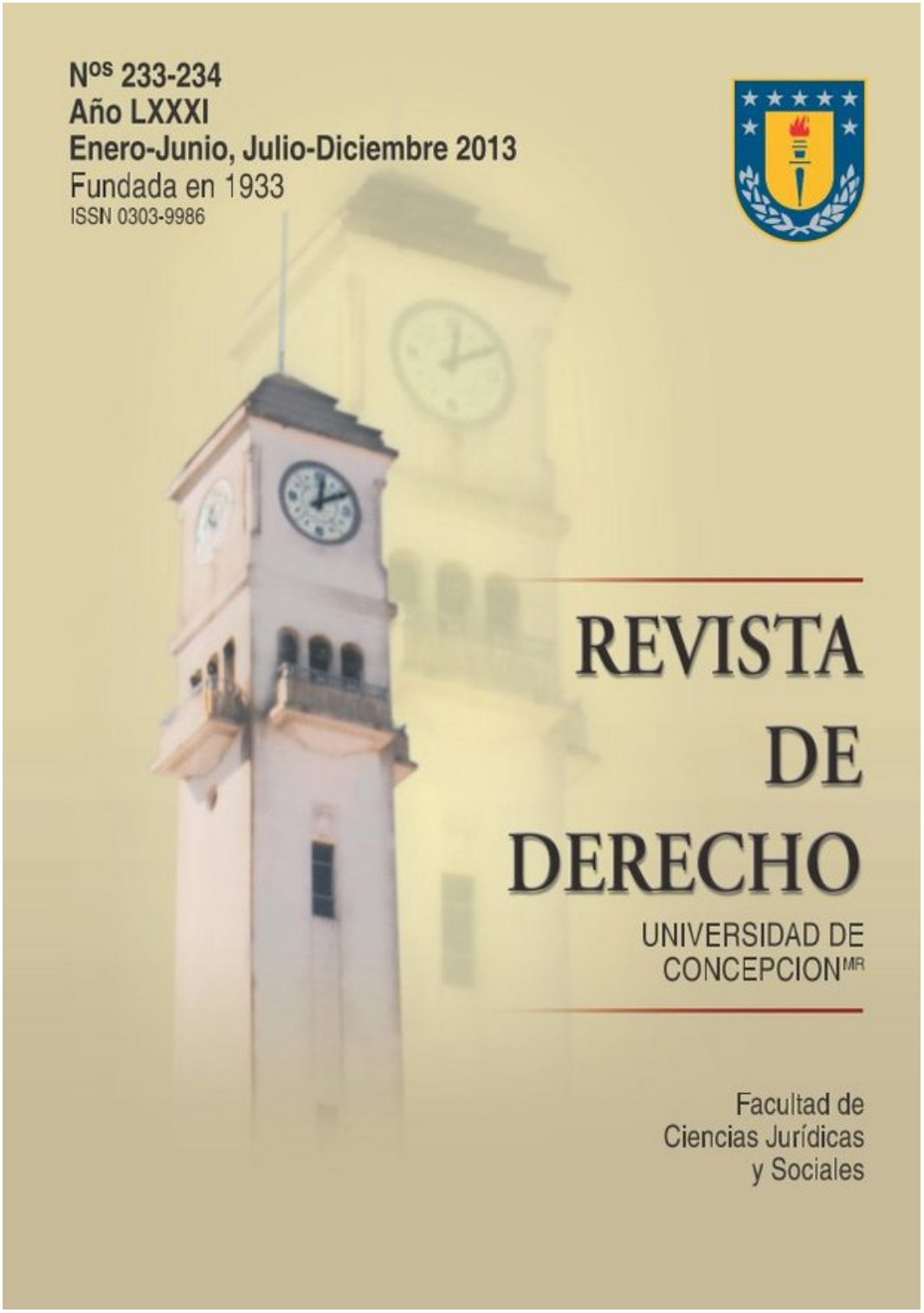
REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 233-234: 165-194, 2013 ISSN 0303-9986

LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CATEGORÍA SOSPECHOSA DE DISCRIMINACIÓN Y SU TRATAMIENTO POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS[*]

XIMENA GAUCHÉ MARCHETTI[**]
Profesora Derecho Internacional y Derecho Fundamental
Universidad de Concepción

RESUMEN

El objeto principal de esta ponencia es mostrar la recepción que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) viene haciendo respecto de la situación que viven algunas personas que reivindican vivir una sexualidad diferente en su preferencia sexual y son discriminadas en el goce de algunos derechos por pretender identificarse a sí mismas desde su propia identidad sexual.

Para este fin se presentarán distintas líneas de argumentación que se han ido construyendo en los últimos años en tal sede jurisprudencial, sea en un sentido restrictivo o sea en un sentido amplio, para constatar como hipótesis

[*] Este artículo ha sido redactado entre mayo y julio del año 2013 y contiene algunas de las ideas expuestas en la ponencia "La orientación sexual y la identidad de género como categorías sospechosas de discriminación y su tratamiento por los tribunales regionales de derechos humanos", presentada por la autora en los Coloquios de Derecho Internacional efectuados en la Universidad de Concepción, en septiembre de 2012 y que corresponden a parte de los resultados obtenidos en sus estudios de Doctorado y publicados en el Libro "Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Editorial Académica Española, Saarbrücken, Alemania, 2011. ISBN 978-3-8465-6043-3.

[**] Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Profesora asociada, Departamentos de Derecho Público y de Administración Pública y Ciencia Política, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Coordinadora del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Derechos Humanos y Democracia (GIDHD) y directora del Programa Interdisciplinario sobre Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia (PIIA), ambos de la Universidad de Concepción. xgauche@udec.cl / xgauche@gmail.com fonos: (56) (41) 2203871 - 2661364 - (56) (9) 98848778.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que tales desarrollos han sido menos garantistas en algunos casos que los que se dan para otras formas de discriminación, lo que se explicaría en la existencia de una tendencia –propia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en su conjunto– a asociar los temas vinculados a la identidad sexual y género preferentemente con temas de mujeres y en un marco de heteronormatividad, la cual se estaría atenuando progresivamente con los desarrollos más recientes.

Desde un punto de vista metodológico, se han seleccionado aquellos temas y fallos estimados más ricos en cuanto a su contenido en relación a la discriminación por orientación sexual alegada, pero no se pretende en caso alguno agotar el análisis de la jurisprudencia dictada en la materia, excluyendo algunos temas dada la extensión de este artículo.

