



---

Universidad Miguel Hernández de Elche

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Grado en Derecho

---

“La protección contra la discriminación por  
razón de orientación sexual e identidad de  
género en el Consejo de Europa”

**TRABAJO FINAL DE GRADO**

Autor/a:

Adela Rodríguez Mañogil

Tutor/a:

Dra. Elena Crespo Navarro

Elche, 2017

# ÍNDICE

## LA PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL CONSEJO DE EUROPA

|                                                                                                                                                                                                            |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| ABREVIATURAS.....                                                                                                                                                                                          | 4  |
| INTRODUCCIÓN.....                                                                                                                                                                                          | 6  |
| RESUMEN .....                                                                                                                                                                                              | 8  |
| CAPÍTULO I. CONSEJO DE EUROPA: CONSIDERACIONES GENERALES .....                                                                                                                                             | 10 |
| I. ANTECEDENTES .....                                                                                                                                                                                      | 10 |
| II. COMPOSICIÓN.....                                                                                                                                                                                       | 11 |
| III. FINES.....                                                                                                                                                                                            | 12 |
| IV. ESTRUCTURA ORGÁNICA .....                                                                                                                                                                              | 13 |
| 1. Órganos principales .....                                                                                                                                                                               | 14 |
| A) <i>Comité de Ministros</i> .....                                                                                                                                                                        | 14 |
| B) <i>Asamblea Parlamentaria</i> .....                                                                                                                                                                     | 14 |
| C) <i>Secretaría</i> .....                                                                                                                                                                                 | 15 |
| 2. Órganos subsidiarios.....                                                                                                                                                                               | 16 |
| A) <i>Comisario de Derechos Humanos</i> .....                                                                                                                                                              | 16 |
| B) <i>Congreso de las Autoridades Locales y Regionales</i> .....                                                                                                                                           | 17 |
| CAPÍTULO II. LA LABOR DEL CONSEJO DE EUROPA EN MATERIA DE PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO .....                                                  | 22 |
| I. RESOLUCIONES Y RECOMENDACIONES DE LA ASAMBLEA PARLAMENTARIA Y DEL COMITÉ DE MINISTROS.....                                                                                                              | 22 |
| 1. Resoluciones y Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria .....                                                                                                                                       | 22 |
| A) <i>Recomendación 924(1981) de la Asamblea Parlamentaria sobre la discriminación contra la homosexualidad</i> .....                                                                                      | 23 |
| B) <i>Recomendación 1117(1989) de la Asamblea Parlamentaria sobre la condición de los transexuales</i> .....                                                                                               | 24 |
| C) <i>Recomendación 1470(2000) de la Asamblea Parlamentaria sobre la situación de gays y lesbianas y sus parejas en materia de asilo e inmigración en los Estados miembros del Consejo de Europa</i> ..... | 25 |
| D) <i>Recomendación 1474(2000) de la Asamblea Parlamentaria sobre la situación de gays y lesbianas en los Estados miembro del Consejo de Europa</i> .....                                                  | 27 |
| E) <i>Recomendación 1635 (2003) de la Asamblea Parlamentaria sobre lesbianas y gays en el deporte</i> .....                                                                                                | 29 |
| F) <i>Resolución 1728(2010) de la Asamblea Parlamentaria sobre la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género</i> .....                                                        | 32 |
| G) <i>Recomendación 1915 (2010) de la Asamblea Parlamentaria sobre la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género</i> .....                                                    | 35 |
| H) <i>Resolución 2048(2015) de la Asamblea Parlamentaria sobre la discriminación contra las personas transgénero en Europa</i> .....                                                                       | 35 |
| 2. Recomendaciones del Comité de Ministros .....                                                                                                                                                           | 38 |
| A) <i>Recomendación 97(20) del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre el “discurso del odio”</i> ....                                                                                            | 38 |
| B) <i>Recomendación (2010)5 del Comité de Ministros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género</i> .....                                    | 41 |

|                                                                                                                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II. RECOMENDACIONES Y RESOLUCIONES DEL CONGRESO DE LAS AUTORIDADES LOCALES Y REGIONALES .....                                                                | 47  |
| III. LABOR DEL COMISARIO DE DERECHOS HUMANOS .....                                                                                                           | 51  |
| CAPÍTULO III. EL CONVENIO DE DERECHOS HUMANOS Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO 64 |     |
| I. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SUS PROTOCOLOS .....                                                                                            | 64  |
| 1. Antecedentes .....                                                                                                                                        | 64  |
| 2. Contenido .....                                                                                                                                           | 65  |
| II. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS .....                                                                                                               | 69  |
| 1. Composición .....                                                                                                                                         | 69  |
| 2. Funciones .....                                                                                                                                           | 70  |
| 3. Funcionamiento .....                                                                                                                                      | 71  |
| 4. Procedimiento ante el Tribunal .....                                                                                                                      | 71  |
| A) <i>Presentación de la demanda</i> .....                                                                                                                   | 71  |
| B) <i>Examen de la demanda</i> .....                                                                                                                         | 72  |
| C) <i>Condiciones de admisibilidad</i> .....                                                                                                                 | 72  |
| D) <i>Admisibilidad de la demanda</i> .....                                                                                                                  | 74  |
| E) <i>Fase de sentencia</i> .....                                                                                                                            | 74  |
| III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS .....                                                                                           | 75  |
| 1. Prohibición de la discriminación .....                                                                                                                    | 76  |
| 2. Prohibición de la tortura .....                                                                                                                           | 78  |
| 3. Derecho a la libertad y a la seguridad .....                                                                                                              | 80  |
| 4. Derecho al respeto a la vida privada y familiar .....                                                                                                     | 82  |
| 5. Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión .....                                                                                      | 88  |
| 6. Libertad de expresión .....                                                                                                                               | 89  |
| 7. Libertad de reunión y asociación .....                                                                                                                    | 91  |
| 8. Derecho a contraer matrimonio .....                                                                                                                       | 93  |
| 9. Protección de la propiedad .....                                                                                                                          | 94  |
| CONCLUSIONES .....                                                                                                                                           | 96  |
| ÍNDICE DE FUENTES CITADAS .....                                                                                                                              | 98  |
| I. BIBLIOGRAFIA .....                                                                                                                                        | 98  |
| III. DOCUMENTOS OFICIALES .....                                                                                                                              | 101 |
| IV. RECOMENDACIONES Y RESOLUCIONES DE LOS ÓRGANOS DEL CONSEJO DE EUROPA .....                                                                                | 101 |
| V. JURISPRUDENCIA .....                                                                                                                                      | 102 |
| 1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....                                                                                                                | 102 |
| 2. Corte Interamericana .....                                                                                                                                | 103 |
| VI. PÁGINAS WEB .....                                                                                                                                        | 103 |

## ABREVIATURAS

|       |                                                                                              |
|-------|----------------------------------------------------------------------------------------------|
| ACNUR | ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS                                  |
| ARE   | ASAMBLEA DE LAS REGIONES DE EUROPA                                                           |
| CEDH  | CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHO HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES |
| ILGA  | INTERNATIONAL LESBIAN, GAY, BISEXUAL, TRANSEXUAL AND INTERSEX ASSOCIATION                    |
| LGTB  | LESBIANAS, GAYS, TRANSGÉNERO Y BISEXUALES                                                    |
| ONG   | ORGANIZACIÓN NO GUBERNAMENTAL                                                                |
| OSCE  | ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA                                    |
| TEDH  | TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS                                                         |
| UEO   | UNION EUROPEA OCCIDENTAL                                                                     |





## INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es ofrecer un análisis de la labor realizada por el Consejo de Europa en materia de protección contra la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género.

Las personas Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales (LGTB) han sido y siguen siendo discriminadas cuando tratan de ejercitar alguno de sus derechos. Éstas pueden experimentar dificultades a la hora de encontrar trabajo o cuando intentan acceder a la educación y a la sanidad. Además, también pueden ser víctimas de graves agresiones tanto físicas como psicológicas. Estas discriminaciones suelen estar motivadas por el desconocimiento y la falta de comprensión sobre la orientación sexual y la identidad de género que hace que sigan existiendo prejuicios hacia las personas LGTB y que se considere a este colectivo como una amenaza para los valores culturales y religiosos de la sociedad.

El Consejo de Europa, organización internacional que vela por la configuración más estrecha del continente y sustentada sobre los valores de la democracia, los derechos humanos y el imperio de la ley, adoptó en 1950 el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH). En él aparece un catálogo de derechos y libertades que pertenecen a las personas y que deben ser respetados por todos. El artículo 14 del Convenio dispone que el goce de estos derechos tiene que asegurarse sin distinción alguna, es decir establece la prohibición de discriminación por cualquier motivo. A pesar de ello, las personas siguen siendo objeto de discriminación por diferentes motivos, como puede ser la raza, el sexo, disparidad o religión. No obstante, en el presente trabajo nos centraremos en la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género ya que en los últimos años hemos visto un mayor interés por eliminar la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género.

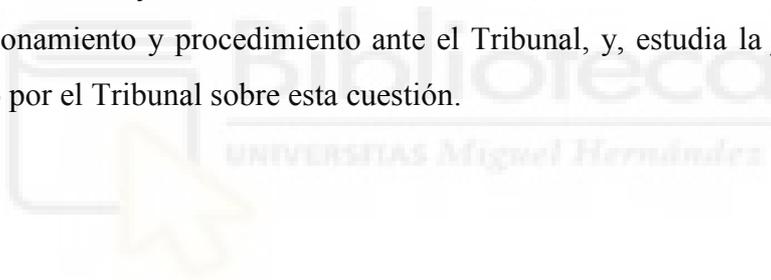
Las fuentes en las que nos hemos apoyado para la realización del trabajo son el Tratado constitutivo del Consejo de Europa, con el fin lograr un mayor entendimiento de sus orígenes, función y composición, junto a otros Tratados Internacionales. El propio Convenio, para así poder explicar su contenido. Los instrumentos adoptados en el seno del Consejo de Europa, es decir, las resoluciones y las recomendaciones a los Estados miembros para lograr eliminar la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género. Además, hemos atendido a la jurisprudencia del Tribunal Europeo

de Derechos Humanos(TEDH) sobre los casos referentes a discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género que han llegado a él, con el fin de entender, y posteriormente explicar, las conclusiones y la interpretación dada por el Tribunal en esta materia. Y, también hemos tenido en cuenta la doctrina de los jurisconsultos para lograr un mayor entendimiento de lo establecido en los Tratados internacionales.

El trabajo se divide en tres Capítulos, con una serie de apartados y subapartados cada uno. El primer Capítulo lo dedicaremos a ofrecer una descripción del Consejo de Europa con el fin de facilitar la comprensión de los capítulos siguientes en los que analizaremos la labor desarrollada por los diferentes órganos de esta Organización en materia de lucha contra la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género.

En el segundo Capítulo se analiza la labor llevada a cabo por los órganos del Consejo de Europa para lograr eliminar la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género

Finalmente, el tercer Capítulo, dedicado al CEDH y al TEDH, ofrece una explicación del contenido del CEDH y de sus Protocolos adicionales, también analiza la composición, función, funcionamiento y procedimiento ante el Tribunal, y, estudia la jurisprudencia llevada a cabo por el Tribunal sobre esta cuestión.



## RESUMEN

El Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales establece la prohibición de discriminación, por cualquier motivo, en su artículo 14. A pesar de ello, las personas LGTB siguen siendo víctimas de graves violaciones a sus derechos. Para luchar contra la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, contamos, en el marco del Consejo de Europa, con el CEDH. Además, tanto los órganos principales como sus subsidiarios de esta Organización, han ido adoptando, desde hace más de 30 años, numerosos textos legales que exhortan a los Estados a adoptar las medidas adecuadas para luchar contra este tipo de discriminación. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos humanos, se ha pronunciado sobre varios casos que le han sido planteados en esta materia, concluyendo si ha habido o no, violación de alguna de las disposiciones del Convenio. Estas conclusiones han contribuido a que el Convenio se convierta en un instrumento vivo, y a hacer que sus disposiciones sean aplicadas a circunstancias que no se tuvieron en cuenta a la hora de su adopción.

**Palabras clave:** Orientación Sexual, Identidad de Género, Convenio europeo de derechos humanos, Tribunal Europeo de Derechos humanos, Consejo de Europa, Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales.



# CAPÍTULO I

## CONSEJO DE EUROPA: CONSIDERACIONES GENERALES

En el presente trabajo analizaremos la lucha contra la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género llevada a cabo por el Consejo de Europa. Para ello, conviene tener presente que el Consejo de Europa es una Organización internacional, es decir, una entidad de cooperación institucionalizada que ha sido creada por un determinado grupo de Estados a través de un Tratado internacional y en la que éstos participan como Estados miembros. Se compone de órganos permanentes, independientes y propios que tienen las competencias necesarias para el cumplimiento de sus fines<sup>1</sup>.

Este primer capítulo lo dedicaremos a ofrecer una descripción del Consejo de Europa con la finalidad de facilitar la comprensión de los capítulos siguientes en los que analizaremos la labor desarrollada por los diferentes órganos de esta Organización en materia de lucha contra la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género. En primer lugar, haremos referencia a sus orígenes. Después explicaremos cuál es su composición y continuaremos exponiendo sus fines. Para finalizar, analizaremos su estructura orgánica.

### I. ANTECEDENTES

Los orígenes del Consejo de Europa se remontan a los movimientos federalistas europeos que aparecieron con más fuerza tras la Segunda Guerra Mundial en la mayoría de países de Europa Occidental. Estos movimientos tomaron contacto a través del Comité Internacional de Coordinación de los Movimientos para la Unidad de Europa, que los reunió en La Haya entre el 7 y el 10 de mayo de 1948 en el “Congreso Europeo”. En esta gran reunión se velaba por la idea de crear una asamblea constituyente europea, pero algunos de los Gobiernos reaccionaron de forma contraria y por ello se propuso la idea de confiar a una Asamblea deliberante de representantes de los Parlamentos nacionales la tarea de sentar las bases para la unión económica y política de Europa.

Las ideas del Congreso de La Haya fueron acogidas por el Gobierno francés, que propuso la reunión de una Conferencia preparatoria con apoyo del Gobierno belga. A pesar de que Gran Bretaña no acogió muy bien esa idea, se creó un Comité para el estudio

---

<sup>1</sup> JIMÉNEZ PIERNAS, C. (Dir.), *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*, Madrid 2011, pp. 206 y 207.

de la Unidad Europea, que estaba compuesto por 18 miembros que representaban a los cinco Estados del Pacto o Tratado de Bruselas de 1948<sup>2</sup>, es decir, los tres Estados del Benelux, Francia y el Reino Unido.

En dicho Comité se enfrentaron dos tesis. Por un lado, la franco-belga de crear una Asamblea de parlamentarios que funcionase por el sistema de la mayoría de votos, y por otro lado, la británica que era partidaria de crear una Asamblea de representantes de los Gobiernos. Ante estas dos tesis, los británicos presentaron una fórmula transaccional que consistía en aceptar junto al Comité de Ministros una Asamblea consultiva cuyos miembros serían nombrados por los Gobiernos. Las conclusiones del Comité fueron presentadas al Consejo de Ministros de la UEO<sup>3</sup>, que en su reunión de 27-28 de enero de 1949 se decidió por crear el Consejo de Europa. Esta tarea fue confiada a una Conferencia Internacional que se reunió en Londres en los meses de marzo y abril de 1949. Todos los Estados que participaron en la Conferencia, es decir, Bélgica, Francia, Gran Bretaña, Luxemburgo, Holanda, Dinamarca, Irlanda, Italia, Noruega y Suecia, firmaron en Londres, el 5 de mayo de 1949, el Tratado constitutivo del Consejo de Europa<sup>4</sup>.

## II. COMPOSICIÓN

El Consejo de Europa se compone por aquellos Estados que han ratificado su Estatuto, tal y como establece el artículo 2 del mismo. Ahora bien, dentro de los miembros del Consejo de Europa podemos diferenciar tres categorías. En primer lugar, los miembros originarios ordinarios, que son los Estados que firmaron el Estatuto en el momento de su redacción y más tarde lo ratificaron. En segundo lugar, los miembros ordinarios invitados, que son los que han sido propuestos por el Comité de Ministros por ser considerados por éste como capaces de aceptar lo establecido en el artículo 3, es decir:

---

<sup>2</sup> Firmado el 17 de marzo de 1948 por Francia, Reino Unido y los países del Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo) y posteriormente modificado por cuatro Protocolos que se firmaron en 1954 y que daría lugar a la creación de la Unión Europea Occidental (UEO). El Tratado de Bruselas era instrumento internacional dirigido a la asistencia mutua entre sus Estados parte en materia militar, así como a la cooperación económica, social y cultural y arreglo pacífico de diferencias internacionales. Ver DIEZ DE VELASCO, M., *Las organizaciones internacionales*, 16 ed., Madrid 2010, p. 543.

<sup>3</sup> Organización que nace tras la firma del Pacto o Tratado de Bruselas y que no adquiere su plena estructura institucional hasta el 6 de mayo de 1955, con la entrada en vigor de los cuatro protocolos de 1954. Su objetivo era la solución pacífica de controversias entre los Estados miembros. El 21 de marzo de 2010, el Consejo de la UEO hizo una Declaración, en nombre de los 10 Estados parte del Tratado, en la que constató que la UEO había cumplido su papel histórico y que en consecuencia deciden “poner fin al Tratado, procediendo así al cierre de la Organización”. Ver DIEZ DE VELASCO, M., *Las Organizaciones...*, op. cit., pp. 546-547.

<sup>4</sup> Estatuto del Consejo de Europa, de 5 de mayo de 1949, hecho en Londres. Ratificado por España el 24 de noviembre de 1977 (*BOE*, de 4 de marzo de 1978). Ver DIEZ DE VELASCO, M., *Las Organizaciones...*, op. cit., pp. 500- 501.

“el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su Jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y se compromete a colaborar sincera y activamente en la consecución de la finalidad definida en el capítulo primero”.

Además, estos miembros invitados tienen que aceptar la invitación y depositar ante el Secretario General del Consejo de Europa un instrumento de adhesión al Estatuto (art. 4).

Tanto los miembros originarios ordinarios como los miembros ordinarios invitados, gozan de la plenitud de derechos y de la facultad de estar representados tanto en el Comité de Ministros como en la Asamblea Parlamentaria.

En tercer lugar, existe otro tipo de miembros a los que se les denomina asociados (art. 5). Estos tienen que cumplir con los mismos requisitos que los miembros invitados pero la diferencia entre unos y otros radica en que los miembros asociados solo tienen representación en la Asamblea Parlamentaria<sup>5</sup>.

También está prevista expresamente en el Tratado constitutivo la salida de la Organización. Así, un Estado puede dejar de ser miembro del Consejo de Europa bien por voluntad propia, o bien por expulsión. En el primer caso, el Estado debe notificar tal decisión al Secretario General, en virtud de lo establecido en el artículo 7. Y en el segundo, el Comité de Ministros podrá dejar en suspenso el derecho de representación del miembro que haya infringido gravemente lo dispuesto en el artículo 3, e invitarle a retirarse en las condiciones previstas en el artículo 7. Si el Estado no atiende a dicha invitación, el Comité puede decidir que este Estado ha dejado de pertenecer al Consejo de Europa a partir de una fecha determinada por el propio Comité.

### III. FINES

El art. 1 del Tratado constitutivo describe los fines del Consejo de Europa en los siguientes términos:

“La finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social”.

---

<sup>5</sup> DIEZ DE VELASCO, M., *Las Organizaciones ...*, op. cit., p. 513.

Los órganos del Consejo de Europa disponen de cuatro vías de acción para la consecución de sus fines, que son las siguientes: En primer lugar, el examen por los órganos del Consejo de las cuestiones de interés común. En segundo lugar, la conclusión de acuerdos de carácter internacional en los ámbitos de acción a que se refieren las finalidades del Consejo de Europa definidas en el artículo 1. En tercer lugar, la adopción de una acción conjunta de los países miembros del Consejo en los campos económico, social, cultural, científico, jurídico y administrativo. Y, finalmente, la actuación conjunta para la salvaguardia y mayor efectividad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales<sup>6</sup>.

El campo de actuación del Consejo de Europa es bastante amplio, no obstante, el propio artículo recoge expresamente dos limitaciones a su actuación. Por un lado, se establece que la participación de los miembros en los trabajos del Consejo de Europa no debe alterar su contribución a la obra de las Naciones Unidas y de las restantes organizaciones o uniones internacionales de las que formen parte. Y, por otro lado, quedan expresamente excluidos de su ámbito de acción, los asuntos relativos a la defensa nacional.

#### IV. ESTRUCTURA ORGÁNICA

El Consejo de Europa, como cualquier otra Organización internacional, está formado por órganos independientes y propios a los que se les atribuye la competencia necesaria para la consecución de sus fines. Se puede distinguir entre órganos principales y órganos subsidiarios. Los órganos principales son aquellos que han sido designados como tales en el Tratado constitutivo, mientras que los subsidiarios son los que han sido creados por los órganos principales a través de un acto de derecho derivado de la organización<sup>7</sup>.

En este sentido, el Estatuto del Consejo de Europa, en su artículo 10 establece que los órganos principales del Consejo de Europa son el Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria. Estos dos órganos serán asistidos por la Secretaría del Consejo de Europa.

---

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 502.

<sup>7</sup> JIMÉNEZ PIERNAS, C. (Dir.), *Introducción...*, *op. cit.*, p. 213.

## **1. Órganos principales**

### *A) Comité de Ministros*

El Comité de Ministros está integrado por un representante de cada Estado miembro, que es su respectivo Ministro de Asuntos Exteriores (art. 14).

Las principales finalidades del Comité de Ministros, que vienen recogidas en los artículos 15 y 16 de su Estatuto, son, por una parte, llegar a conclusiones que pueden revestir la forma de recomendaciones a los Gobiernos. Recomendaciones que, por su propia naturaleza, carecen de fuerza vinculante, es decir, no crean obligaciones para los Estados. Sin embargo, el Comité podrá invitarles a que le mantengan informado sobre las medidas que han tomado respecto a dichas recomendaciones. Por otra parte, el Comité de Ministros examina, a recomendación de la Asamblea o por iniciativa propia, las medidas adecuadas a adoptar para realizar los fines del Consejo de Europa. Ello incluye la posibilidad de concluir acuerdos y la adopción de una política común de los Gobiernos sobre determinados asuntos. Finalmente, el Comité puede emitir decisiones de orden interno, pues de acuerdo con el art. 16 del Estatuto le corresponde resolver con carácter obligatorio cualquier cuestión referida a la organización y régimen interno del Consejo de Europa, lo que incluye la adopción de los reglamentos financieros administrativos necesarios.

### *B) Asamblea Parlamentaria*

La Asamblea Parlamentaria es el órgano deliberante del Consejo de Europa, sus representantes son elegidos por sus respectivos Parlamentos nacionales, de entre sus miembros, según un procedimiento fijado por los mismos. Los representantes de la Asamblea no pueden ser a la vez miembros del Comité de Ministros y deben tener la nacionalidad del miembro al que representen (art. 25).

La función principal de la Asamblea Parlamentaria es la de deliberar y formular recomendaciones al Comité de Ministros sobre cualquier asunto que responda a la finalidad y entre dentro de las competencias de la Organización tal como se define en el artículo 1 de su Estatuto (arts. 22 y 23), bien como respuesta a una petición del Comité, o bien espontáneamente. Si bien de la práctica de la Asamblea se desprende que ésta puede adoptar decisiones que no están destinadas al Comité de Ministros, lo que supone

una interpretación amplia de sus funciones, que le permite dirigirse directamente a la opinión pública para informarla o a otras Organizaciones internacionales<sup>8</sup>.

### C) *Secretaría*

Tanto el Comité de Ministros como la Asamblea Parlamentaria están asistidos por la Secretaría del Consejo de Europa, cuya sede se encuentra en Estrasburgo (art. 37).

La Secretaría se compone de un Secretario General, dos Secretarios Generales adjuntos y el personal de la Secretaría. Los dos primeros son nombrados por la Asamblea Parlamentaria a recomendación del Comité de Ministros. El resto de personal necesario, es nombrado por el Secretario General con arreglo al Reglamento administrativo (art. 36).

Su función principal es la de asistir al Comité de Ministros y a la Asamblea Parlamentaria. Aunque inicialmente fue concebida como un órgano administrativo y de asistencia a dichos órganos principales, pero su importancia ha ido aumentando en el plano político debido, debido entre otras razones, a las facultades que le han sido otorgadas por el CEDH<sup>9</sup>, instrumento que analizaremos más adelante.

Así, el Secretario General, de acuerdo con el Estatuto original tiene funciones en materia de presupuestos, y también tiene funciones administrativas. Pero, como decíamos la vida de la Organización y el desarrollo del Estatuto han hecho que las facultades del Secretario General aumenten. En particular, el Secretario General cuenta ahora con la potestad de firmar acuerdos en nombre de la Organización, también ha visto ampliada sus funciones en lo referente a la convenciones y acuerdos concluidos en el ámbito del Consejo de Europa ya que se le faculta para someter a los Estados los referidos acuerdos, para su ratificación, y se le otorga la competencia de ser depositario de los mismos.

También se han visto ampliadas sus funciones, como hemos señalado, en el marco del CEDH, cuyo artículo 52 le otorga la competencia para requerir, a cualquiera de los Estados parte, las explicaciones pertinentes sobre la forma en que aseguran en su ordenamiento interno la aplicación efectiva de las disposiciones del Convenio. Junto a estas funciones ejerce otras como pueden ser las de recibir las demandas individuales, las denuncias de las infracciones del CEDH etc.

Finalmente, también han ido aumentando sus funciones políticas, especialmente desde la Resolución de 15 diciembre de 1957 de Comité de Ministros por la que se le

---

<sup>8</sup> DIEZ DE VELASCO, M., *Las Organizaciones ...*, op. cit., p. 516.

<sup>9</sup> Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 5 de noviembre de 1950, ratificado por España el 24 de noviembre de 1977 (*BOE*, de 10 de octubre de 1979).

encargó la presentación de informes anuales sobre cooperación en general y en el ámbito de las Organizaciones europeas en particular<sup>10</sup>.

## 2. Órganos subsidiarios

Los órganos principales del Consejo de Europa han ido, a lo largo de su historia, creando un gran número de órganos subsidiarios. Por el tema que nos ocupa, nos detendremos a analizar únicamente dos de esos órganos. En primer lugar, el Comisario para los Derechos Humanos y, después, el Congreso de las autoridades locales y regionales.

### A) *Comisario de Derechos Humanos*

La creación del Comisario de Derechos Humanos se aprobó en la Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Estrasburgo en octubre de 1997. La iniciativa fue recogida en la 104 sesión de la Asamblea Parlamentaria<sup>11</sup>. Tras los oportunos debates de la Asamblea, el Comité de Ministros aprobó la Resolución (99)50<sup>12</sup> en la que instituyó al Comisario de derechos humanos.

De acuerdo con dicha resolución, el Comisario es una institución no judicial que actúa de manera independiente e imparcial y se encarga de promover la educación, la sensibilización y el respeto de los derechos humanos, (arts. 1 y 2). Para la consecución de los objetivos tiene que respetar la competencia de los órganos de control establecidos en el marco del CEDH, así como la de otros instrumentos del Consejo de Europa relativos a los derechos humanos, y sus funciones son distintas de las de aquellos. El comisario no es competente para recibir quejas individuales.

