

## **EL CONTROL EUROPEO DE LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES EN MATERIA DE DIVERSIDAD SEXUAL**

### **EUROPEAN SUPERVISION OVER NATIONAL LEGAL SYSTEMS IN THE FIELD OF SEXUAL DIVERSITY**

Omar Bouazza Ariño\*

**RESUMEN:** El objetivo de este trabajo consiste en el estudio de la incidencia del Derecho del Consejo de Europa en los ordenamientos nacionales en materia de diversidad sexual, que ofrece destacados avances en la garantía y protección efectiva de los derechos de las personas LGTBIQ+ ante el incumplimiento de las obligaciones positivas y negativas de los Estados.

**PALABRAS CLAVE:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos; diversidad sexual; prohibición de discriminación; obligaciones positivas y negativas.

**ABSTRACT:** The aim of this paper is to study the impact of the Council of Europe Law on the national legal systems in the field of sexual diversity, which offers outstanding advances in the guarantee and effective protection of the rights of LGTBIQ+ persons in the face of the non-fulfillment of the positive and negative obligations of the States.

---

\* Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid. Correo-e: [obouazza@der.ucm.es](mailto:obouazza@der.ucm.es). ORCIDID ID: 0000-0003-4348-3703 Este trabajo ha sido realizado en el seno del proyecto “La europeización de las sanciones administrativas: la incidencia del derecho europeo en el concepto de sanción, en sus garantías y en su función” (PID2020-115714GB-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación. El autor forma parte de los Grupos de Investigación UCM “931089 Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa” y “970825 Globalización y Derecho Administrativo Global”.

**KEYWORDS:** European Court of Human Rights; sexual diversity; prohibition of discrimination; positive and negative obligations.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.— 1. LA INTERSEXUALIDAD Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO COMO CUALIDADES QUE INTEGRAN EL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR: 1.1. Prohibición de discriminación genética: la sentencia Semenya c. Suiza, de 11 de julio de 2023. 1.2. Reconocimiento de la intersexualidad en la documentación oficial. 1.3. Identidad de género y documentación oficial. 1.4. Identidad de género y paternidad biológica: el derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos limita el libre desarrollo de la personalidad del progenitor transexual.— 2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PROHIBICIÓN DEL ABUSO DE DERECHO: 2.1. Derecho a un recurso efectivo contra el discurso del odio en internet. 2.2. La libertad de expresión ampara la literatura infantil sobre diversidad. 2.3. Prohibición del abuso de derecho: el discurso del odio que denigra la dignidad de las personas LGTBIQ+ supone una desviación de la finalidad de la libertad de expresión.— 3. AGRESIONES HOMÓFOBAS: SU SANCIÓN COMO MERAS INFRACCIONES DE ORDEN PÚBLICO CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA Y DE LOS TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES.— 4. DERECHO A LA LIBERTAD: DERECHO DE MANIFESTACIÓN Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE ORIENTACIÓN SEXUAL.— 5. VIOLACIÓN DE LAS OBLIGACIONES NEGATIVAS DEL ESTADO DE ABSTENERSE A TORTURAR A LOS ADMINISTRADOS POR RAZONES DE ORIENTACIÓN SEXUAL.— 6. RECONOCIMIENTO LEGAL DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES.— FINAL.— BIBLIOGRAFÍA

## INTRODUCCIÓN

El Derecho del Consejo de Europa<sup>1</sup> constituye un remedio internacional nada desdeñable frente a las vulneraciones de los derechos humanos de las personas LGTBIQ+<sup>2</sup> que se encuentran en el territorio del Consejo de Eu-

<sup>1</sup> Está compuesto por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, también “el Convenio” o “el CEDH”) y la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos (en adelante, también “el Tribunal”, “el TEDH” o “Estrasburgo”, en referencia a la ciudad francesa en la que se halla), así como por los instrumentos de *soft law* emanados de otros órganos del Consejo de Europa como la Asamblea Parlamentaria, cada vez más relevantes ya que ofrecen una visión amplia del contenido de los derechos humanos. En efecto, los instrumentos de *soft law* constituyen guías, recomendaciones que permiten a los Estados favorecer el cumplimiento *ex ante* del Convenio Europeo de Derechos Humanos acomodando el derecho nacional a nuevas aspiraciones propias de la evolución de las sociedades europeas. Y, asimismo, suponen un instrumento a disposición del TEDH para dar satisfacción a dicha evolución con carácter *ex post*, en base asimismo al principio de subsidiariedad.

<sup>2</sup> Siglas que se refieren a la comunidad de lesbianas, gays, trans, bisexuales, intersexuales y *queer*, a las que se añade el signo + aludiendo al resto de diversidades sexuales y de género, tal y como recoge la Fundación del Español Urgente, Fundéu-RAE. <https://www.fundeu.es/noticia/diccionario-lgtb-guia-de-conceptos-de-un-lenguaje-inclusivo/> (últ. cons. 26 de octubre de 2023).

ropa. Acomete esta tarea a través de la aplicación e interpretación de los diferentes preceptos del Convenio Europeo Derechos Humanos cuando en el orden interno no se ha ofrecido el estándar europeo de protección o, dicho de otra manera, cuando el Estado contratante no ha cumplido su obligación de respetar los derechos humanos. En esta tarea, el TEDH tratará de encajar la problemática dada en cada caso en los derechos reconocidos en el Convenio y en los protocolos adicionales realizando una lectura de los mismos a la luz de las exigencias de la evolución de una sociedad moderna y avanzada como pretende ser la europea. El TEDH, en su labor de resolver los asuntos tiene en consideración la diversidad de los contextos económicos y sociales en el seno de la sociedad pluralista europea. No obstante, en materia de diversidad sexual, en concreto, prevalecerá la protección de los derechos individuales y la exigencia de ofrecer las garantías necesarias, frente a intereses aparentemente colectivos que atienden a puntos de vista basados en tradiciones, valores culturales o religiosos —azuzados en los últimos tiempos, especialmente, por la denominada ideología iliberal— que pueden darse en los órdenes nacionales y que constriñen la prohibición de discriminación de las minorías sexuales, sin una justificación objetiva ni razonable. Y es que la garantía y protección efectiva de la igualdad de todas las personas es un punto de partida para el reconocimiento de los derechos de las minorías que históricamente han sufrido el estigma y una profunda discriminación.

Hay que tener en cuenta a este respecto que el TEDH realiza este cometido a pesar de que ningún precepto del Convenio ni de los protocolos adicionales recogen en su articulado conceptos como la orientación sexual, la diversidad sexual o la identidad de género. Empero, como se trata de un Tribunal que tiene como misión principal la protección efectiva de derechos humanos concretos y específicos, habrá considerado sin duda que el artículo 14 CEDH sobre la prohibición de discriminación incluye, ciertamente, la orientación sexual; que la identidad de género forma parte del derecho al respeto de la vida privada (art. 8 CEDH) en relación con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad o que las agresiones motivadas por el odio hacia la homosexualidad o la diversidad sexual, en general, encajan en la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH) ya que se trata de una violencia cualificada precisamente por su motivación.

El TEDH decidirá en cada caso si las autoridades nacionales han atinado en la garantía y protección adecuada de los derechos humanos de las minorías sexuales. No será necesario plantear un derecho autónomo a la orientación sexual, a la diversidad sexual o a la identidad de género<sup>3</sup>. Estas cualidades forman parte del contenido de los derechos humanos clásicos, que el TEDH integra, mediante su jurisprudencia evolutiva, a modo de exigencias justas en el seno de una sociedad democrática guiada por el espíritu de apertura, el

---

<sup>3</sup> José Martínez de Pisón Cavero, «Los derechos de las personas LGTBI: ¿hacia un derecho a la orientación sexual y a la identidad de género». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* nº 42 (2020).

respeto de la dignidad humana, la libertad y el compromiso con la materialización de los derechos no solo de las mayorías sino también de las minorías.

## 1. LA INTERSEXUALIDAD Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO COMO CUALIDADES QUE INTEGRAN EL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

Uno de los grupos sociales más minoritarios es el de las personas intersexuales. La Real Academia Española define la intersexualidad como la “Cualidad por la que el individuo muestra, en grados variables, caracteres sexuales de ambos sexos”<sup>4</sup>. Por tanto, la intersexualidad se refiere a aspectos biológicos del cuerpo. No afecta a la orientación sexual ni a la identidad de género.

En la historia reciente, las personas intersexuales han estado sometidas a una invisibilización sistemática, violencia y discriminación. Gracias a la labor de los defensores de los derechos de las personas intersexuales en los últimos años ha aumentado la concienciación sobre estas personas y el reconocimiento de las violaciones de los derechos humanos a los que se enfrentan, a lo que la doctrina se ha referido igualmente<sup>5</sup>. Como ya ha tenido ocasión de afirmar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *M. c. Francia*, de 26 de abril de 2022, la esterilización de una persona intersexual practicada sin finalidad terapéutica, así como la mutilación de los genitales sin consentimiento claro es en sí mismo incompatible con el respeto a la libertad y la dignidad humana. Se trata de intervenciones médicas y coercitivas contrarias al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta sentencia constituye un paso importante para atajar las malas prácticas de reasignación forzada de sexo<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Según la Organización de las Naciones Unidas, entre un 0,05 por cien y un 1,7 por cien de la población nace con rasgos intersexuales. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/BackgroundNoteHumanRightsViolationsagainstIntersexPeople.pdf> (últ. cons. 14 de septiembre de 2023).

<sup>5</sup> Antonio Arroyo Gil, «Las personas intersexuales desde una perspectiva de derechos humanos y fundamentales», *IgualdadES* n° 2, (2020): 29-60; Elena Lauroba Lacasa, «Las personas intersexuales y el derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible», *Derecho Privado y Constitución* n° 32, (2018): 11-54.

<sup>6</sup> Omar Bouazza Ariño, «La respuesta de la Administración contra la homofobia y su control jurisdiccional en el orden interno y europeo», *Revista Galega de Administración Pública* n° 64, (2022): 349-350. La Ley española 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI supone un hito en la materia ya que prohíbe las prácticas de modificación genital en personas menores de doce años, siempre que las indicaciones médicas no exijan lo contrario para la protección de la salud de la persona. Se permiten dichas prácticas en el caso de los menores entre doce y dieciséis años si lo solicita la persona menor de edad siempre que por su edad y madurez pueda consentir de manera informada para la realización de dichas prácticas (art. 19).

El TEDH, recientemente, ha tenido ocasión de volver sobre la cuestión de la intersexualidad en las sentencias recaídas en los casos *Semenya c. Suiza*, de 11 de julio de 2023, en la que recalca que la prohibición de discriminación por razón de sexo incluye las características sexuales diferentes o el diferente desarrollo sexual, por lo que no podrá darse una discriminación en las esferas de la vida privada de una persona, como su participación en competiciones deportivas; e *Y. c. Francia*, de 31 de enero de 2023, en la que el TEDH se acerca por primera vez a la cuestión del reconocimiento del sexo intersexual en la documentación oficial.

### **1.1. Prohibición de discriminación genética: la sentencia *Semenya c. Suiza*, de 11 de julio de 2023.**

Mokgadi Caster Semenya es una atleta sudafricana especialista en las carreras de medio fondo de 800 a 3000 metros.

Tras su victoria en la prueba de los 800 metros en el mundial femenino de Berlín en 2009, la asociación internacional de federaciones de atletismo (*World Athletics*) le comunicó que si quería seguir participando en competiciones internacionales de atletismo debía reducir sus niveles de testosterona<sup>7</sup>.

A pesar de los efectos secundarios graves sufridos como consecuencia del tratamiento hormonal al que se sometió a tal fin, la demandante se impuso en la prueba de los 800 metros en el Campeonato Mundial de Atletismo de Daegu (2011) y en los Juegos Olímpicos de 2012.

La demandante impugnó el Reglamento aplicable a la categoría femenina para las atletas que presentan diferencias de desarrollo sexual ante el tribunal de arbitraje deportivo (TAS, en sus siglas en francés<sup>8</sup>), que tiene su sede en Lausanne. El TAS desestimaría su recurso al considerar que, si bien tenía un contenido discriminatorio, la diferencia de trato era necesaria, razonable y proporcionada para atender a la finalidad de la Federación internacional de atletismo de asegurar una competición equitativa.

La demandante recurrió ante el Tribunal Federal de Suiza al considerar que había sido discriminada en relación con los atletas masculinos y femeninas sin diferencias de desarrollo sexual y que se habría atentado contra su dignidad humana y sus derechos de la personalidad.

El Alto Tribunal suizo desestimó su recurso considerando que el Reglamento de la Federación internacional de atletismo constituye una medida apta, necesaria y proporcionada para atender a las finalidades legítimas de la

---

<sup>7</sup> Isabel Hernández San Juan, «El “caso Caster Semenya” en el campeonato mundial de atletismo de Berlín-2009», *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento* n° 28 (2010): 149-172.

