individuos más vulnerables del caso, es decir, que no se desarrolla el interés superior del menor.

Otro caso de naturaleza similar es el de X. y otros c. Austria[215], en el que dos mujeres que viven juntas y mantienen una relación estable denuncian el rechazo por parte de las autoridades austriacas de la solicitud de una de ellas para adoptar al hijo de la otra sin que los lazos jurídicos preexistentes se vieran afectados (adopción conjunta). En este caso, el TEDH estimó que la diferencia de trato producida entre los demandantes y una pareja heterosexual en la que uno de sus miembros hubiera deseado adoptar al hijo del otro estaba fundada en la orientación sexual de las demandantes. En este sentido, determinó que el Estado austriaco no había aportado razones convincentes que establecieran que la diferencia de trato era necesaria para la preservación de la familia o para la protección del interés del menor y declaró que dicho trato discriminatorio constituía una violación del artículo 14 combinado con el artículo 8 si se comparaba su situación con la de una pareja heterosexual no casada en la que uno de sus miembros hubiera deseado adoptar al hijo del otro. Ahora bien, también subrayó que el CEDH no obliga a los Estados parte a extender la adopción conjunta a las parejas no casadas.

Este método comparativo (entre parejas homosexuales y heterosexuales) para reconocer vínculos familiares ha sido utilizado de

[215] STEDH. X. y otros c. Austria, decisión de la Corte nº. 19010/07, de 19 de febrero de 2013. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116735 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

forma más reciente en el caso Boeckel y Gessner-Boeckel c. Alemania[216], en el que dos mujeres ligadas por una unión de hecho registrada, denunciaron el rechazo por parte de las autoridades estatales a la inscripción de una de ellas como *padre* en la partida de nacimiento del hijo biológico de su compañera sentimental. Sin embargo, en esta ocasión, el TEDH decidió declarar inadmisible el caso debido a que la situación de una pareja registrada no era comparable a la de una pareja heterosexual casada en lo relativo a las anotaciones que pueden efectuarse en la partida de nacimiento de un niño.

4.4. La unión civil y el derecho a contraer matrimonio

En los últimos años, el TEDH ha reconocido la restricción del margen estatal en casos de acceso de las parejas del mismo sexo a alguna forma de partenariado civil reconocido y protegido por el Estado, como es el caso de Vallianatos y otros c. Grecia[217] en el que se plantean por una parte, la demanda de cuatro parejas homosexuales y por otra, la de una asociación sin ánimo de lucro que se dedica al apoyo psicológico y moral de las personas homosexuales (*Synthessi-Information, sensibilisation, recherche*). En este caso, los peticionarios consideraban que la ley griega 3719/2008[218], diseñada para proteger única y exclusivamente a las parejas

[216] STEDH. Sabine Boeckel & Gessner-Boeckel c. Alemania, decisión de la Corte nº. 8017/11, de 7 de mayo de 2013. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-120617 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

[217] STEDH. Vallianatos y otros c. Grecia, decisión de la Corte nº. 29381/09 y 32684/09, de 7 de noviembre de 2013. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-128294 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

[218] En Grecia, la Ley 3719/2008 introdujo el concepto de "acuerdo de pareja", que sólo podrá celebrarse entre heterosexuales mayores de edad. Los artículos 1 a 13 establecen las condiciones y formalidades para la elaboración y rescisión de un acuerdo de pareja de hecho libre, y también regulan las relaciones patrimoniales de los miembros de la pareja estable y los problemas de la pensión alimenticia y custodia y determinan los derechos sucesorios derivados de dicho acuerdo. Estos acuerdos tienen que redactarse en la forma de documentos públicos. El art. 6 de dicha ley reconoce específicamente las siguientes

heterosexuales suponía una discriminación basada en la orientación sexual. Esta ley instituía por primera vez en Grecia un partenariado oficial distinto del matrimonio pero, según el artículo 1, el *pacto de vida en común* sólo podía constituirse entre dos personas mayores de edad y de sexo opuesto.

Por su parte, las autoridades griegas afirmaban que las parejas homosexuales no sufrían ninguna desventaja sustancial en la medida en que podían organizar sus relaciones mediante el derecho contractual común. Asimismo, sostenían que la ley 3719/2008 proporcionaba a las parejas heterosexuales una forma alternativa de reconocimiento legal al matrimonio con el fin de proteger a los niños nacidos fuera de éste y a sus padres que conformaban una pareja *de facto*.

En este orden de idas, el TEDH subrayó que el argumento del gobierno griego no explicaba la diferencia de trato entre parejas homosexuales y parejas heterosexuales sin niños y que la protección de los niños nacidos fuera del matrimonio y de sus padres no suponía la exclusión de las parejas del mismo sexo del ámbito de aplicación de la ley.

---

opciones: Si los miembros de la pareja estable no incluyen ninguna disposición especial en el acuerdo de pareja de hecho, durante el tiempo que el acuerdo permanezca vigente, quedarán sujetos al régimen de separación de bienes, tanto para los bienes adquiridos antes del acuerdo como para los adquiridos en el futuro durante el periodo en el que el acuerdo permanezca vigente, o los miembros de la pareja estable pueden estipular en el acuerdo de pareja de hecho que todos los bienes que se adquieran en el futuro durante el periodo en el que el acuerdo permanezca vigente pertenecerán a ambos a partes iguales, o los miembros de la pareja estable pueden estipular en el acuerdo que, en caso de rescisión del acuerdo, cada parte reclame a la otra parte los bienes adquiridos durante el periodo en el que el acuerdo permanezca vigente si uno de los cónyuges ha contribuido a su adquisición. Esta reclamación no puede plantearse por los herederos del beneficiario, ni asignarse o heredarse por ellos, per sí radica en contra de los herederos del deudor. La reclamación prescribirá a los dos años después de la disolución del acuerdo. En lo que se refiere a los derechos de herencia del miembro supérstite, ya sea sobre la base de una sucesión intestada o ya sea sobre la base de un testamente, el art. 11 establece que: si el acuerdo de pareja de hecho se disuelve por la muerte de uno de sus miembros, la pareja supérstite tendrá un derecho hereditario intestado que asciende a la sexta parte del patrimonio si hay hijos, hasta un tercio si hay herederos de otros grados, y a la totalidad del patrimonio si no hay parientes del difunto que puedan ser citados como herederos ab intestato. A pesar de lo que la pareja haya estipulado en su testamento, el miembro supérstite tiene derecho a recibir su parte legal de los bienes que equivaldrá a la mitad de la cuota legitimaria.

Asimismo, respondió a la postura del Estado griego alegando que la protección de la familia en el sentido tradicional es un principio y no una razón legítima que pueda justificar la diferencia de trato. Además, señaló que el Estado necesariamente debe tener en cuenta la evolución de la sociedad y los cambios que se dan en la misma y constató que en Europa estaba generándose un consenso sobre el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, debido a que 9 de los 47 Estados miembros reconocían la igualdad de acceso al matrimonio y 17 proporcionaban a las parejas del mismo sexo acceso a alguna forma de unión registrada. Siendo Lituania y Grecia los dos únicos países donde tal unión queda reservada exclusivamente para las parejas de distinto sexo[219].

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el TEDH estimó que en este tipo de casos el margen de apreciación debe ser limitado, debido a la diferencia de trato por razón de orientación sexual y que por este motivo, las autoridades griegas habían vulnerado los artículos 8 y 14 del CEDH combinados. Postura que no compartía el juez Pinto de Albuquerque que afirmó que el sistema griego de control de constitucionalidad proporcionaba un recurso eficaz para remediar las violaciones del CEDH y que los peticionarios deberían haber planteado la acción de reparación del daño causado por el Estado ante el Tribunal Constitucional. Por esta razón, el juez portugués concluyó que la mayoría de la Gran Sala con su decisión había arrebatado al Estado griego la oportunidad de corregir las violaciones alegadas antes de que se sometieran al TEDH. Con este comportamiento, según el juez, daba la impresión de que el tribunal quería asumir un papel de legislador positivo (supranacional) haciendo caso omiso al principio de subsidiariedad.

La decisión adoptada por el TEDH en el caso Vallianatos implica que cuando un Estado del CdE resuelve introducir en su ordenamiento

[219] *Vid.* ANEXO XV. EVOLUCIÓN DEL CONSENSO EUROPEO (EN IMÁGENES)

jurídico un medio de reconocimiento legal de las parejas de hecho, éste debe contemplar tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales. Pero cabe destacar que en este caso el TEDH determinó que los EEMM no tenían la obligación de ofrecer a las parejas del mismo sexo un medio alternativo de reconocimiento. En este sentido, los países del CdE podían, sin contravenir disposiciones del CEDH, optar por no proponer a sus ciudadanos ninguna alternativa al matrimonio (reservado a las parejas heterosexuales)[220].

En cuanto al matrimonio entre personas del mismo sexo, el TEDH se ha pronunciado al respecto en el asunto Schalk & Kopf c. Austria[221], en el que una pareja de hombres austríacos inició los trámites para contraer matrimonio en Viena, siendo denegada su solicitud por la Oficina del Registro Civil sobre la base del artículo 44 del Código Civil austríaco[222], que sólo permitía contraer matrimonio a dos personas de sexo opuesto. Ante esta negativa, los señores Schalk & Kopf decidieron presentar el caso ante el TEDH alegando que la institución del matrimonio ha sufrido cambios importantes y que no hay razón alguna para denegar el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, frente al gobierno austríaco que consideraba que no había un consenso europeo que garantizase el derecho al matrimonio para las parejas homosexuales. O dicho de otro modo, los solicitantes reclamaban una interpretación del artículo 12 del CEDH a la

[220] WILLEMS, G., "Derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo", *Revista Derechos Humanos*, Año III, nº. 7, 2014, pp. 363 ss.

[221] *Vid.* STEDH. Schalk & Kopf c. Austria, decisión de la Corte nº. 30141/04, de 24 de junio de 2010, *cit. ad. supra,* nota 202.

[222] *Vid.* DERECHO INTERNO Y COMPARADO RELEVANTE en STEDH. Schalk & Kopf c. Austria, decisión de la Corte nº. 30141/04, de 24 de junio de 2010, *cit. ad. supra,* nota 202. En el texto de la Sentencia (en su versión original) podemos leer: "Austrian law. 1. The Civil Code: Article 44 of the Civil Code (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) provides: "The marriage contract shall form the basis for family relationships. Under the marriage contract two persons of opposite sex declare their lawful intention to live together in indissoluble matrimony, to beget and raise children and to support each other." This provision has been unchanged since its entry into force on 1 January 1812.

luz de nuestros días, mientras que el gobierno austríaco pretendía que se le reconociera un amplio margen de apreciación en ausencia de un consenso europeo.

Aunque el TEDH no se había enfrentado hasta el momento a la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo, sí que había establecido anteriormente varios principios relativos al matrimonio en su jurisprudencia relativa a transexuales. En el caso Christine Goodwin c. Reino Unido[223], relativo a la imposibilidad de un transexual de contraer matrimonio conforme a su nueva identidad sexual, el TEDH determinó que se había violado el CEDH y señaló que la evolución de la sociedad había revolucionado la institución del matrimonio y que el matrimonio de transexuales conforme a su nueva identidad sexual había recibido una gran aceptación. En este sentido, en el caso Schalk & Kopf, el tribunal quiso distinguir su decisión de la del caso Goodwin, alegando que en este último no se nombró acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo, sino sobre el pleno reconocimiento de la identidad sexual del solicitante y su posibilidad de contraer matrimonio con una persona de sexo opuesto a su nuevo sexo.

A través del estudio del caso Goodwin, observamos cómo el TEDH consagra el concepto tradicional de matrimonio, como la unión de un hombre y una mujer. Aunque el Tribunal ha reconocido que un determinado número de EEMM contemplan el matrimonio entre personas del mismo sexo, desde su punto de vista esta decisión configura su propia concepción del papel del matrimonio en su sociedad y no supone una interpretación del derecho fundamental enunciado en el CEDH. En el caso Schalk & Kopf se llegó incluso a plantear la imposibilidad de los

[223] STEDH. Christine Goodwin c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 28957/95, de 11 de julio de 2002. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

transexuales de permanecer casados con una persona del mismo sexo como resultado de su nueva identidad sexual, argumentando que no era posible debido a una falta de consenso en el ámbito europeo que permita este tipo de uniones[224].

En este contexto, el TEDH analiza la situación de los Señores Schalk & Kopf y determina que, teniendo en cuenta la evolución que ha sufrido la sociedad desde casos como el de Mata Estevez c. España[225] o Karner c. Austria[226] y las mutaciones que han sufrido los distintos EEMM, se debe considerar a las parejas homosexuales como *vida familiar* en los términos del artículo 8 del CEDH, subrayando que las parejas homosexuales son, al igual que las parejas heterosexuales, capaces de mantener relaciones estables, que requieren de una protección jurídica.

Ahora bien, dicho esto, conviene señalar que en este caso el TEDH se sirvió de la herramienta del consenso para señalar que en aquel momento sólo 6 de los 47 Estados que conforman el CdE contemplaban en sus ordenamientos internos el matrimonio entre personas del mismo sexo, de modo que no existía un consenso mínimo y suficiente para restringir el margen de actuación estatal. Asimismo, como viene siendo habitual en su jurisprudencia, el Tribunal reconoce que, conforme al principio de subsidiariedad las autoridades estatales (en este caso las austriacas) se encuentran mejor posicionadas para conocer las necesidades sociales existentes en la materia y afrontarlas gracias al amplio margen de apreciación con el que cuentan. Y es que teniendo el matrimonio unas

[224] Este razonamiento del TEDH ha servido para argumentar casos posteriores, como el de Hamalainen c. Finlandia, decisión de la Corte nº. 37359/09, de 16 de julio de 2014. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145768 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

[225] *Vid.* STEDH. Antonio Mata Estévez c. España, decisión de la Corte nº. 56501/00, de 10 de mayo de 2001, *cit. ad. supra*, nota 201.

[226] STEDH. Karner c. Austria, decisión de la Corte nº. 40016/98, de 24 de julio de 2003. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61263 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

connotaciones sociales y culturales profundas, que difieren de una sociedad a otra, parece lógico (a juicio del TEDH) que el CEDH no obligue a los Estados a extender el derecho al matrimonio, contemplado en su artículo 12, a las parejas del mismo sexo.

En Oliari y otros c. Italia[227], se abordaron las solicitudes planteadas por 6 ciudadanos italianos en 2011, los cuales afirmaban que la ausencia de cualquier disposición legal que les permitiera casarse o acceder a cualquier forma de unión civil, suponía una discriminación por razón de orientación sexual que vulneraba sus derechos, contemplados en los arts. 12 y 14 del CEDH. Aunque 155 de los 8.000 municipios italianos habían permitido desde hacía poco tiempo el registro de las uniones civiles, éstos, lejos de producir los efectos pretendidos por los interesados, tan sólo suponían actos meramente administrativos sin una dimensión de protección civil ni familiar efectiva. En este sentido, los solicitantes citaron las principales sentencias dictadas en los últimos años por los tribunales italianos, que planteaban la protección de las parejas del mismo sexo como una forma de comunidad social, según el artículo 2 de la Constitución italiana. No obstante, los altos tribunales italianos consideran que esta tarea de reconocimiento pertenecía al poder legislativo y no al poder judicial.

En este caso, el TEDH analizó el artículo 8 del CEDH, partiendo del hecho de que, en este caso, los homosexuales deben desarrollarse como individuos en un contexto de silencio de ley. De este modo, centrándose en la discrepancia entre la realidad social y la norma, el Tribunal evaluó la amplitud del margen de apreciación del Estado. En este sentido, declaró que el derecho a la vida privada y familiar no estaba garantizado en Italia, donde las parejas del mismo sexo no tenían la posibilidad de acceder a la

[227] STEDH. Oliari y otros c. Italia, decisión de la Corte nº. 18766/11 y 36030/11, de 21 de octubre de 2015. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156265 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

unión civil o sociedad registrada (en ausencia de matrimonio). Por este motivo, el TEDH determinó que el gobierno había sobrepasado su margen de actuación y concluyó que la ausencia de un marco legal para el reconocimiento y protección de la relación de los solicitantes violaba los derechos contemplados en el art. 8 del CEDH, interpretados conforme al momento actual; es decir, caracterizado por el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo.

Teniendo en cuenta lo expuesto, llama la atención el hecho de que el TEDH no sólo subrayó la importancia de otorgar el reconocimiento legal a la vida familiar *de facto*, como sucedió en Schalk y Kopf, sino que en este caso fue más allá, reconociendo la obligación positiva de los EEMM de implementar un marco legal general que regulara las relaciones de personas del mismo sexo, sin tener en cuenta situaciones de discriminación directa respecto a parejas heterosexuales, como ocurría en supuestos anteriores. Ahora bien, a pesar de lo expuesto, no podemos dejar de reconocer el hecho de que los jueces de Estrasburgo siguen siendo muy cautelosos a la hora de interpretar el derecho a contraer matrimonio.

4.5. La extensión de las prerrogativas conyugales

En el caso de Antonio Mata Estévez c. España[228], el TEDH respaldó la postura del gobierno español, el cual mantenía una regulación discriminatoria en materia de pensiones para las parejas del mismo sexo. Y es que, a pesar de la creciente tendencia en varios Estados de Europa hacia un reconocimiento legal y judicial de las uniones estables de hecho entre homosexuales, el Tribunal no limitó el margen de apreciación del Estado debido a la falta de un consenso en la materia.

[228] *Vid.* STEDH. Antonio Mata Estévez c. España, decisión de la Corte nº. 56501/00, de 10 de mayo de 2001, *cit. ad. supra*, nota 201.

En este caso, el TEDH se sirvió del análisis del consenso para legitimar esta discriminación: el hecho de que a efectos legales las parejas homosexuales no fueran reconocidas como una *forma de familia* por el CEDH. De hecho, determinó que, las relaciones homosexuales, incluso de larga duración, no se encuentra en el ámbito de protección del artículo 8 del CEDH.

Pasado el tiempo, sin embargo, el TEDH cambiaría de posición, llegando incluso a restringir este amplio margen de apreciación de los Estados: sirva como ejemplo el caso Karner c. Austria[229], en el que el Tribunal consideró discriminatoria la negativa de reconocimiento al solicitante del derecho a la subrogación de un arrendamiento tras la defunción de su pareja. En este caso, el Sr. Karner mantuvo durante varios años una relación sentimental con el Sr. M. W., hasta que éste falleció tras contraer el SIDA. Ante esta situación, el propietario de la vivienda arrendada inició un procedimiento contra el Sr. Karner, el cual, por otra parte, no figuraba en el contrato de alquiler. Razón ésta que dio lugar a una disputa sobre su condición de sucesor.

En este caso, el solicitante no planteó su acción en relación con la protección de la vida privada o de la familia, sino que decidió adoptar una postura menos controvertida, reivindicando su derecho a la protección del domicilio. En este sentido, el solicitante alegó que la diferencia de trato entre las parejas homosexuales y heterosexuales constituía un trato discriminatorio, mientras que el gobierno austríaco sostenía que según su ordenamiento jurídico sólo se reconocía el derecho a la sucesión de la titularidad del contrato de arrendamiento a las parejas casadas, como una medida diseñada para proteger la familia tradicional.

[229] *Vid.* STEDH. Karner c. Austria, decisión de la Corte nº. 40016/98, de 24 de julio de 2003, *cit. ad. supra*, nota 222.

El TEDH consideró que el fin de proteger a la familia en el sentido tradicional del término era abstracto; razón por la que el margen de apreciación concedido al Estado debía restringirse. Para el Tribunal se trataba de una diferencia de trato basada en la orientación sexual, por lo que, conforme al principio de proporcionalidad (que exige que la medida estatal sea legal, legítima y necesaria), el Estado austríaco no había actuado de forma adecuada. No había proporcionado razones convincentes o de peso que justificaran la exclusión de las parejas homosexuales del ámbito de aplicación de la normativa aplicable.

Por otra parte, cabe señalar que el TEDH se sirvió de la doctrina desarrollada en este asunto (Karner c. Austria) para resolver un caso posterior que se plantearía contra Polonia (Kozak c. Polonia[230]), en el que también se valoró la posición del Estado ante la petición de un ciudadano que reclamaba derechos de sucesión en el contrato de arrendamiento que había mantenido con su pareja. En este caso, a pesar de que el gobierno polaco sostuvo que dicha diferencia de trato constituía una medida necesaria destinada a la protección de la familia tradicional, el TEDH apreció una diferencia de trato que constituía una discriminación inadmisible al amparo del CEDH.

En este sentido, el TEDH sostuvo que el CEDH es un instrumento vivo[231], el cual debe interpretarse a la luz de nuestros días, por lo que las autoridades estatales, en su elección de medios destinados a proteger la familia (conforme al artículo 8 del CEDH), deben tener en cuenta la

[230] STEDH. Kozak c. Polonia, decisión de la Corte nº. 13102/02, de 2 de marzo de 2010. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97597 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

[231] Esta herramienta del CEDH como un elemento vivo o interpretado a la luz de nuestros días y su metodología resulta inconsistente e incoherente si tratamos de interpretarla como si se tratara de un método objetivo que utiliza el TEDH para alcanzar un juicio justo o correcto. En su lugar, debemos trata de identificarlo como un marco que utiliza el TEDH para legitimar su labor como máximo intérprete del CEDH a la hora de reescribir su línea de argumentación.

evolución de la sociedad, así como el hecho de que no hay un único modelo de familia.

En este orden de ideas, en el caso P.B. y J.S. c. Austria[232], se planteó la denegación de la ampliación de la cobertura de un seguro de enfermedad a la pareja homosexual de un asegurado. Siendo Sr. J.S. un funcionario público que gozaba de una póliza de seguro y había solicitado la inclusión de su pareja en la cobertura del servicio médico, las autoridades denegaron su petición alegando que las parejas homosexuales no están incluidas en la categoría de parientes en la ley de seguros de accidentes. En este caso, el TEDH consideró que el margen de apreciación que debería reconocerse al Estado debía ser reducido, debido a que la diferencia de trato era discriminatoria[233]. Asimismo, falló que, con anterioridad a julio de 2007, la legislación austriaca que reconocía beneficios derivados de los seguros de accidentes y enfermedad a las parejas heterosexuales de los funcionarios públicos, pero no a las parejas del mismo sexo, era discriminatoria según el artículo 14 combinado con el artículo 8 del CEDH. Circunstancia ésta a la que se pondría fin con la enmienda legislativa llevada a cabo por el gobierno austríaco en julio de 2007.

Ahora bien, dicho esto conviene señalar que sobre la base de estas sentencias, podría afirmarse la existencia de una corriente jurisprudencial consolidada que defiende, en principio, una asimilación de los derechos de las parejas homosexuales a las parejas heterosexuales en relación con determinadas prerrogativas asociadas a la existencia de una relación sentimental. Corriente ésta que, paradójicamente, coexiste con una cierta posición conservadora del Tribunal en sentencias recientes, en las que acepta un trato diferenciado a las parejas homosexuales (registradas o

[232] *Vid.* STEDH. P.B. y J.S. c. Austria, decisión de la Corte nº. 18984/02, de 24 de julio de 2010, *cit. ad. supra,* nota 203.

[233] Circunstancia ésta que ya había sido reconocida en STEDH. Schalk & Kopf c. Austria, decisión de la Corte nº. 30141/04, de 24 de junio de 2010, *cit. ad. supra,* nota 202.

informales). Sirva como ejemplo, entre otros, el caso Manenc c. Francia[234], en el que el TEDH declaró inadmisible la petición de un hombre, al que tras la muerte de su pareja, con el que había convivido durante 26 años y con el que había regulado su situación en régimen de *Pacte Civil de Solidarité (Pacs)*, se le había denegado una pensión de viudedad debido a que el Estado francés solo las reconocía para matrimonios. O el caso M.W. c. Reino Unido[235] (planteado tras la entrada en vigor de la Ley británica sobre unión civil[236]), en el que se alegaba una diferencia de trato con respecto a los beneficios de seguridad social por razón de orientación sexual. En este caso, el TEDH declaró que se trataba de relaciones personales informales entre personas del mismo sexo, distinguiendo estas parejas de las registradas y de los matrimonios. En su sentencia, identificó la diferencia fundamental entre las relaciones personales que se basan en un acuerdo jurídicamente vinculante que da lugar a ciertos derechos y deberes de las partes (parejas registradas y/o casadas) y las que no (parejas no registradas).

En definitiva, a través del estudio de los casos M.W. y Manenc observamos cómo en materia de diferencias legales establecidas entre parejas casadas heterosexuales y parejas registradas del mismo sexo, el

[234] STEDH. Manenc c. Francia, decisión de la Corte nº. 66686/09, de 21 de septiembre de 2010. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100912 (Última consulta realizada el 30 de marzo de 2016).

[235] STEDH. M.W. c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 11313/02, de 23 de junio de 2009. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93429 (Última consulta realizada el 30 de marzo de 2016).

[236] En Reino Unido, el 18 de noviembre 2004 se aprobó la ley de Unión civil (*vid.* http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/contents). Los efectos legales derivados de la unión civil son prácticamente idénticos a los del matrimonio (incluyendo la liquidación de los efectos económicos) y la unión civil es denominada con razón "matrimonio en todo su sentido menos en el nombre". No existe un régimen específico para parejas que vivan juntas sin haber formalizado su relación (normalmente denominadas "cohabitantes") que, por ello, tendrán que basarse en el derecho general y, en concreto en un fideicomiso constructivo (intención común). Cabe destacar, no obstante, que los tribunales cuentan con facultades discrecionales considerables para dictar órdenes con respecto a la "Dotación económica para los hijos", que incluye pagos globales y transferencias patrimoniales.

TEDH mantiene un amplio margen de apreciación con respecto a la protección de las prerrogativas conyugales.

5. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH: ORIENTACIÓN SEXUAL Y DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

En las últimas décadas, el colectivo LGBTI ha tomado conciencia de la importancia que tiene la reivindicación de su presencia y participación ciudadana en los espacios públicos. En este sentido, el Congreso de los poderes locales y regionales del CdE ha manifestado que la verdadera democracia requiere del disfrute de la libertad de expresión y de reunión sin la interferencia de las autoridades públicas, tal y como se prevé en los arts. 10[237] y 11[238] del CEDH. Además, considera que la libertad expresión y el derecho a compartir la propia identidad con otros es parte integral de la tolerancia y la protección de la diversidad en la sociedad a través de un

[237] Art. 10 del CEDH. Libertad de expresión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

[238] Art. 11 del CEDH. Libertad de reunión y de asociación. "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado".

intercambio libre de ideas que pueden conducir a un enriquecimiento, tanto individual como colectivo[239].

Ahora bien, a pesar de esta situación, cabe señalar que la jurisprudencia del TEDH en la materia está escasamente desarrollada, debido a que el Tribunal ha concebido la homosexualidad como una manifestación esencialmente privada de la personalidad del individuo. Por este motivo, se ha mostrado reticente a la hora de reconocer la protección de los artículos 10 (libertad de expresión) y 11 (libertad de reunión y asociación) del CEDH a gays y lesbianas.

5.1. Libertad de expresión y libertad de prensa

En casos como el de X. c. Reino Unido[240], en el que el peticionario se encontraba cumpliendo pena de prisión por homosexualidad, se ha planteado a la ComEDH que la expresión de sentimientos de un hombre hacia otro podría estar protegida por el artículo 10 del CEDH. Sin embargo, la ComEDH sostuvo que el concepto de *expresión* se refiere exclusivamente a la expresión de opiniones y al derecho a recibir y difundir ideas e información, pero no sentimientos. Por este motivo, la ComEDH descartó la protección de la expresión de sentimientos a través del artículo 10 del CEDH y sólo trató la protección de la homosexualidad en relación con medios de difusión y comunicación.

[239] Recomendación 211 (2007), disponible en: GUTIERREZ CASTILLO, V.L., CRUZ ANGELES, J. & RODENAS, M. (ed.), *Corpus jurídico de la familia homoparental. Perspectiva europea, estatal y autonómica*, Madrid, Comunidad de Madrid, 2013, pp. 119-121.

[240] STEDH. X. c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 7215/75, de 12 de junio de 1979. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57602 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

En este sentido, Handyside c. Reino Unido[241] constituye uno de los casos más significativos entorno al artículo 10 del CEDH, suponiendo en su momento el primer caso que llegó a la ComEDH sobre cuestiones de homosexualidad y libertad de expresión. El Sr. Handyside era un editor que trató de publicar una versión inglesa del libro *The Little Red Schoolbook*. Una obra de referencia danesa dirigida al público infantil y publicada originalmente en Dinamarca en 1969, que contenía un capítulo de 25 páginas titulado *sexo*, en el que se incluía una discusión sobre la homosexualidad. En este caso, las autoridades británicas determinaron que el libro suponía un peligro, debido a que podía pervertir y corromper a lectores menores de 16 años. Cuando el solicitante publicó el libro en Reino Unido, sus detractores criticaban que no se contemplara en el libro que algunos adolescentes que tienen este tipo de experiencias acaban teniendo relaciones heterosexuales o incluso casándose con mujeres. Por este motivo, el sr. Handyside tuvo que modificar el texto original incluyendo un comentario en el que se explicaba que muchas personas pasan por una fase homosexual temporal en alguna etapa de su vida, generalmente cuando son jóvenes.

En este caso, la ComEDH decidió de forma unánime que la condena impuesta al solicitante constituía medida necesaria en una sociedad democrática. Según el planteamiento de la ComEDH, en una sociedad tolerante, abierta y plural deben contemplarse restricciones de este tipo para proteger la moral, especialmente la de los menores. Sin embargo, esta postura fue criticada por parte de los miembros de la ComEDH. Como es el caso del Sr. Fawcett y del Sr. Triantafyllides, que trataron de citar las publicaciones del libro en otros países como una prueba del consenso

[241] STEDH. Handyside c. Reino Unido, decisión de la Corte n. 5493/72, de 7 de diciembre de 1976. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

existente en materia de tolerancia hacia la publicidad del sexo, incluyendo las relaciones homosexuales en los EEMM.

La ComEDH se sirvió de la protección de la moral como límite a la libertad de expresión en casos como el de X. c. Reino Unido[242], que trataba sobre la confiscación de revistas homoeróticas enviadas desde Dinamarca. En este caso la ComEDH declaró que dicha intervención de las autoridades estatales constituía una injerencia necesaria en una sociedad democrática.

Otro supuesto de naturaleza similar es el de X. Ltd. & Y. c. Reino Unido[243], en el que el editor de una revista publicó un poema que describía relaciones homosexuales entre Jesucristo y los apóstoles, con una imagen que lo ilustraba. Circunstancia ésta que le valió la confiscación de la publicación por las autoridades. La ComEDH declaró inadmisible el caso y declaró que los sentimientos de los ciudadanos merecen una protección contra ataques indecentes en las materias consideradas sagradas por éstos. De modo que, si dichos ataques alcanzan un cierto nivel de gravedad constituirían un delito enjuiciable a instancia de la persona ofendida.

En este tipo de casos, la ComEDH siempre tuvo en cuenta el posible impacto de las imágenes o grabaciones, como en el asunto de Scherer c. Suiza[244], en el que se trataba de un propietario de un *sex shop* en Zurich que mostraba películas pornográficas en una sala de proyección en la tienda. En este caso, la ComEDH falló a favor del solicitante debido a la naturaleza privada de la actividad. La ComEDH tuvo en cuenta que la naturaleza de la tienda no era perceptible desde la calle y que era muy poco probable que la

[242] STEDH. X. c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 7308/75, de 12 de octubre de 1978. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-73955 (Última consulta realizada el 30 de marzo de 2016).
[243] STEDH. X. Ltd. & Y. c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 8710/79, de 7 de mayo de 1982. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-74315 (Última consulta realizada el 30 de marzo de 2016).
[244] STEDH. Scherer c. Suiza, decisión de la Corte nº. 17116/90, de 25 de marzo de 1994. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57872 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

película fuera visionada por personas que no tenían conocimiento de la materia objeto de la misma, debido al control de acceso en la entrada.

En este sentido, podemos afirmar que la ComEDH ha considerado que el art. 10 no protege la expresión de la homosexualidad en espacios públicos. Como en el caso Morrisens c. Bélgica[245], en el que se relata el caso de una profesora, que fue despedida tras denunciar en un programa de televisión el trato discriminatorio que sufría en su centro de trabajo a causa de su orientación sexual. En este caso, la solicitante denunciaba que la prohibición de la manifestación de su orientación sexual en la esfera pública constituye una violación de su derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, la ComEDH declaró este caso inadmisible al considerar su despido como una reacción proporcionada a las acusaciones amplias y directas vertidas contra sus superiores en televisión y su falta de moderación.

Por su parte, el TEDH ha resuelto dos cuestiones en materia de libertad de prensa que trataban de forma explícita la orientación sexual: Kobenter y Standard Verlags GMBH c. Austria y Porubova c. Rusia. En estos supuestos, el TEDH ha concedido a la prensa un amplio margen de actuación debido a la gran importancia que otorga a la libertad de expresión como uno de los pilares fundamentales en toda sociedad democrática.

En Kobenter y Standard Verlags GMBH c. Austria[246], en el que se plantea el caso de dos solicitantes que habían publicado un artículo en el periódico *Der Standard* criticando una sentencia del Tribunal Regional de Linz que trataba sobre una publicación titulada *The 13th – Newspaper of*

[245] STEDH. Morrisens c. Bélgica, decisión de la Corte nº. 11389/85, de 3 de mayo de 1988. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-24095 (Última consulta realizada el 30 de marzo de 2016).

[246] STEDH. Kobenter y Standard Verlags GMBH c. Austria, decisión de la Corte nº. 60899/00, de 2 de noviembre de 2006. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77786 (Última consulta realizada el 27 de marzo de 2016).

Catholics for Faith and Church, en la que se afirmaba que los homosexuales se arrastraban para salir de sus madrigueras y que se les debía aplicar métodos propios del régimen nazi. En esta sentencia, el tribunal austríaco declaró que en artículo era ofensivo y condenó al periódico a indemnizar a los damnificados. Sin embargo, el tribunal regional en su sentencia afirmó que el mundo de la homosexualidad incluía al mundo del lesbianismo y, por supuesto, el mundo animal. Por este motivo, los solicitantes publicaron un artículo en el que se exponía que con este tipo de ejemplos se reforzaban posturas homófobas y que el proceso había sido similar al de una caza de brujas propio de la Edad Media. De modo que se acusó a los solicitantes por difamación, aunque finalmente se reconoció que en este caso el artículo 10 del CEDH protegía la protección de la expresión de ideas en público, opiniones e información.

En el asunto Porubova c. Rusia[247] se plantea el caso de una editora de un periódico ruso que publicó un artículo en el que se afirmaba que dos altos funcionarios del Gobierno eran homosexuales, siendo acusado de un delito de difamación. Las autoridades nacionales, a instancia de los funcionarios afectados, iniciaron un proceso penal contra el solicitante por difamación e injurias vertidas a través de los medios de comunicación, delitos tipificados en los artículos 129 y 130 del Código Penal ruso[248]. En

[247] STEDH. Porubova c. Rusia, decisión de la Corte nº. 8237/03, de 8 de octubre de 2009. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94841 (Última consulta realizada el 28 de marzo de 2016).

[248] Código Penal ruso. Art. 129. Calumnias. **"**1. Slander, that is the spreading of deliberately falsified information that denigrates the honour and dignity of another person or undermines his reputation, shall be punishable by a fine in the amount of 50 to 100 minimum wages, or in the amount of the wage or salary, or any other income of the convicted person for a period of up to one month, or by compulsory works for a term of 120 to 180 hours, or by corrective labour for a term of up to one year, or by corrective labour for a term of up to one year. 2. Slander contained in a public speech or in a publicly performed work, and mass-media libel, shall be punishable by a fine in the amount of 100 to 200 minimum wages, or in the amount of the wage or salary, or any other income of the convicted person for a period of one to two months, or by compulsory works for a term of 120 to 180 hours, or by corrective labour for a term of one year to two years, or by arrest

su defensa, la solicitante alegaba que los políticos se exponían de forma inconsciente e inevitable a un análisis de sus actos y discursos por parte de los periodistas, debido a que el derecho del público a ser informado es un derecho esencial en una sociedad democrática y puede extenderse incluso a aspectos de la vida privada de los personajes públicos. En este caso, el TEDH determinó que los periodistas y la prensa en general, en su labor de difusión de información e ideas sobre asuntos de interés público se encuentran protegidos por el ámbito de aplicación del art. 10 del CEDH, debiendo ser reducido el margen de apreciación en este tipo de casos, debido a que el Tribunal consideró las actuaciones de las autoridades rusas como desproporcionadas en relación con el fin perseguido (protección del derecho al honor de los políticos afectados).

Esta postura doctrinal se confirma en el caso Mladina d.d. Ljubljana c. Eslovenia[249], la revista Mladina publicó un artículo en 2005 sobre el comportamiento de algunos diputados del partido nacional esloveno durante un debate parlamentario sobre la aprobación del registro de parejas del mismo sexo. En dicho artículo, el autor prestó especial atención a un diputado, el Sr. B.Z., que se refería a la Comunidad LGBTI como maricas

---

for a term of three to six months. 3. Slander accusing a person of committing a grave or especially grave crime, shall be punishable by restraint of liberty for a term of up to three years, or by arrest for a term of four to six months, or by deprivation of liberty for a term of up to three years". y art. 130. Insultos. **"**1. Insult, that is the denigration of the honour and dignity of another person, expressed in indecent form, shall be punishable by a fine in the amount of 100 to 200 minimum wages, or in the amount of the wage or salary, or any other income of the convicted person for a period of up to one month, or by compulsory works for a term of up to 120 hours, or by corrective labour for a term of up to six months.. 2. Insult contained in a public speech, in a publicly performed work, or in mass media, shall be punishable by a fine in the amount of up to 200 minimum wages, or in the amount of the wage or salary, or any other income of the convicted person for a period of up to two months, or by compulsory works for a term of up to 180 hours, or by corrective labour for a term of up to one year". Disponible en: http://www.russian-criminal-code.com/PartII/SectionVII/Chapter17.html. (Última consulta realizada el 28 de marzo de 2016).

[249] STEDH. Mladina d.d. Ljubljana c. Slovenia, decisión de la Corte n. 20981/10, de 17 de abril de 2014.Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-142424 (Última consulta realizada el 28 de marzo de 2016).

y lesbianas. Así como describió el comportamiento del Sr. S.P., quien afirmó que ninguno de los allí presentes querría tener un hijo o hija que optara por este tipo de unión, mientras realizada una imitación de una cafetera, imitando un estereotipo de gay afeminado y amanerado. En este artículo, el autor declaró que este comportamiento constituía una actitud típica de un retrasado mental que tiene la suerte de vivir en un país con un cupo limitado de recursos humanos, de forma que puede acabar incluso en el Parlamento, afirmando que en un país normal no habría llegado a conserje de escuela primaria.

Por estas declaraciones, S.P. demandó al editor de Mladina ante los tribunales nacionales, alegando que había sufrido una angustia severa debido al ánimo ofensivo del artículo. El Tribunal del distrito de Ljubljana señaló que el uso de retraso mental aludía a las características personales de S.P. y que por tanto era objetivamente ofensivo y como tal, no servía al propósito de informar al público. Por otra parte, a juicio del tribunal los gestos que utilizó S.P. para imitar el comportamiento de un hombre homosexual fueron simplemente una reminiscencia de gestos con la finalidad de trasmitir la idea de homosexualidad, considerando, por otra parte, que dichos gestos no eran ofensivos y no tenían por objeto promover el prejuicio ni la intolerancia contra los mismos, condenando a la revista a una indemnización por daños y perjuicios.

En este caso, el TEDH declaró que la actuación de las autoridades nacionales constituía una violación del art. 10 del CEDH y declaró que describir la conducta de S.P. como retraso mental podía ser considerado como ofensivo, pero que en el contexto de un intenso debate en que se expresaron opiniones con poca moderación, se trataba de una expresión de desacuerdo fuerte, incluso de desprecio por la posición de S.P., en lugar de una evaluación objetiva de sus capacidades intelectuales. Por todo ello,

para el TEDH los hechos relatados no constituían un ataque personal contra el Sr. S.P.

Aunque la jurisprudencia del TEDH en materia de orientación sexual y libertad de expresión está muy poco desarrollada, nos planteamos si esta sentencia podría interpretarse como un precedente para el desarrollo de la protección de la orientación sexual frente al discurso homofóbico.

5.2. Libertad de reunión y de manifestación

El derecho de reunión y manifestación es un derecho autónomo, relacionado tanto con el derecho de asociación como con la libertad de expresión. Por una parte, mediante el ejercicio del derecho de asociación una agrupación de individuos comparte un mismo fin, aunque la diferencia radica en la vocación de estabilidad de las asociaciones y el carácter esporádico de las reuniones y manifestaciones. Por otra parte, la libertad de expresión tiene en común la difusión de ideas y la diferencia radica, en este caso, en que el derecho de reunión y manifestación es necesariamente de ejercicio colectivo, siendo el derecho de libertad de expresión de ejercicio individual.

El TEDH ha interpretado el derecho de asociación como el derecho de todo individuo a formar grupos o colectivos con el fin de avanzar en objetivos comunes que incluyen la afirmación de una conciencia de minorías, importante para el buen funcionamiento de un sistema democrático. En este contexto, el pluralismo se basa en el reconocimiento de la diversidad y el respeto por las tradiciones. En este sentido, el TEDH ha dejado claro que el elemento más importante de cualquier asamblea no es su contenido político, sino que su organización y ejecución sea pacífica. Una manifestación puede molestar u ofender a personas que se opongan a las ideas o afirmaciones que se tratan de promover. Sin embargo, los

participantes deben ser capaces de mantener dicha manifestación sin tener que temer el ser sometidos a violencia física por parte de sus detractores. Como en el resto de derechos contenidos en el CEDH, la injerencia en los derechos contemplados en el artículo 11 cometidas por una autoridad pública deben ser legales, legítimas y necesarias en una sociedad democrática.

Por otra parte, se plantea cuáles son las obligaciones –tanto positivas como negativas- de los Estados contratantes en relación al art. 11 del CEDH. Y es que, en la práctica, se ha constatado que en no pocas ocasiones las autoridades estatales han ejercido interferencias directas en las manifestaciones, diseñando acciones para interrumpir o impedir el buen desarrollo de las mismas. Asimismo, se ha constatado cómo en este tipo de eventos las autoridades públicas a menudo no cumplen con sus obligaciones a la hora de asegurar la protección de los participantes frente a contra-manifestantes.

Encontramos los primeros antecedentes a este fenómeno en el caso Hauer & Guggenheim c. Austria[250], la ComEDH examinó una demanda relativa a la manifestación política de los demandantes, que habían asistido a un evento conmemorativo del fascismo, con una pancarta en la que se podía leer: *miles de víctimas homosexuales de los campos de concentración esperan su indemnización*. Los agentes de policía confiscaron la pancarta cuando los solicitantes se negaron a retirarla. En este caso, los demandantes invocaron el artículo 10, en lugar del artículo 11, para argumentar que las acciones de policía violaron su derecho a la libertad de expresión. La ComEDH, teniendo en cuenta que los demandantes mostraron su pancarta en una ceremonia solemne, determinaron que la intervención de la

[250] STEDH. Hauer & Guggenheim c. Austria, decisión de la Corte nº. 18116/91, de 13 de octubre de 1993. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-1690 (Última consulta realizada el 30 de marzo de 2016).

autoridad estatal se encontraba amparado por el margen de apreciación otorgado al Estado.

No obstante, de forma más reciente, el TEDH ha dictado dos sentencias que también afectan a los derechos referidos: Baczkowski y otros c. Polonia[251] y Alekseyev c. Rusia[252], en las que sí reconoce los derechos de gays y lesbianas en materia de reuniones pacíficas y de asociación a efectos de manifestación política. El asunto Baczkowski contra Polonia es un caso presentado ante el TEDH por la prohibición de la marcha del orgullo gay, conocida localmente como *Parada Rownosci* (marcha de la igualdad). En junio de 2005, el alcalde de Varsovia Lech Kaczynski (que posteriormente sería presidente de Polonia) no autorizó la marcha del orgullo que pretendía recorrer la ciudad, argumentando que los organizadores no habían presentado un plan alternativo para el tráfico y que la marcha fomentaba el *estilo de vida homosexual*. Circunstancia ésta que iba en contra de sus ideales, contrarios a la *propagación de la orientación gay*. A pesar de la prohibición, aproximadamente 2500 personas marcharon por la ciudad desafiando la decisión del alcalde.

El día anterior a la fecha prevista para la marcha, los organizadores del evento apelaron al gobernador del Voivodato de Mazovia, argumentando que la decisión del ayuntamiento violaba su derecho de reunión. El gobernador determinó que el requerimiento del ayuntamiento de un plan de tráfico había sido ilegal y que la marcha se restringía de forma ilícita. No obstante, la apelación a las demás instancias administrativas se paralizó al considerarse que la marcha sí que había tenido lugar. Por ese motivo, los organizadores de la manifestación,

[251] STEDH. Baczkowski y otros c. Polonia, decisión de la Corte nº. 1543/06, 3 de mayo de 2007. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80464 (Última consulta realizada el 28 de marzo de 2016).

[252] STEDH. Alekseyev c. Rusia, decisión de la Corte nº. 4916/07, 25924/08 y 14599/09, de 21 de octubre de 2010. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101257 (Última consulta realizada el 28 de marzo de 2016).

liderados por el Sr. Tomasz Baczkowski, presentaron su reclamación ante el TEDH contra la República de Polonia, denunciando la violación de su derecho a reunión, así como la discriminación sufrida, ya que el mismo 11 de junio se habían autorizado otras manifestaciones. El TEDH determinó que, incluso habiendo tenido lugar la marcha, el hecho de la prohibición por parte de las autoridades estatales representaba una violación de la libertad de reunión protegido por el artículo 11 del CEDH. Asimismo recordó que la obligación positiva del Estado de asegurar genuina y efectivamente el respeto a la libertad de asociación y reunión era de particular importancia para aquéllos con opiniones impopulares o que pertenecían a minorías, más vulnerables al trato discriminatorio. Asimismo, el TEDH afirmaría que Polonia había violado el artículo 14[253] del CEDH, por haber autorizado otras marchas el mismo día a las que no se les había exigido los mismos requisitos, considerando que se había violado el artículo 13[254] del CEDH, ya que los organizadores no dispusieron de ningún procedimiento legal que les permitiera apelar la prohibición antes de la fecha en la que se iba a realizar la marcha.

Otro caso de naturaleza similar es el de Alekseyev c. Rusia[255], presentado ante el TEDH por la prohibición de las marchas del orgullo gay en Moscú durante los años 2006, 2007 y 2008. Esta cuestión fue presentada por el abogado, periodista y activista ruso pro derechos LGBTI Nikolai Alekseyev, organizador de las marchas, quien denunciaba la prohibición de

[253] Artículo 13 del CEDH. Derecho a un recurso efectivo. "Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales".

[254] Artículo 14 del CEDH. Prohibición de la discriminación. "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente pro razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

[255] *Vid.* STEDH. Alekseyev c. Rusia, decisión de la Corte nº. 4916/07, 25924/08 y 14599/09, de 21 de octubre de 2010, *cit. ad. supra.* nota 248.

las marchas y, por tanto, la violación del artículo 11 del CEDH. Además, denunciaba el hecho de no haber recibido un amparo judicial efectivo (en incumplimiento del artículo 13) por parte de las autoridades de Moscú, lo que suponía un trato discriminatorio (en violación del artículo 14).

En este caso, el gobierno ruso alegaba que la ley local permitía restringir el derecho de reunión en aras de la seguridad y que las circunstancias en las que el demandante pretendía realizar las marchas, caracterizada por una fuerte opinión pública contraria, comportaba un alto riesgo de violencia. Por este motivo, reclamaba que le artículo 11 del CEDH debía interpretarse con un amplio margen de apreciación en los distintos EEMM, de forma que se pudiera acomodar al contexto cultural en que se encuentra la homosexualidad en Rusia. Además, el gobierno alegaba que había sido necesario prohibir la manifestación para proteger la moral, aludiendo a las prominentes organizaciones religiosas que se oponían a las marchas, argumentando además que no existía un consenso entre los EEMM sobre la aceptación de la homosexualidad; considerando además, que las autoridades nacionales estaban en mejor posición que el TEDH para determinar las condiciones necesarias para tales eventos.

El demandante desmontó el argumento de las autoridades rusas relativas al riesgo de seguridad, demostrando que sólo eran aplicables respecto a la seguridad e idoneidad del lugar de reunión propuesto, no a un riesgo general de violencia. Asimismo, Alekseyev argumentó que la definición de moralidad del gobierno era incorrecta y que se refería sólo a la opinión pública mayoritaria, no teniendo en cuenta el concepto de pluralismo o diversidad. Además, sostuvo que las marchas no amenazaban la moral pública, ya que no existía ningún contenido sexual provocativo, tratándose de una marcha en pro de los derechos humanos y las libertades civiles. No pudiéndose demostrar tampoco que hubiera un riesgo de violencia considerable con la ejecución de la misma. En su opinión, se

trataba de una prohibición exagerada y desproporcionada, que no tenía justificación alguna.

El TEDH consideró innecesario entrar a considerar la legitimidad del objetivo o la legalidad de la prohibición debido a que consideró que no cumplía con los requisitos necesarios en una sociedad democrática. El TEDH reiteró que el artículo 11 del CEDH incluye la protección de las reuniones que pudieran estar en riesgo de ataques de grupos que pudieran estar en desacuerdo o se sintieran ofendidos por los objetivos de la reunión. El TEDH consideró desproporcionados los argumentos de las autoridades rusas, relativos a la protección de los menores frente a la propaganda homosexual. También descartó la consideración del gobierno de que las marchas debían prohibirse por entrar en conflicto con las doctrinas religiosas y los valores de la mayoría, afirmando con buen criterio que los derechos garantizados por el CEDH no pueden estar supeditados a la aceptación de la mayoría.

Por otra parte, el TEDH respondió al argumento de que no había consenso entre los EEMM sobre la legitimidad de la homosexualidad, afirmando que sí hay un amplio consenso entre los EEMM en materia de legislación sobre prácticas homosexuales (*vid.* Dudgeon c. Reino Unido), servicio de homosexuales en fuerzas armadas (*vid.* Smith y Grady c. Reino Unido), derechos parentales y de sucesión (*vid.* Karner c. Rusia) e igualdad en edades de consentimiento sexual (*vid.* S. L. c. Austria). Circunstancia ésta por la que el TEDH consideró que no había ambigüedad en el reconocimiento de derecho de los individuos a identificarse como gays o lesbianas y la promoción de sus derechos y libertades, en particular a ejercitar su derecho a reunión pacífica.

En este orden de idas, el TEDH consideró que el gobierno ruso no había evaluado el riesgo real que supuestamente podría producir la realización de las marchas, afirmando que el único factor tenido en cuenta

había sido la oposición pública contra tal evento y sus propios puntos de vista sobre la moral. Por tanto, el TEDH concluyó que la prohibición de las autoridades rusas no era aceptable en una sociedad democrática, ya que violaba el derecho a la libertad de reunión reconocido en el artículo 11 del CEDH. Asimismo, el TEDH consideró que los recursos judiciales que habían estado a disposición del solicitante eran de carácter post-hoc, en violación del artículo 13 del CEDH, afirmando también que la homosexualidad era la base de la discriminación en este caso, siendo el margen de apreciación permitido a los EEMM en esta materia muy reducido.

En el caso Genderdoc-M c. Moldavia[256], los solicitantes denunciaron que las autoridades estatales no cumplían plenamente con su obligación de proteger a los activistas LGBTI ni actuaban contra los contra-manifestantes durante la celebración de la marcha del *gaypride*. Asimismo, denunciaron que algunos policías obstruían o limitaban el derecho a la libertad de asamblea. En este caso, el TEDH reconoce una violación del art. 11 del CEDH y reitera que una diferencia de trato es discriminatoria si no tiene justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin objetivo y legítimo o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo a realizar. En este sentido, el TEDH reconoce que los EEMM disfrutan de un cierto margen de apreciación al evaluar en qué medidas una diferencia de trato en situaciones similares justifica un tratamiento diferente ante la ley. Sin embargo, cuando esta diferencia de trato se basa en la orientación sexual, dicho margen de apreciación debe ser reducido.

[256] STEDH. Genderdoc-M c. Moldavia, decisión de la Corte nº. 9106/06, de 12 de junio de 2012. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80464 (Última consulta realizada el 28 de marzo de 2016).

6. RETOS PENDIENTES DEL SISTEMA EUROPEO : ANÁLISIS CRÍTICO

Una vez analizado el desarrollo jurisprudencial del TEDH en materia de reconocimiento y protección de los derechos y libertades de la Comunidad LGBTI podemos apreciar en el mapa del CdE cómo se han configurado dos tipos de consenso[257]: el primero, de carácter positivo, consistente en un movimiento de apertura y reconocimiento de derechos individuales y colectivos; y un segundo, de carácter negativo o reaccionario, consistente una tendencia protagonizada por los países del Este de Europa, que tratan de blindar sus constituciones nacionales frente al derecho a contraer matrimonio de las parejas del mismo sexo, e incluso plantean en sus tribunales constitucionales (como es el caso de Rusia) la posibilidad de incumplir el mandato del TEDH. En este contexto, resulta interesante plantear que quizá el éxito o el fracaso de la labor del TEDH en los próximos años se deberá en gran medida a su capacidad para dar respuesta a este nuevo movimiento reaccionario, revisando su doctrina y profundizando en aquellos aspectos en los que hasta el momento ha actuado con excesiva prudencia.

6.1. La protección del individuo homosexual ante tratos inhumanos y degradantes: artículo 3 de CEDH

El TEDH se ha servido de su propia construcción doctrinal en la conformación de los derechos del individuo (y colectivo) homosexual para restringir el amplio margen de apreciación, concedido inicialmente a los EEMM del CdE en cuestiones relacionadas con la moral y la orientación sexual. Ahora bien, a pesar de los avances en materia de protección, no podemos negar que aún existen importantes desafíos a los que tendrá que

[257] *Vid.* ANEXO XV.

hacer frente el TEDH, en concreto en relación con la protección ante la tortura y los tratos inhumanos y degradantes[258]. Como se sabe, el artículo 3 protege a los individuos de los abusos más graves dirigidos contra su integridad física, mental o moral, por lo que entendemos que si dicho artículo se interpretase (y aplicase) de forma amplia podría servir para proteger al individuo (y al colectivo LGBTI) de acciones homófobas[259].

En este sentido, conviene tener en cuenta que, aunque desde 1960, varios peticionarios han invocado la protección del art. 3 del CEDH en relación con la orientación sexual, el TEDH no ha avanzado tanto como en la protección dispensada por otros artículos. Un somero análisis de la jurisprudencia de las últimas décadas nos confirma este extremo.

El primer caso de este tipo que llegó ante la ComEDH fue el de A.S. c. República Federal de Alemania[260] en 1960. En este supuesto el actor reclamaba el reconocimiento de la criminalización de la homosexualidad como una forma de degradación. Pretensión que fue rechazada por la ComEDH, declarando el caso inadmisible. Esta misma línea jurisprudencial se mantuvo a lo largo de numerosos casos. Piénsese, por ejemplo, en el caso Ladner c. Austria[261]. En esta ocasión el solicitante fue

---

[258] *Vid.* ONU. DDHH. Oficina del Alto Comisionado. Informe "Nacidos libres e iguales". Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos. Nueva York – Ginebra, 2012. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_SP.pdf (Última consulta realizada el 28 de marzo de 2016).

[259] El TEDH ha definido de forma genérica el trato inhumano como aquel que ocasiona lesiones corporales o un intenso sufrimiento físico o mental. En cuanto al trato degradante, el TEDH lo ha definido como el tratamiento que es capaz de despertar en las víctimas sentimientos de miedo, angustia e inferioridad, capaz de humillarlos y degradarlos y un trato o castigo es degradante si conlleva una humillación en público o lleva al individuo a actuar en contra de su voluntad o de su conciencia. Y por último, el TEDH ha definido la tortura, como el trato inhumano que tiene como propósito la obtención de información o algún tipo de confesión.

[260] ComEDH. A.S. c. República Federal de Alemania, decisión nº. 530/59, de 4 de enero de 1960.

[261] STEDH. Ladner c. Austria, decisión de la Corte nº. 18297/03, de 3 de febrero de 2005. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68158 (Última consulta realizada el 28 de marzo de 2016).

acusado y condenado como resultado de la aplicación del artículo 209 del Código Penal austríaco, que contemplaba edades mínimas de consentimiento distintas para mantener relaciones sexuales heterosexuales u homosexuales. Tras la derogación de este precepto y ante la persistencia de las autoridades austriacas de aplicar la condena, bajo el argumento de que los actos habían sido cometidos antes de la derogación, el Sr. Ladner solicitó un indulto al Ministro de Justicia. Petición que, sin embargo, fue rechazada por el Ministro, quien además se pronunció sobre el caso ante los medios de comunicación, describiendo los hechos como abusos sexuales, aunque, eso sí , sin mencionar en ningún momento los datos personales del peticionario. Situación que fue denunciada por el afectado al considerarlo como un trato humillante, lo que no fue aceptado por el TEDH.

Por lo que respecta a los tratos inhumanos y degradantes sufridos por homosexuales en prisión, cabe señalar que también ha tenido ocasión el TEDH de pronunciarse. Sirva como ejemplo, entre otros, el que se produjo en 1962, en el caso X. c. República Federal de Alemania[262], en el que el solicitante denunció malos tratos durante su detención por parte de los funcionarios de prisiones por razón de su orientación sexual, denunciando, además, que había sido sometido a un reconocimiento médico a instancia de las autoridades nacionales, lo que constituía un trato degradante. Tras ser liberado el Sr. X solicitó que se iniciara un procedimiento penal contra uno de sus agresores en particular (Sr .Y), solicitando la protección de sus derechos vulnerados. Petición que sería desestimada por la Fiscalía al considerar que las acciones planteadas estaban mal fundamentadas y no habían sido presentadas por un abogado. Circunstancias todas estás que no serían consideras por ComEDH al no ser aceptada la petición del Sr X, al

[262] ComEDH. X. c. República Federal de Alemania, decisión nº. 986/61, de 7 de mayo de 1962.

considerar que la petición estaba mal fundamentada y que los exámenes médicos constituían una parte rutinaria de la investigación.

Otro asunto de naturaleza similar es el de X. c. Austria[263], en el que un ciudadano austriaco, condenado a seis años de prisión por su homosexualidad, denuncia las condiciones de su internamiento, llegando incluso a ser confinado en una celda de aislamiento por denunciar su situación ante la ComEDH. Por su parte, las autoridades austríacas negaron los hechos denunciados, aunque sí reconocieron la adopción de medidas sancionadoras contra el actor por cuestiones disciplinarias: el actor llegó a apropiarse indebidamente de útiles de escritorio para escribir y proferir insultos contra la justicia y austríaca y las administraciones penitenciarias en una solicitud dirigida a la ComEDH. En este caso, la ComEDH se limitó a verificar si las autoridades nacionales habían respetado el derecho efectivo de petición del individuo y declararon el caso inadmisible, sin entrar a enjuiciar si las medidas adoptadas por dichas autoridades tras interceptar la correspondencia del Sr. X. dirigida a la ComEDH podían ser consideradas como trato inhumano o degradante.

En Stasi c. Francia[264], el actor denunciaba que las autoridades no habían tomado las medidas necesarias para asegurar su protección durante su estancia en prisión, en la que había sido víctima de violación por otros presos, quienes le obligaron a portar una estrella rosa y lo sometían a tratos inhumanos y degradantes. En este caso, el TEDH no reconoció la protección del artículo 3 al demandante, al considerar que no se habían aportado pruebas suficientes que constataran los hechos alegados.

El TEDH ha reconocido en los últimos años la protección del art. 3 del CEDH a la Comunidad LGBTI en asuntos como el de Zontul c.

[263] ComEDH. X. c. Austria, decisión nº. 1593/62, de 4 de abril de 1964.
[264] STEDH. Stasi c. Francia, decisión de la Corte nº. 25001/07, de 20 de octubre de 2011.

Grecia[265], que relata el caso de un ciudadano homosexual turco que viajaba a bordo del barco *Nuri Reis* hacia Italia junto a otros 164 migrantes. Tras ser interceptada su embarcación por la guardia costera griega, el solicitante fue retenido en una escuela abandonada, torturado y violado por los guardacostas griegos. Por los hechos acontecidos, se sancionó al guardacostas Dandoulakis (D.) con treinta días de suspensión, considerándolo culpable de un delito de atentado contra la dignidad humana, contemplado en el artículo 137 A (párrafo 3) del Código penal griego[266], cargos a los que también hizo frente el guardacostas Valirakis (V.), cómplice del delito. A pesar de ello, las autoridades griegas redujeron las penas de prisión a meras multas al considerar como atenuante la inexistencia de antecedentes penales

Ante la acción del Sr. Zontul, las autoridades griegas alegaron que los guardacostas habían cometido una violación del art. 3 del CEDH, pero que ya habían sido sancionados por las autoridades estatales. Asimismo, el gobierno griego precisaba que la calificación del acto incriminado y la severidad de la pena no era competencia del TEDH, sino de las autoridades internas. Argumento éste que no fue aceptado por el Tribunal, que terminó

[265] Zontul c. Grecia, n. 12294/07, de 17 de enero de 2012. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107135 (Última consulta realizada el 28 de marzo de 2016).

[266] El art. 137A del código penal griego dispone que: 1. Un funcionario o militar cuyos deberes incluyan persecuciones, interrogatorios o la investigación de infracciones penales o disciplinarias, la ejecución de sanciones o la guardia o la vigilancia de los detenidos será castigado con una pena de privación de libertad si, en el ejercicio de sus funciones, somete a tortura a una persona que se encuentra bajo su autoridad con el propósito de: a) extorsionar o extraer una confesión, testimonio, información o una declaración por la cual se repudie o acepte una ideología política; b) para "castigar"; c) intimidar (…) 2. La tortura consiste (…) en infligir de forma planificada (*methodevmeni)* un dolor físico agudo, que ponga en peligro la salud de una persona o pueda causar lesiones psicológicas graves, así como cualquier uso ilícito de sustancias químicas, drogas u otros medios naturales o artificiales con el fin de doblegar la voluntad de la víctima. 3. Las lesiones corporales, los daños a la salud, el ejercicio ilegal de una violencia física o psicológica cualquier otro perjuicio grave a la dignidad humana (…) será castigado con una pena de prisión de al menos tres años (….). Se consideran violaciones de la dignidad humana: a) el uso de un polígrafo, b) el aislamiento prolongado, c) un daño grave a la dignidad sexual.

reconociendo la violación del art. 3 del CEDH y sancionando al gobierno griego, que tuvo que indemnizar al Sr. Zontul.

Otro caso similar es el de X. c. Turquía[267], en el que el solicitante denunció que durante su estancia en prisión estuvo recluido en régimen de aislamiento, sin poder tener contacto con otros reclusos o realizar ejercicio al aire libre, debido a su orientación sexual. Por su parte, las autoridades penitenciarias alegaron que el solicitante fue trasladado por petición propia, ante el riesgo de ser agredido por otros reclusos. En este caso, el TEDH determinó que ésta no era razón suficiente para justificar el aislamiento del peticionario, ya que el solicitante había solicitado un traslado a otra celda compartida con presos homosexuales o a un módulo en el que no corriera peligro. Por este motivo, el TEDH reconoció la violación del art. 3 del CEDH.

En Identoba y otros c. Georgia[268], el TEDH reconoció, por primera vez, el trato violento de contra manifestantes en una marcha pacífica en el día internacional contra la homofobia como una vulneración del art. 3 del CEDH. En este caso, el TEDH examinó si el comportamiento violento de los contra manifestantes alcanzaba el umbral mínimo requerido por el art. 3 del CEDH. En este sentido, el TEDH tuvo en cuenta varios informes[269] que reconocían la situación precaria de la población LGBTI en Georgia. En este contexto social, el TEDH examinó el enfrentamiento entre los participantes

[267] STEDH. X. c. Turquía, decisión de la Corte nº. 24626/09, de 9 de octubre de 2012. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113876 (Última consulta realizada el 28 de marzo de 2016).

[268] STEDH. Identoba y otros c. Georgia, n. 73235/12, de 12 de mayo de 2015. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-154400 (Última consulta realizada el 30 de marzo de 2016).

[269] Para un estudio más detallado de los estudios realizados en el seno del CdE sobre discriminación por razón de orientación sexual *vid.* STEDH. Identoba y otros c. Georgia, n. 73235/12, de 12 de mayo de 2015, párrafos 37 a 39. Entre los que destaca "Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe – 2nd edition" disponible en: http://www.coe.int/t/Commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011_en.pdf (Última consulta realizada el 2 de abril de 2016).

de la marcha y los contra manifestantes (representantes de grupos religiosos) y determinó que éstos últimos utilizaron un lenguaje insultante, de forma intencionada, así como consideró la existencia de agresiones físicas.

En este sentido, el TEDH concluyó que los solicitantes se convirtieron en blanco de odio y víctimas de un comportamiento agresivo, debido a que fueron rodeados por una turba enfurecida que les superaba en número, amenazándoles de muerte e incluso agrediéndoles, lo que demostró la realidad de sus amenazas. El objetivo del abuso físico y verbal era el de asustar a los manifestantes para que desistieran de su expresión pública de apoyo a la comunidad LGBTI. Además, el TEDH determinó que este sentimiento de angustia emocional debió incrementarse debido a la falta de una protección policial efectiva.

Por este motivo, el TEDH concluyó que los hechos acontecidos debían haber despertado necesariamente en los demandantes un sentimiento de miedo, angustia e inseguridad, que no era compatible con el respeto a la dignidad humana y por tanto, alcanzaba el umbral de gravedad necesario para invocar el art. 3 del CEDH. Asimismo, el TEDH determinó que las autoridades estatales no habían proporcionado la protección necesaria a los solicitantes, ni habían realizado una investigación efectiva sobre el incidente.

En Kostadinov c. Bulgaria[270], el demandante denunció las condiciones de su detención por la policía y su retención en comisaría con ocasión de la primera marcha del orgullo celebrada en el país. En este caso el demandante tras ser esposado y golpeado por los agentes, fue trasladado a comisaría, permaneciendo detenido durante varias horas, privado de

[270] STEDH. Boris Kostadinov c. Bulgaria, decisión de la Corte nº. 61701/11, de 21 de enero de 2016. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160332 (Última consulta realizada el 28 de marzo de 2016).

alimento y de aseo. El solicitante invocó la violación del art. 3 del CEDH y en este sentido, el mensaje del TEDH parece claro, las autoridades nacionales que no protegen a las personas LGBTI ante ataques públicos no cumplen con sus obligaciones contempladas en el artículo 3 del CEDH.

6.2. Vida familiar y orientación sexual: un horizonte de posibilidades

El reconocimiento del TEDH de las parejas del mismo sexo como constituyentes de vida familiar[271] ha planteado varios interrogantes sobre la protección que debe ofrecer el CEDH en materias como: la extensión de las prerrogativas conyugales a parejas no casadas, el acceso a la unión civil o incluso al matrimonio. Asimismo, se han planteado otras cuestiones en relación con la protección de las familias homoparentales tales como la protección de relaciones paterno-filiales ya existentes (de relaciones anteriores) y el derecho a crear una familia mediante técnicas de reproducción asistida o acceso a la adopción.