El Comisario es elegido por la Asamblea Parlamentaria por mayoría de votos de una lista de candidatos elaborada por el Comité de Ministros (art. 9). Los candidatos deben tener un alto carácter moral y experiencia en el ámbito de los derechos humanos. Además, tendrán que adherirse a los valores del Consejo de Europa y tener la autoridad necesaria para desempeñar eficazmente el cargo. Durante el mandato, el Comisario, no podrá realizar otras actividades que sean incompatibles con su cargo (art. 10). El mandato del candidato elegido es de 6 años (art. 11).

---

<sup>10</sup> DIEZ VELASCO, M., *Las Organizaciones ...*, op. cit., p. 517 y 518.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 512.

<sup>12</sup> Resolución (99)50 del Comité de Ministros sobre el Comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa, adoptada el 7 de mayo de 1999.

Las finalidades del Comisario de Derechos Humanos son, por un lado, la promoción en los Estados miembros de la educación y a sensibilización en materia de derechos humanos, por otro lado, la identificación de las eventuales insuficiencias tanto del derecho como de la práctica de los Estados miembros relativas a los derechos humanos y, finalmente, la contribución a la promoción y al respeto efectivo, así como al pleno goce de los derechos humanos enunciados en los instrumentos del Consejo de Europa (art. 3)

Para el desempeño de estas funciones, el Comisario visita los Estados miembros con el fin de ver si se está cumpliendo con lo establecido en materia de derechos humanos. Para que esto sea posible, los Estados deben facilitar los contactos con el Comisario, incluidos los viajes, en el contexto de la misión del Comisario y proporcionar en tiempo útil la información solicitada (art. 6). Como resultado de estas visitas, el Comisario puede emitir recomendaciones, opiniones e informes y podrán ser publicados previa autorización del Comité de Ministros del Consejo de Europa (art. 8). En el informe que presenta cada año al Comité de Ministros del Consejo de Europa, el Comisario hace constar, en primer lugar, las visitas realizadas a determinados Estados. En la mayoría de los supuestos por invitación del propio Estado, en otros casos, por indicación del Comité, o incluso por su propia; en segundo lugar, las opiniones y recomendaciones específicas realizadas en relación con determinados Estados; en tercer lugar, las cuestiones relacionadas con las reuniones de defensores del pueblo europeos, y, finalmente, las conclusiones emitidas en relación con Seminarios sobre Derechos Humanos.

En cada uno de los informes, el Comisario describe la situación de los derechos humanos en el país que visita y suele realizar las recomendaciones que considera pertinentes a fin de mejorar la situación de los derechos humanos cuando proceda<sup>13</sup>.

#### *B) Congreso de las Autoridades Locales y Regionales*

El Congreso de las Autoridades Locales y Regionales tiene su predecesor en la Conferencia de Autoridades Locales, que tuvo su primera sesión el 12 de enero de 1957. En 1975, se vio ampliado el mandato de la Conferencia de las Autoridades Locales, pasando a ser la Conferencia de las Autoridades Locales y Regionales de Europa<sup>14</sup>. Más

---

<sup>13</sup> Ver para todo este apartado OSUNA SALADO, A., “Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa. Crónica de actividades”. *Anuario de derecho europeo*, n. 4 (2004) 245-252, especialmente pp. 245 y 247

<sup>14</sup> Ver folleto editado por la Secretaría del Congreso de las Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa titulado, *The Congress of Local and Regional authorities of the Council of Europe. Bringing democracy to your doorstep at the heart of our cities and our regions*, Estrasburgo 2015, p. 2.

tarde, en 1985, se adoptó la Carta Europea de la Autonomía Local<sup>15</sup> que entró en vigor en el año 1988. Esta carta fue ratificada por los 47 Estados miembros del Consejo de Europa y es el primer Tratado internacionalmente vinculante que garantiza los derechos de las comunidades y de sus autoridades electas<sup>16</sup>.

En 1994 surge el deseo de hacer de la Conferencia un verdadero organismo político y conseguir una representación regional más acentuada, por lo que se creó el Congreso de las Autoridades Locales y Regionales que sustituyó a la Conferencia. El Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su sesión del 14 de enero de 1994, aprobó la Resolución Estatutaria (94)3 relativa a la institución del Congreso de las Autoridades Locales y Regionales de Europa, así como su Carta. La Cumbre de Viena, celebrada en octubre del mismo año, dio permiso para la transformación de la Conferencia de Poderes Locales y Regionales en el Congreso de Poderes Locales y Regionales. De esta forma, la institución pasaría de tener un mero estatus de comité consultivo de expertos, al de un verdadero órgano consultivo, al mismo nivel que la Asamblea Parlamentaria.

El 8 de julio de 2015, el Comité de Ministros aprobó una versión revisada de la Resolución estatutaria del Congreso, que contiene la Carta también revisada<sup>17</sup>, con miras a fortalecer y desarrollar el papel de las autoridades locales dentro del marco institucional del Consejo de Europa.

El Congreso dispone de tres instrumentos de actuación diferentes: Opiniones dirigidas a la Asamblea Parlamentaria y al Comité de Ministros del Consejo de Europa, en respuesta a consultas formuladas por estos órganos. Resoluciones dirigidas a entes locales y regionales, que son el instrumento característico del organismo y su vía de comunicación oficial y directa con sus representados. Recomendaciones sometidas al Comité de Ministros o a la Asamblea Parlamentaria con el fin de promover la autonomía local y el regionalismo en sus diferentes facetas. En estos años, el Congreso ha adoptado un conjunto de Resoluciones y Recomendaciones sobre diferentes ámbitos temáticos. Entre ellos, informes específicos sobre la situación de la autonomía local y/o regional en un país, fianzas locales y regionales, subsidiariedad, participación de ciudadanos y derechos de usuarios. Igualmente, también ha adoptado resoluciones y recomendaciones

---

<sup>15</sup> Carta Europea de la Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, hecha en Estrasburgo. Ratificada por España el 8 de noviembre de 1988 (*BOE*, de 24 de febrero de 1989).

<sup>16</sup> Ver la web del Congreso de Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa: [http://www.coe.int/t/congress/texts/conventions/conventions\\_en.asp?mytabsmenu=6](http://www.coe.int/t/congress/texts/conventions/conventions_en.asp?mytabsmenu=6).

<sup>17</sup> Charter and Statutory Resolution of the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe, versión revisada adoptada por el Comité de Ministros el 8 de julio de 2015.

sobre la cooperación transfronteriza, hermanamientos, e informes específicos a zonas geográficas o tipos de regiones. Además, también ha emitido resoluciones y recomendaciones sobre cuestiones sociales y de ciudadanía, como puede ser la sanidad, acciones en materia de exclusión y paro. Otro tipo de ámbitos temáticos son la ordenación del territorio y desarrollo regional; las políticas urbanas; el medio ambiente, las minorías, la juventud, la cultura, los deportes etc.

En el marco de la lucha contra la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género nos interesa la Recomendación 211 (2007) sobre la libertad de expresión de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero, y, la Resolución 380 (2015) para garantizar los derechos de las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgénero: una responsabilidad para las ciudades y regiones de Europa.

El Congreso aparece definido en el artículo 1 de su Carta revisada como un órgano consultivo compuesto por representantes de las autoridades locales y regionales de los Estados miembros del Consejo de Europa, que analizaremos más adelante. A cada Estado miembro le corresponde en el Congreso un número de escaños igual al que dispone la Asamblea Parlamentaria. Los representantes deberán ostentar un mandato específico de autoridad local o regional que resulte de las elecciones directas o sean políticamente responsables ante una asamblea directamente elegida (art. 2 de la Carta y 3 de la Resolución Estatuaria). De esta forma se garantiza la plena legitimidad política del Congreso, al estar compuesto por miembros que han concurrido en unas elecciones, habiendo obtenido representación ante los electores. Si se pierde tal mandato electoral local o regional, ello implica la obligación de abandonar el Congreso.

La composición de la delegación correspondiente a cada Estado ante el Congreso, designada por un procedimiento establecido por cada Estado miembro (art. 3.1 de la Carta), debe asegurar una repartición geográfica equilibrada de delegados sobre el territorio del Estado miembro; una representación equitativa de las diferentes categorías de colectividades locales y regionales existentes en el Estado miembro, así como de las diferentes corrientes políticas presentes en los órganos de las colectividades locales y regionales del Estado miembro (art. 2.2 de la Carta).

En definitiva, el Congreso, es el portavoz de las Regiones y los Municipios de Europa, lugar de diálogo privilegiado que ofrece la posibilidad de debatir problemas comunes y expresar sus puntos de vista. Además, también colabora con las organizaciones nacionales e internacionales que representan los poderes locales y regionales.

Desde que la Conferencia Permanente de las Autoridades Locales se abrió a las Regionales, se produjo una convivencia conflictiva entre ambos poderes Locales y Regionales. Los poderes Locales ejercieron un monopolio de *facto*, y eran muchos los Estados que deseaban una representación diferenciada entre los dos niveles político-administrativo. El artículo 4 de la Resolución Estatutaria establece que el Congreso ejercerá sus funciones con el concurso de dos cámaras: una representativa de las autoridades locales que es la “Cámara de los poderes locales” y otra representativa de las autoridades regionales que es la “Cámara de las Regiones”. De esta forma, se reconoce el papel distinto de los poderes locales y regionales. Cada una de estas dos Cámaras tiene capacidad para celebrar sesiones propias, en función de los temas que trate y para crear sus propios grupos de trabajo, así como su Comisión Permanente. Cada cámara puede adoptar también de forma independiente su reglamento interior

Las finalidades del Consejo aparecen definidas en el artículo 2 de su Resolución estatutaria. El Congreso, ejerce una función consultiva, pudiendo éste ser consultado por el Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria sobre cuestiones que puedan afectar a las responsabilidades e intereses de las autoridades locales y/o regionales que representan. Junto a esa función consultiva emprende otras actividades cuyos objetivos son los de garantizar que los entes locales y regionales participen en el ideal de unidad europea; presentar al Comité de Ministros propuestas para promover la democracia local y regional; promover la cooperación entre las autoridades locales y regionales; mantener el contacto con Organizaciones internacionales como parte de la política general de relaciones exteriores del Consejo de Europa y trabajar en cooperación con las autoridades nacionales y las asociaciones democráticas de los entes locales y regionales de los Estados miembros del Consejo de Europa, en especial con el Comité de las Regiones de la Unión Europea. En tercer lugar, el Congreso puede preparar informes por país sobre la situación de la democracia local y regional en todos los Estados miembros y en los Estados que hayan notificado su adhesión al Consejo de Europa, y velar por que se cumpla lo establecido en la Carta Europea de Autonomía Local. Además, el Congreso puede preparar informes y recomendaciones después de la observación de elecciones. Estas recomendaciones y opiniones se enviarán a la Asamblea Parlamentaria y / o al Comité de Ministros, así como a las organizaciones e instituciones europeas e internacionales. Las

resoluciones y otros textos adoptados que no impliquen una posible acción de la Asamblea y / o del Comité de Ministros se les transmitirán para su información<sup>18</sup>.



---

<sup>18</sup> Ver para todo este apartado CASTRO RUANO, J.L., “La cámara de las Regiones del Consejo de Europa, pionera de la representación regional diferenciada”. *Azpilcueta: cuadernos de derecho*, n. 16 (2001), 63-75, especialmente pp. 65, 66, 68, 70 y 71,

## CAPÍTULO II

# LA LABOR DEL CONSEJO DE EUROPA EN MATERIA DE PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

El Consejo de Europa ha desarrollado a diferentes niveles una de promoción y defensa de los derechos humanos de todas las personas. En el marco del trabajo, analizaremos la labor llevada a cabo para luchar especialmente contra la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género.

A continuación, explicaremos, en primer lugar, el contenido de las resoluciones y recomendaciones adoptadas en el seno de la Asamblea Parlamentaria, el Comité de Ministros. En segundo lugar, Congreso de las Autoridades Locales y Regionales. Y, en tercer lugar, la labor del Comisario de Derechos Humanos.

### I. RESOLUCIONES Y RECOMENDACIONES DE LA ASAMBLEA PARLAMENTARIA Y DEL COMITÉ DE MINISTROS

En este primer apartado abordaremos la labor llevada a cabo por los órganos principales del Consejo de Europa en materia de protección de las personas LGTB.

#### **1. Resoluciones y Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria**

Como ya hemos mencionado en el Capítulo I, una de las principales funciones de la Asamblea Parlamentaria es la adopción de recomendaciones al Comité de Ministros sobre cualquier asunto que se encuentre dentro de las competencias del Consejo de Europa. Las resoluciones y recomendaciones de la Asamblea pueden ser contestadas por el Comité de Ministros en forma de respuesta complementaria. En estas respuestas el Comité manifiesta su opinión sobre el tema tratado en la resolución o recomendación que se trate.

*A) Recomendación 924(1981) de la Asamblea Parlamentaria sobre la discriminación contra la homosexualidad*

El primer texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria en materia de protección contra la discriminación por razón de orientación sexual fue la Recomendación 924(1981)<sup>19</sup>.

En esta Recomendación, la Asamblea hizo referencia únicamente a los homosexuales y consideró que, a pesar de que los Estados habían adoptado a nivel nacional nueva legislación para eliminar la discriminación basada en la orientación sexual, éstos seguían sufriendola ya que en la sociedad de esa época primaba la idea de familia tradicional, lo que daba lugar a la exclusión de determinados trabajos y a la existencia de actos de agresión contra los homosexuales. Asimismo, tuvo en cuenta que, en muchos países, las relaciones entre personas del mismo sexo, seguían estando tipificadas como delito. Igualmente, consideró que toda persona que haya alcanzado la mayoría de edad prevista en su país de origen y sean capaces de dar un consentimiento personal válido, debían gozar de su derecho de autodeterminación sexual. Finalmente, recordó la obligación de los Estados de proteger al niño.

Con base a esto, la Asamblea hizo una lista de recomendaciones que dirigió al Comité de Ministros. Por un lado, recomendó al Comité de Ministros que instase a los Estados miembros a abolir las leyes y prácticas consistentes en la persecución de personas homosexuales, y, por otro lado, que aplicasen la misma edad mínima de consentimiento tanto para las relaciones heterosexuales, como para las homosexuales.

Además, recomendó al Comité de Ministros hacer un llamamiento a los gobiernos de los Estados miembros para que éstos ordenasen la destrucción de los registros existentes sobre homosexuales y aboliesen las prácticas de mantenerlos por parte de cualquier autoridad. También recomendó que se asegurase la igualdad de trato en el empleo y se aconsejó que se solicitase el cese de toda acción o investigación médica obligatoria dirigida a cambiar la orientación sexual de los adultos, sugirió que la orientación sexual de los padres dejase de ser motivo para restringir sus derechos de custodia y visita a los hijos y finalmente, llamó a las autoridades públicas a estar atentas al riesgo de violencia y delitos sexuales que pueden darse en las cárceles y otras instituciones.

---

<sup>19</sup> Recomendación 924 (1981) de la Asamblea Parlamentaria sobre la discriminación contra la homosexualidad, de 1 de octubre de 1981.

*B) Recomendación 1117(1989) de la Asamblea Parlamentaria sobre la condición de los transexuales*

Pocos años después, la Asamblea Parlamentaria adoptó la Recomendación 1117(1989)<sup>20</sup> en la que se centró en los transexuales. La Recomendación fue posteriormente contestada por el Comité de Ministros.

La Asamblea partió de la definición del transexualismo, considerando que es un síndrome caracterizado por la existencia de una personalidad dual, física y psicológica, unida a la convicción tan profunda de pertenecer al otro sexo que, lleva a la persona en cuestión a pedir el correspondiente cambio de sexo.

En sus considerandos, la Asamblea tuvo en cuenta que los progresos médicos permitían que las personas pudiesen adoptar el sexo con el que se sienten identificados. El problema surgía porque estos cambios tenían que ser reflejados en los documentos oficiales, algo a lo que los Estados todavía se negaban, por lo que las personas transexuales se veían afectadas al tener que explicar la razón de la discrepancia entre su físico y su condición jurídica. También observó la falta de normas específicas que protegiesen a los transexuales de las discriminaciones y violaciones a sus vidas privadas. Asimismo, tuvo en cuenta la jurisprudencia del TEDH y la Resolución del Parlamento Europeo en la que pide al Consejo de Europa que promulgue una nueva convención para la protección de los transexuales<sup>21</sup>.

Por todo esto, recomendó al Comité de Ministros que invitase a los Estados a introducir una legislación que permita a los transexuales realizar los cambios pertinentes en sus documentos oficiales, que protegiese sus vidas privadas y que prohibiese toda discriminación de conformidad con el artículo 14 del CEDH.

El 17 de febrero de 1994, el Comité de Ministros respondió a la Recomendación 1117(1989) de la Asamblea. En esta respuesta, se mostró de acuerdo con lo expuesto por la Asamblea y satisfecho por la jurisprudencia del TEDH, ya que ésta había impulsado una evolución alentadora de la práctica judicial de algunos Estados miembros, en relación con el reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales. Además, subrayó la complejidad de las situaciones jurídicas derivadas de la transexualidad, como

---

<sup>20</sup> Recomendación 1117(1989) de la Asamblea Parlamentaria sobre la condición de los transexuales, 29 de septiembre de 1989.

<sup>21</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre la discriminación de los Transexuales, adoptada el 12 de septiembre de 1989. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 9 de octubre de 1989.

puede ser el matrimonio o la filiación que requieren un estudio detallado. El Comité de Ministros se basó en la jurisprudencia del TEDH para concluir que la práctica de los Estados y la jurisprudencia nacional permitían los cambios en los registros de nacimiento tras la cirugía para el cambio de sexo. Por otra parte, observó, al igual que el TEDH en el *Caso B. contra Francia*<sup>22</sup>, que no existe un amplio consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa. Por todo esto, el Comité consideró que el cambio de sexo al que se somete una persona solo se completa cuando su nueva identidad es reconocida por la ley ya que esto de efecto jurídico a la operación y de esta forma se garantiza la seguridad jurídica para él y para la sociedad.

El Comité de Ministros recordó que todos los Estados miembros deben tener en cuenta la jurisprudencia del TEDH en lo que respecta al reconocimiento jurídico de los transexuales, y la importancia de examinar la necesidad de adoptar medidas jurídicas adecuadas en este ámbito. Finalmente, el Comité de Ministros consideró que se necesita más información en este ámbito.

*C) Recomendación 1470(2000) de la Asamblea Parlamentaria sobre la situación de gays y lesbianas y sus parejas en materia de asilo e inmigración en los Estados miembros del Consejo de Europa*

Casi una década después, ya en el 30 de junio del 2000, la Asamblea Parlamentaria adoptó la Recomendación 1470(2000)<sup>23</sup>, centrada en los temas de inmigración y asilo en la que introduce por primera vez los términos gay y lesbianas.

La Asamblea se centró en el derecho al asilo porque consideró que las políticas de inmigración discriminaban a las personas gays y lesbianas, especialmente cuando un Estado no reconoce la persecución por motivo de orientación sexual como razón para conceder asilo. Igualmente, observó que las normas referentes a la reagrupación familiar y a las prestaciones sociales no se aplicaban a parejas del mismo sexo.

En materia de asilo, consideró que en virtud del artículo 1. A.2 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>24</sup>, la persona con fundados temores de ser perseguida por motivo de su orientación sexual debe ser considerada como miembro de

---

<sup>22</sup> *B. contra Francia*. Sentencia de 25 de marzo de 1992.

<sup>23</sup> Recomendación 1470(2000) de la Asamblea Parlamentaria sobre la situación de gays y lesbianas y sus parejas en materia de asilo e inmigración en los Estados miembros del Consejo de Europa, de 30 de junio de 2000.

<sup>24</sup> Convención sobre el estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951, hecha en Ginebra. Ratificada por España el 22 de julio de 1978 (*BOE*, de 21 de octubre de 1978).

un determinado grupo social, y así, obtener la condición de refugiado. Por último, fue consciente de que el hecho de que la mayoría de los Estados miembros no otorguen derechos de residencia a uno de los miembros de una pareja binacional, puede afectar a estas parejas, ya que pueden verse obligadas a vivir en países diferentes, por lo que consideró que las normas de inmigración aplicables a las parejas no deben diferenciar entre las parejas homosexuales y heterosexuales.

Con base a todo lo anterior, la Asamblea recomendó al Comité de Ministros que instruyese a sus comités para que, en primer lugar, realizasen los correspondientes intercambios de opiniones sobre estos temas, en segundo lugar, examinasen la cuestión de reconocer a los homosexuales como un grupo social en el sentido de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, en tercer lugar, adoptasen directrices para el tratamiento de los homosexuales que sean refugiados y, en cuarto lugar, creasen un sistema de datos que recoja los abusos contra homosexuales y ayudar a los grupos que defienden los derechos humanos de los homosexuales en materia de asilo.

Asimismo, la Asamblea pidió a los Estados que examinasen los procedimientos de determinación de la condición de refugiado, que velasen por que las autoridades que se encargan de la determinación del estatuto del refugiado estén bien informadas y que revisasen sus políticas para asegurar que las familias homosexuales son tratadas sin discriminación. Además, instó a los Estados a fomentar el establecimiento de ONGs de ayuda a los refugiados homosexuales y cooperar con ellas y con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

El 17 de marzo del 2001, el Comité de Ministros contestó a la Recomendación 1470(2000). En esta respuesta, el Comité de Ministros expuso que la citada recomendación había sido puesta en conocimiento de los gobiernos de los Estados miembros y de los comités directivos competentes que dependen del Comité de Ministros.

Con relación a la celebración de intercambios de opiniones y experiencias en esta materia, el Comité de Ministros contestó que el Comité de Expertos sobre Aspectos

Jurídicos del Asilo Territorial, los Refugiados y los Apátridas<sup>25</sup> y el Comité Europeo de Migraciones<sup>26</sup>, tomaron las medidas para dar efecto a dicha solicitud.

En lo referente al reconocimiento de los homosexuales como miembros de un determinado grupo social, en sentido de la Convención de Ginebra de 1951. El Comité de Ministros informó que el Comité de Expertos sobre Aspectos Jurídicos del Asilo Territorial, los Refugiados y los Apátridas incluyó dicha cuestión en su agenda. Por su parte, el Comité Europeo de Migraciones solicitó a la comisión de Expertos sobre el Estatuto Jurídico y los Derechos de los Inmigrantes que considerase el derecho de las parejas homosexuales a la reagrupación familiar.

En lo referente al establecimiento de un sistema europeo para la recopilación de datos y documentación de los abusos contra los homosexuales, junto con la cooperación con grupos y asociaciones que defienden los derechos humanos de los homosexuales, el Comité de Ministros consideró que esto no entraba dentro de las competencias de los mencionados Comités.

*D) Recomendación 1474(2000) de la Asamblea Parlamentaria sobre la situación de gays y lesbianas en los Estados miembro del Consejo de Europa*

En la Recomendación 1474(2000)<sup>27</sup> la Asamblea hizo referencia a la situación de las personas gays y lesbianas en los Estados miembros del Consejo de Europa.

En sus considerandos, la Asamblea recordó que ya había condenado las diferentes formas de discriminación contra los homosexuales en su Recomendación 924(1981). A pesar de ello, éstos seguían siendo objeto de discriminación y observó que muchas veces, esta forma de homofobia estaba propagada por ciertos líderes políticos y religiosos.

La Asamblea aseguró que, el Estado que quisiese adherirse al Consejo de Europa tenía que dejar de tipificar las relaciones entre personas del mismo sexo como delito. Además, observó que muchos Estados miembros del Consejo de Europa, establecían una edad mínima de consentimiento diferente para las relaciones homosexuales y

---

<sup>25</sup> Comité *Ad hoc* del Consejo de Europa que elabora recomendaciones sobre la protección a los refugiados y que han sido adoptadas posteriormente por el Comité de Ministros. Ver documento realizado por ACNUR, titulado “*Interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados*”. Ginebra, abril de 2001. Disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2553.pdf>.

<sup>26</sup> Comité que depende del Comité directivo cuya principal tarea es desarrollar la cooperación europea en materia de migración, fomentar la integración social de las poblaciones de origen migrante y de los refugiados, así como promover las relaciones comunitarias.

<sup>27</sup> Recomendación 1474 (2000) sobre la situación de gays y lesbianas en el Consejo de Europa, de 26 de septiembre de 2000.

heterosexuales. A este respecto, se mostró satisfecha ante la jurisprudencia del TEDH ya que en el *Caso Dudgeon contra Reino Unido*<sup>28</sup>, el Tribunal declaró que la prohibición de las relaciones sexuales entre homosexuales, infringía el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 del CEDH), como veremos más adelante (Capítulo III).

La Asamblea se remitió a su Dictamen núm. 216 (2000)<sup>29</sup>, sobre el proyecto de Protocolo núm. 12 al CEDH. En este dictamen se recomendó al Comité de Ministros que sustituyese el artículo 1 del proyecto de Protocolo núm. 12 por otro artículo 1 que incluyese la orientación sexual y la identidad de género entre los motivos prohibidos de discriminación.

Además, la Asamblea tuvo en consideración que en muchas ocasiones los homosexuales podían ser excluidos del empleo y que existían restricciones injustificadas a su acceso a las fuerzas armadas. No obstante, la Asamblea tomó nota de que muchos países habían evolucionado en esta materia, ya que abolieron todas las formas de discriminación y aprobaron leyes que reconocían parejas homosexuales y la homosexualidad como un motivo para la concesión de asilo cuando existe un riesgo de persecución por motivo de orientación sexual. La Asamblea destacó que todos estos obstáculos estaban motivados por las actitudes de las personas, por ello debían cambiar.

Por todo esto, la Asamblea, recomendó al Comité de Ministros, por un lado, que incluyese en el Protocolo núm. 12 la orientación sexual como motivo de prohibición de discriminación, y, por otro lado, que ampliase los términos de referencia de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia<sup>30</sup> para cubrir la homofobia fundada en la orientación sexual y añadir al personal del Comisario Europeo de Derechos Humanos una persona con especial responsabilidad en cuestiones de discriminación por motivos de orientación sexual. También aconsejó que hiciese un llamamiento a los Estados para que éstos realizaran una serie de modificaciones en sus legislaciones. Entre ellas, que incluyesen la orientación sexual como un motivo prohibido de discriminación; que revocasen las disposiciones legislativas que establezcan que las relaciones entre personas que consienten son susceptibles de persecución penal; que aplicasen la misma edad

---

<sup>28</sup> Caso *Dudgeon contra Reino Unido*. Sentencia de 22 de octubre de 1981, que veremos más adelante, en el Capítulo III.

<sup>29</sup> Dictamen núm. 216 (2000) de la Asamblea sobre el proyecto de Protocolo núm. 12 a al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 26 de enero de 2000.

<sup>30</sup> Órgano Consejo de Europa, integrado por expertos independientes que controla los problemas de racismo, xenofobia, antisemitismo, intolerancia y discriminación por motivos de raza, origen nacional, étnico, color, ciudadanía, religión e idioma. Además, prepara informes y emite recomendaciones a los Estados miembros. Ver web del Consejo de Europa [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp).

mínima de consentimiento tanto para las relaciones heterosexuales como para las homosexuales; y que reconociesen la persecución contra los homosexuales como motivo de concesión del asilo. Asimismo, pidió a los Estados que adoptasen medidas positivas para combatir las actitudes homofóbicas en diferentes ámbitos, como a las escuelas, en la profesión médica, en las fuerzas armadas, etc.; que coordinasen esfuerzos para lanzar campañas de información pública en el mayor número de Estados miembros y que tomasen acción disciplinaria contra las personas que hayan discriminado a otras con motivo de su orientación sexual.

El 19 de septiembre de 2001, el Comité de Ministros respondió a la Recomendación 1474(2000) de la Asamblea. Para esta respuesta solicitó la opinión de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, y se mostró de acuerdo con lo expuesto por la Asamblea.