<sup>8</sup> En adelante me referiré a este órgano como “tribunal de arbitraje” o, simplemente, “TAS”, indistintamente.

equidad deportiva y de preservar el carácter protegido de la categoría femenina en las pruebas de atletismo. Subrayó a este respecto que el alcance de su poder de revisión en materia de arbitraje internacional se limita al análisis de la compatibilidad de la sentencia recurrida con el orden público, concepto polémico por su amplitud que sin duda exige precisión en cada caso<sup>9</sup>. Y en este sentido, a su modo de ver, la resolución del TAS no planteaba dificultades.

Agotada la vía interna, la demandante acude ante el TEDH alegando que ha sido discriminada en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 14+8 CEDH). En efecto, la demandante dice que ha recibido un trato discriminatorio debido a su diferente desarrollo sexual que implica que tenga de manera natural un nivel de testosterona más elevado.

En base al art. 13 en relación con los arts. 3, 8 y 14 del Convenio, la demandante se queja, además, del alcance limitado del poder de revisión jurisdiccional del Tribunal Federal de Suiza.

La demandante, en fin, alega una violación de los arts. 3, 6 y 8 CEDH.

El TEDH observa que Suiza no ha participado en la elaboración del Reglamento de la Federación internacional de atletismo, por lo que analizará si tiene competencia para conocer del asunto. Observa que los conflictos que se suscitan en el seno de la Federación internacional de atletismo se resuelven mediante un arbitraje forzoso y después ante el Tribunal Federal. Este sistema centralizado, según el TEDH, tiene ventajas ya que da coherencia y uniformidad a la jurisprudencia del tribunal de arbitraje deportivo a nivel internacional. Si el TEDH se declarara incompetente de conocer este tipo de asuntos, se correería el riesgo de denegar el acceso al TEDH a toda una categoría de personas, es decir, los deportistas profesionales, lo que no es consecuente con el espíritu, objeto y finalidad del Convenio. El TEDH subraya que la demandante cuestiona la compatibilidad del Reglamento de la Federación internacional de atletismo con el CEDH. Dicho Reglamento, además, ha sido validado por el TAS. Tanto la Federación internacional como el TAS son agentes no estatales. Sin embargo, *en la medida en que las conclusiones del TAS fueron examinadas por el Tribunal Federal de Suiza en relación con las quejas planteadas por la demandante, el TEDH concluye, a la luz de su jurisprudencia, que este caso se ha desarrollado en el ámbito de la jurisdicción de Suiza y, por lo tanto, el TEDH tiene competencia para revisarlo*. Por ello, examinará si el control ejercido por el TAS y el Tribunal Federal suizo ha respondido a las exigencias del Convenio.

Una vez aclarada la cuestión formal de la jurisdicción, el TEDH analiza desde la perspectiva sustantiva si la demandante ha sido discriminada en el ejercicio de su derecho al respeto de su vida privada y familiar. En este sentido, dice que el caso puede fundamentarse al menos en una discriminación

---

<sup>9</sup> Fernando González Botija, 2018. *Orden público y libertad*, Barcelona, Atelier.

basada en el sexo, así como en las características sexuales, especialmente genéticas, noción que está cubierta por el art. 14 CEDH.

Observa, por ello, que la situación de la demandante puede ser comparada con la de otras atletas femeninas y que la interesada ha podido sufrir un trato diferente por su exclusión de las competiciones en base al Reglamento de la Federación de atletismo.

Será necesario verificar si la demandante disponía de garantías institucionales y procedimentales suficientes —como un sistema jurisdiccional ante el que pudiera hacer valer sus demandas, en concreto, las fundadas en el artículo 14 CEDH— y si ha dado lugar a decisiones debidamente motivadas que hayan tenido en cuenta la jurisprudencia del TEDH.

El TEDH recuerda que ha dicho en múltiples ocasiones que las diferencias fundadas exclusivamente en el sexo deben basarse en consideraciones de enjundia y motivos imperiosos o, dicho de otro modo, en razones especialmente sólidas y convincentes. Y es que el margen de apreciación del Estado se constriñe si entra en juego un aspecto especialmente importante de la existencia o de la identidad de un individuo.

Deberán aplicarse planteamientos similares si una diferencia de trato se fundamenta en características sexuales de un individuo y su naturaleza de persona intersexual. Por tanto, *el TEDH extiende los criterios consolidados en su jurisprudencia sobre discriminación basada en el sexo a los supuestos de hecho relativos a la intersexualidad.*

El TEDH observa que el TAS prestó especial atención a tres aspectos del Reglamento, a saber: a) que los efectos secundarios del tratamiento hormonal contemplado en el Reglamento son significativos; b) que el seguimiento escrupuloso de dicho tratamiento no tiene por qué satisfacer las exigencias esperadas; c) que no hay pruebas suficientes de que las atletas con dislexia gonadal 46,XY, es decir, personas con cromosomas masculinos y genitales externos e internos femeninos, se encuentran en situación de superioridad de condiciones atléticas en relación con las demás. Estas preocupaciones, sin embargo, no condujeron al TAS a suspender la aplicación del Reglamento en el caso de la demandante, como sí habría hecho anteriormente en el caso de la velocista india, Dutee Chand. El Tribunal Federal, por su parte, tampoco valoró las dudas que plantea la aplicación del Reglamento. Por el contrario, el TEDH tiene en cuenta que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre derechos humanos han planteado profundas preocupaciones en relación con la situación de la mujer en el mundo del deporte, lo que comprende a las atletas intersexuales, en base a normativas como la que se ha aplicado en este caso.

El TEDH observa que el TAS no ha contrastado las dudas que le planteó la aplicación del Reglamento a este caso con respecto del Convenio Europeo de Derechos Humanos y que el Tribunal Federal se limitó a observar si la decisión del tribunal de arbitraje era compatible con el orden público sin realizar una necesaria tarea de contraste con respecto del art. 14 CEDH.

Por consiguiente, el TEDH razona que la demandante sustanció correctamente que había sufrido una discriminación debido a su elevada tasa de testosterona provocada por su desarrollo sexual diferente pero las autoridades internas no le ofrecieron garantías institucionales y procesales suficientes que le hayan permitido hacer valer sus alegaciones de manera efectiva. Las decisiones nacionales han tenido un enorme impacto personal en la demandante, en concreto, en lo que se refiere a su participación en las competiciones internacionales de atletismo y, por ello, en el ejercicio de su profesión. Suiza, dice el TEDH, ha sobrepasado el margen de apreciación en este caso lo que ha implicado una discriminación fundada en el sexo y las características sexuales, que no se ha basado en razones de peso. El impacto de la situación sufrida por la demandante, así como el reducido margen de apreciación del Estado debió traducirse en un control institucional y procesal profundo del que la demandante no se ha beneficiado. Por ello, el TEDH resolverá que el Reglamento, tal y como se ha aplicado al caso de la demandante, no puede considerarse una medida objetiva y proporcionada a la finalidad perseguida. Por ello, concluye que ha habido una violación del art. 14+8 CEDH.

El TEDH también considera que ha habido una violación del derecho a un recurso efectivo esencialmente por las mismas razones por las que ha considerado que ha habido una violación del art. 14+8 CEDH, esto es, por la ausencia de garantías institucionales y procesales suficientes en el ordenamiento nacional.

El TEDH constata que las alegaciones planteadas por la demandante ante el tribunal de arbitraje y el Tribunal Federal estaban bien formuladas y se apoyaban directa o sustancialmente en el Convenio. En su recurso de 28 de mayo de 2019 ante el Tribunal Federal, la demandante invocó una discriminación basada en el sexo en relación con las atletas femeninas y masculinos sin desarrollo sexual diferente, así como un atentado a su dignidad y sus derechos de la personalidad, entre otras injerencias. Sin embargo, ni el tribunal de arbitraje ni el Tribunal Federal, debido a su poder de control limitado, han respondido de manera efectiva a las quejas de la demandante.

El TEDH atisba que, en el marco de su papel de guardián del orden público europeo en materia de derechos humanos, en las circunstancias particulares del caso, los recursos que la demandante ha podido interponer en el ámbito interno no pueden considerarse efectivos en el sentido del art. 13 CEDH, por lo que dirá que ha habido una violación del art. 13 en relación con el 14 combinado con el art. 8, todos del CEDH.

Por lo demás, el TEDH no considera necesario pronunciarse en relación con el art. 6 CEDH habida cuenta de lo resuelto en relación con el art. 8 CEDH. E inadmite en relación con el art. 3 CEDH al resolver que las pretensiones de la demandante no están bien fundadas.

## 1.2. Reconocimiento de la intersexualidad en la documentación oficial

En la sentencia recaída en el caso *Y. c. Francia*, de 31 de enero de 2023, el demandante también es una persona intersexual. Está casado con una mujer. Tienen un hijo adoptado.

Si bien su certificado de nacimiento indica que tiene sexo masculino, en realidad tiene características biológicas del sexo masculino y del femenino. El demandante presenta un certificado médico en el que se establece que su estatus biológico de intersexualidad no ha variado desde su nacimiento. Por ello, solicita que en la sección del certificado de nacimiento en la que se indica el sexo, se cambie el término “hombre” por el término “neutral” o “intersexual”.

El demandante agota la vía interna sin éxito. Ante el TEDH dice que la denegación de la solicitud del reconocimiento oficial de su intersexualidad ha supuesto una violación del derecho al respeto de su vida privada (art. 8 CEDH).

Una de las cuestiones que plantea este caso es la de si al rechazar la solicitud del demandante en base a la necesidad de salvaguardar el principio de asegurar la consistencia y confiabilidad de las inscripciones en el Registro y la organización legal y social del sistema francés, el Estado ha cumplido con su obligación positiva de proteger el derecho del demandante al respeto efectivo de su vida privada.

El TEDH observa, en primer lugar, que el caso trata un aspecto central de la identidad íntima del demandante y reconoce que la discrepancia entre su identidad biológica y su identidad legal le provoca sufrimiento y ansiedad.

El TEDH, por ello, analiza si teniendo en cuenta las razones dadas por los tribunales nacionales y las ofrecidas por el Gobierno, el Estado ha realizado una ponderación adecuada entre los intereses generales y los intereses del demandante.

El TEDH, en este sentido, valora el razonamiento del tribunal de apelación de Orleans, que subraya que atribuir el sexo masculino o femenino a un recién nacido que tiene características biológicas de ambos sexos, implica el riesgo de crear un conflicto entre esta decisión y la identidad sexual de la persona cuando sea adulta. Por ello, indica que *una ponderación adecuada entre la protección del estado civil de las personas, que es una materia de política pública, y el respeto de la vida privada de las personas que tienen una variación de desarrollo sexual, significa que estas personas deberían tener la posibilidad de que en su estado civil no se indique el sexo o que el sexo que fue asignado con el nacimiento pueda cambiar*. Sin embargo, especificó que este solo es el caso cuando el sexo asignado no corresponde con el de su apariencia física o comportamiento. Desestimó la solicitud del demandante porque no cumplía

estas exigencias ya que tiene una apariencia física masculina, se había casado y él y su mujer son padres de un hijo adoptado.

En segundo lugar, el TEDH observa que el tribunal de apelación de Orleans consideró que la estimación de la solicitud del demandante hubiera implicado el reconocimiento de una nueva categoría de género lo que no corresponde a los tribunales sino al legislador ya que implica cuestiones biológicas, morales y éticas.

El tribunal de casación, por su parte, especificó que el sistema dual que identifica el género en los documentos del estado civil persigue una finalidad legítima, que es necesario para los acuerdos sociales y legales, y que el reconocimiento de un tercer género tendría un impacto sustancial en las normas del derecho francés, lo que implicaría numerosas reformas legislativas. Por ello, ratificó la sentencia del tribunal de apelación en el bien entendido de que la apariencia social del demandante como un hombre, que corresponde con su certificado de nacimiento, conlleva que la interferencia en el derecho al respeto de su vida privada no ha sido desproporcionada para la finalidad legítima perseguida.

El TEDH no puede aceptar este razonamiento en la medida en la que da una prioridad a la apariencia física y social sobre la realidad biológica intersexual del demandante. *Y es que, enfatiza el TEDH, la identidad individual de una persona, como elemento de su vida privada, no se puede reducir a la apariencia percibida de esta persona por otras personas. No en vano, la identificación de las personas intersexuales con el sexo masculino o femenino afecta a sus vidas privadas.*

El TEDH acepta que efectivamente la necesidad de preservar la consistencia y credibilidad de las inscripciones del estado civil y de los acuerdos sociales y legales llevados a cabo en Francia es relevante. También tiene en cuenta el razonamiento del tribunal de casación en el bien entendido de que la previsión del género neutral tendría consecuencias significativas que implicarían numerosas reformas normativas, que en todo caso es una materia que corresponde al legislador, como indica el tribunal de apelación. Su aceptación judicial afectaría al principio de separación de poderes.

El TEDH observa que el demandante no pretende el reconocimiento de un derecho a la agnición de un tercer género, sino que en su certificado de nacimiento se modifique la casilla del sexo, sustituyendo el adjetivo “masculino” por otro que indique “neutral” o “intersexual”. Empero, si el TEDH concluye que ha habido violación porque no se ha reconocido el cambio de la casilla tendría que invitar al Estado a realizar una reforma normativa para prever el género intersexual. Como todavía no hay un consenso europeo en esta materia, el TEDH ve más apropiado que el Estado decida ofrecer una solución a las demandas de las personas intersexuales en relación con su estado civil, dada la difícil situación en la que se encuentran en cuanto al respeto a su vida privada. En este orden de consideraciones, el TEDH recuerda que el Convenio es un instrumento vivo que siempre debe interpretarse y aplicarse a

la luz de las circunstancias actuales por lo que será necesario mantener bajo revisión las medidas legales apropiadas teniendo en cuenta específicamente la evolución de las aspiraciones de la sociedad.