1. LA RECEPCIÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CRITERIO DE DISCRIMINACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS[1]

A mi entender, la jurisprudencia del sistema europeo se ha construido en torno a una de las dos líneas argumentativas que se han conjugado en las distintas decisiones referidas a temas que tienen que ver con reclamos de personas *homosexuales*, considerando también acá las decisiones y dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Estas líneas argumentales son, por un lado, entender que la expresión *sexo*, que viene recogida expresamente en casi todas las cláusulas de no discriminación de tratados internacionales, sean abiertas o cerradas, autónomas o no autónomas,

[1] Se considera para este trabajo la definición de orientación sexual que entregan los "Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de las Leyes Internacionales de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género". En su Preámbulo se indica que la 'orientación sexual' se refiere a "la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas". Los Principios de Yogyakarta muestran cómo los derechos sexuales y la igualdad de género deben articularse dentro de una visión amplia de lo que debe ser la protección de derechos para todos y todas, sin distinción. Estos principios se ocupan de una amplia gama de normas de derechos humanos y de su aplicación a las cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género. Bajo una óptica que se sitúa en el derecho de cada ser humano, sobre la base de su dignidad y de la igualdad y libertad que de ella derivan, a gozar de los mismos derechos que a cada uno se reconocen, sin que en dicho goce o ejercicio tenga incidencia alguna el sexo, el género –o la identidad de género– o su orientación sexual, los Principios vienen a sostener desde un punto sustantivo una proyección del principio de no discriminación, recogiendo cómo se debería aplicar la legislación internacional sobre derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género, estableciendo recomendaciones para cada caso.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

incluye en sí misma también la *orientación sexual* (y por cierto también a la *identidad de género*), dando así a la expresión *sexo* un contenido que va más allá de la distinción *hombre/ mujer*, óptica que es la seguida por el Comité de Derechos Humanos en sus dictámenes[2].

Del otro lado –en lo que se aprecia en el sistema europeo y se podría decir ahora en el americano desde el caso Atala Riffo y niñas con Chile fallado en 2012– entender que el establecimiento de cláusulas abiertas de no discriminación permite incluir como "*cualquier otra condición social*" o "*cualquier otra situación*" al criterio de la *orientación sexual* cuando en una aplicación carente de razonabilidad y objetividad en su justificación, existe una conducta de exclusión para el titular de algún derecho de que se trate, como el derecho a la vida privada y los relativos a la constitución de la familia. En otras palabras, se trata de incluir a la orientación sexual como una "condición social" desde su vinculación con la vulneración de otros derechos.

Resulta útil al partir recordar que la principal norma contra la discriminación en el sistema europeo es el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)[3] y que hasta el año 2005 en que entra el vigor el Protocolo Nº 12 al Convenio, la jurisprudencia sobre no discriminación por orientación sexual emanada tanto de la Comisión como del Tribunal iba directamente de la mano de la necesaria constatación de que se hubiese vulnerado algún derecho contenido en el Convenio por el carácter de no autónomo que tiene el artículo 14. En ese juego, los artículos mayormente demandados por su vulneración en relación a la *orientación sexual* han sido los

[2] Sobre este razonamiento seguido por el Comité de Derechos Humanos de ONU véase en el libro de Gauché Marchetti, Ximena, *Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Académica Española, Saarbrücken, Alemania, 2011. ISBN 978-3-8465-6043-3. Capítulo Cuarto. "La discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Análisis normativo, jurisprudencial e institucional", pp. 418 - 424.

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

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

artículos 8[4], sobre derecho al respeto a la vida privada y familiar, y 12[5], sobre derecho a contraer matrimonio, si bien otros también se han invocado en torno a situaciones discriminatorias para homosexuales, como los artículos 10[6] y 13[7] esencialmente, referidos el primero a la libertad de expresión y a la existencia de recursos internos, respectivamente.

Como el Protocolo mencionado vino a corregir el tema de la igualdad con una cláusula general de no discriminación, hoy existe la base normativa para reconocer que la no discriminación por cualquier causa puede ser garantizada frente a la violación de cualquier derecho con reconocimiento normativo aún fuera del Pacto[8].

Sobre la base del estudio de lo que he estimado jurisprudencia relevante sobre la protección que ha dado el sistema europeo a la alegada discriminación

[4] "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

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

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

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

[8] Valga recordar acá que desde el Caso del Asunto lingüistico belga, fallado en 1968, la institucionalidad europea estableció tres criterios a considerar para determinar si había vulneración del artículo 14 en conjunción con otro derecho: debe haber una diferencia de tratamiento entre personas en similar situación; no ha de existir una justificación objetiva y razonable para la diferencia de tratamiento porque no se persigue un fin legítimo, o no ha de existir una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Esta doctrina y criterios han sido reiterados en fallos posteriores. Al respecto véanse como ejemplos *Caso Marckx con Bélgica* (Application Nº 6833/74), de 13 de junio de 1979, párrafo 33; *Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali con Reino Unido* (Application Nº 9214/80; 9473/81; 9474/81), de 28 de mayo de 1985, párrafo 72; *Caso Hoffmann con Austria* (Application Nº 12875/87), de 23 de junio de 1993, párrafos 31 y 33; *Caso Karlheinz Schmidt con Alemania* (Application Nº 13580/88), de 18 de julio de 1994, párrafo 24.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

por orientación sexual, amparándose en el carácter abierto del artículo 14, antes y después del Protocolo y además considerando la etapa en que existía la Comisión y el tiempo posterior a la entrada en vigor del Protocolo Nº 11, de 1994, puedo concluir desde ya que en general el criterio del Tribunal europeo ha sido entender que la orientación sexual queda comprendida en el artículo 14 como criterio protegido bajo la expresión "o cualquier otra condición" y que frente a éste, una diferencia de tratamiento para que sea permitida requiere especialmente de una justificación objetiva y razonable por formar parte esta orientación sexual de lo más íntimo de las personas.

Asimismo, ha entendido claramente que aún más allá de la posible violación del artículo 14 en conjunción con otro derecho –específicamente el derecho a la vida privada– y aun cuando no se alegue vulneración de la garantía de no discriminación, a pesar de que la "vida privada" es un concepto que no se puede definir de forma exhaustiva, la orientación sexual sí forma parte de esta vida privada de las personas que debe ser protegida[9] y en tal sentido el margen de apreciación nacional de los estados cuando intervienen en ella conforme el párrafo 2° del artículo 8 es bastante más restringido que en otros casos, cuestión sobre la que ha debido pronunciarse en reiteradas ocasiones.

Sobre estas bases generales he agrupado la jurisprudencia trabajada a partir de los problemas reales de personas homosexuales que se han llevado al sistema regional europeo para buscar solución o reparación. En esa lógica he concluido que hay tres grandes ámbitos esenciales en que este sistema ha debido intervenir: el que tiene que ver con el derecho a la privacidad en las relaciones personales, el referido directamente con las relaciones en el ámbito de la familia, y el relacionado al desarrollo de actividades militares. A ellos se podría incorporar un cuarto apartado en que se incluyen situaciones no tan reiteradas pero en que sí ha habido interesantes pronunciamientos, pero que no se expondrán en detalle dada la extensión de este trabajo, tales como cuestiones vinculadas a la salud y al derecho de reunión y asociación[10].