Para resolver estas cuestiones, el TEDH se ha servido de la herramienta de la *discriminación directa*. O dicho de otro modo, ha realizado un análisis comparativo entre el trato recibido por parte de las autoridades estatales hacia las parejas homosexuales y el trato que recibiría una pareja heterosexual en sus mismas circunstancias. De modo que, el TEDH ha reconocido en algunos casos la extensión de prerrogativas conyugales a parejas no casadas (por ejemplo, cobertura sanitaria o derecho a suceder en contratos de arrendamiento) y ha ido incluso más allá, al determinar que los EEMM del CdE deberán implementar un marco legal general que regule la protección de las parejas del mismo sexo, como

[271] *Vid.* Schalk & Kopf c. Austria, decisión de la Corte nº. 30141/04, de 24 de junio de 2010, *cit. ad. supra,* nota 202.

respuesta a la interpretación del CEDH a la luz de nuestros días. Sin embargo, cabe señalar que dicha interpretación actualizada no ha servido para reconocer el derecho al acceso al matrimonio de las parejas del mismo sexo, debido a las connotaciones socio-culturales de dicha institución.

En este sentido, conviene indicar que la defensa por parte del TEDH del matrimonio como una institución reservada a las parejas heterosexuales supone una postura un tanto controvertida, ya que si el tribunal, como hemos visto, reconoce a las parejas del mismo sexo como constituyentes de vida familiar, tendría sentido que también reconociera su protección a través del CEDH, cuyo art. 12 recoge el derecho a contraer matrimonio.

Paradójicamente, a nuestro juicio, el matrimonio reservado a parejas heterosexuales supone una discriminación directa, debido a que el matrimonio entre personas del mismo sexo ya ha sido aceptado por 13 EEMM del CdE[272] y entendemos que es cuestión de tiempo que este número de países constituya un consenso mínimo en la materia, capaz de restringir el margen de apreciación estatal. Por su parte, el Prof. Paul JOHNSON[273] sostiene que si el TEDH pretende proporcionar a las parejas del mismo sexo una protección similar a la de las parejas heterosexuales a tenor de lo expuesto en el art. 12 del CEDH, éste tendría que servirse de la doctrina del CEDH como un instrumento vivo e interpretarlo a la luz de nuestros días. Sin embargo, aunque es loable este planteamiento, del análisis de la jurisprudencia del TEDH no podemos extraer si se trata de un objetivo a cumplir a corto/medio plazo o si, por el contrario, se trata de una postura algo optimista.

En cuanto a la protección de la familia homoparental, el TEDH ha reconocido la protección de las relaciones paterno-filiales biológicas preexistentes. Pero se ha mostrado más reticente y su postura ha sido un

[272] *Vid.* ANEXO XIII.
[273] JOHNSON, P., *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, *op. cit.,* nota 132.

tanto errática a la hora de restringir el margen de apreciación estatal en materia de derecho de acceso a la adopción a las parejas del mismo sexo: tanto en casos de adopción de uno de los miembros de la pareja del hijo biológico del otro, como en casos de solicitud de adopción de uno de ellos como *single*.

El reconocimiento por parte del TEDH de las parejas del mismo sexo como *vida familiar* ha supuesto una (de)construcción del concepto de familia en el ámbito europeo. Por este motivo, podemos afirmar que en los próximos años el juez de Estrasburgo deberá revisar la interpretación que se ha venido realizando de los mecanismos convencionales, para así garantizar una protección efectiva de la familia homoparental. En este contexto, han surgido casos en los que se pone en evidencia estos nuevos retos. Este es el supuesto, por ejemplo, de Orlandi & otros c. Italia[274], en que a los demandantes se les denegó la inscripción en el registro civil de sus respectivos matrimonios, celebrados en Canadá, Estados Unidos y Países Bajos. Situación ésta que ha originado una denuncia de discriminación por razón de orientación sexual, sin que hasta el momento se haya pronunciado el TEDH.

6.3. Inmigración y asilo

Recientemente, el TEDH ha replanteado su posición acerca de la existencia de un núcleo familiar en relaciones entre personas del mismo sexo cuando uno de ellos no es nacional. En los últimos años, la existencia del mismo sexo en la relación afectiva, había servido de excusa al tribunal para no garantizar la protección demandada por los afectados ante el

[274] TEDH. Francesca Orlandi & otros c. Italia, peticiones nº. 26431/12, 26742/12, 44057/12 y 60088/12 ante la Corte. Casos comunicados al TEDH en 2014 y pendientes de resolución. Disponibles en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139934 (Última consulta realizada el 28 de marzo de 2016).

peligro de expulsión del extranjero del territorio nacional. Esto sucedió, por ejemplo, en varios supuestos en los que los demandantes eran ciudadanos europeos que mantenían una relación sentimental y afectiva con nacionales de terceros países.

El primer asunto de este tipo fue el planteado contra Reino Unido en los años ochenta, W.J. & D.P. c. Reino Unido[275]. En este caso, una pareja formada por un nacional británico y un inmigrante al que la autoridades deniegan el permiso de residencia, denuncian un trato discriminatorio por considerar que se había producido una violación de los artículos 8 y 14 del CEDH. La respuesta la ComEDH, en ese momento, resolvió denegando el amparo a los denunciantes, al considerar que no existía violación alguna. Para la Comisión, debido a que se trataba de una relación homosexual, el caso no se encontraba en el ámbito de aplicación de la legislación interna en materia de inmigración, aplicables exclusivamente a familias. En este sentido también se pronunciaron la Comisión y el TEDH en casos análogos: C. & L.M. c. Reino Unido[276], Z.B. c. Reino Unido[277] o I.N.N. c. Países Bajos[278].

Sin embargo, el TEDH nos ha sorprendido recientemente con su fallo en el caso Pajic c. Croacia[279]. Se trata de una demanda presentada por la Sra. Danka Pajić de Brčko (procedente de Bosnia y Herzegovina), a quien le fue denegado el permiso de residencia, a pesar de que vivía en Croacia con su pareja del mismo sexo. En este caso, el Tribunal estudió la normativa interna croata para tratar de determinar si ésta discriminaba a las

[275] ComEDH. W.J. & D.P. c. Reino Unido, decisión nº. 12513/86, de 13 de julio de 1987.
[276] ComEDH. C. & L. M. c. Reino Unido, decisión nº. 14753/89, de 9 de octubre de 1989.
[277] ComEDH. Z.B. c. Reino Unido, decisión nº. 16106/90, de 13 de mayo de 1992.
[278] STEDH. I.N.N. c. Países Bajos, decisión de la Corte nº. 2035/04, de 9 de diciembre de 2004. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67880 (Última consulta realizada el 30 de marzo de 2016).
[279] STEDH. Pajic c. Croacia, decisión de la Corte nº 68453/13, de 23 de febrero de 2016. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161061 (Última consulta realizada el 29 de abril de 2016).

parejas del mismo sexo en relación a la posibilidad de obtener la reunificación familiar.

En Pajic c. Croacia, el TEDH ha declarado por unanimidad que la exclusión de las parejas del mismo sexo de la extensión de prerrogativas reservadas a parejas heterosexuales constituye una violación del artículo 14 del CEDH en relación con el art. 8 del CEDH. Este avance resulta significativo, debido a que se restringe el margen de apreciación nacional, de tal forma que el Estado ya no puede alegar que su normativa interna proteja exclusivamente a la familia tradicional en relación a cuestiones de reunificación familiar. En este sentido, el TEDH ha declarado que este tipo de normativas suponen una diferencia de trato basada exclusivamente en la orientación sexual e incompatible con el CEDH.

Por otra parte, han sido varios los casos que han llegado ante la ComEDH y ante la TEDH, en los que se denuncia la denegación de demandas de asilo de peticionarios homosexuales. En este sentido, el TEDH no ha reconocido hasta el momento la protección del CEDH en ninguno de estos casos. Sirvan como ejemplo, entre otros, los casos de F. c. Reino Unido[280] e I.N.N c. Países Bajos[281], supuestos relativos a dos ciudadanos iranís que vivían en Reino Unido y Países Bajos (respectivamente) y que corrían el riesgo de ser deportados a su país de origen. En ambos casos los afectados denunciaron la existencia (probada) de condenas a pena de muerte o a castigos corporales por homosexualidad en su país, Irán. Sin embargo, los órganos de Estrasburgo rechazaron sus pretensiones, alegando que los materiales aportados por los solicitantes no demostraban una situación de persecución activa por parte de las

[280] STEDH. F. c. Reino Unido, n. 17341/03, decisión de la ComEDH de 22 de junio de 2004. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-24020 (Última consulta realizada el 30 de marzo de 2016).

[281] *Vid.* STEDH. I.N.N. c. Países Bajos, decisión de la Corte nº. 2035/04, de 9 de diciembre de 2004, *cit. ad. supra.*, nota 274.

autoridades nacionales que representara un riesgo real para los demandantes. Desafortunadamente, esta posición (que podría calificarse como impermeable ante las peticiones de asilo por orientación sexual) la ha seguido manteniendo el TEDH en casos más recientes, como el de M.E. c. Suecia[282] y A.E. c. Finlandia[283].

6.4. Nuevas demandas en materia de DDCCPP

El fenómeno de reconocimiento y protección del estatuto jurídico del individuo homosexual y de la familia homoparental ha venido acompañado de una fuerte campaña por parte de la Comunidad LGBTI, que ha reivindicado su presencia en los espacios públicos. En este sentido, tal y como hemos visto en apartados anteriores, el TEDH se ha mostrado reticente a la hora de extender la protección del individuo homosexual (concebida tradicionalmente como una manifestación de la vida privada del individuo) a espacios públicos y se ha negado a extender la protección de la libertad de expresión (art. 10 CEDH) a aquellos casos en los que se planteen la expresión se sentimientos entre personas del mismo sexo, concibiendo la libertad de expresión única y exclusivamente como la expresión de opiniones, ideas e información. Aunque por otro lado, sí ha restringido el margen de apreciación estatal en aquellos casos relacionados con la libertad de reunión y manifestación (art. 11 CEDH).

En este sentido, la Comunidad LGBTI no sólo se ha preocupado de reivindicar el derecho a expresar su orientación sexual en espacios públicos, sino que también ha tratado de protegerse del discurso de terceros

[282] STEDH. M.E. c. Suecia, n. 71398/12, de 8 de abril de 2015. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153914 (Última consulta realizada el 30 de marzo de 2016).
[283] STEDH. A.E. c. Finlandia, n. 30953/11, de 22 de septiembre de 2015. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158230 (Última consulta realizada el 30 de marzo de 2016).

diseñado como una herramienta de odio[284]. Aunque en este tipo de casos, el TEDH se resiste a aplicar el art. 17[285] del CEDH y tiende a derivarlos como una vulneración del art. 10 del CEDH.

Un claro ejemplo de lo expuesto es el caso Vejdeland & otros c. Suecia[286], en el que se plantea el caso de cuatro ciudadanos suecos que en diciembre de 2004 entraron en un instituto de educación secundaria para repartir panfletos sobre una organización llamada Juventud Nacional, en los que se afirmaba que la homosexualidad era una *tendencia anormal, que tenía un efecto destructivo sobre la moral de la sociedad y que era responsable de la transmisión del VIH*. En julio de 2006, el Tribunal Supremo de Suecia condenó a los solicitantes por promover el odio contra un grupo nacional étnico, aunque suspendió las penas de tres de los solicitantes e impuso multa y pena de libertad condicional al cuarto.

En este caso, los actores fueron condenados por introducir los panfletos en las taquillas de los alumnos, en los que se afirmaba que *en el transcurso de las últimas décadas la sociedad había oscilado desde el rechazo de la homosexualidad a la aceptación de esta tendencia sexual desviada*. Asimismo, con los panfletos se incitaba a los alumnos a debatir

[284] AGNU. Consejo de Derechos Humanos. 28º período de sesiones. Tema 3 de la agenda. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe de la Relatora Especial sobre cuestiones de las minorías, Rita Izsák. IV. Factores que conducen al discurso de odio y la incitación al odio (…) A. Ausencia de legislación u opacidad de la legislación existente sobre la incitación al odio. "55. El Comité de Ministros del Consejo de Europa utiliza un enfoque más amplio: se entiende por discurso de odio todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otra forma de odio basado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se expresa en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, discriminación y hostilidad contra las minorías".

[285] Art. 17 del CEDH. Prohibición del abuso de derecho. "Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera, a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo".

[286] STEDH. Vejdeland & otros c. Suecia, decisión de la Corte nº. 1813/07, de 9 de febrero de 2012. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109046 (Última consulta realizada el 30 de marzo de 2016).

con los profesores sobre cómo el VIH apareció rápidamente entre los homosexuales; sobre cómo los *lobbys* homosexuales estaban tratando de restar importancia a la pedofilia y sobre si dicha desviación sexual debería estar legalizada. Según los actores, la intención de dicha propaganda era la de generar un debate sobre la falta de objetividad de los programas de estudios de las escuelas suecas.

En Vejdeland & otros, el TEDH reconoció la vulneración de los preceptos contenidos en el art. 10 del CEDH. Asimismo, la Sala concluyó de forma unánime que la actuación estatal era necesaria en una sociedad democrática y como tal, no constituía una violación del CEDH. Sin embargo, tal y como apunta el Profesor Paul JOHNSON[287], se trata de un caso que no desarrolla el pleno potencial de la materia, debido a que el TEDH trata de restringir el discurso de odio a aquellas declaraciones que inciten a la comisión de actos específicos de odio, sin entrar a valorar el contenido de las declaraciones vertidas en la propaganda homófoba.

Ahora bien, dicho esto, todo apunta a que en los próximos años el TEDH tendrá que someter a revisión el margen de apreciación reconocido a los EEMM en materia de derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH) y libertad de reunión y asociación (art. 11 CEDH). Y es que, en un futuro próximo, el Tribunal tendrá que pronunciarse en situaciones en la que esta cuestión es objeto de controversia, como en el caso Dordebic y otros c. Serbia[288], en el que los solicitantes plantean que la negativa por parte de las autoridades serbias a la hora de permitir la organización de marchas del orgullo constituye una violación de los artículos 10, 11 y 14 del CEDH. U otros casos que podrían plantearse en un futuro no muy lejano, como

[287] JOHNSON, P., *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, *op. cit.,* nota 132, pp. 178-181.

[288] TEDH. Dordebic y otros c. Serbia, n. 5591/10, 17802/12, 23183/13, 25474/14. Caso comunicado al TEDH en 2014. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145735 (Última consulta realizada el 30 de marzo de 2016).

consecuencia de la aprobación desde el año 2006 de las denominadas leyes contra la propaganda homosexual en varias regiones[289] de la Federación de Rusia. Y es que a día de hoy, como resultado de estas leyes, varios activistas gays y lesbianas ya han sido sancionados.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de la Federación de Rusa ha mostrado su apoyo a las leyes contra la propaganda. En la sentencia de 19 de enero de 2010 (Nº 151-O-O), dicho tribunal consideró que el proselitismo y propaganda sobre homosexualidad puede causar un daño al desarrollo moral, o a la salud de los menores, induciéndoles a percepciones deformadas de que las relaciones maritales tradicionales que se equiparan a las no tradicionales. Por este motivo, según los jueces rusos, teniendo en cuenta que los menores de edad no son capaces de valorar dicha información de una forma crítica, las leyes contra la propaganda no violan ningún derecho establecido en la Constitución de la Federación de Rusia.

En este contexto, debemos tener en cuenta que el TEDH ha concebido hasta el momento la libertad de expresión (art. 10 CEDH) como el derecho a sostener opiniones y recibir y proporcionar información e ideas, sin la interferencia de una autoridad pública. De modo que, la libertad de expresión constituye un elemento esencial de toda sociedad democrática y como tal, incluye el derecho a transmitir ideas que puedan ser impopulares u ofensivas para los demás. Ahora bien, teniendo en cuenta que el TEDH nunca ha fallado a favor de ningún demandante gay que haya presentado una denuncia alegando este precepto, nos planteamos si el TEDH reconsiderará su postura al respecto en un futuro.

[289] Las denominadas leyes contra la propaganda homosexual se aprobaron desde 2006 en la República de Bashkortostán, las regiones de Krasnodar, Arkhangelsk, Kostroma, Magadan, Novosibirsk, Ryazan Samara y en la ciudad de San Petersburgo.

ANEXO VI. INFORMACIÓN GENERAL DEL PROTOCOLO 12 (CEDH)

	Firma	Fecha deposito instrumento	Entrada en vigor
Albania.	26-05-2003	26-11-2004 R	01-04-2005
Alemania.	04-11-2000		
Andorra.	31-05-2007		
Armenia.	18-06-2004	17-12-2004 R	01-04-2005
Austria.	04-11-2000		
Azerbaiyán.	12-11-2003		
Bélgica.	04-11-2000		
Bosnia y Herzegovina.	24-04-2002	29-07-2003 R	01-04-2005
Croacia.	06-03-2002	03-02-2003 R	01-04-2005
Chipre.	04-11-2000	30-04-2002 R	01-04-2005
Eslovaquia.	04-11-2000		
Eslovenia.	07-03-2001		
España.	04-10-2005	13-02-2008 R	01-06-2008
Estonia.	04-11-2000		
Finlandia.	04-11-2000	17-12-2004 R	01-04-2005
Georgia.	04-11-2000	15-06-2001 R	01-04-2005
Grecia.	04-11-2000		
Hungría.	04-11-2000		
Irlanda.	04-11-2000		
Islandia.	04-11-2000		
Italia.	04-11-2000		
Letonia.	04-11-2000		
Liechtenstein.	04-11-2000		
Luxemburgo.	04-11-2000	21-03-2006 R	01-07-2006
Macedonia, Ex.	04-11-2000	13-07-2004 R	01-04-2005
República Yugoslava de Montenegro.[290]	03-04-2003	03-03-2004 R	06-06-2006
Noruega.	15-01-2003		
Países Bajos.[291]	04-11-2000	28-07-2004 R	01-04-2005
Portugal.	04-11-2000		
República Checa	04-11-2000		
República de Moldavia	04-11-2000		
Rumania.	04-11-2000	17-07-2006 R	01-11-2006
Rusia Federación de.	04-11-2000		
San Marino.	04-11-2000	25-04-2003 R	01-04-2005
Serbia.[292]	03-04-2003	03-03-2004 R	01-04-2005
Turquía.	18-04-2001		
Ucrania.	04-11-2000	27-03-2006 R	01-07-2006

Fuente: www.derechoshumanos.net Actualizado: 24 de enero de 2016.

[290] Firma y ratificación efectuadas por Serbia-Montenegro, la fecha de entrada en vigor es la de la sucesión.

[291] Ratificación por el Reino en Europa, Antillas Neerlandesas y Aruba.

[292] Firma y ratificación efectuadas por Serbia-Montenegro. Serbia Se considera continuadora del anterior Estado.

SEGUNDA PARTE

LA CONFIGURACIÓN DEL CONSENSO EN MATERIA DE ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

CAPÍTULO III.
LA PROTECCIÓN DE LAS LIBERTADES Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO

1. LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

1.1. Antecedentes históricos

Algunos historiadores remontan el origen del Sistema Interamericano al proyecto de Unión o Confederación de Estados de América[293] ideado por Simón Bolívar, expresado por éste en la Carta de Jamaica (1815):

> "Es una idea grandiosa pretender formar de todo el Nuevo Mundo una sola nación con un solo vínculo que ligue sus partes entre sí y con el todo. Ya que tiene su origen, una lengua, unas costumbres y una religión, debería, por consiguiente, tener un solo gobierno que confederase los diferentes Estados que hayan de formarse; (…) ¡Qué bello sería que el Istmo de Panamá fuese para nosotros lo que el Corinto para los griegos! Ojalá que algún día tengamos la fortuna de instalar allí un augusto congreso de los representantes de las repúblicas, reinos e imperios a tratar y discutir sobre los altos intereses de la paz y de la guerra, con las naciones de las otras tres partes del mundo. Esta especie de corporación podrá tener lugar en alguna época dichosa de nuestra regeneración"[294]

[293] Bolívar soñaba con una federación de Estados que enlazara Perú, Bolivia y Colombia con la América Central, encabezada por Guatemala y México por el norte; con cuba y Puerto Rico libres por el este; y con el Río de la Plata por el sur. Concibió, asimismo una expedición militar para expulsar a Francia de Paraguay y devolverlo a Argentina, así como para declarar la guerra a Brasil, en caso de que insistiera en agredir a Argentina, con la intención de sumar un Brasil republicano a la unión americana.

[294] BOLIVAR, S., *Carta de Jamaica*. Comisión Presidencial para la conmemoración del bicentenario de la Carta de Jamaica, 2015. Disponible en: http://albaciudad.org/wp/wp-

Esta iniciativa culminaría en el Congreso Anfictiónico de Panamá de 1826, celebrado entre el 22 de junio y el 15 de julio de 1826 y al que asistieron dos representantes por cada país concurrente: la Gran Colombia (que abarcaba los actuales Estados de Colombia, Venezuela, Ecuador y Panamá), Perú y México, así como las Provincias Unidas del Centro de América (que comprendía las actuales repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica). Asimismo, asistieron en calidad de observadores representantes de Reino Unido y Países Bajos, debido a los intereses comerciales que éstos tenían en Hispanoamérica[295].

Los temas de discusión en la agenda del Congreso fueron entre otros, la renovación de los tratados de unión, liga y confederación; la publicación de un manifiesto en que se denunciaba la actitud de España y el daño que había causado al Nuevo Mundo; la decisión sobre el apoyo a la independencia de las islas de Cuba, Puerto Rico, Canarias y Filipinas; la celebración de tratados de comercio y de navegación entre los Estados confederados; la aplicación de la Doctrina Monroe de los Estados unidos en contra de las tentativas españolas de reconquista; la organización de un cuerpo de normas de Derecho Internacional; la abolición de la esclavitud en todos los Estados confederados; la contribución de cada país para el mantenimiento de los contingentes militares comunes; la adopción de medidas de presión para obligar a España al reconocimiento de las nuevas repúblicas y la fijación de las fronteras nacionales con base al principio *uti possidetis*, tomando como base el año 1810.

---

content/uploads/2015/09/08072015-Carta-de-Jamaica-WEB.pdf (Última consulta realizada el 19 de febrero de 2016)

[295] El gobierno estadounidense envió como representantes a Richard C. Anderson y a John Sergeant, con instrucciones muy concretas: estimular solamente los acuerdos de comercio, evitar comprometer a Estados Unidos –tanto en el aspecto político como en el económico- en la confederación propuesta por Bolívar y rechazar todo pedido de ayuda en un conflicto contra España. Los delegados estadounidenses no pudieron cumplir con sus cometidos debido a que Anderson murió de fiebre amarilla en el viaje desde Cartagena y Sergeant llegó a la ciudad de Panamá en el mes de agosto, cuando el Congreso ya había terminado y los embajadores ya habían partido.

Ahora bien, a pesar de las grandes expectativas iniciales, los embajadores sólo consiguieron acordar la creación de una liga de repúblicas americanas con jefes militares comunes, la formación de un pacto mutuo de defensa y el establecimiento de una asamblea parlamentaria supranacional, aunque sin acordar detalles específicos sobre el funcionamiento de ésta ni sobre la organización de las tropas comunes de defensa y menos aún sobre su financiación. Con muchas limitaciones se elaboró al fin el *Tratado magnífico titulado de la Unión, de la Liga y de la Confederación perpetua* como resultado del Congreso y que, aprobado por todos los concurrentes, fue ratificado solamente por la Gran Colombia. El hecho de que sólo uno de los cuatro Estados participantes ratificara los ya limitados acuerdos de Panamá, causó que el propio Simón Bolívar considerase dicho Congreso como una experiencia fallida.

La idea de la unión de los países latinoamericanos se mantuvo en suspenso pero latente hasta que años más tarde, comenzaron a convocarse las Conferencias Panamericanas, Interamericanas o Internacionales Americanas (1889-1954)[296], en las que delegados, Ministros de Relaciones

[296] Listado de Conferencias Panamericanas (1889-1954): I Conferencia Panamericana (1889-1890) celebrada en Washington; II Conferencia Panamericana (1901-1902) celebrada en México. En la que se aprobó la Organización Panamericana de la Salud (OPS); III Conferencia Panamericana (1906) celebrada en Río de Janeiro; IV Conferencia Panamericana (1910) celebrada en Buenos Aires. En la que la Oficina Internacional de las Repúblicas Americanas pasó a llamarse Unión Panamericana; V Conferencia Panamericana (1923) celebrada en Santiago de Chile. En la que se aprobó el Tratado para Evitar o Prevenir Conflictos entre los Estados Americanos (también llamado Convención de Gondra); VI Conferencia Panamericana (1928) celebrada en La Habana, a la que asistió por primera vez el Presidente de EEUU y en la que se aprobó el Código de Derecho Internacional Privado; VII Conferencia Panamericana (1933) celebrada en Montevideo, donde se declaró la llamada política de vecindad, se firmó la Convención de Montevideo, en el que se reafirma el principio de que "los Estados son jurídicamente iguales, disfrutan de iguales derechos y tienen igual capacidad para ejercitarlos", se reitera el principio de que ningún Estado tiene derecho de intervenir (prohibición de intervención) en los asuntos internos o externos de otro, y se subraya la obligación de todos los Estados de resolver por los medios pacíficos reconocidos las divergencias de cualquier tipo que se susciten entre ellos; VIII Conferencia Panamericana (1938) celebrada en Lina; IX Conferencia Panamericana (1948) celebrada en Bogotá. Se convirtió en la Conferencia Panamericana más importante ya que se creó la OEA por medio de la Carta de la OEA en sustitución de

Exteriores y Presidentes de los Estados de América se reunían con el fin de desarrollar las ideas y principios propios del panamericanismo.

La I Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington D.C., del 2 de octubre de 1889 al 19 de abril de 1890 fue convocada bajo auspicios de los EEUU con el objeto de discutir y recomendar a los respectivos Gobiernos la adopción de un plan de arbitraje para el arreglo de los desacuerdos y cuestiones que puedan en lo futuro suscitarse entre ellos; de tratar de asuntos relacionados con el incremento del tráfico comercial y de los medios de comunicación directa entre dichos países; de fomentar aquellas relaciones comerciales recíprocas que sean provechosas para todos y asegurar mercados más amplios para los productos de cada uno de los referidos países[297]. Y para alcanzar estos objetivos se propuso que se discutiesen: a) medidas destinadas a conservar la paz, en particular la adopción de un convenio sobre arbitraje que abarcase todas las cuestiones y posibles disputas, de forma pacífica eliminando el recurso a la guerra, así como b) medidas encaminadas a la formación de una unión aduanera, entre los que cabe incluir el establecimiento de sistemas uniformes de disposiciones para importación y exportación, para el pago de impuestos o para la clasificación de mercaderías.

---

la Unión Panamericana y además se aprobaron el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; X Conferencia Panamericana (1954) en Caracas. Se aprobaron resoluciones sobre propaganda y actividades subversivas. Se trató la abolición de la segregación racial y el fin del colonialismo en el Hemisferio. Ésta es la última Conferencia Interamericana, debido a que la de Quito programada en 1961 fue aplazada y desde entonces se han reemplazado por reuniones de ministros de asuntos exteriores o conferencias especiales bajo los auspicios de la OEA.

[297] VVAA., *Conferencias internacionales americanas, 1889-1936: recopilación de tratados, convenciones, recomendaciones, resoluciones y mociones adaptadas por las siete primeras conferencias internacionales americanas, la Conferencia internacional americana de conciliación y arbitraje y la Conferencias internacional americana de conciliación y arbitraje y la Conferencia interamericana de consolidación de la paz; con varios documentos relativos a la organización de las deferidas conferencias*. Washington, Publicaciones de la Dotación Carnegie Para la Paz Internacional. División de Derecho Internacional, 1938, *passim.*

Dieciocho Estados participaron en esta primera conferencia y durante la misma se creó la denominada Unión Internacional de las Repúblicas Americanas (también llamada Unión Panamericana), con el fin de gestionar datos comerciales y supuso el origen de la creación de una serie de disposiciones e instituciones[298] que llegaría a conocerse en el futuro como *sistema interamericano* 299. Circunstancia ésta, que ha valido para que la OEA sea considerada como la organización regional más antigua del mundo, según datos de la propia organización[300].

Durante la I Conferencia Internacional Americana se aprobaron otras resoluciones importantes, en particular en materia de Derecho Internacional, tanto público como privado. De este modo, se adoptó un

[298] Además de la Unión Panamericana, gradualmente se estableció un conjunto de instituciones con miras a facilitar la cooperación entre Estados y emprender una importante labor en esferas específicas. A través de los años se crearon las siguientes instituciones: la Organización Panamericana de la Salud (1902) —que luego se transformó en la oficina regional de la futura Organización Mundial de la Salud—, el Comité Jurídico Interamericano (1906), el Instituto Interamericano del Niño (1927), la Comisión Interamericana de Mujeres (1928), el Instituto Panamericano de Geografía e Historia (1928), el Instituto Indigenista Interamericano (1940), el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (1942) y la Junta Interamericana de Defensa (1942). Así como tras el establecimiento de la OEA, se crearon, entre otros, el Banco Interamericano de Desarrollo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones, la Comisión Interamericana de Puertos y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas. En 1923 se propuso establecer una Corte Interamericana de Justicia. Si bien ésta nunca se materializó, sirvió de precedente para la Corte Centroamericana de Justicia, que funcionó desde 1907 hasta 1918. De esta manera se creó una red de instituciones internacionales regionales para fortalecer la cooperación entre los Estados americanos en una amplia variedad de temas de la agenda regional.

[299] Una parte de la doctrina ha criticado que la Unión Panamericana pueda ser considerada realmente como un precedente válido de la OEA debido a que dicho organismo formaba parte del organigrama del Departamento de Estado de los Estados Unidos, quedando bajo la supervisión directa del Secretario de Departamento de Estado y sus funciones se limitaban a la distribución de información, principalmente de carácter comercial, entre los países representados. *Vid.* GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, A., "La Carta de la OEA y los protocolos de Buenos Aires, Cartagena de Indias, Washington y Managua", *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM),* 2011, *passim.*

[300] Información obtenida de la página web oficial de la Organización de Estados Americanos (OEA). Disponible en: http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp (Última consulta realizada el 2 de marzo de 2016).

proyecto sobre arbitraje obligatorio en la solución de controversias sobre materias tan diversas como: privilegios diplomáticos o consulares, límites, territorios, indemnizaciones, derechos de navegación, validez, interpretación y cumplimiento de tratados, entre otras cuestiones. También se aprobó una resolución por la cual se instaba a los Estados participantes a reconocer como *principios de Derecho Internacional americano* los de la igualdad de los extranjeros y nacionales ante la ley. Mediante otra resolución, la Conferencia condenó la conquista como modo de adquisición territorial, afirmando la inexistencia de *res nullius* en el continente y eliminando del derecho americano el derecho de conquista. Por otra parte, se recomendó a los Estados la libre navegación de sus ríos por los Estados ribereños. Éstos son sólo algunos ejemplos, que, entre otros, nos proporcionan una idea general de cómo estas Conferencias han ido contribuyendo a las normas y principios que, recogidos en el ámbito americano, pasaron posteriormente al ámbito universal.

Por otra parte, cabe señalar que tuvieron lugar diez conferencias panamericanas entre 1889 y 1954[301], que con el paso del tiempo fueron enriqueciendo el patrimonio jurídico del Sistema Interamericano[302], entre

[301] Hasta que fueron reemplazadas a partir de 1971 con la entrada en vigor de la reforma de la Carta de la OEA aprobada en Buenos Aires, por las sesiones ordinarias anuales de la Asamblea General, configuradas como el nuevo foro de debate y adopción de numerosas convenciones sobre los más variados aspectos de las relaciones públicas y privadas interamericanas. La lista completa, el texto de los tratados interamericanos y el estado de sus firmas y ratificaciones puede ser consultado en la página web del Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales de la Secretaría General de la OEA, que cumple la función de depositaria de los mismos. www.oas.org/dil/esp. (Última consulta realizada el 21 de febrero de 2016).

[302] Además de las Conferencias Panamericanas, también se celebraron reuniones de ministros de relaciones exteriores y otras reuniones especializadas, como la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz (o Conferencia de Chapultepec) y la Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz y la Seguridad del Continente. La primera, realizada en México en 1945, tuvo por objeto debatir actividades conjuntas a ser emprendidas por los Estados americanos en concordancia con las Naciones Unidas, que en ese entonces estaba en proceso de formación. Por su parte, la Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz y la Seguridad del Continente, reunida en Río de Janeiro, Brasil, en 1947, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial y cuando

las que destacan la IX Conferencia Internacional Americana[303], que debía celebrarse en 1943, es decir, cinco años después de la VIII Conferencia Internacional Americana celebrada en Lima en 1938, pero debido principalmente a la Segunda Guerra Mundial, se aplazó hasta 1948.

Esta Conferencia fue especialmente notable porque en ella se reorganizó, consolidó y fortaleció el Sistema Interamericano, dentro de lo previsto en la Resolución IX, aprobada en la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, que tuvo lugar en México en 1945. Estos propósitos se cumplieron particularmente mediante la adopción de la Carta de la Organización de los Estados Americanos[304], el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (también llamado Pacto de Bogotá)[305] y la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre[306].

La Carta de la OEA modificó el nombre de la Conferencia Internacional Americana, pasándose a llamar a partir de ese momento *Conferencia Interamericana*, precisando el papel y las funciones que debía

---

comenzaba a gestarse la Guerra Fría, adoptó el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), con el fin de asegurar la legítima defensa colectiva ante un eventual ataque de una potencia de otra región y decidir acciones conjuntas en caso de un conflicto entre dos Estados partes del Tratado.

[303] Para un estudio más detallado de la IX Conferencia Internacional Americana, *vid.* http://www.corteidh.or.cr/tablas/TRASH%20JR/oscar%20parra/Novena%20Conferencia.pdf (Última consulta realizada el 21 de febrero de 2016).

[304] La Carta de la OEA ha sido modificada por el Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967, que entró en vigor en febrero de 1970; por el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, que entró en vigor en noviembre de 1988; por el Protocolo de Managua, suscrito en 1993, que entró en vigor en enero de 1996, y por el Protocolo de Washington, suscrito en 1992, que entró en vigor en septiembre de 1997.

[305] El Tratado Americano de Soluciones Pacíficas obliga a las Altas Partes Contratantes a resolver las controversias entre los Estados americanos por medios pacíficos y enumera una lista de procedimientos a seguir: buenos oficios y mediación, investigación y conciliación, y arbitraje. Si no se logra una solución mediante el procedimiento de conciliación establecido, las partes tienen derecho a recurrir a la Corte Internacional de Justicia. De hecho, algunas controversias han llegado hasta esta instancia.

[306] La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada meses antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, subrayó el compromiso de la región con la protección internacional de los derechos humanos y sentó las bases para la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que fue aprobada en 1969 y entró en vigencia en 1978.

desempeñar dentro de la nueva estructura creada en Bogotá, en la que figura como órgano supremo. En esta Conferencia estuvieron representados veintiún Estados fundadores de la OEA, en concreto: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba[307], Chile, Ecuador, El Salvador, EEUU, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Éstos fueron los miembros del Sistema Interamericano desde su nacimiento hasta el ingreso paulatino a partir de los años setenta de los países del Caribe anglosajón[308] y Canadá en 1990. O sea que, durante más de setenta años, el Sistema estuvo integrado por un conjunto de países en su abrumadora mayoría latinoamericanos, de habla española (excepto Brasil, EEUU y Haití) y de sistemas jurídicos de tradición continental-europeo (con la excepción de EEUU).

Estos veintiún Estados no sólo formaron la OEA en 1948, sino que también fueron miembros fundadores, junto con otros treinta Estados, de la ONU en 1945. De hecho, los Estados americanos representaban el cuarenta por ciento de los miembros fundadores de la ONU, aportando una rica tradición jurídica e institucional común de más de cincuenta años, que se vio reflejada en la producción de normas internacionales universales de las primeras décadas del sistema universal (reglas sobre tratados, protección diplomática, arbitraje o derecho del mar, entre otras).

Entre los años sesenta y los años noventa del pasado siglo XX la OEA pasó de estar integrada por veintiún Estados a estarlo por treinta y

[307] El 3 de junio de 2009, los Ministros de Relaciones Exteriores de las Américas adoptaron la Resolución AG/RES. 2438 (XXXIX-0/09) que resuelve la Resolución de 1962 mediante la cual se excluyó al Gobierno de Cuba de su participación en el sistema interamericano. La resolución de 2009 declara que la participación de la República de Cuba en la OEA será el resultado de un proceso de diálogo iniciado a solicitud del Gobierno de la República de Cuba y de conformidad con las prácticas, propósitos y principios de la OEA.

[308] Barbados, Trinidad y Tobago (1967), Jamaica (1969), Grenada (1975), Suriname (1977), Dominica (Commonwealth de), Santa Lucía (1979), Antigua y Barbuda, San Vicente y las Granadinas (1981), Bahamas (Commonwealth de las) (1982), St. Kitts y Nevis (1984), Canadá (1990), Belize, Guyana (1991).

cinco. Pero este incremento no representó sólo un crecimiento cuantitativo, sino también cualitativo. De los veintiún Estados que conformaban inicialmente la OEA, veinte presentan un ordenamiento jurídico inspirado en el modelo continental-europeo y uno de ellos en el modelo anglosajón. De éstos, en la actualidad se mantienen veinte inspirados en el sistema continental-europeo, pero ahora son quince los Estados de la OEA cuyo ordenamiento jurídico se inspira en el modelo anglosajón, con la especial situación de Canadá donde conviven ambos.

1.2. Propósito, principios y estructura orgánica

La OEA se fundó con el propósito de lograr entre sus Estados Miembros un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, fortalecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia[309], constituyendo un organismo regional en el marco de las NNUU. Con este objetivo, la OEA ha reafirmado los principios generales de derecho internacional como normas de conducta en las relaciones recíprocas entre Estados[310]. Este fenómeno ha ocasionado que la

[309] Art. 1 de la Carta de la OEA. "Los Estados americanos consagran en esta Carta la organización internacional que han desarrollado para lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia. Dentro de las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos constituye un organismo regional. La Organización de Estados Americanos no tiene más facultades que aquellas que expresamente le confiere la presente Carta, ninguna de cuyas disposiciones la autoriza a intervenir en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados miembros". El texto íntegro de la Carta puede consultarse en: http://www.oas.org/es/centro_informacion/default.asp (Última consulta realizada el 2 de marzo de 2016).

[310] Art. 3 de la Carta de la OEA. "Los Estados americanos reafirman los siguientes principios: a) El derecho internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas; b) El orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados y por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional; c) La buena fe debe regir las relaciones de los Estados entre sí; d) La solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia

organización se consolide en las últimas décadas como un foro político-técnico, que sirve de apoyo a los esfuerzos de sus Estados Miembros destinados a reducir la pobreza en la región, tratando de potenciar el desarrollo económico de la misma. En este contexto, los objetivos de la OEA se basan en los siguientes fundamentos: la consolidación de los regímenes democráticos, el fortalecimiento de la gobernabilidad, la confrontación de las amenazas a la seguridad hemisférica y la defensa de los derechos de los ciudadanos de la región. La consecución de estos objetivos no sería posible sin una estructura orgánica sólida, tal y como contempla la Carta de la Organización, compuesta por [311]:

- La Asamblea General, órgano supremo de la OEA y compuesto por las delegaciones de todos los Estados Miembros. La definición de los mecanismos, políticas, acciones y mandatos de la Organización tienen su origen en la Asamblea General. Sus atribuciones se encuentran definidas en el Capítulo IX de la Carta, que señala, en su artículo 57, que la Asamblea se reunirá anualmente en la época que determine el reglamento y en la sede seleccionada conforme al

representativa; e) Todo Estado tiene derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga, y tiene el deber de no intervenir en los asuntos de otro Estado. Con sujeción a lo arriba dispuesto, los Estados americanos cooperarán ampliamente entre sí y con independencia de la naturaleza de sus sistemas políticos, económicos y sociales; f) La eliminación de la pobreza crítica es parte esencial de la promoción y consolidación de la democracia representativa y constituye responsabilidad común y compartida de los Estados americanos; g) Los Estados americanos condenan la guerra de agresión: la victoria no da derechos; h) La agresión a un Estado americano constituye una agresión a todos los demás Estados americanos; i) Las controversias de carácter internacional que surjan entre dos o más Estados americanos deben ser resueltas por medio de procedimientos pacíficos; j) La justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera; k) La cooperación económica es esencial para el bienestar y la prosperidad comunes de los pueblos del Continente; l) Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo; m) La unidad espiritual del Continente se basa en el respeto de la personalidad cultural de los países americanos y demanda su estrecha cooperación en las altas finalidades de la cultura humana; n) La educación de los pueblos debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz".

[311] Estructura orgánica contemplada en el art. 53 ss. de la Carta de la OEA.

principio de rotación. Aunque, en circunstancias especiales y con la aprobación de dos tercios de los Estados Miembros, el Consejo Permanente puede convocar a un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

- La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores[312] se celebra con el fin de considerar problemas de carácter urgente y de interés común para los Estados americanos y como órgano de consulta para considerar cualquier amenaza a la paz y a la seguridad del continente americano, conforme a lo dispuesto en el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), firmado en Río de Janeiro en 1947[313].

[312] Cualquier Estado Miembro puede pedir que se convoque la Reunión de la Consulta. La solicitud debe dirigirse al Consejo Permanente de la Organización, que decide por mayoría absoluta si es procedente. Cuando uno o más Estados Miembros que hayan ratificado el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) soliciten que se convoque la Reunión de Consulta de acuerdo con el artículo 13 de dicho Tratado, el Consejo Permanente, por mayoría absoluta de los Estados que hayan ratificado el TIAR, decide si es procedente. El temario y reglamento de la Reunión de Consulta se preparan por el Consejo Permanente de la Organización y son sometidos a la consideración de los Estados Miembros. La actuación del Consejo Permanente como Órgano de Consulta se rige por lo dispuesto en el TIAR. Si excepcionalmente el Ministerio de Relaciones Exteriores de cualquier país no pudiere concurrir a la Reunión, se hará representar por un Delegado Especial. En caso de ataque armado al territorio de un Estado americano o dentro de la región de seguridad que delimita el tratado vigente, el Presidente del Consejo Permanente reunirá al Consejo sin demora para determinar la convocatoria de la Reunión de Consulta, sin perjuicio de lo dispuesto en el TIAR. En este contexto, el Secretario General Adjunto actúa como Secretario de la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores cuando así lo disponga en Reglamento de la Reunión.

[313] El Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), también llamado *Tratado de Río*, es un pacto de defensa mutua interamericano firmado el 2 de septiembre de 1947 en Río de Janeiro. El área geográfica de acción del tratado, comprende a América y 300 millas a partir de la costa, incluyendo la región entre Alaska, Groenlandia, en el norte, y en la zona ártica hasta las islas Aleutianas. En el sur las regiones antárticas, y los islotes de San Pedro y San Pablo y la isla Trinidad (detallado en artículo 4 del Tratado). Según el artículo 3.1 en caso de *(...)* un ataque armado por cualquier Estado contra un Estado Americano, será considerado como un ataque contra todos los Estados Americanos, y en consecuencia, cada una de las Partes Contratantes se compromete a ayudar a hacer frente al ataque en ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva que reconoce el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Se trata del primer tratado de su especie después de la Segunda Guerra Mundial. La firma del Tratado del Atlántico Norte corresponde a 1949. No todos los estados miembros de la Organización de los

- El Consejo Permanente de la Organización se compone de un representante de cada Estado miembro y conoce de cualquier asunto, dentro de los límites fijados en la Carta de la OEA y en los acuerdos interamericanos, que le encomiende la Asamblea General o la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores. Asimismo, puede actuar como órgano de consulta [314].
- El Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral (CIDI) es un órgano que depende directamente de la Asamblea General, con capacidad decisoria en materia de cooperación solidaria para el desarrollo integral, que se estableció con la entrada en vigor del Protocolo de Managua, el 29 de enero de 1996[315]. Cuenta con los siguientes órganos dependientes: la Agencia Interamericana para la Cooperación y el Desarrollo (AICD), las Comisiones Especializadas No Permanentes (CENPES), las Comisiones Interamericanas y las Comisiones Permanentes del CIDI.

Estados Americanos lo han firmado. El Consejo Permanente de la OEA actúa provisoriamente como organismo. Es el mecanismo de consulta, pero sólo participan en la votación las partes contratantes del TIAR. El Consejo es el encargado de evaluar si existen las condiciones para convocar una Reunión de Consulta de los integrantes del TIAR o la aplicación de las medidas correspondientes. La firma del TIAR fue una de las razones por las que Costa Rica disolvió su ejército en 1948, al considerar a las previsiones del Tratado como garantía suficiente para asegurar su defensa nacional.

[314] En este contexto, el Consejo Permanente vela por el mantenimiento de las relaciones de amistad entre los Estados Miembros y, con tal fin, ayuda de una manera efectiva en la solución pacífica de sus controversias. Así como ejecuta aquellas decisiones de la Asamblea General o de la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores cuyo cumplimiento no hayan sido encomendados a ninguna otra entidad. Vela por la observancia de las normas que regulan el funcionamiento de la Secretaría General, y cuando la Asamblea General no estuviere reunida, adopta las disposiciones de índole reglamentaria que habiliten a la Secretaría General para cumplir sus funciones administrativas. Actúa como Comisión Preparatoria. Prepara, a petición de los Estados Miembros, proyectos de acuerdo para promover y facilitar la colaboración entre la OEA y la ONU y otros organismos americanos. Formula recomendaciones a la Asamblea General sobre el funcionamiento de la Organización y la coordinación de sus órganos subsidiarios, organismos y comisiones. Considera los informes de los órganos, organismos y entidades del sistema interamericano y presenta a la Asamblea General las observaciones y recomendaciones que estime del caso.

[315] Para un estudio más detallado del Protocolo de Managua, de 29 de enero de 1996, *vid.* http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-58_Protocolo_de_Managua.htm

- El Comité Jurídico Interamericano es uno de los órganos por medio de los cuales la OEA realiza sus fines (art. 53 de la Carta). El Capítulo XIV de la Carta define su composición, atribuciones y funciones de la siguiente forma: sirve de cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos; promueve el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional y estudia los problemas jurídicos referentes a la integración de los países para el desarrollo del Hemisferio.
- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ComIDH)[316] es un órgano principal y autónomo, encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. Está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal y tiene su sede en Washington, D.C. Fue creada por la OEA en 1959 y, en forma conjunta con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instalada en 1979, es una institución del Sistema Interamericano de Protección de lo Derechos Humanos (SIDH). La Comisión realiza su trabajo a través de: a) el sistema de petición individual; b) el monitoreo de la situación de los derechos humanos en los Estados Miembros y c) la atención a líneas temáticas prioritarias. La Comisión considera que en el contexto de la protección de los derechos de toda persona bajo la jurisdicción de los Estados americanos, es fundamental prestar una especial atención a las poblaciones, comunidades y grupos históricamente sometidos a discriminación.

[316] La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ComIDH) fue creada por resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile en 1959. La Comisión se estableció en 1960, cuando el Consejo de la Organización aprobó su Estatuto. Su Reglamento, sancionado en 1980, ha sido modificado en varias ocasiones, la última de ellas en 2013.

- La Secretaría General es el órgano central y permanente de la OEA. Ejerce las funciones que le atribuye la Carta de la OEA y la Asamblea, así como el resto de tratados y acuerdos interamericanos, cumpliendo con los encargos que le encomienda la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores y los Consejos[317].
- Las Conferencias Especializadas son reuniones intergubernamentales para tratar asuntos técnicos especiales o para desarrollar determinados aspectos de la cooperación interamericana y se celebran cuando lo resuelva la Asamblea General o la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, por iniciativa propia o a instancia de alguno de los Consejos u Organismos Especializados.
- Los Organismos Especializados Interamericanos[318] son organismos gubernamentales establecidos por acuerdos multilaterales, con

[317] La Secretaría General desempeña además las siguientes funciones: Transmitir *ex officio* a los Estados miembros la convocatoria de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, del Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral y de las Conferencias Especializadas; Asesorar a los otros órganos, según corresponda, en la preparación de los temarios y reglamentos; Preparar el proyecto de programa-presupuesto de la Organización, sobre la base de los programas adoptados por los consejos, organismos y entidades cuyos gastos deban ser incluidos en el programa-presupuesto y, previa consulta con esos consejos o sus comisiones permanentes, someterlo a la Comisión Preparatoria de la Asamblea General y después a la Asamblea misma; Proporcionar a la Asamblea General y a los demás órganos servicios permanentes y adecuados de secretaría y cumplir sus mandatos y encargos. Dentro de sus posibilidades, atender a las otras reuniones de la Organización; Custodiar los documentos y archivos de las Conferencias Interamericanas, de la Asamblea General, de las Reuniones de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, de los consejos y de las Conferencias Especializadas; Servir de depositaria de los tratados y acuerdos interamericanos, así como de los instrumentos de ratificación de los mismos; Presentar a la Asamblea General, en cada período ordinario de sesiones, un informe anual sobre las actividades y el estado financiero de la Organización; Establecer relaciones de cooperación, de acuerdo con lo que resuelva la Asamblea General o los consejos, con los Organismos Especializados y otros organismos nacionales e internacionales.

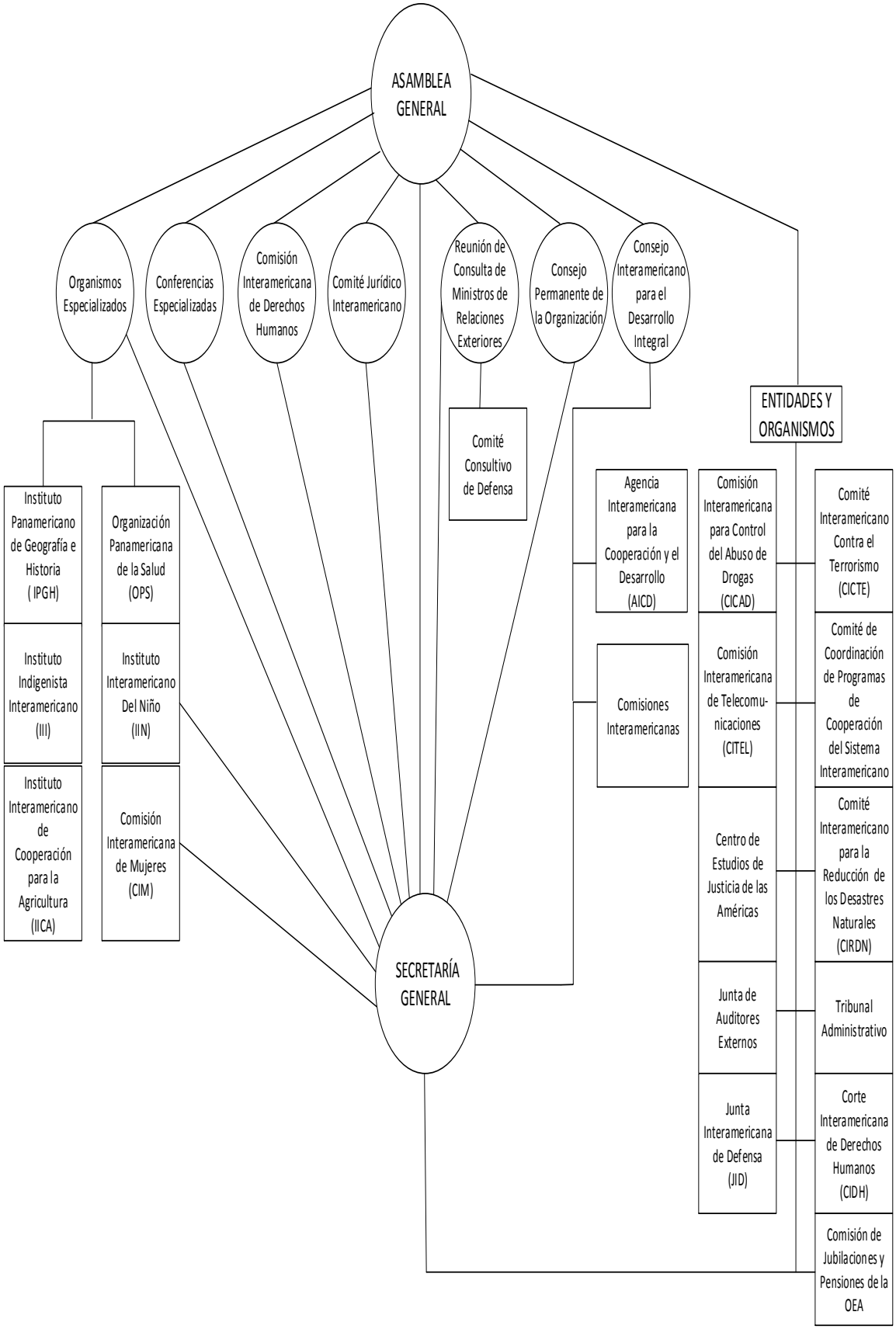
[318]Actualmente, funcionan los siguientes organismos técnicos especializados: 1. La organización Panamericana de la Salud (OPS), creada en 1902 por la Segunda Conferencia de los Estados Americanos, es el Organismo Regional especializado en salud del Sistema

determinadas funciones en materias técnicas de interés común para los Estados americanos. Disfrutan de amplia autonomía técnica, dentro del marco de las recomendaciones de la Asamblea General y de los Consejos.

Asimismo, la Carta de la OEA contempla la posibilidad de establecer órganos subsidiarios, organismos u otras entidades que se estimen necesarios.

Interamericano, así como la Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud (AMOR/OMS). Su misión es "Liderar esfuerzos colaborativos entre los Estados miembros y otros aliados, para promover la equidad en salud, combatir la enfermedad, mejorar la calidad y prolongar la duración de la vida de los pueblos de las Américas; 2. El Instituto es un organismo especializado que contribuye a articular las políticas públicas sobre niñez en las Américas, a promover la relación del Estado con la sociedad civil y al desarrollo de una consciencia crítica frente a los problemas que afectan a la niñez y a la adolescencia en la región; 3. La Comisión Interamericana de Mujeres, creada por la Sexta Conferencia Internacional Americana (La Habana, 1928), la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) es un organismo consultivo de la OEA y el principal foro generador de políticas hemisféricas para la promoción de los derechos de la mujer y la igualdad y equidad de género. Su objetivo es fomentar la integración de la perspectiva de género en los proyectos, programas y políticas de la Organización e impulsar a los Gobiernos a que desarrollen políticas públicas y programas con perspectiva de género a fin de que hombres y mujeres tengan igualdad de oportunidades en todos los ámbitos de la sociedad; 4. El Instituto Panamericano de Geografía e Historia, creado por la sexta Conferencia Internacional Americana (La Habana, 1928), el Instituto Panamericano de Geografía e Historia (IPGH) ofrece cooperación técnica, capacitación en centros de investigación, difusión de publicaciones y organización de reuniones técnicas en los campos de cartografía, geografía, historia y geofísica. Con el apoyo del sistema de secciones nacionales y con el concurso de la comunidad científica afín en la región panamericana, el IPGH responde a la creciente demanda de la comunidad científica internacional en su tarea de interpretación del territorio, a partir del análisis geográfico e histórico y de una visión auténticamente continental. Asimismo, desarrolla mecanismos de comunicaciones efectivas y oportunas entre los especialistas, con base en parámetros específicos; 5. El Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, fundado en 1942, es el organismo del Sistema Interamericano especializado en el sector agropecuario y los territorios rurales. Estimula, promueve y apoya los esfuerzos de sus Estados Miembros para lograr el desarrollo sostenible de la agricultura y la prosperidad de las comunidades rurales.

FIGURA V. ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA OEA



Fuente: www.oas.org/

2. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.1. Antecedentes históricos

En la Conferencia de México (Chacultepec) de 1945, sobre Problemas de la Guerra y de la Paz[319], fue donde se planteó por primera vez la necesidad de establecer un sistema internacional de protección de los derechos humanos. Este debate dio como resultado la redacción de la Resolución XV, que proclamó la adhesión de las repúblicas americanas a los principios consagrados en el Derecho Internacional y encomendó al Comité Jurídico Interamericano[320] la elaboración de un Anteproyecto de Declaración de Derechos y Deberes Internacionales del Hombre.

Tres años después, en la IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá del 30 de marzo de 1948, se adoptó la Resolución XXXI denominada *Corte Interamericana para proteger los Derechos del Hombre*, en la que se determinaba que para la debida protección de los Derechos Humanos se hacía necesaria la creación de un órgano jurídico que los garantizara. Asimismo, en ese año, se aprobó la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, que constituyó el primer documento internacional de derechos humanos de carácter general y

[319] Como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial se celebra en México, la Conferencia de Chapultepec de 1945 que trató sobre los "problemas de la guerra y de la paz" y en la que se suscribió el "Acta de Chapultepec" que consagra el Principio de Seguridad Colectiva para los Estados Americanos, por el cual todo atentado contra la integridad o la inviolabilidad soberana o independencia de un Estado Americano será considerado como un acto de agresión contra los demás Estados Americanos y se establece la vinculación entre el Sistema Universal y el Regional.

[320] El Comité Jurídico Interamericano, con ciudad en Rio de Janeiro, es uno de los órganos a través de los cuales la OEA realiza sus fines. El Comité Jurídico sirve de cuerpo consultivo de la OEA en asuntos jurídicos de carácter internacional y promueve el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional en la región. Además tiene por finalidad el estudio de los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente.

se encomendó al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un Proyecto de Estatuto para la creación de una Corte Interamericana destinada a garantizar los derechos del hombre.

No obstante, el Comité Jurídico Interamericano, en su informe de 26 de septiembre de 1949[321], consideró que la falta de derecho sustantivo en la materia constituía un gran obstáculo en la elaboración del Estatuto de la Corte y que lo recomendable era elaborar previamente una Convención que contuviera normas de esta naturaleza y se propuso dicha recomendación a la X Conferencia Internacional Americana.

De modo que en la X Conferencia Internacional Americana, celebrada en Caracas, Venezuela en 1954 en su Resolución XXIX denominada *Corte Interamericana para proteger los Derechos Humanos* se determinó que este punto se remitiera a la XI Conferencia Internacional Americana, con la finalidad de tomar una decisión estudiando los informes existentes. Sin embargo, la XI Conferencia Internacional Americana nunca llegó a realizarse. En esta X Conferencia Internacional Americana, en el punto relativo a los Derechos Humanos se adoptó una Declaración que expresaba como un deseo permanente de los Estados Americanos dotar de una vigencia plena a los derechos y deberes humanos fundamentales, considerando que este objetivo sólo se podía alcanzar en el marco de un régimen de Democracia Representativa.

2.2. La creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su evolución institucional

[321] VVAA., *Catálogo de los informes y resoluciones del Comité Jurídico Interamericano (1942-1953)*. Biblioteca Río de Janeiro, 2009. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/memoria_catalogo_informes_resoluciones_1953-42.pdf (Última consulta realizada el 21 de febrero de 2016).

La ComIDH fue creada en 1959, tras la celebración de la V Reunión Consultiva de Ministros de Relaciones Exteriores[322], celebrada del 12 al 18 de agosto de 1959 en Santiago de Chile[323]. En esta reunión, se adoptó la Resolución relativa a *Derechos Humanos*, en la que se declaró que debido a los progresos alcanzados en la materia, transcurridos once años desde la proclamación de la Declaración Americana y debido a los avances que paralelamente se experimentaron en el seno de las Naciones Unidas y el Consejo de Europa en este área, el mundo se hallaba preparado para que se celebrara una convención en materia de derechos humanos, considerando que era indispensable que tales derechos fueran protegidos por un ordenamiento jurídico, de tal forma que el hombre no se viera abocado a una rebelión contra la tiranía o la opresión.

Con tal propósito, en la Parte I de la Resolución se encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos[324] la elaboración de un proyecto de convención sobre derechos humanos y un proyecto de convención sobre la creación de una Corte Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos y de otros órganos adecuados para la tutela y observancia de los mismos.

---

[322] Las Reuniones de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores se celebran con el fin de considerar problemas de carácter urgente y de interés común para los Estados americanos, y para servir de Órgano de Consulta. Para un estudio más detallado de las mismas, *vid.* http://www.oas.org/es/acerca/reuniones_relaciones_exteriores.asp (Última consulta realizada el 21 de febrero de 2016).

[323] Acta Final de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores. UNIÓN PANAMERICANA (Secretaría General de la OEA). Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/Acta-final-Quinta-reunion-Chile-1959.pdf (Última consulta realizada el 21 de febrero de 2016).

[324] En 1948, la IX Conferencia Internacional Americana, reunida en Bogotá, adoptó la Carta de la OEA, mediante la cual se creó el Consejo Interamericano de Jurisconsultos con un representante por cada Estado miembro con funciones de consulta y de desarrollo jurídico en los asuntos jurídicos de la OEA. Hasta que en 1967, la III Conferencia Interamericana Extraordinaria, reunida en Buenos Aires, Argentina, aprobó el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos o Protocolo de Buenos Aires, mediante el cual se elimina el Consejo Interamericano de Jurisconsultos cuyas funciones pasaron al Comité Jurídico Interamericano, elevándolo así al nivel de órgano principal de la OEA.

En la Parte II de dicha resolución se contempló la creación de una Comisión Interamericana de Derechos Humanos, compuesta por siete miembros -elegidos a título personal por el Consejo de la OEA, entre candidatos presentados por los gobiernos-. La ComIDH sería la encargada de promover el respeto de tales derechos, organizada por el Consejo de la OEA, con las atribuciones específicas que éste le atribuyera. De modo que siguiendo este procedimiento, el Consejo de la OEA aprobó el Estatuto de la ComIDH el 25 de mayo de 1960 y eligió a sus primeros miembros el 29 de junio de ese mismo año.

La insuficiencia de las atribuciones y facultades previstas en el Estatuto original de la ComIDH provocó que durante la VIII Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada del 22 al 31 de enero de 1962 en Punta del Este, Uruguay[325], se encargara al Consejo de la OEA la reforma del Estatuto con el fin de ampliar y fortalecer sus atribuciones y facultades de tal forma que la ComIDH pudiera llevar a cabo eficazmente la promoción del respeto a los derechos humanos en los países continentales.

No obstante, y a pesar de esta circunstancia, la ComIDH se rigió por su Estatuto original hasta que, en noviembre de 1965, la II Conferencia Extraordinaria celebrada en Río de Janeiro, Brasil, resolvió modificarlo con el fin de ampliar las facultades de la ComIDH. En este sentido, los Estados miembros autorizaron a ésta a examinar las comunicaciones que le fueran dirigidas, así como cualquier información a su disposición, para que se dirigiera al gobierno de cualquiera de los Estados americanos con el fin de obtener las informaciones que considerara pertinentes y para que formulara

[325] Acta Final de la Octava Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores. UNIÓN PANAMERICANA (Secretaría General de la OEA). Disponible en: https://www.oas.org/consejo/sp/RC/Actas/Acta%208.pdf (Última consulta realizada el 21 de febrero de 2016).

recomendaciones, cuando lo considerara oportuno, con el fin de hacer más efectiva la tarea de seguimiento y observación de los derechos humanos.

En el período de sesiones celebrado en abril de 1966, la ComIDH modificó su Estatuto conforme a lo resuelto en la II Conferencia Interamericana Extraordinaria, dotándose de la facultad de examinar peticiones individuales y formular recomendaciones específicas a los Estados miembros, en el marco de dichas peticiones. Esta mayor atribución de competencias facilitó que la ComIDH se constituyera como un órgano principal de la OEA con la reforma del entonces artículo 51 de la Carta de la OEA bajo el Protocolo de Buenos Aires adoptado en 1967[326]. De tal forma que, en la última versión de la Carta de la OEA se contempla en el artículo 53 cómo la OEA realiza sus fines, entre otros, por medio de la ComIDH.

2.3. El Estatuto de la Comisión Interamericana

El Estatuto que rige actualmente el funcionamiento de la ComIDH fue aprobado en 1979, durante el IX período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, celebrado en La Paz, Bolivia. En dicho Estatuto se reflejan las modificaciones introducidas por la CADH[327] y se define a la ComIDH como un órgano de la OEA creado para promover el seguimiento y la observación de los derechos humanos y servir como un órgano consultivo de la OEA en esta materia[328].

[326] Con la entrada en vigor del Protocolo de Buenos Aires de 1967, el Capítulo IX de la Carta de la OEA, titulado "De los Órganos", pasó a ser el art. 51 (actual art. 53) de la Carta de la OEA. Para un estudio más detallado, *vid.* http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-31_Protocolo_de_Buenos_Aires.htm (Última consulta realizada el 22 de febrero de 2016).

[327] Según las modificaciones introducidas por el Estatuto, en función de lo dispuesto en la CADH, la ComIDH es la encargada de representar a todos los Estados miembros de la OEA, y no los Comisionados, como establecía el Estatuto anterior.

[328] Art. 1 del Estatuto de la ComIDH. "1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de la Organización de Estados Americanos creado para promover

La ComIDH representa a todos los Estados miembros de la OEA, estando integrada por siete miembros, elegidos a título personal por la Asamblea General de la OEA por un período de cuatro años y no por el Consejo de la Organización, como se preveía en el anterior Estatuto[329]. Su órgano de dirección se compone por un Presidente, un Primer Vicepresidente y un Segundo Vicepresidente, con mandatos de un año, pudiendo ser reelegidos respectivamente una sola vez en cada período de cuatro años.

La ComIDH celebra en su sede dos periodos ordinarios de sesiones al año. Aunque puede celebrar, cuando las circunstancias lo requieran, periodos extraordinarios de sesiones, convocadas por su Presidente o a solicitud de la mayoría de sus miembros. Tanto los periodos ordinarios de sesiones como los extraordinarios pueden llevarse a cabo fuera de la sede de la ComIDH, en el territorio de uno de los Estados miembros de la OEA, previo anuncio al gobierno respectivo.

En cuanto a sus competencias, la ComIDH recibe, analiza e investiga peticiones individuales en que se alegan violaciones de derechos humanos. Así como se encarga de observar la situación general de protección de los derechos humanos en los Estados miembros y publica informes especiales sobre la situación existente, cuando lo considere apropiado[330].

---

la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. 2. Para los fines del presente Estatuto, por derechos humanos se entiende: a. Los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los Estados partes en la misma; b. Los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en relación con los demás Estados miembros. Texto íntegro del Estatuto disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/estatutoCIDH.asp (Última consulta realizada el 2 de abril de 2016).

[329] Aunque cabe destacar que la función de asignar las vacantes que se presenten corresponde al consejo Permanente de la OEA.

[330] La ComIDH no es un órgano jurisdiccional. A diferencia de la CIDH, que es un tribunal de única instancia, que decide si "hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la CADH". En este sentido, la función de la ComIDH se limita a investigar los hechos denunciados como una violación de los derechos humanos, recogidos en la CADH.

La ComIDH también realiza visitas *in loco* a los países para llevar a cabo análisis en profundidad de la situación general y/o para investigar situaciones específicas[331]. Así como, organiza y celebra visitas, conferencias, seminarios y reuniones con representantes de gobiernos, instituciones académicas y entidades no gubernamentales, con el objetivo principal de divulgar información y fomentar el conocimiento de la labor del sistema interamericano de derechos humanos y recomendar a los Estados Miembros de la OEA la adopción de medidas que contribuyan a la protección de los derechos humanos en los países del Hemisferio.

Con la finalidad de prevenir daños irreparables a los derechos humanos en casos graves o urgentes, la ComIDH puede solicitar a los Estados miembros que adopten *medidas cautelares*. Asimismo, puede solicitar que la CIDH disponga la adopción de *medidas provisionales* en casos de extrema gravedad para evitar daños irreparables, aunque el caso no haya sido presentado ante la CIDH.

Asimismo, pertenece a la ComIDH la labor de presentar casos, solicitar opiniones consultivas a la CIDH y comparecer ante la misma durante la tramitación y consideración de los casos. Asimismo recibe y examina comunicaciones por las que un Estado parte alegue la violación de derechos humanos reconocidos en la CADH por otro Estado. Para el cumplimiento de estas funciones, la ComIDH cuenta con el apoyo legal y administrativo de su Secretaría Ejecutiva, encargada de preparar los proyectos de informes, resoluciones, estudios y otros trabajos que le encomiende la ComIDH o el/la Presidente/a. Asimismo, la Secretaría Ejecutiva recibe y da trámite a la correspondencia y las peticiones y comunicaciones dirigidas a la ComIDH.