A la vista del margen de apreciación del que goza el Estado, el TEDH concluye que Francia no ha incumplido su obligación positiva de asegurar un respeto efectivo de la vida privada del demandante, por lo que resuelve que no ha habido una violación del art. 8 CEDH. Por tanto, el TEDH valida la categorización del sexo en las formas masculina y femenina —a pesar de que hay modalidades intermedias, como sería el caso de la intersexualidad— pero la mantiene bajo revisión, solución que, en el caso concreto, y en el de las personas que se encuentran en la misma situación, quizá no sea satisfactoria<sup>10</sup>.

En este orden de consideraciones, la decisión no fue adoptada por unanimidad. En efecto, el juez de Letonia, Mārtiņš Mits, ofreció una opinión concurrente, mientras que la juez de la República Checa, Katerina Šimáčková, planteó una opinión disidente. El juez letón pone énfasis en la incoherencia entre la realidad biológica, acreditada mediante informes médicos, y la realidad jurídica. En este caso se está atribuyendo un género al demandante que realmente no se corresponde con su realidad biológica y con el género intersexual con el que realmente se identifica. Concluye indicando que este caso interpela a las autoridades internas a dar una respuesta rápida a la problemática que plantea. Interpelación que, como sabemos, deberá extenderse al resto de los Estados parte del Consejo de Europa.

La juez checa, por su parte, rechaza la solución adoptada por la mayoría ya que considera que identificar al demandante con el sexo masculino, a pesar de que en realidad tiene características biológicas de ambos sexos, supone una invitación a identificarse con dicho género, lo que recuerda al sufrimiento que las personas intersexuales han padecido en los últimos decenios ya que desde el nacimiento han sido sometidas a intervenciones quirúrgicas de reasignación de sexo que suponen una violación de su integridad física, como ha reconocido el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *M. c. Francia*, de 26 de abril de 2022. La juez recuerda que hay constancia de la intersexualidad desde épocas remotas a pesar de que todavía no haya un consenso europeo para su reconocimiento más allá del del sexo masculino o femenino. El TEDH, a juicio de la juez centroeuropea, debió dar una solución a este caso, quizá permitiendo que no hubiera indicación alguna en la casilla del sexo de la partida de nacimiento, con la finalidad de impedir la perpetuación del sufrimiento del demandante<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Lilia Ait Ahmed, «La Cour Européenne face au sexe neutre: les contorsions et l'embarras – commentaire de l'arrêt CEDH, 31 janvier 2023, Y. c. France, n° 76888/17». *Revue des droits et libertés fondamentaux* n° 34 (2023).

<sup>11</sup> La Ley española 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI contempla esta cuestión en su art. 74.2. Dispone que los progenitores de la persona intersexual, de común acuerdo, pueden solicitar al inscribir el nacimiento que la mención del sexo

### 1.3. Identidad de género y documentación oficial

Si bien la defensa de los derechos de las personas intersexuales pretende alcanzar la no discriminación por razones biológicas mediante el reconocimiento de las características biológicas, que son diferentes a las de la mayoría, las personas transexuales, por el contrario, tendrán como aspiración el reconocimiento de la identidad de género, que no coincidirá necesariamente con el sexo biológico al nacer.

En este sentido, el TEDH ha tenido ocasión de reafirmar de manera inequívoca, una vez más, en la sentencia recaída en el caso *R.K. c. Hungría*, de 22 de junio de 2023, la necesidad de que se garantice el cambio registral del sexo a las personas transgénero sin la exigencia previa de someterse a una intervención médica de reasignación de sexo ni la de aportar un informe psicológico o psiquiátrico.

El demandante solicitó la modificación de la casilla del sexo de su certificado de nacimiento. El Tribunal Superior de Budapest la desestimó en junio de 2020 porque la Ley no contempla los requisitos exigibles para ello, no disponía de una opinión médica experta ni una notificación oficial sobre el expediente del demandante.

En base al artículo 8 CEDH, R.K. argumenta que Hungría no dispone de un marco normativo que permita el reconocimiento de su identidad de género.

El TEDH recuerda que el derecho al respeto de la vida privada del artículo 8 del Convenio se extiende a la identidad de género como un componente de la identidad personal. Esto es aplicable a todas las personas, lo que incluye a las personas transgénero que no se han sometido a un tratamiento de reasignación de sexo y a las que no desean hacerlo, como dijo en el precedente contenido en la sentencia *A.P., Garçon y Nicot c. Francia*, de 6 de abril de 2017<sup>12</sup>.

Aunque el artículo 8 CEDH protege a las personas frente a injerencias arbitrarias de las autoridades de los Estados, impone también ciertas obligaciones positivas para asegurar el respeto efectivo de los derechos que reconoce y garantiza, como el derecho a su integridad física y psicológica. Exige la adopción de los medios que sean efectivos a tal fin como, por ejemplo, un marco normativo, que se aplique verdaderamente, que proteja los derechos

---

figure en blanco durante un año como máximo. Transcurrido el plazo, dicha mención es obligatoria y su inscripción habrá de ser solicitada por las personas progenitoras. Esta solución constituye un primer paso a la espera de la evolución de los consensos y la investigación en la materia que puedan ofrecer las soluciones más efectivas para la garantía real y efectiva de los derechos humanos de las personas que integran este grupo social.

<sup>12</sup> Raúl Canosa Usera, «La expansión del derecho a la integridad: el caso de los transgéneros», *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* n° 21-2, (2018): 45-61.

de los ciudadanos; y la implementación, cuando sea necesario, de estas medidas en diferentes contextos.

En relación con las circunstancias concretas del caso, el TEDH observa que en 2020 se realizó una reforma legal en virtud de la cual quedaba prohibida la modificación de la casilla del sexo de la partida de nacimiento. Aunque R.K. presentó su solicitud antes de la entrada en vigor de la reforma, el TEDH constata que tampoco podría obtener un reconocimiento de la identidad de género si presentara una nueva solicitud.

Por consiguiente, el TEDH considera que la primera cuestión a resolver es la de si en el momento en el que se produjeron los hechos el Estado incumplió su obligación positiva de establecer un procedimiento efectivo y accesible con unas condiciones claramente definidas que aseguraran el derecho al respeto de la vida privada del demandante.

En este orden de cosas, el TEDH ha dicho en su jurisprudencia consolidada que los Estados miembro, deben contemplar, en el marco del artículo 8 CEDH, procedimientos rápidos, transparentes y accesibles para garantizar la modificación de la casilla del sexo de las personas transgénero (en este sentido, véase la sentencia recaída en el caso *X c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*, de 17 de enero de 2019). Así, el TEDH observará si el Estado ha llevado a cabo una ponderación justa entre el interés general y el interés individual del demandante.

El TEDH observa que la normativa vigente en el momento en el que se produjeron los hechos no contemplaba expresamente la alteración de la identidad de género de una persona en los documentos oficiales. No obstante, se daba una práctica administrativa que la posibilitaba. En efecto, la Oficina de Inmigración y Nacionalidad tramitaba solicitudes que contenían informes médicos de un ginecólogo o un urólogo y de un psiquiatra y remitía al Ministerio de Recursos Humanos para que ofreciera una opinión médica experta. En el registro local entonces se inscribían los cambios en las partidas de nacimiento. Sin embargo, como la ley no recogía de manera clara y precisa esta posibilidad, el reconocimiento del derecho quedaba al albur de la decisión que en cada caso adoptara la Administración. No en vano, el Ministerio suspendió la emisión de opiniones expertas hasta que se aprobara un marco regulador del procedimiento. Tras una modificación realizada en 2017, la práctica seguía siendo inconsistente y, con algunas excepciones, no producía resultados. Los procedimientos de reconocimiento de la identidad de género permanecerían suspendidos.

Las circunstancias acontecidas en este caso revelan que hay vacíos normativos, un exceso de potestades discrecionales de las administraciones encargadas de aplicar la Ley y deficiencias graves que han dejado al demandante en una situación de incerteza estresante en relación con el reconocimiento de su identidad de género.

La regulación de 2020 en virtud de la cual se prohíbe expresamente la modificación de la casilla del sexo fue declarada inconstitucional por parte del

TC. Sin embargo, ello no supone una solución práctica y efectiva al problema en ausencia de una norma clara y accesible que regule la cuestión. En este sentido, en el ámbito interno, el Comisionado para los derechos fundamentales, en un informe de septiembre de 2016, hizo referencia a la necesidad de establecer una regulación y un procedimiento adecuado para el reconocimiento legal de la identidad de género con la finalidad de salvaguardar la dignidad humana y la autodeterminación personal (parágrafo 23 de la sentencia) o, como diríamos en España, el libre desarrollo de la personalidad. Esta situación, de la que son responsables las autoridades nacionales, está teniendo consecuencias negativas a largo plazo en la salud mental del demandante.

El TEDH concluye que el demandante no disfrutó de una normativa que ofreciera un procedimiento rápido, transparente y accesible para el examen de la solicitud de cambio del sexo inscrito en su partida de nacimiento, por lo que zanja que ha habido una violación del art. 8 CEDH.

Esta sentencia constituye un importante hito al reiterar la doctrina consolidada en este tema en el que el TEDH ofrece una solución a los derechos humanos de las personas interesadas frente al consenso europeo todavía ausente. Por ello, las autoridades húngaras deberán tomar nota y modificar su ordenamiento de una manera conforme, así como el resto de los Estados que todavía no dispongan de una normativa adecuada al respecto, lo que contribuye a la idea de integración europea<sup>13</sup> o *europaización*<sup>14</sup>.

Hay que apuntar que la Ley española 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, a la que me vengo refiriendo, finalmente reconoce el derecho a realizar la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas transgénero y la adecuación documental, reconociendo la voluntad libremente manifestada, despatologizando el procedimiento. Es decir, no requiere intervención quirúrgica de reasignación ni informe psicológico, y elimina la mayoría de edad para solicitar la rectificación. En efecto, en el caso de menores de catorce a dieciséis años podrán solicitar la rectificación con la asistencia de sus representantes legales. Si no hay acuerdo entre el menor y los titulares de la patria potestad, se contempla el nombramiento de un defensor judicial. Las personas menores de catorce podrán solicitar la autorización judicial para la modificación de la mención registral relativa al sexo. En el caso de las personas con discapacidad, igualmente podrán solicitar la rectificación, con las medidas de apoyo que puedan precisar. Se trata de un hito destacado, en línea con las exigencias del Consejo de Europa, si bien cabe subrayar que, en una futura reforma en esta materia, en mi opinión, habría que deslindar el término “sexo”, que se refiere a lo biológico, del término “género”, que se refiere a una identificación personal, de carácter

---

<sup>13</sup> Christos Rozakis, «The European Convention as a Tool of European Integration», *European Convention Human Rights Law Review* n° 1 (2020).

<sup>14</sup> Omar Bouazza Ariño, «El Derecho del Consejo de Europa en la europaización del Derecho público español», *Revista de Administración Pública* n° 204 (2017): 103-131.

sociocultural, en lugar de biológica. Esta precisión seguramente requiera incluir la mención “género” en los documentos relevantes. En cualquier caso, se trata de una cuestión muy compleja, como han planteado los estudiosos de la materia<sup>15</sup>.

#### **1.4. Identidad de género y paternidad biológica: el derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos limita el libre desarrollo de la personalidad del progenitor transexual**

La posibilidad de obtener un reconocimiento de género que no coincide con el sexo biológico puede tener consecuencias nada desdeñables. Por ejemplo, en materia de filiación. Esta cuestión se plantea por primera vez en la sentencia recaída en el caso *A.H. y Otros c. Alemania*, de 4 de abril de 2023, en la que el TEDH tratará de ofrecer una decisión ponderada, teniendo en cuenta los derechos e intereses individuales y generales concurrentes, a la luz del principio de subsidiariedad y el interés superior del menor.

Los demandantes son A.H., G.H. y L.D.H.

A.H. es una mujer transexual, es decir, una persona que nació con sexo masculino pero que se identifica con el género femenino. Con su esperma, G.H. dio a luz a L.D.H.

A.H., con el consentimiento de G.H., reconoció ante notario su maternidad con respecto de L.D.H. No obstante, el Registro Civil rechazaría su inscripción como madre del niño.

Los demandantes entonces recurrirían ante los tribunales. El legislador nacional mantiene la vinculación con el estatus anterior del progenitor transexual, a pesar de su reasignación legal de género, en base a los intereses del menor, protegidos por la ley, relativos al conocimiento de la contribución específica del padre en su concepción. El Tribunal Federal de Justicia subrayó que el derecho de filiación confiere el estatus legal de padre a una progenitora transexual debido al sexo biológico original que se refiere a la función reproductora lo que no supone una violación de los derechos fundamentales de los padres. A este respecto, el Alto Tribunal alemán apunta que el Tribunal Constitucional otorga una conexión legal inequívoca, de acuerdo con criterios biológicos, de cada hijo con un padre y una madre.