En relación con la inclusión de la orientación sexual como un motivo prohibido de discriminación, el Comité subrayó la pertinencia del nuevo Protocolo núm. 12 al CEDH, que más tarde explicaremos en el Capítulo II, y establece la prohibición general de discriminación. El Comité subrayó también que era necesario adoptar medidas en los ámbitos de la educación y la formación profesional con el fin de combatir las actitudes homofóbicas y aseguró a la Asamblea que seguiría atendiendo la cuestión de la discriminación basada en la orientación sexual.

*E) Recomendación 1635 (2003) de la Asamblea Parlamentaria sobre lesbianas y gays en el deporte*

En la Recomendación 1635(2003)<sup>31</sup>, la Asamblea se centra en la discriminación de este colectivo en el ámbito del deporte.

En sus considerandos, la Asamblea, recordó que ya se declaró en contra de la discriminación en el deporte en la Resolución 1092(1996)<sup>32</sup> y que la Carta Olímpica<sup>33</sup> establece que toda forma de discriminación con respecto a un país o a una persona por cualquier motivo es incompatible con la pertenencia al Movimiento Olímpico. Además, consideró que la discriminación basada en la orientación sexual va en contra del CEDH

---

<sup>31</sup> Recomendación 1635(2003) de la Asamblea Parlamentaria sobre lesbianas y gays en el deporte, de 25 de noviembre de 2003.

<sup>32</sup> Resolución 1092(1996) Sobre la discriminación contra la mujer en el deporte y más particularmente en los Juegos Olímpicos, de 29 de mayo de 1996.

<sup>33</sup> Carta Olímpica del Comité Olímpico Internacional, vigente a partir del 2 de agosto de 2016. Ver página del Comité Olímpico Internacional <https://www.olympic.org/olympic-studies-centre/collections/official-publications/olympic-charters>.

y su Protocolo núm. 12. También tuvo en cuenta las desventajas de las personas LGTB cuando tratan de participar en actividades deportivas y consideró que la homofobia en el deporte debe combatirse por los mismos motivos que el racismo y otras formas de discriminación.

Con base a estos considerandos, la Asamblea hizo un llamamiento a los Estados miembros y a las organizaciones deportivas europeas, se dirigió a los medios de comunicación y elaboró una lista de recomendaciones que dirigió al Comité de Ministros.

Con respecto a los Estados miembros, la Asamblea les pidió que organizaran campañas activas contra la discriminación en el deporte, que incluyesen los insultos y la homofobia como motivo de discriminación y hostigamiento por razón de orientación sexual y que hiciesen del canto homofóbico un delito criminal, como ocurre con el cántico racista. Finalmente, se les pidió involucrar a las ONG de la comunidad gay y lesbiana en sus campañas deportivas.

En cuanto a las organizaciones de deportes europeas, la Asamblea pidió que se considerase el canto homofóbico como una ofensa a los estatutos de las organizaciones. También se instó a la UEFA a que adoptase un plan de diez puntos para los clubes de fútbol profesional con el fin de incluir acciones contra la homofobia. Igualmente, pidió que adoptasen directrices para que los clubes deportivos profesionales les ayuden a luchar contra toda discriminación incluido el racismo, la xenofobia, la discriminación de género y la homofobia.

A los medios de comunicación les llamó a que representen de manera justa la fuerza y la competencia de todos los atletas independientemente de su orientación sexual.

En cuanto al Comité de Ministros, la Asamblea, formuló las siguientes recomendaciones.

En primer lugar, que ampliase los motivos del artículo 4 de la Carta europea del deporte<sup>34</sup> para añadir la cuestión de la homofobia y la discriminación. En segundo lugar, que la cuestión de la homofobia y la discriminación en el deporte y la educación se incluyese en la preparación de la 10ª Conferencia de Ministros Europeos del Deporte celebrada en 2004. En tercer lugar, que invitase a los Embajadores nacionales para el deporte, tolerancia y juego limpio<sup>35</sup> a incluir estos elementos en su misión. Y, en cuarto lugar, que se considerase la inclusión de la cuestión de la homofobia en el Convenio Europeo sobre la violencia del espectador y la mala conducta en los eventos deportivos, en particular en los partidos de fútbol.

El 17 de noviembre de 2004, el Comité de Ministros contestó a esta Recomendación, mostrándose satisfecho por el interés y la participación de la Asamblea en esta materia e informó de que la Recomendación fue enviada a los gobiernos de los Estados miembros y a su Comité directivo para el desarrollo del deporte<sup>36</sup>. Asimismo, el Comité también coincidió con la Asamblea en que la discriminación en el deporte debía combatirse de igual forma que el racismo y otras formas de discriminación y en que el deporte es un factor clave de la cohesión social y que la principal plataforma de acción futura en este ámbito es a nivel nacional.

En relación con la ampliación del artículo 4 de la Carta Deportiva Europea, considero que no era necesario modificar la mencionada Carta ya que los puntos planteados en la recomendación estaban cubiertos por la Carta revisada.

En cuanto a la propuesta de la Asamblea de abordar la cuestión de la homofobia y la discriminación en la 10ª Conferencia de Ministros Europeos encargados del Deporte, el

---

<sup>34</sup> “1. Se garantizará el acceso a las instalaciones y a las actividades deportivas sin distinción alguna basada en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las ideas políticas o de otra índole, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, los medios de fortuna, el nacimiento o cualquier otra circunstancia.

2. Se adoptarán medidas tendentes a garantizar a todos los ciudadanos la posibilidad de practicar el deporte y, en su caso, se tomarán medidas complementarias que permitan, tanto a los jóvenes dotados de posibilidades como a las personas o grupos desfavorecidos o minusválidos, beneficiarse efectivamente de tales posibilidades.

3. Puesto que la práctica del deporte depende en parte del número y diversidad de las instalaciones y de las posibilidades de acceso a las mismas, su planificación global será competencia de los poderes públicos, que tomarán en consideración las exigencias nacionales, regionales y locales, así como las instalaciones públicas, privadas y comerciales ya existentes. Los responsables adoptarán las medidas precisas para garantizar la buena gestión y la plena utilización de las instalaciones en un entorno seguro.

4. Los propietarios de las instalaciones deportivas adoptarán las disposiciones precisas para permitir el acceso a las mismas de las personas desfavorecidas, incluidas las que presenten alguna minusvalía física o mental”. Artículo 4 de la Carta europea del deporte. Normativa del Consejo de Europa de mayo de 1992.

<sup>35</sup> Embajadores que han sido nombrados por los Estados y que promueven el juego limpio y la tolerancia en el deporte.

<sup>36</sup> Organismo internacional creado por el Consejo de Europa cuyo principal objetivo es el cumplimiento de la Carta Europea del deporte.

Comité concluyó que el tema central de esta conferencia fue “la buena gobernanza en el deporte” y que por lo tanto las conclusiones de la Conferencia son también aplicables al tema en cuestión.

En lo referente a la propuesta de invitar a los Embajadores nacionales para el deporte, el tolerancia y el juego limpio a que incluyesen este elemento en su misión, el Comité de Ministros señaló que esta red, creada por el Comité directivo para el desarrollo del deporte y actualmente el Comité Permanente de la Convención sobre la Violencia de Espectadores, habían organizado una serie de mesas redondas sobre el deporte, la tolerancia y el juego justo a las que se ha invitado la Federación Europea de Deportes Gay y Lesbiana como observador. El Comité de Ministros señaló que este sería el primer paso dado hacia este fin dentro de la misión de los embajadores nacionales.

Por lo que respecta a la inclusión de la cuestión de la homofobia y la mala conducta en el Convenio Europeo sobre la violencia del espectador, señaló que el Comité Permanente de la Convención sobre la violencia de los espectadores confirmó, en su 24ª reunión, que todos los espectadores deben ser capaces de asistir a eventos deportivos en materia de seguridad y confort sin discriminación de ningún tipo.

*F) Resolución 1728(2010) de la Asamblea Parlamentaria sobre la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género*

En su Resolución 1728(2010)<sup>37</sup>, la Asamblea partió de la definición de orientación sexual e identidad de género. Por una parte, consideró que la orientación sexual es una parte de la identidad sexual que incluye la homosexualidad, la heterosexualidad y la bisexualidad. Y, por otra parte, que la identidad de género hace referencia a la sensación interna e individual de cada persona, en relación con su género, por lo que las personas transgénero son aquellas cuya identidad de género no corresponde con su género innato. La Asamblea recuerda que conforme a la jurisprudencia del TEDH (que analizaremos más adelante), la orientación sexual e identidad de género se reconocen como motivo prohibido de discriminación y que una diferencia de trato es discriminatoria cuando no existe una justificación objetiva y razonable. El hecho de que la orientación sexual sea un aspecto íntimo de la vida privada del individuo, da lugar a que sólo las razones particularmente graves pueden justificar una diferencia basada en la orientación sexual y la identidad de género. A pesar de que ya se reconocía la orientación sexual y la identidad

---

<sup>37</sup> Resolución 1728(2010) de la Asamblea Parlamentaria, sobre la Discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, de 29 de abril de 2010.

de género como motivos prohibidos de discriminación, las personas LGTB y los defensores de los derechos humanos, que trabajan por los derechos estas personas, seguían enfrentándose a prejuicios muy arraigados, hostilidad y discriminación generalizada en toda Europa. Estas violaciones a los derechos de las personas LGTB estaban motivadas por el desconocimiento y la falta de comprensión sobre la orientación sexual y la identidad de género. Entre las principales preocupaciones, la Asamblea destaca la violencia física y verbal (discurso y crímenes de odio), restricciones indebidas a la libertad de expresión, reunión, asociación y violaciones del derecho al respeto a la vida privada y familiar.

En esta resolución, la Asamblea se mostró preocupada por las personas transgénero y por las mujeres lesbianas, transgénero o bisexuales. Ya que las primeras se encuentran numerosos obstáculos a la hora obtener el correspondiente tratamiento de cambio de sexo y el reconocimiento legal de su nuevo género y ello implica en la práctica una mayor tasa de suicidio entre las personas transexuales. Y las segundas, suponen un blanco más fácil ya que el motivo de la discriminación está basado en el sexo y en la orientación sexual.

Asimismo, la Asamblea mostró preocupación por las violaciones al derecho a la libertad de expresión y de asociación, ya que éstos son un pilar para la democracia.

Consideró que los líderes políticos, religiosos y civiles, no solo tienen que proteger los derechos, también tienen que abstenerse de un discurso que pueda dar lugar a fomentar la discriminación, es decir, el discurso del odio.

Estas vulneraciones a derechos, no afectan solo a los adultos, también a menores. Cabe tener en cuenta, cuando se trata de jóvenes LGTB, tanto la homofobia como la transfobia tienen serias consecuencias ya que las actitudes que puedan adoptar el profesorado, los compañeros y la familia pueden afectar a la salud mental de estos jóvenes, dando lugar a que éstos terminen con su vida. Por ello que es importante, no criticar la orientación sexual declarada por los jóvenes que tengan una edad temprana.

Dicha Resolución menciona que también deben tratarse los derechos de las “familias LGTB” incluso por medio del reconocimiento legal y la protección de estas familias.

Para lograr eliminar la homofobia y la transfobia se necesita la voluntad política de los Estados miembros. Por ello, la Asamblea subrayó la responsabilidad específica de los parlamentarios de iniciar y apoyar cambios en la legislación y las políticas de los Estados miembros del Consejo de Europa.

De esta forma, la Asamblea pidió a los Estados miembros que abordasen todas estas cuestiones y elaboró una lista de las más importantes. Ente ellas, que los Estados

miembros aseguren los derechos fundamentales de las personas LGTB, especialmente a libertad de expresión, reunión y asociación, según lo establecido en las normas internacionales; que estableciesen vías judiciales a las que puedan acceder las víctimas de violaciones a sus derechos y poner fin a la impunidad de quienes violan los derechos fundamentales de las personas LGTB; que reconociesen a las mujeres bisexuales, transexuales o lesbianas se enfrentan a un mayor riesgo de violencia y ofrecer una mayor protección frente a ese riesgo; que se condenase el discurso del odio y que se reconociese una protección eficaz a las personas LGTB ante esas violaciones; que se incluyese la orientación sexual y la identidad de género entre los motivos prohibidos de discriminación, así como las sanciones por infracciones; que revocasen las disposiciones legales que sean contrarias a la jurisprudencia del TEDH; que garantizaran que la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género pueda ser denunciada eficazmente a los órganos judiciales y no judiciales, y velar por que las estructuras nacionales de los derechos humanos y los organismos de igualdad aborden efectivamente estas cuestiones; que ratificasen el Protocolo núm. 12 sobre la prohibición de discriminación; que garantizaran el reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo cuando la legislación nacional prevea tal reconocimiento, como y se recomendó en el año 2000; proporcionar la posibilidad de responsabilidad parental conjunta de los hijos de la pareja, tenido en cuenta el interés del niño; garantizar el acceso de las personas transgénero a todos sus derechos; que introdujesen campañas para el fomento de la tolerancia, respeto y conocimiento de las personas LGTB; fomentar el dialogo entre las instituciones nacionales de derechos humanos, las personas que defienden los derechos de las personas LGTB y las instituciones religiosas para facilitar los debates públicos y las reformas en relación con las cuestiones referentes a las personas LGTB.

*G) Recomendación 1915 (2010) de la Asamblea Parlamentaria sobre la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género*

El 29 de abril de 2010, la Asamblea adoptó la Recomendación 1915(2010)<sup>38</sup>, que supone una gran evolución en esa materia porque en ella se empieza a hablar de identidad de género. En los considerandos, la Asamblea parte de su Resolución 1728(2010) y de la Recomendación sobre medidas para combatir la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género del Comité de Ministros, que analizaremos más adelante.

La Asamblea considerando que Consejo de Europa tiene la misión de promover el mensaje de no discriminación, hizo tres recomendaciones al Comité de Ministros. En primer lugar, le recomendó que controlase la aplicación de la recomendación sobre las medidas para combatir la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género. En segundo lugar, le aconsejó que definiese más acciones del Consejo de Europa en este ámbito y, en particular, que encargase a un órgano del Consejo de Europa competente en este ámbito que examinase y se ocupase de las cuestiones relacionadas con la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los Estados miembros. Que proporcionase los recursos necesarios para llevar a cabo esta tarea, también le aconsejó que difundiese más ampliamente la jurisprudencia del TEDH sobre la orientación sexual y la identidad de género y que, en el marco de su labor sobre la infancia y la violencia, se ocupase del tema de la violencia homofóbica y transfóbica en la escuela y que siguiese desarrollando programas de sensibilización para fomentar la tolerancia, el respeto y la comprensión de las personas LGTB.

En tercer lugar, la Asamblea recomendó que se incluyese en la futura Convención del Consejo de Europa, sobre prevención y combate de la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, las formas más severas y generalizadas de violencia contra la mujer, de conformidad con la Recomendación 1847(2008) de la Asamblea sobre el tema de la violencia contra las mujeres y violencia doméstica.

*H) Resolución 2048(2015) de la Asamblea Parlamentaria sobre la discriminación contra las personas transgénero en Europa*

Dentro del colectivo LGTB, existen las personas transgénero, que se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad y por ello necesitan políticas que garanticen todos

---

<sup>38</sup> Recomendación 1915 (2010) de la Asamblea Parlamentaria sobre la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, de 29 de abril de 2010.

sus derechos. Las personas transgénero son aquellas cuya identidad de género y/o expresión de género difiere del sexo innato. Por esta razón, la Asamblea Parlamentaria, emitió la resolución 2048(2015)<sup>39</sup>, en la que partió de que los transexuales se enfrentan a una discriminación generalizada en Europa, desde las dificultades de acceso al trabajo, vivienda y servicios, hasta los fuertes ataques que reciben a través del discurso del odio y la intimidación y violencia, tanto física como psicológico. También tuvo en cuenta el desconocimiento de la situación de las personas transgénero y que esto conduce a unos niveles de prejuicios y hostilidad que podían evitarse con la correspondiente información. La Asamblea también manifestó su preocupación por las violaciones a los derechos fundamentales de las personas transgénero ya que cuando intentan acceder a alguno de sus derechos, los procedimientos pueden llegar a ser muy engorrosos. Asimismo, destacó que varios Estados miembros del Consejo de Europa han reformado su legislación sobre reconocimiento legal del género o están en proceso de hacerlo y, acogió con satisfacción el surgimiento de un derecho a la identidad de género, que fue consagrado en primer lugar en la legislación de Malta y que otorga a cada individuo el derecho al reconocimiento de su identidad de género y el derecho a ser tratado e identificado según esta identidad.

La Asamblea llamó a los Estados miembros para que tomaran medidas adecuadas en diferentes ámbitos con el fin de lograr la protección de las personas transgénero.

Así, en materia de las políticas y legislaciones antidiscriminatorias, pidió a los Estados que prohibiesen la discriminación basada en la identidad de género en sus legislaciones; recopilasen y analizaran la información y datos sobre la situación de los derechos humanos de las personas transgénero; promulgasen legislación sobre delito de odio que ofrezcan protección específica a las personas transgénero, proporcionasen protección eficaz contra este tipo de discriminación en el acceso al empleo e involucrar y consultar a las personas transgénero y a sus organizaciones cuando se vaya a elaborar y aplicar medidas políticas y jurídicas que les conciernen.

En materia de reconocimiento del género, se pidió que se desarrollasen procedimientos rápidos basados para el cambio del nombre y del sexo que estuviesen basados en la autodeterminación; que se aboliese la esterilización y otros tratamientos médicos obligatorios y que no se obligase a que una persona a la que se le ha reconocido un nuevo sexo rompa con un matrimonio ya existente antes de dicho reconocimiento; que se considerase la inclusión de una tercera opción de género en los documentos de

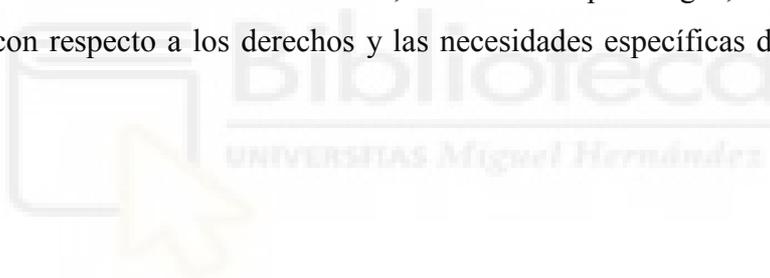
---

<sup>39</sup> Resolución 2048(2015) de la Asamblea Parlamentaria, sobre la discriminación contra las personas transgénero en Europa, de 22 de abril de 2015.

identidad para quienes la buscan y que velasen por que prime el interés superior de los niños en todas las decisiones relativas a éstos.

Con respecto al tratamiento de reasignación de género y atención a la salud se pidió que los Estados hiciesen que los procedimientos de reasignación de género fuesen accesibles para las personas transgénero y que asegurasen su reembolso por los planes de seguro de salud pública; que se incluyese a las personas transgénero explícitamente en la investigación, planes y medidas de prevención del suicidio y que se dejase de clasificar a las personas transgénero, incluyendo a los niños, como enfermos mentales.

En materia de información, sensibilización y formación, la Asamblea consideró que se debía abordar el tema de los derechos humanos de las personas transgénero y la discriminación basada en la identidad de género mediante programas de educación y formación en materia de derechos humanos y adoptar campañas de sensibilización dirigidas al público en general. Además, se pidió proporcionar información y capacitación a los profesionales de la educación, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y los profesionales de los servicios de salud, incluidos los psicólogos, los psiquiatras y los médicos, con respecto a los derechos y las necesidades específicas de las personas transexuales.



## 2. Recomendaciones del Comité de Ministros

Como vimos en el Capítulo I, también el Comité está facultado para llegar a conclusiones que pueden revestir la forma de recomendaciones a los Estados. En este sentido, el Comité ha adoptado dos recomendaciones sobre esta materia. La Recomendación (97)20 sobre el “*discurso del odio*” y la Recomendación (2010)5 sobre las medidas para combatir la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género.

### A) Recomendación 97(20) del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre el “*discurso del odio*”

En la Recomendación (97)20<sup>40</sup>, se ocupó de un tema de especial relevancia, el “*discurso del odio*”. Este se relaciona con la intención de provocar una afectación en la dignidad de un grupo de personas por medio de expresiones hirientes que suelen ser racistas, xenófobas, discriminatorias, machistas, homofóbicas o de cualquier otro tipo. Lo que pretende el discurso del odio es difundir animadversión hacia un grupo determinado, por lo que no se consideran dentro del discurso del odio las ofensas individuales. Éste suele ir acompañando de acciones basadas en la destrucción del otro, es decir, aquel al que consideran el enemigo, lo que hace que las personas que lo llevan a cabo, lo hagan sin seguir un orden y reglas, lo que puede provocar una respuesta hostil de sus interlocutores<sup>41</sup>.

El Comité de Ministros comenzó recordando que, entre los fines del Consejo de Europa, está el de garantizar la mayor unidad de los Estados y la Declaración de los Jefes de Estado y/o de Gobierno del Consejo de Europa adoptada en Viena el 9 de octubre de 1993, que se mostró preocupada por el surgimiento del racismo, antisemitismo y xenofobia. Reafirmó libertad de expresión e información, expresada en la Declaración sobre la libertad de expresión e información, de 29 de abril de 1982, condenó todas las formas de expresión que incitasen al odio, xenofobia y antisemitismo porque socavaban la seguridad democrática y la unidad entre Estados. Además, observó que cuando éstas

---

<sup>40</sup> Recomendación 97(20) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el “*discurso del odio*”, de 30 de octubre de 1997.

<sup>41</sup> ESQUIVEL ALONSO, Y., “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 35 (2016), 3-44, pp. 4 y 7.

se difunden a través de los medios de comunicación pueden ser más perjudiciales, que estas formas de discriminación son más urgentes de combatir en tiempos de guerra y que era necesario que los Estados adoptasen directrices sobre cómo abordar este tema. También tuvo en cuenta el artículo 1.7 del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza<sup>42</sup> y la jurisprudencia del TEDH en materia de los artículos 10 y 17 del CEDH, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial<sup>43</sup> y su Resolución (68) 30 sobre las medidas que deben adoptarse contra la incitación al odio racial, nacional y religioso. Asimismo, observó que no todos los Estados miembros habían ratificado e introducido en sus legislaciones la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Finalmente, manifestó la necesidad de conciliar la lucha contra el racismo y la intolerancia con la exigencia de proteger la libertad de expresión y de respetar plenamente la independencia y la autonomía de los medios de comunicación.

Por todo esto, el Comité de Ministros recomendó a los Estados miembros que tomaran las medidas adecuadas para combatir el discurso del odio sobre la base de una serie de principios básicos, que se concretan en el anexo de la Recomendación; que garantizaran que toda medida que formase parte del enfoque global del fenómeno, centrarse sus causas (sociales, económicas, políticas, culturales y de otra índole). Por otro lado, recomendó que ratificasen y aplicasen en sus legislaciones la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de conformidad con su Resolución (68) 30. Por último, les recomendó que revisasen sus legislaciones y prácticas nacionales para asegurarse de que cumplen con los principios recogidos en el anexo de la recomendación.

El anexo aclara, en primer lugar, que los principios son aplicables al discurso del odio, especialmente al difundido a través de los medios de comunicación. Y define el término de “discurso del odio” a estos efectos señalando que cubre todas las formas de intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante. A continuación, se recogen 7 principios concretos que deben aplicarse al discurso del odio.

---

<sup>42</sup> Convenio Europeo sobre televisión transfronteriza, de 5 de mayo de 1989, hecho en Estrasburgo. Ratificado por España el 1 de octubre de 2000 (*BOE*, de 22 de abril de 1998).

<sup>43</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965. (*BOE*, de 17 de mayo de 1969).

El primero de los principios recuerda la especial responsabilidad que recae sobre las autoridades e instituciones públicas a nivel nacional, regional y local, y los funcionarios que deben abstenerse de toda forma de discurso del odio, en particular ante los medios de comunicación. Tales declaraciones deben ser prohibidas y públicamente rechazadas siempre que ocurran.

El segundo principio establece que los Estados miembros deben establecer un sólido marco jurídico que incluya disposiciones civiles, penales y administrativas sobre el discurso del odio que permitan a las autoridades administrativas y judiciales reconciliar en cada caso el respeto a la libertad de expresión con el respeto a la dignidad humana y la protección de la reputación o de los derechos de otros.

El tercer principio dispone que los gobiernos de los Estados deben velar por que cualquier interferencia de las autoridades en la libertad de expresión sean estrictamente limitada y no arbitrarias sobre la base de criterios objetivos. Estas limitaciones tienen que estar sujetas al control judicial independiente.

El cuarto principio dispone que las legislaciones y prácticas nacionales deben permitir que los tribunales tengan en cuenta que el discurso del odio puede ser tan insultante que pueden llegar a excluir a personas en concreto o a grupos, de la protección del artículo 10 del CEDH. Este es el caso en el que el discurso del odio está orientado a la destrucción de los derechos o a la limitación de los mismos.

El quinto principio dispone que el derecho y la práctica interna de los Estados debe permitir que las autoridades competentes del Ministerio público, prestar atención a los casos de incitación al odio. A este respecto, al derecho del sospechoso a la libertad de expresión porque la imposición de sanciones penales constituye una grave injerencia a dicha libertad, por lo que los tribunales competentes tienen que tener en cuenta el principio de proporcionalidad a la hora de imponer sanciones penales a las personas condenadas por delitos de incitación al odio.

El sexto principio dispone que las legislaciones y las prácticas nacionales deberán distinguir entre la responsabilidad de los autores de las formas de expresión que inciten al odio por una parte y la responsabilidad de los profesionales y los medios de comunicación que contribuyen a su difusión como parte de su misión de comunicar información e ideas sobre temas de interés público, por otra parte.

Finalmente, el séptimo principio se tiene que poner en relación con el anterior, ya que, en cumplimiento del sexto en cumplimiento del sexto, la legislación y la práctica nacional tiene que tener en cuenta: la información sobre el racismo, la xenofobia, el

antisemitismo u otras formas de intolerancia; las normas aplicadas por las autoridades nacionales para evaluar la necesidad de restringir la libertad de expresión deben ajustarse a los principios consagrados en el artículo 10 del CEDH<sup>44</sup>, tal y como establece la jurisprudencia del TEDH y que el respeto de las libertades periodísticas implica también que no corresponde a los tribunales ni a las autoridades públicas imponer sus puntos de vista a los medios de comunicación en cuanto a los tipos de técnicas de informe que deben adoptar los periodistas.

*B) Recomendación (2010)5 del Comité de Ministros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género*

En la Recomendación (2010)5<sup>45</sup>, el Comité de Ministros recordó que los derechos humanos son universales y se aplican a todas las personas sin discriminación por ninguno de los motivos dispuestos en el CEDH. Igualmente reconoció que el trato no discriminatorio por parte de los agentes estatales y las medidas adoptadas por los Estados para dar protección contra el trato discriminatorio, son componentes fundamentales del sistema nacional que protege los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Reconoció asimismo que las personas LGTB han sido durante siglos y siguen siendo, objeto de homofobia, transfobia y otras formas de intolerancia y discriminación, incluso dentro de la familia, por ello se necesita una acción específica para asegurar el pleno goce de los derechos humanos de estas personas.

Además, tuvo en cuenta que tanto la jurisprudencia del TEDH como la de otras jurisdicciones internacionales consideran la orientación sexual como motivo prohibido de discriminación. Y que cualquier diferencia de trato, para no ser discriminatoria, debe tener justificación objetiva y razonable.