[331] En general, estas visitas dan lugar a la preparación de un informe sobre la situación de los derechos humanos que sea observada, el cual es publicado y presentado ante el Consejo Permanente y la Asamblea General de la OEA.

Además, el Estatuto vigente distingue claramente las atribuciones de la ComIDH respecto de los Estados parte en la CADH[332] de aquellas referidas a los Estados miembros de la OEA que no son parte de la CADH[333]. Respecto a estos últimos, la competencia de la ComIDH se basa en las disposiciones de la Carta de la OEA y en la práctica de la CIDH.

2.4. El Reglamento de la Comisión Interamericana

Tanto el texto de la CADH como el del Estatuto facultaron a la ComIDH para adoptar su propio reglamento interno. Este Reglamento, fue aprobado por la ComIDH en su 137º período ordinario de sesiones,

[332] Art. 19 del Estatuto de la ComIDH. "En relación con los Estados partes en la CADH, la ComIDH ejercerá sus funciones de conformidad con las atribuciones previstas en aquella y en el presente Estatuto y, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, tendrá las siguientes: a. diligenciar las peticiones y otras comunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención; b. comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención; c. solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas; d. consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados sobre la protección de los derechos humanos en los Estados americanos; e. someter a la consideración de la Asamblea General proyectos de protocolos adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el fin de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades, y f. someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, por conducto del Secretario General, propuestas de enmienda a la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

[333] Art. 20 del Estatuto de la ComIDH. "En relación con los Estados miembros de la OEA que no son partes de la CADH, la ComIDH tendrá, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, las siguientes: a. prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; b. examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no partes en la Convención con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones, cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales; c. verificar, como medida previa al ejercicio de la atribución prescrita en el inciso b. anterior, si los procesos y recursos internos de cada Estado miembro no parte en la Convención fueron debidamente aplicados y agotados".

celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009. El texto del Reglamento fue modificado en septiembre de 2011, así como durante su 147º período ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013. Esta última versión modificada entró en vigor el 1 de agosto de 2013[334].

El Reglamento modificado[335] es uno de los resultados del proceso de reforma al que se abocó la ComIDH entre 2011 y 2013, a través de un proceso transparente y participativo en el que participaron los Estados miembros de la OEA, la sociedad civil, las víctimas de violaciones de los derechos humanos y los miembros de la Academia, entre otros actores.

La reforma al Reglamento[336] tuvo como propósito perfeccionar cuatro aspectos relacionados con los mecanismos de los que dispone la ComIDH en el cumplimiento de su mandato de promover y defender los derechos humanos en las Américas: medidas cautelares y solicitudes de medidas provisionales a la CIDH; el sistema de peticiones y casos; el

[334] El Reglamento actual consta de 80 artículos y está dividido en cuatro títulos. El Título I del Reglamento hace referencia a la organización de la ComIDH y consta de cinco capítulos que contienen las normas sobre la naturaleza y composición de la Comisión, sus miembros, la directiva, la Secretaría Ejecutiva y el funcionamiento de la ComIDH. El Título II consta de seis capítulos, los cuales establecen las disposiciones generales aplicables al procedimiento ante la ComIDH; a las peticiones referentes a los Estados partes en la CADH; a las peticiones referentes a los Estados que no son partes en la CADH; a las observaciones *in loco* conducidas por la Comisión; al informe anual y a otros informes; y a la celebración de audiencias sobre peticiones o casos y aquéllas de carácter general. El Título III del Reglamento se refiere a las relaciones de la Comisión con la Corte. El Capítulo I define lo referente a delegados, asesores, testigos y expertos, y el Capítulo II regula el procedimiento a seguir cuando la CIDH decide llevar un caso ante la Corte, de conformidad con el art. 61 de la Convención Americana. Por último, el Título IV establece las disposiciones finales referentes a la interpretación del Reglamento, su modificación y entrada en vigor.

[335] Para un estudio más detallado, *vid.* modificaciones al Reglamento de la ComIDH, http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/Modificaciones_Reglamento_2013_ESP.pdf (Última consulta realizada el 27 de febrero de 2016).

[336] Para un estudio en profundidad, *vid.* CUADRO COMPARATIVO – AGOSTO 2013, http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/Reglamento_CIDH_cuadro_comparativo_agosto_2013.pdf (Última consulta realizada el 27 de febrero de 2016).

monitoreo de la situación de países y la promoción/universalidad del sistema.

Las reformas relacionadas con las medidas cautelares se orientaron a aumentar la publicidad y la difusión de los criterios para su concesión, ampliación y modificación, así como a perfeccionar los mecanismos empleados por la ComIDH para el seguimiento de las medidas vigentes y para la individualización de los beneficiarios de las mismas. En este sentido, el Reglamento modificado detalla los parámetros utilizados por la ComIDH en la determinación de los requisitos de urgencia, gravedad e irreparabilidad, así como las circunstancias en las que se solicitan medidas provisionales a la CIDH[337].

En cuanto al sistema de peticiones y casos, las reformas trataron de dotar de mayor previsibilidad y eficacia a las decisiones sobre la priorización en el estudio y admisibilidad de peticiones; criterios para el archivo de peticiones y casos; otorgamiento de prórrogas para el cumplimiento de recomendaciones emitidas en informes finales sobre el fondo; ampliación de los plazos para que las partes presenten observaciones y acumulación de las etapas de admisibilidad y fondo.

En relación al monitoreo de la situación de países, promoción y universalidad, las reformas del Reglamento tratan de perfeccionar el contenido de cada uno de los capítulos que integran el Informe Anual de la ComIDH. En este sentido, desde 2013 el Informe debe dar cuenta del

[337] Art. 25 del Reglamento de la ComIDH. "1. Con fundamento en los artículos 106 de la Carta de la Organización de Estados Americanos, 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18.b del Estatuto de la Comisión y XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares. Tales medidas, ya sea que guarden o no conexidad con una petición o caso, se relacionarán con situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano (…)". El texto íntegro del Reglamento se encuentra disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp (Última consulta realizada el 2 de abril de 2016).

estado de ratificación de los instrumentos interamericanos en materia de derechos humanos e informa sobre las actividades llevadas a cabo por cada Relatoría y Unidad Temática. Asimismo, incluye una evaluación de la situación de los derechos humanos en el hemisferio y las principales tendencias, avances y desafíos para el pleno goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en la región. En este sentido, el Reglamento modificado de la ComIDH contiene una explicación detallada de la metodología, procedimiento y fuentes utilizadas en la elaboración de la sección del Informe Anual, sobre el desarrollo de los derechos humanos en la región[338].

Esta reforma reglamentaria se complementó con las modificaciones introducidas al Reglamento de la CIDH[339], -cuyo texto actual entró en vigor en 1 de enero de 2010- y con la resolución del Consejo Permanente de la OEA que adoptó el Reglamento para el funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos[340], con el objetivo de brindar apoyo financiero a las víctimas de violaciones de derechos humanos en la región que ayude a sufragar los gastos relacionados con la tramitación de peticiones y casos ante la ComIDH y la CIDH.

[338] Art. 58 del Reglamento de la ComIDH. Preparación de Informes. "La Comisión rendirá un informe anual a la Asamblea General de la OEA. Además, la Comisión preparará los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones, y los publicará del modo que juzgue oportuno. Una vez aprobada su publicación, la Comisión transmitirá por intermedio de la Secretaría General a los Estados miembros de la OEA y sus órganos pertinentes". Y art. 59 del Reglamento de la ComIDH que contiene información extensa y detallada sobre metodología, procedimiento y fuentes utilizadas para la elaboración del Informe Anual.

[339]Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/reglamento/reglamento-vigente (Última consulta realizada el 27 de febrero de 2016).

[340] Reglamento para el funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal del SIDH. Disponible en http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/fondo.asp (Última consulta realizada el 27 de febrero de 2016).

Al respecto, cabe destacar que la ComIDH puede conceder recursos del Fondo de Asistencia Legal, cuando éstos estén disponibles, a peticionarios en denuncias que hayan sido declaradas admisibles por la ComIDH, o respecto a la cual la ComIDH haya comunicado su decisión de acumular el análisis de admisibilidad con el fondo del asunto. Asimismo, establece que los fondos serán concedidos a aquellas personas que demuestren la carencia de recursos suficientes para cubrir total o parcialmente gastos relativos a la recolección y remisión de documentos probatorios, así como los gastos relacionados con la comparecencia de la presunta víctima, testigos o peritos o audiencias ante la ComIDH, y otros gastos que la ComIDH estime pertinentes para la tramitación de una petición o de un caso.

2.5. La composición y funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El 22 de mayo de 1979, los Estados parte en la CADH eligieron, durante el VII Periodo Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los juristas que compusieron la Corte Interamericana[341]. A pesar de no figurar en la Carta de la OEA, la CIDH es una institución judicial del SIDH. De hecho, su Estatuto señala que ésta es una institución judicial autónoma, cuyo propósito es aplicar e interpretar la CADH. En este sentido, el objeto y fin de la CIDH es la protección de los derechos fundamentales en el SIDH.

[341] Estos jueces fueron: Thomas Buergenthal (Estados Unidos), Máximo Cisneros (Perú), Huntley Eugene Munroe (Jamaica), Cesar Ordóñez (Colombia), Rodolfo Piza (Costa Rica), Carlos Roberto Reina (Honduras) y Rafael Urquía (El Salvador). El Juez Urquía renunció tras su elección fue reemplazado por el Juez Pedro Nikken de Venezuela, quien fue elegido en octubre de 1979. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C.

La CIDH se compone de siete jueces, que actúan a título personal[342], propuestos y elegidos por los Estados parte de la OEA[343]. Éstos deben ser nacionales de alguno de los Estados miembros de la OEA y son elegidos por un periodo de seis años, pudiendo ser reelegidos una vez. Las vacantes de la CIDH producidas por muerte, incapacidad permanente, renuncia o privados del cargo, se cubren en el siguiente período de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

Respecto a sus competencias, las normas que regulan el funcionamiento de la CIDH se contienen en tres instrumentos. Estos son la CADH[344], el Estatuto[345] y el Reglamento de la CIDH. En lo que se refiere a su función jurisdiccional, sólo la ComIDH y los Estados parte de la CADH que hayan declarado reconocer la competencia de la Corte, están autorizados para someter a su decisión un caso relativo a la interpretación o aplicación de la CADH, con la condición de que se hubieran agotado los procedimientos ante la ComIDH. Además, para que pueda presentarse ante la CIDH un caso basado en una denuncia interpuesta contra un Estado parte, éste debe reconocer la competencia de la misma. La Declaración de reconocimiento de la competencia de la Corte puede realizarse de forma incondicional, o bien bajo condición de reciprocidad, por un tiempo determinado o para un caso específico.

---

[342] Asimismo, todas las sentencias de la CIDH deben ser aprobadas por el pleno de la CIDH. Debido a que, a diferencia del TEDH, la CIDH no se divide en cámaras. En este sentido, el art. 56 de la CADH declara que "el quorum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces".

[343] Según el art. 52 de la CADH son elegidos "entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.

[344] *Vid.* Arts. 61 a 65 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

[345] Art. 2 del Estatuto de la CIDH. Competencias y Funciones. "La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva: 1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención. 2. Su función consultiva se rige por las disposiciones del art. 64 de la Convención". Texto íntegro del Estatuto disponible en: http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/estatuto (Última consulta realizada el 2 de abril de 2016).

Por otra parte, en lo que se refiere a la función consultiva de la CIDH, la CADH prevé que cualquier Estado miembro de la OEA podrá realizar consultas a la CIDH sobre la interpretación de la CADH o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. La CIDH podrá también, a solicitud de cualquier Estado miembro de la OEA, emitir opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los tratados americanos para la protección de los derechos humanos.

2.6. Modificaciones introducidas por el Reglamento de la Corte Interamericana

La Corte Interamericana aprobó su primer Reglamento durante su III Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 30 de junio al 9 de agosto de 1980[346]. Esta norma se inspiró en el Reglamento entonces vigente en el TEDH, inspirado a su vez en el Reglamento de la CIJ. Pero ante la necesidad de agilizar su procedimiento, la CIDH aprobó un segundo Reglamento, aprobado durante su XXIII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 9 al 18 de enero de 1991. Cinco años después, se adoptaría el tercero[347], aprobado durante el XXXIV Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996[348], cuya principal modificación se encuentra plasmada en

[346] Reglamento de la CIDH, aprobado en julio de 1980. Disponible en: http://www.bvs.hn/Honduras/Leyes/Reglamento%20de%20la%20Corte%20Internacional%20de%20Derechos%20Humanos.pdf (Última consulta realizada el 29 de febrero de 2016).

[347] Reglamento de la CIDH, aprobado por la Corte en su XXXIV período ordinario de sesiones, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996. Disponible en: http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/espanol/Srule1-97.htm (Última consulta realizada el 29 de febrero de 2016).

[348] GIALDIANO, E. R.; "La Corte interamericana de Derechos Humanos y sus reglamentos", *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 2006, pp. 1207 ss. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-23.pdf (Última consulta realizada el 29 de febrero de 2016).

el entonces artículo 23[349], que otorgó a los representantes de las víctimas o a sus familiares la facultad de representar, de forma autónoma, sus propios argumentos y pruebas en la etapa de reparaciones del proceso. Dicha reforma, introduce una serie de medidas destinadas a otorgar a las presuntas víctimas, sus familiares y/o a sus representantes debidamente acreditados, la participación directa en todas las etapas del proceso mediante la presentación de una demanda ante la CIDH. Esta versión del texto sería sustituida por el cuarto Reglamento, aprobado por la CIDH durante su XLIX Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000[350], el cual sería objeto de reforma durante los periodos ordinarios de sesiones LXI y LXXXII, celebrados en diciembre de 2003 y en enero de 2009, respectivamente.

Ahora bien, no sería hasta su última reforma, la aprobada durante el LXXXV período ordinario de sesiones, en noviembre de 2009[351], cuando alcanzaría mayor protagonismo la Comisión ante la CIDH. Y es que, a partir de ésta, el procedimiento ya no se inicia con la presentación de una demanda, sino con la remisión de un informe de fondo de la ComIDH en el que se deben presentar los fundamentos que llevaron a someter el caso a la CIDH. Por esta razón, a partir de ahora la ComIDH no podrá ofrecer testigos y declaraciones de presuntas víctimas y sólo en ciertas circunstancias podrá ofrecer peritos. Asimismo, en los casos en los que se realice audiencia, la ComIDH será la que inicie el proceso, exponiendo los motivos que la llevaron a presentar el caso.

---

[349] Reglamento de la CIDH (1996). Art. 23. Representación de las víctimas o de sus familiares. En la etapa de reparaciones los representantes de las víctimas o de sus familiares podrán presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma.

[350] Reglamento de la CIDH (2000), aprobado por la Corte en su XLIX período ordinario de sesiones. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/2000.pdf (Última consulta realizada el 29 de febrero de 2016).

[351] Para un estudio más detallado de la Reforma del Reglamento de la CIDH, aprobada el LXXXV Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009, *vid.* http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_motivos_esp.pdf (Última consulta realizada el 27 de febrero de 2016).

El papel de la Comisión también se ha visto refortalecido en el desarrollo del proceso. Y es que, a partir de la reforma, los interrogatorios de los peritos podrán ser llevados a cabo tanto por los representantes de las partes como por la ComIDH cuando se afecte de manera relevante al orden público interamericano de los derechos humanos[352] y, además, al cerrar la etapa de alegatos, será ComIDH la que expondrá sus observaciones finales[353]. En este orden de ideas, conviene señalar que no han sido pocos los avances incorporados por la última reforma y que afectan a diferentes aspectos del sistema de garantías de derechos, entre los que caben señalar:

a) Los jueces no podrán participar en el conocimiento y deliberación de una petición individual sometida a la CIDH cuando sean nacionales del Estado demandado, así como la circunstancia de que los Estados estén autorizados a designar jueces *ad hoc* únicamente en los casos originados en comunicaciones interestatales.

b) El nuevo Reglamento consagra en su artículo 37 la figura del Defensor Interamericano e indica que la Corte podrá designarlo de oficio para que asuma la representación durante la tramitación del caso. Su labor se complementa con el *Fondo de Asistencia Legal del sistema Interamericano de Derechos Humanos*[354].

c) Conforme al artículo 25 del nuevo Reglamento, los representantes de las presuntas víctimas que no lleguen a un acuerdo en la

[352] Art. 52.3 del Reglamento de la CIDH. "La Comisión podrá interrogar a los peritos que propuso conforme al artículo 35.1.f del presente Reglamento y a los de las presuntas víctimas, del Estado demandado y, en su caso, del Estado demandante, si la Corte lo autoriza a solicitud fundada de la Comisión, cuando se afecte de manera relevante al orden público interamericano de los derechos humanos y su declaración verse sobre alguna materia contenida en un peritaje ofrecido por la Comisión".

[353] Art. 51.8 del Reglamento de la CIDH. "Al concluir los alegatos, la Comisión presentará sus observaciones finales".

[354] En el antiguo Reglamento, la ComIDH asumía la representación de las presuntas víctimas que carecían de representación legal. De esta forma, se garantiza que toda presunta víctima tenga un abogado que haga valer sus intereses ante la CIDH y se evita que las razones económicas impidan contar con representación legal. Por otro lado, se evita que la ComIDH tenga una posición dual ante la CIDH, como representante de las víctimas y órgano del SIDH.

designación de un interviniente común, podrán designar un máximo de tres representantes que actúen como intervinientes comunes. Asimismo, en aras de resguardar el equilibrio procesal de las partes, cuando se presentan tales circunstancias, el mencionado artículo autoriza a la Presidencia de la Corte a determinar plazos distintos a los establecidos en el Reglamento para la contestación del Estado, así como los plazos de participación del Estado y de las presuntas víctimas o sus representantes en las audiencias públicas.

d) Con miras a facilitar la comunicación entre la CIDH y los distintos actores que se presentan ante ella y a agilizar los procedimientos, el Reglamento reformado autoriza el uso de nuevas tecnologías. Así, el artículo 28 regula el envío de escritos por medios electrónicos, siendo innecesaria la remisión de una copia impresa de éstos, si la versión electrónica contiene la firma de quien los suscribe[355].

e) Han sido numerosos los cambios introducidos en cuestiones formales y procesales que afectan al sistema, piénsese, por ejemplo, en la acumulación de medidas provisionales o de la supervisión de cumplimiento de sentencias, cuando se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 30, (tratando de reforzar así los principios de celeridad y economía procesal); la solicitud de la lista definitiva de testigos (artículo 46) o en las novedades introducidas por los nuevos artículos 40 y 41 (relativos a los elementos que deben contener los escritos de solicitudes, argumentos y pruebas de las presuntas víctimas o sus representantes y de contestación del Estado), los artículos 48 y 49 (referentes a las causales de impedimento de testigos y peritos), el artículo 50 (la propuesta, citación y comparecencia de declarantes) y el artículo 57.2 (relativo a la presentación de prueba extemporánea.

[355] Esta cláusula se extiende a los escritos de *amicus curiae* que se presentan a la CIDH, como establece el art. 44. Además, el art. 33 permite que la CIDH transmita documentos y realice notificaciones a las partes exclusivamente por medios electrónicos. Así como, el art. 51.11 autoriza la recepción de declaraciones haciendo uso de medios electrónicos audiovisuales.

f) Especial interés despierta el contenido del artículo 76 del nuevo Reglamento, que contempla una cláusula por la que se permite a la CIDH, de oficio o a solicitud de parte, rectificar en las sentencias o resoluciones errores notorios, de edición o cálculo.

g) En cuanto a la litispendencia activa, cabe destacar que a diferencia del Reglamento anterior, el nuevo Reglamento regula el sometimiento de casos por los Estados, conforme al artículo 61 de la CADH.

2.7. Últimos avances y retos pendientes del SIDH

En los últimos años, existe un intenso debate sobre el sistema interamericano de derechos humanos, lo que ha dado lugar a las importantes reformas, que como hemos visto, se han realizado al Reglamento interno de la ComIDH y de la CIDH. Sin embargo, a pesar de los avances, las nuevas realidades que emergen en los países y el clamor de justicia que persiste en la región plantean nuevos desafíos que deben ser abordados por los órganos que tienen la responsabilidad de garantizar y asegurar la protección y los derechos de las víctimas en la región. Este proceso de reflexión ha servido para plantear los puntos de acción estratégicos para el fortalecimiento del SIDH[356], entre los que cabe destacar: la universalización del SIDH; el seguimiento de la ejecución de las decisiones de la CIDH; la necesidad de un incremento sustancial de los presupuestos, así como la posibilidad de que la CIDH y la ComIDH funcionen de manera permanente.

En lo que respecta a la universalización del SIDH, cabe señalar que, a pesar de que casi la totalidad de los Estados miembros de la OEA han

[356] Para un estudio más detallado del proceso de fortalecimiento del SIDH, *vid.* VVAA., "Fortalecer o no fortalecer. Seis versiones del proceso", *Revista de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF)*, nº. 19, 2014, pp. 16-38. Disponible en: http://dplf.org/sites/default/files/aportes_19_web_0.pdf (Última consulta realizada el 29 de febrero de 2016).

suscrito, ratificado o se han adherido a los diversos instrumentos del sistema de protección de los derechos humanos, algunos países, como es el caso de EEUU y Canadá, se han opuesto a su ampliación, alegando en ambos casos incompatibilidades con su normativa interna.

En cuanto al cumplimiento de las decisiones de la CIDH, se ha planteado la necesidad de establecer un mecanismo institucionalizado, con la finalidad de fiscalizar el cumplimiento de las sentencias que dicta la Corte Interamericana, similar al Comité de Ministros del sistema europeo, de forma que el cumplimiento de la ejecución de la sentencia no sea sólo una preocupación de los órganos de la OEA, sino también de los demás Estados parte, como fórmula de garantía colectiva.

En relación con la necesidad de un incremento sustancial de los presupuestos de la CIDH y de la ComIDH, ambos organismos han formulado esta solicitud en sus informes anuales. En tal sentido, sería necesario que el propio Consejo Permanente de la OEA, por medio de la Comisión de Asuntos Administrativos y Presupuestarios, reestructurase su asignación presupuestaria. Sin embargo, esta iniciativa formulada como el resultado de la voluntad política expresa de algunos Estados, no se ha concretado en una acción política efectiva.

Por último, cabe resaltar que casi la totalidad de Estados han manifestado su interés en el funcionamiento permanente de ambos organismos con el fin de fortalecer el sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos: solicitando que la Corte no se reúna sólo dos meses al año, sino que los jueces se reúnan permanentemente, con salarios y no dietas mensuales, a fin de evaluar situaciones y peticiones sobre derechos humanos. Sin embargo, a pesar de las voluntades e intereses expresados, no ha sido posible avanzar sustancialmente debido a que todavía no se cuenta con los recursos financieros suficientes para permitir semejante modificación reglamentaria.

3. LOS INSTRUMENTOS REGIONALES DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

La ComIDH y la CIDH actúan en función de lo establecido en la CADH, sus Estatutos y sus Reglamentos, sobre la base de los principios y líneas de actuación señalados en dichos instrumentos. Asimismo, se han adoptado otras convenciones en el marco de la OEA, que han otorgado tanto a la ComIDH como a la CIDH la supervisión de los derechos y obligaciones contenidos en las mismas.

3.1. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

La Declaración Americana[357], adoptada el 2 de mayo de 1948, es el primer instrumento internacional de derechos humanos de carácter general, ya que es anterior a la DUDH, texto éste que fue adoptado por NNUU ocho meses después de la aprobación de aquélla.

La Declaración Americana establece que los derechos esenciales del hombre no surgen por el hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. Por tanto, mediante esta Declaración se reconoce que cuando un Estado legisla, éste no crea o concede derechos, sino que reconoce derechos que ya existían, de forma independiente y con carácter previo a la formación del propio Estado. Tanto la ComIDH como la CIDH han establecido que, a pesar de haber sido adoptada como una declaración y no como un tratado, en la actualidad la Declaración Americana constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA.

[357] Declaración Americana de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre. Texto íntegro disponible en http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp (Última consulta realizada el 28 de febrero de 2016).

3.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus protocolos

Los antecedentes de la Convención Americana se remontan a la Conferencia Interamericana celebrada en México en 1945, la cual encomendó al Comité Jurídico Interamericano la preparación de un proyecto de Declaración. Idea ésta que sería retomada durante la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, reunidos en Santiago de Chile en agosto de 1959, donde se impulsó finalmente la preparación de dicha convención.

El proyecto original de CADH, elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, fue examinado por el Consejo de la OEA y sometido a revisión por parte de los Estados y de la ComIDH. Posteriormente, la OEA convocaría la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, que tendría lugar en San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969 y en la que se aprobaría el texto definitivo. De esta forma, la entrada en vigor de la CADH en 1978 permitió incrementar la efectividad de la Comisión, establecer una Corte Interamericana de Derechos Humanos y modificar la naturaleza jurídica de los instrumentos en los que se basa la estructura institucional de la OEA.

Por lo que respecta a su contenido, en su Preámbulo, se establece que la CADH tiene como propósito consolidar en el continente americano *un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre*. Afirmación ésta que conecta con la primera y segunda parte del texto: la primera, relativa a los deberes de los Estados y los derechos objeto de protección[358] y la segunda, referente a los

[358] En su parte primera, establece la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos, así como su deber de adoptar las disposiciones de derecho

medios de protección competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención, esto es, la ComIDH y la CIDH[359].

En otro orden de ideas, el artículo 77 de la CADH permite la adopción de protocolos en materia de protección de otros derechos y libertades. Así se explica la aprobación de los diferentes protocolos que conforman el SIDH y que, al de día de hoy, cuentan con distinto grado de ratificación por parte de los Estados americanos. En concreto, nos referimos a) al Protocolo de San Salvador[360] (adoptado el 17 de noviembre de 1988 y en vigor desde el 16 de noviembre de 1999) que constituye el instrumento adicional a la Convención Americana en Derechos Económicos, Sociales y Culturales[361] y b) el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la

---

interno que sean necesarias para hacer efectivo el goce de tales derechos. Asimismo define los derechos y libertades protegidos, principalmente, los derechos civiles y políticos. En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales, al momento de adoptar la Convención los Estados se comprometieron a "adoptar providencias tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (…), por vía legislativa u otros medios apropiados".

[359] En su segunda parte, la CADH establece los medios de protección: la ComIDH y la CIDH, a los que declara órganos competentes "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención". Las funciones y facultades de la Comisión aparecen enunciadas en los artículos 41 a 43 y los artículos 44 a 51 establecen el procedimiento referido al régimen de peticiones individuales. La estructura y organización de la Corte Interamericana figuran reguladas a partir del art. 52.

[360] Protocolo de San Salvador. Texto íntegro disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html (Última consulta realizada el 28 de febrero de 2016).

[361] Al ratificar este Protocolo, los Estados partes "se comprometen a adoptar las medidas necesarias (…) hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo". El art. 19 del Protocolo, establece los medios de protección, incluida la posibilidad de presentar peticiones individuales por violaciones del art. 8 en su inciso a. y 13, relativos al derecho a la libertad sindical y a la educación, respectivamente.

Abolición de la Pena de Muerte (adoptado el 8 de junio de 1990 y en vigor desde el 28 de agosto de 1991) 362.

3.3. Otras convenciones e instrumentos regionales

Además de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y de la CADH, con sus respectivos Protocolos, es fundamental tener en cuenta otras convenciones e instrumentos regionales sin los cuales sería imposible comprender el SIDH. Este es el caso de: a) la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura[363] (cuyo texto sería aprobado el 9 de diciembre de 1985 y entraría en vigor el 28 de febrero de 1987); b) la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (también llamada *Convención de Belém do Pará*, adoptada el 9 de junio de 1994 y en vigor desde el 5 de marzo de 1995)[364]; c) la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de

[362] Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Texto íntegro disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-53.html (Última consulta realizada el 28 de febrero de 2016).

[363] Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. A través de esta Convención los Estados partes no sólo se comprometen a castigar severamente a los perpetradores de la tortura sino que además se obligan a adoptar medidas para prevenir y sancionar cualquier otro trato cruel, inhumano o degradante dentro de sus respectivas jurisdicciones. Conforme a los términos de este tratado, las personas acusadas de cometer tortura no podrán evadir la acción de la justicia mediante la fuga al territorio de otro Estado parte. Disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html (Última consulta realizada el 28 de febrero de 2016).

[364] Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Este instrumento define en forma detallada las formas de violencia contra la mujer, incluyendo la violencia física, sexual y psicológica basada en su género, ya sea que ocurra en el ámbito público o privado, y establece que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, además de todos los derechos humanos consagrados por los instrumentos regionales e internacionales. Asimismo, dispone que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros, su derecho a una vida libre de discriminación. Los Estados partes de este instrumento acuerdan condenar todas las formas de violencia contra la mujer e investigar, enjuiciar y sancionar tales actos de violencia con la debida diligencia, en razón de lo cual deberán adoptar tanto políticas como medidas específicas orientadas a prevenirlos, sancionarlos y erradicarlos. Texto íntegro disponible en

Personas (adoptada el 9 de junio de 1994 y en vigor desde el 28 de marzo de 1996)[365]; d) la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (adoptada el 7 de junio de 1999 y en vigor el 14 de septiembre de 2001)[366], e) la Convención Interamericana contra Todas las Formas de Discriminación y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (ambas adoptadas el 5 de junio de 2013 y pendientes de entrar en vigor).

Junto a las citadas convenciones internacionales de carácter regional, también existen otros instrumentos, que sin tener el carácter de "tratados internacionales", sin embargo han jugado un papel importante en el desarrollo del sistema de garantías de derechos en la región. Éste es el caso de la Carta Democrática Interamericana (adoptada el 11 septiembre de 2001)[367]; la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (adoptada

---

http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html (Última consulta realizada el 28 de febrero de 2016).

[365] Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Este instrumento es el primero a nivel internacional en referirse específicamente a esta forma compleja de violación a los derechos humanos. Los Estados partes se comprometen en no sólo a abstenerse de practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada sino a sancionar a los autores, cómplices y encubridores de este delito, dentro de sus respectivas jurisdicciones. Este Tratado asimismo incluye al delito de desaparición forzada entre aquellos que justifican la extradición, de modo de evitar que personas acusadas de este crimen evadan la acción de la justicia huyendo al territorio de otro Estado parte. Además reconoce la facultad de la Comisión de adoptar medidas cautelares en casos de desapariciones forzadas. Texto íntegro disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html (última consulta realizada el 28 de febrero de 2016).

[366] Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Este instrumento tiene por objetivos la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, así como propiciar la plena integración de estas personas a la sociedad. El mecanismo de seguimiento de los compromisos adquiridos en dicha Convención descansará sobre un Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, integrado por un/a representante designado/a por cada Estado parte. Texto íntegro disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html (Última consulta realizada el 28 de febrero de 2016).

[367] Carta Democrática Interamericana. Aprobada por Asamblea General Extraordinaria de la OEA, reafirma que la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática. La Carta Democrática

por la CIDH en su 108º Período Ordinario de Sesiones celebrado del 2 al 20 de octubre de 2000)[368] y, finalmente, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (adoptados por la CIDH en su 131º Período Ordinario de Sesiones celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008)[369].

4. EL ACCESO AL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Ahora bien, además de los requisitos esenciales que debe cumplir el sistema de administración de justicia, conviene preguntarnos por la forma de acceder a él y las condiciones para hacer efectivo dicho acceso. Al

---

Interamericana establece en su art. 8 que cualquier persona que considere violados sus derechos humanos puede presentar denuncias o peticiones ante el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos. Texto íntegro disponible en http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm (última consulta realizada el 28 de febrero de 2016).

[368] Esta declaración incluye principios vinculados con la protección al derecho a la libertad de expresión, a la luz de la interpretación del art. 13 de la Convención Americana, y los estándares internacionales e incluye los siguientes principios: el derecho de buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente; el derecho de toda persona a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya sea que se encuentre en registros públicos o privados; la estipulación de que la censura previa, la interferencia o presión directa o indirecta que restrinja el derecho de libertad de expresión deben estar prohibidas por ley; y aquellos principios vinculados a la preservación de la pluralidad y diversidad de los medios de comunicación; entre otros.

[369] Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. En dicho instrumento se hace una definición amplia de libertad de expresión, al afirmar que privación de libertad es "cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control *de facto* de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria". En este sentido, la definición abarca no sólo a aquellas personas privadas de libertad por delitos o incumplimiento a la ley, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de otras instituciones, donde se restrinja su libertad ambulatoria. Entre los principios indicados en este instrumento, se encuentran aquellos de carácter general (trato humano, igualdad y no-discriminación, debido proceso legal, entre otros), aquellos relacionados con las condiciones de detención de las personas privadas de libertad (salud, alimentación, agua potable, albergue, condiciones de higiene y vestido, medidas contra el hacinamiento, contacto con el mundo exterior, trabajo y educación, entre otros) y, por último, los principios relativos a los sistemas de privación de libertad. Texto íntegro disponible en http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp (Última consulta realizada el 28 de febrero de 2016).

respecto surge un interrogante fundamental relacionado con la titularidad de la acción. ¿Quién puede pedir el conocimiento de una causa?, cuestión ésta que va acompañada de otros interrogantes relacionados con la exigencia de un abogado, los costos para acceder y la capacidad económica de los litigantes, las condiciones de seguridad, etc. Nos concentraremos en esta primera cuestión y trataremos de esbozar algunas ideas entorno a estos últimos asuntos.

Uno de los contenidos esenciales del derecho de acceso a la justicia es el derecho de acción (art. 8.1 CADH). Esta prerrogativa se traduce en la posibilidad que ha de tener todo individuo de elevar su causa al aparato de administración de justicia y a que ésta sea tramitada. Así pues, para medir el nivel de garantía de este derecho por parte de los tribunales internacionales es preciso tener en consideración tanto la posibilidad del acceso directo del individuo a los tribunales como la claridad y la razonabilidad de los requisitos para superar la etapa de admisibilidad de lo procesos que se tramitan ante sí[370].

Sobre el primer tema hay que decir que en el ordenamiento internacional la lucha por conceder la titularidad de la acción al individuo, *ius standi,* no ha sido una batalla fácil y no se ha ganado en todos los escenarios. Este asunto, que además pasa por la discusión de reconocerle o no al individuo la condición de sujeto del derecho internacional, es uno de los asuntos diferenciales de los dos sistemas de protección estudiados. Por el momento y desde el año 2001 al individuo se le reconoce *locus standi,* es decir, la posibilidad de participación directa en el proceso, pero aún no se le ha concedido la titularidad de la acción ante la Corte[371].

---

[370] ACOSTA ALVARADO, P.A., *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*, Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales de El Externado, 2007, *passim.*

[371] GARCÍA RAMÍREZ, S., "El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos", *Revista IIDH*, Vol. 32-33, 2000-2001, pp. 223 ss.

4.1. El individuo y el derecho de acción

En el caso americano la situación es más complicada que en el europeo. El sistema de protección nació bajo el modelo de dos instancias para la tramitación del derecho de petición individual. De este modo, la Comisión Interamericana recibe las quejas remitidas por "cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización"[372] y, posteriormente, decide sobre su admisibilidad y tramita un primer estudio del caso. Este modelo no ha cambiado, a diferencia del europeo, por lo que en la actualidad puede decirse que gracias a esta disposición existe una extensa legitimación en esta etapa del procedimiento a favor de cualquier individuo: quien lo desee y cumpla los requisitos de calificación de víctima, no se garantiza que pueda llegar a la Corte.

En efecto, en el caso de que se compruebe una violación de las obligaciones impuestas por la CADH, y sólo si se trata de un Estado que ha aceptado la competencia contenciosa de la CIDH, la Comisión, tras el trámite previsto, es la única que tiene la potestad de remitir el caso al

[372] Art. 23 de la ComIDH. Presentación de peticiones. "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede representar a la Comisión peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, según el caso, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", conforme a sus respectivas disposiciones, el Estatuto de la Comisión y el presente Reglamento. El peticionario podrá designar en la propia petición, o en otro estricto, a un abogado u a otra persona para representarlo ante la Comisión".

órgano judicial. Por fortuna, desde la reforma de su reglamento en el año 2001, la Comisión asumió, por lo menos, la obligación de consultar con el interesado, la víctima o su representante, su interés de remitir el caso a la Corte.

También gracias a dicha reforma la ComIDH está obligada, una vez remitido el informe del artículo 50 de la CADH[373] y en vista de la negativa del Estado, a cumplir con sus recomendaciones enviando el caso ante el órgano judicial, siempre que éste haya aceptado la competencia contenciosa de la Corte. Anteriormente, además, para remitir el caso a la Corte era precisa la aprobación de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión. Ahora bien, es justamente en esa instancia cuando aquella *extensa legitimación* se ve seriamente restringida, ya que sólo la Comisión, -o el Estado si se trata de denuncias interestatales- puede llamar a las puertas de la Corte, quedando el individuo privado de cualquier litispendencia activa.

Si bien estamos convencidos de que es imperiosa una reforma que le reconozca al individuo su condición de sujeto de derecho internacional en el escenario americano y que, por tanto, pueda tener la posibilidad de acceder directamente al Tribunal, también consideramos que en la actualidad, pese a los múltiples obstáculos que enfrenta el trámite del derecho de petición individual, existe un espacio que permite a los individuos tramitar sus quejas sin más requisitos que los previstos para el buen funcionamiento del mismo. Prueba de ello es la creciente producción

[373] Art. 50 de la CADH. "1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la ComIDH, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e. del artículo 48. 2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo. 3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas".

de la Corte, así como de la Comisión, tal vez insuficiente ante la realidad pero muy esperanzadora en cuanto a la eficacia y productividad del sistema[374].

En ocasiones es posible que el trámite previo ante la Comisión obstaculice y, sobre todo, demore el acceso a la Corte, pero no podemos olvidar dos cuestiones. La primera, es que la Comisión también forma parte de un escenario idóneo para la garantía del acceso a la justicia y un buen filtro de trabajo, no sólo porque el trámite ante ella permite que sólo lleguen a conocimiento del tribunal las causas que superan las admisibilidad y que son probadas como relevantes, sino porque dicho trámite se ha configurado como un escenario para las soluciones amistosas de los casos o el cumplimiento voluntario de las recomendaciones; lo que ayuda, sin lugar a dudas, en la garantía efectiva del derecho de acceso a la justicia. La segunda es que hoy en día la mayoría de los casos que superan el proceso ante la ComIDH son remitidos a la Corte, lo que sumado a la amplia legitimidad ante el sistema, confirma que el acceso interamericano es más abierto.

4.2. Condiciones para el acceso al sistema

En el sistema interamericano, la tramitación del caso suele ser muy costosa. Si bien la denuncia original ante la Comisión no requiere formalmente de abogado y su presentación no exige mayores formalidades, en la práctica la preparación y presentación de la demanda requiere de conocimientos y recursos que las víctimas no suelen tener. Además, una vez que se realiza el trámite ante la Comisión y en la Corte, es preciso contar con los medios suficientes para pagar un abogado, trasladarse a la

[374] *Vid.* FIGURAS VII a X sobre volumen de trabajo de la ComIDH y la CIDH en los últimos años.

sede de los órganos del sistema y aportar pruebas. Como consecuencia, debido a la falta de recursos suficientes por parte de los directamente interesados es preciso que las ONG especializadas asuman la presentación y defensa del caso. Además, dichas organizaciones, suelen buscar financiación externa para ejercer estas funciones, pues las costas ordenadas por la Corte no suelen ser suficientes para cubrir todos los gastos en los que se incurren[375].

Además, en este punto se hacen presentes la condiciones fácticas. Con ellas nos referimos a las condiciones de seguridad que se requieren para que los peticionarios puedan acceder al sistema para reivindicar la tutela de sus derechos sin poner en riesgo sus vidas. Especialmente en el caso americano este es un asunto de suma relevancia para el cual aún no se han planteado soluciones adecuadas. La respuesta dada por el momento, se limita a hacer responsables a los Estados por la seguridad de las personas que acuden ante el sistema. Así pues, en materia de condiciones previas para el acceso a los sistemas parece evidente que una vez más el contexto financiero y político de cada uno de ellos determine su eficacia. En este sentido, no son pocas las consideraciones que se deben tomar en cuenta para asegurar el acceso a la Corte. En el sistema americano, a pesar de su trabajo y de los avances, aún resta mucho por hacer. Una vez que el caso haya sido aceptado para la tramitación ante el órgano judicial, debemos preocuparnos por los parámetros del debido proceso.

Por otra parte, en cuanto a la defensa de un asunto ante la Corte interamericana, conviene señalar que, a partir de la reforma de su

[375] En la actualidad, la CIDH cuenta con un Fondo de Asistencia Legal, dirigido a presuntas víctimas que carezcan de recursos suficientes, destinado a cubrir los gastos de recolección y remisión de documentos probatorios, gastos relacionados con la comparecencia de la presunta víctima, testigos o peritos a audiencias ante la Comisión; así como otros gastos, siempre y cuando la Comisión los estime pertinentes para el proceso. Para un estudio más detallado del Fondo de Asistencia legal, vid. http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/fondo.asp (Última consulta realizada el 9 de abril de 2016).

reglamento del año 2000, la defensa del caso se tramita paralelamente tanto por la Comisión como por los representantes de las víctimas. Estas partes cuentan con total independencia procesal una de la otra, pero suelen trabajar mancomunadamente. De esta forma, una vez presentada la demanda por la Comisión, los solicitantes o sus representantes tienen 30 días para presentar sus propios alegatos (hechos, fundamentos de derecho y pretensiones) en los que además se deben reseñar las pruebas que se quiere traer al trámite[376]. Surtida la fase escrita del proceso, se inician las audiencias, que son públicas salvo excepción justificada, en las que se escuchan a testigos, peritos y partes en el proceso antes de tomar la decisión sobre el fondo y las reparaciones del asunto.

A diferencia del sistema europeo, son pocas las víctimas que cuentan con recursos propios para pagar un abogado que tramite el caso y el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano es todavía un recurso de reciente creación[377]. Por este motivo, es indispensable la intervención de la Comisión como interlocutora natural de la Corte, además de promotora de soluciones amistosas o autora de recomendaciones exitosas. Además, no existe un acuerdo especial que facilite la movilidad de quienes participan en el proceso ni su comunicación con la Corte. Piénsese, por ejemplo, en los obstáculos que los ciudadanos latinoamericanos tienen en materia de tránsito libre por los países vecinos en especial, en EEUU, sede de la Comisión (en Washington D.C.), lo que implica un grave problema durante el proceso.

---

[376] Art. 42.4 del Reglamento de la CIDH. Excepciones preliminares. "4. La Comisión, las presuntas víctimas o sus representantes y, en su caso, el Estado demandante podrán presentar sus observaciones a las excepciones preliminares dentro de un plazo de 30 días contados a partir de la recepción de las mismas".

[377] El Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos fue creado mediante la Resolución de la Asamblea General de Estados Americanos (OEA) AG/RES/2426 de 3 de junio de 2008. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/AGRES_2426.doc (Última consulta realizada el 9 de abril de 2016).

Respecto a la seguridad podemos decir que, al igual que en el sistema europeo, la protección a testigos, peritos y partes en el proceso se puede lograr a través de medidas provisionales, existiendo una disposición especial del reglamento que prohíbe las represalias contra quienes participen en el proceso[378]. Sin embargo, el cumplimiento de dichas medidas suele estar sometido a la voluntad del Estado.

Finalmente, el ordenamiento interamericano también contempla el deber de colaboración de los Estados y la presunción que se aplica en caso de negarse a la práctica de pruebas o, en general, a colaborar con el desarrollo del proceso[379]. Así, prevé la publicidad de los documentos que forman parte del expediente y las audiencias, salvo excepción justificada[380]. Ahora bien, además de estos rasgos generales del proceso, debemos señalar que, debido a los problemas estructurales del sistema, existen serias dificultades que entorpecen la garantía efectiva del derecho de defensa.

---

[378] Art. 53 del Reglamento de la CIDH. Protección de presuntas víctimas, testigos, peritos, representantes y asesores legales. Los Estados no podrán enjuiciar a las presuntas víctimas, a los testigos y a los peritos, a sus representantes o asesores legales ni ejercer represalias contra ellos o sus familiares, a causa de sus declaraciones, dictámenes rendidos o su defensa legal ante la Corte.

[379] Art. 26 del Reglamento de la CIDH. Cooperación de los Estados. "1. Los Estados partes en un caso tienen el deber de cooperar para que sean debidamente cumplidas todas aquellas notificaciones, comunicaciones o citaciones dirigidas a personas que se encuentren bajo su jurisdicción, así como el de facilitar la ejecución de órdenes de comparecencia de personas residentes en su territorio o que se encuentren en el mismo. 2. La misma regla es aplicable respecto de toda diligencia que la Corte decida practicar u ordenar en el territorio del Estado parte en el caso. 3. Cuando la ejecución de cualquiera de las diligencias a que se refieren los numerales precedentes requiera de la cooperación de cualquier otro Estado, la Presidencia se dirigirá al Estado respectivo para solicitar las facilidades necesarias".

[380] Art. 32 del Reglamento de la CIDH. Publicación de las sentencias y de otras decisiones. "1. La Corte hará público: a. Sus sentencias, resoluciones, opiniones y otras decisiones, incluyendo los votos concurrentes o disidentes, cuando cumplan los requisitos señalados en el artículo 65.2 del presente Reglamento; b. Las piezas del expediente, excepto las que sean consideradas irrelevantes o inconvenientes para este fin; c. El desarrollo de las audiencias, salvo las de carácter privado, a través de los medios que se considere adecuados; d. todo documento que se considere conveniente. 2. Las sentencias se publicarán en los idiomas de trabajo del caso; los demás documentos se publicarán en su lengua original. 3. Los documentos depositados en la Secretaría de la Corte, concernientes a casos ya sentenciados, serán accesibles al público, salvo que la Corte haya resuelto otra cosa.

En este sentido, debido a que la Corte no funciona permanentemente pero cada día aumenta su trabajo de forma considerable, el tiempo destinado para las audiencias y, en general, para la sustanciación del caso es cada vez menor, tanto cualitativa como cuantitativamente. También podemos señalar que, a diferencia del sistema europeo, en América es más difícil encontrar abogados especializados en estos asuntos, lo que genera en última instancia, además de los problemas ya señalados, una falta considerable de personal cualificado y, por consiguiente, un serio obstáculo para la tramitación del caso ante la Corte. Podemos ver cómo el sistema europeo tiene grandes ventajas en las condiciones para el ejercicio de una defensa en igualdad de condiciones en el trámite del proceso ante la Corte. Por su parte, el sistema americano aún presenta serios vacíos que dificultan dicho ejercicio y que ponen en peligro la garantía efectiva del derecho de acceso a la justicia.

4.3. El derecho a obtener una respuesta y los plazos

El sistema interamericano, a pesar de la evidente reducción de plazos temporales, a raíz de las reformas del Reglamento de la Corte en el año 2001, se enfrenta a importantes dificultades. En primer lugar, debemos recordar que en este proceso el individuo antes de llegar a la Corte debe esperar además de un largo periodo varios años mientras el caso pasa el filtro de la Comisión. En segundo lugar, y debido a la ausencia de un tribunal permanente que cuente con recursos suficientes, la tramitación de los procesos se desarrolla de forma más lenta y, en consecuencia, los casos se acumulan. Tanto el sistema europeo como el interamericano se enfrentan a problemas de congestión. Ambos corren el riesgo de que sus procesos se

vuelvan en exceso lentos y que, por tanto, generen una violación de la garantía del plazo razonable que tanto han defendido[381].

Los sistemas no tienen la obligación de conocer de todas las peticiones llegadas ni de emitir una resolución favorable al peticionario, pero esto no quiere decir que sus decisiones no estén debidamente fundamentadas. La ausencia de motivación podría dar lugar a una violación del derecho de acceso a la justicia, sobretodo, si se tiene en cuenta los criterios que se pueden emplear para rechazar un caso y la imposibilidad de recurrir tales decisiones.

En el sistema interamericano no existe un órgano de supervisión del cumplimiento de las sentencias. Dicha competencia está en manos de la propia Corte que, además de no tener tiempo para dedicarse a esta labor, no cuenta con ninguna herramienta en este sentido. Su actividad al respecto se limita a pedir informes a los Estados y a los interesados, emitir resoluciones al respecto e incluir en sus informes anuales ante la Asamblea General de la OEA el estado de los casos para informar sobre la reticencia en su cumplimiento. En la actualidad la Corte sólo dedica parte de su último periodo de sesiones al año para estudiar al estado del cumplimiento de las sentencias. El expediente sólo se cierra cuando ésta emite una resolución en este sentido, pero más allá de mantener el proceso abierto la Corte no puede hacer nada más y la Asamblea General, que debería asumir el papel protagonista en este asunto, permanece inmóvil[382].

---

[381] Para un estudio más detallado sobre la congestión del TEDH *vid.* ANEXOS III a V sobre gestión de casos ante el TEDH y su trabajo pendiente. Así como para un estudio más profundo sobre los casos pendientes de resolución ante la CIDH *vid.* FIGURAS VII a X sobre volumen de trabajo de la ComIDH y la CIDH en los últimos años.

[382] VENTURA ROBLES, M.E., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Camino hacia un tribunal permanente", en CANÇADO TRINDADE, A.A., y VENTURA ROBLES, M.E., (Coord.). *EL FUTURO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pp. 109 ss.

La Corte adoptó de *motu propio* la práctica de incluir en sus sentencias una cláusula de indexación de las sumas decretadas en concepto de indemnización. Si bien no soluciona los problemas sobre el incumplimiento, en especial los relacionados con las medidas no pecuniarias de reparación, por lo menos significa un paso cierto hacia la consolidación de los mecanismos para exigir el cumplimiento de las sentencias. Aunque en la actualidad todavía existen serios vacíos en relación con la supervisión del cumplimiento de las sentencias en el sistema interamericano, parece ser que el alto nivel político de este asunto dificulta el perfeccionamiento de los mecanismos de control.

4.4. La ejecución de las sentencias: relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno

En cuanto a las relaciones del derecho internacional y el derecho interno en el ámbito americano podemos decir que, por fortuna, y como consecuencia de la argumentación de la propia Corte IDH, así como del artículo 2 de la CADH[383], en la última década se ha comenzado a manifestar la tendencia de conceder, desde los ordenamientos constitucionales de cada Estado, el rango de la norma superior al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Esto ha generado tanto la adaptación de los ordenamientos internos a las obligaciones internacionales, lo que evita violaciones estructurales o violaciones a futuro y facilita el cumplimiento de las sentencias, como la redacción de normas tendentes a cumplir las

[383] Art. 2 de la CADH. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

resoluciones internacionales conocidas como leyes puente y la inclusión de las fuentes del derecho internacional en el repertorio de fuentes del derecho interno con un rango de indiscutible relevancia vinculante a todos los agentes estatales, con lo cual el efecto de cosa interpretada de las sentencias de la Corte está asegurado.

Lo más importante, tal vez, es que en lo que respecta al cumplimiento de las órdenes de índole particular relacionadas estrictamente con el caso y también como consecuencia de esta tendencia, algunos Estados miembros adoptan las conocidas *normas puente* o normas que regulan el trámite por seguir para dar cumplimiento a las resoluciones del órgano judicial y también se han modificado algunos ordenamientos, procesales y administrativos para dar cumplimiento a lo dispuesto por la CIDH.

Además, en este sentido, merece la pena resaltar que el ordenamiento interamericano a diferencia del europeo, contempla que independientemente de la existencia de dichas normas puente, la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado[384]. No obstante, a pesar de estos significativos avances, y de las disposiciones normativas que facilitan el cumplimiento de las sentencias en el ordenamiento interamericano, todavía existen serios obstáculos, sobre todo de índole política y financiera que impiden la correcta y puntual ejecución de las sentencias de la Corte.

En el sistema interamericano los índices de incumplimiento o de cumplimiento tardío o parcial todavía son muy altos, con lo que la eficacia del sistema puede verse seriamente cuestionada. Por fortuna, en la

[384] Art. 68 de la CADH. "1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado".

actualidad existen serios esfuerzos, sobre todo de los propios órganos judiciales por superar los problemas que se reseñan. Gracias a la labor de la Corte se llenan los vacíos normativos y se superan los inconvenientes, aunque todavía se requieren medidas al respecto[385].

5. LOS DESAFÍOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO

No cabe duda de que el mecanismo interamericano, como el europeo, necesita perfeccionarse. Entre los asuntos que señala la doctrina podríamos mencionar, entre otros, a) la imposibilidad de que el sistema se haya convertido en un mecanismo verdaderamente regional, en la medida en que hoy en día sólo hay 25 de los 35 Estados del continente han ratificado la CADH[386] y sólo 21 aceptan la jurisdicción contenciosa de la Corte[387], 2) la negativa de concederle al individuo el *ius standi*, dada la imposibilidad de concertar una reforma a la Convención y en consideración de las deficientes condiciones de funcionamiento del sistema, 3) los obstáculos para el ejercicio adecuado del derecho de defensa, también decurrentes de la falta de recursos suficientes, 4) las dificultades para el cabal cumplimiento de las sentencias de la Corte, producto de la inexistencia de un adecuado mecanismo de supervisión y los obstáculos propios del

[385] VVAA. "Después del fallo: el cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una propuesta de metodología", en BURGORGUE-LARSEN, L., MAUÉS, A., & SANCHEZ MOJICA, B.E., *Derechos Humanos y Políticas Públicas*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2014, pp. 447 ss. Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHPP_Manual_v3.pdf (Última consulta realizada el 9 de abril de 2016).

[386] *Vid.* ANEXO II. INFORMACIÓN GENERAL DE LA CADH

[387] Para un estudio más detallado sobre la ADMISIÓN DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS vid. Conferencia en la celebración del décimo aniversario del reconocimiento por México de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de la inauguración del XXXVII Periodo Extraordinario de Sesiones de la Corte, que tuvo lugar en la ciudad de México, D.F., del 1 al 5 de diciembre de 2008. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28092.pdf (Última consulta realizada el 9 de abril de 2016).

derecho internacional y 5) el papel de los Estados en la garantía de los derechos humanos y en el funcionamiento del sistema[388].

5.1. El *ius standi* de los particulares

Como vimos, una de las grandes diferencias existentes entre el sistema europeo y americano es la relativa al acceso directo de los particulares al sistema, situación que no es posible en el sistema americano. Éste, sin duda, constituye un importante desafío de futuro. De hecho, la Asamblea General de la OEA encargó a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos estudiar la posibilidad de permitir el acceso directo de los individuos a la Corte. Éste es un mandato anterior al de las cumbres y justamente reforzado por éstas en sus planes de acción, de ahí que sea uno de los asuntos fundamentales en el actual diálogo para el fortalecimiento del sistema[389].

Los expertos participantes en este escenario de evaluación, entre ellos los propios jueces de la Corte, miembros de la Comisión, sociedad civil y academia, están de acuerdo en que para llegar a ese destino tan anhelado e ineludible es imprescindible, ante todo, mejorar las condiciones de funcionamiento del sistema y avanzar poco a poco hacia ese objetivo. En consecuencia, por ahora se analiza el posible camino a seguir antes de abrir las puertas de la Corte a los individuos, en particular, se estudia la

[388] ACOSTA ALVARADO, P.A., *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?*, Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales de El Externado, 2008, pp. 133 ss.

[389] Entre muchos otros, GARCIA RAMIREZ, S., "Una reflexión pragmática sobre el sistema interamericano", *Revista CEJIL*, nº. 1, 2005, pp. 5 ss.; GARCIA RAMIREZ, S., "Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales): algunas cuestiones relevantes", en *El futuro del sistema interamericano de derechos humanos (documento de trabajo nº. 3),* The Center for Civil & Human Rights, University of Notre Dame, 2014, *passim.*

posibilidad de ajustar otras imperfecciones del sistema antes de dar el paso final.

Se trata de un proceso lento. El obstáculo principal radica en que, para conseguir dicho cometido, necesariamente debe modificarse la CADH y éste parece ser un camino espinoso al que muchos temen y para el que además no parece haber una verdadera voluntad política. En este sentido, el sistema europeo podría servir de fuente de inspiración. Estudiar la experiencia europea podría ayudar a evitar caer en los errores de los que está aprendiendo hoy Estrasburgo.

Las dificultades políticas y financieras que enfrenta el sistema interamericano no deben significar la renuncia a su plena jurisdiccionalización. Este es un objetivo por el que se debe trabajar, en búsqueda del perfeccionamiento del sistema de protección. El *ius standi* del individuo es una condición fundamental para garantizar la efectividad del derecho de acceso a la justicia y con ello para la tutela de los derechos humanos.

5.2. La superación de problemas estructurales relativos al derecho de acceso

Los asuntos que en la actualidad ocupan el foco de atención son aquellos que se relacionan con la superación de los problemas estructurales que dificultan el adecuado ejercicio del derecho de defensa y que además causan otros estragos en la garantía del derecho de acceso a la justicia como el cumplimiento del plazo razonable y la imposibilidad de permitir el acceso directo.

En efecto, muchas de las imperfecciones que se deben mejorar, antes del acceso a la Corte, son las que verdaderamente obstaculizan el correcto funcionamiento del sistema. Por ahora, basta mencionar los tres problemas

más preocupantes: a) los altos costes del litigio, b) los problemas de seguridad y de movilidad para acudir al sistema y c) las precarias condiciones de trabajo de la CIDH que menguan las garantías judiciales y que pueden llegar a ocasionar la violación del plazo razonable.

Nos referimos a diversas cuestiones que encuentran el origen en dos causas comunes: la ausencia de recursos suficientes para mantener el sistema y la falta de voluntad política para encontrar soluciones[390]. Desafortunadamente, en relación con estos asuntos, los avances significativos en el seno del diálogo han sido escasos.

En los últimos años, merece la pena destacar la creación de un Fondo de Asistencia Legal mediante la Resolución de la Asamblea General de Estados Americanos (OEA) AG/RES/2426 de 3 de junio de 2008 dirigido a presuntas víctimas que carezcan de recursos suficientes, destinado a cubrir los gastos de recolección y remisión de documentos probatorios, gastos relacionados con la comparecencia de la presunta víctima, testigos o peritos a audiencias ante la Comisión, así como otros gastos, siempre y cuando la Comisión los estime pertinentes para el proceso. Aunque por otra parte, la OEA todavía tiene como tarea pendiente la de promover la formación de profesionales capacitados para el litigio ante el sistema desde los escenarios universitarios y más allá de los simples cursos de formación informal. Asimismo, podría adoptar un acuerdo en el que todos los Estados parte se comprometan a facilitar la comunicación de las partes del proceso con los órganos del sistema, en plenas condiciones de suficiencia y seguridad, así como su comparecencia ante ellos evitando cualquier tipo de obstáculo en su movilidad. Siguiendo el modelo del Acuerdo Europeo relativo a las personas que participan en los procesos ante el TEDH.

390 VVAA., "Fortalecer o no fortalecer. Seis versiones del proceso", *Revista de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF)*, nº. 19, 2014, *op. cit.,* nota 352, pp. 35 ss.

Es imprescindible llamar la atención respecto al esfuerzo político y financiero de la OEA debería corresponderse con el valor de la labor encomendada al sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Así pues, para solventar los obstáculos para la garantía efectiva del derecho de defensa y sobre todo para evitar violaciones al plazo razonable, se debería intentar instaurar una Corte permanente con jueces y abogados con salarios acordes a la labor que desempeñan y con equipo técnico e instalaciones suficientes para adelantar la invaluable labor que se le ha encomendado. Sobre este asunto debemos decir que si bien podemos destacar los exiguos aumentos al presupuesto de la Corte, es imprescindible llamar la atención sobre la ausencia de un plan financiero paulatino que permita pensar en la implementación a corto plazo de una Corte permanente.

5.3. El cumplimiento de las sentencias de la Corte

Debemos mencionar los problemas en torno al cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana. Sobre este asunto deben preocuparnos dos cuestiones: la primera, la ausencia de un mecanismo convencional suficiente para la supervisión de dicho cumplimiento y la segunda, las relaciones del derecho internacional y el derecho interno en cada uno de los Estados miembro.

En la actualidad, la labor de supervisión del cumplimiento de sentencias está a cargo de la propia Corte. Dicha tarea se adelanta sin tiempo y sin esperanzas, pues su resultado se reduce a la mera mención del incumplimiento en el informe anual del órgano judicial, sin que esto genere un revuelo mayor. No cabe duda de que es imprescindible diseñar un mecanismo de supervisión más efectivo. En nuestra opinión, también en el escenario de supervisión, se debería plantear la posibilidad de trasladar la

supervisión del cumplimiento de sentencias a la Asamblea General o al Consejo Permanente, el que debería tener en consideración los informes tanto del Estado involucrado como de los beneficiarios de las sentencias, y en ciertos casos particulares los de la propia Corte, con miras a verificar el cumplimiento de las obligaciones impuestas so pena de la aplicación de ciertas sanciones.

En segundo lugar y respecto de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno cabe decir que, a pesar de los necesarios ajustes en este ámbito, por fortuna, la labor de la Corte y su sentada posición al respecto son la mejor herramienta para solventar los obstáculos. En efecto, la Corte se ha servido de las disposiciones convencionales (arts. 2 y 68.2) y de los principios del derecho internacional para exigir de los Estados tanto la adaptación de sus ordenamientos internos a los parámetros convencionales como el cumplimiento de sus órdenes sin que ello sea entendido como una vulneración a su soberanía. En palabras del Magistrado Antonio CANÇADO TRINDADE, "si el Estado deja de cumplir (las sentencias) incurre en una nueva violación de la Convención Americana, en adición a la violación original de alguno(s) de los derechos por ésta protegido(s) (…). Los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe, no pudiendo invocar, como justificativa para su incumplimiento, disposiciones o dificultades de derecho constitucional o interno (…)".[391]

Los tratados de Derechos Humanos establecen el derecho a un juicio justo por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. Este derecho sería ilusorio si se refiriera tan sólo a la formulación de las

[391] *Vid.* "Informe y propuestas del Presidente y Relator de la CIDH, Juan Antonio A. Cançado Trindade, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA, en el marco del diálogo sobre el SIDH. Bases para un proyecto de protocolo a la CADH, para fortalecer su mecanismo de protección". Texto íntegro del Informe disponible en: http://www.oas.org/council/sp/CAJP/docs/cp08110s10.doc (Última consulta realizada el 9 de abril de 2016).

garantías procesales y a la conducta de las partes litigantes, sin abarcar también la implementación de las decisiones judiciales, lo que difícilmente se conformaría con la propia noción del Estado de Derecho. En resumen y en conclusión sobre este punto, podría decirse que un Estado Parte en las Convenciones Americana (o en la Europea) de Derechos Humanos que deja de ejecutar una sentencia no hace cesar las consecuencias de la violación original establecida por aquellas Cortes, de las Convenciones respectivas, incurriendo de ese modo en una violación adicional de estas últimas, así como en una denegación del acceso a la justicia bajo las mismas. Hay, pues, que adoptar, en el plano nacional, mecanismos de derecho interno para asegurar la fiel ejecución de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos.

En este sentido, PEDRO NIEKKEN señala que el derecho a la protección internacional de los derechos humanos previsto en la CADH se sustenta sobre tres pilares: 1) el concepto de que el titular subjetivo de los derechos humanos es la persona; 2) la formulación procesal del artículo 44 de la Convención; y 3) el sistema general de protección dispuesto en el tratado. Este derecho debe "ser efectivo y (por tanto) está sometido a los mismos deberes de respeto y garantía que pauta el artículo 1 de la Convención". Por ello, según este autor, como consecuencia, la satisfacción de esta prerrogativa también comporta deberes para los Estados, como lo son, en primer lugar, el deber (negativo) de no establecer obstáculos para el acceso de la persona a la protección internacional; en segundo lugar, el deber (positivo) de cooperar en el desarrollo del proceso; y en tercer lugar, el deber (positivo) de adoptar las medidas legislativas y de otro carácter necesarias para ejecutar las decisiones (internacionales)[392]. Así pues, la

[392] NIEKKEN, P., "El sedicente fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sus dobles estándares frente a las obligaciones internacionales de los Estados americanos", *Revista IIDH*, nº. 56, 2012, pp. 73 ss.

efectividad y el efecto útil de este derecho requieren que, de conformidad con el artículo 2 de la Convención, los Estados parte adopten las disposiciones legislativas o de otro carácter necesarias para ponerlas en práctica, como un componente de su deber de dotar de efectividad en el orden interno a todos los compromisos asumidos al ratificar el tratado y reconocer la competencia de los órganos de protección en él previstos.

5.4. El compromiso y responsabilidad de los Estados parte

Es importante recordar que, también en el sistema interamericano, tanto autoridades como expertos coinciden en recordar que la responsabilidad primigenia en la protección de los Derechos Humanos y en el correcto funcionamiento el sistema está en manos del Estado. En efecto, además de ser las instancias nacionales las llamadas a proteger a los individuos y a sancionar las violaciones a los derechos humanos, son los Estados los que pueden salvar o hundir el sistema. Como lo señala el jurista mexicano GARCÍA RAMÍREZ, expresidente de la CIDH, la batalla por los derechos humanos comienza dentro de los países americanos y culmina en ellos. Y es que, según este autor, las instancias internas son el primer frente, tomando en cuenta la función subsidiaria o complementaria que compete a las instancias internacionales. En este contexto, los Estados adoptan las decisiones que asumirá la organización internacional, proveen recursos, están llamados a asumir en su legislación, en su jurisprudencia, en sus programas y prácticas los avances que surgen en diversos ámbitos del sistema, particularmente la jurisdicción interamericana[393]. De ahí el gran interés que reviste atraer la atención de los Estados hacia la función protagónica que les incumbe y alentar la comprensión y el desarrollo en el

[393] GARCÍA RAMÍREZ, S., "El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos", *Revista IIDH*, Vol. 32-33, 2000-2001, *passim.*

frente interno. Esta batalla es indispensable. De sus resultados depende, en buena medida, la respuesta general del Sistema.