Los demandantes recurrirían sin éxito ante el TC.

En base al artículo 8 CEDH, los demandantes alegan ante el TEDH que los tribunales alemanes han rechazado el registro de la primera demandante

---

<sup>15</sup> José Martínez de Pisón Cavero, «Sexo, género y derechos: del *derecho a la orientación sexual y la identidad de género* al *derecho a la libre determinación del género*», *Derechos y libertades* n° 46 (2022); Paz M. De la Cuesta Aguado, «Sexo, igualdad, y leyes LGTBI», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad* n° 20, (2021): 141-154.

como segunda madre del tercer demandante y que únicamente les permiten el reconocimiento de los derechos de filiación del primer y tercer demandante mediante su inscripción como padre del menor.

El TEDH recuerda que los Estados gozan de cierto margen de apreciación en el cumplimiento de las obligaciones positivas que derivan del art. 8 CEDH. El margen es amplio cuando el Estado debe realizar una ponderación entre los intereses públicos y privados concurrentes o entre derechos del Convenio en conflicto. El TEDH observa que no hay consenso entre los Estados europeos sobre la manera en la que deben cumplimentarse los certificados de nacimiento cuando un padre es transexual. Cinco Estados admiten el género reasignado pero la mayoría continúan designando a la persona que ha dado a luz al niño como la madre y permiten que la persona cuyo esperma ha contribuido a la reproducción reclame la paternidad.

El TEDH corrobora que las autoridades alemanas han ponderado una serie de intereses públicos y privados en relación con los derechos en conflicto. En primer lugar, los derechos de los dos primeros demandantes. En segundo lugar, los derechos fundamentales e intereses del tercer demandante, en concreto, el derecho a conocer sus orígenes y el interés a una vinculación estable con sus padres. En tercer lugar, el interés público a un sistema legal coherente y la exactitud e integridad de las inscripciones del Registro.

En estas circunstancias, el TEDH recuerda que los intereses del menor siempre deben ser prevalentes.

El TEDH constata que la intención del legislador alemán es que el sexo originario del progenitor siempre conste tanto si el hijo ha nacido antes de la reasignación de género como si ha sido después, como en este caso. El TEDH comprende que esta circunstancia puede socavar el reconocimiento legal de la identidad de género. No obstante, el Tribunal Federal de Justicia subraya que el derecho al libre desarrollo de la personalidad encuentra límites en la normativa interna. En este sentido, el Tribunal Federal de Justicia dijo que los derechos de un progenitor transexual tienen que ponderarse con los intereses públicos. En concreto, con la consistencia del orden legal y el mantenimiento de la exactitud e integridad del registro y los derechos e intereses del menor, en concreto, el derecho a conocer sus orígenes, el derecho a recibir información y educación de ambos padres y el interés a tener una vinculación legal estable, basada en funciones biológicas reproductivas, a una madre y a un padre desde el nacimiento. Argumentación que relativiza, por lo demás, la posibilidad de formar legalmente una familia a las personas homosexuales. En cualquier caso, el TEDH también subraya la argumentación del tribunal interno en virtud de la cual la maternidad y la paternidad no son categorías intercambiables.

En relación con los derechos del menor, el TEDH observa que el Tribunal Federal de Justicia argumentó que la atribución a los padres de un estatus legal diferente al de su función biológica reproductiva podía infringir los derechos fundamentales del niño. Los intereses de los dos primeros demandantes

y los del niño surgieron cuando este nació, momento en el que se debía determinar la información que debía inscribirse en el registro de nacimientos. El Tribunal Federal de Justicia dijo que los intereses del menor coincidían en cierto modo con el interés general a asegurar la fiabilidad y consistencia de los registros civiles y la seguridad jurídica. El TEDH observa que el derecho del niño a conocer sus orígenes, como enfatizó el Tribunal Federal de Justicia, está también protegido por el Convenio e incluye, en concreto, el derecho a especificar los detalles de la ascendencia.

El TEDH tiene en cuenta que es posible la obtención de una copia del certificado de nacimiento sin mención alguna de los padres, con lo que no se revelaría la identidad anterior de la primera demandante. Además, precisa que solo un número limitado de personas que, por lo general, conocerían la identidad transgénero de la persona en cuestión, tenían derecho a solicitar una copia completa del certificado de nacimiento, ya debe demostrarse un interés legítimo para obtenerla. El TEDH observa que estas precauciones consiguen reducir los inconvenientes a los que de otro modo podría verse expuesta la primera demandante cuando se viera obligada a declarar su condición de progenitora de su hijo.

En fin, el TEDH concluye que no ha habido una violación del art. 8 CEDH. Por consiguiente, el TEDH atiende al criterio de ponderación realizado en el orden nacional en base al margen de apreciación ofrecido, de modo que le parecerá razonable la prevalencia del interés superior del menor a conocer sus orígenes biológicos y el mantenimiento de la exactitud e integridad del registro frente a los derechos del progenitor transexual. Y reforzará su decisión aludiendo a la inexistencia de un consenso europeo suficiente en la materia.

Sobre esta cuestión, valdrá la pena la lectura del precedente contenido en la sentencia de la Gran Sala *X, Y y Z c. el Reino Unido*, de 22 de abril de 1997, que contiene unas significativas opiniones disidentes<sup>16</sup>.

## **2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PROHIBICIÓN DEL ABUSO DE DERECHO**

### **2.1. Derecho a un recurso efectivo contra el discurso del odio en internet**

El discurso del odio homófobo y tránsfobo encuentra en Internet un medio de difusión especialmente cualificado ya que permite la difusión rápida, viral y masiva de las ideas. De hecho, la mayoría de los delitos de odio se cometen *online*. Los poderes públicos, por ello, deberán adoptar las medidas

---

<sup>16</sup> Francisco M. Ruíz-Risueño Montoya, «Los derechos de las personas LGBT en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Dirs. Francisco Javier Matía Portilla, Ascensión Elvira Perales y Antonio Arroyo Gil, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019).

necesarias para que no queden impunes. Deberán cumplir con sus obligaciones positivas en la protección efectiva de los derechos de las personas afectadas desde un punto de vista no solo individual sino también colectivo, como ocurre en el caso de los derechos del colectivo LGTBIQ+. En este orden de consideraciones, el TEDH tuvo ocasión de condenar a Lituania en la sentencia *Beizaras y Levikas*, de 14 de enero de 2020 ya que las autoridades lituanas no ofrecieron una respuesta adecuada a los insultos y amenazas que recibieron los demandantes, una pareja de hombres homosexuales, que anunciaron públicamente su relación en *Facebook*. La fiscalía se habría negado a iniciar una investigación preliminar al considerar que la actitud de los demandantes había sido provocativa, que habría irritado al publicar una foto en la que se daban un beso. Aunque consideró que los comentarios (insultos y amenazas) de sus seguidores no fueron éticos, no eran suficientes para iniciar un proceso penal. El TEDH observó que la orientación sexual de los demandantes jugó un papel fundamental en la manera en la que fueron tratados por las autoridades, que expresaron claramente su desaprobación a la demostración pública de su homosexualidad y rechazaron el inicio de una investigación preliminar. Esta actitud discriminatoria significó que los demandantes quedaron desprotegidos de los llamamientos a las agresiones violentas contra su integridad física y mental, por lo que finalmente el TEDH decidió que hubo una violación de los artículos 14+8 CEDH y del 13 CEDH.

Esta sentencia, al parecer, ha sido recibida por los tribunales del país báltico. No obstante, parece que su contenido y significado tardará más en calar en la sociedad en general. No en vano, la sentencia que comentaré a continuación, recaída en el caso *Valaitis c. Lituania*, de 17 de enero de 2023, presenta un nuevo supuesto de hecho similar, aunque el TEDH en esta ocasión no condenará ya que tiene en cuenta que el contenido de la sentencia anterior no ha sido ignorado por los tribunales internos. A continuación, glosaré los hechos, la argumentación del TEDH y la decisión final adoptada.

Jonas Valaitis, el demandante, publicó un artículo en el portal de internet *lytas.lt*, uno de los diarios de mayor difusión del país, en el que se refirió a G.S., un finalista del programa de televisión *La Voz*, que había dicho públicamente que es homosexual. Expresó de un modo vehemente su alegría por el cambio progresivo que se está dando en la sociedad lituana en torno a la aceptación de la homosexualidad con una crítica áspera a los que encuentran en las redes sociales el lugar donde desahogarse y expresar sus pensamientos degradantes y discriminatorios contra la diversidad sexual. Valdrá la pena reproducir su contenido para disponer de una mayor aproximación al contexto. Ofrezco una traducción propia a partir del texto en inglés disponible en la sentencia en el párrafo 5:

*“Este texto puede escandalizar a los homófobos con sistemas nerviosos frágiles y a los bobos de pensamiento soviético. Os recomiendo que leáis este artículo tras consultarlo con vuestros psiquiatras o que no lo leáis y corráis a chillar en la sección de comentarios y a escribir que ‘estos gays son unos perversos’, ‘están enfermos’,*

*'exterminadlos', y, por supuesto, no olvidéis escribir '¡Oh, Dios mío, antes no había estos problemas!'. Te hará la vida más fácil, pero por poco tiempo.*

*Estos comentaristas parecen representantes de Patatalandia 17 en algún lugar del centro de Europa que no saben lo que es la expresión. Se esconden bajo capas negras y desaparecen entre la multitud. Aquí es normal. Y la gente excepcional, ¿es ya anormal? Recomiendo a estas [personas] que oculten la vergüenza de su pensamiento y permanezcan en silencio. Lituania ya es libre. Así que pueden murmurar y atragantarse con la saliva delante de sus ordenadores antes de que se los lleve un asistente social. La gente se siente con derecho a convertirse en personas degradadas con la mentalidad soviética, para quienes toda la alegría de la vida consiste en aplastar a una persona que quiere ser feliz tal como es.*

*Sin embargo, por fin ha sucedido. Sí, están llegando. Y vendrán más. El finalista de "La Voz de Lituania" [G.S.] ha confesado: "Sí, soy homosexual", y entonces han aparecido los comentarios: "No entiendo por qué lo anuncia", "¿Quizá es un honor para él?", "¿Por qué escribir sobre estas cosas?", "¿Cómo se atreve a demostrarlo en público?", "¿Qué les diré a los niños?", y "¡Aquí hay enfermedades mentales!". En tales comentarios, la gente ha proclamado abierta y valientemente en Internet que son los degenerados de este país, que no conocen conceptos como el de "amor", "respeto al libre desarrollo de la personalidad" y "felicidad", del mismo modo que a veces sus caras no son reconocibles después de la borrachera de turno en algún cuchitril. Estos comentarios los publican personas que protagonizan las crónicas de sucesos: rompen la cabeza a sus parejas con cacerolas y ése es el amor de su vida antisocial...*

*Son esas basuras incultas, que por lo general crecieron en pueblos rodeados de borrachos de bajo intelecto, y que viven en sus chozas y deambulan con sus compinches del pueblo los fines de semana, porque para ellos es normal expresar sus opiniones y sentimientos de esa manera. Utilizan sus escasas y degradadas habilidades comunicativas para expresarse y resolver los conflictos familiares internos..."*

Los internautas realizaron veintitún comentarios degradantes y soeces contra el demandante y los homosexuales en general. Por ejemplo, uno de los internautas espetó que los homosexuales deberían ser quemados en Auschwitz. Otro soltó: *"¡No se multiplican, pero su número aumenta! ¡Harán que sus hijos también sean unos perversos! ¡Se convertirá en la norma! ¡Mata a un maricón antes de que sea demasiado tarde!"*

En un principio las autoridades lituanas restaron importancia a la cuestión al apreciar que, en términos generales, se trataba de comentarios que manifestaban la opinión individual de cada internauta pero que no eran constitutivos de delito. Esta posición se adoptó en base a la opinión experta del Inspector de la Ética Periodística.

Sin embargo, tras una serie de recursos y la sentencia *Beizaras y Levickas c. Lituania*, de 14 de enero de 2020, en la que el TEDH en un caso similar concluyó que Lituania había violado el Convenio razonando que el discurso del odio contra las minorías sexuales en Lituania ha alcanzado un nivel de gravedad que tiene relevancia penal y que las autoridades internas debían mejorar su respuesta al respecto, por lo que la investigación preliminar se reabrió.

<sup>17</sup> Es un lugar ficticio que aparece en los dibujos animados de *Mickey Mouse*.

Las autoridades identificaron algunos de los autores de los comentarios, pero no se inició un procedimiento judicial ya que algunos de ellos colaboraron con las autoridades, a otros no se les consideró imputables y de otros no se disponía de suficientes datos para probar su culpabilidad. De hecho, algunos de los comentarios se realizaron desde direcciones IP<sup>18</sup> alojadas en otros países como Alemania, el Reino Unido, Suecia, Irlanda, Noruega, Dinamarca y los Estados Unidos de América.

En base al artículo 13 CEDH el demandante alega que las autoridades lituanas no han adoptado medidas efectivas para proteger a los homosexuales del discurso del odio.