---

<sup>44</sup> “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 reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

<sup>45</sup> Recomendación CM/Rec (2010)5 del Comité de Ministros, sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, de 31 de marzo de 2010.

Tuvo en cuenta que no pueden invocarse valores cívicos ni religiosos, ni las reglas de una “cultura dominante” para justificar el discurso del odio ni cualquier otra forma de discriminación y el mensaje que el propio Comité de Ministros dirigió a los Comités directivos y a otros comités que actúan en el marco de la cooperación intergubernamental del Consejo de Europa sobre la igualdad de derechos y dignidad de todos los seres humanos, incluidas las personas LGTB, adoptado el 2 de julio de 2008 y las recomendaciones adoptadas por la Asamblea Parlamentaria desde 1981 relativas a la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Junto a todo esto, valoró el papel del Comisario de Derechos Humanos en la supervisión de la situación de las personas LGTB en los Estados miembros con respecto a la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género y tomó nota de la declaración conjunta sobre la homofobia adoptada por 66 Estados en la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>46</sup>, que condenaba las violaciones de los derechos humanos basada en la orientación sexual y la identidad de género, como asesinatos, tortura, arrestos arbitrarios y privación de derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho a la salud.

Finalmente, subrayó que, para superar la discriminación y exclusión social por motivos de orientación sexual e identidad de género, se necesitan medidas dirigidas a aquellos que experimentan dicha discriminación o exclusión, y a la población en general. Por todo esto, el Comité de ministros elaboró una lista de recomendaciones que dirigió a los Estados miembros del Consejo de Europa. Dicha lista de recomendaciones viene acompañada por un anexo que está dividido en doce títulos, cada uno referente a un ámbito específico.

En lo que respecta a las recomendaciones, el Comité recomendó a los Estados miembros, en primer lugar, que examinasen las medidas legislativas y de otra índole existentes, velasen por su revisión continua, y recopilasen y analizaran datos pertinentes para controlar y reparar toda discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género. En segundo lugar, que velasen por la adopción y aplicación efectiva de medidas legislativas y de otra índole para combatir la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, y garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas LGTB y promover la tolerancia hacia las mismas. En tercer lugar, que velasen por que las víctimas de discriminación conozcan los recursos jurídicos eficaces que pueden interponerse ante una autoridad nacional y tengan acceso los mismos,

---

<sup>46</sup> El 18 de diciembre de 2008.

y que las medidas para combatir la discriminación incluyan las sanciones y la facilitación de una reparación adecuada para las víctimas de discriminación. En cuarto lugar, que los Estados rijan su legislación, políticas y prácticas por los principios y medidas contenidos en el anexo y, en quinto lugar, que se traduzca y difunda esta recomendación lo más ampliamente posible.

Por lo que respecta al anexo, el primer título habla del derecho a la vida, a la seguridad y a la protección contra la violencia. En él se refiere en concreto el “delito de odio” y al “discurso del odio”.

El concepto “delito de odio” hace referencia a una categoría de conductas que presenta como factor significativo y común la presencia de un elemento motivador que es el odio y la discriminación. Son aquellos actos que están dirigidos contra una persona y se encuentran motivados por un prejuicio basado en discapacidad, raza, religión, orientación e identidad sexual, situación de exclusión social o cualquier otra circunstancia social o personal<sup>47</sup>.

En este ámbito, los Estados deben asegurar unas investigaciones eficaces, rápidas e imparciales de los presuntos casos de delito y de otros incidentes en los que existan sospechas de que la orientación sexual o la identidad de género han sido la motivación para el autor, cuando estos delitos son cometidos por las autoridades públicas o por otras personas que actúen en ejercicio de funciones públicas se deberá asegurar que se va a prestar especial atención y que se aplican las correspondientes sanciones. A la hora de determinar la sanción, se tiene que tener en cuenta la motivación relacionada con la orientación sexual o la identidad de género. También se deberá adoptar las correspondientes medidas para asegurar que se aliente a las víctimas y los testigos de delitos de odio, notifiquen dichos incidentes, especialmente a través de los medios de comunicación o de Internet. Además, también deben adoptar las medidas apropiadas para garantizar la seguridad y la dignidad de todas las personas en prisión o en otra situación de privación de libertad.

En cuanto al “discurso del odio”, los Estados deben adoptar las medidas adecuadas para combatir todas las formas de expresión que puedan entenderse como susceptibles de incitar, difundir o promover el odio u otras formas de discriminación. Además, las autoridades públicas deberán abstenerse de realizar declaraciones que puedan ser entendidas como legitimación de dicho odio o discriminación y también, se deberá alentar

---

<sup>47</sup> Ver página del Ministerio del Interior <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/que-es-un-delito-de-odio>

a los funcionarios públicos y otros representantes estatales a promover la tolerancia y el respeto de los derechos humanos.

El segundo título del anexo se refiere a la libertad de asociación (art. 11 del CEDH<sup>48</sup>). En este apartado, el Comité de Ministros dispone que los Estados tienen que adoptar las medidas necesarias para asegurar que el derecho a la libertad de asociación pueda ejercitarse efectivamente sin discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género y que, en particular, se deberían eliminar los procedimientos administrativos discriminatorios y abusivos. Además, debería garantizarse el acceso a los fondos públicos disponibles para las organizaciones no gubernamentales sin discriminación por estos motivos. Los Estados miembros también deben proteger a los defensores de los derechos humanos de las personas LGTB contra la hostilidad y agresión a las que puedan estar expuestos, incluso cuando sean supuestamente cometidas por agentes estatales, con el fin de llevar a cabo libremente sus actividades de conformidad con la Declaración del Comité de Ministros sobre la acción del Consejo de Europa. Finalmente, el Comité de Ministros recomienda que los Estados deberían celebrar consultas apropiadas con las organizaciones no gubernamentales que defienden los derechos humanos de las personas LGTB sobre la adopción y aplicación de medidas que puedan afectar a los derechos humanos de estas personas.

El tercer título, se ocupa del derecho a la libertad de expresión y de reunión pacífica. En esta materia, el Comité aconseja a los Estados a adoptar medidas apropiadas, a nivel nacional, local y regional, para garantizar el ejercicio efectivo sin discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género del derecho a la libertad de expresión (art. 10 del CEDH), para proteger a los participantes de las manifestaciones pacíficas y para evitar que se impongan limitaciones al ejercicio de ese derecho. Los Estados deben adoptar las medidas adecuadas para proteger a los participantes en las manifestaciones pacíficas a favor de los derechos humanos de las personas LGTB contra todo intento de perturbar o impedir el ejercicio efectivo de su derecho a la reunión pacífica y libertad de expresión. También se deberá adoptar medidas para evitar que se impongan limitaciones al ejercicio efectivo de dichos derechos. Asimismo, también se deberá alentar a las autoridades públicas de todos los niveles, a condenar las injerencias ilícitas a este derecho de las personas y los grupos.

---

<sup>48</sup> que explicaremos más adelante en el Capítulo III, referente a la jurisprudencia del TEDH.

El título cuarto, hace referencia al derecho al respeto de la vida privada y familiar y recomienda a los Estados que deroguen las disposiciones discriminatorias que penalizan las relaciones entre personas del mismo sexo, incluyendo aquellas que establezcan una edad mínima de consentimiento para el mantenimiento de relaciones sexuales entre homosexuales diferente a la establecida para los heterosexuales. Asimismo, se debería adoptar medidas para que las disposiciones penales no puedan conducir a una aplicación discriminatoria. Los Estados deben velar por que los datos referentes a la orientación sexual de una persona no puedan ser recopilados ni almacenados por las autoridades públicas. Del mismo modo, los requisitos previstos para el reconocimiento jurídico del nuevo sexo de una persona, deberían examinarse con regularidad para eliminar los abusivos, además debería garantizarse el reconocimiento jurídico del nuevo sexo de una persona en todos los ámbitos de la vida. En relación a esto, una vez que se haya reconocido legalmente el cambio de sexo, los Estados deben garantizar el derecho de las personas transexuales a contraer matrimonio con una persona de sexo opuesto. En caso de que se adopte una disposición que confiera derechos y obligaciones a parejas no casadas, el Estado debe velar por que se conceda tanto a las personas heterosexuales como homosexuales y así que sus disposiciones no sean discriminatorias.

En los casos en los que un Estado no reconozca ni confiera derechos, ni imponga obligaciones a las parejas del mismo sexo registradas y las parejas no casadas, les invita a que contemplen la posibilidad de proporcionar, medios legales o de otro tipo para abordar los problemas prácticos que pueden vivir día a día.

Por lo que respecta a los niños, el Comité de Ministros recomienda que se tenga en cuenta siempre el interés de éstos. Se aconseja que los Estados que permitan la adopción a personas solteras, garanticen que las leyes se apliquen sin discriminación basada en la orientación sexual o la identidad de género. Lo mismo ocurre en el caso de aquellos Estados que permiten la reproducción asistida a las mujeres solteras, estos Estados deben garantizar el acceso a dicho tratamiento sin discriminación por motivos de orientación sexual.

En el apartado cinco del anexo, que hace referencia al empleo, el Comité de Ministros recomienda que los Estados deben adoptar medidas apropiadas, tanto en el sector privado como público. Estas medidas deben abarcar las condiciones de acceso al empleo, despidos, salarios entre otras. Destacando la protección efectiva del derecho de privacidad de las personas transexuales en el contextos del empleo, en particular con respecto a las

solicitudes de empleo, para evitar toda revelación innecesaria de sus antecedentes relacionados con el género o de su anterior nombre al empleador y a otros trabajadores.

El título sexto hace mención a la educación. En él se tiene en cuenta el interés primordial del niño y el Comité de Ministros recomienda que se adopten las medidas legislativas y de otra índole para garantizar el efectivo derecho a la educación sin discriminación por cualquier motivo de los antes mencionados. Además, se deberá promover la tolerancia y el respeto mutuo en las escuelas con independencia de la orientación sexual o la identidad de género.

El séptimo apartado el Comité de Ministros se refiere a la salud y dispone que los Estados deben adoptar las medidas legislativas adecuadas y de otra índole para garantizar el disfrute, al más alto nivel, de la salud sin discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, en especial, se deberá tener en cuenta las necesidades de las personas LGTB en la elaboración de planes nacionales de salud, incluyendo medidas para la prevención de suicidios, encuestas de salud, programas de estudios médicos, cursos y materiales de formación, y en el control y la evaluación de la calidad de los servicios de salud. No se deberá clasificar como una enfermedad. Asimismo, se deberá garantizar a las personas transexuales el acceso efectivo a los servicios adecuados de reasignación de género, incluidos los psicólogos, endocrinológicos y cirujanos especialistas en la atención sanitaria de personas transexuales. Además, se debe garantizar que toda decisión que limite la cobertura prevista en el seguro de salud para los procedimientos de cambio de sexo sea lícita, objetiva y proporcional.

El título octavo, hace mención a la vivienda, en este apartado el Comité aconseja a los Estados adoptar medidas tendentes a garantizar el derecho a una vivienda sin discriminación. Se debería prestar atención apropiada al riesgo de falta de vivienda de las personas LGTB, incluidos los jóvenes y niños que pueden ser particularmente vulnerables a la exclusión social, incluso por parte de sus propias familias; a este respecto, se deberían prestar los servicios sociales pertinentes sobre la base de una evaluación objetiva de las necesidades de cada persona, sin discriminación alguna.

El título noveno, se refiere al deporte y dispone que la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género son, al igual que el racismo y otras formas de discriminación, inaceptables y deberían combatirse. Las instalaciones deportivas deberán estar abiertas a todos sin discriminación basada en la condición sexual. Y los Estados miembros deberían fomentar el diálogo con asociaciones deportivas y clubes de aficionados al deporte, así como el apoyo a los mismos en el desarrollo de actividades de

sensibilización relativas a la discriminación contra las personas LGTB en el deporte, y al condenar las manifestaciones de intolerancia hacia ellos.

El décimo título se refiere y aconseja a los Estados a reconocer la orientación sexual como motivo de temor fundado de persecución y por lo tanto ser una razón para conceder la condición de refugiado y asilo, en los casos en los que un Estado proporcione asilo a una persona, se deberá garantizar que dicha persona no será devuelta al país en el que su vida o libertad se vean amenazadas, o en el que corran el riesgo de tortura, trato inhumano o degradante, o castigo, por motivos de orientación sexual o identidad de género.

El título decimoprimer del anexo, versa sobre las estructuras nacionales de derechos humanos y dispone que los Estados deben asegurar que éstas tengan el claro mandato de luchar contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.

Para terminar, el título duodécimo, se refiere a la discriminación múltiple y alienta a los Estados miembros a adoptar medidas encaminadas a asegurar que la legislación nacional que prohíbe o previene la discriminación brinde asimismo protección contra la discriminación múltiple, incluyendo los motivos de orientación sexual o identidad de género; las estructuras nacionales de derechos humanos deberían tener un amplio mandato que les permita abordar dichas cuestiones.

## II. RECOMENDACIONES Y RESOLUCIONES DEL CONGRESO DE LAS AUTORIDADES LOCALES Y REGIONALES

El Congreso de Autoridades Locales y Regionales, órgano subsidiario del Consejo de Europa, ha adoptado una recomendación, que fue posteriormente contestada por el Comité de Ministros, y una resolución en este ámbito.

Para la adopción de la Recomendación 211(2007)<sup>49</sup> el Congreso tuvo en cuenta que la democracia exige el disfrute de la libertad de expresión y reunión sin injerencia de la autoridad pública. La protección de estos derechos es esencial para garantizar la capacidad de respuesta de las autoridades gubernamentales y la protección del resto de derechos humanos. Además, el derecho a expresar y compartir la propia identidad con los demás es una parte integrante de la tolerancia. Igualmente, tuvo en consideración que estas libertades llevan consigo ciertos deberes y responsabilidades, por lo que las autoridades locales y regionales pueden imponer restricciones cuando éstas son

---

<sup>49</sup> Recomendación 211(2007) del Congreso de las Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa sobre libertad de reunión y expresión para lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, de 28 de marzo de 2007.

consideradas por la ley como necesarias en una sociedad democrática y persigan los objetivos legítimos enumerados en los instrumentos regionales e internacionales de derechos humanos. Desafortunadamente, los incidentes homofóbicos en varios Estados miembros han puesto de relieve no solo la violación sistemática de los derechos fundamentales de la comunidad LGTB, sino que en muchos casos las mismas autoridades que tienen la obligación positiva de proteger a sus ciudadanos contra la discriminación, están apoyando y perpetrando esta injusticia. El Congreso llevo a cabo un análisis general de la aplicación de estos derechos a nivel local en toda Europa y formuló al Comité de Ministros lo siguiente:

En primer lugar, que invitase a los Estados miembros a que adoptasen una postura pública contra la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género, así como medidas adecuadas para combatir el discurso de odio sobre la base de los principios establecidos en la Recomendación (97) 20 del Comité de Ministros.

En segundo lugar, recomendó que aplicasen las “directrices sobre la libertad de reunión pacífica” que estaban siendo redactadas por un grupo de expertos de la OSCE sobre libertad de reunión.

En tercer lugar, que los Estados investiguen los casos de violencia y odio en los eventos LGTB para determinar si la discriminación o la homofobia pueden haber desempeñado un papel en la comisión de un delito y garantizar el enjuiciamiento de los responsables.

En cuarto lugar, recomendó que los Estados tomasen medidas positivas, como exige el TEDH, para garantizar una efectiva libertad de reunión y de expresión en todo su territorio nacional y que las leyes que impidan la libertad de expresión o de reunión tienen que ser lícitas y cumplir con un objetivo legítimo y que no fuesen más restrictiva de lo necesario para alcanzar ese objetivo.

También, recomendó que los grupos LGTB fuesen consultados a la hora de llevar a cabo una reforma de cualquiera de las medidas anteriores para asegurar el beneficio mutuo de todos los interesados y fomentar un espíritu de cooperación en lugar de confrontación.

Del mismo modo, expuso que los organizadores de actos en los que se hayan impuesto restricciones o que hayan sido prohibidos deben tener derecho de acceso a un órgano jurisdiccional independiente para que puedan impugnar dichas restricciones.

Además, pidió que autoridades locales fuesen informadas de toda nueva legislación y jurisprudencia relativa a la libertad de reunión y de expresión ya las medidas contra la discriminación.

Finalmente, animó a que la prestación de apoyo financiero o de otra índole por parte de las autoridades locales a los organizadores de eventos LGTB, sea proporcionada por igual a todos los grupos similares sin ninguna distinción.

El 16 de enero de 2008, esta Recomendación fue contestada por el Comité de Ministros, que la examinó y la llevó a la atención de los gobiernos de los Estados miembros, del Comisario de Derechos Humanos y de los Comités Directivos de Derechos Humanos.

En esta respuesta, el Comité de Ministros declaró que estaba preocupado por el derecho a la libertad de reunión y expresión de las personas LGTB en varios Estados miembros del Consejo de Europa y se remitió a su Recomendación (97) 21 sobre los medios de comunicación y la promoción de una cultura de tolerancia, que subraya la importancia de la práctica profesional de los medios de comunicación y la responsabilidad de proteger diversos grupos o individuos contra los estereotipos negativos. Asimismo, recordó que el artículo 10 del CEDH protege la libertad de expresión y reunión pacífica. Con respecto a la libertad de reunión el Comité recordó que el CEDH permite restringir el ejercicio de este derecho cuando esto esté previsto por ley y resulte necesario en una sociedad democrática. También remitió a la jurisprudencia del TEDH para decir que las manifestaciones no pueden ser prohibidas por la existencia de actitudes hostiles a los manifestantes o a las causas que defienden.

Además, el Comité consideró que las autoridades locales desempeñan un papel central en el respeto de los derechos de los ciudadanos a la libertad de reunión y de expresión y recordó que en su Recomendación (97)20 dispuso que las instituciones tienen una “responsabilidad especial de abstenerse de declaraciones, del discurso y de otras formas de discriminación basadas en la intolerancia (principio núm. 1) especialmente cuando se difunden a través de los medios de comunicación y que toda interferencia legítima con la libertad de expresión debe ser “circunscrita y aplicada de manera lícita y no arbitraria sobre la base de criterios objetivos” (Principio núm. 3).

Unos años después, el Congreso adoptó la Resolución 380(2015)<sup>50</sup> en la que partió de la consideración de que las personas LGTB siguen enfrentándose a prejuicios muy arraigados, hostilidad y discriminación en toda Europa, a pesar de la existencia de numerosos textos internacionales sobre derechos humanos y expresó que los valores culturales, religiosos, tradicionales no pueden ser invocados para justificar el discurso del odio o cualquier forma de discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género.

Asimismo, tuvo en cuenta que los derechos humanos son una responsabilidad de los diferentes niveles de autoridad y que la relación entre los personajes electos y los ciudadanos da lugar a que los órganos locales y regionales sean los más adecuados para combatir la discriminación y lograr la igualdad, aunque, éstos no siempre saben cómo abarcar estas cuestiones y garantizar los derechos de las personas LGTB. Destacó que los estudios demuestran que hay pocas autoridades que incluyen asuntos referentes a este colectivo en sus agendas políticas, destacando el caso de las zonas rurales por lo que pueden aparecer lagunas que dejan desprotegidas a las personas LGTB de posibles discriminaciones que pueden ser modificadas por medio de la cooperación e intercambios de buenas prácticas entre las autoridades locales y regionales, pero también a través de la cooperación a varios niveles.

Para adoptar buenas políticas en las que se integren cuestiones LGTB y que satisfagan los intereses de todos los ciudadanos, el Congreso entiende que se puede cooperar con los grupos de defensa de las personas LGTB y que si se adoptan buenas políticas mejorará el acceso de las personas LGTB a todos sus derechos como es el de la educación, empleo, vivienda, asistencia sanitaria y otros servicios.

En este sentido, destacó que el logro del respeto de los derechos humanos del colectivo LGTB puede conseguirse aumentando la concienciación de todos los ciudadanos por medio de campañas, iniciativas o incluyendo en la educación a todos los niveles materias de derechos humanos.

En relación con los políticos, éstos tienen que promover el respeto de los derechos humanos ya que son un foco importante para los medios, por ello deben abstenerse de realizar declaraciones que inciten al odio y a la comisión de actos que discriminen a las personas.

---

<sup>50</sup> Resolución 380(2015) del Congreso de las Autoridades Locales y Regionales para garantizar los derechos de las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgénero: una responsabilidad para las ciudades y regiones de Europa, de 24 de mayo de 2015.

Por todo esto, el Congreso invitó a las autoridades, tanto locales como regionales, a promover el respeto de los derechos humanos y a rechazar la discriminación. A que denunciasen públicamente toda promoción de odio, intolerancia y discriminación. A que introdujesen la materia de los derechos humanos en la educación, así como la realización de campañas y actividades educativas. También invitó a que cooperasen las administraciones locales, regionales, organismos especializados, grupos de promoción y las organizaciones de voluntarios. A que se remediase el vacío legal en esta materia y a buscar ejemplos de buenas prácticas de otras autoridades locales y regionales.

Además, pidió que se garantizase que todos los empleados de las autoridades locales y regionales, así como el personal contratado por empresas privadas, reciban la formación adecuada y que se estableciesen oficinas municipales de coordinación LGTB para coordinar las políticas LGTB en todos los departamentos municipales, desarrollar políticas LGTB para asegurar las que necesidades específicas estén cubiertas, proporcionar información. El Congreso también pidió que se elaborasen guías para cumplir las obligaciones de derechos humanos en cooperación con los grupos locales LGTB. Realizar una auditoría de la presentación y acceso a servicios y llenar los vacíos por medio de la introducción de nuevas políticas, garantizando por medio de un seguimiento permanente, la pertinencia y eficacia de dichas políticas. Y finalmente, el Congreso invitó a su Comisión de Asuntos Actuales a continuar su cooperación con grupos de defensa LGTB, como la Asociación Internacional de lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales.

### III. LABOR DEL COMISARIO DE DERECHOS HUMANOS

Recordemos que como dijimos en el capítulo I, el Comisario de Derechos Humanos, puede emitir recomendaciones, opiniones e informes que podrán ser publicados con previa autorización del Comité de Ministros del Consejo de Europa. A través de sus informes anuales, el Comisario describe la situación de los derechos humanos en los países que visita. En el marco del presente trabajo, analizaremos los informes emitidos por el Comisario de los últimos 6 años, y, por el tema que nos ocupa, nos centraremos en los apartados en los que el Comisario hace referencia a la situación de los derechos humanos de las personas LGTB.

En 2011, el Comisario adoptó un informe específico en materia de derechos de las personas LGTB, al que tituló *“Discrimination on grounds of sexual orientation and*

*gender identity in Europe*”<sup>51</sup>, en el ofrece una visión general de la situación de los derechos humanos de las personas LGTB en Europa, identificando tanto las lagunas en las legislaciones y prácticas, como la evolución positiva de los Estados miembros. El informe que contiene 36 conclusiones con recomendaciones, (a las que haremos referencia más tarde). Representantes gubernamentales de alto nivel de los 47 estados miembros asistieron al lanzamiento del informe el 23 de junio. También intervinieron representantes de ACNUR, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la Organización Mundial de la Salud. Además, representantes de International Lesbian, Gay, Bisexual and Intersex Association (ILGA)-Europe y Transgender Europe, emitieron declaraciones de apoyo del informe.

En este informe específico sobre los derechos de las personas LGTB, hizo una serie de recomendaciones que abarcan diferentes ámbitos, que son: actitudes y percepciones; normas jurídicas y su aplicación; violencia y asilo; libertad de asamblea, expresión y asociación; reconocimiento legal del género y acceso a la salud, educación y empleo.

En lo que respecta a las actitudes y percepciones, el Comisario, recomendó, que se adoptase una posición pública firme contra las violaciones de los derechos humanos de las personas LGTB y promover el respeto de los derechos de éstas con campañas de educación y concienciación sobre los derechos humanos. Y, que se adoptasen medidas para fomentar la información objetiva y profesional de los medios de comunicación sobre las personas LGTB.

Con respecto a las normas jurídicas y su aplicación, recomendó que se aplicasen las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, que se adoptase una legislación nacional que incluya la orientación sexual y la identidad de género como motivos prohibidos de discriminación, que las ONGs que representan a las personas LGTB, sean consultadas e involucradas a la hora de la elaboración de nuevas leyes que les conciernan, que se examine la legislación nacional para eliminar cualquier incompatibilidad con la legislación vigente en materia de no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género y eliminar las disposiciones que penalicen las relaciones entre personas del mismo sexo, que se estableciesen estructuras nacionales independientes para promover la igualdad y la no discriminación, y, que se supervisase la aplicación de la

---

<sup>51</sup> Adoptado el 23 de junio de 2011.

legislación nacional de no discriminación e incluir las estructuras nacionales de derechos humanos, incluyendo las estructuras nacionales para promover la igualdad, y las organizaciones que representan a las personas LGTB en el proceso de supervisión. Para esto se debe establecer un mecanismo de control regular.

En lo referente a la violencia y el asilo, recomendó que se incluyese en la legislación nacional el odio homofóbico y transfóbico como posibles motivos de crimen motivado por prejuicios y el discurso del odio y que estos delitos fuesen investigados de forma adecuada. También recomendó que se mejorase la recopilación de datos sobre crímenes motivados por el odio, que se reconociese la persecución o el temor fundado de persecución basado en la orientación sexual o identidad de género como uno de los motivos para conceder el asilo, que los funcionarios y otros profesionales encargados del procedimiento de asilo, tuviesen los conocimientos y formación necesarias para que los solicitantes LGTB de asilo sean respetados durante todo el procedimiento de solicitud. Y que se abordase el aislamiento social, la violencia y la discriminación que experimentan los solicitantes de asilo LGTB en los centros de asilo, y atender a sus necesidades específicas de atención a la salud.

En relación con la libertad de asamblea, expresión y asociación se sugirió que estos derechos fuesen respetados, garantizando que las festividades y otros eventos públicos organizados por las personas LGTB, puedan tener lugar sin ser objeto de medidas discriminatorias por parte del público o de las autoridades. También, se recomendó que se proporcionase protección efectiva a los participantes en estas actividades pacíficas frente a los ataques violentos. En relación con la libertad de asociación, se sugirió que las personas LGTB y las ONG que las representan, puedan reunirse, construirse y funcionar sin someterse a discriminaciones de las autoridades públicas y a procedimientos administrativos que hacen que el registro de estas ONG sea más largo y difícil de lo normal. Finalmente, se recomendó que se respetase el derecho efectivo a la libertad de expresión salvaguardando la posibilidad de recibir e impartir información sobre temas relacionados con la orientación sexual y la identidad de género en cualquier forma de expresión y que se aboliesen las disposiciones que tipifiquen como delito la difusión de información objetiva sobre esta cuestión.

Por lo que respecta al reconocimiento de género y a la vida privada, se recomendó que se concediese el reconocimiento legal del género con el que las personas transgénero se encuentren identificados, y que se desarrollase un procedimiento para cambiar tanto el nombre, como el sexo de una persona transexual en los documentos oficiales, que se

dejase de pedir a una persona que se divorcie, o que se someta a un tratamiento que pueda ser perjudicial para su salud o su bienestar, como requisito previo al reconocimiento legal del sexo con el que se siente identificada. También aconsejó que se respetase el derecho de las personas transgénero a contraer efectivamente matrimonio de acuerdo con su nuevo sexo, que se promulgasen leyes que reconozca a las parejas del mismo sexo, y otorgar a estas los mismos beneficios que las parejas de diferente sexo.