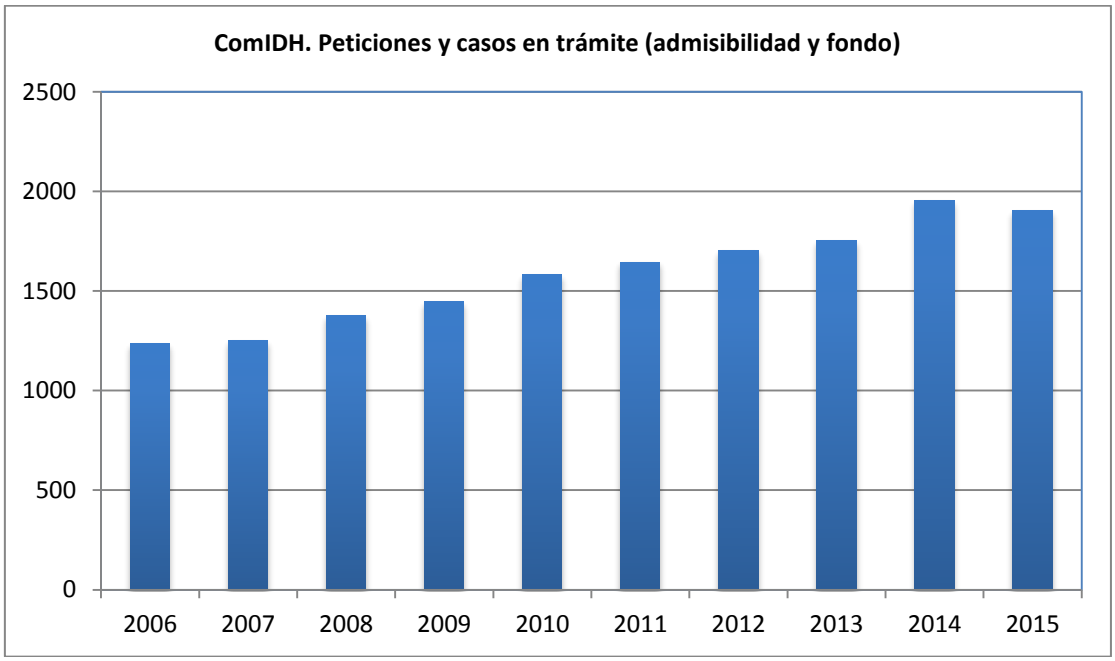
Por lo tanto, compete a los Estados asumir un compromiso serio no sólo frente a la expedición de normas que ayuden con el cumplimiento de las sentencias de la Corte sino, y sobretodo, en la adaptación de los ordenamientos internos y de las conductas de los agentes estatales con miras a evitar las violaciones a los derechos humanos o a repararlas correctamente. Asimismo, se hace necesario un compromiso real para el estudio y puesta en marcha de las reformas necesarias. Todas las resoluciones de la Asamblea General, así como los informes del Consejo Permanente relativos al fortalecimiento del sistema dan cuenta de la necesidad de reforzar la labor de los Estados en torno a estos asuntos. Desde siempre, y aún más ahora, con ocasión del diálogo, se ha resaltado el papel fundamental de los Estados y de sus sistemas nacionales de protección con el perfeccionamiento del mecanismo interamericano de protección.

FIGURA VI. NÚMERO TOTAL DE CASOS ANTE LA COMIDH (2006-2015)

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Peticiones recibidas	1325	1456	1323	1431	1598	1658	1936	2061	1758	2164
Pet. pendientes de estudio inicial	-	-	-	-	-	6134	7208	8548	9039	9673
Pet. con decisión de no abrir a trámite	562	880	880	1395	712	789	674	613	1039	876
Pet. con decisión de abrir a trámite	147	118	118	120	-	-	-	-	-	208
Total de decisiones sobre apertura	709	998	998	1515	988	1051	811	736	1323	1084
Informes de inadmisibilidad	14	14	10	15	10	11	17	9	4	2
Informes de admisibilidad	56	51	49	62	73	66	42	44	47	42
Peticiones en admisibilidad	-	-	-	-	-	-	-	-	1379	1392
Casos en fondo	-	-	-	-	-	-	-	-	576	522
Informes de fondo publicados	8	4	7	13	4	5	1	3	3	5
Informes de solución amistosa	10	5	4	4	11	8	8	6	6	5
Peticiones y casos en trámite	1237	1251	1376	1450	1584	1645	1704	1753	1955	1903
Decisiones de archivo	27	10	0	20	55	54	42	38	29	107
Casos enviados a la CIDH	14	14	9	11	16	23	12	11	19	14
Solicitudes de medidas cautelares	-	-	301	-	375	422	448	400	504	674
Medidas cautelares otorgadas	37	40	28	34	68	57	35	26	33	45

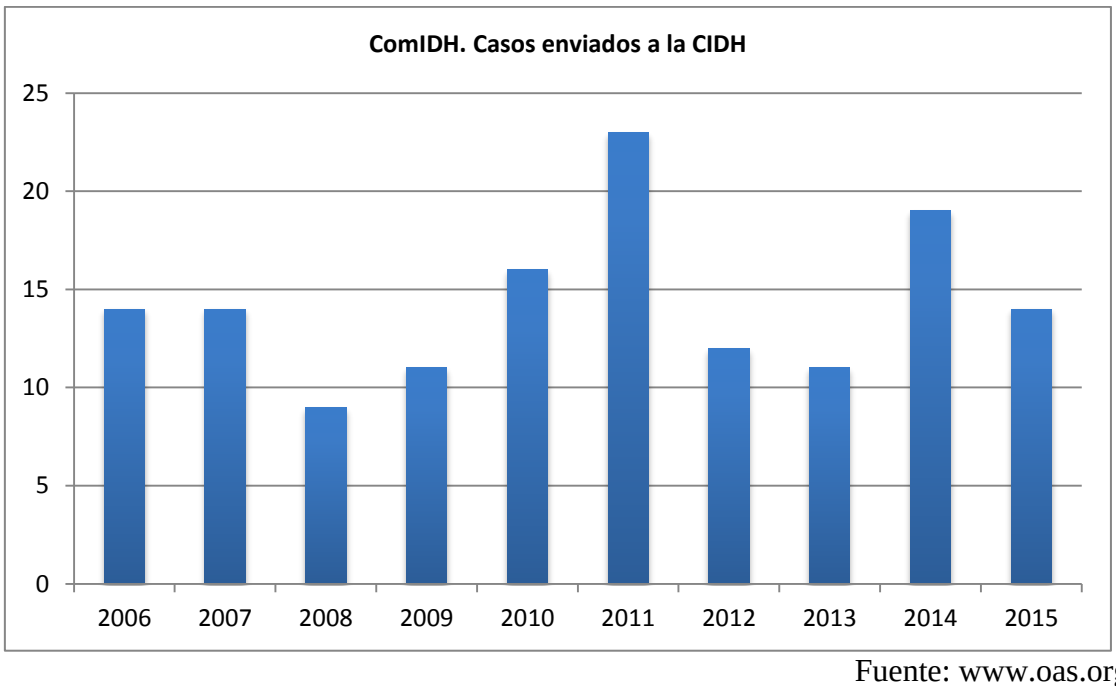
Fuente: www.oas.org/

FIGURA VII. PETICIONES Y CASOS EN TRÁMITE (2006 - 2015)[394]



Fuente: www.oas.org/

FIGURA VIII. CASOS ENVIADOS A LA CIDH (2006 - 2015)[395]

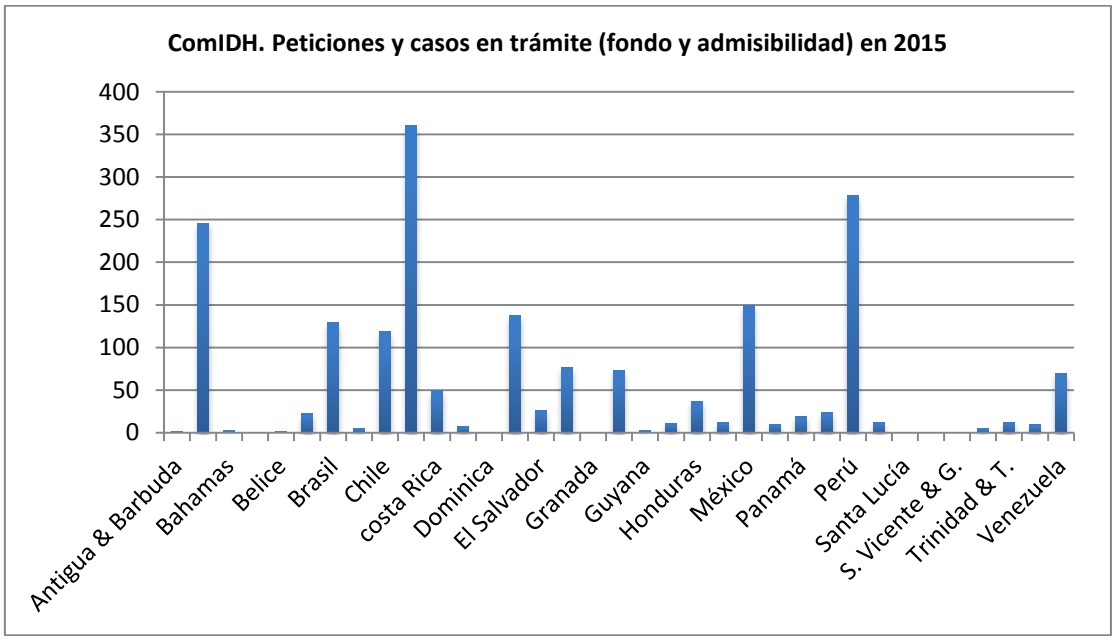


Fuente: www.oas.org/

[394] Peticiones y casos en trámite ante la ComIDH (2006-2015). Para un estudio más detallado *vid.* FIGURA VI. NÚMERO TOTAL DE CASOS ANTE LA COMIDH (2006-2015).

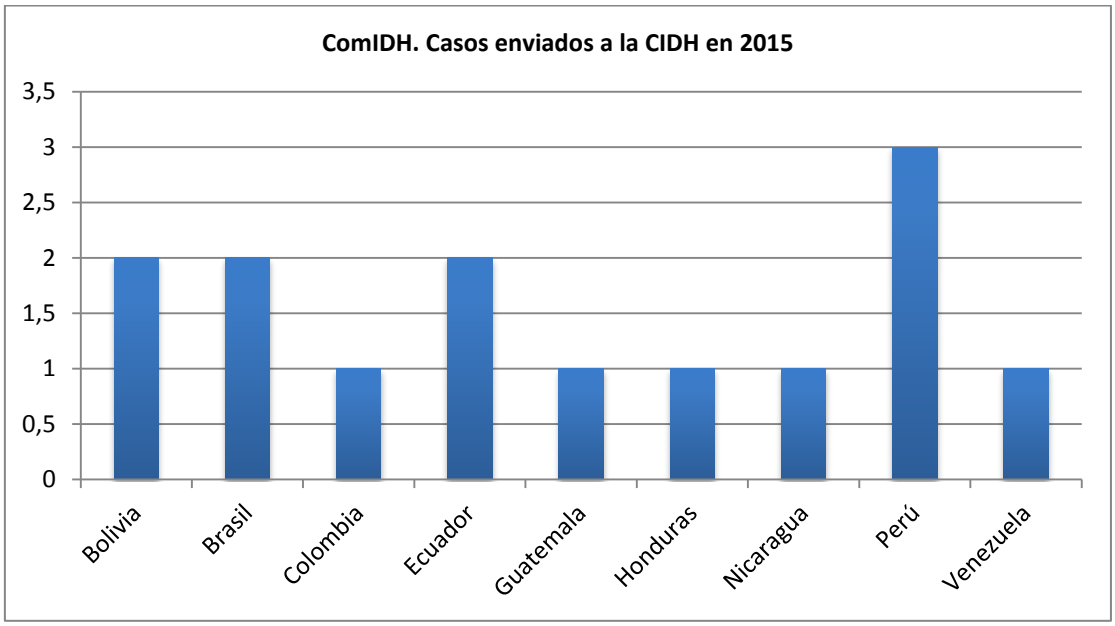
[395] Casos enviados a la CIDH (2006-2015). Para un estudio más detallado *vid.* FIGURA VI. NÚMERO TOTAL DE CASOS ANTE LA COMIDH (2006-2015).

FIGURA IX. PETICIONES Y CASOS EN TRÁMITE EN 2015[396]



Fuente: www.oas.org/

FIGURA X. CASOS ENVIADOS A LA CIDH EN 2015[397]



Fuente: www.oas.org/

[396] Peticiones y casos en trámite (fondo y admisibilidad) en 2015. Antigua & Barbados: 1; Argentina: 246; Bahamas: 2; Barbados: 0; Belice: 1; Bolivia: 22; Brasil: 129; Canadá: 5; Chile: 119; Colombia: 360; Costa Rica: 49; Cuba: 7; Dominica: 0; Ecuador: 137; El Salvador: 26; Estados Unidos: 76; Granada: 0; Guatemala: 73; Guyana: 3; Haití: 11; Honduras: 37; Jamaica: 12; México: 149; Nicaragua: 10; Panamá: 19; Paraguay: 24; Perú: 278; República Dominicana: 12; Santa Lucía: 0; S. Cristóbal y Nieves: 0; S. Vicente & G.: 0; Surinam: 5; Trinidad & T.: 12; Uruguay: 9; Venezuela: 69.

CAPÍTULO IV.
LA TEORÍA DEL CONSENSO Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN MATERIA DE ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

1. LA PROTECCIÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL EN LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

La Carta de la Organización de Estados Americanos, firmada durante la IX Conferencia Internacional Americana el 30 de abril de 1948 en Bogotá y por la que se crea la OEA, declara en su preámbulo que la misión histórica de América es la de *ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones*[398].

Se trata de un proyecto en el que tanto el Hombre como el Estado son protagonistas. En este contexto, se plantea la creación de una organización de integración regional en el que se consagra el derecho a la soberanía e igualdad de los Estados miembros y se reconoce el derecho de cada uno de éstos a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica, con el único límite del respeto a los derechos humanos y los principios de la moral universal[399]. Se trata, en definitiva, de

[398] Carta de la OEA. Suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992 y por el Protocolo de Managua en 1993. El texto íntegro de la Carta puede consultarse en: http://www.oas.org/es/centro_informacion/default.asp (Última consulta realizada el 2 de marzo de 2016).

[399] Art. 17 de la Carta de la OEA. "Cada Estado tiene el derecho a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica. En este libre desenvolvimiento el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal".

una premisa que *a prima facie* puede resultar elemental, pero que, sin embargo, ha servido de arma de doble filo en materia de defensa de los derechos de la población LGBTI, ya que este argumento podría ser utilizado por aquellos que entienden la homosexualidad como acto *contra natura* que atenta contra la moral y las buenas costumbres.

En este sentido, el desarrollo de la teoría de los derechos humanos aplicada a la libre sexualidad ha planteado una (re)interpretación no sólo de las cláusulas genéricas de igualdad y protección frente a la discriminación contempladas en los artículos 1.1 y 24[400] de la CADH, sino que también ha provocado la inclusión de la no discriminación por razón de orientación sexual en la agenda de trabajo de las distintas instituciones y organismos que componen la OEA (como es el caso de la Asamblea General, que desde 2008 emite las resoluciones de carácter anual, en materia de derechos humanos, orientación sexual e identidad de género). En este sentido, entre las iniciativas de los últimos años merece la pena destacar la redacción de la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación o intolerancia de 2011, así como ese mismo año se creó la Relatoría sobre los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI) que se ha encargado, desde entonces, de monitorear el trabajo de la ComIDH y de la CIDH en la materia.

1.1. La protección de la orientación sexual en las resoluciones de la Asamblea General de la OEA

En el sistema interamericano recientemente se ha desarrollado un marco político y jurídico que podría considerarse proclive al

[400] Art. 24 de la Carta de la OEA. "Las controversias internacionales entre Estados miembros deben ser sometidas a los procedimientos de solución pacífica señalados en esta Carta".

reconocimiento de los derechos de las lesbianas, gays, bisexuales en la región. Desde que el pasado 3 de junio de 2008, durante la cuarta sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA celebrada en Medellín, se adoptó la denominada Resolución n. 2435 (XXXVIII-O/08)[401], bajo el título "Derechos Humanos, orientación sexual, e identidad de género", la protección de la orientación sexual está presente en diversas iniciativas de los distintos órganos que componen dicha organización.

La mencionada Resolución n. 2435 (XXXVIII-O/08) se planteó ante la preocupación por el aumento de la violencia contra individuos por motivo de su orientación sexual e identidad de género y en ésta no sólo se condenan los actos de violación de derechos humanos, sino que también se hace una referencia expresa a la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género, instando a los Estados miembros a tomar medidas para prevenirla, sancionarla y erradicarla. Asimismo, se les conmina a aprobar políticas públicas dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de sus respectivos ordenamientos internos[402].

El compromiso de la Asamblea General de la OEA tras la aprobación de la Resolución n. 2435 (XXXVIII-O/08), se refleja en la aprobación de resoluciones periódicas (con carácter anual) que se han planteado en el seno de la misma, que conforman el bloque de resoluciones sobre "Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género". De este modo son varias las resoluciones que podemos encontrar en este sentido. Así, en mayo de 2009 Brasil impulsó la Resolución n. 2504 (XXXIX-

[401] AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08). "Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género". Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2435_XXXVIII-O-08.pdf (Última consulta realizada el 14 de noviembre de 2015).

[402] RAMIREZ, B., "Profundizando la igualdad desde la orientación sexual: a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Karen Atala e hijas contra Chile", *Revista Gaceta Constitucional*, nº. 54, 2012, pp. 321-333.

O/09)[403] adoptada en San Pedro Sula, Honduras, solicitando a los Estados miembros de la OEA a que adoptasen medidas para responsabilizar a aquéllos que perpetraran actos de violencia contra individuos, por motivo de su orientación sexual e identidad de género y que además, garantizasen la protección de los defensores de derechos humanos que trabajaran en temas relacionados con los actos de violencia, discriminación y violaciones de los derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género.

Posteriormente, durante el año 2010 y en el marco del cuadragésimo período de sesiones de la OEA celebrado en Lima, se adoptó la Resolución de la Asamblea General n. 2600 (XL-O/10)[404], en la que se determinó que los Estados debían adoptar garantías de no repetición y proporcionar el acceso a la justicia, contemplando además que la CIDH estudiaría la posibilidad de elaborar un informe temático e incluiría en su sesión ordinaria el tema sobre "derechos humanos, orientación sexual e identidad de género". Un año más tarde, en la sesión celebrada en San Salvador, se aprobó la Resolución n. 2653 (XLI-O/11)[405], en la que se contemplaron una serie de medidas concretas dirigidas a los Estados miembros, a la Comisión Interamericana y a otros órganos de la OEA. En dicha resolución, la Asamblea General planteó que los Estados miembros serían los encargados de implementar las políticas públicas contra la discriminación por razón de

[403] AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09). "Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género". Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2504_XXXIX-O-09.pdf (Última consulta realizada el 14 de noviembre de 2015).

[404] AG/RES. 2600 (XL-O/10) "Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género". Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2600_XL-O-10_esp.pdf (Última consulta realizada el 14 de noviembre de 2015).

[405] AG/RES. 2653 (XLI-O/11) "Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género". Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2653_XLI-O-11_esp.pdf (Última consulta realizada el 14 de noviembre de 2015).

orientación sexual e identidad de género. Así como se incluyeron este tipo de políticas en el plan de trabajo de la CIDH, que debía presentar un informe elaborado con la ayuda de los Estados sobre tal asunto. Asimismo sería la encargada de elaborar, con la ayuda del Comité Jurídico, un estudio sobre las implicaciones jurídicas y los aspectos conceptuales y terminológicos que rodean la temática.

Al año siguiente, en 2012, se aprobaría la Resolución n. 2721 (XLII-O/12)[406], en la que se solicitó a la Comisión Interamericana que realizara un estudio sobre leyes y disposiciones vigentes en los Estados miembros de la OEA que limitaran los derechos humanos de las personas como consecuencia de su orientación sexual o identidad de género y que, como resultado de dicho estudio, se elaborara una guía destinada a promover la despenalización de la homosexualidad.

En la Resolución n. 2807 (XLIII-O/13)[407], aprobada en junio de 2013 en la Antigua, Guatemala, se reproduce el contenido de las resoluciones anteriores y el 5 de junio de ese mismo año, la Asamblea General aprobaría la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, que supuso, tal y como estudiaremos en el próximo apartado, el compromiso de una serie de medidas estatales en materia de protección de la no discriminación por razón de orientación sexual por parte de los Estados signatarios.

[406] AG/RES. 2721 (XLII-O/12) "Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género". Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2721_XLII-O-12_esp.pdf (Última consulta realizada el 15 de noviembre de 2015).

[407] AG/RES. 2807 (XLIII-O/13) "Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género". Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2013. Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2807_XLIII-O-13.pdf (Última consulta realizada el 15 de junio de 2015).

En la última resolución aprobada hasta el momento, es decir, la Resolución n. 2863 (XLIV-O/114)[408] de 2014, se reproduce el texto íntegro de resoluciones anteriores, tratando de asentar un marco jurídico idóneo para la defensa de la orientación sexual. Gracias a las resoluciones de la OEA citadas anteriormente, que demandaban estudios para la CIDH, se elaboró un informe sobre los términos jurídicos, conceptuales y terminológicos relacionados con la orientación sexual, identidad de género y expresión de género. En este informe, se indica que en el ámbito jurídico y en particular en el de la ONU las discusiones sociales se han subsumido comúnmente en la expresión *minorías sexuales* para englobar cuestiones relacionadas con los derechos de las personas gays, lesbianas, transgénero, bisexuales e intersex y se indica que el Derecho internacional de los derechos humanos abarca la comprensión de la orientación sexual para la identidad de género y para la expresión de género, entendiendo que tales características personales son inherentes a las personas, así como la etnia, siendo inmutables en el sentido de que el individuo no puede separarse de ella sin riesgo de sacrificar su propia identidad. Además, añade que a las decisiones particulares y personales de los individuos forman parte de su proyecto de vida y están, por tanto, en un proceso de desarrollo permanente, no autoriza a terceros o al Estado a que interfieran en tal construcción, ya que esto podría significar una violación de la dignidad.

En este orden de ideas, cabe señalar que la Asamblea General nos ofrece su propia definición de orientación sexual, definiéndola como "la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener

[408] AG/RES. 2863 (XLIV-O/14) "Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género". Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2013. Disponible en https://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/docs/AG-RES2863-XLIV-O-14esp.pdf (Última consulta realizada el 14 de junio de 2015).

relaciones íntimas y sexuales con estas personas"[409]. Asimismo, en los ámbitos sociológico y psicológico se reconoce con mayor intensidad la fluidez que existe en la construcción de la identidad propia y la auto-definición. Desde esta perspectiva, se reconoce que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género no son características estáticas de la persona, sino que por el contrario, son elementos dinámicos y dependen de la construcción que cada persona haga de sí misma, así como de la percepción social que se tenga respecto de éstas. En este sentido, coincidimos con la doctrina cuando afirma que "en lugar de pensar en la identidad como un hecho ya consumado, al que las nuevas prácticas culturales representan, deberíamos pensar en identidad como una producción que nunca está completa, sino que siempre está en proceso y (que) se constituye dentro de la representación y no fuera de ella"[410].

En otro orden de ideas, conviene señalar que podemos hablar de dos dimensiones de la categoría de orientación sexual. Por una parte, en el ámbito de las decisiones íntimas del individuo y como parte esencial de su proyecto de vida, lo que explica que las personas puedan estar en un proceso de desarrollo constante y fluctuante, construyéndose a sí mismas en relación con una determinada orientación sexual. No obstante, la posible fluctuación y movilidad de una orientación sexual a otra no supone que la misma pueda ser objeto de crítica por parte de terceras personas o

[409] Estudio elaborado por la ComIDH en cumplimiento de la resolución de la "AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género".

[410] Para un estudio más detallado sobre la construcción de la identidad, *vid.* entre otros, HALL, S., "Signification, representation and ideology: Althusser and the post-structuralist debates", *Critical Studies in Mass Communication*, Vol. 2, 1985, *passim*. o HALL, S., "Cultural identity and diáspora" en RUTHERFORD, J., (ed.) *Identity*, Londres, Lawrence & Wishart, 1990, *passim.* o HALL, S., "Cultural identity in question" en HALL, S., HELD, D., y MCGREW, T., (eds.) *Modernity and Its Futures*, Cambridge, Polity Press, 1993, *passim.* o HALL, S., "Fantasy, identity, politics" en CARTER, E., DONALD, J., y SQUITES, J., (eds.), *Cultural Remix: Theories of Politics and the Popular*, Londres, Lawrence & Wishart, 1995, *passim.*

susceptible de ser sancionada por parte del Estado, *so pena* de configurarse una vulneración de su dignidad.

A este respecto, la Corte Interamericana en el *caso Perozo y otros c. Venezuela* señaló que "es posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la auto-identificación de la víctima"[411]. Y es que tal y como podemos leer en el estudio elaborado por la CIDH en cumplimiento de la Resolución AG/RES (XL-O/11) *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género* hay cierta fuerza en el argumento de que la percepción lo es todo. En este contexto, la CIDH entiende por discriminación por razón de orientación sexual toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por el hecho de ser lesbiana, gay o bisexual —o ser percibido o percibida como tal—, que tiene por objeto o por resultado —ya sea *de iure* o *de facto*[412]— anular o menoscabar el

[411] SCIDH. Caso Gabriela Perozo y otros c. Venezuela. STC de 28 de enero de 2009. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_esp.pdf (Última consulta realizada el 19 de marzo de 2016).

[412] La CIDH entiende que esta discriminación puede manifestarse de manera directa (intencional o "por objeto") e indirecta (involuntaria o "por resultado"), y que ésta puede ser *de facto* —cuando ésta se manifiesta de hecho o en la práctica— o *de iure* —cuando se origina en la ley o norma—. El Comité DESC ha sostenido que para que los Estados partes puedan garantizar el ejercicio sin discriminación de los derechos recogidos en el Pacto, hay que erradicar la discriminación tanto en la forma como en el fondo: (i) discriminación formal: para erradicar la discriminación formal es preciso asegurar que la Constitución, las leyes y las políticas de un Estado no discriminen por ninguno de los motivos prohibidos; (ii) discriminación sustantiva: para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares. Los Estados partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o *de facto.* Asimismo, hay discriminación directa cuando un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación. También constituyen discriminación directa aquellos actos u omisiones que causen perjuicio y se basen en alguno de los motivos prohibidos de discriminación cuando no exista una situación similar comparable. Por otra parte, la discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera

reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social y culturalmente se han construido en torno a dichas personas[413].

1.2. Las cláusulas de igualdad y no discriminación en la Convención Americana sobre derechos humanos (CADH)

La Convención Americana sobre derechos humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica o CADH) suscrita, tras la Conferencia especializada interamericana de Derechos humanos, el 22 de noviembre de 1969, se ha convertido en uno de los pilares fundamentales del sistema interamericano en materia de protección contra la discriminación. En el preámbulo de dicha Convención, los Estados parte se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en la misma y a garantizar su libre y pleno ejercicio a todas las personas que estén sujetas a su jurisdicción, sin discriminación alguna. Este propósito se concreta en la cláusula genérica de no discriminación contemplada en el artículo 1.1[414] del texto, en el que se hace referencia al deber del Estado de

---

desproporcionada en los derechos afectados por los motivos prohibidos de discriminación. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Nº 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 8.

[413] SCIDH. Caso Ángel Alberto Duque c. Colombia, Caso 12841. Fecha de remisión a la CIDH: 21 de octubre de 2014. Informe de Fondo de la ComIDH disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12841FondoEs.pdf (Última consulta realizada el 19 de marzo de 2016).

[414] Art. 1 de la CADH. Obligación de respetar los derechos. "1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano". Texto íntegro disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm (Última consulta realizada el 19 de marzo de 2016).

respetar y garantizar los derechos contenidos en la Convención Americana sin que medie discriminación alguna, así como en la prohibición de no discriminación del artículo 24, que protege el derecho a una protección igualitaria ante la ley. Este artículo prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino también en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de una ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana.

En definitiva, se trata de un sistema de protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria a la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos. Por esta razón debe entenderse que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (en el ámbito nacional y regional) están obligados a ejercer *ex officio* un control de convencionalidad de la protección de la no discriminación, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo realiza la CIDH, intérprete última de la Convención. Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en los distintos Estados parte, tales como los distintos tribunales constitucionales o las cortes supremas de justicia deben referirse y aplicar el control de convencionalidad en materia de no discriminación, teniendo en cuenta las interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana.

En este sentido, la labor de interpretación de la CIDH es el resultado de un proceso evolutivo, en el que la realidad social de los distintos Estados que integran el sistema influye y condiciona la interpretación de las obligaciones previstas en la Convención Americana a través de la noción de consenso. De este modo podría decirse que la protección de la no discriminación por razón de orientación sexual resulta de la interpretación de la CIDH, que adapta los preceptos convencionales a la realidad social contemporánea con el fin de mantener el acervo jurídico ya consolidado en el sistema regional, siguiendo una concepción consensualista. De este modo, la CIDH se asegura realizar su labor de interpretación conforme a la práctica y las convicciones generalmente reconocidas y aceptadas por los Estados parte. Pero, al emplear la noción de *consenso*, es inevitable que afloren una serie de tensiones: en primer lugar, entre jurisdicción universal y constitucional, en segundo lugar entre soberanía y cooperación y, por último, entre regionalismo y universalismo[415].

En primer lugar, esta interpretación evolutiva se desarrolla en el marco de una tensión entre el carácter internacional de los sistemas regionales de defensa de derechos humanos y la dimensión constitucional de los derechos y libertades protegidos en los instrumentos internacionales. Desde esta óptica iusinternacionalista, a través de una interpretación evolutiva de la CADH basada en la noción de consenso, se puede explicar las complejas relaciones que mantiene la CIDH con los tribunales nacionales.

En segundo lugar, la interpretación evolutiva de la CADH puede subsumirse en el contexto de la dialéctica entre soberanía y cooperación que se encuentra asentada en el ordenamiento jurídico internacional con carácter transversal. En la práctica, la CIDH puede declarar el

[415] PASCUAL VIVES, F., "Consenso e interpretación evolutiva …", *op. cit.*, nota nº. 9, pp. 126 ss.

incumplimiento, por parte de un Estado miembro, de sus obligaciones regionales en materia de derechos humanos, basándose en un acuerdo general alcanzado por el resto de Estados parte, otorgando un determinado derecho a los particulares. Se trata de una erosión del principio de igualdad soberana a favor del principio de cooperación, razón por la cual, en su condición de tribunal internacional, la CIDH opera con cautela cuando pondera una interpretación evolutiva de la CADH.

En tercer lugar, la identificación de un acuerdo general constituye una operación compleja que exige realizar un análisis de la posición jurídica mantenida por los Estados no sólo en los respectivos subsistemas regionales donde participan, sino también con carácter general en el Derecho internacional de los derechos humanos. Los Estados parte en la CADH lo son a su vez en múltiples tratados internacionales de ámbito universal destinados a proteger los derechos humanos. De modo que cuando la CIDH interpreta la CADH recurre a instrumentos universales para constatar el alcance otorgado por los Estados parte a las obligaciones allí previstas y, dado que los derechos humanos constituyen un valor general comúnmente aceptado en la sociedad internacional, trata de identificar *un consensus generalis* que le permita fundamentar una interpretación evolutiva de la CADH y coherente con los compromisos asumidos por los Estados en el ámbito universal. En este sentido, la CIDH ha invocado en reiteradas ocasiones las resoluciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, así como las resoluciones emitidas por la Asamblea General de la OEA como una manifestación del acuerdo general alcanzado en el ámbito interamericano por todos sus Estados miembro. De modo que, la CIDH trata de fundamentar una interpretación evolutiva de la existencia de un acuerdo general entre los Estados que puede adquirirse por remisión a la práctica regional o universal.

El límite a esta práctica hermenéutica evolutiva, basada en la noción de consenso, radica en la imposibilidad de modificar el espíritu de la CADH incorporando un elemento que no estuviera previsto inicialmente por los Estados signatarios. En este sentido, ha sido necesaria una interpretación extensiva de las cláusulas genéricas de los principios de igualdad y no discriminación contempladas en el texto para reivindicar la protección de la población LGBTI en el sistema interamericano. De modo que para argumentar la protección frente a la discriminación por razón de orientación sexual, a través de estos preceptos, será necesario acudir al principio *pro homine*, recogido en el artículo 29 de la Convención Americana[416], que señala que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada de forma que permita a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma o limitarlos en mayor medida que la prevista en ésta.

En definitiva, la protección contra la discriminación por razón de orientación sexual a través de la interpretación extensiva de las cláusulas genéricas contempladas en la CADH puede resultar un tanto controvertida. Sin embargo, esta corriente de pensamiento tomará fuerza gracias a acciones posteriores, tales como la aprobación de la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, que sí contempla la no discriminación por razón de orientación sexual de forma expresa.

[416] Art. 29 de la CADH. Normas de interpretación. "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

1.3. La protección de la orientación sexual en la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia

La protección frente a la discriminación por razón de orientación sexual se ha ido afianzando en el sistema interamericano, tal y como comentábamos en el apartado anterior, primero a través de su reconocimiento, a través de la técnica de la interpretación extensiva, de las cláusulas genéricas del principio de igualdad y no discriminación contempladas en la CADH y, en fechas más recientes, mediante la inclusión explícita de la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual en otros instrumentos, tales como la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia de 2011[417].

En el preámbulo de dicha Convención, observamos cómo los Estados signatarios, alarmados por el aumento de delitos de odio, consideran que una sociedad plural y democrática debe respetar la identidad de género y sexual de la persona y crear las condiciones que le permitan expresar, preservar y desarrollar su identidad. Con este propósito, el texto de la Convención define discriminación como cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar derechos y/o libertades fundamentales. Así como plantea una amplia lista de causas que pueden

[417] Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia. Para un estudio más detallado de la Convención, *vid.* ANEXO VII. ESTADO DE FIRMAS Y RATIFICACIONES CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN E INTOLERANCIA. Texto íntegro disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_texto.asp (Última consulta realizada el 3 de abril de 2016).

generar dicha discriminación[418], entre las que se encuentra la orientación sexual, identidad y expresión de género.

La Convención contra toda forma de discriminación e intolerancia reconoce tres tipos distintos de discriminación: indirecta[419], múltiple o agravada[420] e intolerancia[421]. Asimismo excluye de las categoría de discriminación a aquellas medidas transitorias que discriminen positivamente a grupos especialmente vulnerables.

Este marco teórico sirve para establecer una serie de compromisos entre los Estados signatarios, destinados a prevenir, eliminar y sancionar todas los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia[422]. En este sentido, éstos se comprometen mediante la firma y adopción de la Convención a implementar políticas especiales y acciones afirmativas para garantizar la protección de los derechos y libertades fundamentales de aquellas personas o grupos minoritarios, susceptibles de discriminación o

[418] En el art. 1 de la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia se plantea que un acto discriminatorio puede estar basado en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.

[419] La Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia contempla en su art. 1.2. la discriminación indirecta como aquella que se produce cuando una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutra, es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico. A menos que tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

[420] La Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia contempla en su art. 1.3. la discriminación múltiple o agravada como cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada en dos o más de los motivos reconocidos en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

[421] La Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia contempla en su art. 1.3. la intolerancia como un acto o conjunto de actos o manifestaciones que expresan el irrespeto, rechazo o desprecio de la dignidad, características, convicciones u opiniones de los seres humanos por ser diferentes o contrarias a las de la mayoría.

[422] Para un estudio más detallado sobre los deberes del Estado contemplados en la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, *vid.* CAPITULO III. Deberes del Estado. Arts. 4 ss.

intolerancia por parte de una mayoría dominante, con el objetivo de promover condiciones equitativas de igualdad de oportunidades, así como la inclusión de estas personas o grupos minoritarios como miembros de una sociedad democrática.

Ahora bien, la Convención no sólo establece mecanismos de persecución de la discriminación y la intolerancia, sino que también contempla el compromiso de los Estados de desarrollar estudios sobre la naturaleza, causas y manifestaciones de la discriminación e intolerancia en sus respectivos territorios, (en los ámbitos local, regional y nacional), así como de recopilar y difundir datos sobre la situación de los grupos o individuos que son víctimas de la discriminación y la intolerancia[423], gracias a la creación de instituciones nacionales, que serán responsables de dar seguimiento al cumplimiento de la Convención y de la que tendrá que tener conocimiento la Secretaría General de la OEA[424]. De modo que en este nuevo sistema de estudio sobre la discriminación y la intolerancia, los Estados signatarios se comprometen a promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias y a establecer mecanismos de protección y seguimiento de los compromisos adoptados en la Convención, articulados a través de un *Comité Interamericano para la prevención y eliminación del racismo, la discriminación racial y todas las formas de discriminación e intolerancia*[425].

---

[423] Art. 12 de la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia. "Los Estados Partes se comprometen a llevar adelante estudios sobre la naturaleza, causas y manifestaciones de la discriminación e intolerancia en sus respectivos países, en los ámbitos local, regional y nacional, y a recolectar, compilar y difundir datos sobre la situación de los grupos o individuos que son víctimas de la discriminación e intolerancia".

[424] Art. 13 de la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia. "Los Estados Partes se comprometen, de conformidad con su normativa interna, a establecer o designar una institución nacional que será responsable de dar seguimiento al cumplimiento de la presente Convención, lo cual será comunicado a la Secretaría General de la OEA".

[425] En el Capítulo IV "Mecanismos de protección y seguimiento de la Convención", en el art. 15 iv) se contempla el establecimiento de un Comité Interamericano para la prevención

ANEXO VII. ESTADO DE FIRMAS Y RATIFICACIONES CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN E INTOLERANCIA

Países Signatarios	Firma	Depósito
Argentina	07/06/13	--/--/--
Bolivia	10/03/15	--/--/--
Brasil	07/06/13	--/--/--
Chile	22/10/15	--/--/--
Colombia	08/09/14	--/--/--
Ecuador	07/06/13	--/--/--
Haití	25/06/14	--/--/--
Panamá	05/06/14	--/--/--
Uruguay	07/06/13	--/--/--

Fuente: www.oas.org/

Adoptado en: La Antigua, Guatemala. **Fecha:** 06/05/2013 (miércoles 5 de junio de 2013)**.**

Conf./Asam/Reunión: Cuadragésimo Tercer Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General.

Entrada en vigor: el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión de la Convención en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Depositario: Secretaría General OEA (Instrumento original y ratificaciones).

Texto: -
Registro ONU: -
Observaciones: -

y eliminación del racismo, la discriminación racial y todas las formas de discriminación e intolerancia, conformado por un experto nombrado por cada Estado parte que ejercerá sus funciones de forma independiente y cuyo cometido será monitorear los compromisos asumidos en la Convención.

2. EL TRATAMIENTO DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En los últimos años, la Comisión ha tratado de realizar un análisis comprensivo de la situación de las personas de las comunidades LGBTI en las Américas sirviéndose de todos los medios a su disposición, es decir, a través de la celebración de audiencias públicas[426], así como recabar

[426] En el periodo de sesiones 124, de 10 de marzo de 2006, audiencia pública sobre la situación de discriminación por razón de orientación sexual en Perú. En el periodo de sesiones 133, de 23 de octubre de 2008, en el que se trató la situación de discriminación por orientación sexual en Perú. En el periodo de sesiones 137, de 5 de noviembre de 2009, sobre la situación de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero en Colombia. En el periodo de sesiones 137, de 6 de noviembre de 2009, sobre la ausencia de regulación de uniones civiles homosexuales. En el periodo de sesiones 140, de 26 de octubre de 2010, en el que se trataron las medidas punitivas y discriminación en razón de la identidad sexual en los países del Caribe. En el periodo de sesiones 140, de 26 de octubre de 2010, sobre crímenes de odio contra miembros de la Comunidad LGBTI e impunidad en Centroamérica. En el periodo de sesiones 140, de 29 de octubre de 2010, sobre seguridad ciudadana, cárceles, diversidad e igualdad sexual en Venezuela. En el periodo de sesiones 141, de 25 de marzo de 2011, con el título de "Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en Haití". En el periodo de sesiones 143, de 28 de octubre de 2011, sobre la situación de los derechos de las personas LGBTI en las Américas. En el periodo de sesiones 146, de 1 de noviembre de 2011, sobre homicidios de personas LGBTI en e impunidad en las Américas. En el periodo 146 de sesiones, de 4 de noviembre de 2012, en el que se trató información sobre discriminación por orientación sexual e identidad de género en Guatemala. En el periodo 147 de sesiones, de 15 de marzo de 2013, sobre la situación de los derechos humanos de las mujeres lesbianas en las Américas. En el periodo 147 de sesiones, de 16 de marzo de 2013, sobre la situación de los derechos humanos de indígenas lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex en las Américas. En el periodo 149 de sesiones, de 28 de octubre de 2013, en el que se trataron las denuncias sobre discriminación y violencia basadas en orientación sexual e identidad de género contra niños y niñas en Guyana. En el periodo 150 de sesiones, de 27 de marzo de 2014, sobre situación de derechos humanos de las personas LGBTI en Canadá. En el periodo 150 de sesiones, de 28 de marzo de 2014, sobre situación de derechos humanos de las personas LGBTI en Belice. En el periodo 150 de sesiones, de 28 de marzo de 2014, sobre situación de derechos humanos de las personas LGBTI en Región Andina. En el periodo 150 de sesiones, de 28 de marzo de 2014, sobre denuncias sobre violencia contra las personas LGBTI en el Caribe colombiano. En el periodo 154 de sesiones, de 17 de marzo de 2015, sobre situación de derechos humanos de las personas LGBT en Venezuela. En el periodo 154 de sesiones, de 17 de marzo de 2015, sobre migración forzada y persecución de defensores LGBT en Centroamérica. En el periodo 156 de sesiones, de 19 de octubre de 2015, sobre denuncias sobre criminalización de relaciones entre personas del mismo sexo en Grenada. En el periodo 156 de sesiones, de 19 de octubre de 2015, sobre situación de los derechos humanos de las personas LGBT en Cuba. En el periodo 156 de sesiones, de 23 de octubre, sobre la situación de los derechos humanos de las personas LGBT en República

información durante sus *visitas in loco*[427] y realizar informes temáticos[428]y comunicados de prensa dirigidos a los Estados Miembros. Además, la Comisión ha recibido casos, peticiones de medidas cautelares e informes escritos que denuncian casos de discriminación por razón de orientación sexual, identidad y expresión de género. Este fenómeno ha motivado que la Comisión Interamericana incluya en su Plan Estratégico 2011-2015, el denominado Plan de Acción 4.6.i[429] enfocado en los derechos de personas LGBTI con el fin de establecer estándares legales, pronunciarse en casos y emitir informes sobre su situación en los Estados americanos. En virtud de ello, en noviembre de 2011, durante el 143º periodo ordinario de sesiones, se aprobó la creación de una *unidad especializada para los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersex*. Esta unidad especializada, que comenzó a funcionar en febrero de 2012, centra su actividad en cuatro áreas de acción: la preparación de informes temáticos, regionales o de país sobre la situación de las personas LGBTI en las

---

Dominicana. En el periodo 156 de sesiones, de 23 de octubre de 2015, sobre la situación de derechos humanos de las personas LGBT privadas de libertad en América Latina. El contenido de las sesiones se encuentra disponible en la página web: http://www.oas.org/es/cidh/actividades/visitas.asp (Última consulta realizada el 23 de noviembre de 2015).

[427] En Suriname, entre el 23 y 25 de enero de 2013, la delegación mantuvo reuniones con las más altas autoridades del Estado surinamés y con representantes de la sociedad civil dedicadas a la defensa de los derechos de las personas LGBTI en el país. En Colombia, entre el 29 de septiembre y el 2 de octubre de 2014, la Presidenta de la Comisión realizó una visita a las ciudades de Cali, Bogotá y Cartagena con el objetivo de reunirse con organizaciones, defensores de los derechos humanos de las personas LGBTI con objeto de recibir información sobre su situación en el país para su inclusión en un informe regional. En México, entre el 28 de septiembre y el 2 de octubre de 2015, la Comisión recibió información sobre la situación de violencia que enfrentan las personas lesbianas, gay, bisexuales y transexuales y los riesgos específicos que enfrentan.

[428] Aunque la ComIDH ya había hecho referencia en informes anteriores a situaciones de discriminación histórica y su efecto en la comunidad gay (*vid.* Informe Honduras: Derechos Humanos y Golpe de Estado), el primer informe específico sobre la materia es el de 12 de noviembre de 2015. Violencia contras las personas LGBTI en América. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf (Última consulta realizada el 19 de marzo de 2016).

[429]ComIDH. Plan Estratégico 2011-2015. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/docs/Plan_de_accion_4.6.i.doc Última visita realizada el 28 de noviembre de 2015.

Américas (1), el desarrollo de normas sobre la interpretación de instrumentos interamericanos sobre derechos humanos en áreas tales como la orientación sexual, la identidad y expresión de género, así como la diversidad corporal, mediante el sistema de peticiones y casos individuales (2), la asesoría técnica a Estados y órganos políticos de la OEA (3) y el monitoreo de la situación de los derechos humanos de las personas LGBTI y la visibilización de las violaciones a sus derechos humanos (4).

Conforme a este mandato, la Unidad ha celebrado varias reuniones de expertos/as en las que se han abordado ámbitos tan diversos como la salud, la violencia, el acceso a la justicia, la participación política, las familias y las relaciones interpersonales o la educación y la cultura. Así como la ComIDH, ha llevado a cabo una serie de actividades promocionales en diversos países de la región, entre las que se incluye una conferencia sobre el estigma y discriminación contra personas LGBTI en el Caribe (llevada a cabo en Barbados) o un panel de alto nivel (realizado en Colombia) en el que participaron funcionarios públicos electos abiertamente gays, lesbianas y trans. Asimismo, la Unidad ha preparado, hasta el momento, más de 30 comunicados de prensa, en su mayoría destinados a resaltar la situación de violencia y discriminación a la que se enfrentan las personas trans, gay y lesbianas, o quienes son consideradas como tales. Además, la Comisión también ha llevado a cabo varias actividades de capacitación en la región en aras de promover la utilización del sistema interamericano de derechos humanos por parte de las organizaciones y defensores de los derechos humanos de las personas LGBTI.

En esta línea de trabajo, una de las iniciativas más importantes de la Unidad fue la creación de una nueva Relatoría de las personas LGBTI, en noviembre de 2013, con el propósito de dar atención especializada al trabajo de la Comisión en materia de promoción y protección de los

derechos de las personas LGBTI en las Américas[430]. El mandato de esta Relatoría consiste en el tratamiento de los casos y peticiones individuales, que incluye la asesoría a la Comisión en relación con las solicitudes de medidas cautelares y de elevación de medidas provisionales a la Corte Interamericana que guarden conexión con la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género; la asesoría a los Estados Miembros de la OEA y a los órganos políticos de la OEA en esta materia; la preparación de informes con recomendaciones dirigidas a los Estados de la OEA en los campos de la política pública, la legislación y la interpretación judicial sobre los derechos humanos de estas personas[431] y el monitoreo general de las violaciones a derechos humanos de las personas LGBTI en América y su visibilización.

2.1. Peticiones y casos en materia de discriminación por razón de orientación sexual ante la Comisión Interamericana

La Comisión Interamericana tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y libertades en las Américas[432]. En cumplimiento de este mandato, la Comisión recibe, analiza e investiga las peticiones individuales en las que se alega que los Estados

[430] Relatoría sobre los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI). Para más información, consulte su página oficial en: http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/ (Última consulta realizada el 3 de abril de 2016).

[431] En este marco la Comisión celebra varias reuniones de expertos sobre la situación de los derechos de estas personas en distintos ámbitos, tales como la salud, la justicia y violencia, empleo, relaciones interpersonales, educación y cultura y participación política

[432] Art. 106 de la Carta de la OEA. "Habrá una Comisión Interamericana de derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados en esta materia. Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia".

Miembros de la OEA han violado derechos y libertades fundamentales contemplados en la Convención Americana. En este contexto, la labor de la Comisión consiste en apreciar si la petición cumple con los requisitos procesales, así como determinar si la esfera de protección de la CADH ampara al peticionario frente a la supuesta discriminación sufrida y de ser así, declarar admisible el caso para su posterior estudio por parte de la Corte Interamericana de derechos humanos.

En relación a los casos recibidos por la ComIDH desde 1999[433] en materia de no discriminación por razón de orientación sexual, éstos han planteado el *derecho a la protección de la honra y el reconocimiento de la dignidad personal* en distintos espacios: establecimientos de detención y centros penitenciarios (1), fuerzas y cuerpos de seguridad estatales (2), centros de trabajo (3) y centros educativos (4).

2.1.1. En establecimientos de detención y centros penitenciarios

En los últimos años, la Comisión Interamericana ha expresado su preocupación acerca de la situación en la que se encuentran aquellas personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI) o aquellas personas percibidas como tales, que se encuentran privadas de libertad en la región[434]. La Comisión ha llamado la atención a los Estados Miembros de la OEA para que adopten medidas urgentes y eficaces que garanticen la vida, seguridad, integridad personal y dignidad de las personas LGBTI o de aquellas personas percibidas como tales en los establecimientos de

[433] Encontramos los primeros casos analizados en el Informe Anual de la comisión Interamericana de derechos humanos (1999). Disponible en: https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/indice.htm (Última visita realizada el 28 de noviembre de 2015).

[434] *Vid.* Comunicado de Prensa "CIDH expresa preocupación por violencia y discriminación contra personas LGBTI privadas de libertad". Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/053.asp (Última visita realizada el 6 de diciembre de 2015).

detención, incluyendo comisarías, cárceles y los centros de detención de migrantes.

Las personas LGBTI privadas de su libertad corren un mayor peligro de ser víctimas de violencia sexual –incluido un riesgo más alto de múltiples agresiones sexuales- y otros actos de violencia y discriminación, a manos de otras personas privadas de libertad o incluso por parte del personal de seguridad. Según un Informe de 2013 del Relator Especial sobre Tortura de Naciones Unidas[435], las personas LGBTI se encuentran en el peldaño más bajo de la jerarquía informal en los establecimientos de detención, lo cual se traduce en una situación de doble o triple discriminación.

La Comisión también ha recibido información preocupante con respecto al uso de técnicas de aislamiento como una medida habitual para "proteger" a las personas LGBTI. En este sentido, la Comisión señala que el aislamiento sólo debe utilizarse en circunstancias excepcionales, por un periodo de tiempo lo más breve posible y sólo como último recurso debido a que el aislamiento u otras formas similares de privación del contacto humano durante períodos de tiempo prolongados pueden producir daños mentales y físicos irreversibles, constituyendo, por este motivo, tratos inhumanos y degradantes. De modo que, la orientación sexual y la identidad de género no deben utilizarse como criterios válidos para someter a las personas a aislamiento durante períodos de tiempo indebidamente prolongados.

[435] AGONU. Consejo de DDHH. 22º período de sesiones. Tema 3 de la agenda. Promoción y protección de los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-53_sp.pdf (Última consulta realizada el 3 de abril de 2016).

Según los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* de la ComIDH[436], las personas privadas de libertad no deben ser discriminadas bajo ninguna circunstancia por motivos de sexo, género, orientación sexual o cualquier otra condición social. En este sentido, la Comisión se ha encargado de recordar a los Estados que, en calidad de garantes de los derechos de las personas privadas de libertad, tienen el deber de garantizar el control y la seguridad interna en los establecimientos de detención y de prevenir la violencia contra las personas detenidas. Así como, deben abstenerse de cometer actos de tortura, o tratos inhumanos o degradantes a las personas privadas de libertad.

En este contexto, los Estados están llamados a desarrollar políticas y directrices exhaustivas para el tratamiento adecuado de las personas LGBTI privadas de libertad, incluida la atención médica. Estas políticas incluirían, entre otros aspectos: procedimientos independientes y eficaces para la presentación de quejas sobre violación y abuso, evaluaciones de riesgo personalizadas en el momento de ingresar para garantizar una adecuada asignación en consulta con las personas afectadas, la recopilación cuidadosa de datos sobre las personas LGBTI privadas de libertad –respetando los principios de confidencialidad y privacidad- y de la violencia ejercida contra las mismas, así como programas de sensibilización y capacitación en diversidad para el personal de seguridad, migración y funcionarios policiales[437].

---

[436] *Vid.* documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Texto íntegro disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp (Última consulta realizada el 3 de abril de 2016).

[437] *Vid.* Periodo de Sesiones 156, de 23 de octubre de 2015, audiencia sobre la situación de derechos humanos de las personas LGBTI privadas de libertad en América. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=es&Topic=32 Última visita realizada el 28 de noviembre de 2015.

En este orden de ideas, conviene señalar algunos casos que han llegado ante la ComIDH, como el de Marta Lucía Álvarez Giraldo c. Colombia[438], en el que la directora de un centro penitenciario colombiano había denegado el derecho a visita íntima de la pareja de una reclusa por su orientación sexual. En este caso, la peticionaria consideraba que la legislación colombiana sí que permitía el encuentro *vis a vis* de personas reclusas siendo indiferente su orientación sexual, por lo que las autoridades penitenciarias habían incurrido en una violación de los artículos 5.1[439], 2, 11 y 24[440] de la CADH. A lo que la propia Comisión añadió el artículo 11.2[441] de la CADH en el informe de admisibilidad, planteando la protección de la honra y el reconocimiento de la dignidad personal en la esfera de la vida privada de los reclusos.

Por su parte, los representantes del Estado colombiano reconocieron la legitimidad de la reclamación presentada, basada en un informe del Ministerio de Justicia y Derecho en el que se admitía que la peticionaria estaba siendo tratada de forma inhumana y discriminatoria. Sin embargo,

[438] ComIDH. Informe nº. 71/99, caso 11656, Marta Lucía Álvarez Giraldo c. Colombia, de 4 de mayo de 1999. Disponible en: http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/Admisible/Colombia11656.htm (Última consulta realizada el 19 de marzo de 2016).

[439] Art. 5 de la CADH. Derecho a la integridad personal. "1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

[440] Art. 24 de la CADH. Igualdad ante la ley. "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

[441] Art. 11 de la CADH. Protección de la honra y de la dignidad. "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

consideraron que permitir visitas íntimas a homosexuales afectaría al régimen de disciplina interna de los establecimientos carcelarios debido a que, en su opinión, la cultura latinoamericana es poco tolerante hacia las prácticas homosexuales en general. Y consideró que de aceptarse la solicitud de la peticionaria, se estaría aplicando una excepción a la norma general que prohíbe tales prácticas (homosexuales), lo que afectaría al régimen disciplinario interno de los centros carcelarios[442].

En este caso, la Comisión declaró la petición admisible debido a que los hechos expuestos podían constituir una injerencia abusiva o arbitraria en la vida privada de la peticionaria. De modo que, será la Corte Interamericana, la encargada de establecer si las visitas íntimas de los reclusos LGBTI integran el estándar mínimo de protección proporcionado por la Convención Americana.

Otra petición más reciente, en la que se cuestiona el trato que sufre la población LGBTI en centros de detención, es la de Luis Alberto Rojas Marín c. Perú[443], en el que un joven de 26 años fue detenido por un agente de policía del serenazgo (un sereno) por presentar una *actitud sospechosa*. Posteriormente sería conducido a la Delegación Policial del Distrito de Casagrande, donde quedaría retenido hasta la mañana siguiente. Según las declaraciones del peticionario, éste fue agredido física y verbalmente por tres agentes de policía, que lo interrogaron de una forma soez y lo insultaron con frases alusivas a su orientación sexual, preguntándole insistentemente *si le gustaba el órgano sexual masculino*. Además, durante los interrogatorios, fue desnudado a la fuerza y torturado, produciéndole

[442] *Vid.* ComIDH. Informe nº. 71/99, caso 11656, Marta Lucía Álvarez Giraldo c. Colombia, de 4 de mayo de 1999. POSICIONES DE LAS PARTES. B. La posición del Estado.

[443] ComIDH. Luis Alberto Rojas Marín c. Perú, informe nº 99/14, petición 446-09, de 6 de noviembre de 2014. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2014/PEADP446-09ES.pdf (Última consulta realizada el 19 de marzo de 2016).

lesiones. El solicitante trató de denunciar los hechos en la propia Comisaría de Casagrande, pero no fue atendido y se rechazó su petición alegando que los oficiales policiales no se encontraban presentes. Ante esta situación, el Ministerio Público finalmente ordenó que se llevara a cabo una investigación destinada únicamente a esclarecer la presunta comisión de los delitos de violencia sexual agravada y abuso de autoridad. Todas estas acusaciones que serían rechazadas por el Estado peruano, para el que nada de lo dicho por la presunta víctima se ajustaba a la realidad y no se habrían ejercido actos de violencia sexual en su contra, argumentando que era la presunta víctima la que había tenido una actitud agresiva contra la policía.

En este caso, se discute si el trato dispensado a Luis Alberto Rojas Marín, mientras se encontraba bajo custodia policial, constituye una violación del derecho a la integridad personal, que podría calificarse como un episodio de tortura, trato cruel e inhumano (art. 5.2 CADH). En este sentido, las autoridades peruanas alegan que el tipo delictivo de la tortura requiere de un elemento subjetivo especial que no se aprecia en este caso. En concreto, requiere de una especial intención para obtener información o una confesión del presunto agraviado o la voluntad de castigarlo por un hecho cometido o que se presume que cometió, situación ésta que no encajaría con la descripción de la discriminación por razón de orientación sexual.

Además, se plantea si dichos actos de tortura se produjeron en el contexto de una detención ilegal, arbitraria y sin control judicial. En este sentido, se denuncia que el agente policial no se identificó en el momento de la detención (1); no se permitió a la presunta víctima acudir a su domicilio para disponer de su documento de identidad (2); la presunta víctima no se encontraba realizando actos de gravedad que justificaran que lo llevasen detenido (3); su detención duró más de cuatro horas –límite legal establecido- (4); no se le permitió establecer comunicación con sus

familiares (5) y las autoridades no documentaron la detención e ingreso de la presunta víctima en el Libro de Registro (6). Además, el peticionario no fue llevado ante un juez, no tuvo acceso a un abogado para su defensa, ni fue examinado por un médico a la entrada o a la salida del centro de detención, de modo que se pudo constatar su estado de salud antes o después de la detención.

Ante los indicios de injerencia arbitraria y abusiva por parte de las autoridades estatales, la Comisión Interamericana declaró admisible la petición, teniendo en cuenta el derecho a la integridad personal (art. 5), derecho a la libertad personal (art. 7), garantías judiciales (art. 8), protección de la honra y la dignidad (art. 11), igualdad ante la ley (art. 24) y protección judicial (art. 25) en relación con los artículos 1 y 2 de la Convención Americana. Así como, en relación con los artículos 1[444], 6[445] y 8[446] de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Este caso, actualmente, se encuentra pendiente de resolución por parte de la Corte Interamericana, que será la encargada de determinar si los hechos

[444] Art. 1 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. "Los Estados partes se obligan a prevenir y sancionar la tortura en los términos de la presente Convención".

[445] Art. 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. "De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción. Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad. Igualmente, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir, sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes en el ámbito de su jurisdicción".

[446] Art. 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. "Los Estados garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente. Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal. Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado".

acontecidos durante la detención policial pueden ser constitutivos (o no) de un delito de tortura, trato cruel e inhumano, contemplado en el artículo 5.2 de la Convención Americana. En este sentido, la admisión por parte de la Comisión de casos como el de Marta Lucía Álvarez Giraldo y el de Luis Alberto Rojas Marín nos muestran cómo el sistema interamericano ha comenzado a preocuparse por el desarrollo de un estándar mínimo de derechos y libertades fundamentales de la población LGBTI en centros de detención y privación de libertad. Sin embargo, será la Corte Interamericana la encargada de revisar el margen de apreciación estatal en esta materia.

2.1.2. En Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

La (in)tolerancia hacia la homosexualidad en el seno de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad estatales ha sido objeto de controversia en varias peticiones ante la Comisión Interamericana en los últimos años. En las mismas, observamos una tendencia de despenalización de los actos homosexuales por parte de las autoridades estatales, las cuales se plantean cómo puede afectar la presencia de homosexuales a la disciplina y cohesión de las Fuerzas Armadas[447] y si procede la retirada del servicio de los funcionarios declarados homosexuales.

Desde la óptica de aquellos que se oponen a la inclusión de los homosexuales en los Cuerpos de Seguridad del Estado, se ha señalado que su presencia interfiere en la efectividad y voluntad de este tipo de instituciones, disminuyendo la cohesión de las tropas; que existen posibilidades de acoso sexual por parte de los funcionarios homosexuales; que sus conductas son inmorales y que existe, incluso, un alto riesgo de

[447] VVAA., *The Postmodern Military: Armed Forces after the Cold War ,* Oxford, University Press, 2000, p. 15.

contagio de enfermedades de transmisión sexual, como pudiera ser el VIH/SIDA entre los funcionarios, lo que conllevaría a distintos problemas de orden, seguridad y salubridad. Por otra parte, nos encontramos con la postura de los funcionarios que reivindican la protección de su honra y el reconocimiento de su dignidad personal en la esfera de su vida privada y que consideran que su retirada del servicio constituye una práctica estatal abusiva e invocan el amparo del texto de la CADH. En esta relación dialéctica tan controvertida, las autoridades nacionales deben considerar las distintas perspectivas sobre las que se integra la discusión, antes de cometer graves perjuicios que puedan dañar a los individuos afectados, a las instituciones armadas y, principalmente, a la sociedad. En este sentido, los distintos Estados tratan de ofrecer diversas soluciones, debido a que éstas dependen de diferentes aspectos y características culturales de las sociedades en las que se desarrollan.

La primera petición de este tipo que llegó ante la Comisión fue la de X. c. Chile[448], en la que se relata el caso de la carabinera X., que había arrendado un apartamento junto a dos de sus compañeras de comisaría. Una de éstas, la señora Viviana Castillo, interpuso una denuncia contra la solicitante, alegando que ésta mantenía una relación con la señora Y Acto seguido, se inició una investigación en la que se sometió a interrogatorio a la peticionaria acerca de su vida privada. Además, se llamó a declarar a casi la totalidad de sus compañeros/as de comisaría, informando en cada caso del motivo principal de la investigación. Asimismo, el oficial instructor, excediéndose en sus competencias, ordenó el allanamiento de morada de la presunta víctima.

[448] ComIDH. X. c. Chile, informe nº. 81/09, petición 490-03, de 6 de agosto de 2009. Disponible en: http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Chile490-03.sp.htm (Última consulta realizada el 19 de marzo de 2016).

En esta investigación, las autoridades concluyeron que sólo se logró comprobar que la señora Y mantenía una amistad desde hacía años con la presunta víctima, a la que consideraba como una hermana. De modo que, la denunciante, la carabinera Viviana Castillo, recibió una sanción disciplinaria consistente en cuatro días de arresto, con servicios, por faltar a la verdad en actos de su vida privada. Por su parte, la peticionaria expresó que esta investigación le causó un grave "daño psicológico, moral, personal, desprestigio profesional y familiar, dañando (su) calidad de mujer, sumándose a ello el atentar contra el compañerismo y el buen servicio"[449].

Finalmente, en la sede en Washington de la Comisión Interamericana, durante su 131º periodo ordinario de sesiones, los representantes de la solicitante y del Estado de Chile suscribieron un acuerdo de solución amistosa, en el que el Ministro de Defensa Nacional se comprometió a enviar una carta a la peticionaria y a su familia, con el fin de expresar sus disculpas formales por los hechos acontecidos y las consecuencias que éstos tuvieron en su vida e intimidad personal y familiar, así como se contemplaron garantías de no repetición, difusión del acuerdo y mecanismos de seguimiento.

Otro caso de características similares es el de Segundo Stivenson Ramos Salazar c. Ecuador[450], militar retirado de su cargo por *mala conducta* a raíz de un informe emitido por el Departamento de Inteligencia, en el que se le acusaba de haber incurrido en homosexualismo con uno de los miembros de su grupo de guardia. En este caso, el peticionario denunció ante la Comisión que el procedimiento administrativo por el que

[449] *Vid.* ComIDH. Informe nº. 81/09, petición 490-03, solución amistosa, X c. Chile, de 6 de agosto de 2009. III. LOS HECHOS.

[450] ComIDH. Segundo Stivenson Ramos Salazar c. Ecuador, informe nº 38/11, petición 11488, de 23 de marzo de 2011. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2011/ECAR11488ES.doc (Última consulta realizada el 19 de marzo de 2016).

fue apartado de su cargo como subteniente supuso una violación de su derecho a la protección de la honra y reconocimiento de su dignidad personal (art. 11) y que durante el mismo, no se respetaron las debidas garantías judiciales (art. 8[451]), ni se había ofrecido una protección judicial adecuada (art. 25[452]).

En este sentido, el señor Ramos relató en su petición ante la Comisión cómo se sustituyó la fase de investigación de este *falso procedimiento administrativo* por un informe de Inteligencia, cuya prueba fue obtenida mediante tortura física. Además, alegó que durante los interrogatorios a los que fue sometido, los sujetos encargados de dirigir las

[451] Art. 8. 1 de la CADH. "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservarse los intereses de la justicia".

[452] Art. 25 de la CADH. Protección judicial. "1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

sesiones insultaban y alteraban sus declaraciones o le negaban la posibilidad de responder a las preguntas formuladas. Así como, durante todo el proceso se le negó la asistencia de un abogado, a pesar de que lo solicitó insistentemente.

El Estado ecuatoriano, por su parte, sostuvo que se dio de baja al solicitante por haber estado involucrado en actos de homosexualismo, lo que hacía imposible, desde todo punto de visto moral y profesional, que pudiera continuar en servicio activo. Además, sostuvo que, de conformidad al sentir con los valores de la mayoría de sus ciudadanos, estos tipos de comportamientos (homosexualidad) eran incompatibles con el servicio público, no siendo contrario este planteamiento a la letra ni el espíritu de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A pesar de la gravedad de los acontecimientos, el caso Segundo Stivenson Ramos Salazar fue archivado por la ComIDH, aduciendo que los alegatos contemplados en la petición no caracterizaban una violación a la CADH.

2.1.3. En centros de trabajo

Los espacios de trabajo representan ambientes fundamentales para el desarrollo de la personalidad de los individuos. Sin embargo, y por lo general, la labor de autorrealización de la población LGBTI en determinados sectores profesionales no resulta una tarea sencilla. En este sentido, no será tan importante la cuestión de ser homosexual, bisexual o asexual, como la de ser percibido como tal y el posible trato discriminatorio que puede derivarse de dicha percepción en el puesto de trabajo.

Los episodios de discriminación en el ámbito laboral pueden adoptar distintas formas, que comprenden desde el acoso psicológico o *mobbing*[453] hasta la agresión o daño físico. Ante este fenómeno, la población LGBTI afectada ha comenzado a movilizarse, a través del procedimiento de petición, invocando su derecho a la protección de la honra y el reconocimiento de la dignidad personal del individuo (art. 11 de la CADH), como una manifestación de su derecho a la vida privada.

De forma contraria a lo que hubiera sido deseable, la Comisión Interamericana en esta materia todavía no ha experimentado grandes avances. Afirmación ésta que fundamentamos en la evolución (o mejor dicho, no evolución) de su jurisprudencia. Existen varios casos que ilustran esta situación, piénsese, por ejemplo, en la petición de Juan Fernando Vera Mejías c. Chile[454], que relata el caso de un trabajador de la empresa privada Hormo Química de Chile, que denunció cómo sus jefes llegaron a amenazarle con hacer pública su homosexualidad y su condición de portador del virus del VIH si no aceptaba una serie de términos de finalización del contrato laboral. Caso éste que, por otra parte, evidencia cómo la falta de una asistencia jurídica adecuada puede suponer el fracaso de una petición ante la Comisión. Y es que, el solicitante no llegó a agotar todos los recursos internos[455] ante la jurisdicción chilena competente, sino

[453] Consistente en la práctica de asediar, acosar o acorralar en grupo con el fin de producir miedo, terror, desprecio o desánimo en el trabajador afectado hacia su trabajo.

[454] ComIDH. Juan Fernando Vera Mejías, informe nº. 11/13, petición 157-06, de 20 de marzo de 2013. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2013/CHIN157-06ES.doc (Última consulta realizada el 19 de marzo de 2016).

[455] Art. 46 de la CADH. "1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva; c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y d) que en caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición. 2 Las

que envió cartas a distintas personalidades chilenas y extranjeras solicitando su apoyo. Ante esta situación, la Comisión decidió declarar la inadmisibilidad del caso, debido a que las cartas dirigidas a la Reina Beatriz de Holanda o al Presidente de Chile Ricardo Lagos Escobar, entre otros, o la solicitud de ayuda a distintos abogados y clínicas jurídicas de atención no constituyen un agotamiento debido de los recursos internos.