El TEDH ve claro que los comentarios tenían la suficiente gravedad por lo que los artículos 14 CEDH (prohibición de discriminación) y 8 CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar) serán aplicables.

El TEDH observa que tras la sentencia *Beizaras y Levickas* las autoridades lituanas han revisado 261 decisiones en relación con posibles delitos de discriminación. El TS ha dicho que la libertad de expresión puede restringirse si el discurso conlleva una incitación al odio que no tiene porqué implicar necesariamente una llamada a la violencia. Teniendo en cuenta que los tribunales internos deben respetar, *ex lege*, la jurisprudencia del TS, el TEDH constata que actualmente existen vías de impugnación internas efectivas (art 13 CEDH) contra la homofobia en todos los niveles jurisdiccionales. El TEDH observa que las estadísticas muestran que se ha incrementado el número de delitos de odio investigados de lo que deduce que la intolerancia hacia las minorías sexuales ya no queda impune.

En este caso en concreto, el TEDH observa que la reapertura de la investigación de los hechos da cuenta de la voluntad de las autoridades de perseguir los delitos de odio contra las minorías sexuales reconociendo que han asumido, en línea con la sentencia *Beizaras y Levickas*, que el discurso del odio ha llegado a unos niveles de gravedad que atraen el derecho penal, por lo que no queda amparado por el art. 10 CEDH.

El TEDH observa que una vez que se reabrió el caso, por una serie de circunstancias, no fue posible imputar a ninguno de los autores de los comentarios. El TEDH recuerda que la obligación de realizar una investigación efectiva en base al Convenio no es una obligación de resultados, sino de medios. El TEDH, en fin, concluye que no ha habido una violación del artículo 13 del Convenio.

Sin embargo, la decisión no se adoptó por unanimidad. En efecto, el juez belga, Frédéric Krenc, expresó una opinión disidente. En efecto, el juez belga subrayó que da la sensación de que la mayoría ha adoptado la decisión en base a los pasos adoptados tras la sentencia de condena recaída en el caso

---

<sup>18</sup> Una dirección IP, como seguramente sepa el lector, es una dirección única que identifica a un dispositivo en internet o en una red local.

*Beizaras y Levickas*. Aunque se congratula de que la sentencia de Estrasburgo haya penetrado en el orden interno, en una clara manifestación de la idea del diálogo entre tribunales, se trata, en realidad, de una competencia, la de la revisión de ejecución de las sentencias, que corresponde al Comité de Ministros. Si bien el TEDH puede tener en cuenta que el derecho nacional ha tomado medidas para dar una respuesta al discurso homófobo en las redes sociales, a juicio del juez disidente no ha dado solución a los hechos concretos acontecidos en este caso. Considera que en realidad no ha habido una investigación efectiva. Desde la fecha en la que se suspendió la primera investigación preliminar y la reapertura del caso ha transcurrido un tiempo excesivo, más de treinta meses, lo que hace prácticamente imposible identificar a los autores de varios comentarios ya que la información sobre las direcciones IP se guarda durante un tiempo limitado. Subraya, además, que el hecho de que la mayoría no haya detectado una actitud discriminatoria en las autoridades lituanas o en los empleados públicos que han participado en la investigación de este caso no implica que la investigación haya sido realmente efectiva a los efectos del artículo 13 CEDH. La eficacia exige que se lleve a cabo una pronta investigación. Además, el demandante no se queja de una actitud discriminatoria de las autoridades sino de la ineficacia de la investigación ante las declaraciones homófobas y discriminatorias de las que ha sido víctima.

## **2.2. La libertad de expresión ampara la literatura infantil sobre diversidad**

A pesar del aparente cambio de tendencia de los tribunales lituanos hacia el respeto a la diversidad sexual según refleja la sentencia que acabo de glosar, unos días después el TEDH vuelve a reconocer una violación de las autoridades de la república exsoviética en esta materia. Me refiero a la sentencia recaída en el caso *Macaté c. Lituania*, de 23 de enero de 2023, que glosaré a continuación.

La demandante, la Sra. Neringa Dangvydė Macatė era una escritora y poeta conocida por sus libros infantiles. Falleció en marzo de 2020. Su madre decidió continuar con el proceso en su nombre.

En diciembre de 2013, la Universidad de Lituania de Ciencias de la Educación publicó uno de sus libros, *Amber Heart (Gintarinė širdis)*, que contenía cuentos dirigidos a niños de nueve a diez años. El Ministerio de Cultura colaboró en su financiación. El libro es una adaptación de cuentos tradicionales e incluye personajes de diferentes grupos étnicos y con discapacidades. Trata temas como el estigma, el acoso escolar, las familias divorciadas y la emigración. Dos de los seis cuentos del libro contienen historietas sobre relaciones y matrimonios entre personas del mismo sexo.

Poco después de la publicación, el Ministerio de Cultura recibió una queja alegando que el libro estaba promoviendo la perversión. El ministro pidió a la Inspección de Ética Periodística que evaluara si el libro pudiera ser dañino para los niños.

Asimismo, ocho diputados del Parlamento de Lituania enviaron una carta a la Universidad en la que expresaban las preocupaciones de las asociaciones que representaban a las familias sobre la literatura que persigue inculcar en los niños la idea de la aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo.

La Inspección concluyó que los dos cuentos en cuestión infringían el art. 4.2 (16) de la Ley de Protección de los Menores de los Efectos Negativos de la información pública (en adelante, “la Ley de Protección del Menor”). Esta norma dispone que cualquier información que despreja los valores de la familia o promueve a conceptos diferentes del matrimonio y de la creación de la familia diferente al establecido en la Constitución o el Código Civil tiene efectos negativos en los menores. La Inspección recomendó que el libro fuera etiquetado con una indicación de que podría ser dañino para los menores de 14 años.

El servicio de publicaciones de la Universidad suspendió la distribución del libro en marzo de 2014. Un año después se volvió a distribuir con la etiqueta recomendada por la Inspección.

La demandante presentó una demanda civil contra la Universidad argumentando que la representación de las relaciones afectivas de parejas del mismo sexo no puede considerarse dañina para los niños de cualquier edad. Sin embargo, los tribunales apoyaron las medidas adoptadas contra el libro y desestimaron sus alegaciones.

En concreto, el tribunal regional de Vilna consideró que el libro podía perjudicar a los niños, que algunos pasajes eran muy explícitos desde una perspectiva sexual y que la representación de una familia compuesta por una pareja del mismo sexo perseguía discriminar a las familias que tenían valores diferentes a los suyos.

Agotada la vía interna, la demandante acude ante el TEDH alegando una violación del art. 10 CEDH tenido en consideración aislada y juntamente con el art. 14 CEDH (prohibición de discriminación). La demandante se queja de la suspensión temporal de la distribución de su libro y el consiguiente etiquetado razonando que estas medidas se han adoptado únicamente porque se ofrece una proyección positiva de las relaciones afectivas del mismo sexo. También argumenta que el art. 4.2 (16) de la Ley de Protección del Menor implica la limitación de la difusión de cualquier información positiva sobre las personas LGTBIQ+ con el pretexto de la protección de los niños.

Añade, en base al art. 14 CEDH (prohibición de discriminación) en relación con el art. 10 CEDH que las restricciones impuestas a su libro se deben a prejuicios contra las minorías sexuales.

La Cámara del TEDH a la que se asignó el conocimiento de este caso lo remitió, en base al art. 30 CEDH, a la Gran Sala ya que juzgó que este asunto implicaba una cuestión importante, de consideración, relativa a la interpretación del Convenio.

Como suele ocurrir en estos casos, participaron como terceras partes intervinientes organizaciones no gubernamentales como la asociación internacional de lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales *ILGA-Europe*, *ARTICLE 19* junto al profesor David Kaye, y la asociación LGTBQ+ húngara, *Háttér Society*.

El TEDH, en primer lugar, señala que la suspensión temporal de la distribución del libro y su consiguiente etiquetado con un aviso puede atribuirse al Estado. En concreto, las medidas se han adoptado por la Universidad, que es un organismo público, en aplicación de la Ley lituana de Protección del Menor, y han sido examinadas y respaldadas por los tribunales nacionales.

Considera que estas medidas han interferido en el derecho a la libertad de expresión de la demandante. Los libros fueron retirados de las librerías por lo que se restringió el acceso a los lectores. El aviso de la etiqueta también consiguió minorar su lectura: un significativo número de padres con niños de la edad a la que se dirigía el libro serían disuadidos de permitir a sus hijos su lectura, especialmente dado el prejuicio que existe contra la comunidad LGTBQ+ en el seno de la sociedad lituana. Los niños con más de 14 años, por su parte, en general están menos interesados en la lectura de cuentos. Además, la etiqueta ha debido afectar a la reputación de la demandante y desanimarla —y a otros escritores— a publicar literatura similar.

La demandante y el Gobierno no están de acuerdo con la finalidad de las medidas. El TEDH rechaza el argumento del Gobierno de que han pretendido proteger a los niños de la información sexual explícita. El TEDH subraya que no se puede observar en qué medida algunos pasajes —una princesa y la hija de un zapatero durmiendo abrazadas tras su boda— implica amor carnal. Tampoco le parece convincente el argumento gubernamental según el cual los cuentos trataban de degradar e insultar las relaciones heterosexuales y promover las familias del mismo sexo. El TEDH observa que el libro de la demandante aboga por la aceptación de las relaciones de compromiso afectivo a *todos* los miembros de una sociedad dada como un aspecto fundamental de sus vidas.

Además, el TEDH observa que la aplicación del art. 4.2 (16) de la Ley de Protección del Menor, desde su entrada en vigor, revela un intento de restringir a los niños el acceso a la información sobre las relaciones entre personas del mismo sexo. El TEDH, por ello, examinará si esta finalidad es legítima en base al Convenio.

El TEDH ha sostenido en su jurisprudencia que no hay prueba científica, como han confirmado los órganos internacionales, para sugerir que la mera mención a la homosexualidad o el debate público abierto sobre el estatus social de las minorías sexuales puede afectar negativamente a los niños. El TEDH también toma nota del hecho de que las leyes de un número significativo de países contratantes, como Lituania, incluyen la educación sobre las relaciones del mismo sexo en el currículo escolar o contienen previsiones

para asegurar el respeto a la diversidad y la prohibición de discriminación por razones de orientación sexual en la enseñanza.

Finalmente, el TEDH sostiene que restringir el acceso de los niños a la información sobre relaciones del mismo sexo al considerar que puede ser dañina, demuestra que las autoridades internas tienen una preferencia por ciertos tipos de relaciones y familias sobre otras y que observan que las relaciones entre personas de diferente sexo son más aceptadas y valoradas socialmente que las del mismo sexo, lo que contribuye a una estigmatización continuada de la homosexualidad. Por consiguiente, estas restricciones, son incompatibles con las nociones de igualdad, pluralismo y tolerancia inherentes a una sociedad democrática.

Por todo ello, el TEDH concluye que las medidas adoptadas contra el libro de la demandante no han perseguido un fin que pueda ser reconocido como legítimo a los efectos del artículo 10 CEDH, por lo que resuelve que ha habido una violación de la libertad de expresión.

Por doce votos a cinco sostendría que no hay necesidad de examinar el asunto desde la perspectiva del art. 14 en relación con el 10 CEDH.

Esta sentencia, por tanto, ofrece una nueva oportunidad a las autoridades lituanas para acomodar el orden interno a los estándares europeos en materia de diversidad sexual.

### **1.3. Prohibición del abuso de derecho: el discurso del odio que denigra la dignidad de las personas LGTBIQ+ supone una desviación de la finalidad de la libertad de expresión.**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de resolver varios casos en los que puede percibirse a las claras la beligerancia de las concepciones extremistas en el seno de la Iglesia Ortodoxa contra las minorías sexuales. Es especialmente flagrante la situación en Georgia, como se refleja, por ejemplo, en los asuntos *Identoba y Otros c. Georgia*, de 12 de mayo de 2015 y *Women's Initiatives Supporting Group y Otros c. Georgia*, de 16 de diciembre de 2021, de los que he dado cuenta en otros trabajos<sup>19</sup>. En estos casos miles de personas, instigadas por clérigos ortodoxos, contraprogramaron manifestaciones a favor de los derechos de las minorías sexuales, agrediendo a los manifestantes ante la pasividad de la policía. El TEDH condenó en ambos casos por una violación del art. 3+14 CEDH.

En la sentencia recaída en el caso *Lenis c. Grecia*, de 31 de agosto de 2023, la violación de los derechos de las minorías sexuales no se da mediante el

---

<sup>19</sup> «Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública* n° 197 (2015): 321-326; «La respuesta de la Administración contra la homofobia y su control jurisdiccional en el orden interno y europeo», 343.

recurso a la violencia, sino a través de su promoción, empleando un uso abusivo de la libertad de expresión.