En cuanto a los niños y las adopciones, se recomendó que, en virtud del principio del interés superior del niño, que concediesen iguales oportunidades a los solicitantes para ser considerados sin discriminación como padres adoptivos. También se aconsejó que se reconociesen los derechos parentales de los padres del mismo sexo y que en caso de que uno de ellos sea una persona transgénero, que sigan siendo respetados después del reconcomiendo legal de su nuevo sexo, que se permitiese el acceso a la reproducción asistida a personas LGTB sin discriminación por razón de su orientación sexual o identidad de género, y que se procurase brindar apoyo adecuado a las familias con miembros LGTB con el fin de fomentar la inclusión, el respeto y la seguridad.

Dentro del acceso a la salud, educación y empleo, se sugirió que se dejase de considerar la homosexualidad como una enfermedad y se revisase cualquier requisito de un diagnóstico de trastorno mental para acceder a la atención a la salud; que se incluyese en la educación y formación de la salud la importancia de respetar la dignidad de las personas LGTB; que los procedimientos de cambio de sexo y tratamiento hormonal fuesen accesibles; que se fomentase la concienciación sobre esto en las escuelas y se combatiese el acoso de los estudiantes LGTB. Igualmente, el Comisario aconsejó, promover políticas y prácticas orientadas a combatir la discriminación basada en la orientación sexual o la identidad de género y a fomentar la diversidad en el lugar de trabajo junto con iniciativas que fomenten la plena inclusión y respeto del personal LGTB en el ambiente de trabajo. Además, se recomendó respetar el derecho de las personas transexuales a acceder al mercado de trabajo, garantizando el respeto de su privacidad con respecto a la divulgación de datos personales sensibles relacionados con su identidad de género y promoviendo medidas encaminadas a poner fin a la exclusión y discriminación de las personas transexuales en el lugar de trabajo.

Para terminar, el Comisario recomendó que, por un lado, se fomentase la investigación sistemática y la recopilación desglosada de datos sobre la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en todos los ámbitos de la vida.

Y, por otro lado, que se aplicasen salvaguardias que protejan el derecho al respeto de la vida privada de las personas LGTB en la recolección de cualquier dato sensible.

Al margen de dicho informe, el Comisario siguió ocupándose de la situación de los derechos humanos de las personas LGTB. Los días 22 y 23 de septiembre, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Oficina del Comisario, organizaron una mesa redonda titulada “Derechos a la igualdad la vida y la seguridad de las personas: superando la brecha para las personas transgénero” que reunió a los representantes de los Estados miembros, ONGs, organismos de igualdad e instituciones de Defensores del Pueblo. Su objetivo era aumentar la conciencia de los hallazgos y conclusiones de los informes de la Agencia y del Comisario, en el ámbito de los derechos de las personas LGTB, así como compartir y difundir ejemplos de buenas prácticas y políticas.

Por lo que respecta su informe anual sobre las visitas a determinados Estados, en 2011<sup>52</sup>, el Comisario exhortó a las autoridades de la República Checa a considerar la posibilidad de ampliar la protección contra los delitos motivados por el odio, garantizando que todos los motivos por los que se cometan crímenes de odio, están igualmente cubiertos. En su informe sobre Irlanda, el Comisario se mostró satisfecho con el compromiso de las autoridades irlandesas de introducir legislación sobre el reconocimiento jurídico del género y exhortó al Gobierno a que garantice sin demora que las personas transgénero puedan obtener un certificado de nacimiento que refleje su género. En su informe sobre Serbia y Bosnia Herzegovina planteó la cuestión de la homofobia profundamente arraigada y del discurso de odio en la sociedad y pidió a las autoridades serbias que aumenten sus esfuerzos para combatir la violencia y la discriminación contra las personas LGTB, incluida la aplicación más dura de las disposiciones penales relativas a los crímenes de odio.

En el informe de 2012<sup>53</sup>, el Comisario prestó atención a las libertades de expresión y reunión y a la situación de las personas trans e intersexuales. Recordó su comentario sobre los derechos humanos, titulado “*Silencing voices against homophobia violates human rights*”<sup>54</sup> y su publicación en la web titulada “*How long must LGBTI persons still wait to*

---

<sup>52</sup> Informe de 2011. Ver Annual Activity Report 2011, publicado el 17 de enero de 2012, Doc. CommDH(2012)1.

<sup>53</sup> Informe de 2012. Ver Annual Activity Report 2012, publicado el 10 de abril de 2013, Doc. CommDH(2013)5.

<sup>54</sup> Donde declaró que las leyes que prohíben la información sobre cuestiones LGTB, son un atraso en materia de protección de los derechos y libertades de estas personas. Ver comentario del 21 de junio de 2012 en <http://www.coe.int/uk/web/commissioner/-/silencing-voices-against-homophobia-violates-human-righ-1>.

*live free from prejudice?*”<sup>55</sup> y su discurso de apertura pronunciado en la conferencia anual de ILGA celebrada en Dublín, que tuvo como tema la promoción de la igualdad LGTBI en tiempos económicos difíciles, ya que la crisis agravó la situación de las personas transgénero, complicando su acceso al trabajo. La situación de las personas transexuales e intersexuales y la libertad de reunión de las personas LGTBI fueron abordadas en las visitas del Comisario a determinados países.

En el informe, hizo mención a Finlandia e instó a las autoridades finlandesas a que prestasen atención a la mejora de la protección de las personas transgénero e intersexuales, especialmente en el ámbito de la legislación sobre delitos de odio y los requisitos para el reconocimiento oficial de la reasignación de género. Por lo que respecta a Irlanda, el Comisario expresó su preocupación por la falta de un calendario claro para la introducción de legislación sobre el reconocimiento legal de las personas transgénero. Tras la cancelación del Desfile del Orgullo de Belgrado de 2012, el Comisario dirigió una carta al Primer Ministro y al Ministro de Interior serbio señalando que la prohibición de una manifestación pacífica sólo estaba justificada si existía un peligro real para el orden público que no pudiera evitarse mediante medidas razonables y apropiadas. Asimismo, la Oficina del Comisario participó en varios eventos internacionales sobre los derechos humanos de las personas LGTB. Participó en una reunión de la UNESCO sobre las respuestas del sector de la educación al acoso homofóbico en París. En la reunión se puso de relieve la publicación del informe de la UNESCO sobre el tema que también se refirió al informe de 2011 de la Comisaria “*Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*”. La Oficina también participó en la reunión del Consejo de Transgender Europe celebrada en Dublín del 7 al 9 de septiembre y en el Segundo Foro Intersex celebrado en Estocolmo los días 9 y 10 de diciembre. En el Foro se celebró un intercambio de opiniones sobre las posibilidades del Comisario de promover los derechos humanos de las personas intersexuales.

En su informe de 2013<sup>56</sup>, el Comisario siguió interesándose por los derechos de las personas LGTB, prestó especial atención al derecho a la vida familiar, a la libertad de

---

<sup>55</sup> Donde subrayó que los derechos son universales y se aplican a todos e hizo hincapié en que los políticos a nivel nacional y local deberían hacer más para combatir los prejuicios contra las personas LGTBI. También reiteró su preocupación por la adopción por parte de algunos países europeos de legislación que penaliza la "promoción de la homosexualidad", prohibiendo una amplia gama de actividades sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos y las personas LGTB. Ver publicación del 17 de octubre de 2012 en <http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/how-long-must-lgbti-persons-still-wait-to-live-free-from-prejudice-?desktop=true>.

<sup>56</sup> Informe de 2013. Ver Annual Activity Report 2013, publicado el 31 de marzo de 2014, Doc. CommDH(2014)5.

expresión y reunión, al reconocimiento legal de las personas transgénero y la situación de las personas intersexuales. El Comisario se reunió con activistas LGTBI durante las visitas a la República de Moldavia, Rusia y Turquía, y transmitió sus preocupaciones a las autoridades. También destacó la posición vulnerable de los defensores de los derechos humanos LGTBI. Entre su actuación el Comisario destacó su declaración en la que condenaba la violencia contra manifestantes LGTBI en Tbilisi (Georgia) en el mensaje de mayo de apoyo al Orgullo Báltico en Vilna en julio. En septiembre, instó a las autoridades serbias a permitir y proteger un evento en Belgrado. También dirigió varias cartas a los parlamentos y autoridades sobre cuestiones LGTBI, entre ellas cartas de fomento de reformas en el reconocimiento legal del género en Croacia y Polonia y una carta de apoyo al Parlamento portugués sobre la adopción por parte de una persona, de los hijos que haya tenido su pareja en otra relación anterior, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH. El 25 de octubre, el Comisario envió un mensaje en video a la Conferencia Anual de la ILGA-Europa 2013 donde observó que el concepto de familia estaba cambiando rápidamente en Europa, como veremos más adelante (capítulo III). En marzo participó en una reunión de expertos sobre los derechos humanos de las personas LGTBI organizada por ILGA en Bruselas. La reunión hizo un balance de los esfuerzos realizados para promover el reconocimiento de los derechos humanos de las personas LGTBI durante los últimos tres años e identificó las cuestiones prioritarias que se abordarán en los próximos años. En mayo, la Oficina del Comisario participó en el Foro Internacional Day Against Homophobia, Transphobia and Biphobia (IDAHO) de 2013 organizado por el Gobierno holandés en La Haya, durante el cual la Agencia Europea de Derechos Fundamentales e ILGA publicaron informes sobre la continuidad de la discriminación contra las personas LGTBI en Europa. En diciembre, organizó una consulta sobre los derechos humanos y las personas intersexuales conjuntamente con el Foro Intersex<sup>57</sup> en Malta. La consulta identificó los ámbitos donde los derechos humanos de las personas intersexuales están en riesgo, señaló brechas de protección y discutió los medios institucionales para mejorar la protección.

En el informe de 2014<sup>58</sup>, el Comisario se centró en los niños LGTBI y las personas intersexuales. Señaló que las personas intersexuales se enfrentan a serias barreras para el

---

<sup>57</sup> Evento anual organizado y apoyado posteriormente por ILGA y la ILGA-Europa. El foro reúne a activistas y organizaciones intersexuales de todas partes del mundo.

<sup>58</sup> Informe de 2014. Ver Annual Activity Report 2014, publicado el 18 de marzo de 2015, Doc. CommDH(2015)4.

disfrute de sus derechos, por el hecho de que no pueden identificarse como hombres ni como mujeres al nacer, o porque los médicos pueden llegar a aplicar cirugía “correctiva” para normalizar la situación del niño, que muchas veces puede resultar irreversible y puede dar lugar a la esterilización sin el consentimiento de los padres o, lo que es más importante, de la propia persona intersexual. El Comisario subrayó que estos tratamientos no respetan los derechos de los individuos intersexuales a la libre determinación y a la integridad física. En caso de que las operaciones no sean necesarias por razones médicas, sólo deben realizarse en una edad en que las personas intersexuales puedan dar su consentimiento. Los individuos intersexuales deben recibir el reconocimiento legal completo desde el nacimiento y las enmiendas a su sexo o clasificación de género deben ser facilitadas para reflejar sus elecciones individuales posteriores, por lo que el Comisario instó a los gobiernos a que revisasen la legislación vigente y las prácticas médicas para identificar las lagunas en la protección de las personas intersexuales y tomar medidas para abordar los problemas.

En lo referente a los niños, el Comisario publicó el 2 de octubre un Comentario de Derechos Humanos sobre la seguridad e igualdad de los niños LGTBI y observó que el acoso y la violencia de la que suelen ser víctimas los niños LGTBI tienen un serio efecto en su bienestar y evitan la apertura sobre su identidad personal. Por esta razón, el Comisario subrayó que los niños LGTBI tienen derecho a disfrutar de los derechos humanos y necesitan un entorno seguro para participar plenamente en la sociedad. Refiriéndose a los principios fundamentales de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño<sup>59</sup>, el Comisario instó a los gobiernos a adoptar medidas sistemáticas para mejorar la seguridad y la igualdad de los niños LGTBI.

En mayo, el Comisario hizo una evaluación general de la situación de las personas LGTBI en su discurso de apertura en el II Foro IDAHO sobre las respuestas a la homofobia y la transfobia en la Veleta (Malta) y destacó que las personas LGTBI encuentran sus obstáculos en el disfrute de los derechos de expresión, reunión y asociación y subrayó el derecho de los niños a acceder a información objetiva sobre la sexualidad y la diversidad de género. También señaló que era necesario avanzar más en el reconocimiento jurídico de las personas trans y la protección de los derechos humanos de las personas intersexuales en el ámbito de la salud.

---

<sup>59</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. (BOE, de 31 de diciembre de 1990).

El Comisario subrayó, asimismo, la importancia de supervisar la situación de los derechos humanos de las personas LGTBI y destacó las respuestas actuales del Consejo de Europa en relación con la aplicación de la Recomendación del Comité de Ministros de 2010 sobre el tema.

Los derechos del colectivo LGTB también fueron objeto de atención durante las visitas a los países. Así, en el informe sobre Georgia, el Comisario instó a las autoridades a enviar un mensaje inequívoco a favor de la tolerancia de las personas LGTBI. En su informe sobre Montenegro, el Comisario destacó las actividades de sensibilización y educación en la lucha contra la homofobia y la transfobia y la necesidad de investigar con eficacia todos los casos de violencia denunciados. Durante la visita a Francia, apreció con preocupación un aumento del discurso homofóbico. Además, el Comisario prestó atención a la vulnerable situación de los defensores de los derechos humanos que se dedican a la protección del colectivo LGTB.

En el informe anual de 2015<sup>60</sup>, el Comisario se centró en las personas intersexuales y se mostró preocupado por los obstáculos médicos, legales y administrativos que impiden a estas personas disfrutar plenamente de sus derechos. El Comisario publicó el 12 de mayo un Documento Temático sobre esta cuestión, en él informó a los gobiernos y a los profesionales sobre la evolución actual de los derechos humanos y elaboró una serie de recomendaciones para avanzar especialmente en el ámbito jurídico y el médico. El Documento tiene 6 capítulos que se refieren a los obstáculos médicos, legales y administrativos que impiden a las personas intersexuales disfrutar plenamente de sus derechos humanos. A este respecto, destacó que los estereotipos y las normas basadas en la clasificación binominal femenina-masculina, han llevado a intervenciones médicas innecesarias en los niños intersexuales sin el consentimiento de éstos. En segundo lugar, respetar su derecho a no someterse a un tratamiento de asignación de sexo. En tercer lugar, revisar las clasificaciones médicas que tratan la intersexualidad como una patología y garantizar el derecho de las personas intersexuales a la libre determinación facilitando su reconocimiento legal en los documentos oficiales. Además, destacó que se necesitaban más medidas para dar a las personas intersexuales acceso completo a sus expedientes médicos, informar a los profesionales y mejorar el asesoramiento a los niños intersexuales y a sus padres. También consideró que debían reforzarse las normas profesionales, las salvaguardias jurídicas y el control judicial para garantizar en el futuro el pleno

---

<sup>60</sup> Informe de 2015. Ver Annual Activity Report 2015, publicado el 14 de marzo de 2016, Doc. CommDH(2016)7.

cumplimiento de los derechos humanos. El Comisario dijo en este informe que las medidas para proteger los derechos de las personas intersexuales, deben desarrollarse junto con personas intersexuales y las organizaciones que le representan.

El 29 de junio, el Comisario envió un mensaje de video al Foro Intersexual Europeo en Douarnenez (comuna en Francia), en el que señaló que las autoridades nacionales, las estructuras de derechos humanos, los activistas intersexuales y los profesionales médicos deberían participar en las graves cuestiones de derechos humanos que enfrentan a los intersexuales.

El 8 de septiembre, el Comisario abordó un acontecimiento sobre los derechos humanos de las personas intersexuales organizado por el Intergrupo LGBTI del Parlamento Europeo en Estrasburgo, donde destacó la necesidad de sensibilizar sobre los desafíos a los que se enfrentan las personas intersexuales e instó a que los gobiernos subsanasen las lagunas en esta materia. En septiembre participó en una reunión de expertos sobre los derechos humanos de las personas intersexuales organizada por ACNUR en Ginebra. En esta reunión, el Documento Temático fue uno de los textos de referencia. Asimismo, destacó la necesidad de adoptar medidas contra el odio homofóbico y transfóbico. En un mensaje de vídeo que dirigió al Foro IDAHO, señaló que los crímenes de odio contra personas LGBTI seguían teniendo lugar en toda Europa. En un comunicado publicado en Facebook, expresó su apoyo a los participantes de la Semana del Orgullo en Belgrado y la Marcha del Orgullo en Serbia. Junto a todo esto, el Comisario animó por medio de un mensaje de vídeo, que dirigió el 22 de octubre a una conferencia internacional sobre cuestiones transgénero en el contexto social y médico, a seguir la tendencia de Europa del reconocimiento de la autodeterminación de las personas trans en cuanto a su género. En otra conferencia internacional sobre género, diversidad e inclusión social, señaló que la discriminación y el odio que experimentaban las personas LGBTI se basaban en estereotipos y roles que no reflejan la realidad.

Una vez más el tema de los derechos de los LGTB, es objeto de interés en sus visitas a los países. En Serbia, el Comisario alentó a las autoridades a promover el respeto del público por la orientación sexual y la identidad de género y recomendó condiciones no intrusivas para el reconocimiento legal del género. En Eslovaquia, instó a que se hicieran esfuerzos más enérgicos para abordar el discurso homofóbico persistente y los crímenes de odio contra las personas LGBTI, así como examinar las reformas encaminadas a lograr el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo. En San Marino se realizó un llamamiento similar para el reconocimiento legal y en Georgia, el Comisionado instó a

las autoridades a investigar y castigar adecuadamente los crímenes de odio contra personas LGTBI.

Finalmente, en su último informe de 2016<sup>61</sup>, el Comisario hizo hincapié en los derechos a la libre expresión y reunión, el derecho a la vida familiar y privada, el reconocimiento legal del género y la necesidad de poner fin tanto a la clasificación de las personas LGTBI como enfermas, como a la cirugía medicamente innecesaria en los niños y adultos intersexuales. El comisario observó un aumento de los delitos de odio en Grecia, e instó al Gobierno que adoptase sin demora una legislación amplia sobre igualdad de trato. En Letonia, el Comisario alentó a las autoridades a mejorar su respuesta a la delincuencia homofóbica y transfóbica y al discurso de odio por medio de leyes, el reconocimiento jurídico a las parejas del mismo sexo y poner en práctica políticas educativas que proporcionen información actual sobre la sexualidad y la diversidad de género en las escuelas. El 20 de junio, lamentó la decisión del Gobernador de Estambul de prohibir por segunda vez la Marcha del Orgullo, que debía tener lugar allí. En su declaración, el Comisario dijo que las personas LGTBI tienen derecho a la libertad de expresión y reunión y subrayó que las autoridades turcas tienen la obligación positiva de permitirles disfrutar de estas libertades. Además, participó en una reunión celebrada en París, en la que brindó la oportunidad de intercambiar puntos de vista sobre las mejores prácticas en materia de reconocimiento legal de género para las personas trans. Además, el Comisario expuso en un discurso inaugural celebrado en Bolonia, Italia, que se había logrado un progreso en el cumplimiento de los derechos humanos de las personas transgénero. Si bien, señaló que aún quedan retos reales que debían abordarse, como las condiciones abusivas para el reconocimiento legal del género, la discriminación y los crímenes de odio contra personas transgénero y que los gobiernos tienen que aumentar la concienciación sobre la diversidad de género para abordar las causas profundas de la intolerancia y la violencia contra las personas transgénero.

El Comisario, continuó pidiendo este año que se pusiera fin a la patologización de las personas LGTBI y los tratamientos y cirugías médicamente innecesarios. El 12 de mayo se sumó a una declaración del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, a un grupo de expertos en derechos humanos de la ONU, a la Comisión Interamericana de

---

<sup>61</sup> Informe de 2016. Ver Annual Activity Report 2016, publicado el 6 de abril de 2017, Doc. CommDH(2017)3.

Derechos Humanos (CIDH) y a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) contra la patologización de adultos y niños LGBTI. Publicó antes del IDAHOT, una declaración que condenaba los tratamientos abusivos, nocivos y poco éticos de las personas LGBTI sobre la base de clasificaciones patologizantes. El 26 de octubre, con motivo del Día de Conciencia Intersex, el Comisionado se sumó a una declaración internacional apoyada por varios comités y relatores de la ONU, representantes de la CADHP y la CIDH sobre personas intersexuales. La declaración insta a los estados a prohibir la cirugía médicamente innecesaria a los niños y niñas intersexuales; a proporcionar apoyo y consejo a los niños intersexuales y a sus padres; a defender los derechos de las personas intersexuales a la salud, la integridad física y mental; y a vivir libres de prácticas nocivas.

En marzo, el Comisionado envió mensajes de vídeo con motivo de la conferencia de 10º aniversario de la ONG Mozaika en Letonia y de una conferencia en Ucrania titulada "Asuntos LGTBI y la integración europea en Ucrania".

El 10 de mayo, el Comisario destacó que era necesario lograr una alianza entre los responsables políticos, legisladores, medios de comunicación y ONGs para conseguir una mayor cohesión social. El 17 de noviembre, el Comisario pronunció el discurso inaugural en una reunión de la Red de Puntos Focales LGTBI Gubernamentales Europeos en Estrasburgo, en el que mostró su preocupación por las prácticas médicas dañinas contra los niños intersexuales, la intimidación de los niños LGTBI en las escuelas y las dificultades a las que se enfrentan los solicitantes de asilo LGTBI en Europa. Ese mismo día, también mantuvo un intercambio de opiniones con el primer experto independiente de las Naciones Unidas sobre la protección contra la violencia y la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género.



# CAPÍTULO III

## EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

### I. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SUS PROTOCOLOS

#### 1. Antecedentes

Como ya hemos dicho, el Consejo de Europa nace para conseguir una unión más estrecha entre sus miembros y garantizar los derechos fundamentales, civiles y políticos. Para ello, el Consejo de Europa elaboró el CEDH. La idea de elaborar un instrumento para el respeto de los derechos humanos que fuese vinculante para los Estados miembros empezó a solidificarse en el Congreso de La Haya, celebrado el 7 y 10 de mayo de 1948.

El Movimiento Europeo presentó ante el Comité de Ministros un anteproyecto de Convenio que fue elevando a las Asamblea Parlamentaria. Este proyecto incluía, por un lado, gran parte de los derechos recogidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948<sup>62</sup>. Y, por otro lado, un mecanismo de control que garantizase el cumplimiento de los derechos y libertades proclamados.

El anteproyecto fue aprobado por la Asamblea Parlamentaria el 8 de septiembre de 1949 con 64 votos a favor, 1 en contra y 21 abstenciones. Más tarde, el 25 de agosto de 1950 recibió el apoyo unánime de la Asamblea y finalmente el Comité de Ministros abrió el Convenio a la firma de los Estados que eran miembros del Consejo de Europa en una sesión celebrada el 4 de noviembre en Roma, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1953<sup>63</sup>. Desde entonces, el Convenio ha sido completado por 14 Protocolos. Por una parte, 6 de ellos son de carácter sustantivo y amplían el listado de derechos y libertades

---

<sup>62</sup> Declaración Universal de los Derecho Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217(iii) de 10 de diciembre de 1948.

<sup>63</sup> QUESADA POLO, S., “La presentación de la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en JIMÉNEZ PIERNAS, C. (Dir.), *Iniciación a la práctica en el derecho Internacional y derecho comunitario europeo*, Madrid 2003, pp.107 y 108.

protegidos (los Protocolos núm. 1, 4, 6, 7, 12 y 13). Y, por otra parte, otros 8 de carácter procesal (los Protocolos núm. 2, 3, 5, 8, 9, 10, 11 y 14)<sup>64</sup>.

## 2. Contenido

El CEDH establece, por un lado, en su título I, un catálogo de derechos y libertades correspondientes a todas las personas, y, por otro lado, en su título II, instituye un mecanismo de control que se encarga de garantizar que esos derechos y libertades son respetados. Además, en su título III, establece una serie de disposiciones diversas que no nos detendremos a analizar ya que carecen de relevancia en el marco del presente trabajo.

El artículo 1 del CEDH establece la obligación de respetar los derechos y libertades del Convenio a toda persona bajo la jurisdicción de una Estado parte.

A continuación, explicaremos muy brevemente qué derechos y libertades protege el CEDH, así como los derechos recogidos en los Protocolos. En primer lugar, nos encontramos con el núcleo duro de los derechos inderogables. En virtud del artículo 15.2 del CEDH, completado por el artículo 3 del Protocolo núm. 6<sup>65</sup>, determinados derechos recogidos en el CEDH son inderogables, incluso en los periodos de guerra o de desórdenes públicos. Estos derechos son, por un lado, el derecho a la vida regulado en el artículo 2, que no prohíbe la pena de muerte, aunque dicha prohibición se encuentra recogida en el Protocolo núm. 6., salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena (art. 2 del Protocolo núm. 6). Sin embargo, más tarde se adoptó el Protocolo núm. 13<sup>66</sup>, que dispone en su artículo 1 la abolición de la pena de muerte de la siguiente forma:

“Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a dicha pena ni ejecutado”.

Por otro lado, el artículo 3 que prohíbe la tortura y otras penas o tratos inhumanos. Asimismo, el artículo 4.1 que prohíbe la esclavitud y el trabajo forzado. Y tampoco podrá der derogado el artículo 7 referente al respeto al principio de legalidad penal e irretroactividad.

---

<sup>64</sup> *Ibid.*, pp. 111 y 112.

<sup>65</sup> Protocolo núm. 6 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales sobre la abolición de la pena de muerte, de 28 de abril de 1983. Ratificado por España el 14 de enero de 1985 (*BOE*, de 17 de abril de 1985).

<sup>66</sup> Protocolo núm. 13 al Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales sobre la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias, de 3 de mayo de 2002. Ratificado por España el 16 de diciembre de 2009 (*BOE*, de 30 de marzo de 2010).

En segundo lugar, el derecho a la libertad y a la seguridad, que comprenden, además, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, la limitación de la duración de la prisión preventiva, los derechos de la defensa y del *habeas corpus*<sup>67</sup> y el derecho a reparación en caso de detención ilegal (art. 5) y el derecho a la tutela judicial a un proceso justo y público en un plazo razonable por un tribunal imparcial e independiente (art. 6), el principio de irretroactividad y legalidad penal (art. 7). Y, el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional para las personas que estimen que alguno o algunos de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio han sido violados (art. 13).

Un tercer bloque de derechos serían los materiales que, incluyen la prohibición contenida por el artículo 4.2 de los trabajos forzados u obligatorios, el derecho al respeto a la vida familiar y privada del domicilio y de la correspondencia (art. 8), el derecho a la libertad de pensamiento de conciencia y de religión (art. 9), el derecho a la libertad de expresión, de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, aunque los Estados tienen la posibilidad de someter a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa (art. 10), el derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar sindicatos y de afiliarse a los mismos (art. 11), y el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia (art. 12). Se incluye también en este bloque, el principio de no discriminación, que el artículo 14 pone en relación con el CEDH. Este artículo 14 fue completado por el Protocolo núm. 12<sup>68</sup>, que dispone que la prohibición de discriminación por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación, no sólo se establece con relación a los derechos protegidos por el CEDH, sino que se amplía a todos los derechos establecidos por ley y se recuerda que nadie puede ser objeto de discriminación basada en tales motivos por parte de una autoridad pública.

Hay que añadir que ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 pueden ser interpretadas en el sentido de prohibir a los Estados imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros (art. 16). El CEDH no podrá ser interpretado 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

---

<sup>67</sup> Procedimiento jurídico por medio del cual, cualquier ciudadano puede comparecer inmediatamente ante un juez para que este determine sobre la legalidad del arresto.