Sin embargo, observamos cómo la Comisión sí declaró la admisibilidad del caso de la jueza Karen Atala Riffo y niñas c. Chile[456], en el que se relata cómo la solicitante sufrió el registro, en su puesto de trabajo, de su ordenador personal con el fin de determinar si sus actividades privadas entorpecían su labor judicial. Se interrogó, asimismo, a todos los funcionarios, uno por uno, así como al personal de aseo y a sus compañeros jueces, sobre si la solicitante era o no lesbiana. Ante esta situación, la Corte Interamericana analizó el caso con el fin de determinar si la investigación disciplinaria se sustentaba sobre un fundamento legal o si por el contrario, se indagó de forma arbitraria, lo que constituiría una interferencia en la vida privada de la señora Atala, que se extendía a su ámbito profesional. No obstante, el asunto Atala se caracterizó, como veremos en los próximos apartados, por ser el primer caso en el que la CIDH trató la discriminación por razón de orientación sexual, reconociendo no sólo la injerencia de las autoridades chilenas en la actividad laboral de la peticionaria, sino también en el desarrollo de su vida privada y familiar.

---

disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata al debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos".

[456] SCIDH. Karen Atala y niñas c. Chile, caso nº. 12502, de 17 de septiembre de 2010. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf (Última consulta realizada el 4 de marzo de 2016).

2.1.4. En espacios educativos

La escolarización desempeña un papel formativo en la vida de todos los individuos. El entorno escolar, en particular durante la adolescencia, es un lugar en el que los límites de la conducta y la expresión de género se ven influidos por los compañeros y los profesores. Esa influencia no sólo tiene importantes consecuencias para la socialización del individuo, sino que afecta también a sus futuras perspectivas de vida, sobre todo en lo que respecta a la enseñanza universitaria y a las oportunidades de desarrollo profesional. Por este motivo, debemos ser consciente de que los centros educativos tienen la tarea de enseñar e influir en generaciones enteras y, por tanto, tienen la oportunidad de educar para la tolerancia.

Sin embargo, a menudo las personas LGBTI sufren agresiones verbales y físicas en los centros educativos de los Estados miembros de la OEA. En estos casos, la intimidación y el hostigamiento pueden adoptar la forma de agresiones físicas, insultos y amenazas. En este orden ideas, conviene señalar que en la mayoría de países, estos centros no parecen tener criterios definidos ni formación para luchar contra el acoso homófobo. Actitudes éstas, que no provienen sólo del alumnado, sino también del personal docente, como en el caso de Mayra Espinoza c. Chile[457], una alumna de diecinueve años del *Liceo Politécnico José Francisco Vergara Echevers*, ubicado en la región de Valparaíso, Chile. Se trata de una alumna con buenas calificaciones, expulsada del centro educativo debido a que la subdirectora y su esposo fueron testigos de cómo una mujer recogió a la solicitante a la salida del colegio y la besó.

[457] ComIDH. Mayra Espinoza Figueroa, informe nº. 71/14, petición 537-03, de 25 de julio de 2014. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2014/CHIN537-03ES.pdf (Última consulta realizada el 19 de marzo de 2016).

Comportamiento éste que le valió la expulsión del centro por la comisión de *conductas extrañas o lésbicas.*

Ese mismo día, desde el centro se contactó a la madre de la afectada, para informar de su traslado a otra institución educativa. La solicitante trató de hablar con la subdirectora para que reconsiderara su posición, teniendo en cuenta que faltaban dos meses para concluir el año académico y que se trataba del cuarto de año de estudios, que es el último en la educación media chilena. Ante la persistencia del centro educativo en su posición, la alumna se dirigió a la Secretaría Regional Ministerial de Educación (SEREMI), donde se le garantizó su reincorporación a su centro educativo, circunstancia que no se produjo. Finalmente, la víctima tuvo una reunión con el Jefe del Departamento Provincial de educación, que le ofreció la entrega de la licencia de cuatro curso de grado medio, con lo que se acreditaba la conclusión exitosa del mismo de forma anticipada.

Ante la acción ejercida por la demandante, el Estado chileno declaró que a lo largo del proceso no se acreditaron las violaciones alegadas por la peticionaria y que las decisiones encaminadas a la resolución del caso se afrontaron como un caso de disciplina aislado y no como un caso de discriminación. Además, se señaló que en el supuesto de haberse tratado de un caso de discriminación, el medio idóneo para proteger los derechos de la presunta víctima hubiera sido la interposición de un recurso de protección, que no se interpuso debido a una falta de asesoramiento jurídico por parte de la presunta víctima.

Como respuesta a la argumentación expuesta por el Estado chileno, la Comisión decidió declarar el caso inadmisible, basándose en el artículo 46.1 de la CADH. En este sentido, se declara que la peticionaria no interpuso el recurso pertinente ante las instancias nacionales y por tanto, se observa un agotamiento indebido de los recursos internos. Ahora bien, a pesar de la solución dada por la Comisión, qué duda cabe que el caso de

Mayra Espinoza supone una oportunidad para el debate y la reflexión acerca de la discriminación por razón de orientación sexual en los centros escolares y educativos.

3. EL TRATAMIENTO DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL ANTE LA CORTE INTERAMERICANA

El primer caso en el que se nombró la CIDH en materia de no discriminación por razón de orientación sexual fue el de Karen Atala Riffo y Niñas c. Chile[458]. La Sra. Karen Atala contrajo matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes, con quien tuvo tres hijas (M., V., y R.). Tras la separación de hecho de Karen y Ricardo, ambos acordaron que la Sra. Atala mantendría la custodia de las niñas con un régimen de visitas para el Sr. Ricardo Jaime López. Sin embargo, la problemática del caso surgió cuando la Sra. Atala y sus hijas comenzaron a vivir con la nueva pareja de ésta, la Sra. Emma de Ramón.

Se trata de un caso particularmente complejo, que dista mucho de los casos presentados anteriormente ante la CIDH, debido a la formación jurídico-técnica de las partes. La Sra. Atala, jueza chilena y profesora universitaria de profesión, buscó la ayuda de organizaciones LGBTI y expertos en la defensa del derecho a la libre sexualidad en el sistema europeo e interamericano para argumentar la defensa de su caso. Mientras que el abogado Ricardo Jaime López Allendes, trató de buscar el apoyo de *amicus curiae* en foros y asociaciones de defensa de la familia tradicional y académicos especializados en ideología de género.

Para poder entender la argumentación y la transcendencia del caso debemos remontarnos a enero de 2003, fecha en la que el señor López

[458] *Vid.* SCIDH. Caso Atala Riffo y niñas c. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012. FONDO, REPARACIONES Y COSTAS. *Cit. ad. supra.,* nota 452.

interpuso una demanda por la custodia de las hijas de la pareja ante el Juzgado de Menores de Villarrica. En su resolución, el Juzgado concedió la custodia provisional al Sr. López, aunque reconoció la ausencia de elementos para presumir causales de inhabilidad legal de la madre. De este modo, motivó su decisión alegando que la Sra. Atala, al hacer explícita su orientación sexual y convivir con su pareja, anteponía sus intereses y bienestar personal sobre el cumplimiento de su rol como madre y sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas, pudiendo afectar a su desarrollo posterior, en un contexto de sociedad heterosexualizada y tradicional. Asimismo, el Juzgado de Menores de Villarrica determinó que el Sr. López había presentado argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas. De modo que la Sra. Atala tuvo que entregar sus hijas al Sr. López, perdiendo la guardia y custodia sobre las mismas.

En octubre de ese mismo año, el Juzgado de Menores de Villarrica, con un magistrado distinto al que emitió la sentencia anterior, rechazó la demanda del Sr. López y estableció que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su rol de madre y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad. Además, se indicó que no se había acreditado la existencia de hechos concretos que perjudicaran el bienestar de las menores, derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar. De conformidad con dicha sentencia, el Tribunal de Menores de Villarrica ordenó la entrega de las niñas a la madre. Sin embargo, el Sr. López consiguió evitar la entrega de las mismas, interponiendo un recurso

de apelación de la sentencia[459], argumentando que el cumplimiento de la misma implicaría un cambio radical y violento del *status quo* de las menores de edad.

En mayo de 2004, la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile admitió a trámite el recurso de queja y concedió la custodia definitiva al Sr. Jaime López[460]. En su fallo, la Corte Suprema de Justicia destacó que en todas las medidas relativas a las niñas, es primordial atender al interés superior del menor sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlos de éstos, si es que existe una causa cualificada. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia concluyó que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de la nueva relación de su madre, pues las visitas de sus amigas al hogar común habían disminuido de un año a otro. Asimismo, observó que las empleadas de la casa hacían referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna. Sobre la base de estos argumentos y de su apreciación, la Corte Suprema de Justicia de Chile determinó que la madre de las menores, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual antepuso sus propios intereses, postergando los de sus hijas. Especialmente al iniciar una convivencia que podía causar una eventual confusión de roles sexuales en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de sus hijas que podían reproducirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino.

[459] Informe presentado en el recurso de queja interpuesto por Don Ricardo López Allende contra la Corte de Apelaciones de Temuco, ingreso C.S. Nº 1193-2004. Disponible en: http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/download/17026/17749 (Última consulta realizada el 4 de marzo de 2016).

[460] Fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile de 31 de mayo de 2004. Disponible en: http://www.jurischile.com/2004/10/310504-rol-n-1193-03.html (Última consulta realizada el 4 de marzo de 2016).

Para la Corte Suprema, esta situación de riesgo constituía una causa cualificada para justificar la entrega de la custodia al padre, debido a que la situación descrita constituía "un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración"[461]. Además, concluyó que los jueces recurridos no habían apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso al no contemplar el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que les es propio, había incurrido en falta o abuso grave, que debía ser corregido acogiendo el recurso de queja.

3.1. El informe de la ComIDH sobre el Caso Karen Atala Riffo y Niñas c. Chile

El tema central del informe presentado ante la ComIDH[462] es la discriminación sufrida por la Sra. Karen Atala, en el contexto del proceso judicial sobre la custodia y el cuidado de sus hijos. La orientación sexual de Karen Atala y la expresión de dicha orientación en su proyecto de vida fueron la base principal de las decisiones, mediante las cuales se resolvió retirarle la custodia de sus hijas. Las consideraciones de la Corte Superior de Justicia de Chile tuvieron como hilo conductor una serie de presunciones de riesgo, derivadas de las concepciones y sesgos personales de los jueces sobre la convivencia de la Sra. Atala con una persona del mismo sexo. En su informe de fondo, la ComIDH consideró que la decisión

[461] *Vid.* ANTECEDENTE DE HECHO DECIMONOVENO del Fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile de 31 de mayo de 2004. *Ibídem.*

[462] ComIDH. Karen Atala e hijas c. Chile, informe nº. 42/08 de admisibilidad de la petición 1271-04, de 23 de julio de 2008. Disponible en: http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/Chile12502.sp.htm (Última consulta realizada el 4 de marzo de 2016).

de la Corte Suprema constituyó un acto de discriminación y una interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala y de sus hijas. Además, la ComIDH concluyó que con la aplicación de prejuicios en lugar de criterios objetivos y al haber omitido la perspectiva de las niñas, el Estado de Chile incumplió su responsabilidad de protección sobre las menores.

Fue muy importante para la ComIDH compartir con la CIDH que su análisis no tuvo como objetivo la determinación de si la Sra. Karen Atala o si el Sr. Jaime López debían tener la custodia y cuidado de las niñas, debido a que se entiende que esta decisión corresponde a las autoridades judiciales internas. El objetivo era determinar si la compatibilidad de las decisiones judiciales con las obligaciones internacionales del Estado bajo la CADH. De modo que, ni el trámite ante la ComIDH ni la audiencia ante la CIDH constituyeron un escenario válido para evaluar la idoneidad del padre o de la madre de las niñas para ejercer el cuidado y la custodia. Por este motivo, la atención de la CIDH se centró en los criterios adoptados por la Corte Superior de Justicia y por el Juzgado de Letras de Menores de Villarica para determinar si éstos fueron discriminatorios.

La ComIDH planteó la inclusión de la orientación sexual dentro del alcance normativo de la cláusula de no discriminación de la CADH y del derecho a la intimidad[463]. Asimismo, prestó especial atención al consenso internacional sobre el escrutinio estricto que corresponde realizar cuando un acto estatal examina la orientación sexual como un criterio determinante para ofrecer un trato diferenciado a un individuo (o grupo). Por otra parte, la ComIDH cuestionó el límite a las distinciones arbitrarias que podrían producirse en el ejercicio de las facultades estatales en el marco de un

[463] Para un estudio más detallado del Informe de la ComIDH *vid.* Audiencia Pública Caso Atala Riffo e hijas c. Chile (Parte 1). En el que la CIDH escuchó inicialmente a la ComIDH, que hizo una breve presentación del caso. Disponible en: https://vimeo.com/28419494 (Última consulta realizada el 4 de marzo de 2016).

proceso de custodia y planteó la necesidad de que dichas facultades fueran ejercidas en estricta observancia del principio de no discriminación. Y por último, planteó los criterios que debían ser considerados por la CIDH, para identificar si la invocación del principio del interés superior del menor realizado por la Corte Suprema de Chile en el caso Atala es legítimo o si constituye un instrumento para discriminar.

El análisis de los antecedentes de hecho del caso, a la luz de estos elementos jurídicos centrales permitió a la CIDH concluir que las decisiones que sirvieron para retirar la custodia de sus hijas a Karen Atala no suponen una actuación estatal legal, legítima y necesaria en una sociedad democrática. Por el contrario, determinó que se trataba de una decisión incompatible con la CADH, al basarse en presunciones de riesgo derivadas de concepciones estereotipadas de las relaciones entre personas del mismo sexo. De modo que, con estas decisiones, las autoridades chilenas no sólo incurrieron en un acto de discriminación contra la Sra. Karen Atala, sino que actuaron contra el interés superior de las niñas.

3.2. El marco conceptual y los criterios interpretativos adoptados por la CIDH

Uno de los aspectos más relevantes del caso Atala Riffo lo conforman los criterios interpretativos adoptados por la CIDH. En su sentencia, para analizar la conducta de las autoridades estatales chilenas, la CIDH toma como referencia la jurisprudencia internacional, especialmente la adoptada por el TEDH[464], tratando de combinar el mecanismo europeo

[464] La CIDH estableció, en la misma línea de actuación del TEDH, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Así como determinó que tal interpretación evolutiva debe adecuarse a las reglas generales de interpretación consagradas

de protección de estándares mínimos con la jurisprudencia de las Cortes Constitucionales de los Estados americanos.

En este orden de ideas, la CIDH definió que la expresión *cualquier condición social* del artículo 1.1. de la CADH incluye la orientación sexual y la identidad de género de las personas y precisó que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona por razón de su orientación sexual[465]. Esta protección contra la discriminación por razón de orientación sexual no se limita a la condición de homosexual sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas, es decir, las conductas entre las cuales se encuentra la decisión de iniciar una relación de pareja a largo plazo con una persona del mismo sexo[466].

En el caso Atala, la CIDH estableció que en los casos de discriminación por razón de orientación sexual se debe aplicar el test estricto para evaluar un trato diferenciado, lo que significa que en casos de custodia de menores, el supuesto daño ocasionado a los hijos debe ser concreto, específico y real, además de sustentarse en evidencias técnicas y en dictámenes de expertos e investigadores, siendo necesario definir de manera específica y concreta una relación de causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño.

---

en el art. 29 de la CADH y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

[465] Respecto a la inclusión de la orientación sexual como una categoría de discriminación prohibida, el TEDH ha señalado que ésta se encuentra protegida por el art. 14 del CEDH. En particular, en la STEDH. Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, decisión de la Corte nº. 33290/96, de 21 de diciembre de 1999, *cit. ad. supra.,* nota 204. Además, reiteró que el listado de categorías que se realiza en dicho artículo es ilustrativo y no exhaustivo.

[466] La CIDH analizó los argumentos expuestos por las autoridades judiciales chilenas, su conducta, lenguaje utilizado y el contexto en el que se produjeron las decisiones judiciales, con el fin de establecer si la diferencia de trato se fundamentó en la orientación sexual. Así como, la CIDH se sirvió del antecedente europeo Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, para considerar que las autoridades chilenas interpretaron la orientación sexual de la actora principal como un factor decisivo en su fallo.

En este contexto, el interés del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación por razón de orientación sexual. En este sentido, la CIDH observa que, en abstracto, el *interés superior del niño* es un fin legítimo, pero establece que una simple referencia al mismo no puede servir de medida idónea para restringir el ejercicio de la libre sexualidad[467]. En los casos de cuidado y custodia de menores de edad, la determinación de este principio debe partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos entorno a la homosexualidad, es decir, pre-conceptos de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que éstos presuntamente puedan tener en los/as niños/as.

Por otra parte, la CIDH reconoció que el derecho a la vida privada de las personas incluye el derecho a manifestar la orientación sexual en la esfera pública. Así como forma parte de la vida privada de las personas, entendiendo vida privada como un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas, y que como derecho ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales de derechos humanos, los cuales han determinado que va más allá de la privacidad. De este modo, basándose en la doctrina del TEDH, la CIDH define que la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho a establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho a establecer y

[467] Respecto a los derechos del niño, la CIDH señalo que según la jurisprudencia europea, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida de familia y subrayó que el art. 8 del CEDH tiene como objetivo preservar al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas y establecer obligaciones positivas a cargo del Estado a favor del respeto efectivo de la vida familiar.

mantener relaciones con personas del mismo sexo. En ese sentido, la CIDH insistió en que el derecho a mantener relaciones personales con otros individuos, en el marco del derecho a la vida privada, se extiende a la esfera pública y profesional. De ahí que el derecho a la vida privada, que incluye la orientación sexual y el derecho a establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo en la esfera pública, no pueda ser restringido por los Estados, a menos que las injerencias (no abusivas ni arbitrarias) estén previstas en la ley, persigan un fin legítimo y cumplan con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, sean necesarias en una sociedad democrática.

Este reconocimiento y protección extensiva de la orientación sexual en espacios públicos hizo que la CIDH se planteara si las familias constituidas por parejas del mismo sexo son objeto de la protección de la sociedad y del Estado[468]. A este respecto, la CIDH declaró que no existe un modelo único de familia en el continente americano y se sirvió de la sentencia del TEDH en el caso Schalk & Kopf c. Austria[469], para argumentar que la noción de *vida familiar* abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable *de facto,* tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación. Este caso europeo sirvió a la CIDH para declarar que el núcleo familiar constituido por una pareja de lesbianas y los hijos de una de ellas, -en tanto que existe convivencia,

[468] Respecto al concepto de familia, la CIDH reconoció que diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia. Así como destacó la postura del TEDH que ha interpretado el concepto de "familia" en términos amplios.

[469] En cuanto a la protección convencional de parejas del mismo sexo, en la STEDH. Schalk & Kopf c. Austria, decisión de la Corte nº. 30141/04, de 24 de junio de 2010, cit. ad. supra., nota 202, el TEDH revisó su jurisprudencia vigente hasta el momento, en la que sólo había aceptado que la relación emocional y sexual de una pareja del mismo sexo constituye "vida privada", pero no había considerado que constituyera "vida familiar", incluso tratándose de una relación a largo plazo en situación de convivencia. En este caso, al aplicar un concepto amplio de familia, el TEDH estableció que la noción de vida familiar abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable de facto, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación.

contacto frecuente y cercanía- debe ser protegido de injerencias arbitrarias o abusivas y es objeto de protección de la sociedad y del Estado americano[470].

3.3. El análisis de la Sentencia de la Corte Suprema de Chile realizado por la CIDH

Las autoridades chilenas trataron de justificar la diferencia de trato y la restricción del derecho a la tutela de la Sra. Karen Atala alegando que las niñas podrían haber sido objeto de discriminación social. No obstante, la CIDH determinó que un posible estigma social derivado de la orientación sexual de la madre no supone una causa justificada para retirar la custodia de la madre, alegando la protección del interés superior de las niñas M., V., y R.

Esta supuesta protección de las niñas frente a una eventual confusión de roles sexuales fue sometida al test estricto de la CIDH para evaluar el trato diferenciado y se determinó que si bien la Corte Suprema de Chile no falló tomando como base un análisis *in abstracto,* sino basándose en la supuesta existencia de pruebas concretas, lo cierto es que la Corte Suprema de Chile aplicó un test de daño especulativo al hacer referencia a una *eventual confusión de roles sexuales* y a una *situación de riesgo para el desarrollo de las niñas*, sin aludir a razones de suficiente peso que permitieran desvirtuar que la orientación sexual de la madre no tiene un

[470] La CIDH determinó que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos sin discriminación por orientación sexual. En este sentido, la CIDH declaró que si bien ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden servirse de este pretexto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Además, la CIDH indicó que los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos establecidos en la CADH, tal y como se estipula en el art. 2 de dicho instrumento interamericano, por lo que deben enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición.

efecto negativo para el bienestar psicológico y emocional, el desarrollo, la orientación sexual y las relaciones sociales del niño o la niña.

La CIDH tomó como referencia la jurisprudencia mexicana[471], así como las declaraciones de los peritos Sr. Allison Jernow y Sr. Rodrigo Uprimny que trataron de exponer cómo la convivencia de menores de edad con padres homosexuales no afecta *per se* a su desarrollo emocional y psicológico[472], determinando que la Corte Suprema no había establecido una relación de causalidad entre la convivencia con la pareja de la señora Atala y el supuesto deterioro social, familiar y educacional de las niñas. Asimismo, la Corte Suprema no había contemplado la posibilidad de que el deterioro al que hacían referencia algunos testigos se pudo producir por la separación de la madre y el padre, ni tampoco sustentó por qué la situación familiar del padre era más favorable para las menores.

Por otra parte, la Corte Suprema alegó que los intereses de las niñas no supusieron una prioridad para la Señora Atala cuando tomó la decisión de explicitar su condición sexual. En este sentido, la CIDH determinó que al ser la orientación sexual un componente esencial de identidad de la persona, no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su

[471] En este sentido, la CIDH alegó que la jurisprudencia de algunos países, así como numerosos informes científicos, se han referido a esta temática con claridad. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en su acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2919, de 16 de agosto de 2010, sobre el derecho de las parejas homosexuales a adoptar menores de edad, consideró relevante el hecho de que lo demandantes no sustentaron empíricamente, con base en documentos o análisis científicos, una supuesta afectación del interés superior del niño en estos casos. Por este motivo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México se interesó por los estudios existentes sobre el impacto de la orientación sexual en el desarrollo del niño y consideró que en modo alguno puede sostenerse la hipótesis general de una afectación negativa del desarrollo de los menores de edad que conviven con padres homosexuales. Además, la Suprema Corte indicó que la heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo. En este sentido, afirmó que todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y determinó que cada familia tiene que analizarse de forma particular y no desde un punto de vista estadístico.

[472] Asimismo, la CIDH resaltó que la *American Psychological Association* ha calificado los estudios existentes sobre la materia como "impresionantemente consistentes" en su fracaso por identificar algún déficit en el desarrollo de los niños criados en un hogar gay o lésbico.

proyecto de vida y de familia y que no podía considerarse como reprochable el hecho de que hubiera tomado la decisión de rehacer su vida. Además, la CIDH determinó que no se encontró probado un daño que perjudicara a las tres niñas.

En lo que respecta a si las niñas tenían derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia normal y tradicional[473], la CIDH también constató que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una familia normal, estructurada y apreciada en su medio social y no en una familia excepcional, reflejaba una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no identifica con el contenido de la CADH, al no existir un modelo específico de familia en la misma.

Por todo lo anteriormente expuesto, la CIDH estimó que los argumentos que presuntamente justificaban el trato diferenciado por orientación sexual no cumplían con el objetivo de proteger el interés superior del niño. En este sentido, la CIDH determinó que, en el caso de Karen Atala, las decisiones judiciales chilenas, al estar fundamentadas en argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios, constituían un trato discriminatorio. Asimismo, determinó que las autoridades judiciales chilenas al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, habían discriminado a las tres niñas: M, V y R.

En cuanto a la violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar, la CIDH estableció que en el proceso se expuso la vida privada de Karen Atala, debido a que se tomó como referente para resolver el caso su

[473] En este aspecto, la CIDH tuvo en cuenta la STEDH. Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, decisión de la Corte nº. 33290/96, de 21 de diciembre de 1999, *cit. ad. supra.,* nota 204, en el que el TEDH consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento de que la niña debía vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad).

orientación sexual. En este sentido, la CIDH determinó que esta medida era desproporcionada e inadecuada para cumplir con el fin de proteger el interés superior de las menores. Según la CIDH, los tribunales debieron limitarse a estudiar conductas parentales, sin efectuar una exposición y escrutinio sexual de la vida privada de Señora Atala. Por este motivo, la CIDH consideró que a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la Señora Atala, se había producido una injerencia arbitraria en su vida privada, debido a que la orientación sexual forma parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la paternidad.

Y por último, en lo que respecta al derecho a la protección de la vida familiar, la CIDH reconoció que se había constituido un núcleo familiar entre la Señora Atala y su pareja, su hijo mayor y las niñas M., V. y R. y que dicho núcleo familiar se encontraba amparado por la CADH[474]. En este sentido, también reconoció que la decisión de retirada de la custodia no fue una medida idónea para proteger el interés superior de las niñas y que la misma tuvo como resultado la separación de una familia, situación que constituye una injerencia arbitraria en la vida privada y familiar de sus componentes.

3.4. El desarrollo de la teoría del consenso y la restricción del margen de apreciación en el caso Atala Riffo

En el caso Atala Riffo y Niñas c. Chile, los representantes de la Señora Atala consideraron que las actuaciones estatales constituían un

[474] En este sentido, la CIDH reconoció la protección del art. 11.2 de la CADH (prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida familiar de las personas) y del art. 17 de la CADH (derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella). Asimismo, la CIDH reconoció la protección del art. 19 de la CADH (derechos del niño) en el caso de las niñas, debido a que fueron separadas de una forma injustificada de uno de sus entornos familiares.

tratamiento diferenciado no contemplado en el derecho chileno y claramente prohibido por el derecho internacional. Asimismo, alegaron que con la decisión la Corte Suprema de Chile se creaba una categoría de personas inhabilitada para cuidar de sus propios hijos por su sola condición sexual (lesbiana), equiparando ésta a las situaciones de maltrato o descuido.

A este respecto, los jueces de la CIDH consideraron que no existían antecedentes que sirvieran de base para especulaciones sobre la madre en relación al maltrato o cuidado de sus hijas y que los dictámenes que obraban en lo autos agregados, tanto los psicólogos como las asistentes sociales, concluían que la homosexualidad de la madre no vulnera los derechos de las niñas. Éstos tampoco privaban a la Señora Karen Atala de ejercer su derecho de tutela, ya que desde una perspectiva socióloga o psiquiátrica, a juicio de dichos expertos, se trata de una persona absolutamente normal. Teniendo en cuenta esta circunstancia, parecía obvio que la retirada de la custodia de unos hijos a su madre sólo por su opción sexual –como requirió el padre basándose en apreciaciones netamente subjetivas – supone una sanción discriminatoria (al margen de las aceptadas por la ley) tanto a las niñas como a la madre.

Los representantes del Estado chileno trataron de justificar el margen de actuación de la Corte Suprema alegando que la interpretación realizada por la CIDH debía ser flexible, ya que ésta requiere de la credibilidad y confianza de los EEMM. Para los defensores del Estado chileno, adoptar un rol demasiado regulador, sin atender el sentimiento de los Estados, podría afectar la relación de confianza entre éstos y la Corte. Asimismo, señalaron que la orientación sexual no era una categoría sospechosa de la cual hubiera un consenso en el sistema interamericano en el momento en que se dictó la Sentencia de la Corte Suprema de Chile y alegaron que el establecimiento por parte de la CIDH de una súper-categoría sospechosa,

como sería en este caso la orientación sexual de uno de los padres u otras similares, podría ir en detrimento del bien superior del niño.

En respuesta a estas alegaciones, la CIDH determinó que la presunta falta de consenso en el interior de algunos países sobre el respeto pleno por lo derechos de las minorías sexuales no podía ser considerado un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos, ni para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.

En este orden de ideas, la CIDH señaló que el hecho de que un determinado tipo de discriminación fuese objeto de controversia en algunos países o no fuese materia de consenso en los mismos, no puede conducir a la CIDH a abstenerse de decidir sobre el caso, ya que al hacerlo solo se remite a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la CADH. De este modo, la CIDH identificó la cláusula de protección de la familia contenida en el artículo 17 de la CADH con las disposiciones de numerosas constituciones latinoamericanas, tales como la de Bolivia[475], Brasil[476], Chile[477], Colombia[478], Costa Rica[479], Cuba[480], Ecuador[481], El Salvador[482], Nicaragua[483], Paraguay[484], Perú[485], Uruguay[486] y Venezuela[487].

---

[475] Art. 62. II. de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. El texto íntegro de todas las Constituciones citadas en la SCIDH. Karen Atala y niñas c. Chile, caso nº. 12502, de 17 de septiembre de 2010, se encuentra disponible en: http://www.alcaldiabogota.gov.co/BJV/consulta/listConsulta.jsp?liccol_id=15&tit=CONSTITUCIONES+LATINOAMERICANAS (Última consulta realizada el 19 de marzo de 2016).

[476] Art. 226 de la Constitución de la República Federal de Brasil.

[477] Art. 1 de la Constitución Política de la República de Chile.

[478] Art. 5 de la Constitución Política de Colombia.

[479] Arts. 51, 52 y 53 de la Constitución Política de la República de Costa Rica.

[480] Art. 35 de la Constitución de la República de Cuba

[481] Arts. 67 y 68 de la Constitución de la República del Ecuador.

[482] Arts. 32 y 33 de la Constitución de la República de El Salvador.

[483] Arts. 70, 71 y 72 de la Constitución Política de Nicaragua.

[484] Arts. 49, 50, 51 y 52 de la Constitución Nacional de la República del Paraguay.

[485] Arts. 4 y 5 de la Constitución Política del Perú.

La CIDH se sirvió del criterio de interpretación evolutiva para considerar la CADH como un instrumento vivo que ha de entenderse a la luz de nuestros días de acuerdo con las circunstancias estatales, pero teniendo en cuenta que para restringir el margen de apreciación estatal es necesario que exista un consenso, un espacio de coincidencia o convergencia de estándares entre los Estados parte. Tal y como ocurre en el caso de la prohibición de la discriminación fundada en la orientación sexual que existe no sólo entre los Estados parte de la CADH, sino entre todos los Estados miembro de la OEA, a través de las resoluciones de la Asamblea General.

Sin embargo, no puede decirse que ocurra lo mismo en relación a la evolución de la noción de familia como elemento esencial o natural de la sociedad, que sigue estando presente en las Constituciones de numerosos Estados parte. Según el fallo de la CIDH, el hecho de que en la actualidad exista una pluralidad de conceptos de familia, no quiere decir que necesariamente todos y cada uno de ellos corresponda a lo que la CADH -incluso interpretada según los parámetros mencionados- entiende por familia, ni tampoco quiere decir que todos los Estados parte deban reconocer todos los modelos de familia.

En este sentido, podría afirmarse que la CIDH considera necesario reconocer un amplio margen de apreciación nacional en materia de reconocimiento y protección de la familia. De este modo, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como "familia", ésta deberá ser objeto de la protección prevista en el artículo 23 de la CADH, siendo los Estados parte los encargados de interpretar o definir su propio concepto de familia, así como su alcance de protección en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

---

[486] Arts. 40, 41 y 42 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay.
[487] Arts. 75, 76 y 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

3.5. Extensión de prerrogativas conyugales en Alberto Duque c. Colombia

Por lo que respecta a la extensión de prerrogativas conyugales, encontramos antecedentes en el asunto José Alberto Pérez Meza c. Paraguay[488], declarado inadmisible por la ComIDH. En este caso, el peticionario solicitó que la ComIDH valorara de nuevo las pruebas presentadas ante los tribunales paraguayos con el fin de determinar la existencia de una sociedad o una pareja de hecho[489] y su derecho a suceder, tras la muerte del Sr. Antonio Espinola Tami, con el que mantuvo una relación desde 1967 hasta 1987 ininterrumpidamente.

A este respecto, la ComIDH declaró que la CIDH no podía revisar las pruebas que habían sido valoradas por los tribunales internos a menos que hubiera una violación de la CADH y determinó que en ningún momento el peticionario argumentó que las disposiciones legales paraguayas que contemplaban la posibilidad de reconocimiento de unión de hecho (exclusivamente entre un varón y una mujer) fueran discriminatorias y que éste se limitó a señalar su disconformidad con la apreciación de la prueba efectuada por las autoridades estatales. Por tanto, la ComIDH declaró la inadmisibilidad del caso por *falta de caracterización de los*

[488] ComIDH. José Alberto Pérez Meza c. Paraguay, informe nº. 96/01, petición 19/99, de 10 de octubre de 2001. Disponible en: http://www.cidh.oas.org/annualrep/2001sp/Paraguay.19.99.htm (Última consulta realizada el 16 de marzo de 2016).

[489] La legislación paraguaya contempla un supuesto de reconocimiento de matrimonio aparente o unión de hecho sólo entre un varón y una mujer, y así lo expresa el art. 51 de su Carta Magna. "Las uniones de hecho entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, producen efectos similares al matrimonio, dentro de las condiciones que establezca la ley". Asimismo, el Código Civil de Paraguay en su art. 140 inciso (g) prohíbe expresamente el matrimonio de personas del mismo sexo. De la lectura de estos preceptos se deduce que el matrimonio entre personas del mismo sexo no está previsto en la legislación interna paraguaya. Por este motivo, los jueces paraguayos rechazaron la demanda.

hechos. Esta falta de argumentación en Alberto Pérez Meza c. Paraguay impidió que la CIDH definiera su postura acerca de la extensión de las prerrogativas conyugales (pensión de viudedad) a parejas homosexuales.

No obstante, recientemente ha llegado ante la CIDH un asunto de características muy similares[490]. Se trata del caso Ángel Alberto Duque c. Colombia[491], en el que el solicitante denunció haber sido víctima de discriminación por razón de su orientación sexual ante la denegación de una pensión tras la muerte de su pareja. En este caso, la ComIDH consideró, que si bien el fin invocado por el Estado, consistente en la protección de la familia era legítimo en abstracto, la diferencia de trato en este caso no podía considerarse idónea, ya que el concepto de familia citado por las autoridades estatales era limitado y estereotipado, excluyendo arbitrariamente formas diversas de familia, como las formadas por parejas del mismo sexo. Asimismo, la ComIDH consideró que el Estado no proporcionó a la víctima un recurso efectivo frente a una violación, sino que por el contrario, las autoridades judiciales nacionales que conocieron el caso perpetuaron con sus decisiones los perjuicios y la estigmatización de las personas y parejas del mismo sexo. Además, debido a los múltiples factores de vulnerabilidad, incluyendo su orientación sexual,

[490] SCIDH. Ángel Alberto Duque c. Colombia, caso nº. 12841, de 26 de febrero de 2016. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/duque_02_07_15.pdf (Última consulta realizada el 23 de abril de 2016). Para un estudio más detallado de la Audiencia Pública del caso, *vid.* https://vimeo.com/137318897 (Última consulta realizada el 16 de marzo de 2016).

[491] ComIDH. Ángel Alberto Duque c. Colombia, caso nº. 12841, remitido a la CIDH el 21 de octubre de 2014. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2011/COAD123-05ES.doc (Última consulta realizada el 16 de marzo de 2016). La Comisión Interamericana sometió el caso 12.841 a la jurisdicción de la CIDH el 21 de octubre de 2014 porque consideró que el Estado de Colombia no cumplió con las recomendaciones contenidas en el Informe de Fondo. En dicho informe, la Comisión recomendó al Estado de Colombia compensar/reparar a Ángel Alberto Duque por las violaciones de derechos humanos declaradas en el informe, contemplando los daños materiales e inmateriales. Así como, la ComIDH recomendó al Estado de Colombia que garantizara la no discriminación a las parejas del mismo sexo en cuanto al acceso a servicios de seguridad social.

ser portador del VIH y su condición económica, la ComIDH consideró que también se vio afectado el derecho a la integridad personal del peticionario.

Durante el trámite del caso ante la CIDH, el Estado colombiano reconoció la existencia de un *hecho ilícito internacional continuado*, durante al menos parte del periodo de tiempo que estuvieron vigentes las disposiciones que no permitían el reconocimiento de las pensiones a las parejas del mismo sexo. Asimismo, el Estado señaló que ese hecho ilícito habría cesado con la emisión de la Sentencia C-366[492] que modificó las normas que estaban generando el hecho ilícito y afirmó haber reparado los efectos del hecho ilícito internacional al garantizar un recurso adecuado y efectivo para el reconocimiento de las pensiones a las parejas del mismo sexo.

En este sentido, la CIDH declaró que el Estado era responsable por la violación del derecho a la igualdad y no discriminación contenido en el art. 24, en relación con el art. 1.1 de la CADH, al perjudicar al Sr. Ángel Duque, al que se le impidió acceder, en condiciones de igualdad a la pensión de viudedad por la existencia de una normativa interna vigente en el año 2002 que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo. Además, la CIDH determinó que, ese hecho ilícito internacional no habría sido subsanado posteriormente, puesto que de haberlo sido, no hubiera sido necesario reconocer la responsabilidad internacional del Estado. En este sentido, la CIDH llegó a la conclusión de que no quedaban claros los

[492] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-336 de 16 de abril de 2008. En el año 2008, la Corte Constitucional de Colombia concluyó a través de la Sentencia C-336 que las parejas del mismo sexo que acreditan dicha calidad tienen derecho a la pensión de viudedad. Asimismo, desde el año 2010 ese mismo tribunal Constitucional consideró en varias sentencias que el hecho de que la muerte de uno s delos miembros de la pareja del mismo sexo hubiera ocurrido antes de la notificación de la sentencia C-366 de 2008 no justificaba que pudiese negarse la pensión de viudedad al miembro supérstite y además que no era constitucionalmente válido proveer sólo de una vía para acreditar su unión permanente a las parejas del mismo sexo, mientras que las parejas heterosexuales disponían de cinco vías para el efecto y que, por tanto, debían otorgarse los mismos mecanismos en ambos casos.

efectos retroactivos de los créditos que podría percibir el Sr. Duque y decidió someter esta cuestión a un acuerdo entre las partes.

En definitiva, este caso ha permitido a la CIDH pronunciarse sobre el reconocimiento de las parejas del mismo sexo como *vida familiar*. Si bien, en el caso Atala Riffo e hijas c. Chile la CIDH se pronunció por primera vez sobre esta materia, este supuesto ha planteado una situación fáctica distinta relacionada con la discriminación de acceso a los derechos sociales, en el ámbito familiar y de pareja. Y es que, si bien es cierto que la CIDH no ha tenido oportunidad de revisar el margen de apreciación concedido al Estado colombiano (debido a que éste ya había derogado de *motu proprio* las disposiciones legales que impedían el acceso a parejas del mismo sexo a pensiones de viudedad) este caso ha servido para que la CIDH reconozca que la CADH a la luz de nuestros días ampara la extensión de prerrogativas conyugales a las parejas del mismo sexo.

4. CUESTIONES PENDIENTES ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En los últimos meses, la ComIDH ha admitido a trámite dos casos relacionados con discriminación por razón de orientación sexual, de los cuales ya ha remitido uno a la CIDH. Se trata de los casos Sandra Cecilia Pavez c. Chile (admitido a trámite por la ComIDH el pasado 21 de julio de 2015) y Homero Flor Freire c. Ecuador (cuya Audiencia Pública ante la CIDH se celebró el pasado 17 de febrero de 2016[493]) que servirán para plantear ante la CIDH cuestiones todavía sin resolver en el continente

[493] Para un estudio más detallado de la Audiencia Pública del Caso Homero Flor Freire c. Ecuador, *vid.* https://vimeo.com/album/3821383 (Última consulta realizada el 16 de marzo de 2016).

americano y configurar el sistema de protección de estándares mínimos de la población LGBTI en las Américas.

4.1. En centros de trabajo

Un caso admitido a trámite recientemente por la ComIDH, es el de Sandra Cecilia Pavez c. Chile[494], una profesora de la asignatura de religión de Educación General Básica (EGB), que había desempeñado esta labor durante los últimos veinticinco años. En este caso, la supuesta víctima denuncia la conducta del Vicario para la Educación del Obispado, el Sr. René Aguilera Colinier, quién le comunicó por escrito que había decidido revocar su certificado de idoneidad, inhabilitándola de esta forma para ejercer como docente de la asignatura de religión católica en los establecimientos educacionales de la diócesis de San Bernardo.

En este escrito, el Vicario hizo referencia directa a la situación de la Sra. Sandra Cecilia Pavez, así como a una serie de conversaciones que había mantenido con ella desde el mes de abril de 2007. Según la peticionaria, en dichas conversaciones, tanto el citado Vicario, como el Obispo de la Diócesis de San Bernardo le habrían reprochado su orientación sexual y el hecho de mantener una relación estable con una persona del mismo sexo, exigiéndole que *terminara de manera inmediata con su vida homosexual*, so pena de no poder ejercer más su profesión como docente de la asignatura de religión. Asimismo, se le habría impuesto supuestamente como condición adicional el someterse a una terapia de orden psiquiátrico con la finalidad de que *revirtiera su supuesta alteración mental.*

[494] ComIDH. Sandra Cecilia Pavez Pavez c. Chile, informe nº. 30/15, petición 1263-08, de 21 de julio de 2015. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2015/CHAD1236-08ES.pdf (Última consulta realizada el 16 de marzo de 2016).

Por este motivo, la ComIDH ha admitido a trámite la denuncia de la supuesta víctima, en la que se alega una presunta violación de su derecho a no sufrir injerencias arbitrarias en su vida privada, consagrado en el artículo 11 de la CADH y a su derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 24 de la CADH, ambos en relación con el artículo 1.1. de la CADH (obligación de respeto y garantía de los derechos humanos).

4.2. En Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

En el caso Homero Flor Freire c. Ecuador[495], cuya Audiencia Pública ante la CIDH se celebró el pasado 17 de febrero de 2016[496], se plantea la responsabilidad internacional del Estado de Ecuador como consecuencia de las decisiones que dieron lugar a la separación del solicitante de la base terrestre ecuatoriana, como resultado de la aplicación del entonces vigente

[495] ComIDH. Homero Flor Freire c. Ecuador, caso nº 12743, remitido a la CIDH el 11 de diciembre de 2014. Informe de fondo disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12743FondoEs.pdf (Última consulta realizada el 16 de marzo de 2016).

[496] La ComIDH sometió el caso 12.743 a la jurisdicción de la CIDH el 11 de diciembre de 2014 debido a que no se logró llegar a un acuerdo entre las partes de cumplimiento de recomendaciones. En el Informe de Fondo, la ComIDH recomendó al Estado de Ecuador compensar/reparar íntegramente a Homero Flor Freire en los términos indicados en el informe, tanto en el aspecto material como moral, incluyendo medidas de satisfacción por los daños ocasionados; y reconocer públicamente que fue dado de baja de la Fuerza Terrestre ecuatoriana de manera discriminatoria. Asimismo, la Comisión recomendó adoptar las medidas estatales necesarias para asegurar que las personas que se encuentran al servicio de la Fuerza Terrestre ecuatoriana o cualquier dependencia del ejército ecuatoriano no sean discriminadas por razón de su orientación sexual, real o percibida. La Comisión Interamericana también solicitó al Estado tomar las medidas estatales necesarias para que el personal de la Fuerza Terrestre ecuatoriana o cualquier dependencia del ejército ecuatoriano, así como los juzgados de derecho en jurisdicción militar conozcan los estándares interamericanos, y la normativa interna ecuatoriana, en relación a la no discriminación por razón de orientación sexual, real o percibida; y adoptar las medidas estatales necesarias para que se garantice el derecho al debido proceso de militares juzgados por tribunales en procesos disciplinarios, incluyendo el derecho a un juez o tribunal imparcial.

Reglamento de Disciplina Militar, que sancionaba los actos sexuales entre personas del mismo sexo con la separación del servicio.

En este caso, la ComIDH consideró que si bien el mantenimiento de la disciplina en una institución armada constituye un fin legítimo, no existe una relación de idoneidad de medio utilizado entre la sanción por *actos de homosexualidad* en las fuerzas armadas y los valores castrenses que se buscaba proteger, tales como el honor, la dignidad, la disciplina y el culto al civismo. Asimismo, la ComIDH señaló que afirmar lo contrario implicaría agregar un valor negativo al *acto sexual entre personas del mismo sexo*, además de promover la estigmatización contra personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales o intersex (LGBTI) o aquellas percibidas como tales.

En esta decisión, la ComIDH señaló además que la percepción de una persona como homosexual, no implica necesariamente que esta persona se identifique con dicha orientación. Sin embargo, ello no excluye que pueda verse expuesta a la discriminación que históricamente han sido y son sometidas estas personas por su orientación sexual. Además, la ComIDH determinó que el Reglamento entonces vigente contemplaba una sanción menos lesiva para los *actos sexuales ilegítimos*, en comparación con los denominados en dicha norma *actos de homosexualidad*.

Sobre este punto, la ComIDH calificó tal diferencia de trato como discriminatoria. La ComIDH también determinó que en el proceso, tanto en la actividad probatoria como en la motivación judicial, estuvieron presentes sesgos y prejuicios discriminatorios respecto a la aptitud de una persona para ejercer sus funciones dentro de una institución militar por razón de su orientación sexual real o percibida. Finalmente, la ComIDH concluyó que en el proceso seguido en contra de Homero Flor Freire se violó la garantía de imparcialidad y que la demanda de tutela interpuesta no constituyó un recurso efectivo para proteger sus derechos.

Este caso permitirá a la CIDH pronunciarse por primera vez sobre el ejercicio punitivo o sancionatorio de los Estados sobre la base de la orientación sexual real o percibida de una persona. Específicamente, la CIDH está llamada a pronunciarse sobre la compatibilidad con el principio de igualdad y no discriminación en normas y procesos que con el alegado objetivo de mantener la disciplina o el orden de una institución militar sancionan actos sexuales entre personas del mismo sexo, o tienen el efecto de castigar la orientación sexual real o percibida de sus miembros.

CONCLUSIONES GENERALES

CONCLUSIONES

Una vez analizada con detalle la evolución jurisprudencial del sistema europeo y americano de protección de derechos humanos en relación con los derechos y libertades del individuo homosexual, conviene realizar unas reflexiones a modo de conclusión de cada uno de los sistemas. Nuestro propósito, además de exponer las conclusiones alcanzadas, será el de hacerlo de forma comparada, poniendo en evidencia así la evolución paralela (a distintas velocidades) de ambos sistemas.

A modo de reflexión final podría afirmarse, tras el estudio de la jurisprudencia de ambos tribunales que, como viene sosteniendo la doctrina especializada, son tres las razones que legitiman (y a la vez justifican) el uso del magen de apreciación por el TEDH y la Corte interamericana.: *a)* el hecho de que margen de apreciación es una indefectible consecuencia del principio de subsidiariedad subyacente a una jurisdicción internacional *b)* el hecho de que es un necesario reflejo de la deferencia debida al sistema de garantía nacional de los derechos, en casos en los que para los tribunales es precisa una reserva de decisión doméstica y *c)* es indispensable para respetar la diversidad cultural y el pluralismo que caracteriza a unas naciones que, no obstante, se han comprometido a respetar los estándares comunes de la tutela que suponen los textos internacionales de derechos.

En otro orden de ideas, y en relación con el sistema de protección europeo, podría decirse que, en lo relativo a la protección del individuo homosexual, podría calificarse de "relativamente exitosa" la jurisprudencia dl TEDH en materia de no discriminación. Razones que justifiquen esta situación no faltan. En primer lugar, en *la asimilación que se ha llevado a cabo en las últimas décadas en los distintos ordenamientos jurídicos internos de los valores contenidos en el CEDH:* la víctima puede invocar no sólo la violación del texto, sino también su espíritu y valores

consagrados ante los tribunales constitucionales nacionales. La conexión entre las medidas adoptadas por todos los poderes públicos, internos e internacionales, conforma una cultura jurídica regional favorable a la defensa y protección de estos derechos.

En segundo lugar, *el TEDH es consciente de los problemas que podría conllevar una jurisprudencia activista y ha adoptado una postura prudente.* En este sentido, el Tribunal europeo trata de motivar sus sentencias, justificando el peso de cada uno de los intereses del conflicto: por un lado, la población LGBTI que reivindica la necesidad de escoger su propio estilo de vida (*lifestyle*), amparándose en el principio de no discriminación; por otro lado, el Estado, celoso a la hora de ceder el ejercicio de competencias soberanas, se escuda en la protección de valores colectivos, tales como la moral o la familia tradicional. En este contexto, la preocupación del TEDH por preservar una apariencia de objetividad se observa en las decisiones que ponen en evidencia el carácter dinámico del CEDH.

En tercer lugar, *el TEDH ha desarrollado un estándar mínimo de protección del ciudadano homosexual que responde a un modelo de* "*normas de principio*". Es decir, normas que no se presentan como reglas jurídicas precisas, sino como directrices, sometidas a una re-evaluación constante, que tratan de orientar a los EEMM para que protejan un determinado aspecto preciso, relacionado con la sexualidad del individuo como una manifestación de su vida privada, convirtiéndose cada una de estas normas de principio en una línea roja, una frontera que los poderes estatales no deben cruzar.

En este contexto, el estudio de la cultura jurídica europea en materia de no discriminación por razón de orientación sexual nos lleva a extraer las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- *La teoría del consenso es una herramienta de carácter político de innegable utilidad, aunque a todas luces no deja de ser un "concepto jurídico indeterminado".* En este sentido, podemos observar cómo el TEDH no siempre ha recurrido a los mismos argumentos (o fundamentos) para indentificar el consenso existente. En este sentido podrías identificar cuatro criterios para la identificación de dicho consenso: a) un criterio cuantitativo, consistente en el recuento del numero de Estados que aplican un mismo estándar legal; un criterio cualitativo, b) en el que el Tribunal tiene más en cuenta la opinión de expertos en la materia que el número de Estados que siguen dichas opiniones ; c) criterio de la opinión pública, por el que el Tribunal toma en cuenta y evalúa la opinión pública de los ciudadanos europeos y d) criterio jurisprudencial, en el que el en Tribunal se basa en su propia doctrina y jurisprudencia como una fuente de Derecho.

Teniendo en cuanta pues, lo expuesto, podría afirmarse que la aplicación de cada una de estas manifestaciones del consenso es, a todas luces, aleatoria e impredecible a priori. De modo que el TEDH puede servirse de uno de estos argumentos, de varios simultáneamente o incluso de ninguno a la hora determinar la existencia del consenso en el caso concreto. Circunstancia ésta última, que evidencia el carácter dinámico del CEDH.

SEGUNDA.- *El TEDH no crea la teoría del consenso en materia de no discriminación por razón de orientación sexual, sino que la hace suya y la desarrolla*. En este sentido, podemos observar una etapa oscura en el sistema regional europeo (1955-1980), en la que la ComEDH ignoraba el consenso en la región en materia de tolerancia de las prácticas homosexuales en los distintos ordenamientos jurídicos de los distintos EEMM. De hecho, a pesar de que en el año 1955 sólo cuatro de los Estados signatarios que componían el CdE contemplaban una prohibición legal de

la homosexualidad, la ComEDH declaró inadmisibles varios casos sin realizar ningún estudio del consenso existente en el momento. Durante este periodo, fueron los propios peticionarios los que con sus alegaciones trataron de demostrar que los Estados democráticos toleraban la homosexualidad (*vid.* A.S. c. la República Federal de Alemania, decisión nº. 530/59, de 4 de enero de 1960). E incluso, hay casos en los que los peticionarios llegaron a realizar un recuento del número total de países que toleraban la homosexualidad en aquel momento (*vid.* G.W. c. la República Federal de Alemania, decisión nº. 1307/61, de 4 de octubre de 1962). De esta forma, podría decirse que fue la iniciativa de los afectados la que, en la práctica, constituyó el germen de la búsqueda del consenso en la doctrina en esta materia y contribuyó a sentar las bases de la herramienta que, con el tiempo, desarrollaría el propio TEDH.

TERCERA.- *El reconocimiento de la sexualidad como una manifestación de la vida privada del individuo en el seno del TEDH se compone de dos dimensiones: externa e interna*. La primera de éstas, la dimensión externa al TEDH hace referencia a las Resoluciones de la Asamblea de la CdE a principios de los años 80´(*vid.* Resolución 756 (1981) y Resolución 924 (1981) "relativa(s) a la discriminación hacia las personas homosexuales") que recomendaban a los EEMM poner fin a la discriminación por razón de orientación sexual en el ámbito penal, civil y laboral y que ejercieron su influencia a modo de *Soft law* en la estructura del sistema europeo de defensa de derechos humanos. Así como, la segunda de estas dimensiones, *la interna*, se identifica con la tendencia iniciada también a principios de los años ´80 del propio TEDH de (re)interpretación de la noción de vida privada como el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos, en el marco del art. 8 del CEDH.

CUARTA.- *El TEDH desarrolla inicialmente un estándar mínimo de protección que contempla exclusivamente relaciones (homo)sexuales llevadas a cabo en privado, entre adultos que consienten*. Esta revisión del amplio margen de apreciación reconocido inicialmente a los EEMM en materias relacionadas con la protección de la moral se debió a que dicho margen no dependía sólo del fin perseguido por la restricción estatal, sino que también depende de la naturaleza del acto enjuiciado, que puede variar en función del tiempo y del espacio (*vid.* Dudgeon c. Reino Unido, nº. 26550/10, de 31 de mayo de 2011). De modo que el TEDH (re)interpreta el contenido del art. 8 del CEDH, declarando que las prácticas homosexuales constituyen uno de los aspectos más íntimos de la vida privada del individuo y como tal, suponen una manifestación de la personalidad humana.

QUINTA.- *La equiparación de la mayoría de edad para mantener relaciones (homo/hetero) sexuales parece haber respondido a la aceptación del TEDH de un consenso en la región de la comunidad médica*. Se trata de un estándar mínimo de protección consolidado en el sistema europeo, que puso fin a la cuestión planteada en un gran número de casos. En efecto, reiteradamente se planteaba la cuestión de si encontraba un Estado legitimado para contemplar en su normativa interna edades de consentimiento sexual más elevadas en el caso de las relaciones homosexuales. A este respecto, la ComEDH (*vid.* Sutherland c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 25186/94. Informe de la ComEDH de 21 de mayo de 1996 y decisión del TEDH de 27 de marzo de 2001) estableció que, según la comunidad médico-científica, la equiparación de las edades de consentimiento a dieciséis años podía tener efectos beneficiosos sobre la salud sexual de los homosexuales. Doctrina ésta que ha sido defendida posteriormente por el TEDH, que ha reducido el margen de apreciación en la materia alegando que la mayoría de edad sexual incide en un aspecto de

la vida íntima de los individuos afectados (*vid., inter alias,* L. & V. c. Austria, decisión de la Corte nº. 39392/98 y 393829/98, de 9 de enero de 2003 o Woditschka y Wilfing c. Austria, decisión de la Corte nº. 69756/01 y 6306/02, de 21 de octubre de 2004).

SEXTA.- *Atendiendo a la praxis jurisprudencial, podría afirmarse que el CEDH protege las relaciones (homo)sexuales llevadas a cabo en privado, entre adultos que consienten, independientemente del número de sujetos implicados*. En este sentido, el TEDH no contempla una distinción moral como un argumento válido que justifique una actuación estatal destinada a castigar aquellas relaciones sexuales entre más de dos adultos, siempre y cuando se lleven a cabo en un espacio privado y éstos consientan (*vid.* A.D.T. c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 35765/97, de 31 de julio de 2000). En este sentido, el juicio del TEDH se centra en que éstas relaciones (homo)sexuales estén relacionadas con un aspecto de la vida privada del individuo(s), de modo que, al igual que en los supuestos anteriores, esta apreciación le permite restringir el amplio margen de apreciación estatal reconocido inicialmente a los EEMM en casos relacionados con la moral.

SÉPTIMA.- *Atendiendo a la praxis jurisprudencial, podría afirmarse que el CEDH no protege las relaciones (homo)sexuales de carácter sado-masoquista.* En este tipo de casos, el TEDH ha determinado que la injerencia estatal en la vida de los individuos implicados está justificada por el margen de apreciación con el que cuenta el Estado, al tratarse de un supuesto de protección de la salud pública (*vid.* Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 21627/93, 21826 y 21974/93, de 19 de febrero de 1997). Sin duda, se trata de una postura doctrinal controvertida que fue criticada en su momento incluso por parte del propio *quórum* de la Sala (*vid.* voto particular del Juez Loucaides en Laskey, Jaggard & Brown c. Reino Unido), que comparaba la práctica del

sado-masoquismo con la de otras actividades que causando lesiones o siendo peligrosas para la salud, son generalmente consideradas como legales por el hecho de mediar el consentimiento de los individuos adultos implicados (*v. gr*. la técnica del tatuaje, el boxeo o la cirugía estética).

OCTAVA.- *Un Estado no puede servirse de su margen de apreciación estatal para frustrar a los ciudadanos el ejercicio de su derecho a tener una vida privada, aunque éstos presten servicios en las Fuerzas Armadas*. Doctrina ésta, utilizada por el TEDH en varios casos planteados contra Reino Unido (*vid., inter alias*, Smith & Grady c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 33985/96 y 33986/96, de 23 de febrero de 1999 y 27 de septiembre de 1999) en los que los peticionarios denunciaban cómo dicho Estado se había extralimitado en el ejercicio de sus competencias al retirarlos del servicio activo por razón de su orientación sexual, comportamiento éste que a juicio del TEDH constituye un trato discriminatorio.

NOVENA.- *Atendiendo a la praxis jurisprudencial del Tribunal, podría afirmarse que el derecho a la vida privada del individuo reconocido en el CEDH no sólo garantiza el derecho de éste a mantener relaciones (homo)sexuales, sino su derecho a establecer y desarrollar relaciones afectivas (independientemente del sexo de su pareja).* En este sentido, en los últimos años, el TEDH ha reconocido el derecho del individuo a establecer una familia y ha reconocido a las parejas del mismo sexo como constituyentes de un núcleo familiar (*vid.* Schalk & Kopf c. Austria, decisión de la Corte nº. 30141/04, de 24 de junio de 2010). Sin embargo, este reconocimiento no ha supuesto una extensión automática del estatuto jurídico de las parejas heterosexuales, sino que ha requerido de una labor interpretativa por parte del TEDH para determinar cuál es el estándar mínimo de protección de las parejas del mismo sexo en el continente europeo.

DÉCIMA.- *Los EEMM del CdE cuentan (y ejercen) con un amplio margen de apreciación en materia de reconocimiento del derecho a contraer matrimonio (en el caso de parejas del mismo sexo),* debido a que se trata de una materia controvertida, con connotaciones sociales, políticas y religiosas. La base de esta situación estriba en la consideración, por parte del TEDH, de la inexistencia de un consenso sobre el tema en la región. Situación ésta que ha puesto de manifiesto en el caso Schalk & Kopf c. Austria, decisión de la Corte nº. 30141/04, el 24 de junio de 2010. En este sentido, tal y como apunta el TEDH, por aquellas fechas sólo 6 de los 47 EEMM del CdE reconocían el derecho a las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, así como sólo 19 contemplaban alguna forma de registro o reconocimiento legal para las mismas[497], por lo que entendemos que este número debió ser insuficiente para restringir el margen de actuación estatal en la materia.

UNDÉCIMA.- *Atendiendo a la praxis jurisprudencial del Tribunal, podría afirmarse que el CEDH protege los derechos parentales del progenitor homosexual, cuando la relación paterno-filial existente tiene un carácter biológico* (*vid.* Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, decisión de la Corte nº. 33290/96, de 21 de diciembre de 1999). En este tipo de casos, el TEDH reconoce la relación existente entre el menor y el progenitor y se centra en el estudio de las actuaciones estatales. De modo que, el Tribunal observa una diferencia de trato motivada por la orientación sexual del solicitante, esta actuación constituirá un acto de discriminación que restringe el margen de apreciación estatal, con la finalidad de evitar que los EEMM caigan en la tentación de imponer un modelo de familia determinado.

[497] *Vid.* ANEXO XIII. Análisis comparativo del reconocimiento de Derechos LGTBI en los EEMM del CdE.

DUODÉCIMA.- *Atendiendo a la praxis jurisprudencial del Tribunal, podría afirmarse que el CEDH no protege el derecho a crear una familia o el derecho a la adopción de forma general y en todos los casos.* Partiendo de esta premisa, el TEDH ha tratado de resolver la cuestión del derecho de acceso a la adopción centrándose en el estudio de la discriminación directa, dando lugar a una doctrina un tanto errática en los últimos años, con perfiles muy asimétricos:

- *En el caso del derecho de acceso a la adopción de homosexuales (individualmente).* En los últimos años, el TEDH ha pasado de respaldar un amplio margen de apreciación estatal en la materia (*vid.* Fretté c. Francia, decisión de la Corte nº. 36515/97, de 26 de febrero de 2002) a interpretar él mismo el CEDH a la luz de nuestros días. De modo que, el TEDH considera la existencia de un trato discriminatorio cuando éste se centra en la orientación sexual del peticionario (*vid.* E.B. c. Francia, decisión de la Corte nº. 43456/02, de 22 de enero de 2008).

- *En el caso de la adopción de uno de los miembros de la pareja del hijo del otro*. El TEDH distingue entre parejas registradas y parejas casadas. De modo que, si el ordenamiento jurídico interno reserva el derecho de acceso a la adopción a parejas casadas, el TEDH considera que las parejas registradas no se encuentran en una situación jurídica comparable (*vid.* Gas & Dubois c. Francia, decisión de la Corte nº. 25951/07, de 31 de agosto de 2010). Así como, en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico interno permita la adopción por parte de parejas registradas heterosexuales (excluyendo a las parejas registradas del mismo sexo) el TEDH considerará la existencia de un trato discriminatorio (*vid.* X. y otros c. Austria, decisión de la Corte nº. 19010/07, de 19 de febrero de 2013).

DÉCIMO TERCERA.- *La protección de la familia tradicional no es una razón legítima que pueda justificar una diferencia de trato basada*

en la orientación sexual. En este sentido, el TEDH ha señalado que los EEMM del CdE deben tener en cuenta necesariamente la evolución de la sociedad y el consenso que se está generando en la región entorno al reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo (*vid.* Vallianatos y otros c. Grecia, decisión de la Corte nº. 29381/09 y 32684/09, de 7 de noviembre de 2013) realizando un recuento numérico de los EEMM que por aquellas fechas contemplaban en sus ordenamientos jurídicos el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo (9 de 47), así como de los EEMM que contemplaban alguna forma de unión registrada para este tipo de parejas (17 de 47, siendo Lituania y Grecia los dos únicos países donde tal unión quedaba reservada exclusivamente a las parejas heterosexuales).

DÉCIMO CUARTA.- *Los EEMM tienen la obligación positiva de asegurar un marco legal en materia de reconocimiento y protección de las parejas del mismo sexo. (vid.* Oliari y otros c. Italia, decisión de la Corte nº. 18766/11 y 36030/11, de 21 de octubre de 2015). En este sentido, el TEDH no sólo ha subrayado la importancia de otorgar el reconocimiento legal a la vida familiar *de facto,* como sucedió en el caso Schalk y Kopf, sino que ha ido más allá, restringiendo el margen de apreciación estatal, al apreciar un trato discriminatorio por razón de orientación sexual en aquellos casos en los que un ordenamiento jurídico no contemple una disposición legal que permita a las parejas del mismo sexo acceder a ningún tipo de registro o reconocimiento legal.

DÉCIMO QUINTA.- *El TEDH mantiene un amplio margen de apreciación en materia de extensión de prerrogativas conyugales a parejas registradas o a relaciones personales informales.* En los últimos años, podemos observar cómo el TEDH ha restringido el margen de apreciación en materias muy concretas al apreciar un trato discriminatorio por parte de las autoridades estatales. Como es el caso de derecho de sucesión en el

contrato de arrendamiento o de ampliación de cobertura de un seguro médico a la pareja del asegurado (*vid. inter alias,* Kozak c. Polonia, decisión de la Corte nº. 13102/02, de 2 de marzo de 2010 & P.B. y J.S. c. Austria, decisión de la Corte nº. 18984/02, de 24 de julio de 2010). Sin embargo, esta corriente jurisprudencial coexiste con una cierta postura conservadora por parte del Tribunal, que acepta que un Estado pueda reservar determinados derechos de forma exclusiva a parejas casadas, tales como el derecho a una pensión de viudedad (*vid.* Manenc c. Francia, decisión de la Corte nº. 66686/09, de 21 de septiembre de 2010 & M.W. c. Reino Unido, decisión de la Corte nº. 11313/02, de 23 de junio de 2009).

DÉCIMO SEXTA.- *La libertad de expresión y el derecho a compartir la propia identidad con otros es parte integral de la tolerancia y la protección de la diversidad en una sociedad democrática.* Se trata éste de un aspecto en el que ha incidido la Recomendación 211 (2007) del Congreso de los Poderes locales y regionales del CdE, sobre la "libertad de expresión y asamblea para lesbianas, gays, bisexuales y transexuales" y que se ha traducido en los últimos años en una jurisprudencia escasamente desarrollada por parte del TEDH, que tiende a interpretar la (homo)sexualidad como una manifestación esencial de la vida privada, mostrándose reticente a la hora de reconocer la protección de la libertad de expresión en este tipo de casos.

DÉCIMO SÉPTIMA.- *Atendiendo a la praxis jurisprudencial del Tribunal, podría afirmarse que, al día de hoy, la libertad de expresión individual relativa a sentimientos (y condición) de homosexualidad del individuo no está protegida por el art. 10 del CEDH.* En este sentido, el TEDH sostiene que el derecho a la libertad de expresión se refiere exclusivamente a la expresión de opiniones y al derecho a recibir y difundir ideas e información, pero no sentimientos. Por este motivo, tanto la ComEDH como el TEDH han rechazado la protección de la expresión de

sentimientos a través del artículo 10 del CEDH (obviando el potencial que este precepto podría tener como herramienta de protección frente al discurso de odio) y sólo ha utilizado este precepto para tratar la protección de la homosexualidad en relación con medios de difusión y comunicación.

DÉCIMO OCTAVA.- *La jurisprudencia del Tribunal parece amparar los derechos políticos colectivos de la comunidad LGTB siempre y cuando sean pacíficos. Así, para el TEDH, el elemento más importante de cualquier asamblea o manifestación no es su contenido político, sino el carácter pacífico de su su organización y ejecución.* Éstas pueden molestar u ofender a personas que se opongan a las ideas o afirmaciones que se tratan de promover. Sin embargo, los participantes deben ser capaces de mantener dicha asamblea o manifestación sin temor a ser sometidos a violencia física por parte de sus detractores. En este orden de ideas, el TEDH consideró desproporcionado el argumento de las autoridades rusas, relativo a la protección de los menores frente a la propaganda homosexual. Así como, descartó que las marchas del orgullo debieran prohibirse por entrar en conflicto con las creencias religiosas y los valores de una supuesta mayoría dominante (*vid.* Backzowski y otros c. Polonia, decisión de la Corte nº. 1543/06, de 3 de mayo de 2007 & Alekseyev c. Rusia, decisión de la Corte nº. 4916/07, 25924/08 y 14599/09, de 21 de octubre de 2010). En este sentido, el TEDH declaró la existencia de un amplio consenso en materia de aceptación de la libre (homo)sexualidad en el sistema europeo, refiriéndose de forma expresa a su propia jurisprudencia.