El demandante era el arzobispo de la Iglesia ortodoxa griega para Kavlavrita y Aigialeia en el momento en el que se produjeron los hechos, en el año 2015. El Parlamento griego estaba a punto de debatir la legislación sobre uniones civiles de parejas del mismo sexo. Hay que tener en cuenta el contexto en el que se produce esta iniciativa. Y es que algo más de un año antes el TEDH dictó la decisiva sentencia de la Gran Sala recaída en el caso *Vallianatos y Otros c. Grecia*, de 7 de noviembre de 2013, en la que dijo que el Estado no ofreció razones de peso para excluir a las parejas del mismo sexo de la Ley de uniones civiles aprobada en 2008. Se trató de una sentencia cualificada porque: a) el TEDH decidió conocer sobre el asunto a pesar de que los demandantes —personas del mismo sexo que pretendían el reconocimiento legal de sus respectivas relaciones de pareja— no habían agotado la vía interna al considerarse que el ordenamiento interno no contemplaba un recurso interno efectivo; y b), resolvió la Gran Sala, que se reserva para los asuntos que son especialmente importantes desde la perspectiva de la garantía y protección de los derechos humanos<sup>20</sup>. Supuso una decisión que el Parlamento de Grecia no podía ignorar por lo que debía acomodar el ordenamiento interno a los estándares europeos en esta materia. Sin embargo, toparía con las resistencias tradicionales de los recalcitrantes que son especialmente intransigentes en el seno de algunas confesiones religiosas como la ortodoxa, como ocurrió en este caso. Y es que los avances en el reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales suelen tener a modo de efecto colateral la oposición de los sectores conservadores de la sociedad que desean el mantenimiento de un concepto único de familia constituido por un hombre y una mujer.

El demandante publicó un artículo en su blog personal el pasado 4 de diciembre de 2015 en el que describía la homosexualidad como un “delito social”, un “pecado” y calificó a los homosexuales como la escoria de la sociedad, “tarados”, “enfermos mentales” y “desviaciones de la naturaleza” e invitó a la gente a escupirles. Negaba incluso su naturaleza humana, consideración que, en el contexto en el que se realiza, no solo podía tener una enorme influencia entre las personas que siguen la religión ortodoxa, sino también en parte de la sociedad griega actual. El texto fue reproducido en múltiples sitios web, medios de comunicación y redes sociales.

Unos días después publicó un artículo en su blog personal bajo el título “Dejemos las cosas claras: ama al pecador, pero trata el pecado”. En él quiso matizar que su artículo anterior no constituía una incitación a la violencia y que la iglesia condenaba el pecado pero que rezaba por los pecadores. Man-

---

<sup>20</sup> También decide acerca de los posibles recursos interpuestos contra las sentencias de las salas. Analicé esta sentencia en «Dos sentencias recientes sobre prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual». *Revista Española de Derecho Administrativo* n°165 (2014): 265-279.

tuvo que su artículo señalaba a los políticos que sin preguntar a los votantes pretendían legalizar la inmoralidad en su forma más desagradable. La frase “escúpeles” dijo que la usó metafóricamente en el sentido de “desprécialos”.

Debido a la publicación del primer artículo se le imputaron cargos de incitación a la violencia pública y al odio por motivos de su orientación sexual y por abuso de su oficio eclesiástico. Sin embargo, el tribunal de primera instancia le absolvió de todos los cargos al considerar que sus observaciones no se dirigían a las personas homosexuales sino a los políticos.

Los fiscales de Aigio y Patras recurrirían en apelación. El demandante sería condenado a siete meses de prisión por un delito de faltas graves, pena que quedaría suspendida durante tres años y se le ordenó el pago de 240 euros. El tribunal de apelación dio especial importancia al oficio religioso del demandante que era seguido por su congregación. Consideró que sus puntos de vista eran responsables de causar discriminación y odio contra los homosexuales.

El demandante impugnó en casación. El tribunal estimó parcialmente el recurso en una sentencia de 66 páginas. En concreto, empleó el principio en virtud del cual debe aplicarse la disposición más indulgente contemplada por lo que le absolvió del delito de abuso de su oficio eclesiástico, que ya no existía en el momento de dictar la sentencia. Rechazó el resto de sus alegaciones sosteniendo que el tribunal de apelación ofreció una motivación suficiente y confirmó que la libertad de expresión del demandante no había sido violada ya que el artículo era responsable de causar discriminación y odio contra los homosexuales. Redujo la pena a cinco meses.

El demandante acude ante el TEDH alegando que la condena penal por publicar el artículo en su blog personal violó su libertad de expresión (art. 10 CEDH).

El TEDH coincide con las conclusiones a las que arribaron los tribunales griegos. Estima que la mayoría de las observaciones del demandante apuntaban a los homosexuales en general. Los tribunales internos, según el TEDH, han evaluado cuidadosamente las pruebas presentadas y han llevado a cabo un ejercicio de ponderación en el que han tenido en cuenta la libertad de expresión del demandante. También concluyeron que no hubo una injerencia en la libertad de expresión tal y como está protegida por el CEDH ya que sus puntos de vista han sido responsables de causar discriminación y odio.

Tales conclusiones se reforzaron por tres factores.

En primer lugar, el demandante, como arzobispo de la Iglesia Ortodoxa, no solo tenía un poder de influencia en su congregación, sino que también en otras personas que siguen esta religión, es decir, la mayoría de la población griega. A este respecto cabe subrayar sin falta que, si bien el TEDH tiene en cuenta el contexto social de cada caso como criterio de interpretación, en ningún caso la cultura dominante influida de manera significativa por una religión, como es la ortodoxa en Grecia, constituye una justificación objetiva ni razonable para promover la violencia ni alentar el odio contra las minorías sexuales.

En segundo lugar, difundió sus observaciones en internet, lo que hizo que su mensaje fuera fácilmente accesible.

En tercer lugar, sus comentarios han apuntado a los homosexuales. El TEDH ha dicho en su jurisprudencia que las minorías sexuales y de género requieren una protección especial frente al discurso del odio y discriminatorio debido a la marginación y victimización a las que todavía están sometidos. También tiene en cuenta los bajos niveles de aceptación de la homosexualidad y la situación de las personas LGTBIQ+ en el contexto nacional como señalan los informes internacionales.

El TEDH recuerda que en los casos referidos al art. 10 del Convenio, el art. 17 (prohibición del abuso de derecho) CEDH es aplicable si queda claro que las declaraciones tenían como finalidad apoyarse en la libertad de expresión para finalidades que son claramente contrarias a los valores que el Convenio trata de promover. Aunque la crítica de ciertos estilos de vida desde la perspectiva moral y religiosa no está en sí misma exenta de protección en base al art. 10 del Convenio, cuando las consideraciones suponen la negación de la condición humana de las personas LGTBIQ+ y van acompañadas de una incitación a la violencia, debe considerarse la aplicabilidad del art. 17 CEDH. Teniendo en cuenta la literalidad de las declaraciones del artículo, el contexto en el que se publicaron, su potencial para producir consecuencias lesivas y las razones ofrecidas por los tribunales griegos, el TEDH señala que las declaraciones perseguían desviar el artículo 10 CEDH de su finalidad real. Es más, las observaciones afectaban a la protección de la dignidad de las personas y su valor humano al margen de su orientación sexual, una cuestión que es de gran importancia en la sociedad europea actual. En consecuencia, el TEDH considera en base al art. 17 CEDH que el demandante no se puede beneficiar de la protección del artículo 10 CEDH. En fin, el TEDH inadmite el recurso.

### **3. AGRESIONES HOMÓFOBAS: SU SANCIÓN COMO MERAS INFRACCIONES DE ORDEN PÚBLICO CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA Y DE LOS TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES**

La jurisprudencia reciente de Estrasburgo refleja, como se desprende de la lectura de algunas de las sentencias a las que me he referido, la creciente intolerancia hacia las minorías sexuales, que se manifiesta en su manera más grave mediante el recurso a la violencia física. Las agresiones motivadas por motivos discriminatorios por razón de diversidad sexual no deberán tratarse como actos de violencia ordinaria ya que implican una cualificación que requiere ser atendida adecuadamente por las normas jurídicas nacionales e implementarse por la Administración y los tribunales. Por ello, el TEDH reprochará la calificación de estos actos de violencia motivados por razones de discriminación como meras infracciones de orden público, como ha dicho recientemente en las sentencias recaídas en los casos *Ivanov c. Rusia*, de 10

de enero de 2023, que comentaré después, y *Beus c. Croacia*, de 21 de marzo de 2023, a la que me refiero a continuación.

El demandante es un activista croata. Tras organizar la manifestación del Orgullo LGTBIQ+ de Split, su ciudad natal, en 2013, fue agredido física y verbalmente en más de veinte ocasiones por personas que le reconocieron por la calle. Aunque denunció todas las agresiones, la policía no realizó investigaciones efectivas. Únicamente se declaró la culpabilidad de uno de los agresores. Se trató de M.M., menor de edad, quien, junto con otras personas, también menores, le insultó y agredió ocasionándole hematomas e hinchazón facial. La sanción impuesta consistió en una medida educativa de treinta horas de trabajos en beneficio de la comunidad y la exigencia de que pidiera disculpas al demandante.

El demandante denunció ante la Defensora de Igualdad de Género, órgano administrativo que se encarga igualmente de cuestiones relacionadas con la orientación sexual. La Defensora envió una carta a la policía criticando el tratamiento que había dado a las agresiones homófobas sufridas por el demandante. Identificó una serie de omisiones en las investigaciones realizadas, las cuales impidieron procesar a los agresores. Específicamente, en relación con la agresión que el demandante sufrió cuando un grupo de personas pretendieron entrar por la fuerza en su casa, la Defensora observa que la policía no tomó huellas dactilares ni testimonios de los vecinos. Por ello, la Defensora recomendaría una serie de acciones que debían adoptarse para abordar mejor la cuestión en adelante.

Agotada la vía interna, el demandante acude ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando una violación de los arts. 3, 8 y 14 del Convenio. Considera que la respuesta procesal ofrecida por las autoridades internas a los actos de violencia homófoba que ha sufrido no ha sido adecuada.

El TEDH constata que las autoridades croatas únicamente han sancionado una de las agresiones sufridas por el demandante. Y que se tramitó como un delito leve por alteración del orden público y la paz social (parágrafo 13). Señala que, aunque el agresor era un menor, la sanción impuesta —recorremos, una condena a realizar trabajos en beneficio de la comunidad y la exigencia de una disculpa al demandante— fue claramente desproporcionada a la gravedad de la violencia infligida. El TEDH subraya que las autoridades internas no han explicado por qué no se inició un proceso penal contra el agresor. Recuerda que la violencia homófoba no se puede tratar en el contexto de procesos sancionadores leves. Es más, la sanción leve impuesta al menor ni siquiera se ha ejecutado dos años después de la condena.

En relación con las demás agresiones, el TEDH observa que las autoridades no han identificado a ninguna persona. Aunque la obligación de investigación del Estado es de medios y no de resultado, el TEDH constata que ha habido fallos en las investigaciones, como se refleja en el informe de la Defensora. La respuesta insuficiente de la policía a las numerosas denuncias de agresiones ofrece una sensación de impunidad ante los actos de acoso y los

delitos de odio violento de los que ha sido víctima el demandante. Por todo ello, el TEDH concluye que ha habido una violación del artículo 14 CEDH en relación con el artículo 3 CEDH desde la perspectiva procesal.

Y es que la defensa de los derechos y libertades fundamentales, como los derechos de las minorías sexuales, constituye un interés colectivo de carácter general por lo que las agresiones sufridas como consecuencia de la defensa de esta causa deberán tener la respuesta punitiva adecuada y podrán considerarse una circunstancia agravante por razón de discriminación basada en la orientación sexual, aunque la víctima sea heterosexual. Así, en *Ivanov c. Rusia*, de 10 de enero de 2023, el TEDH tendrá la ocasión de volver a contrastar la conformidad de la solución de las autoridades internas a las agresiones homófobas con los estándares de protección del sistema europeo de derechos humanos.

El demandante, el Sr. Vasily Anatolyevich Ivanov, forma parte de la “Alianza de heterosexuales a favor de la igualdad LGTBQ+”. El pasado 12 de junio de 2012, el día del aniversario de la declaración de independencia de Rusia, se celebró una manifestación en apoyo de los derechos y libertades constitucionales en San Petersburgo. Varios miles de personas asistieron al acto. El demandante llevaba una pancarta con el lema “Alianza por la igualdad LGTBQ+”. Iba con otras personas que portaban banderas y paraguas con los colores del arcoíris, que representa al colectivo LGTBQ+. Una vez concluida la manifestación, un grupo de cabezas rapadas (*skinheads*) abordaron al demandante y sus acompañantes. En concreto, le dieron un puñetazo, le arrancaron la pancarta y la tiraron a un canal, al no poder despedazarla. El demandante denunció el ataque. En la vía interna el agresor dijo que la participación del demandante en la manifestación tenía como finalidad la promoción de la homosexualidad, lo que está prohibido por una ley interna, pero que no sentía odio hacia los homosexuales. Fue condenado a cinco meses de trabajos correccionales y la deducción del cinco por ciento de su salario, que debió abonar al Estado.

El demandante acude ante el TEDH ya que a su modo de ver la respuesta de los tribunales internos no fue adecuada a la cualificación homófoba de la infracción cometida.