[9] En ese sentido véanse pronunciamientos en el año 2010 en los recientes *Casos S.H. y Otros con Austria* (Application no. 57813/00), de 1 de abril de 2010, párrafo 58 y *Ciubotaru con Moldavia* (Application Nº 27138/04), de 27 de abril de 2010, párrafo 49. Antes ya lo había dicho la Corte en *Caso Peck con Reino Unido* (Application Nº 44647/98), de 28 de enero de 2003, párrafo 57; en el *Caso Bensaid con Reino Unido* (Application Nº 44599/98), de 6 de febrero de 2001, párrafo 47.

[10] En lo que toca al primer tema interesa destacar la vinculación de la homosexualidad y la salud específicamente a partir de los hechos promovidos en el Caso Laskey, Jagard y Brown con Reino Unido, en que el tribunal señaló ya en 1997 que las prácticas sexuales sadomasoquistas, aunque entre adultos y consentidas, pueden ser declaradas ilegales por razones de salud. Caso Laskey, Jaggard y Brown con

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a) La discriminación en el derecho a la privacidad de las relaciones personales

La primera vez que el tribunal europeo se vio enfrentado a la consideración de analizar una cuestión relativa a la *orientación sexual* de una persona fue en el *Caso Dudgeon contra Reino Unido*[11], promovido en 1976 y fallado el 22 de octubre de 1981.

El señor Dudgeon era homosexual y su queja estuvo motivada por las leyes de Irlanda del Norte que consideraban delictuales ciertos actos sexuales consentidos entre varones adultos. En sus alegatos señaló que el Estado demandado estaba violando el artículo 8° en relación al artículo 14. En este caso el Tribunal se pronunció en el sentido que la discriminación de los homosexuales en relaciones consentidas por el derecho penal va en contra del derecho a la vida privada del artículo 8º del Convenio continental. Con este reconocimiento el sistema europeo se puso a la delantera de otros sistemas protectores al estimar, en plena década de los ochenta, que las normas penales de los estados pueden generar discriminación en contra de los homosexuales, considerando que el respeto a la vida privada incluye la vida sexual, que es una manifestación esencialmente privada de la vida de las personas[12], agregando también que la sexualidad afecta al más íntimo aspecto de la vida privada[13].

Reino Unido (Applications Nº 21627/93, 21826/93 y 21974/93), de 19 de febrero de 1997. En el segundo tema un caso relevante es Baczkowski y otros con Polonia, que bien se puede decir se enmarca en un contexto de país hostil hacia las reivindicaciones de grupos LGBT y da lugar a sus reclamos en función de otros derechos violentados en su ejercicio justamente con razón de esta especial preferencia sexual. En simples términos, la causa fue motivada por la negativa de las autoridades polacas a autorizar la conocida "Marcha por la Igualdad" en Varsovia sin que se estableciera un procedimiento para revertir dicha decisión, con lo cual se afectó la libertad de reunión y de asociación por un lado, y el derecho a un recurso efectivo por el otro. Si bien se autorizaron varias marchas en las mismas fechas, por ejemplo una llamada "Against adoption of children by homosexual couples", ésta fue rechazada. Caso B Czkowski y otros con Polonia (Application Nº 1543/06), de 3 de mayo de 2007.

[11] *Caso Dudgeon con Reino Unido* (Application Nº 7525/76), de 22 de octubre de 1981.

[12] *Caso Dudgeon con Reino Unido* (Application Nº 7525/76), de 22 de octubre de 1981, párrafo 60.

[13] *Caso Dudgeon con Reino Unido* (Application Nº 7525/76), de 22 de octubre de 1981, párrafo 52. Es conveniente apuntar que una década antes, al iniciar los años setenta, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa consideraba ya la necesidad de garantizar la vida íntima o privada, definiéndola en términos que permitirían hoy y a la luz de los desarrollos sociales, entender plenamente vigente: "The right to privacy consists essentially in the right to live one's own life with a minimum of interference. It concerns private, family and home life, physical and moral integrity, honour and reputation, avoidance of being placed in a false light, non-revelation of irrelevant and embarrassing facts, unauthorised publication of private photographs, protection against misuse of private communications, protection from disclosure of information given or received by the individual confidentially". Doc. Resolution 428 (1970) *containing a declaration on mass communication media and human rights*, 23 de enero de 1970. Por su parte, el propio TEDH ha dicho que no es necesario una definición exhaustiva de "vida privada",

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Si bien no llegó a pronunciarse sobre la alegada violación del artículo 14[14], es interesante ver el desarrollo que hace de los requisitos que debe cumplir la "injerencia" a que se refiere el artículo 8° en su párrafo 2° para que no viole el derecho a la privacidad. Debe estar "prevista por ley" y ser "necesaria" a una sociedad democrática, debiendo atender a un fin legítimo (la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás), requisitos que deben examinarse sucesivamente ya que si uno de ellos no se cumple, la injerencia violaría el derecho consagrado en el mismo artículo.

Sobre el tema el TEDH apunta muy bien, en primer lugar que la expresión "necesaria" no es un concepto con flexibilidad en este caso como serían otras expresiones como "útil", "razonable" o "deseable", sino que implica la existencia de una necesidad social imperiosa para la intervención en cuestión, para luego llegar a referirse a la necesidad de otorgar un margen de apreciación al país, el que en todo caso debe revisar el tribunal y no es idéntico respecto de cada uno de los objetivos que justifican la intervención en el derecho, y debiendo considerarse además la naturaleza de las actividades involucradas. Como en este caso se refiere al aspecto más íntimo de la vida privada, deben existir razones particularmente graves para que las interferencias de la autoridad sean legítimas. Asimismo, el tribunal citó que los principios de tolerancia y amplitud de criterio apuntalaban la definición de un derecho en el CEDH y argumentó que la noción de lo que era "necesario" en una sociedad democrática sería coherente con un derecho del Convenio sólo cuando guardara proporción con el propósito legítimo perseguido[15].

El Tribunal citó asimismo una creciente tolerancia del comportamiento homosexual en la gran mayoría de los estados miembros del Consejo de Europa, apuntando que ya no se consideraba necesario o adecuado penalizar las prácticas homosexuales consentidas. En cuanto a la cuestión de la proporcionalidad, el Tribunal consideró que los efectos perjudiciales que la propia existencia de las disposiciones legislativas en cuestión podría tener en la vida de una persona

pese a lo cual debe considerarse que incluye hasta cierto punto el derecho a relacionarse con otros y por tanto no puede considerarse que se trate del derecho a vivir la vida como a cada uno le plazca, excluyendo al resto de una especie de círculo íntimo o interno. *Caso Niemietz con Alemania* (Application Nº 13710/88), de 16 de diciembre de 1992, párrafo 29.

[14] *Caso Dudgeon con Reino Unido* (Application Nº 7525/76), de 22 de octubre de 1981, párrafos 64-70.