<sup>68</sup> Protocolo núm. 12 al Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales, sobre la prohibición de discriminación, de 4 de noviembre de 2000. Ratificado por España el 13 de febrero de 2008 (*BOE*, del 14 de marzo de 2008).

reconocidos por el CEDH o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que aquellas previstas en el mismo (art. 17). Las restricciones que se impongan a los derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la que hayan sido previstas (art. 18)<sup>69</sup>.

Como hemos dicho, hay otros derechos que fueron introducidos posteriormente por los Protocolos. De esta forma, el Protocolo núm. 1<sup>70</sup> introduce tres nuevos derechos que son, el derecho al respeto de los bienes, el derecho a la educación y el derecho a la organización de elecciones libres. El Protocolo núm. 4<sup>71</sup>, que fue modificado por el Protocolo núm. 11, establece otra lista de nuevos derechos que son los siguientes: la prohibición de la prisión por deudas; la expulsión de los nacionales; la expulsión masiva de extranjeros; la libertad de circulación y de residencia de los extranjeros que se encuentran legalmente en el Estado parte y el derecho de entrada en el país del que se es nacional. Asimismo, el Protocolo núm. 7<sup>72</sup> introduce la protección judicial de los extranjeros en situación legal objeto de un procedimiento de expulsión. También incluye el derecho a una instancia de apelación en materia penal. Además, establece la regla *ne bis in ídem* en el ámbito interno, es decir, no ser juzgado o condenado dos veces por una misma infracción. Y la igualdad entre esposos.

Hasta ahora hemos explicado los protocolos que han introducido nuevos derechos al acervo convencional, a continuación, analizaremos los protocolos que introducen alguna modificación de índole procesal. El primero de éstos, es el Protocolo núm. 2<sup>73</sup> que confiere al TEDH la competencia para emitir dictámenes consultivos a petición del Comité de Ministros. Por otra parte, el Protocolo núm. 16<sup>74</sup> permite que se emitan

---

<sup>69</sup> Ver para todo este apartado sobre los derechos del CEDH QUESADA POLO, S., “La presentación de la demanda ...”, *loc. cit.*, pp. 109-113.

<sup>70</sup> Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 20 de marzo de 1952. Ratificado por España el 27 de noviembre de 1990 (BOE, de 12 de enero de 1991).

<sup>71</sup> Protocolo núm. 4 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales que reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figura en el Convenio y en el primer Protocolo adicional al convenio, modificado por el Protocolo núm. 11, 16 de septiembre de 1963. Ratificado por España el 16 de septiembre de 2009 (BOE, de 13 de octubre de 2009).

<sup>72</sup> Protocolo núm. 7 al Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales que introduce la protección judicial de los extranjeros en situación legal objeto de un procedimiento de expulsión de 22 de noviembre de 1984. Ratificado por España el 16 de septiembre de 2009 (BOE, de 15 de octubre de 2009).

<sup>73</sup> Protocolo núm. 2 al Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales que confiere al TEDH competencia para emitir dictámenes consultivos de 6 de mayo de 1963. Ratificado por España el 6 de abril de 1982.

<sup>74</sup> Protocolo núm. 16 al Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales que permite que se emitan dictámenes consultivos sobre cuestiones relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades fundamentales, del 2 de octubre de 2013. No ha entrado en vigor aún.

dictámenes consultivos sobre cuestiones relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades del CEDH, si bien, este protocolo no ha entrado aun en vigor. El segundo, es el Protocolo núm. 3<sup>75</sup> y que modifica los artículos 29, 30 y 34 del CEDH. Asimismo, el Protocolo núm. 5<sup>76</sup> modifica los artículos 22 y 40 del CEDH. El Protocolo núm. 8<sup>77</sup> da a la antigua Comisión de derechos humanos la posibilidad de constituir Cámaras, para examinar peticiones individuales que puedan tratarse sobre la base de la jurisprudencia establecida o que no planteen ninguna cuestión grave que afecte a la interpretación del CEDH. El Protocolo núm. 9<sup>78</sup> da al solicitante el derecho de remitir un caso al TEDH en determinadas circunstancias. El Protocolo núm. 10<sup>79</sup> tiene por objeto mejorar los procedimientos de supervisión de la Convención. El Protocolo núm. 11<sup>80</sup>, es de vital importancia en el presente trabajo ya que permite a los particulares presentar las demandas directamente ante el TEDH. Hasta la entrada de éste, el mecanismo de control del CEDH estaba integrado por tres órganos, cada uno con diferentes funciones.

Estos órganos eran, en primer lugar, la Comisión Europea de Derechos Humanos, que se encargaba de decidir si una demanda era o no admisible. Si la demanda era admisible, ésta se pronunciaba sobre si había una violación de un derecho o no. Por otro lado, el TEDH que se pronunciaba sobre los casos que le eran elevados por la mencionada Comisión, por el Estado demandado o por el Estado del demandante. Finalmente, el Comité de Ministros, tenía un poder de decisión en los casos en los que el asunto no se remitía al Tribunal, pero además tenía una competencia de seguimiento de las sentencias ejecutadas por el Tribunal.

Es conveniente tener presente que el Protocolo núm. 11 se proponía reestructurar el mecanismo de control con el fin de mantener y reforzar la eficacia de la protección de los

---

<sup>75</sup> Protocolo núm. 3 al Convenio para la Protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales que modifica los artículos 29, 30 y 34 de la Convención, de 6 de mayo de 1963. Ratificado por España el 4 de octubre de 1979.

<sup>76</sup> Protocolo núm. 5 al Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales que modifica los artículos 22 y 40 de la Convención, de 20 de enero de 1966. Ratificado por España el 4 de octubre de 1979.

<sup>77</sup> Protocolo núm. 8 al Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales que da a la antigua Comisión de derechos humanos la posibilidad de constituir Cámaras, de 19 de marzo de 1985. Ratificado por España el 23 de junio de 1989.

<sup>78</sup> Protocolo núm. 9 al Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales que otorga a un solicitante el derecho de remitir un caso al TEDH en determinadas circunstancias, de 6 de noviembre de 1990. No ratificado por España.

<sup>79</sup> Protocolo núm. 10 al Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales que tiene por objeto mejorar los procedimientos de supervisión de la Convención, de 23 de marzo de 1992. No ratificado por España.

<sup>80</sup> Protocolo núm. 11 al Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales sobre la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio, de 11 de mayo de 1994. Ratificado por España el 16 de diciembre de 1996 (*BOE*, de 26 de junio de 1998).

derechos y libertades fundamentales. Esta necesidad surgió porque el procedimiento de demandas se había alargado debido al aumento de demandas vivido desde los años 80.

Con la entrada en vigor del Protocolo núm. 11, se puso fin a la dualidad del doble mecanismo hasta entonces vigente de la Comisión y del Tribunal y, además, se abrió el acceso directo al nuevo Tribunal, no solo de los Estados sino también de las personas físicas, ONGs, o grupos de particulares que se consideren víctimas de una violación a sus derechos<sup>81</sup>. Básicamente, las principales modificaciones fueron, que las demandas se presentan directamente ante el TEDH, que las demandas que son manifiestamente inadmisibles son examinadas por un Comité de tres jueces, que, cuando no procede el examen de la demanda por un Comité, es examinada por una Sala, que, en caso de que los asuntos sean admisibles, la Sala puede en todo momento elevar el asunto a la Gran Sala, a menos que alguna de las partes se oponga a ello, que cualquier parte puede solicitar la remisión del asunto a la Gran Sala, en el plazo de tres meses a partir de una sentencia de una Sala, se reducen las competencias del Comité de Ministros al seguimiento del cumplimiento de las sentencias dictadas por el Tribunal y las condiciones de admisibilidad, se mantienen inalteradas<sup>82</sup>.

## II. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Recordemos que el CEDH no solo establece una lista de derechos y libertades que deben ser respetados, también establece un mecanismo de control por el que se garantiza la efectividad en el goce de los derechos y libertades proclamados en el CEDH (art. 19). Este mecanismo de control es el TEDH y fue constituido en 1959, tras la Segunda Guerra Mundial con el fin de que no se volvieran a repetir las atrocidades que se cometieron durante el siglo XX.

### 1. Composición

El Tribunal lo compone el mismo número de jueces que Estados parte en el Convenio<sup>83</sup> (art. 20). El artículo 21 del CEDH determina las condiciones que tienen que reunir los jueces que forman parte del TEDH a título individual y no podrán ejercer otras actividades que sean incompatibles con las exigencias de imparcialidad, independencia o disponibilidad necesaria para que la actividad sea ejercida a tiempo completo.

---

<sup>81</sup> DIEZ DE VELASCO, M., *Las Organizaciones...*, *op. cit.*, pp. 507.

<sup>82</sup> QUESADA POLO, S., "La presentación de la demanda...", *loc. cit.*, pp. 116- 120.

<sup>83</sup> Actualmente 47 jueces.

Los jueces son elegidos por la Asamblea Parlamentaria, de una lista de tres candidatos propuesta por cada Estado (art. 22). El mandato es de 9 años no renovables. Cuando los jueces alcanzan la edad de 70 años, su mandato finaliza y continuarán en sus funciones hasta su sustitución, pero continúan conociendo los asuntos que tengan ya asignados. Un juez puede ser relevado de sus funciones si los demás jueces deciden por mayoría de dos tercios que dicho juez ha dejado de reunir las condiciones requeridas para serlo (art. 23).

En virtud del artículo 24, el TEDH tendrá una Secretaría cuyas funciones y organización serán determinadas por su Reglamento interno<sup>84</sup>, que es aprobado por el mismo en virtud del artículo 25. d. La Secretaría es un órgano que sirve de apoyo jurídico y administrativo al Tribunal en el ejercicio de sus funciones judiciales y ésta compuesta por juristas, personal tanto administrativo como técnico y traductores<sup>85</sup>.

## **2. Funciones**

El TEDH ejerce una función contenciosa, y otra consultiva. Por lo que se refiere a la función contenciosa, el Tribunal se encarga de todos los asuntos relativos a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos (art. 32). Su misión consiste en garantizar que las libertades y los derechos previstos en estos instrumentos son respetados. Para ello, es necesario que se dirija una demanda al Tribunal. Estas demandas pueden ser presentadas por los Estados miembros, cuando consideren que otro Estado miembro ha incumplido lo dispuesto en el Convenio (art. 33). Asimismo, también podrán ser presentadas por cualquier persona física, ONG o grupo de particulares que considere que ha sido víctima de una violación a sus derechos por parte de un Estado parte del Convenio (art. 34). En caso de que el Tribunal considere que ha habido una infracción a las disposiciones del CEDH o a alguno de sus Protocolos, dicta una sentencia que crea obligaciones para el Estado infractor. La sentencia definitiva del Tribunal se transmite al Comité de Ministros, que vela por su ejecución. Además, el TEDH puede decidir en caso de impugnación de su competencia (art. 32. 2).

En lo referente a su función consultiva, el Tribunal podrá emitir opiniones consultivas a solicitud del Comité de Ministros sobre cuestiones jurídicas relativas a la

---

<sup>84</sup> La nueva edición del Reglamento Interno del TEDH fue adoptada por el pleno de éste el 14 de noviembre de 2016. Ver [http://www.echr.coe.int/Documents/Rules\\_Court\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf).

<sup>85</sup> Ver folleto preparado por la Unidad de Relaciones Públicas del Tribunal, titulado *El TEDH en 50 preguntas*. Estrasburgo, 2012, p. 4. Ver en [http://www.echr.coe.int/Documents/50Questions\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_SPA.pdf).

interpretación del Convenio y de sus Protocolos. Las opiniones no podrán referirse a cuestiones relacionadas con el contenido o con la extensión de los derechos y libertades del Convenio y sus Protocolos, ni sobre el resto de cuestiones que el Tribunal o el Comité de Ministros pudiesen conocer y que deriven de la presentación de un recurso previsto por el Convenio. La decisión del Comité de Ministros de solicitar una opinión al Tribunal se adopta por mayoría de los representantes (art. 47).

### **3. Funcionamiento**

De acuerdo con el artículo 26 el Tribunal puede actuar en formación de juez único, en comités de 3 jueces, en Salas de 7 jueces o en una Gran Sala de 17 jueces para el examen de los asuntos que se le sometan.

Cuando actúa en formación de juez único, ningún juez podrá examinar una demanda contra un Estado Parte a cuyo título haya sido elegido dicho juez.

La Gran Sala está formada por el Presidente del Tribunal, el Vicepresidente, el Presidente de la Sala y demás jueces designados por el Reglamento interno del Tribunal.

Si dicho caso plantea una cuestión grave relativa a la interpretación del CEDH o de sus Protocolos, o si una solución dada puede ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el TEDH, la Sala puede inhibirse a favor de la Gran Sala, salvo que una de las partes se oponga a ello. (art. 30). Además de esto, la Gran Sala puede pronunciarse sobre las cuestiones sometidas al TEDH por el Comité de Ministros de acuerdo con el artículo 46. 4 del CEDH y también puede examinar las solicitudes de opiniones consultivas en virtud del artículo 47.

### **4. Procedimiento ante el Tribunal**

#### *A) Presentación de la demanda*

Desde la adopción del Protocolo núm. 11, las demandas pueden ser presentadas directamente al TEDH por un particular. El procedimiento se inicia con el envío a la Secretaría del Tribunal de un escrito donde el demandante expone su caso. En este momento no es necesario estar representado por un abogado, pero si es recomendable. El escrito es entregado al letrado de la Secretaría y éste procede al registro de la demanda, asignándole un número y después lo remite al demandante en una carta en su lengua, donde le informa de dicho número y de del procedimiento ante el Tribunal.

Una vez que el formulario de la demanda es devuelto por el demandante, el jurista encargado del asunto procede a un examen preliminar de la demanda. En esta fase del

procedimiento se puede seguir una de estas vías: En caso de que se de alguno de los motivos de inadmisibilidad establecidos en el artículo 35 (a los que nos referiremos más adelante), el asunto irá a un Comité de tres jueces, y, si el examen preliminar revela indicios racionales y sólidos de que ha podido producirse una vulneración del CEDH, o cuando sienta inadmisible, necesita de una motivación compleja, el asunto irá a la sala.

#### *B) Examen de la demanda*

Toda demanda registrada se somete a una Sección del Tribunal, cuyo presidente designa a un juez como ponente para su estudio. Tras dicho estudio el juez ponente decide si la demanda será remitida efectivamente o no a un Comité de tres miembros o a la propia Sala para el examen de su admisión. El ponente puede solicitar tanto al Gobierno demandado como al propio demandante toda información útil sobre los pormenores y circunstancias del caso. Si el asunto es examinado por un Comité de tres jueces, éste decide sobre la inadmisión de la demanda sin comunicarla siquiera al Gobierno demandado cuando las causas de inadmisión son evidentes. La decisión de inadmisibilidad es en principio inapeable y definitiva. Si el asunto es examinado por una Sala, ésta se lo comunica al Gobierno demandado para que éste presente observaciones. Una vez recibidas las observaciones del Gobierno, el demandante tiene la facultad de contestar. Como hemos mencionado, en caso de que el asunto plantee una cuestión grave de interpretación o aplicación de Convenio o de sus Protocolos, la sala puede inhibirse a favor de la Gran Sala (art. 30).

#### *C) Condiciones de admisibilidad*

El hecho de que el Tribunal registre la demanda no quiere decir que esta vaya a ser admitida o estimada. Para que una demanda sea admitida por el TEDH, tiene que cumplir con las condiciones de admisibilidad que se recogen en el artículo 35 del CEDH. Que pueden ser de dos tipos: formales y materiales.

Dentro de las formales, se debe cumplir con el agotamiento de los recursos internos. Los casos solo pueden llegar al Tribunal cuando las quejas de los solicitantes no han sido reconocidas a nivel nacional, es decir, el demandante tiene que utilizar a nivel nacional todos los recursos judiciales que puedan solucionar el motivo por el que se dirigen al Tribunal. Además, la presentación de la demanda tiene que hacerse dentro del plazo de los seis meses desde la decisión interna. Según la jurisprudencia del Tribunal, los seis

meses empiezan a transcurrir desde la fecha de la decisión interna definitiva que muestra que se han agotado todas las vías internas de recurso<sup>86</sup>.

No obstante, cuando se sabe desde el principio que el demandante no dispone de un recurso efectivo, el plazo se extiende a partir de la fecha de los actos o medidas denunciados<sup>87</sup>.

Po lo que respecta a las de carácter material, la demanda tiene que ser compatible con el Convenio *ratione temporis*, *ratione loci*, *ratione personae* y *ratione materiae*, además de que no puede ser manifiestamente infundada, o carente de contenido suficiente. La compatibilidad *ratione temporis*, hace referencia a que la responsabilidad internacional empieza a partir de la entrada en vigor del CEDH, respecto del Estado parte. La compatibilidad *ratione loci*, establece que la protección dispensada por el CEDH, se extiende a las personas que se encuentran bajo de jurisdicción de cada Estado parte. En cuanto a la compatibilidad *ratione personae*, hace referencia a quien puede presentar una demanda y contra quien puede ser dirigida tal demanda. Es decir, las personas físicas, ONG y agrupaciones de personas en virtud del artículo 34, y, todo Estado o grupo de Estados (art. 33) Asimismo, las demandas deben dirigirse contra un Estado que haya ratificado el Convenio, siendo inadmisibles las demandas presentadas frente a un tercer Estado o a un particular. Por último, la compatibilidad *ratione materiae*, se encuentra relacionada con el hecho de que el TEDH solo puede conocer de las violaciones de derechos y libertades que se encuentran reconocidos en el CEDH y sus protocolos.

Otras causas de admisibilidad son: que las demandas sean anónimas, idénticas a otras demandas ya examinadas por el Tribunal, que hayan sido sometidas a otra instancia internacional o que se de abuso del recurso.

---

<sup>86</sup> M.C y A.C contra Rumania. Sentencia de 12 de abril de 2016, ap. 69.

<sup>87</sup> “The Court reiterates that, as a rule, the six-month period runs from the date of the final decision in the process of exhaustion of domestic remedies. Where it is clear from the outset, however, that no effective remedy is available to the applicant, the period runs from the date of the acts or measures complained of, or from the date of cognisance of that act or its effect on or prejudice to the applicant”. (ver *M.C. y A.C. contra Rumania*. Sentencia de 12 de abril de 2016, ap. 69).

#### *D) Admisibilidad de la demanda*

Cuando la demanda es admitida a trámite, el Tribunal determina los hechos de la causa con el concurso de ambas partes y realiza una investigación, si así procede. Para ello, es necesario que el Gobierno demandado proporcione las facilidades necesarias.

El CEDH, en su artículo 39, encomienda al TEDH a ponerse a disposición de las partes para poder llegar a un acuerdo amistoso, en el caso de arreglo amistoso, el TEDH procede al archivo del asunto mediante una resolución que se limita a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada.

#### *E) Fase de sentencia*

Si no se ha llegado a un acuerdo, se entra en una fase que terminará con la redacción de un documento y publicación de una sentencia sobre el fondo. En esta fase de asistencia letrada es obligatoria en principio y se realiza un intercambio de escritos entre las partes. Salvo decisión contraria, se celebra (art. 40), una vista pública contradictoria y tras el intercambio de escritos, y en el caso de que proceda la vista, la Sala o Gran Sala mantienen una o varias deliberaciones y cuando éstas terminen se efectúa una votación sobre la violación del derecho. La Sala o la Gran Sala decide por mayoría simple de sus miembros. Durante las vistas podrá intervenir el Estado parte cuyo nacional sea demandante; una persona distinta del demandante o un Estado Parte en el Convenio distinto a aquél contra el que se dirige la demanda o el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa. En estos casos se habla de terceros interesados, que son aquellos que pueden presentar observaciones escritas o participar en las vistas (art. 36).

Cuando la demanda haya sido examinada por una Sala, cualquier parte podrá solicitar en casos excepcionales, en el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia, la remisión del asunto ante la Gran Sala y un colegio de cinco jueces de la Gran Sala aceptará la solicitud si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o a una cuestión grave de carácter general. Si el colegio acepta la solicitud, la Gran Sala se pronunciará sobre el asunto mediante sentencia (art. 43).

Las sentencias son definitivas en cuanto las partes declaren que no van a solicitar la remisión del asunto a la Gran Sala, o si no ha sido solicitada la remisión en el plazo de tres meses después de la fecha de la sentencia, o cuando el colegio de 5 jueces rechaza la remisión del asunto a la Gran Sala. Si el TEDH declara que ha habido una violación del CEDH o de sus Protocolos, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede,

una satisfacción equitativa que generalmente consiste en una indemnización que el Estado infractor debe pagar a la parte que ha sido objeto de una violación a sus derechos (art. 41)<sup>88</sup>.

### III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El contenido de este Convenio tiene que ser interpretado de manera evolutiva, es decir, teniendo en cuenta los cambios en los sistemas legislativos de sus Estados partes y, en general, atender a los desarrollos sociales experimentados por el Derecho Internacional de los derechos humanos. El límite a esta técnica de interpretación reside en la imposibilidad de modificar el tenor del tratado internacional introduciendo o incorporando un derecho no previsto inicialmente por los Estados parte. Además, como resultado de la misma cabría introducir ciertos límites al ejercicio de algunos derechos otorgados a los particulares<sup>89</sup>.

El Tribunal ha precisado, que a diferencia de los tratados internacionales de tipo cásico, el Convenio va más allá del marco de la simple reciprocidad entre los Estados contrastantes. No solo crea obligaciones bilaterales, también crea obligaciones objetivas.

El Tribunal analiza en cada situación cual es la tendencia legislativa en la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa y tiene en cuenta aquello que es más aceptado, no aceptado, simplemente tolerado o reivindicado<sup>90</sup>. En efecto:

“one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States”<sup>91</sup>.

A continuación, estudiaremos la jurisprudencia del TEDH en materia de discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. En el marco del tema que estamos tratando, es importante tener en cuenta la interpretación que el Tribunal hace del CEDH por medio de su jurisprudencia ya que éste no hace mención a las personas LGTB en su articulado. El Tribunal ha clasificado los asuntos sobre esta

---

<sup>88</sup> Ver para todo este apartado JIMÉNEZ PIERNAS, C., (Ed.), *Iniciación a la práctica...*, *op. cit.*, pp. 123-139.

<sup>89</sup> PASCUAL VIVES, F., “Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos” *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 66, Nº.2, Madrid (julio-diciembre, 2014) 113-153, p. 126.

<sup>90</sup> CASADEVALL, J., *El Conveni Europeu de drets humans, el Tribunal d'Estrasburg i la seva jurisprudència*, Barcelona 2007, p. 113 y 114.

<sup>91</sup> *Fretté contra Francia*. Sentencia de 26 de febrero de 2002, ap. 40.

cuestión en tres bloques. El primero hace referencia a la orientación sexual. El segundo a los aspectos criminales y el tercero a la identidad de género.

## 1. Prohibición de la discriminación

El artículo 14 del CEDH establece que:

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

Sin embargo, no establece como motivos la orientación sexual y la identidad de género. En consecuencia, el TEDH concluyó en el caso *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*, sentencia de 21 de diciembre de 1999<sup>92</sup>, que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio y reiteró que el listado de categorías de dicho artículo es ilustrativo y no exhaustivo. El artículo 14 no es autónomo, complementa al resto de disposiciones del CEDH y sus Protocolos<sup>93</sup>. Una cuestión puede ser suscitada en el ámbito del artículo 14 del CEDH cuando un Estado trata de diferente forma a particulares que se encuentran en iguales condiciones, pero también cuando un Estado trata de igual forma a particulares que se encuentran en situaciones diferentes. En el caso *Vallianatos y otros contra Grecia*, sentencia de 7 de noviembre de 2013, donde los demandantes se quejaron de que la ley de Grecia establece una figura llamada pacto de convivencia, similar al matrimonio, que ofrece protección jurídica a las parejas formadas por personas de diferente sexo, excluyendo a aquellas formadas por personas del mismo sexo. Los demandantes no denunciaron que Grecia no tuviese una figura parecida al matrimonio a la cual pudiesen acceder las parejas homosexuales, sino la diferencia de trato que se estaba produciendo. El TEDH concluyó que:

“Las parejas homosexuales son tan capaces de comprometerse en relaciones estables como las parejas heterosexuales. Considera, por tanto, que los demandantes se hallan en una situación

---

<sup>92</sup> *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*. Sentencia de 21 de diciembre de 1999, ap. 28. El demandante solicitó una resolución judicial que le otorgase la patria potestad sobre la niña, la cual le fue concedida por el Tribunal de Casos Familiares de Lisboa en 1994. La niña vivió con el demandante hasta 1995 cuando, según afirma éste, la niña fue secuestrada por su madre. En segunda instancia, la madre recuperó la patria potestad y el demandante obtuvo el derecho de visita que, según él, le es imposible ejercer. En su sentencia, el Tribunal de Apelación de Lisboa expuso dos motivos para otorgarle la patria potestad de M. a su madre, a saber, el interés de la niña y el hecho de que el demandante es homosexual y vive con otro hombre.

<sup>93</sup> *Genderdoc-M contra Moldavia*. Sentencia de 12 de junio de 2012, ap. 48, *Vallianatos y otros contra Grecia*. Sentencia de 7 de noviembre de 2013, ap.72 y *Taddeucci y McCall contra Italia*. Sentencia de 30 de junio de 2016, ap.53.

comparable a la de las personas heterosexuales en lo relativo a su necesidad de reconocimiento jurídico y de protección de su relación de pareja”<sup>94</sup>.

Este trato es discriminatorio cuando no hay una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue una finalidad legítima o si no existe vínculo razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Los Estados contratantes, gozan de cierto margen de valoración para determinar en qué medida las diferencias entre situaciones análogas justifican la distinción de trato<sup>95</sup>.

Las diferencias basadas en la orientación sexual requieren “razones particularmente convincentes y generosas” para justificarlas<sup>96</sup>, como ocurre en el *Caso E.B. contra Francia*, referente a la negativa a conceder la aprobación para adoptar a una mujer lesbiana que vivía con otra mujer. La demandante alegó que en cada fase de su solicitud de autorización para adoptar un hijo había sufrido un trato discriminatorio basado en su orientación sexual y que había sido objeto de una violación a su vida privada. Sin embargo, el Tribunal consideró que los motivos alegados por las autoridades francesas no son un problema en relación con el interés del niño. Además, las leyes francesas permiten la adopción de niños o niñas por parte de personas solteras ya sean hombres o mujeres, por lo que no tiene sentido alegar como justificación a la negativa de adopción la inexistencia de un referente paterno. De la misma forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos siguió esta misma idea en el caso *Atala Riffo y niñas contra Chile*, que hace referencia a un trato discriminatorio por parte de Chile ya que se le retiró del cuidado y custodias de sus hijas por ser lesbiana. En este caso, se alegó que el hecho de que la madre fuese lesbiana podía incidir en el desarrollo integral de las niñas y debían ser protegidas frente a ello, la Corte consideró que la orientación sexual de la madre no podía servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. Es decir, la orientación sexual de la madre no justifica el trato discriminatorio; no se estaría ante una justificación objetiva y razonable<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> *Vallianatos y otros contra Grecia*. Sentencia de 7 de noviembre de 2013, ap.78.

<sup>95</sup> *Gas y Dubois contra Francia*. Sentencia de 15 de marzo de 2012, ap. 58, *Burden contra Reino Unido*. Sentencia de 29 de abril de 2008, ap.60 y *Santos Couto contra Portugal*. Sentencia de 21 de septiembre de 2010, ap.37.