El TEDH rechaza la solicitud del Gobierno de inadmisión del asunto en base a que el demandante como miembro de la “Alianza de Heterosexuales a favor de la Igualdad LGTBQ+” no puede ser una víctima de un ataque homófobo. La orientación sexual de la víctima, dice el TEDH, no es un factor decisivo. Los objetivos de los delitos de odio pueden ser seleccionados en base a la relación percibida con la pertenencia al grupo, como dijo en la sentencia recaída en el caso *Sabalić c. Croacia*, de 14 de enero de 2021<sup>21</sup>. El TEDH tam-

---

<sup>21</sup> Tomás Cano Campos, «Los claroscuros del *Non bis in idem* en el espacio jurídico europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 80, (2021): 9-53; Antonio Bueno Armijo, «La esperada rectificación de la doctrina sobre el *ne bis in idem* pro-

poco acepta el argumento del Gobierno según el cual el demandante no había sufrido un perjuicio significativo. El TEDH subraya que el asunto se refiere al derecho del demandante a no sufrir agresiones o discriminación y plantea una cuestión importante y fundamental.

El TEDH observa que la destrucción deliberada de la pancarta del demandante y las declaraciones del agresor muestran claramente su animadversión hacia la comunidad LGTBQI+ a la que el demandante apoya. Sin embargo, los tribunales internos condenaron al agresor por un delito ordinario de desórdenes públicos a pesar de que disponía de pruebas que acreditaban fehacientemente que realmente se trataba de un incidente con tintes homófobos. El marco legal interno ofrecía herramientas a las autoridades para investigar y perseguir la agresión basada en el odio hacia la comunidad LGTBQI+, que puede calificarse como un “grupo social” a los efectos del art. 116.2 b) del Código Penal ruso. De hecho, así se mencionó en la decisión policial inicial. Dada la motivación homófoba de la agresión y la precaria situación de la comunidad LGTBQI+ en Rusia, era fundamental que las autoridades ofrecieran una reacción adecuada. El TEDH considera que las autoridades rusas han ignorado el elemento central del incidente, esto es, la motivación de discriminación de la agresión, que podía estar combinada con otras motivaciones.

Por todo ello, concluye que ha habido una violación de la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH) en relación con la prohibición de discriminación (art. 14 CEDH).

Lamentablemente, el TEDH ha tenido ocasión de conocer de un supuesto de hecho similar en la sentencia recaída en el caso *Romanov y Otros c. Rusia*, de 12 de septiembre de 2023, que ha culminado igualmente en una condena por la violación del art. 3+14 CEDH, entre otros preceptos.

#### **4. DERECHO A LA LIBERTAD: DERECHO DE MANIFESTACIÓN Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE ORIENTACIÓN SEXUAL**

Un supuesto de hecho más en el que puede observarse la inactividad de la Administración en la garantía de los derechos fundamentales de la comunidad LGTBQI+ se ofrece en la sentencia recaída en el caso *Teplitskaya y Bogach c. Rusia*, de 20 de septiembre de 2022.

Las demandantes, como en el caso anterior, participaron en una concentración de apoyo a las personas LGTBQI+ en San Petersburgo. Los organiza-

---

cesal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La ¿inevitable? STEDH de 14 de enero de 2021, *Sabalic c. Croacia*, rec. n. 50231/13». *El Derecho de la Unión Europea ante los objetivos de desarrollo sostenible*, Dirs. María Aranzazu Calzadilla Medina y Ruth Martín Quintero; Coord. Susana Eva Franco Escobar, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2022).

dores la comunicaron con antelación a las autoridades por lo que se reforzó la seguridad para garantizar la protección frente a contramanifestantes.

Sin embargo, cuando llegaron a la plaza en la que se debía desarrollar la concentración, las demandantes comprobaron que estaba bloqueada por más de 100 contramanifestantes agresivos, vestidos con indumentaria nacionalista y armados con látigos. Rodearon a unos 20 o 30 participantes y comenzaron a agredirles. Más de 500 agentes de policía contemplaban impasibles la represión de la concentración. No intervinieron hasta que las agresiones llegaron a un punto crítico. Los agentes de policía detendrían a las demandantes y a otros participantes. Permanecieron durante varias horas retenidos en comisaría. Se les imputaron cargos de lenguaje grosero, lo que podríamos denominar de acuerdo con el derecho español como injurias.

Las demandantes agotaron la vía interna sin éxito.

Ante el TEDH, alegan una violación del art. 5 CEDH (Derecho a la libertad) y 14 CEDH en relación con el 11 CEDH (prohibición de discriminación en el ejercicio de la libertad de asamblea).

El TEDH observa que la detención de las demandantes no ha tenido una base legal. Las autoridades internas no han justificado la necesidad de su transferencia a la comisaría. Por ello, concluye que ha habido una violación del art. 5.1. CEDH.

En cuanto a los arts. 14+11 CEDH, el TEDH observa que los agentes de policía solo han tenido en cuenta la necesidad de mantener el orden público sin considerar la importancia de facilitar la concentración LGTBIQ+.

El TEDH observa que no se han adoptado medidas preliminares para prevenir el ataque como, por ejemplo, declaraciones públicas oficiales que promuevan la tolerancia, el control de las actividades de los grupos homófobos o el establecimiento de un canal de comunicación con los organizadores del acto.

Además, los agentes de policía no han establecido un perímetro de seguridad para los participantes. Como resultado de esta pasividad, los demandantes y otros participantes no han podido unirse al acto ya que el lugar previsto para la concentración había sido tomado por los contramanifestantes.

Los agentes de policía no han adoptado medidas para reducir la tensión entre los dos grupos. Únicamente actuaron cuando se dio un riesgo real de daños a la integridad corporal.

El TEDH subraya que, aunque una manifestación pueda resultar molesta, los participantes deben poder asistir sin miedo a sufrir agresiones por sus oponentes. La libertad de asamblea pacífica efectiva no puede reducirse a un mero deber del Estado de no intervenir.

La obligación convencional de adoptar los pasos necesarios para proteger la libertad de asamblea tiene una importancia capital en el caso de las demandantes, que pertenecen a una minoría con puntos de vista que son impopulares en Rusia. Las demandantes son, por tanto, vulnerables habida cuenta de la historia reciente de hostilidad pública hacia las personas LGTBIQ+ en ese país.

A pesar de la connotación homófoba del discurso de los agresores y que su conducta ha sido evidente a ojos de las autoridades, no ha sido debidamente gestionada.

El TEDH, por consiguiente, considera que las autoridades internas no han cumplido sus obligaciones en base al art. 11 CEDH, tenido en consideración aislada y juntamente con el art. 14 CEDH.

Puede encontrarse un precedente a esta sentencia en la recaída en el asunto *Berkman c. Rusia*, de 1 de diciembre de 2020, sobre los mismos hechos.

## **5. VIOLACIÓN DE LAS OBLIGACIONES NEGATIVAS DEL ESTADO DE ABSTENERSE A TORTURAR A LOS ADMINISTRADOS POR RAZONES DE ORIENTACIÓN SEXUAL**

En el contexto de la violencia contra las minorías sexuales un salto cualitativo viene dado cuando el Estado no solo incumple la obligación positiva de prevenir y castigar las torturas y los tratos inhumanos y degradantes de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sino que también infringe la obligación negativa de abstenerse a la realización de dichas conductas. Las violaciones en estos casos procederán directamente de las Administraciones Públicas y demás poderes del Estado<sup>22</sup>. Este es el problema que plantea la sentencia recaída en el caso *Lapunov c. Rusia*, de 12 de septiembre de 2023.

El demandante es una persona abiertamente homosexual. Fue secuestrado, detenido y agredido por agentes del Estado en dependencias policiales de Chechenia entre el 16 y el 28 de marzo de 2017. La hermana del demandante informó de su desaparición a la policía de este territorio, pero no se abrió un proceso penal. A solicitud del demandante, el Comité contra la Tortura llevó a cabo una investigación independiente. El demandante también se reunió con el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Federación Rusa que solicitó una investigación del incidente. Se llevó a cabo una investigación preliminar pero los investigadores rechazaron en varias ocasiones la apertura de un proceso penal. El demandante recurrió sin éxito.

Como los hechos acontecieron antes de la fecha en la que Rusia cesó en su pertenencia al Consejo de Europa, el TEDH tiene jurisdicción para conocer de este caso.

El demandante ha ofrecido detalles en varias ocasiones del secuestro y los malos tratos a los que fue sometido. Sus declaraciones han sido consideradas creíbles por oficiales rusos, organizaciones no gubernamentales y expertos extranjeros. El examen forense que se ha llevado durante la investigación

<sup>22</sup> Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, «El orden europeo e interno de los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional», *Revista de Administración Pública* n° 165 (2004): 7-27.

ha aseverado que tenía dos cicatrices en las manos que son compatibles con sus alegaciones según las cuales fue golpeado con una barra de PVC durante su detención. Un informe psicológico concluyó que sufre un trastorno de estrés post traumático como resultado de las agresiones. Hay otros elementos que dan credibilidad a las alegaciones del demandante, como la muerte de una persona que vio detenida en circunstancias amenazantes para la vida, la información de geolocalización de su teléfono móvil y las fotografías de las lesiones que tomó tras su puesta en libertad. Las declaraciones del demandante fueron corroboradas por la prensa y la información de órganos públicos sobre la “purga antigay” de 2017 e identificó los mismos patrones que podían observarse en el tratamiento a otras víctimas. El TEDH también tiene en cuenta la situación general de los derechos humanos en este territorio y, específicamente, las groseras violaciones de los derechos humanos de las personas LGTBIQ+ documentadas por organismos internacionales de las que el demandante dice haber sido una víctima. En fin, frente a las alegaciones del demandante de los tratos degradantes sufridos por agentes del Estado mientras estuvo detenido, el Gobierno no ha ofrecido explicaciones suficientes para rebatirlas por lo que no ha cumplido con la carga de probar lo contrario. Por ello, el TEDH concluye que el demandante ha sido sometido a malos tratos por agentes del Estado.

A continuación, el TEDH clasificará los malos tratos habida cuenta de que el art. 3 CEDH se refiere a tortura y a tratos inhumanos y degradantes. La tortura implicaría una mayor gravedad de los malos tratos frente a lo que debemos considerar como tratos inhumanos y degradantes. A este respecto, el demandante ha realizado un relato claro y detallado de los malos tratos sufridos entre el 16 y el 28 de marzo de 2017 cuando fue mantenido incomunicado en el sótano de las oficinas centrales de la policía chechena por la única razón de su homosexualidad. Los agentes de policía le golpearon repetidamente, en ocasiones con una barra de PVC, como he indicado antes. Seis meses después de los malos tratos sufridos, un examen forense ratificó que las cicatrices podrían deberse a los hechos que el demandante alega. Los daños físicos del demandante se agravaron con la violencia psicológica. Fue forzado a revelar a la policía los nombres de hombres homosexuales, observó como golpeaban a uno de ellos y sufrió insultos y comentarios discriminatorios por los perpetradores, quienes lo amenazaron con violarlo y abusar sexualmente. También fue forzado repetidamente a dar detalles de sus encuentros sexuales con otros hombres, a veces mientras lo grababan, y antes de su puesta en libertad fue amenazado con represalias para disuadirlo de que interpusiera una querrela. La combinación de todos estos actos de violencia ha hecho que el demandante tenga sentimientos de angustia e inferioridad que persisten tras su puesta en libertad y se manifiestan en temblores corporales en respuesta a los recuerdos de los hechos, ansiedad permanente y trastorno de estrés postraumático. Por todo ello, el TEDH considera que la violencia sufrida por el demandante a manos de los agentes de policía chechenos debe calificarse como tortura. Concluye por unanimidad que ha habido una violación del art. 3+14 CEDH.

A continuación, el TEDH analizará el caso desde la perspectiva procesal. A este respecto, el TEDH tiene en cuenta la situación global de los derechos humanos y específicamente de las personas LGTBIQ+ en este territorio. Como ya dijo en la sentencia recaída en el caso *Alakhanova y Otros c. Rusia*, de 18 de diciembre de 2012, hay una falta sistemática de investigación de detenciones y desapariciones perpetradas en Chechenia no solo entre 1996 y 2006 sino que también más allá de ese periodo. El TEDH reconoce el problema sistémico no solo de los casos de desapariciones sino más generalmente de la ineficacia de las investigaciones en este territorio llevadas a cabo en relación con las demandas relacionadas con los arts. 2 y 3 del Convenio sobre alegaciones contra los agentes del Estado.

En este caso, los investigadores han incumplido su obligación de adoptar medidas para reunir pruebas acerca de las alegaciones del demandante. No han identificado ni interrogado a los agentes de policía que estaban en servicio en las oficinas centrales de la policía chechena los días en los que el demandante fue secuestrado. Tampoco han requerido la geolocalización del móvil del demandante ni han examinado los móviles de los agentes con los que grabaron al demandante. Aunque el demandante dijo que podría identificar al jefe de la policía chechena que se encontraba en las oficinas centrales, los investigadores no han intentado identificar ni interrogar a esa persona. Además, se han denegado medidas de protección al demandante a pesar de las numerosas solicitudes que ha realizado a este respecto. Los investigadores solicitaron a la policía chechena asistir en las tareas de investigación. Así, la policía chechena interrogó a testigos en las oficinas centrales de la policía, ha tenido acceso a la investigación y ha sido parte de la identificación de testigos y entrevistas a pesar de que el demandante aseguró que los agentes de policía estaban directamente involucrados en las agresiones. La falta de una investigación independiente, en el contexto del miedo a represalias, algo habitual en Chechenia, ha comprometido los resultados de la investigación. El TEDH concluye que la investigación en las alegaciones del demandante no ha sido efectiva ya que están plagadas de deficiencias graves, han carecido de independencia y no han tenido en cuenta adecuadamente ni han investigado los motivos discriminatorios.