[15] *Caso Dudgeon con Reino Unido* (Application Nº 7525/76), de 22 de octubre de 1981, párrafos 51-53.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

con una orientación homosexual como la del solicitante pesaban más que las justificaciones para mantener la legislación en vigor sin modificarla. El Tribunal señaló que no se puede negar que, hasta cierto punto, la regulación de la conducta homosexual masculina, como sucede de hecho con otras formas de conducta sexual, por medio del derecho penal, se puede justificar como necesaria en una sociedad democrática. La función global que el derecho penal cumple en esta esfera consiste en mantener el orden público y el decoro y proteger al ciudadano de lo ofensivo o nocivo. Es más, esta necesidad de cierto grado de control se puede extender incluso a los actos consentidos realizados en privado, sobre todo cuando se hace necesario que se ofrezcan suficientes garantías frente a la explotación y la corrupción de los demás[16]. Sin embargo, el Tribunal subraya que pese a que los miembros del público que consideran la homosexualidad como inmoral puedan sentirse indignados, ofendidos o molestos porque otros realicen actos homosexuales en privado, esto no podrá en sí mismo justificar la aplicación de sanciones penales cuando en dichos actos participen solamente adultos de común acuerdo[17].

El fallo Dudgeon marca entonces un hito importante en la lucha en sede jurisprudencial de quienes sufren discriminación por *orientación sexual* ya que antes del mismo, la Comisión había rechazado las demandas contra la criminalización de las relaciones homosexuales por los países miembros[18].

La doctrina fue reiterada años más tarde en asuntos similares otra vez planteados al TEDH[19], como fueron los Casos *Norris con Irlanda*[20], fallado el 26 de octubre de 1988; *Modinos con Chipre*[21], fallado el 22 de abril de 1993; y *ADT con Reino Unido*[22], fallado el 31 de julio de 2000, encontrando que el tribunal siguió la misma línea argumental frente a casos de homosexuales activistas que alegaban sufrir hostigamiento por las leyes criminales internas

[16] *Caso Dudgeon con Reino Unido* (Application Nº 7525/76), de 22 de octubre de 1981, párrafo 49.

[17] *Caso Dudgeon con Reino Unido* (Application Nº 7525/76), de 22 de octubre de 1981, párrafo 60.

[18] Tales fueron los casos por ejemplo de las Decisiones 104/55, de 17 de diciembre de 1955; y 5935/75, de 30 de septiembre de 1975.

[19] El *caso Dudgeon* también ha sido citado en otras sedes jurisprudenciales como es el caso de la jurisprudencia de los Estados Unidos de América que lo tuvo como antecedente en su emblemático fallo del *Caso Lawrence versus Texas* de 2003, en que reconoció que el estado no puede intervenir en el ámbito de la vida y autonomía sexual de las personas ya que forma parte de su derecho a la privacidad.

[20] *Caso Norris con Irlanda* (Application Nº 10581/83), de 26 de octubre de 1988, párrafos 39 a 47.

[21] *Caso Modinos con Chipre* (Application Nº 15070/89), de 22 de abril de 1993, párrafos 20 a 25.

[22] *Caso A.D.T. con Reino Unido* (Application Nº 35765/97), de 31 de julio de 2000, párrafos 37 a 39.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que penalizaban sus relaciones adultas y libremente consentidas, estimando que se violaba así su derecho a la privacidad y que no existían las justificaciones suficientes a las injerencias en este derecho a que apelaban los estados.

Al lado de estos grandes avances, otro hito marca en 1997 la Comisión Europea de Derechos Humanos al declarar que en Reino Unido la edad legal para consentir relaciones homosexuales era más alta que la edad para relaciones heterosexuales, lo que constituía una discriminación conforme al artículo 14 y en el caso de la mujer era menor (16 años) que en el caso del varón (18 años), con lo cual el Estado, con una larga historia de lucha a favor de los derechos de los homosexuales, estaba infringiendo los artículos 8° y 14, dando paso así a la igualación de la edad del consentimiento sexual. El *Caso Sutherland con Reino Unido*[23] llegó luego a la Corte, quien no tuvo la ocasión de pronunciarse sobre el fondo más allá de ratificar lo dicho por la Comisión, ya que el Estado demandado reparó la inequidad legislativa promoviendo la modificación de la ley de delitos sexuales en el año 2000 (*Sexual Offences Act*) y reembolsó al denunciante los gastos que le generó promover el sistema europeo por la violación de sus derechos.

Otro fallo determinante por su trascendencia en lo relativo entonces a la edad de consentimiento para relaciones sexuales y eventuales discriminaciones estatales por tal causa ha sido el *Caso L. and V. con Austria*[24], en que la misma cuestión de la penalización de actos homosexuales en privados fue ventilada esta vez en base a lo dispuesto en tal sentido por el Código Penal austríaco que castigaba los actos sexuales entre adultos con adolescentes entre 14 a 18 años, pero no aquellos actos homosexuales entre tales adolescentes, motivo por el cual ambos denunciantes habían sido sujetos de procesos penales en el país y sancionados incluso con penas de reclusión, estimando así ellos que se estaban vulnerando los artículos 8° en relación al 14 al mantener esa legislación penal en el país, la cual fue derogada el año 2002, luego de una intensa discusión a nivel de los órganos legislativos internos del país que, entre otros aspectos, giró sobre si la homosexualidad era adoptada en la adolescencia o no, lo cual podía justificar el mantenimiento de normas como éstas[25]. En este caso el tribunal entró a pronunciarse sobre si existía violación del artículo 14 al estimar que

[23] *Caso Sutherland con Reino Unido* (Application Nº 25186/94), de 27 de marzo de 2001.

[24] *Caso L. and V. con Austria* (Applications Nºs 39392/98 and 39829/98), de 9 de enero de 2003.

[25] *Caso L. and V. con Austria* (Applications Nºs 39392/98 and 39829/98), de 9 de enero de 2003, párrafos 29 al 33.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la diferenciación entre relaciones homosexuales y heterosexuales no tenía una causa justificada suficiente que hiciere entonces no pensar en la violación del artículo 14, reiterando la doctrina de la necesidad de causa objetiva y razonable para hacer la distinción, es decir, reafirmando su jurisprudencia en orden a que una diferencia de trato es discriminatoria conforme el artículo 14 cuando carece de justificación objetiva y razonable o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que persigue, reconociendo no obstante el margen de apreciación que tienen los estados[26]. Asimismo, estimó que la *orientación sexual* es un concepto que queda incluido como criterio de discriminación en el mismo artículo 14 y que al igual que las discriminaciones por *sexo*, las diferencias sexuales sobre la base de la orientación requieren razones especialmente graves para ser justificadas[27].

b) La discriminación en el ámbito de la familia

En materias de familia ha habido ciertas cuestiones preferentes que se han alegado ante el tribunal europeo en los últimos años y que dicen directa relación con alegaciones de discriminaciones por *orientación sexual*.