<sup>96</sup> *E.B. contra Francia*. Sentencia de 22 de enero de 2008, ap. 91., *Smith y Grandy contra Reino Unido*. Sentencia de 25 de julio de 2000, ap.90 y *caso Karner contra Austria*. Sentencia de 24 de julio de 2003, ap. 37.

<sup>97</sup> PALACIOS VALENCIA, Y., “A propósito del caso Atala Riffo contra Chile. Un hito en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *La Ventana*, núm. 43/2016, 174-216, pp198 y 199.

Una vez que tenemos claro cuándo puede ser alegada una violación del artículo 14 del CEDH, explicaremos detenidamente qué derechos suelen poner los particulares en relación con el artículo 14 del CEDH para alegar que han sido víctimas de una discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género.

## **2. Prohibición de la tortura**

El artículo 3 del CEDH establece que:

“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”

Las personas LGTBI pueden ver su vida e integridad física en peligro en tres situaciones diferentes, por una parte, pueden ser objeto de malos tratos tanto por parte de individuales como por parte de las autoridades, por otro lado, pueden sufrir una violación del artículo 3 en determinadas detenciones y, por último, pueden estar ante un riesgo de persecución si son devueltos a su país de origen cuando dicho país tipifica las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo como delito.

En lo referente a los malos tratos que pueden sufrir las personas LGTBI, cabe destacar que el TEDH con el *caso Identoba y otros contra Georgia*, sentencia de 15 de mayo de 2015, que versa sobre unos ataques por parte de un grupo de religiosos a los miembros de una organización que promovía los derechos de las personas LGTBI mientras celebraban una marcha pacífica durante el Día Internacional Contra la Homofobia, concluyó que el artículo 3, en medida que protege a las personas de los tratos inhumanos, también establece el deber de prevenir la violencia por parte de los particulares y de investigar de existencia de cualquier motivo discriminatorio para evitar futuros malos tratos. Esta responsabilidad positiva también puede considerarse dentro del artículo 14 (ap. 63).

En este caso los demandantes consideraron que los actos de violencia de los que fueron víctimas tuvieron connotaciones homofóbicas y transfóbicas que hicieron que tales malos tratos fuesen suficientes para alcanzar el umbral pertinente. El TEDH consideró que la manera más adecuada de proceder es someter las denuncias de los demandantes a un doble examen simultáneo, en virtud del artículo 3 combinado con el artículo 14 (ap. 64). El TEDH concluyó que los malos tratos deben alcanzar un nivel mínimo de gravedad para entrar en el ámbito de aplicación del artículo 3. Ese mínimo de gravedad depende de las circunstancias del caso, como la naturaleza y el contexto del tratamiento, su duración, efectos físicos y mentales y en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima.

En cuanto al ámbito de protección del artículo 3, éste no solo cubre los malos tratos físicos, también cubre la imposición de un sufrimiento psicológico, por lo que un trato puede calificarse de degradante cuando despierta en sus víctimas sufrimientos de miedo, angustia e inferioridad. Además, los malos tratos llevados a cabo por una mayoría heterosexual contra una minoría homosexual, puede estar comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 3 (ver *Smith y Grandy contra Reino Unido*, sentencia de 25 de julio de 2000, ap. 121). En cualquier caso, los insultos deben considerarse como un factor agravante en un caso de malos tratos (ap. 65).

Uno de los problemas que se plantea en este caso es si el estado había llevado a cabo las investigaciones pertinentes para evitar posibles discriminaciones, sobre esto, el TEDH concluyó que una investigación es eficaz cuando es capaz de conducir al establecimiento de los hechos del caso y a la identificación y sanción de los responsables (ap. 66) (Ver *M.C. y C.A. contra Rumania*, sentencia de 12 de abril de 2016).

El artículo 3 también puede ser alegado para denunciar los malos tratos que ha sufrido una persona por parte de las autoridades durante determinadas detenciones. En este ámbito, las autoridades tienen el deber de proteger a los detenidos, pero, según el Tribunal, esta obligación no puede imponer una carga imposible o desproporcionada. Dada la naturaleza del derecho protegido por el artículo 3, el TEDH consideró en el *caso Stasi contra Francia*, sentencia 20 de octubre de 2011, ap. 80<sup>98</sup>, que es suficiente con que el demandante demuestre que las autoridades no hicieron todo lo que cabría de esperarse de ellos para evitar la materialización de un riesgo. En este caso, se consideró que no había habido violación del artículo 3 ya que las autoridades penitenciarias hicieron todo lo posible para la proteger los derechos del demandante, pero éste no denunciaba los hechos cuando sucedían o no se podía identificar al sujeto activo por falta de cooperación del demandante.

Finalmente, otro de los motivos por los que los demandantes alegan una violación del artículo 3 de la Convención, suele ser en los casos en los que su orientación sexual se encuentra tipificada como delito en su país de origen y por lo tanto pueden estar sometidos a persecuciones que tienen por objeto la aplicación de penas inhumanas entre ellas la pena de muerte o ser sometidos a tortura, por esa razón, los demandantes tienen que buscar

---

<sup>98</sup> Referente a unos supuestos malos tratos que estaba sufriendo un preso por parte de otros presos durante su internamiento, que es suficiente con que el demandante demuestre que las autoridades no hicieron todo lo que cabría de esperarse de ellos para evitar la materialización de un riesgo.

asilo o refugio en otros países donde tal condición no se encuentre contemplada como delito.

Los Estados que conceden la condición de refugiado o el asilo a una determinada persona tienen la obligación de no expulsarla y ponerla en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social, o de sus opiniones políticas<sup>99</sup>. Esto quiere decir que la expulsión por parte de un estado contratante de un extranjero puede dar lugar a una cuestión con arreglo al artículo 3 del Convenio y, por lo tanto, dicho Estado sería responsable de una violación del CEDH, siempre y cuando se demuestren razones sustanciales para creer que una persona en cuestión correría un riesgo real de ser sometidos a tortura, trato inhumano o degradante en el país de origen<sup>100</sup>.

En ocasiones el Tribunal, no ha admitido demandas de posibles violaciones del artículo 3 por considerar que los demandantes no se encuentran realmente en una situación de peligro a pesar de que las prácticas homosexuales se encuentren penadas, como ocurre en el caso *F. contra Reino Unido*<sup>101</sup> referente a la negativa de Reino Unido a conceder el asilo a un iraní que alegaba que podría ser objeto de persecución en su país de origen por el hecho de ser homosexual. En Irak la carga de la prueba de las relaciones homosexuales en el juicio es muy alta, llegando a necesitar cuatro personas que hayan presenciado la relación entre dos homosexuales. Es por ello que no hay ejecuciones por motivo de la orientación sexual o identidad de género, por lo que el Tribunal consideró que Reino Unido no había violado el artículo 3 del Convenio al no concederle el asilo porque no existía un riesgo real de persecución ya que en la actualidad es muy difícil demostrar la homosexualidad de una persona, por lo que ya no se aplican penas inhumanas o tratos degradantes.

### **3. Derecho a la libertad y a la seguridad**

El derecho a la libertad y a la seguridad aparece regulado el en artículo 5 del CEDH de la siguiente forma:

“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 penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.

---

<sup>99</sup> JIMÉNEZ PIERNAS, C. (Dir.), *Introducción ...*, op. cit., p.367.

<sup>100</sup> *I.N. contra Países Bajos*. Sentencia de 9 de diciembre de 2004, p. 9 y *M.K.N contra Suecia*. Sentencia de 27 de junio de 2003, ap. 25.

<sup>101</sup> *F. contra Reino Unido*. Sentencia de 22 de junio de 2004.

- b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, 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 preventivamente o internado, 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 del internamiento 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 del internamiento, 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 preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de 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 en juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación”.

En el caso *O.M contra Hungría*, sentencia de 5 de julio de 2016, el demandante de origen iraní tuvo que salir de su país de origen porque era homosexual y se encontraba en riesgo de ser perseguido. El demandante alegó que fue detenido ilícitamente durante 58 días después de solicitar asilo en Hungría. Con respecto a esto, el Tribunal considera que el artículo 5 es un derecho fundamental y que en su párrafo primero establece una lista exhaustiva de los motivos en los que se puede privar a un individuo de su libertad. El Tribunal dispuso que:

“Any deprivation of liberty must, in addition to falling within one of the exceptions set out in subparagraphs (a) to (f), be “lawful””.

Cuando se trata de legalidad de la detención, incluida la cuestión de si se ha seguido un procedimiento prescrito por la ley, el Convenio se refiere al derecho nacional y establece la obligación de ajustarse a las normas sustantivas y procesales de éste. Pero el

cumplimiento del derecho nacional no es suficiente, ya que el artículo 5.1 exige además que toda privación de libertad se ajuste al propósito de proteger al individuo de la arbitrariedad, hay que tener en cuenta que la noción de arbitrariedad, en este contexto va más allá de la falta de conformidad con el derecho nacional. Cabe añadir que debe existir por lo menos el incumplimiento de una obligación por parte de la persona de que se trate, la detención debe tener por objeto garantizar su cumplimiento y no debe tener un carácter punitivo<sup>102</sup>. Con base a los hechos del caso, la detención de la que fue víctima el demandante, no se encontraba recogida en el artículo 5.1, por lo que el Tribunal consideró que la detención fue ilícita.

#### **4. Derecho al respeto a la vida privada y familiar**

El artículo 8 del CEDH establece que:

“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 por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

La protección de las personas LGTBI por el TEDH se ha desarrollado a través del reconocimiento de que estas personas tienen derecho al respeto de su vida privada y familiar. La definición de lo que debe ser considerado como “vida privada” y “vida familiar” en el ámbito del Convenio ha sido dada por el TEDH a través de su jurisprudencia. Se trata en cualquier caso de un artículo que protege situaciones muy dispares pero cuya aplicación presenta problemas comunes que vienen dados por la estructura del artículo. Resulta difícil establecer parámetros claros dentro de los que una determinada situación puede ser considerada como protegida por el derecho a la vida privada. Sin embargo, si han sido definidas algunas características básicas relativas a este derecho<sup>103</sup>. Como es sabido, las normas jurídicas dependen de la sociedad, de los valores y las creencias que primen en el momento en el que se elaboran. En el caso *E.B contra Francia*, sentencia de 22 de enero de 2008, ap. 41, el Tribunal dispuso que:

---

<sup>102</sup> *O. M. contra Hungría*. Sentencia de 5 de julio de 2016, ap. 40-42.

<sup>103</sup> RIVAS VAÑÓ, A. Y RODRÍGUEZ-PINERO, M., “Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº.52,1999, 3-38, pp. 11 y 12.

“The provisions of Article 8 do not guarantee either the right to found a family or the right to adopt”.

Sino que presupone la existencia de una familia o por lo menos la posible relación entre un hijo nacido fuera del matrimonio y su padre natural, la relación que se deriva de un matrimonio genuino incluso si la vida familiar aún no se ha establecido plenamente o la relación que se deriva de una adopción legítima y real, es decir, no garantiza el derecho a fundar una familia (*ver Fretté contra Francia*, sentencia de 26 de febrero de 2002, ap.32 y *Gas y Dubois contra Francia*, sentencia de 15 de marzo de 2012, ap. 37). Lo que nos interesa es ver si las relaciones entre personas del mismo sexo se encuentran dentro de la “vida privada” y la “vida familiar” protegida por el artículo 8 del CEDH.

El concepto de “vida privada” es un término amplio que no es susceptible de definición exhaustiva ya que abarca la integridad moral de una persona y por lo tanto puede abordar múltiples aspectos de la identidad de una persona, como puede ser la orientación sexual y la identidad de género<sup>104</sup>. De esta forma, el TEDH considera que las relaciones entre homosexuales se encuentran dentro de la esfera de la “vida privada”. Ahora, se trata de ver si estas relaciones se encuentran dentro de la “vida familiar”. En este punto el Tribunal se remite a su jurisprudencia relativa a las parejas del mismo sexo y recordó que el concepto de familia no se limita a las relaciones matrimoniales, es decir, se extiende hasta las parejas de hecho. Teniendo en cuenta la evolución en esta materia, el Tribunal consideró que:

“Sería artificial seguir considerando que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja homosexual no podría tener una "vida familiar" a los efectos del artículo 8”<sup>105</sup>.

Si bien, el objeto esencial del artículo 8 es proteger a las personas contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, también impone a los Estados ciertas obligaciones para garantizar el respeto efectivo de los derechos protegidos en dicho artículo, tal y como concluyó el Tribunal en el caso *Oliari y otros contra Italia*, sentencia de 2 de julio de 2015, ap.159<sup>106</sup>(*ver Hämäläinen contra Finlandia*, sentencia 16 de julio de 2014, ap.62 y *X. e Y. contra Países Bajos*, sentencia del 26 de marzo de 1985). Estas obligaciones, pueden implicar la adopción de medidas destinadas a garantizar el respeto de la vida privada o familiar incluso en el ámbito de las relaciones entre individuos. Los

---

<sup>104</sup> *Pajic contra Croacia*. Sentencia de 23 de febrero de 2016, ap. 61 y *Sousa Goucha*. Sentencia de 22 de marzo de 2016, ap.23.

<sup>105</sup> *Vallianatos y otros contra Grecia*. Sentencia de 7 de noviembre de 2013, ap.73 y *P.B and J.S contra Austria*. Sentencia de 22 de julio de 2010, ap.25-27.

<sup>106</sup> Referente a la denuncia presentada por tres parejas homosexuales de que, con arreglo a la legislación italiana, no tienen la posibilidad de casarse o entrar en otro tipo de unión civil.

principios aplicables a la evaluación de las obligaciones positivas y negativas de un Estado en virtud del Convenio son similares, por otro lado, hay que tener en cuenta el equilibrio que debe haber entre los intereses en competencia del individuo y de la comunidad en su conjunto, prestando atención al artículo 8.2 del Convenio (ap. 160). El Tribunal considera que la noción de “respeto” no es clara, en esencia en lo que respecta a las obligaciones positivas debido a la diversidad de las prácticas seguidas y de las situaciones existentes en los Estados contratantes (ap. 161) (ver *Rees contra Reino Unido*, sentencia de 14 de octubre de 1986, ap. 35 y *B. contra Francia*, sentencia de 25 de marzo de 1992, ap.44).

Dentro de las Fuerzas Armadas también pueden darse casos de discriminación basada en la orientación sexual o la identidad de género. En este ámbito cabe destacar los casos *Perkins y R. contra Reino Unido*, sentencia de 22 de octubre de 2002, donde los demandantes eran miembros de las Fuerzas Armadas de Reino Unido y fueron sometidos a unas investigaciones para determinar la sexualidad de los mismos. Reino Unido, alegó que las investigaciones llevadas a cabo eran “necesarias en una sociedad democrática” en base al artículo 8.2 y el Tribunal, concluyó que las investigaciones sobre la orientación sexual de los demandantes y su destitución de las Fuerzas Armadas por su homosexualidad en virtud de la política absoluta del Ministerio de Defensa contra la presencia de homosexuales en las Fuerzas Armadas constituían una interferencia directa en el derecho de los solicitantes al respeto de su vida privada, que no puede justificarse “necesarias para una sociedad democrática”<sup>107</sup>.

En otras ocasiones, el artículo 8 puede ser violado como consecuencia del ejercicio de otros derechos por parte de otras personas, como es el caso *de Sousa Goucha contra Portugal*, sentencia de 22 de marzo de 2012, referente a una denuncia a un programa de televisión por una presunta difamación en relación con las características sexuales del denunciante. En estos casos, el Tribunal ha establecido que:

“Thus, in such cases the Court will need to balance the applicant’s right to “respect for his private life” against the public interest in protecting freedom of expression, bearing in mind that no hierarchical relationship exists between the rights guaranteed by the two Articles”<sup>108</sup>.

Otra de las situaciones en la que se puede ver violado el artículo 8 del CEDH se da cuando las autoridades de un determinado Estado no permiten que uno de los padres se registre en el certificado de nacimiento, cabe destacar el caso *Boeckel y Gessner-Boeckel*

---

<sup>107</sup> *Perkins y R. contra Reino Unido*. Sentencia de 22 de octubre de 2002, ap. 38.

<sup>108</sup> Ap. 42.

*contra Alemania*, sentencia de 7 de mayo de 2013 donde las demandantes eran dos mujeres registradas como pareja de hecho que se quejaron de la negativa a inscribir a una de ellas como padre en el certificado de nacimiento del hijo de la otra; nacido durante su relación de pareja. Se basaron en el artículo 8 por separado y también en relación con el artículo 14 del Convenio. El TEDH declaró que la demanda era inadmisibles por ser manifiestamente infundada, constató que las demandantes no se encontraban en una situación similar a la de una pareja de personas de distinto sexo cuando la cuestión versa sobre las anotaciones que debían hacerse en el certificado de nacimiento del niño.

Además, también podemos ver el artículo 8 puesto en relación con el artículo 14 en los casos en los que se les niega el permiso de residencia, en los casos referentes a la protección social y en los referentes a sucesiones en caso de muerte de un miembro de la pareja. En estos casos, el Tribunal tiene que tener en cuenta si se da un trato diferente ante situaciones iguales o un trato igual ante situaciones diferentes, este trato es discriminatorio cuando no hay una razón que lo justifique objetiva y razonablemente. Como ejemplo podemos citar el caso *Pajic contra Croacia*, sentencia de 23 de febrero de 2011, donde un nacional de Bosnia Herzegovina que mantenía una relación de pareja estable con una mujer que vivía en Croacia, denunció que había sido objeto de una discriminación por razón de orientación sexual al solicitar un permiso de residencia en Croacia. El Tribunal declaró que se había violado el artículo 14 y el artículo 8 del Convenio y constató que la demandante se había visto afectada por una diferencia de trato introducida por la Ley de extranjería, que reservaba la posibilidad de solicitar un permiso de residencia para la reagrupación familiar a parejas de distinto sexo. El Gobierno croata no demostró que esa diferencia de trato fuera necesaria para alcanzar un objetivo legítimo o que estuviera justificada por cualquier otra razón convincente y por lo tanto había una violación del artículo 8 en relación con el artículo 14 del CEDH.

En cuanto a la protección social, cabe mencionar el *Caso P.B y J.S contra Austria*, sentencia de 22 de julio de 2010, donde el demandante era un homosexual que se quejaba de la negativa por parte de las autoridades de austriacas a que se le extendiese la cobertura del seguro de enfermedad de su pareja. Antes de una enmienda legislativa en julio de 2007, el derecho austriaco disponía que sólo un pariente cercano del asegurado o un conyugue del sexo opuesto calificaba como dependientes. El TEDH declaró que se había violado el artículo 14 en relación con el artículo 8 con respecto al período anterior a julio de 2007. Como consecuencia de la enmienda legislativa de julio de 2007, la legislación

pertinente era ahora neutral en lo que respecta a la orientación sexual de los cohabitantes, por lo que el Tribunal considera que se había puesto fin a la violación de dichos artículos.

En lo referente a la sucesión, destacaremos el caso *Kozak contra Portugal*, sentencia de 2 de marzo de 2010. En este caso el demandante, a raíz de la muerte de su pareja homosexual, inició un procedimiento contra el municipio alegando que tenía derecho al piso que estaba a nombre de su pareja. Al desestimar su demanda, los tribunales polacos consideraron que el demandante había abandonado el piso y había dejado de pagar el alquiler antes de la muerte de su pareja y que, en cualquier caso, una relación matrimonial de hecho, que era un requisito previo para la sucesión del arrendamiento del piso, sólo podía existir entre personas del sexo opuesto. El TEDH declaró que se había violado el artículo 14 en relación con el artículo 8.

El Tribunal tiene que determinar si se puede decir que las autoridades polacas han dado una “justificación objetiva y razonable” a la diferencia de trato impugnada. De los hechos del caso, se desprende que el objetivo perseguido era proteger a las familias tradicionales, tal como dispone el artículo 18 de la Constitución polaca y el Tribunal aceptó esta justificación (ver *Karner contra Austria*, Sentencia de 24 de julio de 2003, ap. 40). No obstante, para conseguir este objetivo el Estado puede aplicar otras medidas. Además, dado que el CEDH es un instrumento vivo que debe interpretarse teniendo en cuenta las condiciones actuales, el Estado en su elección de los medios destinados a proteger a la familia debe de tener en cuenta la evolución de la sociedad y los cambios en las percepciones de las cuestiones sociales, civiles y relacionales (ap. 98).

Dentro de los aspectos criminales, el artículo 8 puede ser invocado en aquellos casos en los que las legislaciones internas de los Estados criminalizan las prácticas sexuales bien entre adultos o, bien entre adultos y menores, aun siendo consentidas. En este punto se nos plantea el problema de si la existencia de legislación que castigue estas actividades, se considera una injerencia en la vida privada de una persona. En el caso *Dudgeon contra Reino Unido*, sentencia 22 de octubre de 1981, ap. 34<sup>109</sup>. Pese a considerar que el objetivo de la legislación norirlandesa de salvaguardar la moral imperante en el territorio era legítimo, el Tribunal puso en entredicho que tal injerencia fuera necesaria en una sociedad democrática como la de Reino Unido, en el sentido del art. 8.2. Al respecto, el Tribunal

---

<sup>109</sup> Donde el demandante se quejaba de que la legislación entonces en vigor en Irlanda del Norte clasificaba las relaciones homosexuales entre los hombres como un delito. El demandante, que era homosexual, se quejaba de que experimentaba sentimientos de miedo, sufrimiento y sufrimiento psicológico como resultado de la existencia misma de las leyes en cuestión, incluido el miedo al acoso y el chantaje. También se quejó de que había sido objeto de una investigación sobre ciertas actividades homosexuales.

constató que la homosexualidad era progresivamente aceptada en la totalidad de los Estados miembros del Consejo de Europa y consideró que los efectos negativos que causaban las provisiones legales impugnada en la vida de los homosexuales, no eran proporcionales a las justificaciones de naturaleza moral. Por lo que el Tribunal juzgó que el mantenimiento de este tipo de legislaciones constituye una injerencia injustificada en el derecho del demandante al respeto de su vida privada y como consecuencia de esta sentencia, se despenalizó las relaciones entre homosexuales en Irlanda del Norte <sup>110</sup> (ver *Norris contra Irlanda*, sentencia de 26 de octubre de 1988, ap. 38).

Otro caso que cabe citar es *A.D.T. contra Reino Unido*, sentencia de 31 de julio de 2000. Este caso hace referencia a un homosexual que fue condenado porque descubrieron en su domicilio vídeos donde aparecía manteniendo relaciones sexuales con hombres en su casa, ya que la legislación británica contemplaba las relaciones entre más de dos personas como públicas y, por lo tanto, sujetas a sanción penal. El Tribunal consideró que:

“existió injerencia en el ejercicio por el solicitante del derecho al respeto de su vida privada, no sólo en razón de la existencia de la ley que prohíbe las actividades sexuales realizadas en privado entre más de dos hombres con su consentimiento, sino también por el hecho de la misma condena. El Tribunal señala que la condena se apoya no ya en la grabación de las cintas de vídeo, sino en los actos en sí mismos. Añade que las actividades en cuestión revestían un carácter puramente privado, en el sentido de que no era probable que las grabaciones pasaran a ser de dominio público. En estas circunstancias el margen de apreciación del Estado demandado era muy estrecho. El Tribunal no encuentra ninguna «necesidad social imperiosa» que permita justificar la legislación en cuestión o su aplicación en los procedimientos iniciados contra el solicitante”.

Y por lo tanto concluyó que el demandante no podía ser condenado por los hechos.

Las personas transexuales, también son víctimas de fuertes violaciones a sus vidas privadas por los problemas a los que se enfrentan y la angustia que sufren, por lo que hay una necesidad de adoptar medidas legales adecuadas que deben traducirse en un estudio, teniendo presente el desarrollo científico y social<sup>111</sup>. Esto debería ser apreciado por aquellos países en los que aún podemos encontrar leyes que hacen que los transexuales no puedan acceder a todos sus derechos de forma correcta, por ejemplo, podemos destacar el caso *Rees contra Reino Unido* referente a una mujer que se sometió a un tratamiento

---

<sup>110</sup> MANZANO BARRAGÁN, I., “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 64, n.2, 2012 49-78, pp. 52 y 53.

<sup>111</sup> *Dudgeon contra Reino Unido*. Sentencia de 22 de octubre de 1981, ap.60 y *Rees contra Reino Unido*. Sentencia de 14 de octubre de 1986, ap.47.

médico para desarrollar las características masculinas y se quejaba de que Reino Unido no concedía un estatus jurídico acorde con su condición (ver *Cossey contra Reino Unido*, sentencia de 27 de septiembre de 1990, *Christine Goodwin contra Reino Unido*, sentencia de 11 de julio de 2002). El Tribunal puso de manifiesto que del artículo 8 no se deriva ninguna obligación positiva para el Estado demandado de modificar su sistema de registro de nacimiento para otorgar a los interesados en estos asuntos, el derecho a exigir una actualización o una anotación en el Registro Civil, con el fin de que figure en el mismo su nueva identidad sexual. En estos casos, el Tribunal considera que los Gobiernos demandados deben mantener un equilibrio entre el interés general de la colectividad y los intereses de los recurrentes<sup>112</sup>.

El transexual que ha sido operado, puede alegar ser víctima de una violación de su derecho a la vida privada contraria al artículo 8 del Convenio por falta de reconocimiento legal de su cambio de género<sup>113</sup>.

## 5. Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión

El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión se encuentra regulado en el artículo 9 del CEDH de la siguiente forma:

“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 restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen 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”.

Estas libertades solo pueden ser objeto de las restricciones previstas por la ley, es decir aquellas que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral pública. En el caso, caso *Ladele and McFarlane contra Reino Unido*, sentencia de 15 de enero de 2013<sup>114</sup>, el

---

<sup>112</sup> *Sheffield y Horsham contra Reino Unido*. Sentencia de 30 de julio de 1998, ap. 14.

<sup>113</sup> *Hämäläinen contra Finlandia*. Sentencia 16 de julio de 2014, ap.59 y *Grant contra Reino Unido*. Sentencia de 23 de mayo de 2006, ap. 40.

<sup>114</sup> Referente a las quejas de los solicitantes porque fueron despedidos de su puesto de trabajo al negarse a cumplir alguno de sus deberes con respecto a personas homosexuales porque consideraban que dichas prácticas eran incompatibles con sus creencias religiosas, el TEDH consideró que los actos u omisiones que no expresen directamente la creencia en cuestión o que están sólo remotamente vinculado a un precepto de fe, caen fuera de la protección del artículo 9.1.

Tribunal concluyó que el artículo 9 es uno de los fundamentos de una “sociedad democrática” en el sentido del Convenio y en cuanto a su dimensión religiosa es uno de los elementos más importantes que conforman la identidad de los creyentes y su concepción de la vida, pero también es un bien preciado para ateos, agnósticos, escépticos e indiferentes (ap. 79). Tal y como hemos mencionado, este derecho también comprende la libertad de manifestar su creencia, solo y en privado, pero también para practicar en comunidad con otros y en público, el problema es que esto puede tener un impacto en otras personas, por ello los redactores del Convenio establecieron que las restricciones a este derecho tenían que estar previstas en la ley y ser necesarias en una “sociedad democrática” (ap. 80). El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión requiere opiniones que alcancen un cierto grado de firmeza. Si esto se cumple, el deber del Estado de neutralidad e imparcialidad es incompatible con cualquier poder por parte del Estado de valorar la legitimidad de las creencias religiosas o las formas de expresión de esas creencias (ap. 81). El hecho de que la creencia en cuestión alcance el nivel de convicción y de importancia requerido, no quiere decir que cada acto que esté inspirado de alguna manera por ella constituya una “manifestación de la creencia”. El problema lo tenemos en ver qué actos constituyen una “manifestación de la creencia”.