Por todo ello, el TEDH decide por unanimidad que ha habido una violación del art. 3 CEDH.

En cuanto a las alegaciones en torno al art. 14 CEDH en relación con el art. 3 CEDH, el demandante ha sufrido violencia por su orientación sexual, que es un agravante en la legislación penal nacional y está caracterizado como un delito de odio en la normativa internacional aplicable. Por consiguiente, la violación de sus derechos en base a la perspectiva sustantiva del art. 3 ha estado motivada por actitudes homófobas. En el ámbito interno no se han adoptado medidas razonables para examinar el papel que los motivos homófobos podrían haber jugado en la violencia infligida al demandante. Los investigadores no han realizado esfuerzos para verificar estas alegaciones más allá de interrogar a testigos si eran conocedores de la orientación sexual

del demandante y preguntar a los agentes de la policía chechena si habían agredido a hombres homosexuales. Dado el nivel de intolerancia hacia las personas LGTBQ+ en la sociedad chechena, el TEDH duda que ese planteamiento haya dado respuestas creíbles. Las repetidas denegaciones de apertura de un proceso penal no han contenido una evaluación de los posibles motivos homófobos de las agresiones y no han justificado que no se haya dado esta motivación. Por ello, el TEDH decide por unanimidad que ha habido una violación del art. 14+3 CEDH.

El TEDH también considera por unanimidad que ha habido una violación del art. 5 CEDH debido a la detención arbitraria del demandante por agentes del Estado durante el periodo mencionado, que no ha tenido una base legal ni ha sido reconocida oficialmente.

## **6. RECONOCIMIENTO LEGAL DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES**

En la sentencia recaída en el caso *Maymulakhin y Markiv c. Ucrania*, de 1 de junio de 2023, los demandantes son dos hombres ucranianos que mantienen una relación estable afectiva y conviven desde 2010. En 2014 presentaron siete solicitudes en diferentes registros para contraer matrimonio. Fueron desestimadas ya que la Constitución y el Código de Familia de Ucrania definen expresamente el matrimonio como la unión familiar entre una mujer y un hombre.

En base al art. 14 CEDH (prohibición de discriminación), tenido en consideración con el art. 8 CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar), así como con el art. 1 del Protocolo nº 12 (prohibición general de discriminación), los demandantes dicen que el derecho interno no les permite contraer matrimonio o acceder a una unión civil que reconozca su relación, lo que supone una discriminación por razones de orientación sexual.

En el proceso ante el TEDH en este caso también actuaron como terceras partes intervinientes varias organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales de defensa de los derechos de las personas LGTBQ+.

El TEDH observa que los demandantes conviven en una relación estable desde 2010 por lo que se encuentran en una situación similar a la de cualquier pareja de diferente sexo en relación con la necesidad del reconocimiento y la protección legal de su relación. Si bien el derecho nacional reconoce legalmente dos tipos de unión entre personas de diferente sexo, esto es, el matrimonio y la unión civil, las parejas del mismo sexo están excluidas de ambas modalidades. Por ello, las parejas homosexuales no tienen la oportunidad de regular los aspectos fundamentales de sus relaciones excepto algunas cuestiones referidas al derecho de contratos y de propiedad. El TEDH ya ha dicho que tales acuerdos de contratación privada no ofrecen el reconocimiento y la protección requerida a una pareja ya que su alcance está limitado

y no supone el reconocimiento de derechos básicos. En general, las parejas del mismo sexo no pueden hacer valer su unión ante las autoridades administrativas y judiciales, en relación, por ejemplo, con la titularidad conjunta de la propiedad, el derecho sucesorio, el derecho a recibir visitas de la pareja en caso de hospitalización, el derecho a no testificar en contra del otro, el derecho de adopción y el derecho de asistencia social y a beneficios para familias con pocos recursos.

Por tanto, los demandantes han recibido un trato diferente con respecto de las parejas heterosexuales por razones de orientación sexual.

En base a los principios del TEDH en esta materia, Ucrania puede decidir libremente la restricción del acceso al matrimonio a las parejas heterosexuales. Al mismo tiempo, ha dicho que, cuando la diferencia en el trato se basa en la orientación sexual, el margen de apreciación es muy reducido. El TEDH sostiene que el Gobierno no ha ofrecido razón alguna que justifique la exclusión de las parejas del mismo sexo de la regulación legal. Al parecer, el Gobierno de Ucrania ha asegurado al TEDH que tiene la intención de establecer un marco legal que permita a las parejas del mismo sexo un reconocimiento y protección adecuada de sus relaciones. No obstante, el TEDH no puede valorar una normativa que todavía no existe.

A continuación, el TEDH dirá que no hay ninguna base para considerar que el reconocimiento de derechos a las personas del mismo sexo perjudique de alguna manera a las familias tradicionales o que puedan comprometer su futuro o integridad. La protección de la familia tradicional no se puede aceptar como un argumento válido para denegar el reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo.

El TEDH concluye que la diferencia de trato en este caso, el no reconocimiento legal de la relación afectiva homosexual de los demandantes supone una discriminación basada en la orientación sexual, por lo que ha habido una violación del art. 14 CEDH, tenido en cuenta en relación con el art. 8 CEDH.

Quiero subrayar que en esta materia el TEDH aplica el método de interpretación del consenso europeo, a diferencia de lo que ocurre en materia de transexualidad, excepto en lo que se refiere a las relaciones paternofiliales, como he apuntado antes. Como la mayoría de los Estados del Consejo de Europa todavía no contemplan el matrimonio entre personas del mismo sexo, no obligará a la aprobación de normativas nacionales al respecto. Por el contrario, la mayoría de los Estados miembros contemplan las uniones civiles. De ahí que el TEDH obligue a los Estados a reconocer estas uniones si todavía no lo han hecho.

Volviendo al caso, los demandantes también alegan el art. 1 del Protocolo nº 13, que recoge la prohibición general de discriminación. No obstante, el TEDH juzga que su demanda debe examinarse únicamente en relación con el art. 14+8 CEDH.

En la misma línea, las autoridades nacionales deberán ofrecer alguna forma de reconocimiento legal de las uniones del mismo sexo a las parejas que han contraído matrimonio o celebrado una unión civil en otro Estado. Así lo ha indicado en la sentencia recaída en el caso *Koilova y Babulkova c. Bulgaria*, de 5 de septiembre de 2023. En efecto, de conformidad con las obligaciones positivas que derivan del art. 8 CEDH, como he apuntado, los Estados miembro deben proporcionar un marco legal que permita a las parejas del mismo sexo un reconocimiento adecuado y una protección jurídica de su relación. Las demandantes en este caso habían contraído matrimonio en el Reino Unido y solicitaron sin éxito a su vuelta a Bulgaria que las autoridades competentes validaran su unión. El TEDH no obligará al reconocimiento en Bulgaria de la unión matrimonial ya que todavía no ha aprobado esta normativa, pero sí exigirá que se ofrezca un reconocimiento legal.

El TEDH, recientemente, ha conminado también a Rusia y a Rumanía a promulgar una normativa que implique un reconocimiento legal de las uniones de personas del mismo sexo. Me refiero a las sentencias recaídas en los casos *Fedotova y Otros c. Rusia*, de 17 de enero de 2023, dictada por la Gran Sala; *Buhuceanu y Otros c. Rumanía*, de 23 de mayo de 2023; y *Przybyszewska y Otros c. Polonia*, de 12 de diciembre de 2023.

## FINAL

Ningún precepto del Convenio ni de los protocolos adicionales reconoce expresamente la orientación sexual ni la identidad de género en su articulado. Ello no impide que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos realice una interpretación de conformidad con la evolución de los tiempos a la luz de los instrumentos del *soft law* del propio Consejo de Europa, dando entrada así a estas cualidades que forman parte de la integridad de la persona en base al derecho humano a la prohibición de la discriminación. De esta manera, el TEDH ampliará el contenido de los derechos humanos clásicos asumiendo el consenso europeo que se da en el reconocimiento de nuevas aspiraciones o bien exigiendo una interpretación extensiva de los derechos humanos, a favor de los principios de libertad, dignidad humana y autodeterminación personal. Para ello, habrá que eliminar cualquier diferencia que no implique una justificación objetiva ni razonable, aunque no se dé tal consenso por la existencia de contextos sociales, culturales, políticos o religiosos desfavorables. De ahí la importancia de que los Estados parte —los legisladores, jueces y tribunales y, también, Administraciones Públicas internas— asuman el estándar europeo de protección de los derechos humanos en primer lugar por lo que el TEDH tendrá un papel de carácter subsidiario para los casos en los que no haya habido una satisfacción justa en los órdenes internos.

Con estas bases, la jurisprudencia reciente del TEDH ofrece avances destacados en la garantía y protección efectiva de los derechos de las personas LGTBIQ+ ante el incumplimiento de las obligaciones positivas y negativas de

los Estados que refuerza el núcleo de la jurisprudencia europea en materia de diversidad sexual.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aït Ahmed, Lilia, «La Cour Européenne face au sexe neutre: les contorsions et l’embarras – commentaire de l’arrêt CEDH, 31 janvier 2023, Y. c. France, n° 76888/17”». *Revue des droits et libertés fondamentaux* n° 34 (2023).
- Álvarez Rodríguez, Ignacio, «La Organización de las Naciones Unidas y los derechos de las personas LGTBI: nuevos avances y desafíos de siempre», *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Dirs. Francisco Javier Matía Portilla, Ascensión Elvira Perales y Antonio Arroyo Gil, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019).
- Arroyo Gil, Antonio, «Las personas intersexuales desde una perspectiva de derechos humanos y fundamentales». *IgualdadES* n° 2, (2020): 29-60.
- Bouazza Ariño, Omar, «Dos sentencias recientes sobre prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual». *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 165, (2014): 265-279.
- Bouazza Ariño, Omar, «El Derecho del Consejo de Europa en la europeización del Derecho público español», *Revista de Administración Pública* n° 204, (2017): 103-131.
- Bouazza Ariño, Omar, «La respuesta de la Administración contra la homofobia y su control jurisdiccional en el orden interno y europeo», *Revista Galega de Administración Pública* n° 64, (2022): 331-363.
- Bouazza Ariño, Omar, «Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública* n° 197, (2015): 321-326.
- Bueno Armijo, Antonio, «La esperada rectificación de la doctrina sobre el ne bis in idem procesal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La ¿inevitable? STE-DH de 14 de enero de 2021, Sabalic c. Croacia, rec. n. 50231/13” ». *El Derecho de la Unión Europea ante los objetivos de desarrollo sostenible*, Dirs. María Aranzazu Calzadilla Medina y Ruth Martínón Quintero; Coord. Susana Eva Franco Escobar, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2022).
- Cano Campos, Tomás, «Los claroscuros del *Non bis in idem* en el espacio jurídico europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 80, (2021): 9-53.
- Canosa Usera, Raúl, «La expansión del derecho a la integridad: el caso de los transgéneros», *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* n° 21-2, (2018): 45-61.
- De la Cuesta Aguado, Paz M. «Sexo, igualdad, y leyes LGTBI». *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad* n° 20, (2021): 141-154.
- González Botija, Fernando. 2018. *Orden público y libertad*, Barcelona, Atelier.
- Hernández San Juan, Isabel, «El “caso Caster Semenya” en el campeonato mundial de atletismo de Berlín-2009», *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento* n° 28 (2010): 149-172.
- Ituren-Oliver, Albert, «La intersexualidad en el atletismo». *La diversidad LGTBI+ en las universidades: un análisis desde el Derecho público*, Coord. Reyes Marzal Raga, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2023), 185-202.
- Lauroba Lacasa, Elena, «Las personas intersexuales y el derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible». *Derecho Privado y Constitución* n° 32, (2018): 11-54.
- Martínez de Pisón Caverro, José, «Los derechos de las personas LGTBI: ¿hacia un derecho a la orientación sexual y a la identidad de género». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* n° 42, (2020).

- Martínez de Pisón Cavero, José, «Sexo, género y derechos: del derecho a la orientación sexual y la identidad de género al derecho a la libre determinación del género», *Derechos y libertades* n° 46, (2022).
- Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, «El orden europeo e interno de los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional», *Revista de Administración Pública* n° 165, (2004): 7-27.
- Rozakis, Christos, «The European Convention as a Tool of European Integration», *European Convention Human Rights Law Review* n° 1 (2020).
- Ruíz-Risueño Montoya, Franciso M., «Los derechos de las personas LGBT en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Dirs. Francisco Javier Matía Portilla, Ascensión Elvira Perales y Antonio Arroyo Gil, Valencia, Tirant lo Blanch, (2019).