Se trata en términos generales de la cuestión de la custodia o tuición de los hijos o hijas por padres o madres *homosexuales*; de la pretendida adopción por individuos que tienen esa *orientación sexual*; del reclamo de prestaciones derivadas de las relaciones familiares de convivencia *homosexuales* o de derechos quedados a consecuencia de la convivencia entre personas del mismo sexo, como la subrogación de alquileres y el pago de pensiones a ex parejas; y del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo *sexo*.

Sobre custodia de hijos o hijas por homosexuales

En relación a la primera cuestión un caso emblemático y citado en fallos posteriores[28] es *Salgueiro de Silva Mouta con Portugal*[29], resuelto en sentencia de 21 de diciembre de 1999, sobre custodia de la hija por un padre confeso

[26] *Caso L. and V. con Austria* (Applications Nos 39392/98 and 39829/98), de 9 de enero de 2003, párrafo 44.

[27] *Caso L. and V. con Austria* (Applications Nos 39392/98 and 39829/98), de 9 de enero de 2003, párrafo 45.

[28] Véase *Caso L. and V. con Austria* (Applications Nos 39392/98 and 39829/98), de 9 de enero de 2003, párrafo 44.

[29] *Caso Salgueiro da Silva Mouta con Portugal* (Application Nº 33290/96), de 21 de diciembre de 1999.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de mantener una relación homosexual después de la separación de la cónyuge y madre de la niña, en que el tribunal estimó que la atribución de la patria potestad a la madre por ser el padre homosexual y vivir en pareja con otro hombre, constituía una diferencia de trato que tendía a un fin legítimo, proteger la salud y los derechos de la hija, pero sólo se basaba en la *orientación sexual* del demandante, por lo que era desproporcionada y contraria al artículo 14.

En efecto, en el caso el TEDH declaró que hubo violación del artículo 8 en relación con el artículo 14 del Convenio, recordando que en el goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio, el artículo 14 prohíbe tratar de forma diferente, salvo justificación objetiva y razonable, a personas que se encuentren en situaciones análogas –lo que ya había dicho en la sentencia del *Caso Hoffman contra Austria*[30], de 23 de junio de 1993– por lo que conviene determinar si el demandante puede quejarse de diferencia de trato, y en caso afirmativo, si ésta estaba justificada.

Así, el Tribunal entró a analizar primero sobre la existencia de una diferencia de trato y segundo sobre la justificación de la diferencia de trato.

Sobre lo primero y ante la negativa del Estado, el TEDH concluye que al introducir el elemento de la orientación sexual del demandante, cubierto por el artículo 14 del CEDH, el tribunal portugués incluye una diferencia de trato al conferir la patria potestad a la madre.

Sobre lo segundo, recuerda que conforme a la jurisprudencia de los órganos del *Convenio*, la diferencia de trato será discriminatoria en el sentido del artículo 14 si no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo y si los medios empleados no son razonablemente proporcionales al fin perseguido[31]. Agrega que no se puede negar que la sentencia del Tribunal de Apelación persiguiera un fin legítimo: proteger la salud y los derechos de la niña, pero es necesario saber si la segunda condición también se cumple, cuestión sobre la cual la opinión del demandante es que el texto de la sentencia demuestra, con bastante claridad, que la decisión de atribuir la patria potestad a la madre se basó esencialmente en su orientación sexual, lo que condujo inevitablemente a un trato discriminatorio de éste con respecto a la madre. El Gobierno, por el contrario, señaló que la sentencia sólo se fundó en la homosexualidad del padre de forma marginal ya que las consideraciones del Tribunal de Apelación a las que se refiere el demandante, leídas en su

[30] *Caso Hoffman con Austria* (Application Nº 12875/87), de 23 de junio de 1993, párrafo 31.

[31] *Caso Karlheinz Schmidt con Alemania* (Application Nº 13580/88), de 18 de julio de 1994, párrafo 24.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

contexto, son sólo simples constataciones sociológicas, incluso estadísticas y aunque se pueda considerar que algunos pasajes de la sentencia podrían haber sido formulados de otro modo, las declaraciones torpes y desafortunadas no constituyen, en sí mismas, una violación del *Convenio*.

Ante el punto, el Tribunal recuerda haber constatado ya que el Tribunal de Apelación de Lisboa, en el examen del recurso interpuesto por la madre de la niña, introdujo un elemento nuevo con el fin de decidir sobre la atribución de la patria potestad, a saber, la homosexualidad del demandante. Para comprobar si la decisión tomada finalmente constituyó un trato discriminatorio carente de base razonable, conviene averiguar si, tal como sostiene el Gobierno, este elemento nuevo era un simple "*obiter dictum*", sin incidencia directa en la solución de la cuestión enjuiciada, o si, por el contrario, tenía carácter decisivo, ante lo cual constata que el Tribunal de Familia de Lisboa dictó sentencia tras un período durante el cual el demandante, su ex esposa, su hija y los abuelos maternos de la niña fueron examinados por expertos en psicología de dicho Tribunal. El Tribunal probó los hechos y tomó su decisión fundándose sobre todo en los informes de los psicólogos.

El Tribunal de Apelación, resolviendo sobre el expediente como única base, apreció los hechos de modo distinto al Tribunal de primera instancia y concedió la patria potestad a la madre. Consideró, en particular, que "un niño de corta edad debe, por norma general, ser confiado a la custodia de la madre, salvo que existan razones de peso para no hacerlo". El Tribunal de Apelación consideró asimismo que no había motivos suficientes que permitieran retirar a la madre la patria potestad que le había sido confiada por acuerdo de los padres. Sin embargo, el Tribunal de Apelación, tras dicha constatación, añadió: "(...) aunque éste no fuera el caso, creemos que la custodia de la niña, se debe encomendar a la madre". El Tribunal de Apelación tuvo entonces en consideración el hecho de que el demandante fuera homosexual y viviera con otro hombre para señalar que "la niña debe vivir en el seno (...) de una familia tradicional portuguesa" y que "no es éste el lugar para examinar si la homosexualidad es o no una enfermedad, o si es una orientación sexual hacia personas del mismo sexo. En ambos casos, se está en presencia de una anormalidad y un niño no debe crecer a la sombra de situaciones anormales".

Así las cosas, en opinión del Tribunal, estos pasajes de la sentencia enjuiciada, lejos de constituir simples formulaciones torpes o desafortunadas, como sostiene el Gobierno, o simples "*obiter dictum*", hacen pensar, por el contrario, que la homosexualidad del demandante pesó de modo determinante

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en la decisión final. Esta conclusión está reforzada por el hecho de que el Tribunal de Apelación, al resolver sobre el derecho de visita del demandante, le disuadiera de mantener un comportamiento que permitiera a la niña, en los períodos de visita, comprender que su padre vivía con otro hombre en "condiciones similares a las de los cónyuges", constatando que en vista de lo que antecede, que el Tribunal de Apelación hizo una distinción llevado por consideraciones relativas a la orientación sexual del demandante, distinción que no se puede tolerar según el Convenio, razonamiento que le permite llegar a decidir que no puede concluir con la existencia de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido y que, por lo tanto, ha habido violación del artículo 8 en relación al artículo 14[32].