DÉCIMO NOVENA.- *Los EEMM tienen una serie de obligaciones –tanto positivas como negativas-, en relación a las denominadas marchas del orgullo, derivadas de la aplicación del derecho a la libertad de reunión (art. 11 CEDH).* En este sentido, el TEDH ha determinado que las autoridades estatales no sólo deben asegurar el pleno cumplimiento del derecho a la libertad de reunión y asamblea de sus

ciudadanos, sino también proteger a los activistas LGBTI frente a posibles ataques de contra-manifestantes (*vid.* Genderdoc-M c. Moldavia, decisión de la Corte nº. 9106/06, de 12 de junio de 2012)

VIGÉSIMA.- *Frente al amplio consenso, de carácter positivo, consistente en un movimiento de apertura y reconocimiento de derechos individuales y colectivos, podemos apreciar un segundo movimiento, de carácter negativo o reaccionario, protagonizado por los países del Este de Europa*[498]. En los últimos años, éstos han tratado de blindar sus constituciones nacionales frente al derecho a contraer matrimonio de las parejas del mismo sexo, e incluso han planteado ante sus tribunales constitucionales (como es el caso de Rusia) la posibilidad de incumplir las sentencias del TEDH. En este contexto, resulta interesante plantear que quizá el éxito o el fracaso de la labor del TEDH en los próximos años se deberá en gran medida a su capacidad para dar respuesta a este nuevo movimiento reaccionario, revisando su doctrina y profundizando en aquellos aspectos en los que hasta el momento ha actuado con excesiva prudencia. Entre los que podemos citar los siguientes:

- *Tratos inhumanos y degradantes.* El art. 3 CEDH protege a los individuos de los abusos más graves dirigidos contra su integridad física, mental o moral, por lo que entendemos que si dicho artículo se interpretase (y aplicase) de forma amplia podría servir para proteger al individuo (y al colectivo LGBTI) de acciones homófobas. En este sentido, conviene señalar que en los últimos años el TEDH ya ha reconocido en varios casos (*vid.* Zontul c. Grecia, nº. 12294/07, de 17 de enero de 2012; X. c. Turquía, decisión de la Corte nº. 24626/09, de 9 de octubre de 2012; Identoba y otros c. Georgia, nº. 73235/12, de 2 de mayo de 2015 & Boris Kostadinov c. Bulgaria, decisión de la Corte nº. 61701/11, de 21 de enero de 2016) que

498 *Vid.* ANEXO XIII. Análisis comparativo del reconocimiento de derechos LGTBI en los EEMM del CdE.

las autoridades estatales que no protegen a las LGBTI frente a ataques públicos no cumplen con sus obligaciones contempladas en dicho precepto.

- *El amplio margen de actuación en materia de derecho de acceso al matrimonio.* El matrimonio reservado a parejas heterosexuales debido a sus connotaciones sociales, políticas y religiosas podría interpretarse como una discriminación directa y más si apreciamos el número de países que han aceptado el matrimonio paritario en la región en los últimos años[499]. En este sentido, entendemos que el TEDH debería servirse de la doctrina del CEDH como un instrumento vivo e interpretarlo a la luz de nuestros días.

- *Inmigración y asilo.* En este último año, el TEDH ha reconocido la protección de las parejas del mismo sexo, frente a un posible riesgo de expulsión del territorio nacional de uno de éstos/as, por su condición de extranjero/a (*vid.* Pajic c. Croacia, decisión nº. 68453/13, de 23 de febrero de 2016), estableciendo que los EEMM no pueden alegar que su normativa interna proteja exclusivamente a la familia tradicional en relación a cuestiones de reunificación familiar. En este sentido, el TEDH ha declarado que este tipo de normativas suponen una diferencia de trato basada exclusivamente en la orientación sexual de los demandantes, motivo por el que ha decidido restringir el margen de actuación estatal en la materia.

Por otra parte, han sido varios los casos que han llegado ante la ComEDH y ante el TEDH, en los que se denuncia la denegación de demandas de asilo de peticionarios homosexuales. En este tipo de casos, el TEDH se ha centrado en el amplio margen de actuación estatal en la materia y no ha reconocido, hasta el momento, la protección del CEDH (*vid. inter alias,* F. c. Reino unido, decisión de la ComEDH nº. 17341/03 , de 22 de junio de 2004; I.N.N. c. Países Bajos, decisión de la Corte nº. 2035/04, de 9 de diciembre de 2004; M.E. c. Suecia, decisión nº. 71398/12,

499 *Vid.* ANEXO XIII. Análisis comparativo del reconocimiento de Derechos LGTBI en los EEMM del CdE.

de 8 de abril de 2015 & A.E. c. Finlandia, nº. 30953/11, de 22 de septiembre de 2015).

- *Protección frente al discurso de odio (hate-speech).* En este tipo de casos, el TEDH se resiste a aplicar el art. 17 del CEDH y tiende a derivarlos como una vulneración del art. 10 CEDH (*vid.* Vejdeland & otros c. Suecia, decisión de la Corte nº. 1813/07, de 9 de febrero de 2012) restringiendo el discurso de odio a aquellas declaraciones que inciten a la comisión de actos específicos de odio, sin entrar a valorar el contenido de fondo de las declaraciones vertidas.

Ahora bien, dicho esto, todo apunta a que en los próximos años el TEDH tendrá que someter a revisión el margen de apreciación reconocido a los EEMM en la materia. Y es que todo apunta a que, en un futuro no muy lejano, podrían plantearse casos ante el TEDH, como consecuencia de la aprobación, desde el año 2006, de las denominadas leyes contra la propaganda homosexual en varias regiones de la Federación de Rusia. Y es que, a día de hoy, como resultado de estas leyes, varios activistas LGBTI ya han sido sancionados.

Una vez expuestas las conclusiones relativas al análisis de la teoría del consenso y margen de apreciación en Europa, cabe hacer referencia al sistema interamericano. Un sistema éste, que en la actualidad se enfrenta a graves carencias estructurales, entre las que merece destacar: 1) la imposibilidad de ser un mecanismo verdaderamente regional, en la medida en que hoy en día sólo 25 de los 35 Estados del continente han ratificado la CADH y sólo 21 aceptan la jurisdicción contenciosa de la Corte, 2) la ausencia de recursos suficientes y la falta de voluntad política para encontrar soluciones, 3) las dificultades para el correcto cumplimiento de las sentencias de la Corte, producto de la inexistencia de un adecuado mecanismo de supervisión y los obstáculos propios del derecho internacional y 4) el papel de los Estados en la garantía de los derechos

humanos y en el funcionamiento del sistema, los cuales deberían tomar conciencia de que la batalla por los derechos humanos comienza dentro de sus propias sociedades. Sin embargo, a pesar de estas deficiencias estructurales, el sistema interamericano ha desarrollado recientemente una doctrina (escasa) que podría calificarse como proclive a la protección de la población LGBTI, de cuyo estudio podemos extraer las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- *La protección de la no discriminación por razón de orientación sexual en el continente americano, como ocurre en el sistema europeo, se compone de dos dimensiones: externa e interna.* La primera de éstas, la dimensión externa a la CIDH, se refiere a la inclusión de la no discriminación por razón de orientación sexual en la agenda de trabajo de las instituciones y organismos que componen la OEA, que ha ejercido su influencia a modo de *Soft law* en la estructura del sistema interamericano de defensa de derechos humanos. Así como, la segunda de estas dimensiones, la interna, se identifica con la (re)interpretación de la CIDH de los preceptos convencionales con la finalidad de proteger los derechos de la comunidad LGBTI.

SEGUNDA.- *El sistema interamericano nos ofrece su propia definición de orientación sexual, concibiéndola como "la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad para mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas"*[500]. Desde esta perspectiva, se reconoce que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género no conforman un *status inmutable* de la persona, sino que por el

[500] *Vid.* Estudio elaborado por la ComIDH en cumplimiento de la Resolución de la "AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género".

contrario, son elementos dinámicos que dependen de la construcción que cada persona haga de sí misma, así como de la percepción social que se tenga respecto de éstas. Concepción, pues, que a nuestro juicio parece más realista y lógica que la que se ha ido construyendo en el sistema europeo.

TERCERA.- *Desde 1999, la ComIDH no se ha mostrado uniforme y constante en la protección de los derechos del individuo homosexual en espacios sometidos a la tutela del Estado siendo imposible concluir nada al respecto con carácter apriorístico*. Este ha sido el caso de establecimientos de detención y centros penitenciarios y de detención, cuarteles o espacios de fuerzas y cuerpos de seguridad , centros de trabajo y centros educativos.

- *Centros penitenciarios.* Se ha planteado si las visitas íntimas (conocidas como *vis-à-vis*) entre parejas del mismo sexo pueden afectar al régimen de disciplina interna de los establecimientos carcelarios debido a que, según los representantes del Estado colombiano, la cultura latinoamericana es poco tolerante hacia las prácticas homosexuales en general (*vid.* Marta Lucía Álvarez Giraldo c. Colombia, caso nº. 11656, de 4 de mayo de 1999). En este caso, la ComIDH decidió declarar la petición admisible debido a que los hechos podían constituir una injerencia abusiva o arbitraria en la vida privada de la peticionaria.

- *Centros de detención.* Se ha planteado si los insultos y agresiones sufridos por un joven durante un interrogatorio en comisaría constituyen una violación del derecho a la integridad personal del peticionario, que podría calificarse como tortura, trato inhumano o degradante *(vid.* Luis Alberto Rojas Marín c. Perú, informe nº. 99/14, de 6 de noviembre de 2014). En este caso, la ComIDH decidió declarar admisible la petición.

- *Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.* Se han planteado hasta el momento dos peticiones de esta naturaleza con soluciones distintas. En una de ellas (X. c. Chile, en la que se plantea si la investigación llevada a

cabo contra una carabinera al ser acusada de ser lesbiana atenta contra el derecho a la honra y el reconocimiento de la dignidad personal de la peticionaria), los representantes de la solicitante y del Estado de Chile suscribieron un acuerdo de solución amistosa[501]. En otra, en cambio (Stivenson Ramos Salazar c. Ecuador, en el que el peticionario es retirado de su cargo acusado de prácticas (homo)sexuales con uno de los miembros de su grupo de guardia, siendo sometido a torturas durante la investigación[502]) el caso fue archivado por la ComIDH, al determinar que los hechos contemplados en la petición no caracterizaban una violación de la CADH.

- *Centros de trabajo*. Se han planteado hasta el momento dos peticiones de esta naturaleza, también con diferentes soluciones. Uno de los casos (Juan Fernando Veras Mejías c. Chile, donde el peticionario denunció a sus superiores, ante la amenaza de éstos de hacer pública su homosexualidad y su condición de portador del VIH si no aceptaba una serie de términos de finalización de su contrato de trabajo[503]) no prosperó por defectos procesales (falta de agotamiento de recursos internos), mientras que el otro ha constituido un hito y un punto de inflexión en la protección de los derechos LGTB en América Latina. En concreto se trata del caso Karen Atala Riffo y niñas c. Chile, en el que la peticionaria sufrió una investigación en su centro de trabajo con el fin de determinar si sus actividades privadas entorpecían su labor judicial (*vid*. Karen Atala y niñas c. Chile, caso nº. 12502, de 17 de septiembre de 2010). La ComIDH en este

[501] *Vid.* X. c. Chile, informe nº. 81/09, solución amistosa de 6 de agosto de 2009). En este caso

[502] (*vid.* Segundo Stivenson Ramos Salazar c. Ecuador, informe nº. 38/11, de 23 de marzo de 2011)

[503] *vid.* Juan Fernando Veras Mejías, informe nº. 11/13, de 20 de marzo de 2013)

caso decidió declarar admisible esta petición, que se convertiría en el gran *leading case* en el sistema interamericano.

- *Centros educativos.* La solicitante denuncia haber sido expulsada de forma arbitraria por la directora de su centro de estudios, por razón de su orientación sexual *(vid.* Mayra Espinoza Figueroa, informe nº. 71/14, de 25 de julio de 2014). Sin embargo, este caso no prosperó por defectos procesales (falta de agotamiento de recursos internos).

CUARTA.- *La presunta falta de consenso de algunas sociedades (en determinados países americanos) sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no podía considerarse un argumento válido para negarles o restringir sus derechos humanos o para perpetuar y/o reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.* (*vid.* Karen Atala y niñas c. Chile, caso nº. 12502, de 17 de septiembre de 2010). En el caso Atala, los representantes de las peticionarias plantean cómo la Corte Suprema de Chile había creado una categoría de personas que por su orientación sexual, sin importar su comportamiento, no son hábiles para cuidar de sus hijos, equiparándolos con situaciones de maltrato o descuido.

A este respecto, los jueces de la CIDH consideraron que no existían antecedentes que sirvieran de base para especulaciones sobre una posible situación de maltrato o falta de cuidado y que los dictámenes de los autos agregados (asistentes sociales y psicólogos) concluyen que la homosexualidad de la madre no vulnera los derechos de las niñas ni priva a la Señora Karen Atala de ejercer su derecho de tutela, ya que desde una perspectiva sociológica o psiquiátrica, a juicio de dichos expertos, se trata de una persona absolutamente normal. Por lo tanto, la CIDH concluyó que retirar a la madre, sólo por su orientación sexual, la custodia de sus hijas menores de edad -como requirió el padre, basándose en apreciaciones

meramente subjetivas- constituye una discriminación por razón de orientación sexual.

Esta idea viene apoyada en la decisión de la Corte Interamericana en este caso en concreto, en el que determinó que el hecho de que un determinado tipo de discriminación sea objeto de controversia en algunos países o no fuese materia de consenso en los mismos, no puede conducir a la abstención de las autoridades estatales de decidir sobre el caso, ya que al hacerlo sólo se remite a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la CADH. Es interesante señalar, en este sentido, que la CIDH identificó la cláusula de protección de la familia contenida en el art. 17 de la CADH con las disposiciones de numerosas constituciones latinoamericanas: Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

En la materia que nos ocupa, todo apunta a que la CIDH se ha servido del criterio de interpretación evolutiva para considerar a la CADH como un instrumento vivo que ha de entenderse a la luz de nuestros días, de acuerdo con las circunstancias estatales, teniendo en cuenta que para restringir el margen de apreciación estatal es necesario un consenso, un espacio de coincidencia o la convergencia de estándares entre los Estados parte. En el caso de la discriminación por razón de orientación sexual existe un consenso no sólo entre todos los Estados parte de la CADH, sino entre todos los EEMM de la OEA, a través de las resoluciones de la Asamblea General.

QUINTA.- *La CIDH ha desarrollado un mecanismo de vasos comunicantes, sirviéndose de la jurisprudencia del TEDH, para proteger la no discriminación por orientación sexual en el continente americano* (*vid.* Karen Atala y niñas c. Chile, caso nº. 12502, de 17 de septiembre de 2010).

Con este propósito, la CIDH se ha servido de varios *leading cases* europeos para establecer varias normas de principio en su jurisprudencia:

- *La decisión de un tribunal nacional de retirar al padre/madre homosexual la custodia de su(s) hija(s) menor(es) de edad, con el argumento de que ésta(s) debe(n) vivir en el seno de una familia tradicional, carece de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada -retiro de la custodia- y el fin perseguido* -supuesta protección del interés superior del menor de edad- (*vid.* Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, decisión nº. 33290/96, de 21 de diciembre de 1999).

- *El objetivo de proteger a la familia, en el sentido tradicional del término, es un fin abstracto que engloba una amplia variedad de medidas concretas que pueden utilizarse para implementarlo.* Por este motivo, cuando se da una diferencia de trato basada en la orientación sexual, el principio de proporcionalidad requiere no sólo que la medida escogida sea adecuada para el cumplimiento del objetivo buscado, sino que también se debe demostrar la necesidad de excluir a ciertas categorías de personas para lograr ese objetivo (*vid.* Karner c. Austria, decisión nº. 40016/98, de 24 de julio de 2003).

- *Una pareja del mismo sexo constituye un núcleo familiar.* En este sentido, la CIDH consideró que el TEDH había aceptado que la relación emocional y sexual de una pareja del mismo sexo constituye vida privada, al igual que una pareja de diferente sexo en la misma situación. (*vid.* Schalk & Kopf c. Austria, decisión nº. 30141/04, de 24 de junio de 2010)

SEXTA.- *Una vez reconocidas las parejas del mismo sexo como constituyentes de un núcleo familiar, la CIDH ha comenzado a operar en términos de discriminación directa (vid.* Ángel Alberto Duque c. Colombia, caso nº. 12841, sentencia de 26 de febrero de 2016). En este caso, los representantes del Estado colombiano trataron de alegar que, en la época de los hechos acontecidos, el concepto de unión de hecho o civil y

sus consecuencias, entre ellas lo pertinente a la pensión de viudedad, no era un asunto regulado por el derecho internacional y como tal, se trataba de un asunto de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva de los Estados.

En este sentido, el Estado colombiano no estaba afirmando que este tipo de uniones no pudieran ser abordadas en un futuro por el derecho internacional, sino que para que éstas fueran materia de derecho internacional, debían estar contempladas en alguna fuente de derecho internacional, es decir, un tratado, costumbre o principios generales de derecho aplicables a los Estados parte de la CADH, lo que supuestamente no ocurría en lo referente al periodo comprendido entre 2002 y 2009.

Sin embargo, la CIDH reconoció que en este caso, la negación de una pensión de viudedad por razón de la orientación sexual del solicitante constituye una diferencia de trato discriminatoria. Por lo que el Estado es responsable por la violación al derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el art. 24 de la CADH, en relación al art. 1.1. de la misma.

SÉPTIMA.- *Teniendo en cuenta la reciente evolución, todo apunta a que en el sistema interamericano se (re)planteará la protección de la no discriminación por razón de orientación sexual en distintos espacios.* Entre otros, en *centros de trabajo* (caso Sandra Cecilia Pavez c. Chile, admitido a trámite por la ComIDH el pasado 21 de julio de 2015) y en *Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado* (caso Homero Flor Freire c. Ecuador, cuya Audiencia Pública ante la CIDH se celebró el pasado 17 de febrero de 2016). Estos casos, tras haber pasado el filtro de la ComIDH, plantean cuestiones todavía sin resolver en el continente americano y servirán para seguir configurando el sistema de protección de estándares mínimos de la población LGBTI en las Américas.

RÉSUMÉ SUBSTANTIEL EN FRANÇAIS DE LA THÈSE EN COTUTELLE INTERNATIONALE

OBJET DE LA RECHERCHE ET APPROCHE THÉORIQUE ET MÉTHODOLOGIQUE

1. Approche

Grâce aux travaux de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH) et la Cour interaméricaine des droits de l'homme (ci-après CIDH) s'est consolidé un système de normes minimales des droits et des libertés qui, au fil du temps, à assurer la protection de l'individu d'une façon intégrale et quelle que soit son orientation sexuelle: aussi bien dans la sphère intime (sa vie privée et familiale) que dans la sphère publique, sur les plan politique et social, là où, en définitif leur identité est construite. Ceci, cependant, n'a pas été un processus pacifique, ni facile. Les conquêtes des droits, et leur protection se sont déroulés dans un scénario caractérisé par une certaine confrontation entre les Etats, jaloux de leur souveraineté et les tribunaux internationaux, garants de l'interprétation orthodoxe des droits et libertés énoncés dans les accords. Pour cette raison, nous pouvons nous demander : quels sont les mécanismes que les juges supranationaux ont utilisés dans la pratique afin de limiter le pouvoir des autorités de l'État ? jusqu'à quel point ils ont la légitimité de le faire ? Pour répondre à ces questions, nous avons analysé les étapes et/ou les arrêts importants faisant jurisprudence qui ont été des éléments clés dans la reconnaissance du statut juridique des citoyens homosexuels. Nous avons examiné aussi, si ce statut est le résultat d'un consensus entre les États au sein du Conseil de l'Europe et l'Organisation des États américains (OEA) ou, au contraire, elle est le résultat d'une interprétation indépendante des conventions internationales par les tribunaux de ces organisations.

Pour atteindre le bon port dans notre étude, il fallut faire une étude comparative de la protection de la personne homosexuelle dans les systèmes européens et interaméricains, ce qui implique une étude des stratégies procédurales développées, les particularités régionales, et le potentiel de développement d'une telle protection dans chacune de ces organisations, dans les années à venir.

Or, préparer une étude comparative sur cette question n'est certainement pas une tâche aisée. Il a fallu tout d'abord analyser les organisations internationales concernées, ainsi que les mécanismes de protection existants en eux. Pour cette raison, le point de départ de notre recherche a été, d'abord, la CEDH, en tant qu'espace de défense de la liberté de la sexualité de l'individu en Europe. Nous avant analysé les objectifs essentiels du système de la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les contextes historiques et actuels, ainsi que ses principales caractéristiques, afin d'analyser l'étendue de son autorité et l'influence qu'elle exerce en tant que tribunal supranational sur les États membres qui composent le Conseil de l'Europe (ci-après CdE).

Après avoir analysé la CEDH en tant que plus haute autorité judiciaire dans le contexte spatiotemporel, nous avons examiné sa jurisprudence. En ce sens, nous avons mené une étude de tous les affaires portées, à la fois devant la Commission et la Cour depuis les années 50 à ce jour, en réalisant une classification de ceux-ci en tenant compte la nature des questions soulevées: les droits de la personne (non-discrimination et le droit à un traitement juste et équitable), les droits de la famille (partenariat enregistré, le mariage, l'extension des prérogatives conjugales, les droits parentaux, l'adoption et les techniques de reproduction assistée) ou des droits civils et politiques d'une autre nature (liberté de expression, droit de réunion et d'association entre autres). Le même schéma a été suivi dans le cas de la CIDH.

On se basant sur cette approche, nous avons étudier comment ont évolué les préceptes contenus dans les textes de référence sur les droits de l'homme sur les deux continents. Et, plus précisément, comment cette évolution a permis d'établir des stratégies procédurales destinées à protéger les droits des lesbiennes, gays, bisexuels, transgenres et intersexuées (ci-après LGBTI). Après l'étude jurisprudentielle des arrêts de la CEDH et la CIDH, nous avant élaborer une synthèse du leur contenu. Ainsi, nous avons étudier les spécificités des doctrines européennes et interaméricaines et nous avant essayer d'évaluer l'existence d'un consensus dans les États membres de l'OEA pour la réalisation d'un système de normes minimales en matière de non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, en dégageant les similitudes et les particularités par rapport le vieux continent.

2. Cadre théorique et méthodologique

A) Cadre théorique

L'étude de la théorie juridique du consensus dans les systèmes européens et interaméricains implique nécessairement l'affirmation de la nature des droits de l'homme comme un outil régional. Sans oublier, bien sûr, sa projection universelle, grâce à l'action concertée des Etats en tant que principaux sujets du droit international.

Lors de l'étude de la protection de la sexualité libre comme étant un droit de l'homme, nous notons que, dans la *praxis* l'individu catalogué comme «homosexuel» souffre encore le risque d'être victime de discrimination dans les différents Etats qui composent le système européen ou américain. Il faut aussi souligner que la notion de non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est encore loin d'être un concept universel et exempt des questionnements politiques, contrairement aux autres catégories acceptées par tous telles que la «race» ou «le sexe». La cause de cette situation, est très probablement, le fait de que notre société a traditionnellement considérée l'homosexualité comme étant un péché, une maladie ou même un crime. Voilà pourquoi la tâche de la CEDH et de la CIDH implique (ou devrait impliquer) une déconstruction et une refonte des structures classiques qui composent notre société vers l'inclusion et l'égalité réelle.

Le processus de la reconnaissance et de la protection de l'homosexualité exige la participation des autorités de l'Etat, qui devrait abandonner les constructions juridiques fondées sur la morale, la tradition et les prétendues bonnes manières. Ceux-ci influencé par le travail de la CEDH et de la CIDH ont commencé un processus de neutralisation du droit, par la construction d'outils soi-disant objectives. Cette situation ne doit pas être interprétée comme une révolution qui menace l'ordre établi, mais implique la construction d'un discours de tolérance dans lequel les pouvoirs publics y participent.

Cependant, nous ne pouvons ignorer que, dans ce contexte, les États membres résistent encore à la mise en œuvre de ce processus d'extension des droits et libertés, se montrant apparemment imperméable aux avancées introduites par la jurisprudence des tribunaux en matière des droits de l'homme. Pour cette raison, il est nécessaire d'analyser les conséquences possibles de leurs actions, et les éventuelles sanctions dont ils seraient confrontés dans le cadre des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme.

B) Hypothèse et méthodologie

Toute recherche doit être né comme une proposition qui essaye de confirmer ou réfuter une hypothèse. Dans ce cas, nous nous avons posé la question suivante: Est-ce que la théorie du consensus et de la marge d'appréciation de l'Etat sont des outils de nature politique? ou, pouvons-nous les analyser en tant qu'outils juridiques? Et si oui, peut-on définir ses limites ?

Face aux voix qui suggèrent que la théorie du consensus est un concept politique ou un concept juridique indéterminé, nous avons décidé d'évaluer quels sont les éléments qui caractérisent le processus de création d'un consensus dans le *quorum* de la CEDH et de la CIDH. Pour le faire, il est nécessaire d'observer deux dimensions de ce processus. D'une part, l'élément *ad intra*, à savoir, l'évolution de la jurisprudence en matière de la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Et d'autre part, la dimension *ad extra*, à travers des instruments juridiques non contraignants (soft law) du Conseil de l'Europe et l'Organisation des États Américains (ci-après OEA). Dimensions qui sont tous les deux analysées dans notre étude. Ainsi, nous avons élaboré une méthodologie qui nous permet d'évaluer la création et l'évolution de la théorie du consensus et, en outre, elle peut être extrapolé à des questions connexes, relatives a la discrimination des groupes traditionnellement considérés comme minoritaires.

Pour cette raison, notre recherche se concentre principalement sur les tendances jurisprudentielles. Autrement dit, nous avant accorder une attention particulière à l'évolution des approches qui ont été suivies dans ce domaine à la fois par la Cour de Strasbourg comme celle de Costa Rica, tout en mettant en exergue ses aspects positifs et négatifs. Nous avant essayer aussi de déterminer dans quelle mesure le consensus des Etats membres des deux systèmes a conditionné le travail des juges et surtout, nous avons tenté de développer une méthode qui nous permet d'analyser d'un point de vue juridique comment établir des stratégies pour la reconnaissance des droits dans le siège des systèmes régionaux de défense des droits de l'homme.

Quant à la méthodologie appliquée à notre recherche, nous nous sommes trouvés face à la question classique du choix des méthodes de raisonnement : méthode inductive ou déductive. Faut-il donner plus d'importance dans notre étude à une méthode particulière? ou pourrait-il être plus judicieux d'appliquer une méthode syncrétique, qui concilient les avantages de ces deux méthodes? Sans aucun doute, cette deuxième

option nous a semblé l'option la plus raisonnable, compte tenu la nature du travail que nous eûmes fait face.

Ainsi, suivant cette approche éclectique nous avons appliqué la perspective inductive dans l'analyse de la jurisprudence, l'extraction des principes généraux, imperméables aux changements sociaux et culturels mutables au fil du temps. Ce qui nous a donné la capacité d'analyser les tendances jurisprudentielles futures à la lumière de ces principes, réalisant ainsi une analyse critique de celle-ci.

Nous avant essayer aussi de compléter cette démarche par la méthode déductive, en se basant sur la doctrine développée ces dernières années par des auteurs de référence des deux continents, afin de comparer la construction (et l'évolution) de la théorie du consensus et de la marge d'appréciation des États en matière d'orientation sexuelle dans les deux systèmes régionaux. En d'autres termes, nous avons appliqué une méthodologie basée sur la théorie des "vases communicants" entre les juridictions européennes et interaméricaines, ainsi qu'entre les doctrines scientifiques développées jusqu'à présent.

Enfin, nous avons adopté, au long de notre étude, la théorie critique des droits de l'homme, avec laquelle nous avons essayé de construire une conception contemporaine de l'individu homosexuel, loin de la victimisation, afin de renforcer leur rôle dans la société et la protection de ses droits. Ainsi, nous avons analysé les défis contemporains en ce qui concerne la protection de la sexualité libre, par un discours renouvelé autour du concept du multiculturalisme, ce qui implique la présomption, selon laquelle le principe d'égalité ne peut être efficace que dans une société démocratique, à travers le principe de la reconnaissance de la différence.

3. Intérêt de l'étude

Ce travail vise à aborder le concept de l'orientation sexuelle, dans le cadre de l'étude des systèmes régionaux de défense des droits de l'homme européens et interaméricains, partant du concept d'orientation sexuelle comme une catégorie suspecte et sa protection contre la discrimination.

Notre objectif est la déconstruction de la notion d'orientation sexuelle dans la jurisprudence des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, en prenant la réalité européenne et latino-américaine comme une référence pour répondre à certaines questions. Cette affirmation nous a amenés à rechercher d'autres réalités, d'autres cultures qui nous permettent et favorisent le partage des connaissances. Et nous avant

réaliser cela en nous servant d'une prédisposition au dialogue interculturel, en se basant sur la reconnaissance de la différence et le principe d'égalité. On établissant ce dialogue, nous avons essayé de comprendre les questions qui restent encore sans réponse dans nos systèmes juridiques et nous avant utiliser d'autres systèmes afin de trouver les réponses, élargir le spectre de nos arguments juridiques et voir la différence comme une conséquence logique de la diversité.

4. Structure de recherche

Cette étude sur la théorie du consensus et de la marge nationale d'appréciation en matière d'orientation sexuelle adopte la structure classique de la méthode cartésienne. Dans un première lieu, l'INTRODUCTION GÉNÉRAL, résume la méthodologie et le calendrier du projet, afin de contextualiser la thèse dans le cadre de notre recherche. Dans ce chapitre, nous avant défini d'une façon général l'objet et les objectifs principaux de la thèse. Ensuite, nous suivons notre schéma avec un chapitre préliminaire, intitulé « La marge nationale d'appréciation et son application dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme », dans lequel nous réfléchissons sur le rôle du Juge lors de la délimitation de la marge nationale d'appréciation des Etats, on se demandant si se dernier respecte la diversité ou impose l'uniformité.

En ce qui concerne les parties qui structure le corps de la thèse, il convient de noter que la recherche est divisée en deux grandes parties : une première partie sur la limitation de la marge d'appréciation en matière d'orientation sexuelle dans le système européen et une seconde partie en sur la configuration du consensus et de la marge nationale d'appréciation sur l'orientation sexuelle dans le système interaméricain. Il s'agit donc, d'un système en deux parties qui vise à comparer les figures du juge européen et celle du juge interaméricain. À cet égard, dans les chapitres 1 et 3 nous faisons une analyse de la CEDH et de la CIDH comme des scénarios pour la défense de la non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle. Pour y parvenir, nous avons accordé une attention particulière à son fonctionnement, structure et évolution. Le but est d'analyser les objectifs essentiels des deux systèmes dans des contextes historiques et actuels, ses principales caractéristiques et les options possibles pour répondre aux défis futurs.

Dans les chapitres suivants, 2 et 4, nous avons examiné d'une façon parallèle la théorie du consensus et de la marge d'appréciation en matière d'orientation sexuelle dans

la pratique jurisprudentielle de la CEDH et de la CIDH. Ainsi, nous avons étudié à la fois l'évolution de la protection de l'orientation sexuelle dans le système européen depuis les années 80 jusqu'à aujourd'hui, comme l'évolution la plus récente dans le cadre de la CIDH. Dans ce contexte, nous avons analysé l'affaire Karen Atala Riffo et les filles contre le Chili: arrêts importants faisant jurisprudence, dont lequel la CIDH a statué, pour la première fois, en faveur de la protection de l'orientation sexuelle comme une catégorie suspecte. Tout cela sert à examiner, d'une part, si les nouvelles tendances jurisprudentielles des deux tribunaux sont le résultat d'un consensus minimal existant au sein des Etats et, d'autre part, si les systèmes européens et interaméricains sont prêts à construire un discours juridique de respect et de tolérance envers la communauté LGBTI.

PREMIÈRE PARTIE. RESTRICTION DE LA MARGE D'APPRÉCIATION NATIONALE EN MATIÈRE D'ORIENTATION SEXUELLE DANS LE SYSTEME EUROPEEN

Après avoir analysé en détail l'évolution jurisprudentielle du système européen et américain de protection des droits de l'homme en relation avec les droits et libertés d'individu homosexuel, il convient de mener certaines réflexions en guise de conclusion de chacun des systèmes. Notre but, en plus d'exposer les conclusions auxquelles nous sommes parvenus, sera de le faire d'une façon comparée, mettant ainsi en évidence l'évolution parallèle (à différentes vitesses) des deux systèmes.

En tant que réflexion finale, on pourrait affirmer, après avoir étudié la jurisprudence des deux tribunaux que, comme n'a cessé de soutenir la doctrine spécialisée, il y a trois raisons qui légitime (et aussi justifie) l'utilisation de la marge d'appréciation par la CEDH et la Cour interaméricaine. : a) le fait que la marge d'appréciation est une conséquence du principe de subsidiarité sous-jacent à une juridiction internationale b) le fait qu'il est un reflet nécessaire de la déférence due au système national de garantie des droits, dans les cas où, les tribunaux sont obligés de prendre une décision interne c) il est indispensable pour respecter la diversité culturelle et le pluralisme qui caractérise certains pays qui, cependant, se sont engagés à respecter les normes de protection communes impliquant les textes internationaux des droits.

Dans une autre veine, et en relation avec le système de protection européen, on peut dire que, en ce qui concerne la protection de l'individu homosexuel, la

jurisprudence de la CEDH sur la non-discrimination a été relativement couronné de succès. Les raisons qui justifie cette situation ne manquent pas. Tout d'abord, *l'assimilation qui a été réalisée au cours des dernières décennies dans les différents systèmes juridiques nationaux des valeurs contenues dans la Convention européenne des droits de l'homme* : la victime peut invoquer devant les cours constitutionnelles nationales non seulement la violation du texte, mais aussi son esprit et les valeurs consacrés. Le lien entre les mesures prises par les pouvoirs publics, nationaux et internationaux, constitue une culture juridique régionale favorable à la défense et à la protection de ces droits.

Deuxièmement, *la CEDH est consciente des problèmes qui pourraient entraîner une jurisprudence activiste et adopte une attitude prudente*. À cet égard, la Cour européenne tente de motiver ses arrêts, en justifiant le poids de chacun des intérêts du conflit : d'une part, la population LGBTI qui affirment la nécessité de choisir leur propre mode de vie (lifestyle), en invoquant le principe de la non-discrimination ; d'autre part, l'Etat, jaloux de ces pouvoirs souverains, se cache derrière la protection des valeurs collectives, tels que la morale et les valeurs familiales traditionnelles. Dans ce contexte, le souci de la CEDH pour préserver un semblant d'objectivité peut être observé dans les décisions qui démontrent la nature dynamique de la Convention européenne des droits de l'hommes.

Troisièmement, *la CEDH a développé une norme minimale de protection du citoyen homosexuel qui répond à un modèle de "règles de principe"*. C'est à dire, des règles qui ne sont pas présentées comme des dispositions juridiques précises, mais comme des lignes directrices, soumises a une réévaluation constante, afin de guider les Etats membres pour qu'ils protègent un certain aspect spécifique, lié à la sexualité de l'individu comme une manifestation de sa vie privée, ce qui rend chacune de ces règles de principes en une ligne rouge, une frontière que les pouvoir étatiques ne doivent pas traverser.

Dans ce contexte, l'étude de la culture juridique européenne sur la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle conduit aux conclusions suivantes :

PREMIERE. - *la théorie du consensus est un outil politique d'une utilité indéniable, même s'il ne s'agit que d'un "concept juridique vague"*. En ce sens, nous pouvons voir comment la CEDH n'a pas toujours utilisée les mêmes arguments (ou fondements) pour identifier le consensus existant. Dans ce sens, on pourrait déterminer

les quatre critères pour identifier un tel consensus: a) un critère quantitatif, consistant à compter le nombre d'États qui appliquent la même règle juridique; b) un critère qualitatif, dont la Cour prend plus en compte l'avis des experts en la matière que le nombre d'États qui suivent ces opinions; c) le critère de l'opinion publique, par lequel la Cour prend en compte et évalue l'opinion publique des citoyens européens et d) l'approche jurisprudentielle, par laquelle la Cour se base sur sa propre doctrine et la jurisprudence comme une source de droit.

Ayant à l'esprit donc ce qui précède, on pourrait affirmer que l'application de chacune de ces manifestations de consensus est, de toute évidence, aléatoire et imprévisible a priori. Ainsi, la CEDH peut utiliser un de ces arguments, plusieurs simultanément ou même aucun d'eux lors de la détermination de l'existence d'un consensus dans un cas concret. Circonstance qui démontre la nature dynamique de la Convention européenne des droits de l'homme.

DEUXIÈME. - *La CEDH ne crée pas la théorie du consensus sur la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, mais elle l'a fait sienne et la développe*. En ce sens, nous pouvons constater une période sombre dans le système régional européen (1955-1980), dans laquelle la Commission européenne des droits de l'homme a ignoré le consensus dans la région sur la tolérance des pratiques homosexuelles dans les différents systèmes juridiques des différents Etats membres. En fait, même si, en 1955, seulement quatre des Etats signataires qui composaient le Conseil de l'Europe envisageaient une interdiction légale de l'homosexualité, la Commission européenne des droits de l'homme déclara irrecevables plusieurs cas sans aucune étude du consensus existant à l'époque. Au cours de cette période, ont été les pétitionnaires eux-mêmes qui cherchaient à prouver dans leurs allégations que les Etats démocratiques tolèrent l'homosexualité (vid. A.S. c. République fédérale d'Allemagne, la décision no. 530/59, du 4 Janvier, 1960). Et même il y a eu des cas où les pétitionnaires sont parvenus à faire un décompte du nombre total de pays qui toléraient l'homosexualité à cette époque (vid. GW c. République fédérale d'Allemagne, la décision n. 1307-1361 du 4 Octobre 1962). Ainsi, on pourrait dire que l'initiative était prise par les personnes concernés qui, dans la pratique, a constitué le germe de la recherche du consensus dans la doctrine en ce domaine et a contribué à jeter les bases de cet outil juridique qui, au fil du temps, sera développé par la CEDH elle-même.

TROISIEME. - *La reconnaissance par la CEDH du fait que la sexualité est une manifestation de la vie privée de l'individu se compose de deux dimensions*: *externe et interne*. La première de celles-ci, la dimension externe à la CEDH fait référence aux résolutions de l'Assemblée du Conseil de l'Europe au début des années 80 (*vid*. Résolution 756 (1981) et la résolution 924 (1981) "relative à la discrimination envers les personnes homosexuelles") qui encouragées les Etats membres à mettre fin à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans des domaines pénal, civil et du travail et qui ont exercées leur influence comme une *Soft law* sur la structure du système européen de défense des droits de l'homme. Et la seconde de ces dimensions, est l'interne, il s'agit de la tendance qui a été initiée également par la propre CEDH dans les années 80 afin de (re)interpréter la notion de vie privée et du droit d'établir et de développer des relations avec d'autres êtres humains dans l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

QUATRIEME. - *La CEDH a développé au début une norme minimale de protection qui ne concerne que les relations (homo)sexuelle menées en privé entre adultes consentants*. Cet révision d'une large marge d'appréciation dont jouissent les États membres en matière protection de la morale était due au fait que cette marge ne dépendait pas seulement du but poursuivi par la restriction de l'Etat, mais dépendait aussi de la nature de l'acte poursuivi, qui peut varier en fonction du temps et de l'espace (*vid*. Dudgeon c. Royaume-Uni, no. 26550/10, 31 mai 2011). Donc, la CEDH (re)interpréta le contenu de l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en affirmant que les pratiques homosexuelles sont l'un des aspects les plus intimes de la vie privée de l'individu et en tant que tels, sont une manifestation de la personnalité humaine.

CINQUIEME. - *L'assimilation de l'âge de la majorité pour maintenir des relations (homo /hétéro) sexuelles semble avoir répondu à l'acceptation de la CEDH d'un consensus dans la communauté médicale*. Ceci est une norme minimale de protection consolidée dans le système européen, qui a mis fin à une question que se posée souvent dans un grand nombre de cas. En effet, la question de si il y a un état légitime pour envisager dans ses règlements internes des âges de consentement sexuelles plus élevés dans le cas de relations homosexuelles a été soulevée à plusieurs reprises, À cet égard, la Commission européenne des droits de l'homme (*vid*. Sutherland

c. Royaume-Uni, décision de la Cour no. 25186/94. Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme du 21 mai 1996 et la décision de la CEDH du 27 Mars 2001) a établi que, selon la communauté médicale et scientifique, l'égalisation de l'âge du consentement à seize ans pourrait avoir des effets bénéfiques sur la santé sexuelle des homosexuels. Cette doctrine qui a ensuite été défendue par la CEDH, a réduit la marge d'appréciation en la matière en faisant valoir que l'âge de la majorité sexuelle affecte un aspect de la vie intime des personnes touchées (*vid*., Alias Inter, L. & V. c. Autriche, arrêt de la Cour no. 39392/98 et 393829/98, le 9 Janvier, 2003 ou Woditschka et Wilfing c. Autriche, arrêt de la Cour no. 69756/01 et 6306/02, 21 octobre 2004).

SIXIÈME. *Considérant la praxis jurisprudentielle, on pourrait affirmer que la Convention européenne des droits de l'homme protège les relations (homo)sexuelle menées en privé entre adultes consentants, quel que soit le nombre de sujets impliqués*. À cet égard, la CEDH ne prévoit pas une distinction morale comme un argument valable pour justifier une action de l'Etat visant à punir les rapports sexuels entre plus de deux adultes, à condition qu'ils soient effectués dans un espace privé et qu'ils acquiescent (*vid*. ADT c. Royaume-Uni, décision de la Cour no. 35765/97, du 31 Juillet, 2000). En ce sens, l'arrêt de la CEDH se concentre sur le fait que ces relations (homo) sexuels sont relatives à un aspect de la vie privée de l'individu, de sorte que, comme dans les cas précédents, cette appréciation permet de restreindre le grand pouvoir discrétionnaire initialement reconnu aux États membres dans les cas liés à la morale.

SEPTIÈME. - *Compte tenu de la praxis jurisprudentielle, on pourrait faire valoir que la Convention européenne des droits de l'homme ne protège pas les relations (homo)sexuelles de caractère sadomasochiste*. Dans de tels cas, la CEDH a déterminé que l'ingérence de l'Etat dans la vie des personnes concernées est justifiée par la marge d'appréciation dont il dispose, puisqu'il s'agit d'un cas de protection de la santé publique (vid. Laskey , Jaggard et Brown c. Royaume-Uni, la décision de la Cour nº . 21627/93, 21974/93 et 21826 du 19 Février, 1997). Sans aucun doute, ceci est une position doctrinale controversée qui a été critiquée à l'époque, même par le propre quorum de la chambre (*vid*. Opinion dissidente du juge M. Loucaides dans Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni), qui a comparé la pratique de sadomasochisme avec d'autres activités qui même si elles entraînent des dommages corporels ou constituent un

danger pour la santé, sont généralement considérés comme légale puisque les personnes adultes impliqués sont consentant (*v. gr*. la technique de tatouage, la boxe ou la chirurgie esthétique).

HUITIÈME. - *Un Etat ne peut pas utiliser sa marge d'appréciation pour empêcher les citoyens d'exercer leur droit à avoir une vie privée, même si ces derniers servent dans les forces armées.* Cette doctrine utilisée par la CEDH dans plusieurs affaires contre le Royaume-Uni (*vid*., inter alias, Smith & Grady c. Royaume-Uni, décision de la Cour no. 33985/96 et 33986/96, du 23 Février 1999 et le 27 septembre 1999) dans lesquelles les pétitionnaires ont dénoncé la façon dont le dit État avait outrepassé l'exercice de ses pouvoirs lorsqu'il les a retiré du service actif en raison de leur orientation sexuelle, comportement jugé par la CEDH comme étant une discrimination.

NEUVIÈME. - *Compte tenu de la pratique jurisprudentielle de la Cour, on pourrait arguer que le droit à la vie privée de l'individu reconnu par la Convention européenne des droits de l'homme garantit non seulement le droit de celui-ci de maintenir des relations (homo)sexuelles, mais aussi son droit d'établir et de développer des relations affectives (quel que soit le sexe de leur partenaire).* À cet égard, au cours des dernières années, la CEDH a reconnu le droit de l'individu à fonder une famille et a reconnu aussi les couples de même sexe comme constituant d'un noyau familial (*vid*. Schalk et Kopf c. Autriche, arrêt de la Cour . pas 30141/04, du 24 Juin 2010). Toutefois, cette reconnaissance n'a pas été une prolongation automatique du statut juridique des couples hétérosexuels, mais il a fallu un travail d'interprétation pour la part de la CEDH pour déterminer quelle est la norme minimal de protection pour les couples de même sexe en Europe.

DIXIÈME. - *Les Etats membres du Conseil de l'Europe ont (et exercent) un large pouvoir d'appréciation sur la reconnaissance du droit de contracter mariage (dans le cas des couples de même sexe)*, parce qu'il est un sujet controversé, avec des connotations sociales, politiques et religieuses. La base de cette situation réside dans la prise en compte par la CEDH du fait qu'il n'existe pas un consensus sur cette question dans la région. Une situation qu'on peut voir clairement dans le l'affaire Schalk et Kopf c. Autriche, décision de la Cour n °. 30141/04 24 Juin 2010. A cet égard, comme

l'indiquaient la CEDH, à cette époque, seulement 6 des 47 Etats membres du Conseil de l'Europe ont reconnu le droit aux couples de même sexe de se marier, et seulement 19 envisageaient une forme d'enregistrement ou de reconnaissance juridique pour eux[504], alors nous pouvant constater que ce nombre avait été insuffisant pour restreindre le champ d'action des Etats dans ce domaine.

ONZIÈME. - *Compte tenu de la pratique jurisprudentielle de la Cour, on pourrait faire valoir que la Convention européenne des droits de l'homme protège les droits parentaux des parents de même sexe lorsque la relation parent-enfant a un caractère biologique* (*vid*. Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, décision de la Cour n °33290. / 96 du 21 Décembre 1999). Dans de tels cas, la CEDH reconnaît la relation entre l'enfant et le parent et se concentre sur l'étude des actions étatiques. Ainsi, la Cour constate une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle du demandeur, cette action constitue un acte de discrimination qui limite la portée de l'appréciation de l'État, afin d'éviter que les Etats membres ne soient pas tentés d'imposer un modèle de famille donnée.

DOUZIÈME. - *Considérant la pratique jurisprudentielle de la Cour, on pourrait affirmer que la Convention européenne des droits de l'homme ne protège pas le droit de créer une famille ou le droit d'adoption de manière général, et dans tous les cas*. Sur la base de cette prémisse, la CEDH a essayé de résoudre le problème du droit d'accès à l'adoption en mettant l'accent sur l'étude de la discrimination directe, donnant lieu à une doctrine quelque peu erratique au cours des dernières années, avec des profils très asymétriques:

- En ce qui concerne le droit d'accès à l'adoption des homosexuels (individuellement). Au cours des dernières années, la CEDH a évolué pour passer du soutien d'une large marge d'appréciation de l'Etat en la matière (*vid*. FRETTE c. France, arrêt de la Cour no. 36515/97, du 26 Février 2002) à interpréter elle-même la Convention Européenne des Droits de l'Homme d'une manière mieux adaptées à notre époque. Ainsi, la CEDH considère l'existence d'un traitement discriminatoire quand celui-ci est fondé sur l'orientation sexuelle du requérant (*vid*. E. B. c. France, arrêt de la Cour no. 43456/02, du 22 Janvier 2008).

[504] *Vid.* ANNEXE XIII. Analyse comparative de la reconnaissance des droits des LGBTI dans les Etats membres de Conseil de l'Europe.

- Dans le cas de l'adoption pour la part d'un des membres du couple de l'enfant de l'autre. La CEDH établit une distinction entre les partenaires enregistrés et les couples mariés. Donc, si le droit interne réserve le droit d'accès à l'adoption aux couples mariés, la CEDH a estimé que les partenaires enregistrés ne sont pas dans une situation juridique comparable (*vid*. Gas et Dubois c. France, arrêt de la Cour no. 25951/07, daté du 31 Août 2010). Et, dans les cas où le droit interne permet l'adoption par les couples hétérosexuels enregistrés (à l'exclusion des partenaires enregistrés de même sexe), la CEDH va le considérer comme un traitement discriminatoire (*vid*. X. et al. Autriche, la Cour décision no. 19010/07, du 19 Février 2013).

TREIZIÈME. - *La protection de la famille traditionnelle n'est pas un motif légitime pour justifier une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle*. À cet égard, la CEDH a indiqué que les Etats membres du Conseil de l'Europe doivent nécessairement tenir compte de l'évolution de la société et le consensus qui est généré dans la région autour de la reconnaissance juridique des couples de même sexe (vid. Vallianatos et autres c . Grèce décision Cour n °. 29381/09 et 32684/09, du 7 Novembre, 2013) en effectuant un comptage numérique de Etats membres qui, à ce moment-là prévoyaient dans leurs systèmes juridiques, le droit au mariage pour les couples de même sexe (9 sur 47), ainsi que la Etats membres qui ont prévoyaient une certaine forme de partenariat enregistré pour ces couples (17 sur 47, la Lituanie et la Grèce étant les deux seuls pays où une telle union était réservée exclusivement pour les couples hétérosexuels).

QUATORZIEME. - *Les Etats membres ont une obligation positive de garantir un cadre juridique pour la reconnaissance et la protection des couples de même sexe.* (*Vid*. Oliari et autres c. Italie, décision de la Cour no. 18766/11 et 36030/11, du 21 Octobre 2015). À cet égard, la CEDH a non seulement souligné l'importance d'accorder une reconnaissance juridique à la vie de famille de facto, comme cela est arrivé dans l'affaire Schalk et Kopf, mais elle est allé plus loin, en limitant la marge d'appréciation de l'Etat, lorsqu'elle a considéré comme étant une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle les cas où un système juridique ne prévoit pas de disposition légale qui permet aux couples de même sexe l'accès à un type d'enregistrement ou une reconnaissance juridique.

QUINZIEME. *La CEDH maintient une large marge d'appréciation dans le prolongement des prérogatives conjugales des partenaires enregistrés ou des relations personnelles informelles*. Au cours des dernières années, nous pouvons voir comment la CEDH a limité la marge d'appréciation relatives à des sujets très spécifiques lors de l'évaluation du traitement discriminatoire pour la part des autorités. Comme est le cas avec le droit de succession dans le bail ou étendre la couverture d'assurance-maladie au partenaire de l'assuré (*vid*. inter alias, Kozak c. Pologne, la décision n ° Cour. 13102/02, 2 mars 2010 et PB et JS c. Autriche, arrêt de la Cour no. 18984/02, du 24 Juillet 2010). Cependant, ce courant jurisprudentiel coexiste avec une certaine attitude conservatrice de la part de la Cour, qui accepte qu'un Etat peut se réserver certains droits d'une manière exclusive au couples marié, tels que le droit à la pension de veuve (*vid*. Manenc c. France, aucune décision de la Cour. 66686/09, du 21 Septembre 2010 et MW c. Royaume-Uni, décision de la Cour no. 11313/02, du 23 Juin 2009).

SEIZIÈME. - *La liberté d'expression et le droit de partager son identité avec les autres est une partie intégrante de la tolérance et de la protection de la diversité dans une société démocratique*. Un aspect qui a été traité par la Recommandation 211 (2007) du Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe sur la «liberté d'expression et de réunion pour les lesbiennes, gays, bisexuels et transgenres» mais à été traduite ces dernières années en une jurisprudence peu développée par la CEDH, qui tend à interpréter l'(homo)sexualité comme une manifestation essentielle de la vie privée, montrant sa réticence à reconnaître la protection de la liberté d'expression dans ce type de cas.

DIX-SEPTIÈME. - *Compte tenu de la pratique jurisprudentielle de la Cour, on pourrait affirmer que, aujourd'hui, la liberté d'expression individuelle relative aux sentiments (et la condition) d'homosexualité individuelle n'est pas protégée par l'art. 10 de la Convention européenne de droits de l'homme.* À cet égard, la CEDH fait valoir que le droit à la liberté d'expression se réfère uniquement à l'expression d'opinions et le droit de recevoir et de répandre des idées et des informations, mais pas de sentiments. Pour cette raison, à la fois la Commission européenne des droits de l'homme que la CEDH ont rejeté la protection de l'expression des sentiments à travers l'article 10 de la Convention européenne de droits de l'homme (négligeant le potentiel que cette disposition pourrait avoir comme outil de protection contre les discours de haine) et

n'ont utilisé cette concept en relation avec la protection de l'homosexualité que par rapport aux médias et moyen de diffusion de l'information.

DIX-HUITIÈME. - *La Jurisprudence de la Cour semble protéger les droits politiques collectifs de la communauté LGBT à condition qu'ils soient pacifiques. Ainsi, pour la CEDH, l'élément le plus important de toute réunion ou manifestation n'est pas son contenue politique, mais la nature pacifique de son organisation et exécution*. Elles peuvent gêner ou offenser les gens qui s'opposent aux idées ou revendications qui tentent de promouvoir. Toutefois, les participants doivent être en mesure de tenir la réunion ou la manifestation sans crainte d'être soumis à la violence physique par leurs adversaires. En ce sens, la CEDH a considéré comme disproportionné l'argument des autorités russes, sur la protection des mineurs contre la propagande homosexuelle. Et elle a nié que des marches de fierté (parade de la Gay Pride) devraient être interdites par ce qu'elles entre en conflit avec les croyances religieuses et les valeurs d'une prétendue majorité dominante (*vid.* Backzowski et autres c. Pologne, décision n ° 1543-1506 Cour du 3. mai 2007 et Alexeïev c. Russie, décision de la Cour. 4916/07, 25924/08 et 14599/09, du 21 Octobre 2010). À cet égard, la CEDH a déclaré l'existence d'un large consensus sur l'acceptation de la libre (homo)sexualité dans le système européen, se référant expressément à sa propre jurisprudence.

DIX-NEUVIÈME. **-** *Les Etats membres ont un certain nombre d'obligations – à la fois positives et négatives – par rapport à ce qu'on appelle les marches de fierté, résultant de l'application du droit à la liberté de réunion (art. 11 CEDH).* À cet égard, la CEDH a établi que les autorités de l'Etat doivent non seulement assurer le respect intégral du droit à la liberté de réunion de ses citoyens, mais aussi de protéger les militants LGBTI contre d'éventuelles attaques par des contre-manifestants (*vid*. Genderdoc-M c. Moldova, décision de la Cour. 9106/06 du 12 Juin 2012).

VINGTIÈME.- *Face au large consensus de nature positive, consistant en un mouvement d'ouverture et de reconnaissance des droits individuels et collectifs, nous observant un second mouvement, de caractère négatif ou réactionnaire, mené par les*

pays de l'Europe de l'Est[505]. Au cours des dernières années, ils ont essayé de s'assurer que leurs constitutions nationales n'admettent pas le droit au mariage des couples de même sexe, et ils ont même soulevé devant les tribunaux constitutionnels (comme la Russie) la possibilité de ne pas respecter les arrêts de la Cour. Dans ce contexte, il est intéressant de considérer que peut-être le succès ou l'échec des travaux de la CEDH dans les années à venir seront dus principalement à sa capacité à répondre à ce nouveau mouvement réactionnaire, en révisant sa doctrine et en approfondissant dans les aspects dont elle a jusqu'à présent agi avec une prudence excessive. Parmi lesquels nous citons les suivant:

- *Le traitement inhumain et dégradant.* Art. 3 de la Convention européenne des droits de l'homme protège les individus contre les abus contre leur intégrité physique, mental ou moral, et nous comprenons que si cet article est interprété (et appliqué) d'une manière large cela pourrait servir à protéger l'individu (et le collectif LGBTI) des actions homophobes. À cet égard, il convient de noter que ces dernières années, la CEDH a déjà reconnu dans plusieurs affaires (*vid*. Zontul c Grèce, n ° 12294/07, du 17 Janvier 2012; X. c .Turquie, décision de la Cour. n ° 24626/09, du 9 Octobre 2012; et autres contre la Géorgie, n ° 73235/12, du 2 mai 2015 et Boris Kostadinov c. Bulgarie, décision de la Cour n ° 61701/11, du 21 janvier 2016) que les autorités étatiques qui ne protègent pas les LGBTI contre les attaques publiques ne respectent pas les obligations qui leur incombent en vertu de ladite disposition.

- *La large marge de manœuvre en matière de droit d'accès au mariage*. Le mariage réservé aux couples hétérosexuels en raison de leurs connotations sociales, politiques et religieuses pourrait être interprétée comme une discrimination directe et plus si nous prenons en compte le nombre de pays qui ont accepté le mariage homosexuel dans la région au cours des dernières années[506]. En ce sens, la CEDH devrait utiliser la doctrine de la Convention européenne des droits de l'homme comme un instrument "vivant" et l'interpréter d'une façon mieux adaptée à l'esprit de notre époque.

- *Immigration et asile*. L'année dernière, la CEDH a reconnu la protection des couples de même sexe, face à un éventuel risque d'expulsion du territoire national de

[505] *Vid.* ANNEXE XIII. Analyse comparative de la reconnaissance des droits des LGBT dans les Etats membres du Conseil de l'Europe.
[506] *Vid.* ANNEXE XIII. Analyse comparative de la reconnaissance des droits des LGBT dans les Etats membres du Conseil de l'Europe.

l'un de d'eux en raison de son statut d'étranger (*vid.* Pajic c. Croatie, no. 68453/13 décision du 23 Février, 2016), indiquant que les Etats membres ne peuvent pas prétendre que sa législation nationale protège seulement la famille traditionnelle en se qui concerne les questions de regroupement familial.

À cet égard, la CEDH a déclaré que ces règlements impliquent une différence de traitement fondée uniquement sur l'orientation sexuelle des candidats, raison pour laquelle a décidé de restreindre le champ d'action de l'État dans ce domaine.

En outre, il y a eu plusieurs affaires qui ont été portées devant la Commission européenne des droits de l'homme et devant la CEDH, pour dénoncer le refus des demandes d'asile des pétitionnaires homosexuels. Dans de tels cas, la CEDH a mis l'accent sur la large marge d'appréciation de l'Etat dans ce domaine et n'a pas reconnu, jusqu'à présent, la protection de la Convention européenne des droits de l'homme (vid. Alias Inter, F. c. Royaume-Uni, décision de la CEDH n °. 17341/03, du 22 Juin 2004; I.N.N. c. Pays-Bas, décision de la Cour n ° 2035/04, du 9 Décembre 2004; M.E. c. Suède, décision n ° 71398/12, du 8 avril 2015 et A.E. c. Finlande, no. 30953/11, du 22 Septembre 2015).

- *Protection contre les discours de haine (hate-speech).* Dans de tels cas, la CEDH se montre réticente à appliquer l'art. 17 de la Convention européenne des droits de l'homme et tend à les considérer comme une violation de l'art. 10 de ladite Convention (*vid.* Vejdeland et autres c. Suède, décision de la Cour no. 1813-1807 du 9 Février, 2012) limitant le discours de haine aux déclarations qui incitent à commettre des actes spécifiques de haine, sans aller jusqu'á faire une évaluation de leur contenu.

Cela dit, il semble que dans les années à venir, la CEDH devra réviser la marge d'appréciation reconnu au Etats membres dans ce domaine. Et tout porte à croire que, dans un avenir pas trop lointain, des affaires seront portées devant la CEDH, à la suite de l'approbation, depuis 2006, des soi-disant lois contre la propagande homosexuelle dans plusieurs régions de la Fédération de Russie. Car, aujourd'hui, à la suite de ces lois, ils sont nombreux les militants LGBTI qui ont été punis.

DEUXIÈME PARTIE. LA CONFIGURATION DU CONSENSUS EN MATIÈRE D´ORIENTATION SEXUÈLLE DANS LE SYSTÈME INTERAMÉRICAIN

Une fois exposées les conclusions concernant l'analyse de la théorie du consensus et de la marge d'appréciation en Europe, il convient de faire référence au système interaméricain. Un système qui fait actuellement face à des faiblesses structurelles graves, parmi lesquelles il convient de mentionner: 1) l'impossibilité d'être un mécanisme véritablement régional, dans la mesure où aujourd'hui seulement 25 des 35 Etats du continent ont ratifié la Convention américaine des droits de l'homme et seulement 21 ont accepté la compétence de la Cour en matière contentieuse 2) le manque de ressources suffisantes et le manque de volonté politique de trouver des solutions, 3) des difficultés pour veiller à ce que les arrêts de la Cour soient dûment respectés, à cause de l'absence d'un mécanisme de surveillance approprié et des obstacles propres au droit international et 4) le rôle des États comme garants de la protection des droits de l'homme et du bon fonctionnement du système, qui devrait prendre conscience du fait que la bataille pour les droits de l'homme commence au sein de leurs propres sociétés. Cependant, en dépit de ces faiblesses structurelles, le système interaméricain a récemment développé une doctrine (faible) qui pourrait être décrite comme favorable à la protection de la population LGBTI. En étudiant celle-ci on peut tirer les conclusions suivantes:

PREMIÈRE. - *La protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les Amériques, comme dans le système européen, se compose de deux dimensions : externes et internes.* Le premier de celles-ci, la dimension extérieure de la CIDH, se réfère à l'inclusion de la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le programme de travail des institutions et organismes qui composent l'OEA, qui a exercé son influence en tant que "loi douce" (Soft law) sur la structure du système interaméricain de défense des droits de l'homme. Et la seconde de ces dimensions, l'interne, est en rapport avec la (ré) interprétation de la CIDH des règles conventionnelles afin de protéger les droits de la communauté LGBTI.

DEUXIÈMEMENT.- *Le système américain offre sa propre définition de l'orientation sexuelle, comme étant « la capacité de chaque personne à ressentir une*

attirance émotionnelle, affective et sexuelle profonde à des personnes d'un sexe différent ou du même sexe, ou plus d'un genre, ainsi que la capacité à entretenir des relations intimes et sexuelles avec ces personnes »[507]. Dans cette perspective, il est reconnu que l'orientation sexuelle, l'identité sexuelle et l'expression sexuelle ne sont pas conformes à un statut immuable de la personne, mais plutôt il s'agit, d'un ensemble d'éléments dynamiques qui dépendent de la construction que chaque personne fait d'elle même, ainsi que de la perception sociale élaborée vis-à-vis de se sujet. Conception, qu'à notre avis semble plus réaliste et logique que celle qui a été élaborée dans le système européen.

TROISIEME. - *Depuis 1999, la CIDH ne s'est pas montrée uniforme et cohérente dans la protection des droits des personnes homosexuelles dans des espaces sous tutelle de l'État étant impossible de conclure quoi que ce soit a priori.* Cela a été le cas des établissements de détention et prisons et casernes ou espaces des forces de sécurité, les lieux de travail et les centres éducatifs.

- *Les établissements pénitentiaires*. la question a été de savoir si les visites intimes entre les couples de même sexe peuvent affecter le système disciplinaire interne des prisons parce que, selon les représentants de l'État colombien, la culture latino-américaine est peu tolérante à l'égard des pratiques homosexuelles en général (vid. Marta Lucia Alvarez Giraldo c. Colombie, cas no. 11656 du 4 mai, 1999). Dans ce cas, la CIDH a décidé de déclarer que la requête est recevable parce que les faits pourraient constituer une ingérence abusive ou arbitraire dans la vie privée du requérant.

- *Les centres de détention*. la question a été posée de savoir si les insultes et les agressions subies par un jeune homme lors d'un interrogatoire au poste de police constituent une violation du droit à l'intégrité personnelle du pétitionnaire, qui pourrait être décrite comme de la torture, traitements inhumains ou dégradants (vid. Luis Alberto Rojas Marín c. Pérou, rapport no. 99/14, du 6 Novembre, 2014). Dans ce cas, la CIDH a décidé de déclarer recevable la pétition.

- *Les forces de sécurité de l'Etat*. Deux demandes de cette nature ont été introduite, à ce jour, et qui ont abouti à des solutions différentes. Dans l'un d'eux (X. c. Chili, la question est si l'enquête menée contre une carabiniere accusée d'être lesbienne viole le droit à l'honneur et à la reconnaissance de la dignité personnelle du

[507] *Vid.* Étude préparée par la CIDH conformément à la résolution : "AG/RES. 2653 (XLI-O / 11) Droits humains, orientation sexuelle et identité de genre ".

pétitionnaire), les représentants de la requérante et l'État du Chili ont signé un accord de règlement amiable[508]. Dans un autre cas, cependant (Stivenson Ramos Salazar c. Equateur, où le pétitionnaire est démis de ses fonctions accusés de pratiques (homo)sexuelles avec l'un des membres de son groupe de service, étant soumis à la torture pendant l'enquête[509]) l'affaire a été classée par la CIDH puisqu'elle a déterminé que les faits mentionnés dans la pétition ne constituent pas une violation de la Convention américaine des droits de l'hommes.

- *Les lieux de travail*. Deux demandes de cette nature ont été posées jusqu'à présent, aussi avec des solutions différentes. Un cas (Juan Fernando Veras Mejias c. Chili, où le requérant se plaint de ses supérieurs, car ils l'ont menacé de rendre public son homosexualité et sa condition de porteur du VIH s'il n'acceptait pas un certain nombre de termes de la résiliation de son contrat de travail[510]) qui n'a pas été admis en raison de vices de procédure (manque d'épuisement des voies de recours internes), tandis que l'autre constitue un tournant historique et un nouveau jalon dans la protection des droits des LGBT en Amérique latine. Il s'agit de l'affaire Karen Atala Riffo et filles c. Chili, dans laquelle la requérante a subi une enquête dans son lieu de travail afin de déterminer si ses activités privées entravées son travail judiciaire (*vid*. Karen Atala et filles c. Chili, cas no. 12502 du 17 Septembre, 2010). La CIDH dans ce cas a décidé d'admettre la requête, qui deviendrait le grand cas de premier plan dans le système interaméricain.

- *Les établissement éducatifs.* Le requérant affirme avoir été expulsé arbitrairement par le directeur de son école, en raison de son orientation sexuelle (vid. Mayra Espinoza Figueroa, rapport n °. 71/14, du 25 Juillet, 2014). Cependant, cette requête n'a pas été reçu en raison de vices de procédure (manque d'épuisement des voies de recours internes).

QUATRIEME. - *Le prétendu manque de consensus au sein de certaines sociétés (dans certains pays d'Amérique) sur le plein respect des droits des minorités sexuelles ne peut pas être considéré comme un argument valable pour refuser ou restreindre les droits de l'homme ou de perpétuer ou reproduire la discrimination*

[508] *Vid.* X. c. Chili, rapport nª. 81/09, la résolution amiable du 6 Août 2009).
[509] Dans ce cas (*Vid.* Deuxième Stivenson Ramos Salazar c. Equateur, rapport no. 38/11, du 23 Mars, 2011).
[510] *Vid.* Juan Fernando Vera Mejias, rapport n. 11/13 du 20 Mars, 2013)

historique et structurelle que ces minorités ont souffert. (*vid*. Karen Atala et filles c. Chili, cas no. 12502 du 17 Septembre 2010). Dans l'affaire Atala, les représentants des pétitionnaires ont fait valoir que la Cour suprême du Chili a créé une catégorie de personnes, qui pour leur orientation sexuelle, quel que soit leur comportement, ne sont pas capables de prendre soin de leurs enfants, en les assimilant à des situations de violence ou de négligence.