Para ser considerada una “manifestación” en el sentido del artículo 9, el acto en cuestión debe estar íntimamente relacionado con la religión o la creencia. Un ejemplo sería un acto de culto o devoción que forma parte de la práctica de una religión o creencia en una forma generalmente reconocida. Sin embargo, la manifestación de una religión o creencia no se limita a esos actos; debe determinarse sobre los hechos de cada caso la existencia de un nexo suficientemente estrecho y directo entre el acto y la creencia subyacente. En particular, no es necesario que el demandante establezca que él o ella actuó en cumplimiento de un deber establecido por la religión en cuestión (ap. 82).

## **6. Libertad de expresión**

El artículo 10 del CEDH establece la libertad de expresión<sup>115</sup>.

Este artículo no garantiza que las personas puedan comunicar informaciones, ideas, opiniones de cualquier índole y en cualquier forma ya que en ocasiones éste derecho puede estar sujeto a ciertas limitaciones con el fin de que su ejercicio no suponga una

---

<sup>115</sup> Ver nota a pie de página núm 44.

violación de un derecho de otra persona, como ocurrió en el caso *Vejdeland y otros contra Suecia*, sentencia de 9 de febrero de 2012<sup>116</sup>. El Tribunal concluyó que no había habido violación del artículo 10 del CEDH, ya que la injerencia en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión por parte de las demandantes había sido razonablemente considerada por las autoridades suecas como necesaria en una sociedad democrática para la protección de la reputación y los derechos de los demás. El Tribunal consideró, en particular, que las declaraciones en cuestión habían constituido alegaciones graves y perjudiciales, aunque no hubieran sido un llamamiento directo a actos odiosos. Por lo que cabría concluir que una injerencia en el derecho a la libertad de expresión por parte de las autoridades públicas de un determinado estado, supone una infracción del Convenio cuando ésta no se ejercita con respeto de los requisitos establecidos en el artículo 10 del mismo, es por ello que, cuando se presenta un caso en el que las autoridades de un estado han tenido que limitar el derecho a la libertad de expresión de una persona, debe determinarse si la injerencia en dicho derecho estaba “prescrita por la ley”, si se perseguía uno o más de los objetivos legítimos establecidos en el mismo y si era “necesaria en una sociedad democrática” para alcanzar esos objetivos (ap. 49). La prueba de la “necesidad en una sociedad democrática” requiere que:

“The Court to determine whether the interference complained of corresponded to a “pressing social need”. In this respect, the Contracting States enjoy a margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with a European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a “restriction” is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10”<sup>117</sup>.

Al examinar las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales en virtud de su margen de apreciación, el Tribunal debe determinar, a la luz del caso, el contenido de las observaciones formuladas contra los demandantes y el contexto. Si la injerencia en cuestión es “proporcional” al objetivo legítimo perseguido y si las razones aducidas por ellos para justificar la injerencia eran “pertinentes y suficientes”<sup>118</sup>. El Tribunal reitera que la libertad de expresión es aplicable no sólo a “información” o “ideas” que se reciben favorablemente o se consideran inofensivas o indiferentes, sino también a las que

---

<sup>116</sup> Donde los demandantes se quejaron de que fueron condenados por distribuir en un instituto folletos considerados por los tribunales como ofensivos para los homosexuales. Los demandantes alegaron, en particular, que el Tribunal Supremo de Suecia los condenó por agitación contra un grupo nacional o étnico que había constituido una violación de su libertad de expresión.

<sup>117</sup> *Vejdeland y otros contra Suecia*. Sentencia de 9 de febrero de 2012, ap.51 y Mldina D.D. Ljubljana contra Slovenia. Sentencia 17 de abril de 2014, ap.37.

<sup>118</sup> Ap. 52 caso *Vejdeland y otros contra Suecia*.

ofenden, sacuden o perturban. Esta libertad está sujeta a excepciones que, sin embargo, deben ser interpretadas estrictamente, y la necesidad de cualquier restricción debe establecerse de manera convincente<sup>119</sup>.

## 7. Libertad de reunión y asociación

El artículo 11 dispone que:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar con otros 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 para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado”.

El Convenio tiene por objeto promover y mantener los ideales y valores de una sociedad democrática. En el contexto del artículo 11, el Tribunal concluyó, en el caso *Baczkowski y otros contra Polonia*, sentencia de 3 de mayo de 2007, ap. 61-64<sup>120</sup> que el papel desempeñado por los partidos políticos es esencial para garantizar el pluralismo y la democracia, las asociaciones formadas para otros fines también son importantes para el buen funcionamiento de la democracia. El pluralismo también se basa en el reconocimiento y el respeto genuino de la diversidad y la dinámica de las tradiciones culturales, las identidades étnicas, las creencias religiosas y las ideas y conceptos artísticos, literarios y socioeconómicos. La asociación de personas permite la participación de los ciudadanos en el proceso democrático y por ello el Estado tiene la obligación de garantizar ese derecho, especialmente a aquellas personas que tienen opiniones impopulares o pertenecientes a minorías, ya que son más vulnerables a la victimización. Además, la interacción pacífica ente personas es esencial para lograr la cohesión social (ver *Identoba y otros contra Georgia*, sentencia de 15 de mayo de 2015, ap.93).

---

<sup>119</sup> Ap. 53 caso *Vejdeland y otros contra Suecia*.

<sup>120</sup> Referente a la negativa por parte del gobierno de Polonia a que una organización celebrase una marcha para la Igualdad. La marcha se celebró y los demandantes denunciaron que su derecho a asamblea pacífica había sido violado ya que las autoridades nacionales no habían aplicado el derecho interno correctamente, también denunciaron que no disponían de un procedimiento que les hubiese permitido obtener una decisión definitiva antes de la fecha de las manifestaciones previstas. Alegaron además que habían sido tratados de manera discriminatoria en la medida en que se les había denegado el permiso para organizar ciertas manifestaciones sobre la base de que no habían presentado un “plan de organización de tráfico”, pero sin embargo otras manifestaciones si habían sido realizadas a falta de dicho plan.

El artículo 11 protege las manifestaciones no violentas que pueden molestar u ofender a las personas que no comparten las ideas promovidas por los manifestantes, por otro lado, las personas tienen que ser capaces de realizar manifestaciones sin miedo a ser perseguidas.

En el caso *Alekseyev contra Rusia*, sentencia de 21 de octubre de 2010, una organización se quejó de la prohibición reiterada por parte del gobierno de Rusia de celebrar marchas sobre los derechos de los homosexuales, de no disponer de un remedio efectivo para impugnar esas prohibiciones y de que eran discriminatorias por su orientación sexual y la de los otros participantes, el gobierno alegó que dichas manifestaciones pueden provocar la perturbación de otras personas. El Tribunal, consideró que el temor de que una manifestación pueda provocar perturbación, no basta para justificar la negativa a su celebración ya que si el ejercicio del derecho a reunión y asociación pacíficas por parte de un grupo minoritario, dependiese de su aceptación por la mayoría, ello sería incompatible con los valores del Convenio<sup>121</sup>.

La injerencia en el derecho a la libertad de reunión no debe constituir una prohibición absoluta, legal o, de hecho, sino que puede consistir en diversas medidas adoptadas por las autoridades. El término “restricciones” del artículo 11. 2, debe interpretarse en el sentido de que incluye tanto las medidas adoptadas antes como durante la reunión y las medidas punitivas adoptadas posteriormente. A esto hay que añadir que, la libertad de reunión también comprende el derecho a elegir sitio, momento y forma de realizar la asamblea, por lo que la infracción de ese derecho no sólo tiene que implicar la prohibición de un evento.<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup>“The Court further reiterates that it would be inconsistent with the underlying values of the Convention if the exercise of Convention rights by a minority group was made conditional on its being accepted by the majority. Were this so, the minority group's rights to freedom of religion, expression and assembly would become merely theoretical rather than practical and effective as required by the Convention”, *Alekseyev contra Rusia*. Sentencia de 21 de octubre de 2010, ap. 81.

<sup>122</sup> *Lashmankin y otros contra Rusia*. Sentencia de 7 de febrero de 2017, ap. 404-405.

## 8. Derecho a contraer matrimonio

El artículo 12 del Convenio dispone que:

“A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

La interpretación de dicho artículo por parte del Tribunal, ha experimentado una evolución, esto se debe a que el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado atendiendo a las circunstancias sociales de cada momento.

Dentro de las relaciones entre transexuales, podemos destacar que, en 1986, con el *Caso Rees contra Reino Unido*, sentencia de 14 de octubre de 1986, ap.49-50, el Tribunal consideró que, el artículo 12, al garantizar el derecho a casarse, se refiere al matrimonio tradicional entre dos personas de distinto sexo biológico. Se deduce de ella claramente que la finalidad que se persigue es principalmente proteger el matrimonio como fundamento de la familia. Por otra parte, el artículo 12, somete este derecho a las leyes nacionales (ver *Sheffield y Horsham contra Reino Unido*, sentencia de 30 de julio de 1998, ap.20).

Más tarde, con el *Caso Christine Goodwin*, sentencia de 11 de julio de 2002, ap. 15, el Tribunal no estaba convencido de que actualmente se pudiese seguir admitiendo que estos términos impliquen que se deba determinar el sexo según criterios puramente biológicos. Tras la adopción del Convenio, el matrimonio se ha transformado profundamente por la evolución de la sociedad, y los avances de la medicina y la ciencia han supuesto cambios radicales en el ámbito de la transexualidad.

Podemos apreciar que no existe consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Habida cuenta de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Tribunal señala que el artículo que otorga el derecho al matrimonio, no incluía una referencia a hombres y mujeres (ver *Schalk and Kopf contra Austria*, sentencia de 24 de junio de 2010, ap. 41). El Tribunal observa que, con arreglo al artículo 12, ya no considera que el derecho al matrimonio deba limitarse al matrimonio entre dos personas del sexo opuesto (ver *Oliari y otros contra Italia*, sentencia de 2 de julio de 2015, ap.191).

Tal y como considera el TEDH en su jurisprudencia, esta disposición garantiza el derecho fundamental de un hombre y una mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia.

“the exercise of this right gives rise to personal, social and legal consequences. It is “subject to the national laws of the Contracting States”, but the limitations thereby introduced must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired”<sup>123</sup>.

Es por ello, que dicha disposición no obliga a los Estados contratantes a conceder matrimonio a personas del mismo sexo, sólo lo garantiza con arreglo a las disposiciones legales del derecho interno de un determinado estado<sup>124</sup>.

## 9. Protección de la propiedad

La protección a la propiedad aparece recogida en el artículo 1 del primer Protocolo adicional al CEDH de la siguiente forma:

“Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”.

En el caso *J.M contra Reino Unido*, sentencia de 28 de septiembre de 2010, referente a la demanda de una mujer que vivía desde 1998 con otra mujer con la que mantenía una relación sentimental. La demandante era una madre divorciada, cuyos hijos vivían con su padre y se quejó de que tenía que pagar una manutención más elevada por tener una relación con una mujer, que, si hubiese mantenido una relación con otro hombre, el Tribunal concluyó que la prohibición de discriminación (art. 14 del CEDH) se extiende más allá de los derechos y libertades establecidos en el CEDH, también se extiende a sus Protocolos (ap. 45). En la Cámara de los Lores, la mayoría opinó que los hechos del caso no entraban en el ámbito del artículo 1 del Protocolo núm. 1, ya que se refería principalmente a la expropiación de bienes con fines públicos y no a la ejecución de una obligación personal del progenitor ausente. El Tribunal consideró que, en el contexto de las prestaciones de seguridad social, una reclamación puede estar comprendida en el ámbito del artículo 14 (ap. 46). La demandante se quejaba de la diferencia de trato que experimentaba al tener que pagar más, mientras que, si su relación fuese con un hombre, la cantidad sería inferior. A este respecto, el Tribunal recordó que debe existir una diferencia en el trato de las personas que se encuentran en situaciones similares. La

---

<sup>123</sup> *Schalk and Kopf contra Austria*. Sentencia de 24 de junio de 2010, ap. 49.

<sup>124</sup> *Schalk and Kopf contra Austria*. Sentencia de 24 de junio de 2010, ap.63 y *Hämäläinen contra Finlandia*. Sentencia 16 de julio de 2014, ap.96.

diferencia de trato es discriminatoria cuando no existe una justificación razonable y objetiva, es decir, no persigue un objetivo legítimo. En este sentido, los Estados disponen de un margen de apreciación que suele ser amplio cuando se trata de medidas generales de estrategia económica o social, pero cuando se trata de quejas por discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, el margen de apreciación es menor (ap. 54).

El Tribunal consideró que la demandante se encontraba en una situación similar a la de un padre ausente que mantiene una relación con otra persona del sexo opuesto, y que lo único que la diferenciaba era su orientación sexual y que por lo tanto había una diferencia de trato que deriva de la orientación sexual (ap. 55). Por lo que el Tribunal concluyó que había una violación del artículo 14 con relación al artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio.



## CONCLUSIONES

Las personas LGTB siguen siendo excluidas en diversos ámbitos de la vida por su orientación sexual o identidad de género, a pesar de las diferentes medidas que se han tomado para eliminar este tipo de discriminación. Como hemos explicado en el trabajo, los órganos principales y subsidiarios del Consejo de Europa han ido adoptando una serie de recomendaciones y resoluciones dirigidas a los Estados. Desde la primera a la última recomendación de dichos órganos sobre esta materia, podemos apreciar una evolución, ya que, primero, solo se hacía referencia a los homosexuales y se mostraban preocupados por las legislaciones de muchos Estados miembros del Consejo de Europa, que penalizaban las relaciones entre adultos del mismo sexo. Después se empieza a tratar el tema del transexualismo y se hizo referencia a la falta de legislación que protegiese a este colectivo. Más adelante, se empieza ya a hablar de gays y lesbianas, y aunque todavía se seguía hablando de despenalización de estas relaciones en los Estados miembro, lo que indica que todavía existen Estados que penalizan las relaciones entre personas del mismo sexo, también empieza a manifestarse preocupación por la desprotección en otros ámbitos. De esta forma se empezó a hablar, por ejemplo, de discriminación en las policías de inmigración o de las vulneraciones a la libertad de expresión y asociación. Por otra parte, merece llamar la atención por la preocupación por la discriminación en el deporte o en determinados trabajos. Poco a poco, además, empieza también a hablarse de identidad de género y no solo de orientación sexual, manifestando que ambas debían ser motivos prohibidos de discriminación. También, comenzaron a condenar el discurso del odio, y consideraron que los líderes políticos y religiosos no solo tienen que proteger los derechos, también tienen que abstenerse de un discurso que pueda dar lugar a fomentar la discriminación. Además, se mostraron preocupados, no solo por los adultos, sino también por los niños y niñas LGTB, ya que suponen un colectivo más vulnerable. Cabe destacar que muchos Estados han establecido figuras similares al matrimonio, que reconocen jurídicamente las relaciones entre parejas del mismo sexo. Esto supone un gran avance y que se les otorga protección jurídica a estas parejas.

En lo referente a la jurisprudencia del TEDH, cabe señalar el reconocimiento de la orientación sexual y la identidad de género como motivo prohibido de discriminación, comprendidos dentro del artículo 14, junto a la evolución dada en la interpretación del CEDH, que se realiza entendiendo a las circunstancias sociales de cada momento.



## ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

### I. BIBLIOGRAFIA

- CASADEVALL, J., *El Conveni Europeu de drets humans, el Tribunal d'Estrasburg i la seva jurisprudencia*, Barcelona 2007.
- CASTRO RUANO, J.L., “La cámara de las Regiones del Consejo de Europa, pionera de la representación regional diferenciada”. *Azpilcueta: cuadernos de derecho*, n. 16 (2001).
- DÍEZ DE VELASCO, M., *Las organizaciones internacionales*, 16 ad., Madrid.
- ESQUIVEL ALONSO, Y., “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 35 (2016).
- JIMÉNEZ PIERNAS, C. (Dir.), *Iniciación a la práctica en el derecho Internacional y derecho comunitario europeo*, Madrid 2003.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C. (Dir.), *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*, Madrid 2011.
- MANZANO BARRAGÁN, I., “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 64, n.2, 2012.
- OSUNA SALADO, A., “Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa. Crónica de actividades”. *Anuario de derecho europeo*, n. 4 (2004).
- PALACIOS VALENCIA, Y., “A propósito del caso Atala Riffo contra Chile. Un hito en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *La Ventana*, núm. 43/2016, 174-216.
- PASCUAL VIVES, F., “Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos” *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 66, N.º.2, Madrid (julio-diciembre, 2014).
- QUESADA POLO, S., “La presentación de la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en JIMÉNEZ PIERNAS, C., (Ed.), *Iniciación a la práctica en el derecho Internacional y derecho comunitario europeo*, 2003.
- RIVAS VAÑÓ, A. Y RODRÍGUEZ-PINERO, M., “Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º.52, 1999.

## II. TRATADOS INTERNACIONALES

-Estatuto del Consejo de Europa, de 5 de mayo de 1949, hecho en Londres. Ratificado por España el 24 de noviembre de 1977 (*BOE*, de 4 de marzo de 1978).

-Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 5 de noviembre de 1950, ratificado por España el 24 de noviembre de 1977 (*BOE*, de 10 de octubre de 1979).

-Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 20 de marzo de 1952. Ratificado por España el 27 de noviembre de 1990 (*BOE*, de 12 de enero de 1991).

-Convención sobre el estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951, hecha en Ginebra. Ratificada por España el 22 de julio de 1978 (*BOE*, de 21 de octubre de 1978).

-Protocolo núm. 2 al Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales, que confiere al TEDH competencia para emitir dictámenes consultivos de 6 de mayo de 1963. Ratificado por España el 6 de abril de 1982.

-Protocolo núm. 3 al Convenio para la Protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales, que modifica los artículos 29, 30 y 34 de la Convención, de 6 de mayo de 1963. Ratificado por España el 4 de octubre de 1979.

-Protocolo núm. 4 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales que reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figura en el Convenio y en el primer Protocolo adicional al convenio, modificado por el Protocolo núm. 11, 16 de septiembre de 1963. Ratificado por España el 16 de septiembre de 2009 (*BOE*, de 13 de octubre de 2009).

-Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965. (*BOE*, de 17 de mayo de 1969).

-Protocolo núm. 5 al Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales que modifica los artículos 22 y 40 de la Convención, de 20 de enero de 1966. Ratificado por España el 4 de octubre de 1979.

-Protocolo núm. 6 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales sobre la abolición de la pena de muerte, de 28 de abril de 1983. Ratificado por España el 14 de enero de 1985 (*BOE*, de 17 de abril de 1985).

-Protocolo núm. 7 al Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales que introduce la protección judicial de los extranjeros en situación legal

objeto de un procedimiento de expulsión de 22 de noviembre de 1984. Ratificado por España el 16 de septiembre de 2009 (BOE, de 15 de octubre de 2009).

-Protocolo núm. 8 al Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales que da a la antigua Comisión de derechos humanos la posibilidad de constituir Cámaras, de 19 de marzo de 1985. Ratificado por España el 23 de junio de 1989.

-Carta Europea de la Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, hecha en Estrasburgo. Ratificada por España el 8 de noviembre de 1988 (BOE, de 24 de febrero de 1989).

-Protocolo núm. 9 al Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales que otorga a un solicitante el derecho de remitir un caso al TEDH en determinadas circunstancias, de 6 de noviembre de 1990. No ratificado por España.

-Protocolo núm. 10 al Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales que tiene por objeto mejorar los procedimientos de supervisión de la Convención, de 23 de marzo de 1992. No ratificado por España.

-Protocolo núm. 11 al Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales sobre la restructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio, de 11 de mayo de 1994. Ratificado por España el 16 de diciembre de 1996 (BOE, de 26 de junio de 1998).

-Protocolo núm. 12 al Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales sobre la prohibición de discriminación, de 4 de noviembre de 2000. Ratificado por España el 13 de febrero de 2008 (BOE, del 14 de marzo de 2008).

-Protocolo núm. 12 al Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales sobre la prohibición de discriminación, de 4 de noviembre de 2000. Ratificado por España el 13 de febrero de 2008 (BOE, del 14 de marzo de 2008).

-Convenio Europeo sobre televisión transfronteriza, de 5 de mayo de 1989, hecho en Estrasburgo. Ratificado por España el 1 de octubre de 2000 (BOE, de 22 de abril de 1998).

-Protocolo núm. 13 al Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales sobre la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias, de 3 de mayo de 2002. Ratificado por España el 16 de diciembre de 2009 (BOE, de 30 de marzo de 2010).

-Protocolo núm. 16 al Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales que permite que se emitan dictámenes consultivos sobre cuestiones relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades fundamentales, del 2 de octubre de 2013. No ha entrado en vigor aún.

-Charter and Statutory Resolution of the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe, versión revisada adoptada por el Comité de Ministros el 8 de julio de 2015.

### III. DOCUMENTOS OFICIALES

- Documento realizado por ACNUR, titulado *“Interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados”*. Ginebra, abril de 2001.

-Folleto preparado por la Unidad de Relaciones Públicas del Tribunal, titulado *El TEDH en 50 preguntas*. Estrasburgo, 2012.

-Folleto editado por la Secretaría del Congreso de las Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa titulado, *The Congress of Local and Regional authorities of the Council of Europe. Bringing democracy to your doorstep at the heart of our cities and our regions*, Estrasburgo 2015.

### IV. RECOMENDACIONES Y RESOLUCIONES DE LOS ÓRGANOS DEL CONSEJO DE EUROPA

-Recomendación 924(1981) de la Asamblea Parlamentaria sobre la discriminación contra la homosexualidad, de 1 de octubre de 1981.

-Recomendación 1117(1989) de la Asamblea Parlamentaria sobre la condición de los transexuales, 29 de septiembre de 1989.

-Recomendación 97(20) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el “discurso del odio”, de 30 de octubre de 1997.

-Resolución (99)50 del Comité de Ministros sobre el Comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa, adoptada el 7 de mayo de 1999.

-Recomendación 1470(2000) de la Asamblea Parlamentaria sobre la situación de gays y lesbianas y sus parejas en materia de asilo e inmigración en los Estados miembros del Consejo de Europa, de 30 de junio de 2000.

-Recomendación 1635(2003) de la Asamblea Parlamentaria sobre lesbianas y gays en el deporte, de 25 de noviembre de 2003.

-Recomendación 211(2007) del Congreso de las Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa sobre libertad de reunión y expresión para lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, de 28 de marzo de 2007.

- Resolución 1728(2010) de la Asamblea Parlamentaria, sobre la Discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, de 29 de abril de 2010.
- Recomendación 1915 (2010) de la Asamblea Parlamentaria sobre la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, de 29 de abril de 2010.
- Recomendación CM/Rec (2010)5 del Comité de Ministros, sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, de 31 de marzo de 2010.
- Resolución 2048(2015) de la Asamblea Parlamentaria, sobre la discriminación contra las personas transgénero en Europa, de 22 de abril de 2015.
- Resolución 380(2015) del Congreso de las Autoridades Locales y Regionales para garantizar los derechos de las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgénero: una responsabilidad para las ciudades y regiones de Europa, de 24 de mayo de 2015.

## V. JURISPRUDENCIA

### 1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Dudgeon contra Reino Unido*. Sentencia 22 de octubre de 1981.
- Rees contra Reino Unido*. Sentencia de 14 de octubre de 1986.
- Norris contra Irlanda*. Sentencia de 26 de octubre de 1988.
- Cossey contra Reino Unido*. Sentencia de 27 de septiembre de 1990.
- B. contra Francia*. Sentencia de 25 de marzo de 1992.
- Sheffield y Horsham contra Reino Unido*. Sentencia de 30 de julio de 1998.
- Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*. Sentencia de 21 de diciembre de 1999.
- Smith y Grandy contra Reino Unido*. Sentencia de 25 de julio de 2000.
- A.D.T. contra Reino Unido*. Sentencia de 31 de julio de 2000.
- Fretté contra Francia*. Sentencia de 26 de febrero de 2002.
- Christine Goodwin contra Reino Unido*. Sentencia de 11 de julio de 2002.
- Perkins y R. contra Reino Unido*. Sentencia de 22 de octubre de 2002.
- Karner contra Austria*. Sentencia de 24 de julio de 2003.
- M.K. N contra Suecia*. Sentencia de 27 de junio de 2003.
- F. contra Reino Unido*. Sentencia del 22 de junio de 2004.
- I.N. contra Países Bajos*. Sentencia de 9 de diciembre de 2004.
- Grant contra Reino Unido*. Sentencia de 23 de mayo de 2006.
- Baczkowski y otros contra Polonia*. Sentencia de 3 de mayo de 2007.

- E.B. contra Francia*. Sentencia de 22 de enero de 2008.
- P. B and J.S contra Austria*. Sentencia de 22 de julio de 2010.
- Schalk and Kopf contra Austria*. Sentencia de 24 de junio de 2010.
- Kozak contra Portugal*. Sentencia de 2 de marzo de 2010.
- J.M contra Reino Unido*. Sentencia de 28 de septiembre de 2010.
- Alekseyev contra Rusia*. Sentencia de 21 de octubre de 2010.
- Stasi contra Francia*. Sentencia 20 de octubre de 2011.
- Vejdeland y otros contra Suecia*. Sentencia de 9 de febrero de 2012.
- Gas y Dubois contra Francia*. Sentencia de 15 de marzo de 2012.
- Genderdoc-M contra Moldavia*. Sentencia de 12 de junio de 2012.
- Ladele and McFarlane contra Reino Unido*. Sentencia de 15 de enero de 2013.
- Boeckel y Gessner-Boeckel contra Alemania*. Sentencia de 7 de mayo de 2013.
- Vallianatos y otros contra Grecia*. Sentencia de 7 de noviembre de 2013.
- Mldina D.D. Ljubljana contra Slovenia*. Sentencia 17 de abril de 2014.
- Hämäläinen contra Finlandia*. Sentencia 16 de julio de 2014.
- Identoba y otros contra Georgia*. Sentencia de 15 de mayo de 2015.
- Oliari y otros contra Italia*. Sentencia de 2 de julio de 2015.
- Pajic contra Croacia*. Sentencia de 23 de febrero de 2016.
- Sousa Goucha*. Sentencia de 22 de marzo de 2016.
- M.C. y C.A. contra Rumania*. Sentencia de 12 de abril de 2016.
- Taddeucci y McCall contra Italia*. Sentencia de 30 de junio de 2016.
- O.M contra Hungría*. Sentencia de 5 de julio de 2016.
- Lashmankin y otros contra Rusia*. Sentencia de 7 de febrero de 2017.

## 2. Corte Interamericana

- Atala Riffo contra Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

## VI. PÁGINAS WEB

- [http://www.coe.int/t/congress/texts/conventions/conventions\\_en.asp?mytabsmenu=6](http://www.coe.int/t/congress/texts/conventions/conventions_en.asp?mytabsmenu=6)
- [http://www.echr.coe.int/Documents/Rules\\_Court\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf)
- <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/que-es-un-delito-de-odio>

[-https://www.olympic.org/olympic-studies-centre/collections/official-publications/olympic-charters](https://www.olympic.org/olympic-studies-centre/collections/official-publications/olympic-charters)

[-http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/how-long-must-lgbti-persons-still-wait-to-live-free-from-prejudice-?desktop=true.](http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/how-long-must-lgbti-persons-still-wait-to-live-free-from-prejudice-?desktop=true)