Sobre adopción de hijos o hijas por homosexuales

En cuanto a la adopción por personas homosexuales, hay dos casos emblemáticos, ambos seguidos contra Francia, marcando el segundo un cambio de giro en la decisión del órgano jurisdiccional de Estrasburgo.

El *Caso Frette contra Francia*[33], resuelto por sentencia de 26 de mayo de 2002, fue motivado por la negativa a la autorización para adoptar un niño por parte de un homosexual. En su relato a la Corte, el denunciante indica que cuando tuvo la primera entrevista para optar a iniciar el proceso de adopción confesó que era homosexual, momento a partir del cual fue conminado a no continuar con la petición, la cual fue rechazada en todas las instancias internas básicamente por estimarse que su elección de estilo de vida –el *homosexual*– no daba garantías suficientes de que pudiera ofrecer a un niño un hogar adecuado desde una perspectiva psicológica.

El señor Frette alegó que la negativa de la autoridad francesa violaba el artículo 8° en relación al 14, por considerar que si la adopción por personas no casadas estaba permitida en Francia, en su caso la negativa sólo se fundaba en su orientación sexual declarada, la cual es parte de su vida privada.

Al entrar al tema el tribunal volvió sobre las exigencias del artículo 14 respecto de las distinciones que pueden ser discriminatorias, es decir, recordando que una diferenciación es discriminatoria en el sentido del artículo 14 si carece de justificación objetiva y razonable, esto es, si no persigue un

[32] *Caso Salgueiro da Silva Mouta con Portugal* (Application Nº 33290/96), de 21 de diciembre de 1999, párrafos 26 al 36.

[33] *Caso Frette con Francia* (Application Nº 36515/97), de 26 de febrero de 2002.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

fin legítimo o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido, recordando también que el Convenio es un instrumento vivo, que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales[34]. Luego concluyó en que la homosexualidad del solicitante era causa determinante de su recurso, aunque se tuvieran en vista otras circunstancias que eran en verdad secundarias, agregando que es innegable en su opinión que las decisiones de rechazo de la solicitud de aptitud perseguían un fin legítimo: proteger la salud y los derechos de los niños que pueden verse afectados por un proceso de adopción, para lo cual el certificado de aptitud constituye una condición previa, debiendo determinarse si la segunda condición, la existencia de justificación de un trato diferenciado, también se cumple en el caso[35].

Para ello el TEDH entra al tema del margen de apreciación, recordando que los estados gozan del mismo para determinar si, y en que medida, las diferencias entre situaciones, en otros aspectos análogas, justifican una distinción de tratamiento jurídico, variando la amplitud del margen de apreciación según las circunstancias, el ámbito y el contexto, pudiendo la presencia o la ausencia de un denominador común a los sistemas jurídicos de los estados contratantes ser un factor admisible a este respecto. Luego toma una serie de argumentos referidos a la no existencia de un común denominador en este campo ni de principios uniformes sobre esta materia, aunque los estados en su mayoría no excluyan expresamente la adopción por homosexuales cuando ésta está abierta a los solteros, para concluir que es el Estado el que está en contacto con las fuerzas vivas del país y por tanto las autoridades nacionales están en principio mejor situadas que un tribunal internacional para evaluar la sensibilidad y el contexto social[36].

Sobre dichas bases y estimando que concurren los intereses del demandante y de los niños que pueden ser adoptados, a más de lo escasos y divididos que están los informes de la comunidad científica sobre el tema y las profundas divergencias de la opinión pública nacional e internacional, señala que las autoridades nacionales han podido legítima y razonablemente considerar que el derecho de poder adoptar del demandante tenía como límite el interés de los potenciales niños susceptibles de ser adoptados, a pesar de lo legítimo de su aspiración y sin que se cuestionara su opción personal. Como conclusión el TEDH señaló en este caso que si se tiene en cuenta el gran

[34] *Caso Frette con Francia* (Application Nº 36515/97), de 26 de febrero de 2002, párrafo 34.
[35] *Caso Frette con Francia* (Application Nº 36515/97), de 26 de febrero de 2002, párrafos 38 y 39.
[36] *Caso Frette con Francia* (Application Nº 36515/97), de 26 de febrero de 2002, párrafos 40 y 41.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

margen de apreciación que se deja a los estados y la necesidad de proteger la supremacía del interés del menor para alcanzar el equilibrio deseado, el rechazo del certificado de aptitud no vulneró el principio de proporcionalidad y en resumen, la justificación que ofrece el Gobierno parece objetiva y razonable y la diferencia de trato indiscriminada no es discriminatoria en el sentido del artículo 14 del Convenio[37].

Años más tarde, en 2008, el *Caso E.B. con Francia*[38] volvió a traer los mismos hechos de *Frette* pero en relación ahora a una mujer lesbiana, en que nuevamente el asunto tuvo que ver con la capacidad e idoneidad de los homosexuales para adoptar, pero en que la decisión final fue en un sentido diverso, adoptándose este cambio por 10 votos contra 7, con 4 votos particulares disidentes y 1 voto concurrente, lo cual es el reflejo de la complejidad del tema y de los cambios obrados desde el *Caso Frette*, que se decidió por la negativa a la violación del artículo 14 en conjunción con el 8° por 4 votos contra 3, contando también con sendos votos parcialmente concurrentes.

Los hechos que motivaron esta importante causa se remontan al año 1998 en que una ciudadana francesa que a esa época mantenía una relación con otra mujer, solicitó la autorización administrativa que le reconociera la idoneidad para adoptar, sobre la base del artículo 343-1 del Código Civil francés, que permite adoptar tanto a matrimonios como a personas solteras. Frente a la petición los servicios sociales franceses hicieron las investigaciones previstas, entre ellas, varias entrevistas con un psicólogo. Finalizado el período de comprobación de idoneidad, el presidente del Consejo de Familia del departamento en que vivía la solicitante rechazó la concesión de autorización sobre las bases que se reproducen en la sentencia[39]: que la solicitante presentaba una laguna en el papel de la figura paterna y que esto podía afectar al desarrollo del niño; y que la pareja de la solicitante no parecía involucrada, aunque no se oponía al plan de la solicitante.

Ante esta resolución, la afectada interpuso un recurso ante el tribunal administrativo respectivo, iniciándose el procedimiento de impugnación interno que terminó con la sentencia de la máxima instancia de la justicia administrativa francesa, el Consejo de Estado, que confirmó definitivamente la decisión del Consejo de Familia, como da cuenta la sentencia del TEDH[40].