À cet égard, les juges de la CIDH ont estimé qu'il n'y avait pas d'antécédents qui peuvent servir comme base de spéculations sur une éventuelle situation d'abus ou de négligence et que les avis sollicités (des travailleurs sociaux et psychologues) concluent que l'homosexualité de la mère ne porte pas atteinte aux droits des filles et n'empêche pas Mme Karen Atala d'exercer son droit de tutelle, puisque d'un point de vue sociologique ou psychiatrique, selon ces experts, elle est une personne tout à fait normal. Par conséquent, la Commission a considéré que le fait de retirer à la mère la garde de ses filles mineures seulement à cause de son orientation sexuelle, - Conformément à la demande du père, basée sur de simples appréciations subjectives- constitue une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Cette idée est soutenue par la décision de la Cour Interaméricaine dans ce cas particulier, dans lequel elle a affirmé que même si certain type de discrimination sont objet de controverse dans certains pays ou ne sont pas objet d'un consensus, cela ne doit pas mener les autorités étatiques á ne pas se prononcer sur le cas, car lorsqu'ils prennent une décision, celle-ci doit être basée sur les dispositions des obligations internationales contractées par une décision souveraine des États à travers la Convention américaine des droits de l'homme. Il est intéressant, à cet égard, de signaler que la CIDH a identifié la clause de protection de la famille énoncée à l'art. 17 de la Convention américaine des droits de l'homme avec les dispositions de nombreuses constitutions d'Amérique latine: Bolivie, Brésil, Chili, Colombie, Costa Rica, Cuba, Équateur, El Salvador, le Nicaragua, le Paraguay, le Pérou, l'Uruguay et le Venezuela.

Dans la présente affaire, il semble que la CIDH a utilisé le critère d'interprétation évolutive pour considérer la Convention américaine des droits de l'homme comme un instrument "vivant" qu'il faut l'appréhender d'une façon adaptées à l'esprit de notre temps, conformément aux circonstances de l'Etat, et en tenant en compte que pour restreindre la marge d'appréciation il est nécessaire un consensus, un espace de coïncidence ou la convergence des normes entre les États parties. Dans le cas de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle il y a un consensus non seulement entre

tous les Etats de la Convention américaine des droits de l'homme, mais aussi parmi tous les Etats membres de l'OEA, à travers les résolutions de l'Assemblée générale.

CINQUIEME. - *La CIDH a mis au point un mécanisme de vases communicants, en utilisant la jurisprudence de la Convention des droits de l'homme, pour protéger la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les Amériques* (*vid.* Karen Atala et filles c. Chili, affaire no. 12502 du 17 septembre 2010). A cet effet, la Commission a utilisé plusieurs précédents juridique "leading cases" européens pour établir plusieurs règles de principe dans sa jurisprudence :

- *La décision d'une juridiction nationale de retirer à l'un de parents homosexuel la garde de ses enfants mineurs, faisant valoir qu'ils doivent vivre qu'au sein d'une famille traditionnelle, est dépourvu de rapport raisonnable de proportionnalité entre la mesure prise -retrait de la garde- et le but visé* -la supposée protection des intérêts du mineur- (*vid*. Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, décision no. 33290 / 96 du 21 Décembre 1999).

- *L'objectif de protéger la famille, dans le sens traditionnel du terme, est un objectif abstrait qui englobe un large éventail de mesures concrètes qui peuvent être utilisées pour le mettre en œuvre*. Pour cette raison, quand on est devant un cas de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle, le principe de proportionnalité exige non seulement que la mesure choisie soit appropriée pour atteindre l'objectif recherché, mais aussi doit prouver la nécessité d'exclure certaines catégories de personnes pour pouvoir atteindre cet objectif (vid. Karner c. Autriche, décision no. 40016/98, du 24 Juillet 2003).

- *Un couple de même sexe constitue noyau familial*. À cet égard, la CIDH a estimé que la Convention américaine des droits de l'hommes avait accepté que la relation affective et sexuelle d'un couple de même sexe relève de la vie privée, comme un couple de sexe différent dans la même situation. (*Vid*. Schalk et Kopf c. Autriche, décision no. 30141/04, du 24 Juin 2010).

SIXIÈME. *Une fois les couple du même sexe ont été reconnus comme constituant un noyau familial, la CIDH a commencé à fonctionner en termes de discrimination directe* (*vid*. Ángel Alberto Duque c. Colombie, affaire no. 12841, arrêt du 26 Février 2016). Dans ce cas, les représentants du gouvernement colombien ont tenté de faire valoir que, au moment des faits, le concept d'union de facto ou civile et ses

conséquences, y compris la pension de veuve, n'étais pas un sujet couvert par le droit international et en tant que tel, il s'agissait d'une question de compétence interne, domestique ou exclusive des États.

En ce sens, l'Etat colombien ne prétendais pas que ces unions ne pouvaient pas être traitées à l'avenir par le droit international, mais que ceux-ci afin qu'ils soit objet du droit international, devrait être envisagées dans une source de droit international, à savoir , un traité, la coutume ou les principes généraux du droit applicable aux États parties à la Convention américaine des droits de l'Homme, ce qui prétendument n'étais pas le cas dans la période entre 2002 et 2009.

Toutefois, la CIDH a reconnu que, dans cette affaire, le refus de la pension de veuve en raison de l'orientation sexuelle du demandeur est une différence de traitement discriminatoire. Ainsi, l'État est responsable de la violation du droit à l'égalité devant la loi, reconnu dans l'art. 24 de la Convention américaine des droits de l'Homme, par rapport à l'art. 1.1. de la même.

SEPTIÈME. *Compte tenu de l'évolution récente, tout porte à croire que le système interaméricain réexaminera la protection de la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les différents espaces*. Entre autres, dans les lieux de travail (arrêt Sandra Cecilia Pavez c. Chili, déclarée recevable par la CIDH 21 dernières Juillet, 2015) et des Forces de sécurité de l'Etat (affaire Homero Flor Freire c. Equateur, dont l'audience publique a eu lieu devant la CIDH avant le 17 Février, 2016). Ces affaires, ayant passé le filtre de la CIDH soulèvent des questions non résolue dans les Amériques et contribueront à configurer davantage le système de normes minimales de protection des personnes LGBTI dans les Amériques.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

1. Monografías y obras colectivas

ACOSTA ALVARADO, P.A., *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*, Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales de El Externado, 2007.

ACOSTA ALVARADO, P.A., *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?*, Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales de El Externado, 2008.

ARAI.TAKAHASHI, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp/Oxford/New York, Intersentia, 2002.

BORRILLO, D., *Homofobia*, España, Bellaterra, 2001.

BORRILLO, D., *Le droit des sexualités*, Paris, les voies du droit, 2009.

BORRILLO, D. & COLAS, D., *L´homosexualité de Platon à Foucault. Anthologie critique*, Paris, Plon, 2005.

BORRILLO, D. & GUTIERREZ CASTILLO, V.L., *Derecho y política de las sexualides*, Huygens, Barcelona, 2013.

BORRILLO D., & LOCHAK, D., *La liberté sexuelle*, France, Presses Universitaires de France, 2005.

BREMS, E., *Human Rights: Universality and Diversity*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

CARRILLO SALCEDO, J.A.., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos,, 2003.

CARRILLO SALCEDO, J.A.., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 2003.

CASSESE, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1993.

DELMAS-MARTY, M., *Ordering Pluralism: A conceptual framework for understanding the transnational legal world*, Oxford/Portland/Oregon, Hart Publishing, 2009.

DIAZ PEREZ DE MADRID, A., *La protección de las minorías en Derecho Internacional*, Granada, Universidad de Granada, 2004.

DI STASI, A., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza de la Corte europea dei diritti dell´uomo e l´impatto nell´ordinamento interno (2010-2015)*, Wolters Kluwer-Cedam, Vicenza, 2016.

FOROWICZ, M., *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford, University Press, 2010.

GARCÍA ROCA, G., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas, 2010.

GARCÍA SAN JOSÉ, D.I., *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI: análisis de la interpretación y aplicación por el Tribunal Europeo de derechos humanos de la cláusula necesario en una sociedad democrática*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001.

GAUCHÉ MARCHETTI, X., *Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Saarbrücken, Editorial académica española, 2011.

GUTIERREZ CASTILLO, V.L., CRUZ ANGELES, J., & RODENAS, M., *Corpus jurídico de la familia homoparental. Perspectiva europea, estatal y autonómica*, Madrid, Comunidad de Madrid, 2013.

HERRERA FLORES, J., *Los Derechos Humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Libros de Catarata, 2005.

JOHNSON, P., *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Abingdon, Routledge, 2013.

KASTANAS, E., *UNITÉ ET DIVERSITÉ: Notions autonomes et marge d´appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l´homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

KOSKENNIEMI, M., *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, University Press, 2005.

LEGG, A., *The margin of appreciation in International Human Rights Law: deference and proportionality*, Oxford, University Press, 2012.

PRESNO LINERA, M.A., *El Derecho Europeo de Familia*, Navarra, THOMSON ARANZADI, 2008.

QUERALT JIMÉNEZ, A., *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

RIPOL CARULLA, S., *El Sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Barcelona, Atelier, 2007.

SANZ CABALLERO, S., *La familia en perspectiva internacional y europea*, Editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.

SOROETA LICERAS, J., (coord.) *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián,* vol. 4, San Sebastián, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2003.

SOROETA LICERAS, J., (coord.) *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián,* vol. 14, San Sebastián, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2015.

VITUCCI, C., *La tutela internazionale dellórientamento sessuale*, Napoli, Joevene Editore, 2012.

VVAA., *The Postmodern Military: Armed Forces after the Cold War ,* Oxford, University Press, 2000.

WAALDIJK, K., & BONINI-BARALDI, M., *Sexual Orientation Discrimination in the European Union: National Laws and the Employment Equality Directive*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2006.

WAALDIJK, K., & CLAPHAM, A., Homosexuality: a European Community Issue – Essays on Lesbian and Gay Rights in European Law and Policy, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

WINTEMUTE, R., *Sexual Orientation and Human Rights: The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

2. **Artículos en revistas**

ABRISKETA URIARTE, J., "Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de derechos humanos, de juez a legislador", *REDI*, Vol. LXV (1), Madrid, 2013.

BALUARTE, D., "Elección de jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista CEJIL, Debates sobre derechos humanos y el Sistema Interamericano*, año 1, nº. 1, 2005.

BERNHARDT, R., "Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention of Human Rights", *German Yearbook of International Law*, vol. 42, 1999.

BORRILLO, D., "La genética humana en el Orden Jurídico Europeo", *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, nº. 590, 1995.

BORRILLO, D., "Uniones del mismo sexo y libertad matrimonial", *Jueces para la democracia*, nº. 35, 1999.

BORRILLO, D., "L´orientation sexuelle en Europe: esquisse d´une politique publique antidiscriminatoire", *Temps modernes*, nº. 609, 2000.

BORRILLO, D., "La verité biologique contre l´homoparentalité: le statut du beau-parent ou le <PaCS de la filiation>", *Droit et societé*, nº. 72, 2009.

BORRILLO, D., "Le sexe et le Droit: De la logique binaire des generes et la matrice hétérosexuelle de la loi", *Meritum*, Vol. 5, nº 2, 2010.

BORRILLO, D., "O sexo e o Direito: A lógica binária dos gêneros e a matriz heterosexual da Lei", *Meritum*, Vol. 5, nº 2, 2010.

BORRILLO, D., "De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual", *REJ*, nº. 11, 2011.

BORRILLO, D., "Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, nº. 71, 2013.

BORRILLO, D., & FLORES RODRIGUEZ, J., "La reforma del Derecho de Familia en Francia. A propósito del Proyecto de Ley nº. 344, de 7 de

noviembre de 2012, de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo", *Actualidad Civil*, nº. 4, 2013.

BUYSE, A., "Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law", *Heidelberg Journal of International Law (Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht)*, vol. 68, 2008.

CACHO SÁNCHEZ, Y., "Cómo mejorar la eficacia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las medidas propuestas por el grupo de sabios en su informe de 15 de noviembre de 2006", *RGDE*, nº. 13, 2007.

CAROZZA, P. G., "Subsidiarity as a structural principle of International Human Rights Law", 97 (I), *AJIL*, 2003.

CERVELL HORTAL, M.J., "Chechenia vs. Rusia: el triunfo de los Derechos humanos (a propósito de tres sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de febrero de 2005)", *AEDI* , nº. 21, 2005.

COHEN, G., & PETTITI, C.E., "La réforme de la Cour européenne des droits de l´homme", *Droit et Justice*, nº. 48, 2003.

CRUZ ÁNGELES, J., "Incidência da Teoria dos vasos comunicantes na regulaçao dos chamados "novos modelos de famíia" no Brasil: Uma perspectiva europeia", *Revista IBDFAM - Famílias e Sucessões* - Edição 11, 2016, pp. 1-14.

DE FARAMIÑÁN GILBERT, J.M., "Comentarios sobre el modelo democrático en torno a la reciente jurisprudencia del TEDH (a propósito de las sentencias del TEDH de 30 de enero y 25 de mayor de 1998)", *REJ*, nº. 2, 1999.

DÍAZ BARRADO, C.M., "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: órgano garante de los derechos humanos en Europa", *Diario La Ley*, nº. 7075, 2008.

DIAZ BARRADO, C.M., "La responsabilidad de proteger en el Derecho Internacional contemporáneo: Entre lo conceptual y la práctica internacional", *REDI*, nº. 24, 2012.

DISTEFANO, G., "L´interprétation evolutive de la norme internationale*", RGDIP*, Tome 115, nº. 2, 2011.

DZEHTSIAROU, K., "Does consensus matter? Legitimacy of European consensus in the case law of the European Court of Human Rights", *Public Law*, 2011.

DZEHTSIAROU, K., "European consensus and the evolutive interpretation of the European Convention of Human Rights", *German Law Journal*, 2011.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., "Ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *REDI*, vol. XLII, 1990.

FERNANDEZ SEGADO, F., "La libertad de expresión en la doctrina del TEDH", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº. 70, octubre-Diciembre, 1990.

FITZMAURICE, M., "Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties, Part I", *Hague Yearbook of International Law*, 2008.

FOGUEZUELO BURRIEZA, A., "Diálogo entre Tribunales: la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21-X-2013 (caso Sra. del Río Prada contra el Reino de España)", *REDF*, nº. 23, 2014.

GARCÍA RAMÍREZ, S., "El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos", *Revista IIDH*, Vol. 32-33, 2000-2001.

GARCIA RAMIREZ, S., "Una reflexión pragmática sobre el sistema interamericano", *Revista del CEJIL*, nº. 1, 2005.

GILBAJA CABRERO, E., "La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Político*, nº. 91, 2014.

GOMEZ MORTE, C., "El protocolo nº. 14 y la conferencia de Interlaken ¿soluciones mágicas al colapso del TEDH?", *REDF*, nº. 15, 2010.

GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, A., "La Carta de la OEA y los protocolos de Buenos Aires, Cartagena de Indias, Washington y Managua", *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM)*, 2011.

HALL, S., "Signification, representation and ideology: Althusser and the post-structuralist debates", *Critical Studies in Mass Communication*, vol. 2, 1985.

HELFER, L.R., "Finding a consensus on equality: the homosexual age of consent and the European Convention on Human Rights*", New York University Law Review*, vol. 65, 1990.

HELFER, L., "Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*", EJIL*, vol. 19, nº. 1, 2008.

HERRERA FLORES, J., "Colonialismo y violencia. Bases para una reflexión pos-colonial desde los derechos humanos", *Revista crítica de Ciencias Sociais*, Lisboa, *Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra*, Octubre 2006.

HERRERA FLORES, J., "Cultura y derechos humanos: la construcción de los espacios culturales", *Revista científica de Información y Comunicación*, 2008.

HODSON, L., "A marriage by any other name? Schalk & Kopf c. Austria", *Human Rights Law Review*, nº. 11 (1), 2011.

LAMBERT-ABDELGAWAD, E., "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo", *Revista de Derecho Político*, nº. 69, 2007.

LAMBERT-ABDELGAWAD, E., "La Cour Européenne au secours du Comité des Ministres pour une meilleure execution des arrêts pilote", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, vol. 61, 2005.

LIÑÁN NOGUERAS, D., "Efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *REDI*, vol. XXXVII (2), 1985.

MARÍN LOPEZ, A., "La reforma del sistema de protección de los derechos del hombre en el Consejo de Europa: el Protocolo nº. 11 al Convenio Europeo de 1950", *Anuario español de Derecho Internacional*, nº. 11, 1995.

MENA PARRAS, F. J., "Democracy, diversity and the margin of appreciation: a theoretical analysis from the perspective of the international and constitutional functions of the European Court of Human Rights", *REEI*, nº. 29, 2015.

MOLINER VICENTE, C., "Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con España en 2013", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 30, 2014.
m
MOWBRAY, A., "The Creativity of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, nº. 5 (1), 2005.

MYERS D.P., "The European Commission on Human Rights", *AJIL*, nº. 50 (4), 1956.

NIEKKEN, P., "El sedicente fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sus dobles estándares frente a las obligaciones internacionales de los Estados americanos", *Revista IIDH*, nº. 56, 2012.

PASCUAL VIVES, F., "Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos", *REDI*, Vol. LXVI (2), 2014.

PASTOR RIDRUEJO, J.A., "El protocolo número 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos: ¿estamos ante la reforma que necesita el tribunal?", *REDI*, Vol. LVI, 2004.

PASTRE-BELDA, B., "La Cour Européenne des droits de l´homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits*", Revue Trimestrielle des Droits de l´Homme*, 2013.

POLLICINO, O., "A further argument in favor of the construction of a general theory of the domestic impact of jurisprudential supranational law. The genesis and the first steps of ECHR and EU legal orders", *Comparative Law Review*, 2012.

QUERALT JIMÉNEZ, A., "La garantía de los derechos fundamentales en Europa: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Temuco*, 2003.

RAMIREZ, B., "Profundizando la igualdad desde la orientación sexual: a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Karen Atala e hijas contra Chile", *Revista Gaceta Constitucional*, nº. 54, 2012.

RIPOL CARULLA, S., "Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *REDI*, Vol. LXVI (1), 2014.

ROBERTS, A., "Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States", *AJIL*, vol. 104, nº. 2, 2010.

RUIZ VIEYTEZ, E. J., "España y el Convenio marco para la protección de las minorías nacionales: una reflexión crítica", *REDI*, Vol. LXVI (1), 2014.

SHANY, Y., "Toward a general margin of appreciation doctrine in International Law", *EJIL*, Vol. 16, nº. 5, 2006.

SIMMA, B. & PULKOWSKI, D., "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law", *EJIL*, Vol. 17, nº. 3, 2006.

VON STADEN, A., "The democratic legitimacy of judicial review beyond the State: Normative subsidiarity and judicial standards of review*", International Journal of Constitutional Law*, 2012.

VVAA., "Fortalecer o no fortalecer. Seis versiones del proceso", *Revista de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF)*, nº. 19, 2014.

WILDHABER, L., "The European Convention on Human Rights and International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, nº. 2, 2007.

WILLEMS, G., "Derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo", *Revista Derechos Humanos*, Año III, nº. 7, 2014.

WINTEMUTE, R., "Filling the article 14 gap: government ratification and judicial control of protocol n. 12 ECHR: Part 2", *European Human Rights Law Review*, nº. 5, 2004.

WILLEMS, G., "La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : mariage et conjugalité, parenté et parentalité", In: *Revue trimestrielle des droits de l'homme*; vol. 24, afl. 93, 2013, pp. 65-96.

WILLEMS, G., "Private and Family life "versus" moral and tradition in the Case Law of the ECTHR", In: *Family Law and Culture in Europe*: Developments, Challenges and Opportunities, Intersentia, 2014, pp. 305-322.

3. Capítulos de libro

BORRILLO, D., "Adopción, homosexualidad e interés superior del niño. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en SOROETA LICERAS, J., (coord.) *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián, vol. 4*, San Sebastián, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2003.

BREMS, E., "The margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: Accommodating Diversity Within Europe", en FORSYTHE, D.P., & McMAHON, P.C., (eds.), *Human Rights and Diversity: Area Studies Revisited*, Lincoln, University of Nebraska Press, 2003.

CAFLISCH, L., "L´application du droit international general par la Cour européenne des droits de l´homme", en BUFFARD, I., CRAWFORD, J., PELLET, A. & WITTICH, A. (eds.), *Interantional Law between Unviersalism and Fragmentation. Festchrift in Homour of Gerhard Hafner*, Leiden, Brill, 2008.

DE FARAMIÑÁN GILBERT, J.M., "Derecho a la vida privada y familiar", en MARIÑO MENENDEZ, F.M., & GÓMEZ GALÁN, M., *Los derechos humanos en la sociedad global: mecanismos y vías prácticas para su defensa*, España, CIDEAL, 2011.

DULITZKY, A., "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano", en VVAA., *Estudios especializados de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, IIDH, 1996.

GARCÍA TEIJO, C., "La articulación de un marco jurídico para la sociedad civil: un valoración sobre la labor del Consejo de Europa", en FERNANDEZ SANCHEZ, P.A; (ed.) *La obra jurídica del Consejo de Europa (En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*, Sevilla, Junta de Andalucía, 2010.

GROS ESPIELL, H., "Reflexiones en torno a la protección internacional de los derechos humanos en el ámbito regional americano", en VVAA., *Cursos de Derecho Internacional de 1987*, Vitoria-Gastéiz, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1989.

GUTIERREZ CASTILLO, V.L., & CRUZ ANGELES, J., "La conciliación de la función pública internacional y la familia homoparental", en

SOROETA LICERAS, J., (dir.) *Diversidad sexual: mecanismos de protección internacional o respuestas de protección desde el derecho internacional*, San Sebastián, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2015.

GUTIERREZ CASTILLO, V.L., & MUÑOZ RODRIGUEZ, C., "La tutela de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras la reforma del protocolo nº 14" en ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E., RUIZ-RICO RUIZ, G., DEL REAL ALCALÁ, A., (coords.) *Tutela de derechos en sede judicial*, Lima, Fondo editorial del poder judicial, 2012.

HALL, S., "Cultural identity and diáspora" en RUTHERFORD, J., (ed.) *Identity*, Londres, Lawrence & Wishart, 1990.

HALL, S., "Cultural identity in question", en HALL, S., HELD, D., y MCGREW, T., (eds.) *Modernity and Its Futures*, Cambridge, Polity Press, 1993.

HALL, S., "Fantasy, identity, politics", en CARTER, E., DONALD, J., y SQUITES, J., (eds.), *Cultural Remix: Theories of Politics and the Popular*, Londres, Lawrence & Wishart, 1995.

JIMÉNEZ PIERNAS, C., "El papel de la noción de *consensus* en la fundamentación y el concepto del Derecho Internacional Público", en OLAVIO BAPTISTA, L., & FRANCO FONSECA, J.R. (Coords.), *O Direito Internacional no terceiro milenio. Estudos em homenagem ao Professor Vicente Marotta Rangel*, Sao Paulo, Editora LTr, 1998.

LAGHMANI, S., "La volonté des États est-elle encore au fondement du droit international*?",* en CARDONA LLORENS, J., (dir.) *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. XI/XII, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

MAUS, D., "La Cour européenne des droits de l´homme est-elle une cour constitutionnelle supranationale?", en MARTENS, P., BOSSUYT, M., RIGAYX, M.F., & RENAULD, B., (eds.), *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l´homme: Liber amicorum Michel Melchoir*, Londres, Anthemis, 2013.

MELCHIOR, M., "Notions vagues ou indéterminées et lacunes dans la Convention européenne des Droits de L'homme", en MATSCHER, F., &

PETZOLD, H. (eds.*) Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, Cassel, Carl Heumanns Verlag, 1990.

MUÑOZ RODRIGUEZ, M.C., "Igualdad y no discriminación por razón de sexo, raza, religión, discapacidad, edad y orientación sexual", en MARIÑO MENENDEZ, F.M., & GÓMEZ GALÁN, M., *Los derechos humanos en la sociedad global: mecanismos y vías prácticas para su defensa*, España, *CIDEAL*, 2011.

PASTOR RIDRUEJO, J.A., "Droit international et droit international des droits de l´homme – Unité ou fragmentation?", en VVAA, *Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Baden-Baden, Nomos, 2007.

PETZOLD, H., "The Convention and the Principle of Subsidiarity", en McDONALD, R. St. J., MATSCHER, F., & PETZOLD, H., (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
SALADO OSUNA, A., "El protocol de enmienda nº. 14 al CEDH: ¿La reforma necesaria?" en HINOJO ROJAS, M., PELAEZ MORON, M., (coord.) *Liber Amicorum professor José Manuel Peláez Marón: Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea*, Córdoba, Servicios de Publicaciones UCO, 2012.

VARJU, M., "European human rights law as a multi-layered human rights regime. Preserving diversity and promoting human rights", en WETZEL, J.E., (ed.), *The UE as a "Global Player" in Human Rights?* London/New York, Routledge, 2011.

VENTURA ROBLES, M.E., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Camino hacia un tribunal permanente", en CANÇADO TRINDADE, A.A., y VENTURA ROBLES, M.E., (Coord.). *EL FUTURO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003.

VVAA., *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, University Press, 2008.

VVAA., "Después del fallo: el cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una propuesta de metodología", en BURGORGUE-LARSEN, L., MAUÉS, A., & SANCHEZ MOJICA, B.E.,

Derechos Humanos y Políticas Públicas, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2014.

WILLEMS, G., "L'appréhension par la Cour de Strasbourg du droit de la personne et de la famille : respect des singularités nationales et commune garantie des droits de l'homme" , In: *Les droits de l'homme : une réalité quotidienne* / sous la coordination de DEBORAH FRIES, Anthemis, 2014, pp. 167-204.

WILLEMS, G.,"Origines, parentalité et parenté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *Filiation et parentalité : actes du XIIIe colloque de l'Association "Famille & Droit"*, Louvain-la-Neuve, 29 novembre 2013, Bruxelles: Bruylant, pp. 35-94.

RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

1. Comisión Europea de Derechos Humanos y Tribunal Europeo de Derechos Humanos

A.D.T c. Reino Unido, nº. 35765/97, de 16 de Marzo de 1999 , de 31 de Julio del 2000.

A.E. c. Finlandia, nº. 30953/11, de 15 de octubre de 2015.

Alekseyev c. Rusia, nº. 4916/07, 25924/08, 14599/09, de 21 de Octubre de 2010.

A.S. c. Alemania, nº. 530/59, de 4 de Enero de 1960.

A.S.B. c. Países Bajos, nº. 4854/12, de 10 de Julio de 2012.

Ayegh c. Suecia, nº. 4701/05, de 7 de Noviembre de 2006.

B. c. Reino Unido, nº. 9237/81, de 12 de Octubre de 1983.

Baczkowski y Otros c. Polonia, nº. 1543/06, de 5 de Diciembre de 2006, de 3 de Mayo de 2007.

B.B c. Reino Unido, nº. 53760/00, de 27 de Mayo de 2003, de 10 de Febrero de 2004.

Beck, Copp y Bazeley c. Reino Unido, nº. 48535/99, 48536/99, 48537/99, de 5 de Septiembre del 2000, de 22 de Octubre de 2002.

Boeckel y Gessner-Boeckel c. Alemania, nº.8017/11, de 7 de Mayo de 2013.

C. y L.M. c. Reino Unido, nº. 14753/89, de 9 de Octubre de 1989.

Cardoso y Johansen c. Reino Unido, nº. 47061/99, de 5 de Septiembre del 2000.

Connell y Otros c. Reino Unido, nº. 43495/98, de 8 de Enero de 2002.

Courten c. Reino Unido, nº. 4479/06, de 4 de Noviembre de 2008.

Craig c. Reino Unido, nº. 45396/99, de 21 de Marzo del 2000.

D.B.N. c. Reino Unido, nº. 26550/10, de 31 de Mayo de 2011.

Desmond c. Reino Unido, nº. 9721/82, de 7 de Mayo de 1984.

Dudgeon c. Reino Unido, nº. 7525/76, de 3 de Marzo de 1978, de 13 de Marzo de 1980, de 22 de Octubre de 1981.

E.B. c. Austria, nº. 27783, de 24 de Junio de 2014.

E.B. c. Francia, nº. 43546, de 22 de Enero de 2008.

E.B. y Otros c. Austria, nº. 31913/07, 38357/07, 48098/07, 48777/07, 48779/07, de 7 de Noviembre de 2013.

E.G. c. Alemania, nº. 135/55, de 31 de Mayo de 1956.

Enhorn c. Suecia, nº. 56529/00, de 10 de Diciembre de 2002, de 25 de Enero de 2005.

Eweida y Otros c. Reino Unido, nº. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, de 15 de Marzo de 2013.

F. c. Reino Unido, nº. 17341/03, de 22 de Junio de 2004.

Fairfield y Otros c. Reino Unido, nº. 24790/04, de 8 de Marzo de 2005.

F.J. y E.B. c. Austria, nº. 2362/08, 26271/08, de 25 de Marzo de 2014.

Fleming c. Reino Unido, nº. 33987/96, de 20 de Mayo de 1997.

Fretté c. Francia, nº. 36515/97, de 26 de Febrero de 2002.

Gas y Dubois c. Francia, nº. 25951/07, de 31 de Agosto de 2010, de 15 de Marzo de 2012.

Genderdoc-M c. Moldavia, nº. 9106/06, de 12 de Junio de 2012.

Georgescu c. Rumanía, nº. 4867/03, de 22 de Octubre de 2013.

Goddard c Reino Unido, nº. 57821/00, de 15 de Enero de 2002.

G.W. c. Alemania, nº. 1307/61, de 4 de Octubre de 1962.
H. c. Finlandia, nº. 37359/09, de 13 de Noviembre de 2012, de 16 de Julio de 2014.

Handyside c. Reino Unido, nº. 5493/72, de 4 de Abril de 1974, de 30 de Septiembre de 1975, de 7 de Diciembre de 1976.

Hauer y Guggenheim c. Austria, nº. 18116/91, de 13 de Octubre de 1993.

H.F. c Austria, nº. 22646/93, de 26 de Junio de 1995.

H.G. y G.B. c. Austria, nº. 11084/02, n. 15306/02, de 2 de Junio de 2005.

H.Ç. c. Turquía, nº. 6428/12, de 3 de Junio de 2014.

H.K. c. Alemania, nº. 600/59, de 2 de Abril de 1960.

H.S. c. Alemania, nº. 704/60, 4 de Agosto de 1960.

Identoba y Otros c. Georgia, nº. 73235/12, 12 de Mayo de 2015.

I.N.N. c. Los Países Bajos, nº. 2035/04, de 9 de Diciembre de 2004.

J.M. c. Reino Unido, nº. 37060/06, de 21 de Septiembre de 2010.

Johnson c. Reino Unido, nº. 10389/83, de 17 de Julio de 1986.

Karner c. Austria, nº. 40016/98, de 11 de Septiembre de 2001, de 24 de Julio de 2003.

Kerrkhoven, Hinke y Hinke c. Países Bajos, nº. 15666/89, de 19 de Mayo de 1992.

K.H.W. c. Alemania, nº. 167/56, de 28 de Septiembre de 1956.

Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca, nº. 5095/71, 5920/72, 5926/72, de 21 de Marzo de 1975, de 7 de Diciembre de 1976.

K.N. c Francia, nº. 47129/09, de 19 de Junio de 2012.

Kobenter y Standard Verlags GMBH c. Austria, nº. 60899/00, de 1 de Febrero 2005, de 2 de Noviembre de 2006.

Kostadinov c. Bulgaria, nº 61701/11, de 21 de enero de 2016.
Kozak c. Polonia, nº. 13102/02, de 2 de Marzo de 2010.
Küchl c. Austria, nº. 51151/06, de 4 de diciembre de 2012.

L. and V. c. Austria, nº. 39392/98, 39829/98, de 22 de Noviembre de 2001, de 9 de Enero de 2003.

Ladner c. Austria, nº. 18297/03, de 3 de Febrero de 2005.

Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido, nº. 21627/93, 21826/93, 21974/93, de 18 de Enero de 1994, de 26 de Octubre de 1995 y de 19 de Febrero de 1997.

Love y Otros c. Reino Unido, nº. 4103/04, 5498/04, 10617/04, 14557/04, 27313/04, de 12 de Diciembre de 2005.

Lustig-Prean y Beckett c. Reino Unido, nº. 31417/96, 32377/96, de 23 de Febrero de 1999 y de 27 de Septiembre de 1999.

Manenc c. Francia, nº. 66686/09, de 21 de Septiembre de 2010.

Marangos c. Chipre, nº. 12846/05, de 4 de Diciembre de 2008.

Marangos c. Chipre, nº. 31106/96, de 20 de Mayo de 1997 y de 3 de Diciembre de 1997, de 7 de Agosto de 1998.

Mata Estevez c. España, nº. 56501/00, de 10 de Mayo de 2001.

M.E. c. Suecia, nº. 71398/12, de 13 de Noviembre de 2012 y de 16 de Julio de 2014.

M.K.N. c. Suecia, n. 72413/10, 27 de Junio de 2013.

Mladina d.d. Ljubljana c. Eslovenia, nº. 20981/10, de 17 de Abril de 2014.

Modinos c. Chipre, nº. 15070/89, de 6 de Diciembre de 1990, de 3 de Diciembre de 1991, de 22 de Abril de 1993.

Molnar c. Rumanía, nº. 16637/06, de 23 de Octubre de 2012.

Morissens c. Bélgica, nº. 11389/85, de 3 de Mayo de 1988.

Morris c. Reino Unido, nº. 31701/96, de 27 de Noviembre de 2001.

M.W. c. Reino Unido, nº. 11313/02 de 23 de Junio de 2009.

N.N. y T.A. c. Bélgica, nº. 65097/01, de 13 de Mayo de 2008.

Norris c. Irlanda, nº. 10581/83, de 16 de Mayo de 1985, de 12 de Marzo de 1987 y de 26 de Octubre de 1988.

Oliari y otros c. Italia, nº. 18766/11, 36030/11, de 21 de octubre de 2015.

Pajic c. Croacia, nº. 68453/13, de 23 de febrero de 2016.

Parry c. Reino Unido, nº. 42971/05, de 28 de Noviembre de 2006.

P.B. y J.S. c. Austria, nº. 18984/02, de 20 de Marzo de 2008 y de 22 de Julio de 2010.

Perkins y R C. Reino Unido, n. 43208/98, 44875/98, de 5 de Septiembre del 2000 y de 22 de Octubre de 2002.

Porubova c. Rusia, nº. 8237/03, de 9 de Diciembre de 2004 y de 8 de Octubre de 2009.

Pshenkina c. Suecia, nº. 7528/15, de 7 de febrero de 2016.

R. y F. c. Reino Unido, nº. 35748/05, de 28 de Noviembre de 2006.

Reiss c. Austria, nº. 23953/94, de 6 de Septiembre de 1995.

R.H. c. Austria, nº. 7336/03, de 19 de Enero de 2006.

Röösli c. Alemania, nº. 28318/95, de 15 de Mayo de 1996.

Rothe c. Austria, nº. 6490/07, de 4 de Diciembre de 2012.

S. c. Alemania, nº. 10686/83, de 5 de Octubre de 1984.

S. c. Reino Unido, nº. 11716/85, de 14 de Mayo de 1986.

Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal, nº. 33290/96, de 21 de Diciembre de 1999.

Santos Couto c. Portugal, nº. 31874/07, de 21 de Septiembre de 2010.

Schalk y Kopf c. Austria, nº. 30141/04, de 24 de Junio de 2010.

Scherer c. Suiza, nº. 17116/90, de 11 de Mayo de 1992, de 14 de Enero de 1993 y de 25 de Marzo de 1994.

S.L. c. Austria, nº. 45330/99, de 22 de Noviembre de 2001 y de 9 de Enero de 2003.

Small c. Reino Unido, nº. 7330/06, de 2 de Junio de 2009.

Smith y Grady c. Reino Unido, nº. 33985/96, 33986/96, de 23 de Febrero de 1999 y de 27 de Septiembre de 1999.

Sobhani c. Suecia, nº. 32999/96, de 10 de Julio de 1998.

Stasi c. Francia, nº. 25001/07, de 20 de Octubre de 2011.

Sutherland c. Reino Unido, nº. 25186/94, de 21 de Mayo de 1996, de 1 de Julio de 1997 y de 27 de Marzo de 2001.

Tosto c. Italia, nº. 49821/99, de 15 de Octubre de 2002.

Vallianatos y Otros c. Grecia, nº. 29381/09, 32684/09, de 7 de Noviembre de 2013.

Vejdeland y Otros c. Suecia, nº. 12294/07, de 17 de Enero de 2012.

Verlagsgruppe News GMBH y Bobi c. Austria, nº. 59631/09, de 4 de Diciembre de 2012.

V., W., X., Y., y Z. c Reino Unido, nº. 22170/93, de 18 de Enero de 1995.

Waite c. Reino Unido, nº. 53236/99, de 10 de Diciembre de 2002.

Wasmuth c. Alemania, nº. 12884/03, de 17 de Febrero de 2011.

W.B. c. Alemania, nº. 104/55, de 17 de Diciembre de 1955.

W.J. y D.P. c. Reino Unido, nº. 12513/86, de 13 de Julio de 1987.

Wilde, Greenhalgh y Parry c. Reino Unido, nº. 22382/93, de 19 de Enero de 1995.

Wingrove c. Reino Unido, nº. 17419/90, de 8 de Marzo de 1994, de 10 de Enero de 1995 y de 25 de Noviembre de 1996.

Woditschka y Wilfling c. Austria, nº. 69756/01, 6306/02, de 21 de Octubre de 2004.

Wolfmeyer c. Austria, nº. 5263/03, de 26 de Mayo de 2005.

W.R. c. Austria, nº. 1138/61, de 18 de Junio de 1963.

X. c. Alemania, nº. 261/57, de 16 de Diciembre de 1957.

X. c. Alemania, nº. 986/61, de 5 de Marzo de 1962.

X. c. Alemania, nº. 2566/65, de 6 de Febrero de 1967.

X. c. Alemania, nº. 4119/69, de 21 de Julio de 1970.

X. c. Alemania, nº.5935/72, de 30 de Septiembre de 1975.

X. c. Austria, nº. 1237/61, de 5 de Marzo de 1962.

X. c. Austria, nº. 1593/62, de 4 de Julio de 1964.

X. c. Reino Unido, nº. 7308/75, de 12 de Octubre de 1978.

X. c. Reino Unido, nº. 7215/75, de 7 de Julio de 1977, de 12 de Octubre de 1978 y de 12 de Junio de 1979.

X. c. Suiza, nº. 11680/85, de 10 de Marzo de 1988.

X. c. Turquía, nº. 24626/09, de 9 de Octubre de 2012.

X. Ltd. y Y. c. Reino Unido, nº. 8710/79, de 7 de Mayo de 1982.

X. y Otros c. Austria, nº. 19010/07, de 19 de Febrero de 2013.

X. y Y. c. Reino Unido, nº. 9369/81, de 3 de Mayo de 1983.

Z.B. c. Reino Unido, nº. 16106/90, de 10 de Febrero de 1990.

Zontul c. Grecia, nº. 12294/07, de 17 de Enero de 2012.

Zukrigl c. Austria, nº. 17278/90, de 13 de Mayo de 1992.

2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos

Ángel Alberto Duque c. Colombia, caso nº. 12841, de 26 de febrero de 2016.

Homero Flor Freire c. Ecuador, caso nº 12743, remitido a la CIDH el 11 de diciembre de 2014.

José Alberto Pérez Meza c. Paraguay, informe nº. 96/01, petición 19/99, de 10 de octubre de 2001.

Juan Fernando Vera Mejías, informe nº. 11/13, petición 157-06, de 20 de marzo de 2013.

Karen Atala y niñas c. Chile, caso nº. 12502, de 17 de septiembre de 2010.

Luis Alberto Rojas Marín c. Perú, informe nº 99/14, petición 446-09, de 6 de noviembre de 2014.

Marta Lucía Álvarez Giraldo c. Colombia, informe nº. 71/99, caso 11656, de 4 de mayo de 1999.

Mayra Espinoza Figueroa, informe nº. 71/14, petición 537-03, de 25 de julio de 2014.

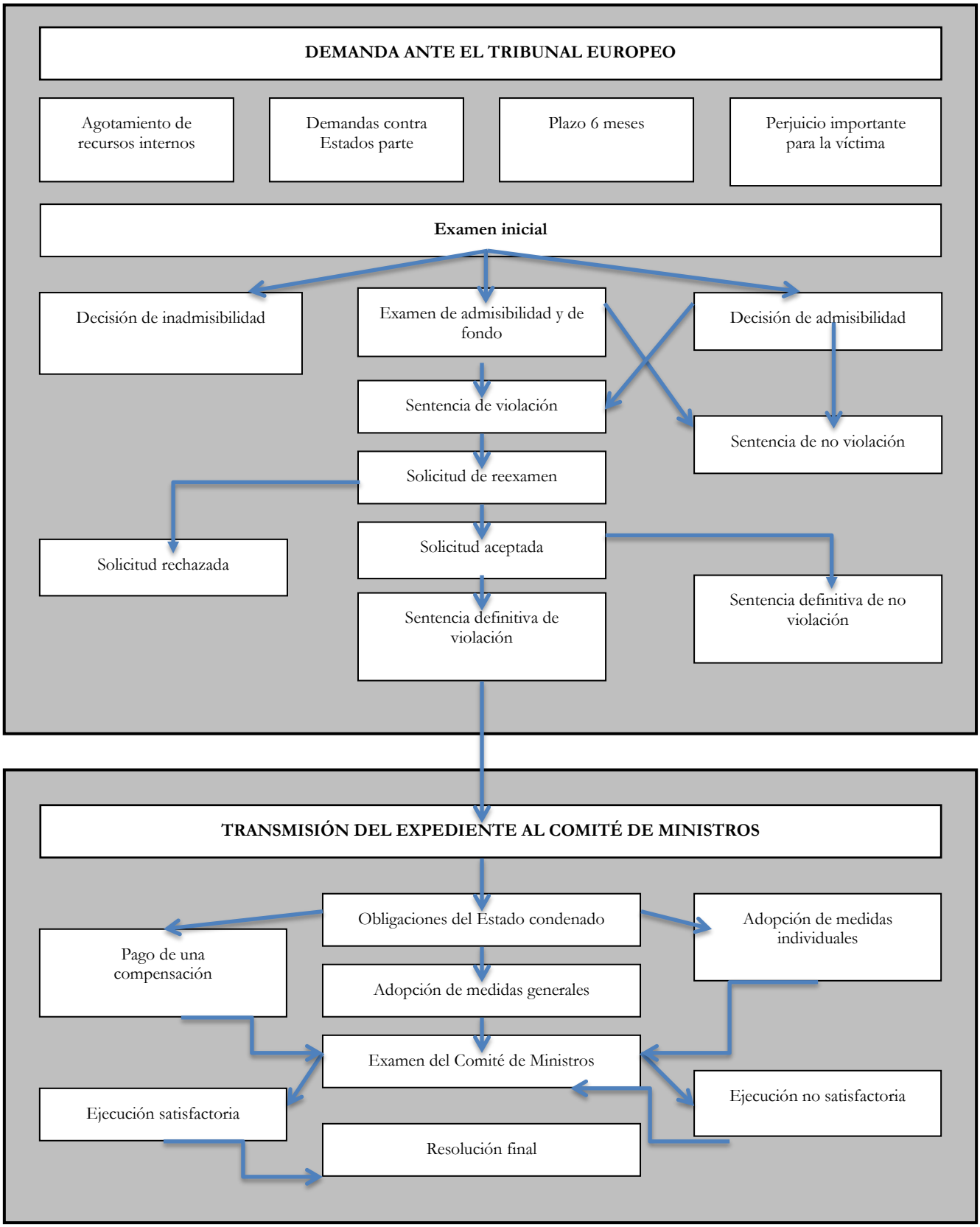
Sandra Cecilia Pavez Pavez c. Chile, informe nº. 30/15, petición 1263-08, de 21 de julio de 2015.

Segundo Stivenson Ramos Salazar c. Ecuador, informe nº 38/11, petición 11488, de 23 de marzo de 2011.

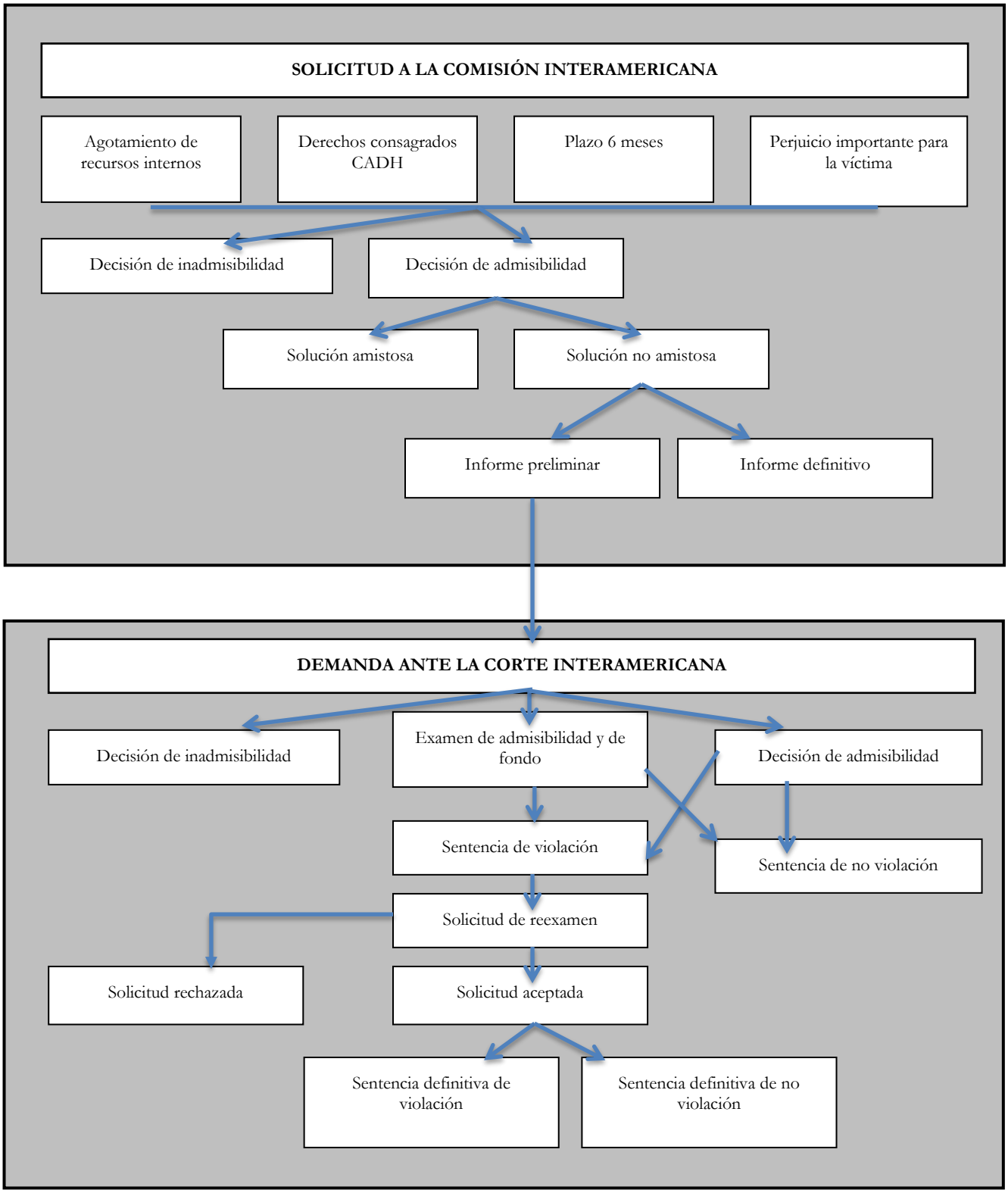
X. c. Chile, informe nº. 81/09, petición 490-03, de 6 de agosto de 2009.

ANEXOS

ANEXO IX. EL RECORRIDO DE UNA DEMANDA ANTE EL TEDH



ANEXO X. EL RECORRIDO DE UNA DEMANDA ANTE LA CIDH



Fuente: Elaboración propia

ANEXO XI. CASUÍSTICA RELEVANTE DEL SISTEMA EUROPEO

Fecha	Asunto	Ap. Nº	Artículos del CEDH invocados								Tema	Significado	Decisión
			2	3	8	10	11	12	14	otros			
17/12/55	W.B c Alemania	104/55	X		X				X	17,18	Sexualidad y vida privada	Primera petición en materia de homosexualidad	Inadmisible
31/05/56	E.G. c Alemania	135/55								6	Sexualidad y vida privada		Inadmisible
28/09/56	K.H.W c Alemania	167/56			X				X		Sexualidad y vida privada		Inadmisible
16/12/57	X. c Alemania	261/57			X					6	Sexualidad y vida privada		Inadmisible
04/01/60	A.S. c Alemania	530/59		X	X						Sexualidad y vida privada	Primera petición sobre el art. 3 CEDH	Inadmisible
02/04/60	H.K. c Alemania	600/59			X				X		Sexualidad y vida privada	Primera petición sobre existencia legislación	Inadmisible
04/08/60	H.S. c Alemania	704/60		X					X	5,6	Sexualidad y vida privada	Primer rechazo explícito de una petición del art. 3	Inadmisible
05/03/62	X. c Austria	1237/61								6	Sexualidad y vida privada		Inadmisible
07/05/62	X. c Alemania	986/61		X						5,6	Sexualidad y vida privada		Inadmisible
04/10/62	G.W. c Alemania	1307/61		X	X				X	6	Sexualidad y vida privada		Inadmisible
18/06/63	W.R. c Austria	1138/61								6	Sexualidad y vida privada		Inadmisible
04/07/64	X. c Austria	1593/62	X	X	X				X	1,5,6,7	Sexualidad y vida privada		No se adoptaron medidas adicionales
06/02/67	X. c Alemania	2566/65							X	1,5,6,9	Sexualidad y vida privada	Primera petición sobre el art. 9	Inadmisible

Fecha	Asunto	Ap. Nº	Artículos del CEDH invocados								Tema	Significado	Decisión
			2	3	8	10	11	12	14	otros			
21/07/70	X. c Alemania	4119/69								6	Sexualidad y vida privada		Inadmisible
30/09/75	X. c Alemania	5935/72			X				X	6	Mayoría de edad sexual	Primera petición sobre edad mínima de consentimiento	Inadmisible
04/04/74 30/09/75 07/12/76	Handyside c Reino Unido	5493/72				X			X	1,7,9,13,1 de P1	Libertad de expresión	Primer caso remitido al TEDH sobre homosexualidad	No vulneración
21/03/75 07/12/76	Kjeldsen,Busk Madsen y Pedersen c Dinamarca	5095/71 5920/72 5926/72			X				X	9,2 de P1	Creencias religiosas		No vulneración
12/10/78	X. c Reino Unido	7308/75			X	X				13	Libertad de expresión		Inadmisible
07/07/77 12/10/78 12/06/79	X. c Reino Unido	7215/75			X	X			X		Mayoría de edad sexual	Primera petición de este tipo declarada admisible por la ComEDH	No vulneración
03/03/78 13/03/80 22/10/81	Dudgeon c UK	7525/76			X	X	X		X		Sexualidad y vida privada	Primer caso en el que el TEDH reconoció el derecho a la vida privada de un ciudadano homosexual	Vulneración del artículo 8, no violación del artículo 14. Artículos 10 y 11 inadmisible
07/05/82	X.Ltd. y Y. c Reino Unido	8710/79				X			X	7,9	Libertad de expresión		Inadmisible
03/05/83	X. y Y. c Reino Unido	9369/81			X						Discriminación en derecho de inmigración	Primer caso sobre derecho de familia	Inadmisible
12/10/83	B. c Uk	9237/81			X				X		Sexualidad y vida privada	Primer caso sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado	Inadmisible

Fecha	Asunto	Ap. Nº	Artículos del CEDH invocados								Tema	Significado	Decisión
			2	3	8	10	11	12	14	otros			
07/05/84	Desmond c Reino Unido	9721/82			X				X		Mayoría de edad sexual		Inadmisible
05/10/84	S. c Alemania	10686/83		X						5,6	Trato sufrido durante detención		Inadmisible
14/05/86	S. c Reino Unido	11716/85			X				X	13,1 de P1	Extensión prerrogativas conyugales (derecho a vivienda)	Primer caso de este tipo	Inadmisible
17/07/86	Johnson c Reino Unido	10389/83			X				X		Sexualidad y vida privada	Primer caso de "sexo en grupo"	Inadmisible
13/07/87	W.J. y D.P. c Reino Unido	12513/86			X				X	1	Discriminación en derecho de inmigración	Primer caso de este tipo sobre el art. 14	Inadmisible
10/03/88	X. c Suiza	11680/85			X						Prostitución como delito		Inadmisible
03/05/88	Morissens c Bélgica	11389/85				X					Discriminación en lugar de trabajo	Primer caso de este tipo sobre el art. 10	Inadmisible
16/05/85 12/03/87 26/10/88	Norris c Irlanda	10581/83			X					1,13	Sexualidad y vida privada		Vulneración del art. 8
09/10/89	C. y L.M. c Reino Unido	14753/89			X			X	X		Discriminación en derecho de inmigración	Primer caso de este tipo sobre el art. 12	Inadmisible
10/02/90	Z.B. c Reino Unido	16106/90			X				X	13	Discriminación en derecho de inmigración		Inadmisible
13/05/92	Zukrigl c Austria	17279/90			X				X		Mayoría de edad sexual		Inadmisible
19/05/92	Kerkhoven,Hinke y Hinke c Países Bajos	15666/89			X				X		Discriminación y derechos parentales	Primer caso sobe adopción	Inadmisible
13/10/93	Hauer y Guggenheim c Austria	18116/91				X					Libertad de expresión		Inadmisible

Fecha	Asunto	Ap. Nº	Artículos del CEDH invocados								Tema	Significado	Decisión
			2	3	8	10	11	12	14	otros			
06/12/90 03/12/91 22/04/93	Modinos c Chipre	15070/89			X						Sexualidad y vida privada		Vulneración del art. 8
11/05/92 14/01/93 25/03/94	Scherer c Suiza	17116/90			X	X				6	Libertad de expresión	Primer caso de este tipo declarado admisible por la ComIDH (en relación al art. 10)	Causa archivada
18/01/95	W.,W., X.,Y., y Z. c Reino Unido	22170/93			X				X		Sexualidad y vida privada	Petición sobre sado-maso	Inadmisible
19/01/95	Wilde, Greenhalgh y Parry c Reino Unido	22382/93			X				X		Mayoría de edad sexual		Causa archivada
26/06/95	H.F. c Austria	22646/93			X				X	6	Mayoría de edad sexual		Inadmisible
06/09/95	Reiss c Austria	23953/94			X					6	Libertad de expresión		Inadmisible
15/05/96	Röösli c Alemania	28318/95			X				X		Extensión prerrogativas conyugales (derecho a vivienda)		Inadmisible
08/03/94 10/01/95 25/11/96	Wingrove c Reino Unido	17419/90				X					Censura de imagen homoerótica por blasfemia		No vulneración
18/01/95 26/10/95 19/02/97	Laskey,Jaggard y Brown c Reino Unido	21627/93 21826/93 21974/93			X				X	7	Sexualidad y vida privada (sado-maso)		No vulneración
20/05/97	Fleming c Reino Unido	33987/96		X	X				X	13	Discriminación en lugar de trabajo		Inadmisible
10/07/98	Sobhani c Suecia	32999/96	X	X	X						Deportación de un solicitante de asilo	Primera petición sobre asilo	Causa archivada
20/05/97 03/12/97 07/08/98	Marangos c Chipre	31106/96		X	X				X	17,3 de P4	Sexualidad y vida privada		No considerado por el TEDH

Fecha	Asunto	Ap. Nº	Artículos del CEDH invocados								Tema	Significado	Decisión
			2	3	8	10	11	12	14	otros			
23/02/99 27/09/99	Smith y Grady c Reino Unido	33985/96 33986/96		X	X	X			X	5,13	Sexualidad y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado	Varios casos de este tipo se archivaron debido a acuerdo amistoso con el gobierno de Reino Unido	Vulneración del art. 8
23/02/99 27/09/99	Lustig-Prean y Beckett c Reino Unido	31417/96 32377/96			X				X		Sexualidad y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado		Vulneración art. 8
21/12/99	Salgueiro Da Silva Mouta c Portugal	33290/96			X				X		Discriminación y derechos parentales	Primer caso en que el TEDH reconoció derechos parentales	Vulneración art. 8 en relación con el art. 14
21/03/00	Craig c Reino Unido	45396/99			X				X	6,13	Discriminación y derechos parentales		Inadmisible
16/03/99 31/07/00	A.D.T c Reino Unido	35765/97			X				X		Sexualidad y vida privada (orgía)	Primer caso en que el TEDH falló a favor de un grupo	Vulneración art. 8
05/09/00	Cardoso y Johansen c Reino Unido	47061/99		X	X						Discriminación en derecho de inmigración		Causa archivada
21/05/96 01/07/97 27/03/01	Sutherland c Reino Unido	25186/94			X				X		Mayoría de edad sexual	La ComEDH reconoce el establecimiento de diferentes edades de consentimiento como discriminatorio	Causa archivada
10/05/01	Mata Estevez c España	56501/00			X				X		Extensión prerrogativas conyugales (pensión)		Inadmisible
27/11/01	Morris c Reino Unido	31701/96			X				X		Mayoría de edad sexual		Causa archivada

Fecha	Asunto	Ap. Nº	Artículos del CEDH invocados								Tema	Significado	Decisión
			2	3	8	10	11	12	14	otros			
08/01/02	Connell y Otros c Reino Unido	43495/98			X				X		Sexualidad y vida privada		Causa archivada
15/01/02	Goddard c Reino Unido	57821/00		X	X	X			X	13	Sexualidad y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado		Causa archivada
26/02/02	Fretté c Francia	36515/97			X				X	6	Discriminación y adopción		No vulneración(respecto a la denuncia por discriminación debido a la orientación sexual)
15/10/02	Tosto c Italia	49821/99			X				X		Discriminación y donación de sangre	Primer caso de este tipo	Causa archivada
05/09/00 22/10/02	Beck,Copp y Bazeley c Reino Unido	48535/99 48536/99 48537/99		X	X	X				13	Sexualidad y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado		Vulneración art. 8, vulneración art. 13
05/09/00 22/10/02	Perkins y R c Reino Unido	43208/98 44875/98			X				X		Sexualidad y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado		Vulneración art. 8
10/12/02	Waite c Reino Unido	53236/99			X				X	5	Mayoría de edad sexual		No vulneración(respecto a la denuncia por discriminación debido a la orientación sexual)
22/11/01 09/01/03	L. y V. c Austria	39392/98 39829/98			X				X		Mayoría de edad sexual		Vulneración art. 14 en relación con el art. 8
22/11/01 09/01/03	S.L. c Austria	45330/99			X				X		Mayoría de edad sexual		Vulneración art. 14 en relación con el art. 8
11/09/01 24/07/03	Karner c Austria	40016/98			X				X		Extensión prerrogativas conyugales (vivienda)		Vulneración art. 14 en relación con el art. 8
27/05/03 10/02/04	B.B. c Reino Unido	53760/00			X				X		Mayoría de edad sexual		Vulneración art. 14 en relación con el art. 8

Fecha	Asunto	Ap. Nº	Artículos del CEDH invocados								Tema	Significado	Decisión
			2	3	8	10	11	12	14	otros			
22/06/04	F. c Reino Unido	17341/03	X	X	X					5,6	Deportación de un solicitante de asilo		Inadmisible
21/10/04	Woditschka y Wilfling c Austria	69756/01 6306/02			X				X		Mayoría de edad sexual		Vulneración art. 14 en relación con el art. 8
09/12/04	I.N.N c Los Países Bajos	2035/04		X							Deportación de un solicitante de asilo		Inadmisible
10/12/02 25/01/05	Enhorm c Suecia	56529/00								5	Privación de libertad	Caso VIH	Vulneración art. 5
03/02/05	Ladner c Austria	18297/03		X	X				X		Mayoría de edad sexual		Vulneración art. 14 en relación con el art. 8
08/03/05	Fairfield & Others c Reino Unido	24790/04				X				9	Libertad de expresión		Inadmisible
26/05/05	Wolfmeyer c Austria	5263/03			X				X		Mayoría de edad sexual		Vulneración art. 14 en relación con el art. 8
02/06/05	H.G. y G.B. c Austria	11084/02 15306/02			X				X		Mayoría de edad sexual		Vulneración art. 14 en relación con el art. 8
13/12/05	Love y Otros c Reino Unido	4103/04 5498/04 10617/04 14557/04 27313/04		X	X	X			X	13	Sexualidad y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado		Inadmisible
19/01/06	R.H. c Austria	7336/03			X				X	6	Mayoría de edad sexual		Vulneración art. 14 en relación con el art. 8
01/02/05 02/11/06	Kobenter y Standard Verlags GMBH c Austria	60899/00				X					Libertad de expresión		Vulneración art. 10
07/11/06	Ayegh c Suecia	4701/05	X	X							Deportación de un solicitante de asilo		Inadmisible
28/11/06	R. y F. c Reino Unido	35748/05			X			X	X	13,17,1 de P1	Reconocimiento de un matrimonio de una pareja del mismo sexo tras reasignación de género		Inadmisible

Fecha	Asunto	Ap. Nº	Artículos del CEDH invocados								Tema	Significado	Decisión
			2	3	8	10	11	12	14	otros			
28/11/06	Parry c Reino Unido	42971/05			X			X	X	9,13,1 de P1	Reconocimiento de un matrimonio de una pareja del mismo sexo tras reasignación de género		Inadmisible
05/12/06 03/05/07	Baczkowski y Otros c Polonia	1543/06					X		X	13	Libertad de asamblea	Primer caso de este tipo en que el TEDH reconoce una violación del art. 11	Vulneración art. 11, vulneración art. 13 en relación con el art. 11,vulneración art. 14 en relación con el art. 11
22/01/08	E.B. c Francia	43546/02			X				X		Discriminación y adopción	Primer caso de este tipo en que el TEDH reconoce discriminación	Vulneración art. 14 en relación con el art. 8
13/05/08	N.N. y T.A. c Bélgica	65097/01			X						Vida privada y correspondencia		No vulneración
04/11/08	Courten c Reino Unido	4479/06							X	1 de P1	Discriminación e impuestos		Inadmisible
04/12/08	Marangos c Chipre	12846/05		X						6	Derecho a un juicio justo		No vulneración
02/06/09	Small c Reino Unido	7330/06			X				X		Mayoría de edad sexual		Causa archivada
23/06/09	M.W. c Reino Unido	11313/02			X				X	1 de P1	Extensión de prerrogativas conyugales (seguridad social)		Inadmisible
09/12/04 08/10/09	Porubova c Rusia	8237/03				X				6	Libertad de expresión		Vulneración artículo 10
02/03/10	Kozak c Polonia	13102/02			X				X	6	Extensión de prerrogativas conyugales (vivienda)		Vulneración art. 14 en relación con el art. 8

Fecha	Asunto	Ap. Nº	Artículos del CEDH invocados								Tema	Significado	Decisión
			2	3	8	10	11	12	14	otros			
24/06/10	Schalk y Kopf c Austria	30141/04			X			X	X	1 de P1	Discriminación y matrimonio	Primera petición de este tipo declarada admisible	No vulneración
20/03/08 22/07/10	P.B. y J.S. c Austria	18984/02			X				X	1 de P1	Extensión de prerrogativas conyugales (seguro)		Vulneración art. 14 en relación con el art. 8
21/09/10	Manenc c Francia	66686/09			X				X		Extensión de prerrogativas conyugales (pensión)		Inadmisible
21/09/10	Santos Couto c Portugal	31874/07			X				X	6	Mayoría de edad sexual		No vulneración
28/09/10	J.M. c Reino Unido	37060/06			X				X	1 de P1	Discriminación en pago manutención		Vulneración art. 14 en relación con el art. 1 del Protocolo 1
21/10/10	Alekseyev c Rusia	4916/07 25924/08 14599/09					X		X	13	Libertad de asamblea		Vulneración art. 11, vulneración art.13, vulneración art. 14 en relación con el art. 11
17/02/11	Wasmuth c Alemania	12884/03			X				X	9	Pago de impuestos, destinados a Iglesias que no reconocen la homosexualidad	Primer caso de este tipo que llega ante el TEDH	No vulneración
31/05/11	D.B.N. c Reino Unido	26550/10	X	X	X				X	3	Deportación de un solicitante de asilo	Agresión sexual (funcionario público)	Causa archivada
20/10/11	Stasi c Francia	25001/07		X					X		Trato sufrido durante detención	Primer caso de este tipo	No vulneración
17/01/12	Zontul c Grecia	12294/07		X						6,13	Trato sufrido durante detención		Vulneración art. 3
09/02/12	Vejdeland y Otros c Suecia	1813/07				X				7	Discurso de odio		No vulneración

Fecha	Asunto	Ap. Nº	Artículos del CEDH invocados								Tema	Significado	Decisión
			2	3	8	10	11	12	14	otros			
31/08/10 15/03/12	Gas y Dubois c Francia	25951/07			X				X		Discriminación y adopción (segundo padre)		No vulneración
12/06/12	Genderdoc-M c Moldavia	9106/06				X	X		X	6,13	Libertad de asamblea		Vulneración art. 11, vulneración art. 13 en relación con artículo 11, vulneración art. 14 en relación con el art. 11
19/06/12	K.N. c Francia	47129/09	X	X						13	Deportación de un solicitante de asilo		Causa archivada
10/07/12	A.S.B c Países Bajos	4854/12		X							Deportación de un solicitante de asilo		Causa archivada
09/10/12	X. c Turquía	24626/09		X	X				X	6,7,13	Trato sufrido durante detención	Primer caso de este tipo reconocido por el TEDH	Violación art. 3, violación art. 14 en relación con el art. 3
23/10/12	Molnar c Rumania	16637/06				X	X			7,9	Libertad de expresión de un cristiano anti-gay		Inadmisible
04/12/12	Verlagsgruppe News GMBH y Bobi c Austria	59631/09				X					Difusión en medios de comunicación de actos homosexuales		No vulneración
04/12/12	Rothe c Austria	6490/07			X						Difusión en medios de comunicación de actos homosexuales		No vulneración
04/12/12	Küchl c Austria	51151/06			X						Difusión en medios de comunicación de actos homosexuales		No vulneración
19/02/13	X. y Otros c Austria	19010/07			X				X		Discriminación y adopción (segundo padre)	Primer caso de este tipo reconocido por el TEDH	Vulneración art. 14 en relación con el art. 8
15/03/13	Eweida y Otros c Reino Unido	48420/10 59842/10 51671/10 36516/10							X	9	Discriminación y empleo		No vulneración (en casos de orientación de género)

Fecha	Asunto	Ap. Nº	Artículos del CEDH invocados								Tema	Significado	Decisión
			2	3	8	10	11	12	14	otros			
07/05/13	Boeckel y Gessner-Boeckel c Alemania	8017/11			X				X		Discriminación en el registro civil de un nacimiento		Inadmisible
27/06/13	M.K.N. c Suecia	72413/10		X							Deportación de solicitante de asilo		No vulneración
22/10/13	Georgescu c Rumania	4867/03		X	X				X	5,6,13	Trato discriminatorio (policía)		Inadmisible
07/11/13	E.B. y Otros c Austria	31913/07 38357/07 48098/07 48777/07 48779/07			X				X	13	Conservación de un registro policial de delincuentes (homosexuales)		Vulneración art. 14 en relación con el art. 8, vulneración art. 13
07/11/13	Vallianatos y Otros c Grecia	29381/09 32684/09			X				X		Discriminación y unión civil	Primer caso de este tipo reconocido por el TEDH	Vulneración art. 14 en relación con el art. 8
25/03/14	F.J. y E.B. c Austria	2362/08 26271/08			X				X	6,13	Conservación de un registro policial de delincuentes (homosexuales)		Inadmisible
17/04/14	Mladina d.d. Ljubljana c Eslovenia	20981/10				X					Libertad de expresión		Vulneración art. 10
03/06/14	H.Ç. c Turquía	6428/12		X	X				X		Sexualidad y vida privada	Archivado debido a reformas de legislación interna	Causa archivada
24/06/14	E.B. c Austria	27783/09			X				X	5,6	Condenas por homosexualidad (legislación derogada) tenidas en cuenta para la concesión de libertad condicional		Inadmisible

Fecha	Asunto	Ap. Nº	Artículos del CEDH invocados								Tema	Significado	Decisión
			2	3	8	10	11	12	14	otros			
13/11/12 16/07/14	H. c Finlandia	37359/09		X	X			X	X	2 de P4	Reconocimiento de matrimonio tras reasignación de género		No vulneración
26/06/14 08/04/15	M.E. c Suecia	71398/12		X	X						Deportación de un solicitante de asilo	El caso fue archivado debido a que se le ofreció la residencia permanente en Suecia	Causa archivada
12/05/15	Identoba y Otros c Georgia	73235/12		X	X	X	X		X	5,13	Agresiones durante la marcha del día contra la homofobia		Vulneración art. 3 en relación con art. 14, Vulneración art. 14 en relación con el art. 8
15/10/15	A.E. c Finlandia	30953/11		X					X		Deportación de un solicitante de asilo		Causa archivada
21/10/15	Oliari y otros c. Italia	18766/11 y 36030/11			X				X		Reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo	El TEDH reconoció que el Estado debe brindar alguna forma de reconocimiento legal (sin especificar cual)	Vulneración del art. 8
21/01/16	Kostadinov c. Bulgaria	61701/11		X							Trato sufrido durante detención (marcha orgullo gay)		Vulneración art. 3
07/02/16	Pshenkina c. Suecia	7528/15			X			X	X		Encuentro vis a vis en centro penitenciario		Inadmisible
23/02/16	Pajic c. Croacia	68453/13			X				X		Discriminación y derecho de inmigración	Primer caso de este tipo reconocido por el TEDH	Vulneración del art. 8 en relación con el art. 14

Fuente: Traducción y actualización del ANEXO extraído de JOHNSON, P., *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Abingdon, Routledge, 2013

ANEXO XII. CASUÍSTICA RELEVANTE DEL SISTEMA INTERAMERICANO

Fecha	Asunto	Caso Nº	Artículos de la CADH invocados								Tema	Significado	Decisión
			5	8	11	17	19	24	25	otros			
04/05/99	Marta Lucía Álvarez Giraldo c. Colombia	11656		X	X						Encuentro vis a vis en centro penitenciario		Admitido a trámite por la ComIDH
10/10/01	José Alberto Pérez Meza c. Paraguay	Petición 19/99						X			Extensión prerrogativas conyugales		Inadmisible
06/08/09	X. c. Chile	Petición 490-03	X		X			X	X	1	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado		Solución amistosa
17/09/10	Karen Atala y niñas c. Chile	12502	X	X	X	X	X	X	X	1,2	Vida privada y familiar	Primer caso reconocido por la CIDH	Vulneración: art. 24 en relación con 1,1; art. 24 en relación con 19 y 1.1; 11.2 y 17.1 en relación con 1.1; 8.1 en relación con 19 y 1.1; 8.1 en relación con 1.1,
23/03/11	Segundo Stivenson Ramos Salazar c. Ecuador	Petición 11848		X	X				X		Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado		Archivo del caso
20/03/13	Juan Fernando Vera Mejías	Petición 157-06			X			X		1	Discriminación laboral		Inadmisible

Fecha	Asunto	Caso Nº	Artículos de la CADH invocados								Tema	Significado	Decisión
			5	8	11	17	19	24	25	otros			
25/07/14	Mayra Espinoza Figueroa	Petición 537-03			X			X	X	1	Discriminación en centro educativo		Inadmisible
21/10/14	Ángel Alberto Duque c. Colombia	12841	X	X				X	X	1,2	Extensión prerrogativas conyugales		Remitido a la CIDH y pendiente de resolución
06/11/14	Luis Alberto Rojas Marín c. Perú	Petición 446-09	X	X	X				X	1,2,7	Trato sufrido durante detención		Admitido a trámite por la ComIDH
11/12/14	Homero Flor Freire c. Ecuador	12743		X				X	X	1,2	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado		Remitido a la CIDH y pendiente de resolución

Fuente: Elaboración propia

ANEXO XIII. ANÁLISIS COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS LGBTI EN LOS EEMM DEL CdE

Estado	Ingreso en CdE	Despenalización homosexualidad	Unión civil	Matrimonio	Adopción	FFAA	Protección (leyes Antidiscriminación)
Bélgica	Fundador	1792/1843	2000	2003	Sí	Sí	Sí
Dinamarca	Fundador	1933	1989	2012	Sí	Sí	Parcial
Francia	Fundador	1791	1999	2013	2013	Sí	Parcial
Irlanda	Fundador	1940/1993	2009	2015	Solteros	Sí	Parcial
Italia	Fundador	1890	-	-	-	Sí	Parcial
Luxemburgo	Fundador	1795	1999	2013	2013	Sí	Parcial
Países Bajos	Fundador	1811	1998	2001	Sí	Sí	Sí
Noruega	Fundador	1972	1993	2009	Sí	Sí	Sí
Suecia	Fundador	1944	1995	2009	Sí	SÍ	Sí
Reino Unido	Fundador	1967[1]	2005	2013[2]	Sí	Sí	Parcial
Grecia	9/8/1949	1951	2015	-	-	-	Parcial
Turquía	9/8/1949	1858	-	-	-	-	-
Islandia	7/3/1950	1940	1996	2010	A uniones civiles	Sin FFAA	Parcial
Alemania	Fundador	1969[3]/1994	2001	-	Solteros a hijos de cónyuges	Sí	Parcial
Austria	16/4/1956	1971	2010	-	Sí	Sí	Parcial
Chipre	24/5/1961	1998	2015	-	-	-	Parcial
Suiza	6/5/1963	1942	2007	-	Solteros	Sí	Parcial
Malta	29/4/1965	1973	2014	-	2014	Sí	Parcial
Portugal	22/09/1976	1983	2001	2010	2015	Sí	Sí
España	24/11/1977	1979	1998	2005	Sí	Sí	Sí
Liechtenstein	23/11/1978	1989	2011	-	-	Sin FFAA	Sí
San Marino	16/11/1988	1864[4]	2012	-	-	Sin FFAA	Parcial
Finlandia	5/5/1989	1971	2002	2014	Uniones civiles e hijos de cónyuges	Sí	Parcial
Hungría	6/11/1990	1962	2009	-	-	Sí	Parcial

[1] Desde 1980 en Escocia y desde 1982 en Irlanda del Norte
[2] Sólo en Inglaterra y Gales
[3] Desde 1968 en Alemania Oriental
[4] Penalizado de nuevo en 1974 hasta 2001

Estado	Ingreso en CdE	Despenalización homosexualidad	Unión civil	Matrimonio	Adopción	FFAA	Protección (leyes Antidiscriminación)
Polonia	26/11/1991	1932	-	-	Solteros	Sí	Parcial
Bulgaria	7/5/1992	1968	-	Prohibición constitucional	Solteros	Sí	Parcial
Estonia	14/5/1993	1992	2014	-	Solteros	Sí	Parcial
Lituania	14/5/1993	1993	-	Prohibición constitucional	-	Sí	Parcial
Eslovenia	14/5/1993	1977	2006	-	-	Sí	Parcial
República Checa	30/6/1993	1962	2006	-	Sí	Sí	Parcial
Eslovaquia	30/6/1993	1932	-	-	-	Sí	Parcial
Rumania	7/10/1993	1996	-	-	-	Sí	Sí
Andorra	10/11/1994	1790	2005	-	Solteros a hijos de cónyuges	Sin FFAA	Parcial
Letonia	10/2/1995	1992	-	Prohibición constitucional	-	Sí	Parcial
Albania	13/7/1995	1995	-	-	-	Sí	Sí
Moldavia	13/7/1995	1995	-	Prohibición constitucional	Solteros	Sí	Parcial
Macedonia	9/11/1995	1996	-	-	-	Sí	Parcial
Ucrania	9/11/1995	1991	-	Prohibición constitucional	-	Sí	Parcial
Rusia	28/2/1996	1933[5]	-	-	-	Sí	-
Croacia	6/11/1996	1977	2003	-	-	Sí	Parcial
Georgia	27/4/1999	2000	-	-	-	-	Parcial
Armenia	25/1/2001	2002	-	-	-	-	-
Azerbaiyán	25/1/2001	2000	-	-	-	Prohibición expresa	-
Bosnia-Herzegovina	24/4/2002	1998	-	-	-	Sí	Parcial
Serbia	3/4/2003	1994	-	-	-	Sí	Parcial
Mónaco	5/10/2004	1793	-	-	-	Francia es responsable de su defensa	-

[5] Desde 2013, cualquier tipo de asociación, apoyo, ayuda, reivindicación o propaganda sobre homosexualidad está penada con multa, sanción o pena de privación de libertad.

