

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 avons 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 étudié 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 intersexués (ci-après LGBTI). Après l'étude jurisprudentielle des arrêts de la CEDH et la CIDH, nous avons élaboré une synthèse de leur contenu. Ainsi, nous avons étudié les spécificités des doctrines européennes et interaméricaines et nous avons essayé 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 dégagant 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 avons aussi essayé 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 avons réalisé 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 avons utilisé 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 premier 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 avons défini d'une façon générale 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 ce 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 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 à 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.

TROISIÈME. - *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 n° . 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 eux¹, 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*).

¹ *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).

QUATORZIÈME. - *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.

QUINZIÈME. *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 contenu 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.* Backowski 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'Est².* 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

² *Vid.* ANNEXE XIII. Analyse comparative de la reconnaissance des droits des LGBT dans les Etats membres du Conseil de l'Europe.

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 années³. 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 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.

³ *Vid.* ANNEXE XIII. Analyse comparative de la reconnaissance des droits des LGBT dans les Etats membres du Conseil de l'Europe.

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'à 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 SEXUELLE 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 »⁴. 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 carabinière accusée d'être lesbienne viole le droit à l'honneur et à la reconnaissance de la dignité personnelle du pétitionnaire), les représentants de la requérante et l'État du Chili ont signé un accord de règlement amiable⁵.

⁴ *Vid.* Étude préparée par la CIDH conformément à la résolution : "AG/RES. 2653 (XLI-O / 11) Droits humains, orientation sexuelle et identité de genre".

⁵ *Vid.* X. c. Chili, rapport n^a. 81/09, la résolution amiable du 6 Août 2009).

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'enquête⁶) 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'homme.

- *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 travail⁷) 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 établissements 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 reçue 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 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

⁶ Dans ce cas (*Vid.* Deuxième Stivenson Ramos Salazar c. Equateur, rapport no. 38/11, du 23 Mars, 2011).

⁷ *Vid.* Juan Fernando Vera Mejias, rapport n. 11/13 du 20 Mars, 2013)

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 normale. 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 certains types 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 à 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 adaptée à l'esprit de notre temps, conformément aux circonstances de l'État, 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 États de la Convention américaine des droits de l'homme, mais aussi parmi tous les États membres de l'OEA, à travers les résolutions de l'Assemblée générale.

CINQUIÈME. - *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'homme 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 prétendait 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'était 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.