[37] *Caso Frette con Francia* (Application Nº 36515/97), de 26 de febrero de 2002, párrafos 42 y 43.

[38] *Caso EB con Francia* (Application Nº 43546/02), de 22 de enero de 2008.

[39] *Caso Frette con Francia* (Application Nº 36515/97), de 26 de febrero de 2002, párrafo 17.

[40] *Caso EB con Francia* (Application Nº 43546/02), de 22 de enero de 2008, párrafos 21 a 25.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Agotados entonces los recursos, la solicitante interpuso una demanda contra Francia ante el tribunal europeo, alegando la violación del artículo 8º en conexión con el 14 del Convenio por haber sido discriminada en su solicitud sólo por su *orientación sexual*, sin alegar sobre un pretendido "derecho a adoptar", el cual así concebido se reconoce que no existe[41]. En lo medular la defensa del Estado pretendió desmarcarse del *Caso Frette*, esto es, apelando a los intereses de los niños y sólo considerando dos motivos: la falta de un referente paterno, y la ambivalencia del compromiso de la pareja del solicitante respecto de los planes de adopción[42].

En su decisión, que fue favorable a la peticionaria, el órgano europeo se preguntó si las autoridades francesas habían discriminado a la demandante al no autorizarla a adoptar por ser *homosexual*, causa de exclusión que no está prevista en la legislación francesa, pero recordando que la *orientación sexual* sí está cubierta por el CEDH[43].

Evidentemente este es un caso donde la teoría del margen de apreciación nacional ha sido clave en el entendimiento que hace la Corte, especialmente cuando concluye que si la legislación francesa permite la adopción a personas solteras, la objeción de tener una laguna en la figura paterna haría imposible el derecho que el propio Código Civil entrega a los solteros. El TEDH entonces sostiene que esto no es más que un obstáculo buscado para impedir que la solicitante pudiera adoptar sin decir expresamente que la causa era su homosexualidad y su vida en pareja[44].

Es importante apuntar que para llegar a su conclusión favorable a la demandante, el tribunal va recordando en el fallo lo que ha dicho sobre el contenido que tiene la "vida privada" y cómo aplica a esta situación pues se incluye en él la posibilidad de establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos[45]; los requisitos que deben cumplir las distinciones para no ser discriminatorias[46] y, en relación al margen de apreciación nacional, apela como en otros casos a que el CEDH es un instrumento vivo[47].

[41] *Caso EB con Francia* (Application Nº 43546/02), de 22 de enero de 2008, párrafo 35.
[42] *Caso EB con Francia* (Application Nº 43546/02), de 22 de enero de 2008, párrafos 37 a 39.
[43] *Caso EB con Francia* (Application Nº 43546/02), de 22 de enero de 2008, párrafo 50.
[44] *Caso EB con Francia* (Application Nº 43546/02), de 22 de enero de 2008, párrafos 89 y 94.
[45] *Caso EB con Francia* (Application Nº 43546/02), de 22 de enero de 2008, párrafo 43.
[46] *Caso EB con Francia* (Application Nº 43546/02), de 22 de enero de 2008, párrafo 91.
[47] *Caso EB con Francia* (Application Nº 43546/02), de 22 de enero de 2008, párrafo 92.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Así las cosas, llega a entender configurada por el estado la violación del artículo 14 en relación al artículo 8°, ordenando el pago de una indemnización por daño moral, además de las costas judiciales, en una decisión que a sólo un par de años de su adopción ha venido a cambiar las expectativas del mundo LGTB en materia de adopción. Hay que indicar en todo caso que si bien sienta jurisprudencia, no se trata de la "validación" de la adopción por homosexuales en Francia o en otro Estado, sino de la consagración de que la *orientación sexual* no puede ser tenida en cuenta de forma determinante y única a la hora de decidir sobre ella. Como consecuencia del fallo hay que decir sí que sólo en noviembre de 2009 la recurrente EB obtuvo el reconocimiento en su país para adoptar, en lo que se puede ver como una reacción de la autoridad francesa respectiva en orden a no cumplir con lo señalado por el tribunal de derechos humanos de forma inmediata y voluntaria, bajo la premisa del cumplimiento de las sentencias dictadas por tribunales internacionales y la responsabilidad internacional de los estados por hechos ilícitos.

Sobre derechos derivados de convivencias homosexuales

Como señalé, es también un aspecto que se relaciona con el ámbito de la familia el de las situaciones sobre el reclamo de prestaciones derivadas de las relaciones familiares de convivencia *homosexuales*.

En este marco material se encuentra el *Caso Karner con Austria*[48], fallado en julio de 2003, sobre transmisión del arrendamiento cuando fallece uno de los miembros de la pareja o, dicho de otro modo, sobre el derecho de habitación para pareja sobreviviente del mismo sexo.

El demandante alegó que el no reconocimiento por parte de las altas autoridades nacionales de su derecho a suceder tras la muerte de su pareja, era una discriminación efectuada sólo por su orientación sexual, con lo cual se violaba el artículo 14 en su relación con el 8°. El reclamante y su pareja habían tenido una relación de convivencia familiar de años, bajo la cual habían compartido los gastos del hogar común y que había terminado cuando su compañero de vida murió de Sida en 1994. Pese a que las instancias inferiores le habían dado razón en su derecho a mantener el arriendo tras la muerte de la pareja, la autoridad superior austriaca acogió el planteamiento del arrendador en orden a que la ley que establecía ese derecho no consideraba incluir parejas homosexuales.

[48] *Caso Karner con Austria* (Application Nº 40016/98), de 24 de julio de 2003.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Hay que mencionar que durante la tramitación ante el órgano europeo el denunciante murió y su madre renunció a los derechos respectivos de tenencia en el marco de esta causa en la que estaban interviniendo asociaciones defensoras de los derechos de parejas LGTB, representadas por el destacado jurista Robert Wintemute. El Estado intentó que la Corte la sacara de su lista de causas pendientes pero el tribunal consideró que había que tener en cuenta el objeto y fin de todo el sistema para decidir sobre ese punto, y sobre esa base y a pesar de reconocer que el CEDH no otorga una acción popular y quien lo promueve debe considerarse víctima, recordó que las decisiones de la Corte no sólo sirven para resolver los casos concretos sino que en general sirven para salvaguardar y desarrollar las normas del Convenio, contribuyendo así a la observancia de los compromisos asumidos por los estados partes. Como el objeto del juicio –la diferencia de trato de los homosexuales en lo que respecta a la sucesión de contratos de arrendamiento en virtud de la legislación austríaca– era un tema de interés para varios estados, decidió continuar conociendo para ayudar en el establecimiento de los estándares de protección de la Convención[49].

Entrando al fondo del asunto, el Estado argumentó en su defensa que la diferenciación tenía una causa objetiva y proporcionada –cual era la defensa de la familia tradicional– ya que el Tribunal entró como en otros casos vinculados a homosexuales, a la determinación de la causa de la diferenciación formulada por razón de orientación sexual, señalando que las diferencias basadas en la orientación sexual requieren razones particularmente serias para ser justificadas y que en esa óptica la causa argumentada a nivel estatal no era justificada[50].