Estado	Ingreso en CdE	Despenalización homosexualidad	Unión civil	Matrimonio	Adopción	FFAA	Protección (leyes Antidiscriminación)
Montenegro	11/5/2007	1977	-	Prohibición constitucional	-	Sí	Parcial

Fuente: Elaboración propia

ANEXO XIV. ANÁLISIS COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS LGBTI EN LOS EEMM DE LA OEA

Estado	Ingreso en OEA	Despenalización homosexualidad	Unión civil	Matrimonio	Adopción	FFAA	Protección (leyes Antidiscriminación)
Argentina	1948	1887	2015	2010	2010	2009	Instituto Especializado del Estado (INADI)
Bolivia	1948	Sí	-	Prohibición constitucional	Solteros	Sí	Sí
Brasil	1948	1830	2011	2013	2010	1969	Heterogénea (distintos estados)
Chile	1948	1998	2015	-	Solteros	Sí	Sí
Colombia	1948	1981	2007	2013	2015	1999	Sí
Costa Rica	1948	1971	2015	-	Solteros	Sin FFAA	Parcial
Cuba	1948	1979	-	-	-	-	Parcial
Ecuador	1948	1998	2008	-	Prohibición constitucional	-	Sí
El Salvador	1948	Sí	-	-	-	Sí	Parcial
Estados Unidos	1948	2003	Reconocimiento por estados	2015	Solteros (parejas según el estado)	2010	Heterogénea (distintos estados)
Guatemala	1948	1871	-	-	-	Sí	-
Haití	1948	1986	-	-	-	-	-
Honduras	1948	Sí	-	Prohibición constitucional	Prohibición constitucional	-	Parcial
México	1948	1871	Reconocimiento por estados[6]	Reconocimiento por estados[7]	Reconocimiento por estados[8]	Sí	2003
Nicaragua	1948	2008	-	-	-	-	Parcial
Panamá	1948	2008	-	-	-	-	Parcial
Paraguay	1948	1880	Prohibición constitucional	Prohibición constitucional	Solteros	Sí	-
Perú	1948	1921	Prohibición constitucional	Prohibición constitucional	Solteros	Sí	-

[6] Unión civil aprobada en: Coahuila (2007), Jalisco (2013), Campeche (2013 y Guanajuato (2014).
[7] Matrimonio aprobado en México D.F., Chihuahua, Yucatán, Estado de Guerrero, Coahuila de Zaragoza y Nayarit.
[8] Aprobada la adopción en pareja en: Ciudad de México (2010), Campeche (2015) y a nivel nacional sólo pueden adoptar las personas solteras.

Estado	Ingreso en OEA	Despenalización homosexualidad	Unión civil	Matrimonio	Adopción	FFAA	Protección (leyes Antidiscriminación)
República Dominicana	1948	1883	-	-	-	-	-
Uruguay	1948	1934	2008	2013	2009	2009	2004
Venezuela	1948	1811 (*de facto*)	-	-	Solteros	Sí	Parcial
Barbados	1967	Ilegal[9]	-	-	-	Sin FFAA	-
Trinidad y Tobago	1967	Ilegal[10]	-	-	-	-	-
Jamaica	1969	Ilegal[11]	-	-	-	-	-
Granada	1975	Ilegal[12]	-	-	-	Sin FFAA	-
Surinam	1977	Sí[13]	-	-	-	-	-
Dominica	1979	Ilegal[14]	-	-	-	Sin FFAA	-
Santa Lucía	1979	Ilegal[15]	-	-	-	-	-
Antigua y Barbuda	1981	Ilegal[16]	-	-	-	-	-
San Vicente y las Granadinas	1981	Ilegal[17]	-	-	-	-	-
Bahamas	1982	1991	-	-	-	Sí	-
San Cristóbal y Nieves	1984	Ilegal[18]	-	-	-	-	-
Canadá	1990	1969	Sí	2003	Sí	1992	Sí
Belice	1991	Ilegal[19]	-	-	-	-	-

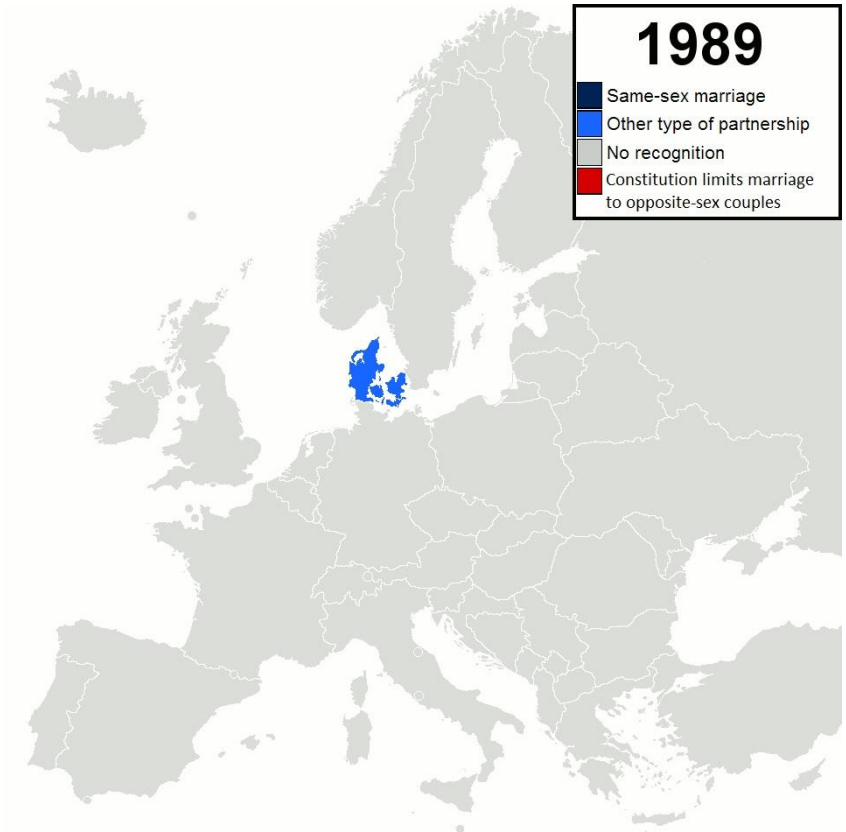
[9] La homosexualidad está castigada con pena de prisión (cadena perpetua).
[10] La homosexualidad está castigada con pena de 25 años de prisión.
[11] Sólo se contempla la homosexualidad masculina como delito, con pena de 10 años de prisión.
[12] Sólo se contempla la homosexualidad masculina como delito, con pena de 10 años de prisión.
[13] Aunque contempla distintas edades de consentimiento, entre relaciones heterosexuales y homosexuales.
[14] La homosexualidad está castigada con pena de 10 años de prisión.
[15] Sólo se contempla la homosexualidad masculina como delito, con pena de multa o privación de libertad (hasta 10 años).
[16] La homosexualidad está castigada con pena de 15 años de prisión.
[17] La homosexualidad está castigada con pena de multa o privación de libertad (hasta 10 años).
[18] Sólo se contempla la homosexualidad masculina como delito, con pena de multa o privación de libertad (hasta 10 años).
[19] Sólo se contempla la homosexualidad masculina como delito, con pena de multa o privación de libertad (hasta 10 años).

Estado	Ingreso en OEA	Despenalización homosexualidad	Unión civil	Matrimonio	Adopción	FFAA	Protección (leyes Antidiscriminación)
Guyana	1991	Ilegal[20]	-	-	-	-	-

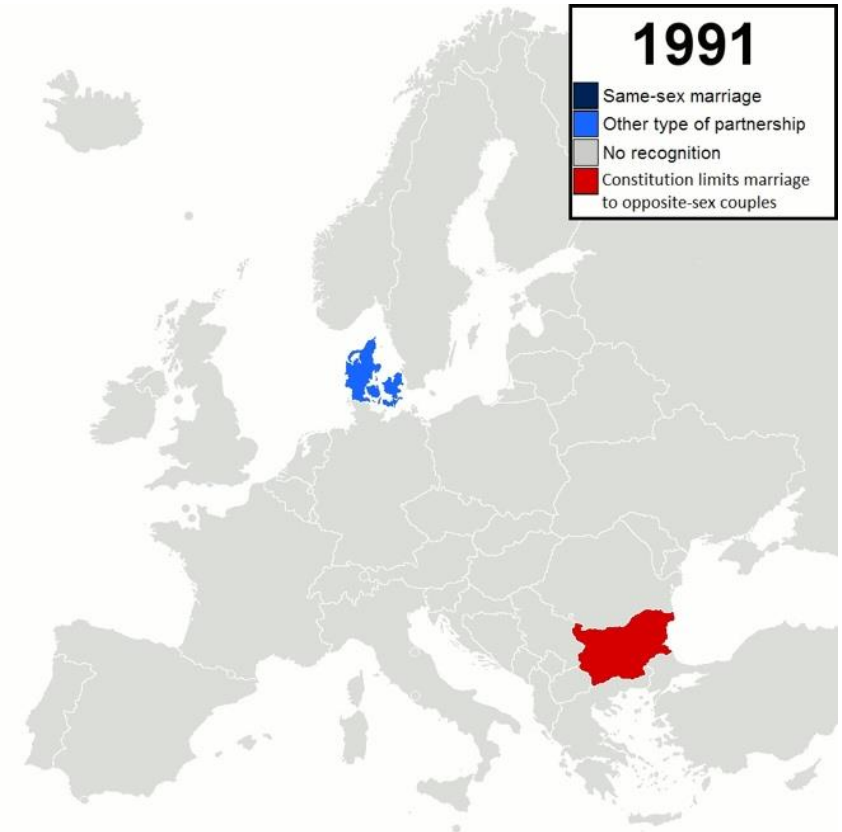
Fuente: Elaboración propia

[20] Sólo se contempla la homosexualidad masculina como delito, con pena privación de libertad (cadena perpetua).

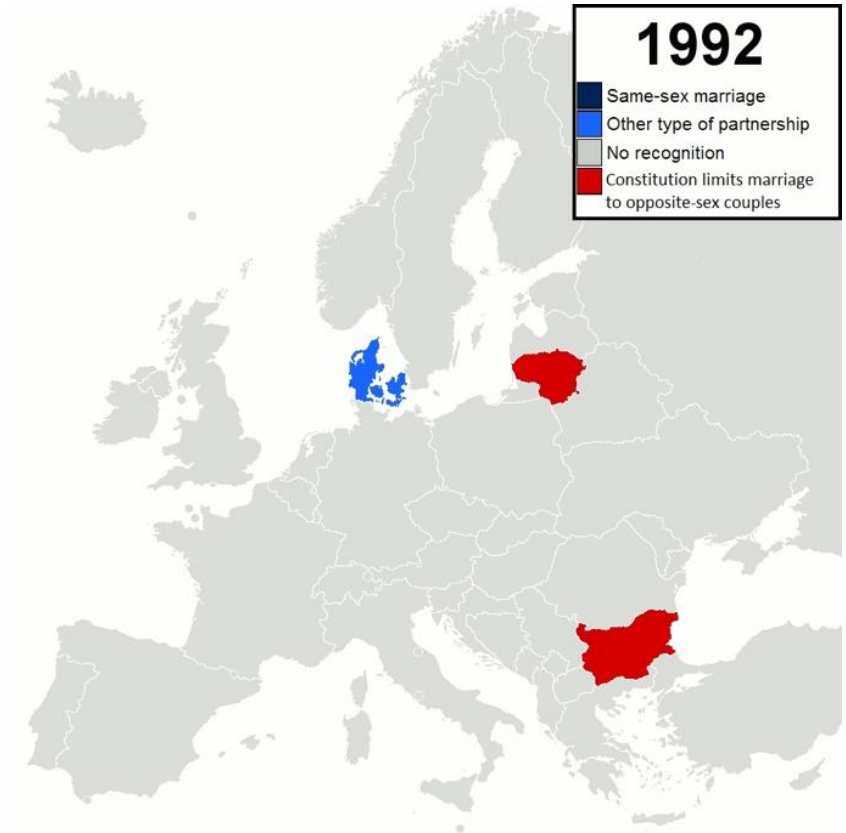
ANEXO XV. EVOLUCIÓN DEL CONSENSO EUROPEO (EN IMÁGENES)



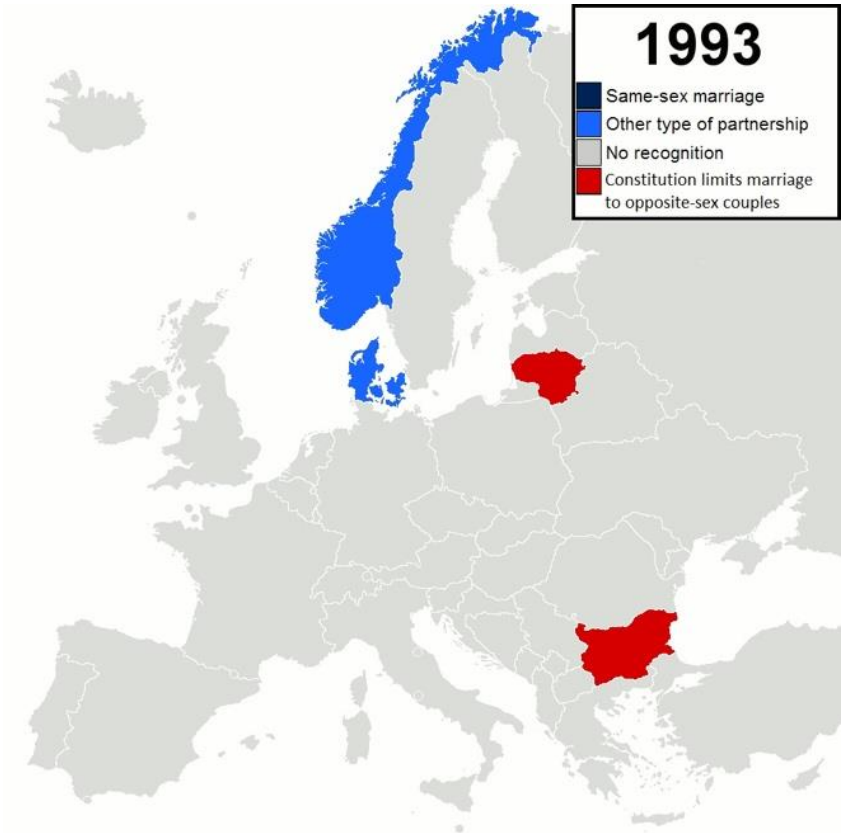
Dinamarca legalizó la homosexualidad en 1933 y en 1977 igualó la edad de consentimiento, establecida en 15 años. Asimismo, su legislación interna permite que las personas homosexuales accedan libremente al ejército y las leyes contra crímenes de odio contemplan la violencia contra personas por razón de su orientación sexual desde 1987.



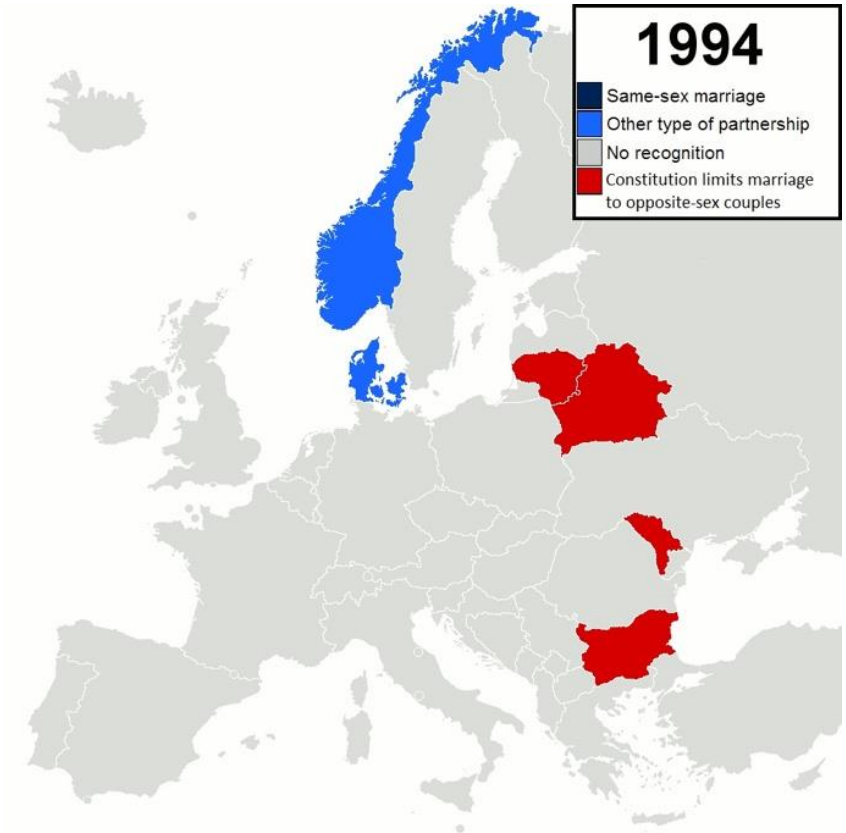
Bulgaria establece/reconoce límites en su Constitución para evitar el acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio. Aunque la homosexualidad se encuentra despenalizada en el país desde el año 1968, no se contempla la unión civil o el matrimonio para las parejas del mismo sexo.



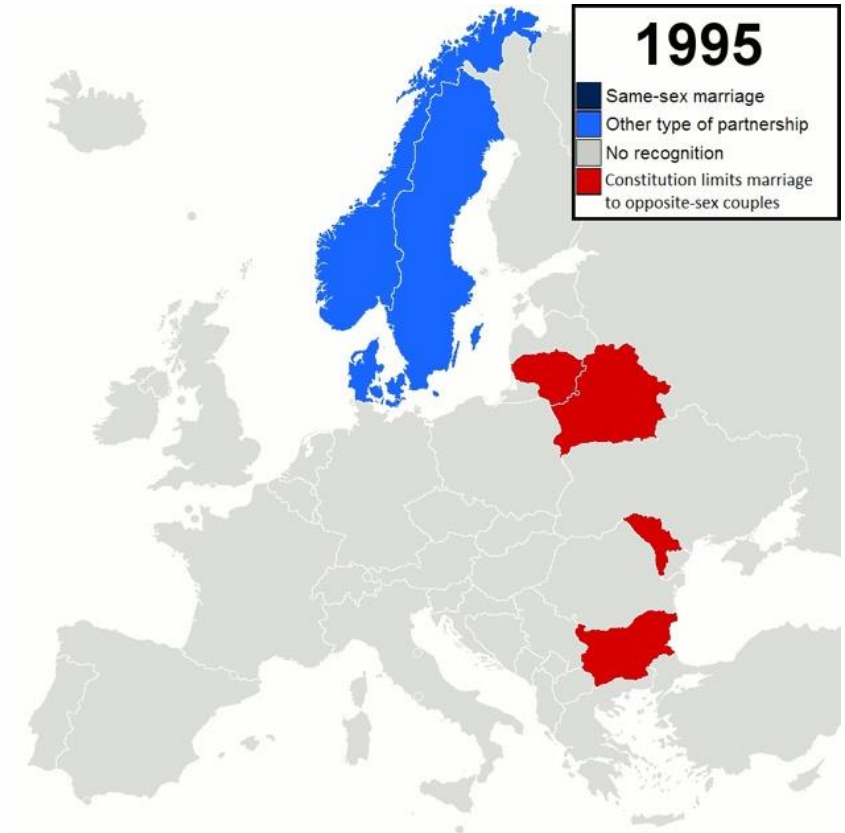
Ucrania y Lituania despenalizaron las relaciones homosexuales en 1992. Aunque en ninguno de estos países están permitidas las uniones civiles o el matrimonio entre personas del mismo sexo.



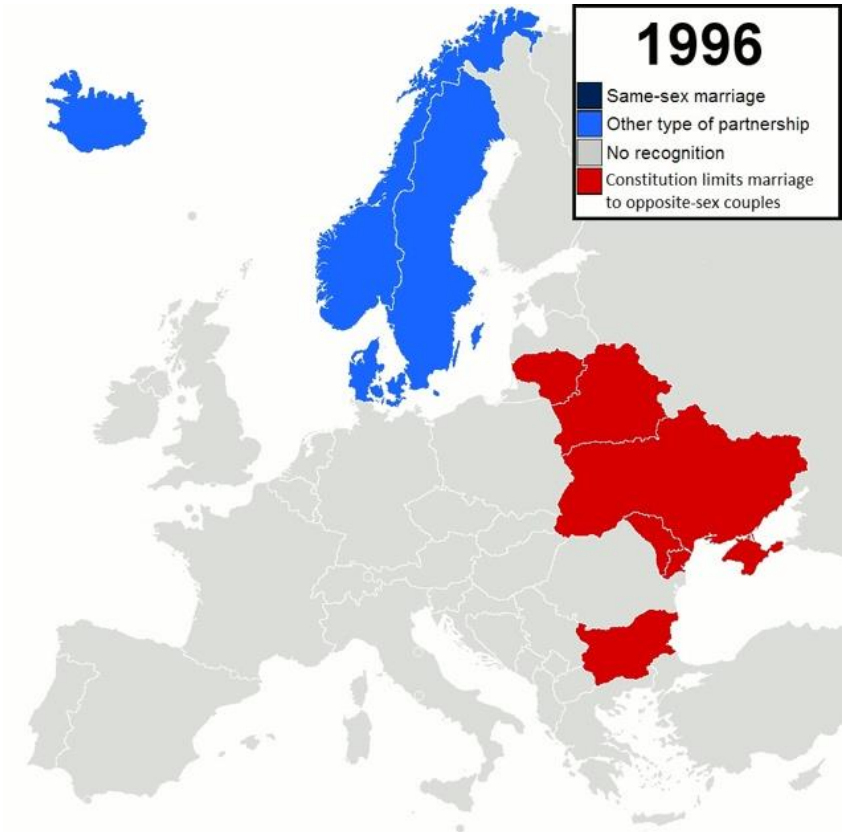
En Noruega, las uniones civiles entre personas del mismo sexo fueron aprobadas el 1 de agosto de 1993 y el matrimonio igualitario entró en vigor en este país el 1 de enero de 2009. En esta última ley, se otorgan a las parejas del mismo sexo los mismos derechos que a las heterosexuales, incluyendo ceremonias religiosas, adopción completa y embarazos asistidos para las parejas de mujeres.



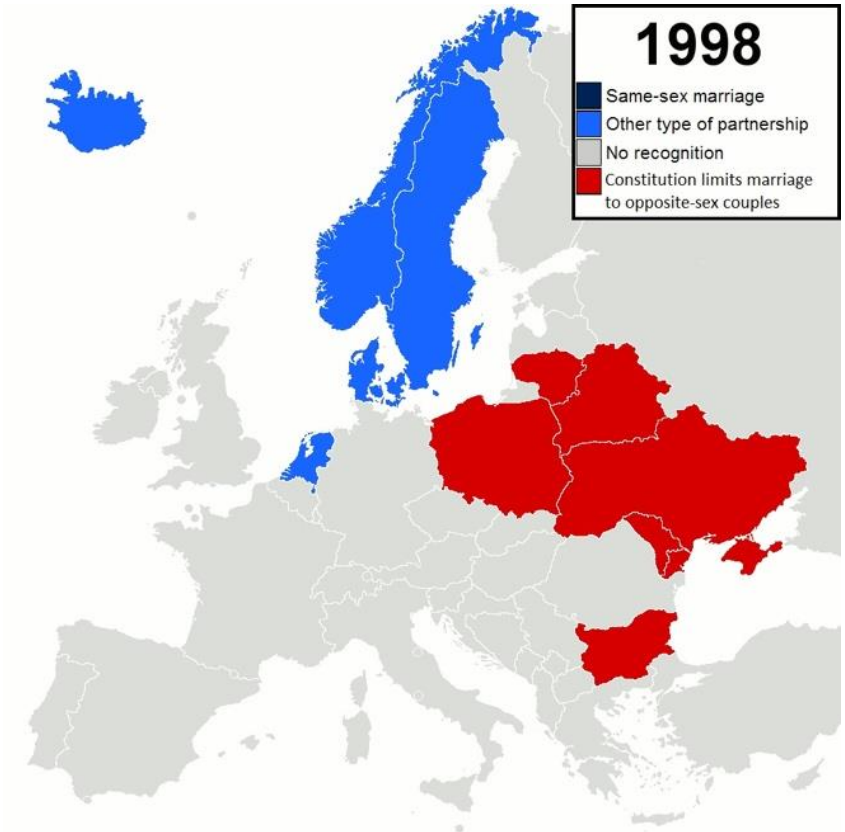
Las relaciones homosexuales están despenalizadas en Bielorrusia desde 1994 y en Moldavia desde el año 1995. Aunque, en ninguno de estos países están permitidas las uniones civiles o el matrimonio entre personas del mismo sexo.



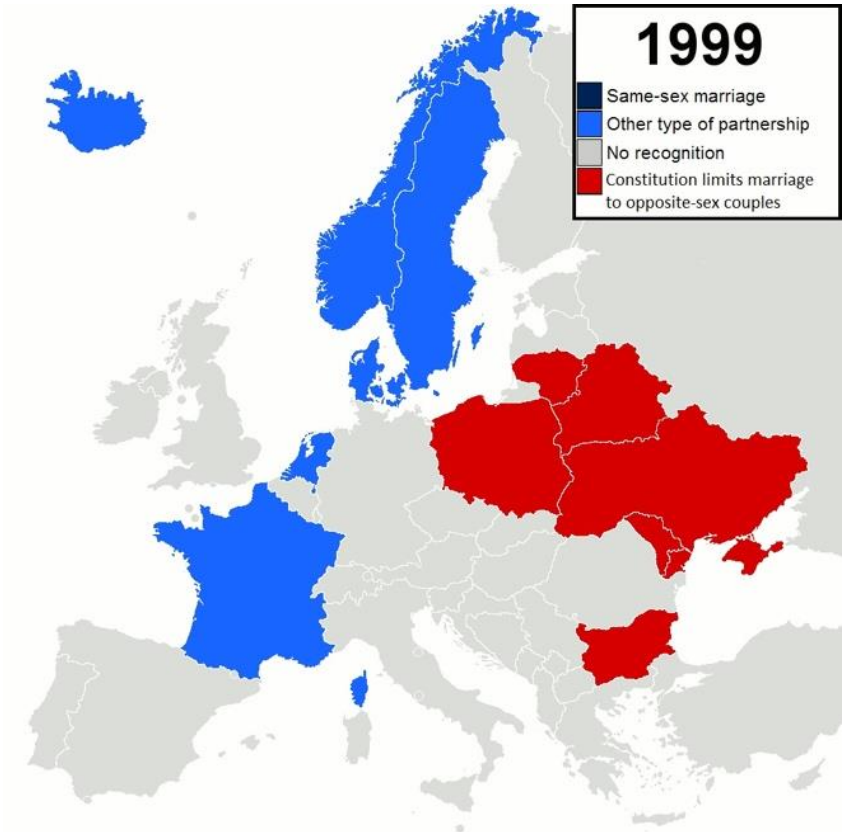
Suecia es considerado uno de los países más tolerantes de toda Europa en lo que a homosexualidad se refiere. Las parejas del mismo sexo tienen derecho a registrar sus alianzas desde 1995 y desde 2009 se encuentran aprobados tanto el matrimonio civil como el religioso (tradición luterana) para las mismas.



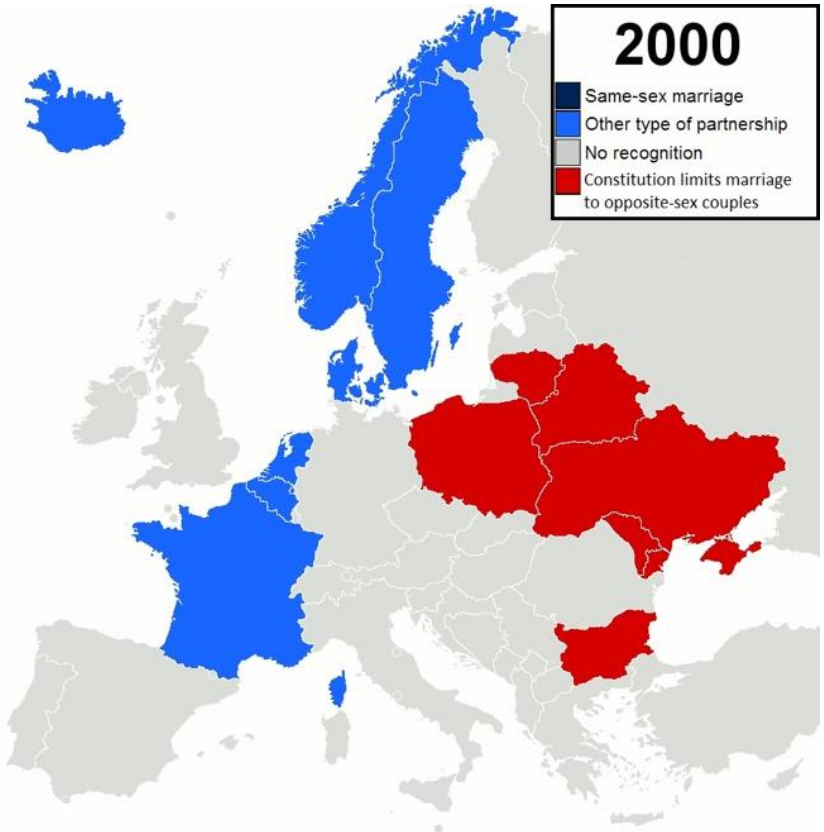
En 1996, Islandia fue el cuarto país del mundo que reguló las parejas de hecho formadas por personas del mismo sexo, a las que se les reconoció derechos similares al matrimonio. Estos derechos fueron ampliados en 2006 con el reconocimiento de la adopción conjunta, la paternidad y la inseminación artificial. Asimismo, los nacionales de otros países que se unan civilmente con un nacional islandés reciben el derecho a permanecer en el país.



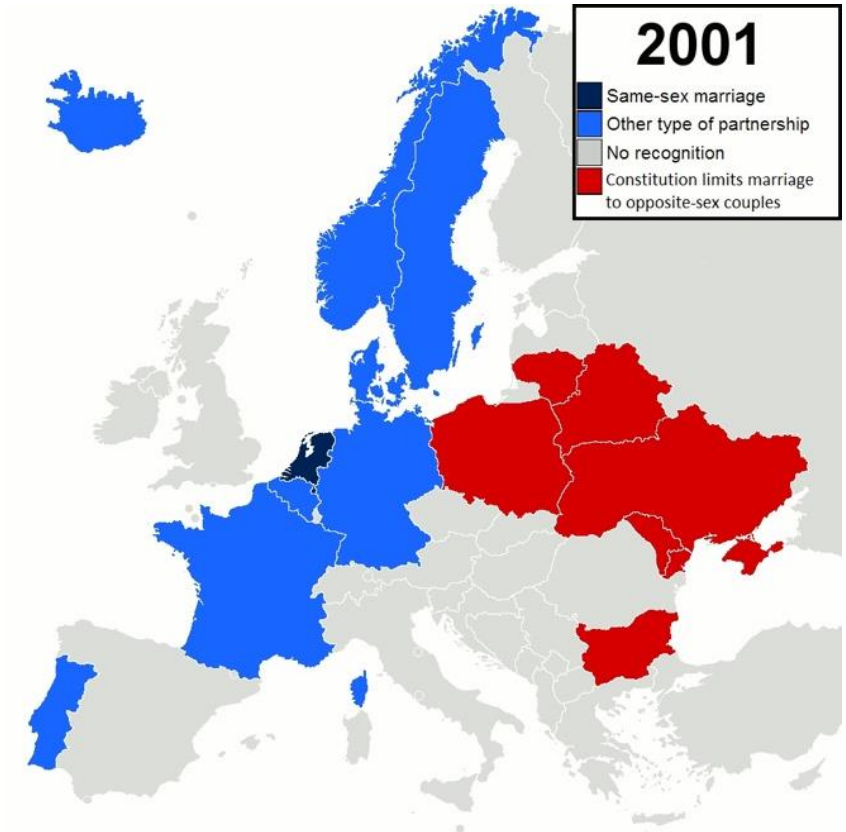
Los derechos de la población LGBTI se han visto claramente incrementados en los Países Bajos desde la aprobación de las uiones civiles en 1998. En 2001, fue el primer país del mundo en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo en 2001, otorgándoles plenos derechos, entre los que se incluye la adopción conjunta.



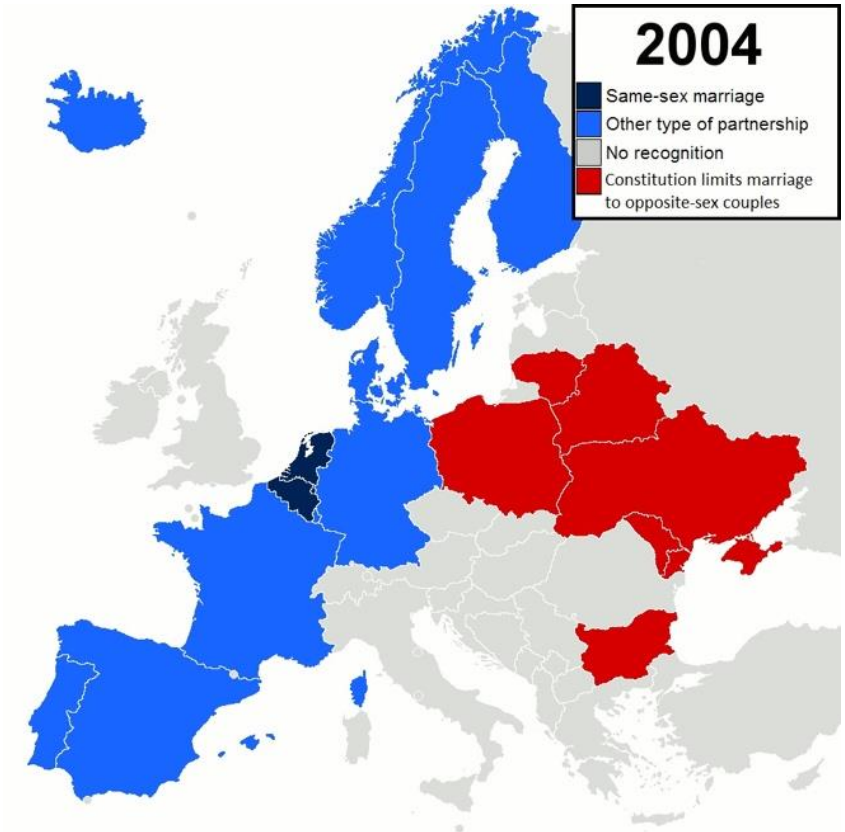
Francia aprobó en 1999 el régimen de Pactos de Solidaridad Civil (Pacs) que recoge la mayoría de derechos que tiene una pareja casada, aunque no permitía el acceso a la adopción conjunta. Obstáculo éste que fue resuelto años más tarde, cuando Francia aprobó el matrimonio *para todos* (2013), que sí contempla el derecho de acceso a la adopción conjunta para parejas del mismo sexo.



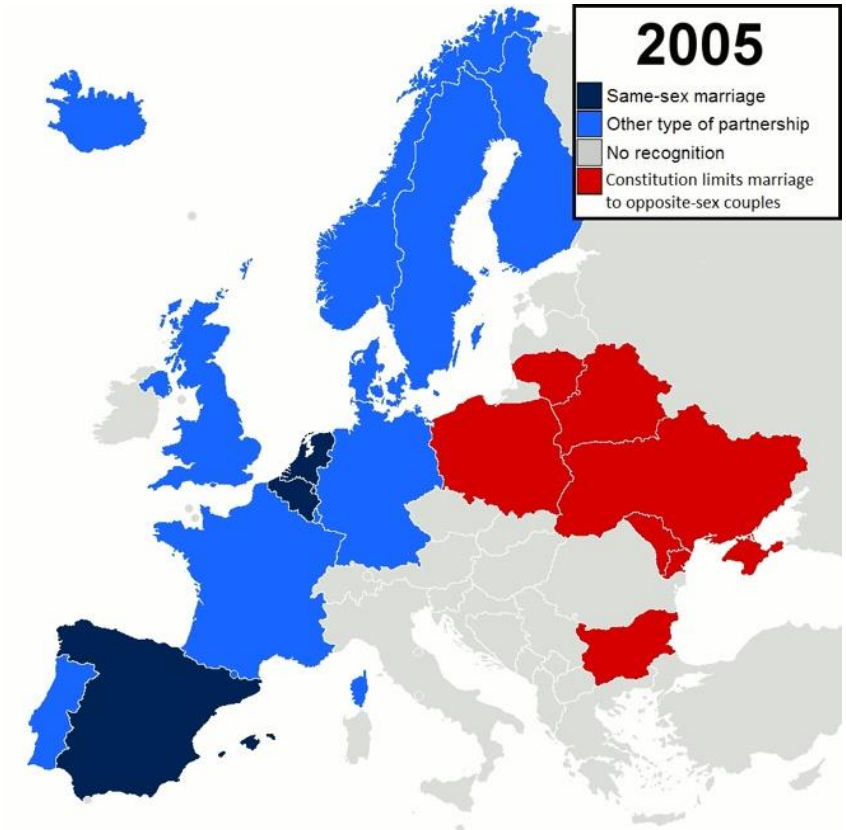
Bélgica fue el segundo Estado del mundo en aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo en 2003. Sin embargo, la adopción por parte de estos matrimonios no fue aprobada hasta el 20 de abril de 2006.



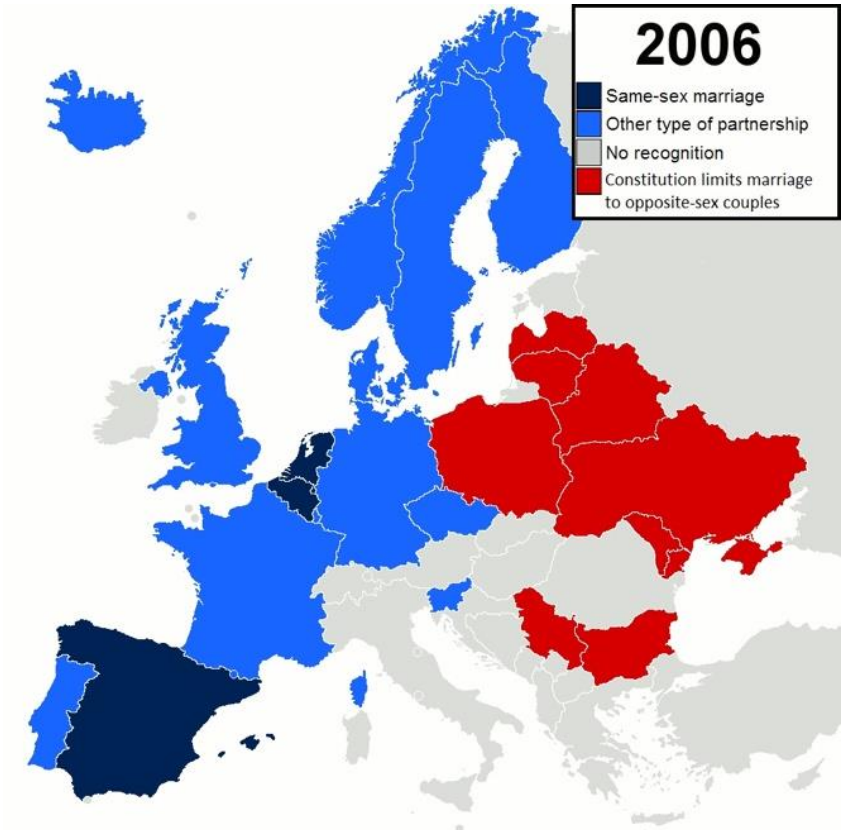
Las uniones civiles entre parejas del mismo sexo fueron aprobadas en Portugal en el año 2001 y años después, en 2010, se aprobó el matrimonio. Por otra parte, Alemania también aprobó las uniones civiles para las parejas del mismo sexo en el año 2001. Aunque este país, a día de hoy, no permite el acceso al matrimonio a parejas del mismo sexo.



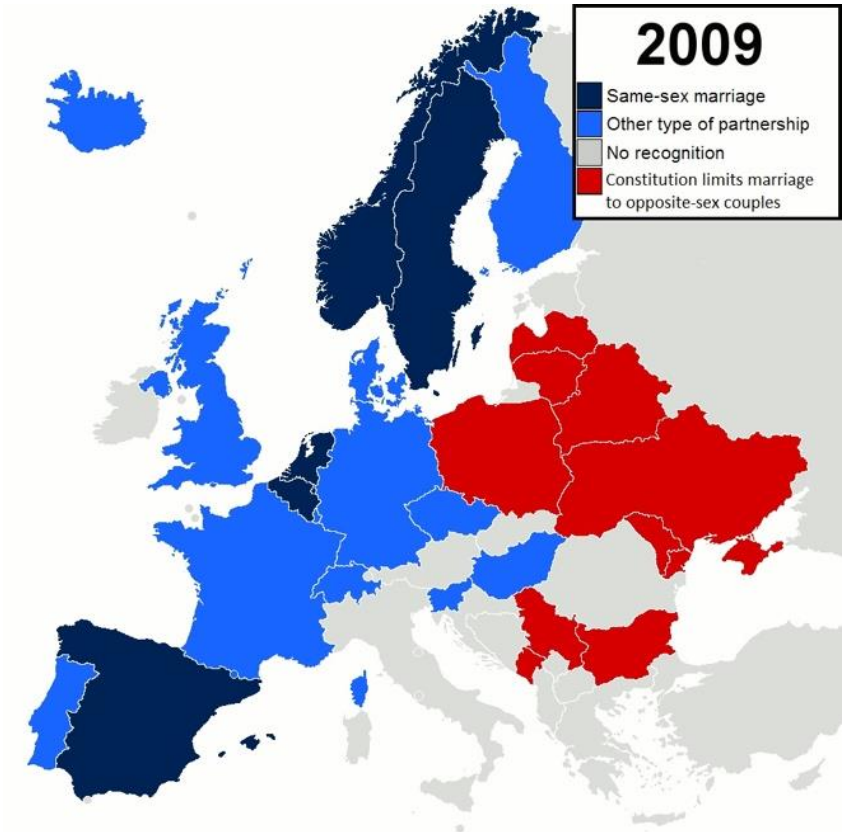
En Reino Unido, se aprobó la ley de unión civil el 18 de noviembre de 2004. Actualmente, el matrimonio entre personas del mismo sexo es legal en gran parte del territorio del Estado (en Inglaterra y Gales desde el 13 de marzo de 2014 y en Escocia desde el 16 de diciembre de 2014), con la excepción del Norte de Irlanda (donde los matrimonios de parejas del mismo sexo de otras jurisdicciones son tratados como uniones civiles).



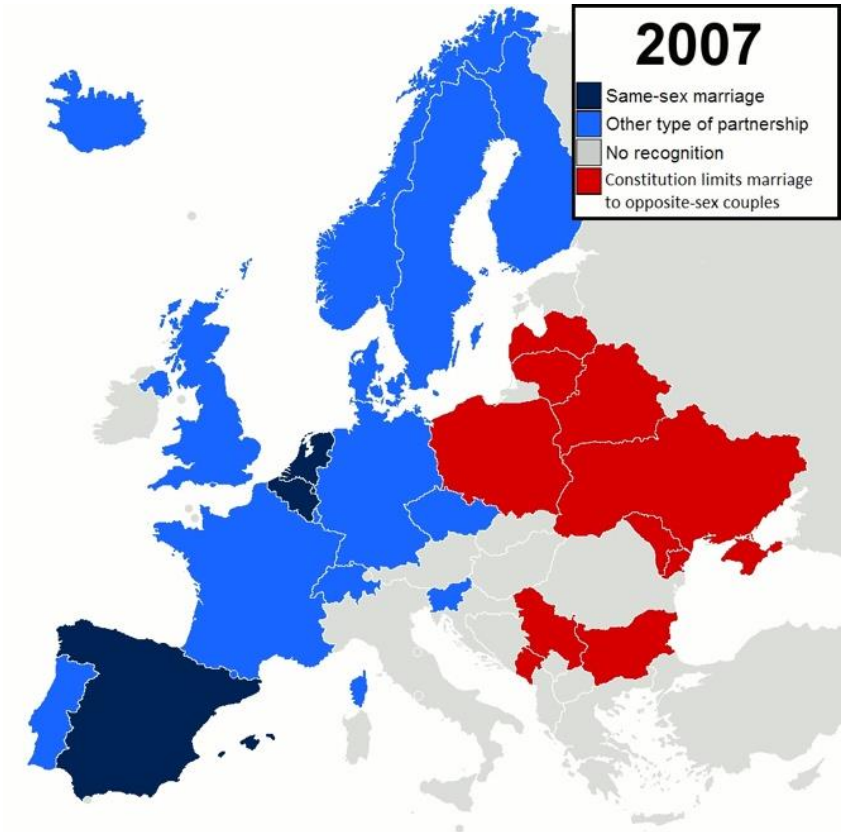
España se conviertió en el año 2005 en el tercer país del mundo, tras los Países Bajos y Bélgica, en aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo, con la entrada en vigor de la ley 13/2005, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. En la actualidad, tiene una de las legislaciones más progresistas.



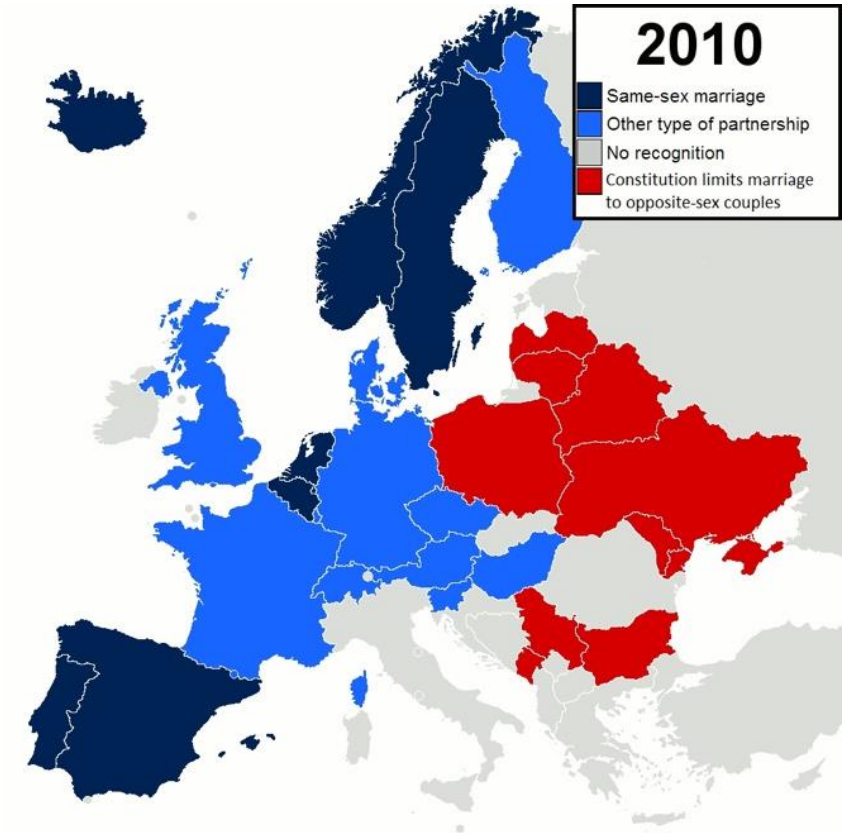
En 2006, Eslovenia legalizó las uniones civiles para parejas homosexuales, con la aprobación de una ley que no permitía la prerrogativa de derechos conyugales a las mismas. Cuestión ésta que fue resuelta gracias a la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo el 3 de marzo de 2015. Por otra parte, nos encontramos con Serbia que, a pesar de que despenalizó la homosexualidad en 1994, vetó a las parejas del mismo sexo la posibilidad de acceder a la institución del matrimonio, a través de una cláusula constitucional.

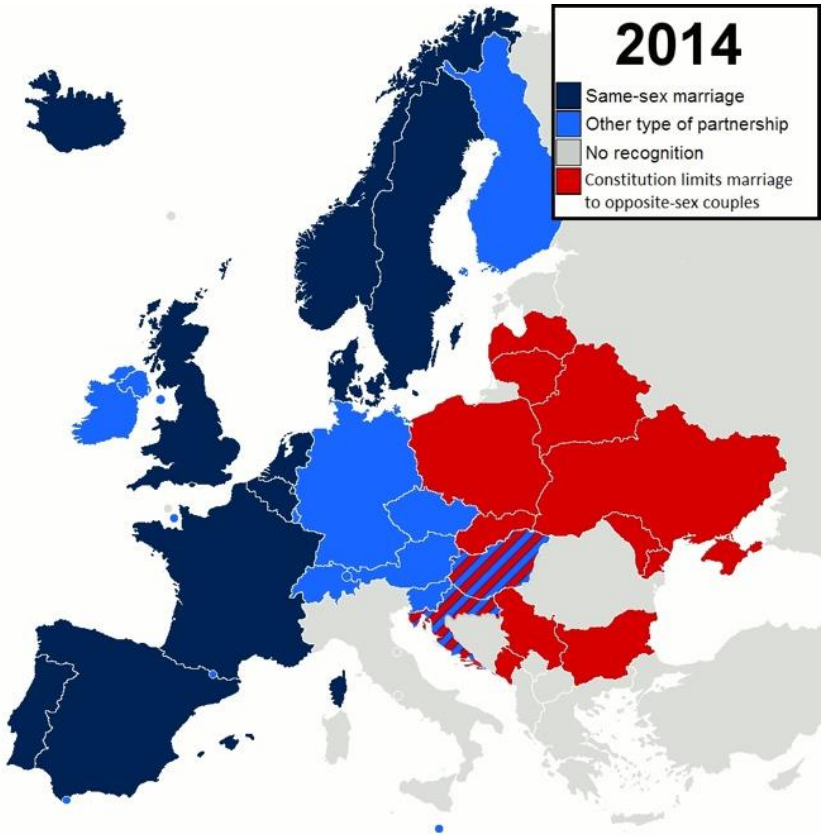


El gobierno húngaro tuvo dificultades hasta que consiguió aprobar en febrero de 2009 una ley específica para parejas formadas por personas del mismo sexo, debido a que su Tribunal Constitucional veía en su propuesta una duplicación del matrimonio (según el Tribunal, contemplado en su Constitución exclusivamente para parejas heterosexuales). Ese mismo año, Montenegro se sirvió de una cláusula de naturaleza constitucional para restringir el matrimonio únicamente a las parejas heterosexuales.



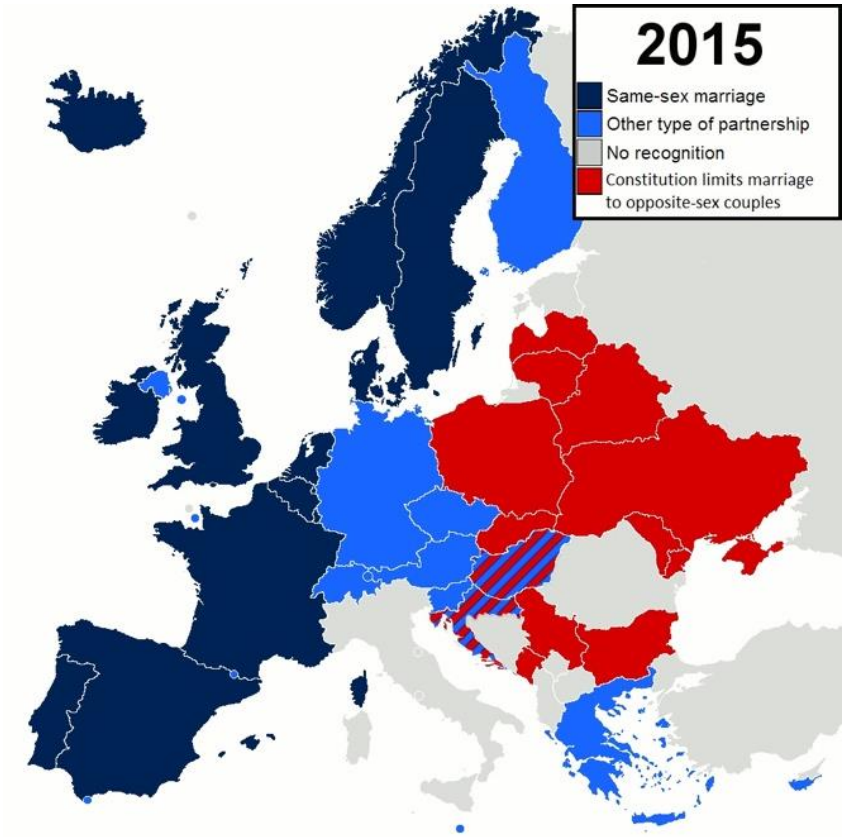
El 5 de junio de 2005, Suiza se convirtió en el primer país del mundo en legalizar la unión civil entre parejas del mismo sexo a través de un referéndum que contó con el 58% de votos favorables. La ley de carácter federal igualó los derechos y deberes con las uniones heterosexuales y entró en vigor en todo el país el 1 de enero de 2007. Aunque la adopción homoparental conjunta no se contempla, se permite adoptar al hijo de la pareja.



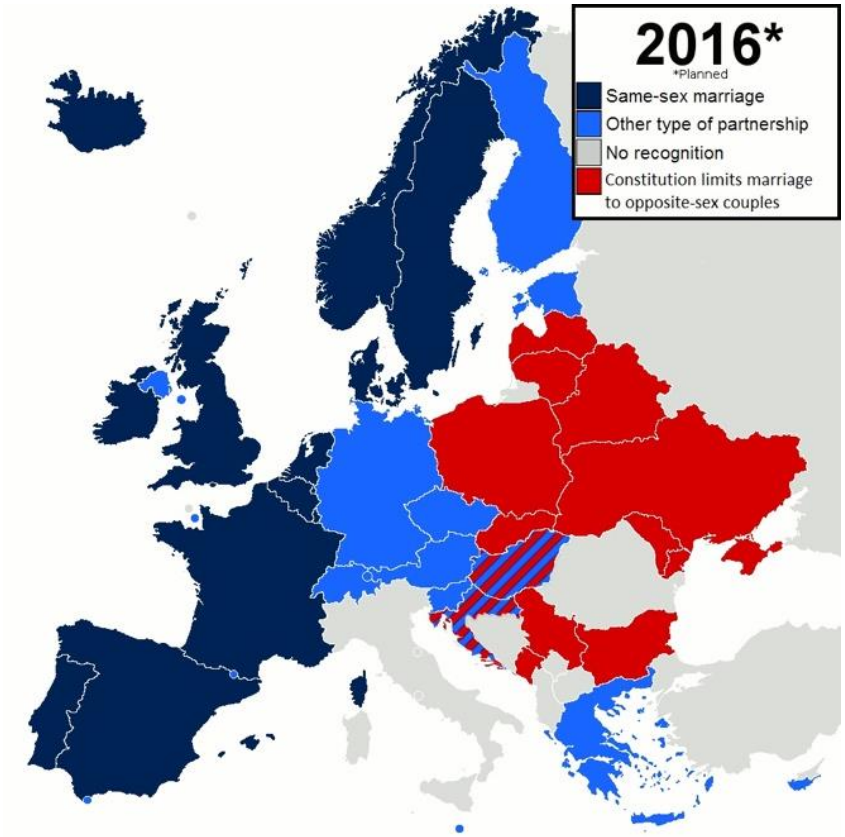


En Austria, la coalición gobernante anunció la introducción de un proyecto de ley de parejas registradas, parecida a la suiza, en septiembre de 2008. Sin embargo, la coalición se rompió antes y la medida fue postergada hasta después de la celebración de elecciones anticipadas. Finalmente, la medida se retomó en otoño de 2009 y se aprobó en diciembre de ese mismo año, entrando en vigor el 1 de enero de 2010.

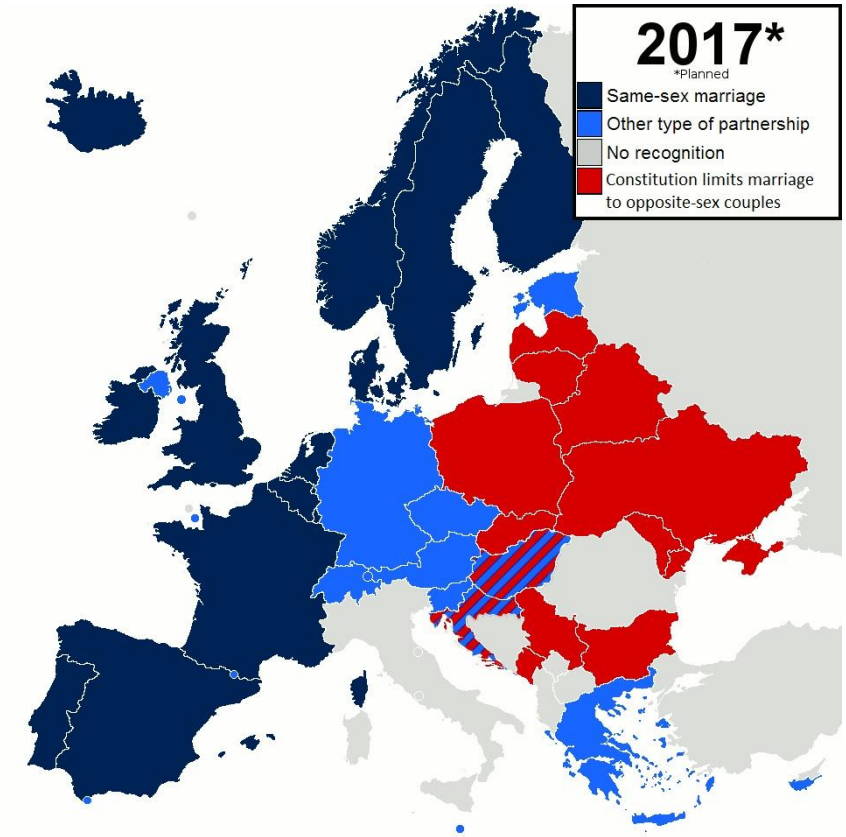
En 2005, el Parlamento croata rechazó una propuesta de ley de registro de parejas que contemplaba a las del mismo sexo, alegando que el 85% de la población croata era católica y que la Iglesia estaba en contra de la igualdad entre homosexuales y heterosexuales. Por lo que no fue hasta el 11 de mayo de 2012 que el primer ministro Zoran Milanovic impulsó la propuesta de ley, que entró en vigor en 2014.



En 2015, Grecia y Chipre aprobaron leyes por las que se reconocen las uniones de personas del mismo sexo. Aunque en ninguno de estos países se equipara la unión civil con la institución del matrimonio ni se les permite el acceso a la adopción conjunta.



En enero de 2016 entró en vigor en Estonia la ley que permite el acceso a la unión civil a las parejas del mismo sexo. Este hito representa un avance significativo si se compara con países como Letonia o litunia, que reformaron sus Constituciones para prohibir la ampliación del derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo.



La homosexualidad en Finlandia está despenalizada y ampliamente aceptada. Fue uno de los primeros países en reconocer uniones civiles para parejas del mismo sexo en el año 2001 y el pasado 12 de diciembre de 2014 aprobó una ley que permitirá el acceso al matrimonio de las parejas del mismo sexo, así como a la adopción conjunta. Esta medida entrará en vigor el próximo 1 de marzo de 2017.