Ahora bien, más allá de este caso del 2003, en los últimos años otros casos se han suscitado sobre este punto con diverso resultado. Dos referidos al tema de los alquileres y uno fallado en septiembre de 2010, relativo al pago de pensiones por relaciones de pareja anteriores.

En 2009 en el *Caso Korelc con Eslovenia*[51], resuelto el 12 de mayo de ese año, el Tribunal no acogió la petición en relación a derecho a suceder en el alquiler al titular fallecido, argumentando haber vivido en lo que la ley eslovena de vivienda llamaba "comunidad de vida de larga duración" y que habilitaba para no ser desalojado, lo cual se le había negado en la instancia nacional por

[49] *Caso Karner con Austria* (Application Nº 40016/98), de 24 de julio de 2003, párrafos 20-28. La decisión en este punto tuvo un Voto disidente en el juez Grabenwarter, quien estimó que no se trataba de un caso que ameritara seguir siendo conocido más allá de la muerte del demandante.

[50] *Caso Karner con Austria* (Application Nº 40016/98), de 24 de julio de 2003, párrafos 37-43.

[51] *Caso Korelc con Eslovenia* (Application Nº 28456/03), de 12 de mayo de 2009.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

estimar que se trataba sólo de una comunidad de tipo económico, al no existir la diferencia de sexo requerida en la otra figura para entenderla comprobada.

En este caso el tribunal no entró a referirse a la vida privada del autor de la petición pues él invocó en relación al artículo 8° lo que en la versión oficial en inglés es "*the right to respect for…his home…*", señalando que en ese ámbito del artículo había sido discriminado en conjunción así con el artículo 14. Haciendo recuerdo de su doctrina sobre cuando una discriminación puede ser permitida (cuando tiene causa objetiva y razonable) el sentenciador desestimó la petición considerando que en este caso no se había discriminado por orientación sexual al negar la petición, sino que se había estimado que no se cumplía con las condiciones de la figura extramatrimonial que confería ese derecho al sobreviviente. Me parece un buen razonamiento ya que el no cumplir los requisitos para acceder a un beneficio –en este caso haber mantenido una unión que no fuera sólo económica– la discriminación de los homosexuales en tantos ámbitos no puede servir para un enriquecimiento sin causa.

En 2010 se resolvió el *Caso Kozak con Polonia*[52], por fallo de 2 de marzo, cuyos hechos son similares a los del caso *Caso Karner con Austria*, alegándose por el demandante la violación de los artículos 8° y 14 del CEDH tras no haberse reconocido el derecho a continuar la tenencia tras la muerte del conviviente homosexual. Los matices se producen con el caso austriaco en todo caso a partir de las defensas del Estado, vinculadas al no cumplimiento de parte del denunciante de los requisitos para continuar la tenencia que no decían razón con el hecho de tratarse de una convivencia de tipo homosexual.

En esta situación el Tribunal consideró por la unanimidad de los siete jueces que resolvieron que el rechazo de los tribunales polacos a las demandas del señor Piotr Kozak violaba los artículos ya citados. En su razonamiento, el sentenciador reconoce que la protección de la familia, tal y como la entiende la Constitución de Polonia, esto es, basada en la unión entre un hombre y una mujer, constituye en principio un motivo que podría justificar una diferencia de trato, pero en razón de que no existe una única manera de establecer relaciones entre los individuos, y en base a los derechos que se deben reconocer a minorías sexuales, no considera admisible que dicho argumento pueda ser aplicado para negar la subrogación de un alquiler entre los miembros de una pareja homosexual[53].

[52] *Caso Kozak con Polonia* (Application Nº 13102/02), de 2 de marzo de 2010.

[53] *Caso Kozak con Polonia* (Application Nº 13102/02), de 2 de marzo de 2010, párrafo 99.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Si bien la línea argumental va en consonancia con las reclamaciones por este tipo de temas que se han formulado desde el mundo LGTB en el sistema europeo, hay aquí ya una señal en orden a reconocer un margen de apreciación a los estados en materia de matrimonio, cuestión a la que iré más adelante.

Un fallo a propósito de la discriminación por orientación sexual en este ámbito específico que se liga a los asuntos de familia corresponde al *Caso J.M. con Reino Unido*[54], resuelto el 28 de septiembre de 2010, en que el sentenciador europeo estimó que el Estado discriminaba en razón de su *orientación sexual* a una mujer lesbiana, quien no pudo acceder a una rebaja de la pensión de alimentos por esta razón.

La reclamante, individualizada con las iniciales J.M., pagaba para los dos hijos habidos de su matrimonio heterosexual una pensión de alimentos. Al iniciar ella una nueva relación, quiso beneficiarse de la normativa interna del Estado que permitía la rebaja en esos casos. Sin embargo, ella le fue negada por estimar el estado británico que la nueva relación de la solicitante –relación de tipo homosexual– no daba el derecho a la reducción solicitada. El razonamiento fue que esa convivencia de pareja con alguien del mismo sexo no podía ser equiparada a una forma de vida familiar para tales efectos y había que aplicar además la norma anterior al año 2004, época en que se suprimió la diferencia de tratamiento entre parejas homosexuales y heterosexuales.

El TEDH razonó en este caso haciendo especial énfasis en que cuando se trata de una discriminación por orientación sexual, el Estado debe presentar razones particularmente graves y convincentes para justificar una diferencia de trato, dando por acreditada la alegación de la mujer y ordenando al Estado pagar una suma por el daño moral sufrido.

Sobre matrimonio entre homosexuales

El cuarto tema que he considerado dentro de este ámbito de discriminaciones en el marco de la familia es lo relacionado al derecho de homosexuales a contraer matrimonio.

Acá debo hacer mención a una de las más relevantes sentencias del TEDH en materia de alegatos de discriminación por *homosexualidad*, y que justamente toca a este derecho a contraer matrimonio, estimada como otra de las cuestiones determinantes en el ámbito de la familia según ya he explicado y que ha venido a atenuar en buena medida el camino de logros que en otras

[54] *Caso J.M. con Reino Unido* (Application Nº 37060/06), de 28 de septiembre de 2010.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

materias han cosechado los grupos homosexuales ante el sistema europeo de protección de derechos.

Se trata del *Caso Schalk and Kopf con Austria*[55], fallado el 24 de junio de 2010 y en que Estrasburgo ha dicho que no se violan los artículos 8° y 14 del CEDH cuando un Estado –en este caso Austria al momento de iniciarse el juicio– no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En síntesis, lo que hace Estrasburgo es decirle al mundo que la Convención Europea de Derechos Humanos no obliga a los estados a garantizar el matrimonio a las parejas del mismo sexo.

Los demandantes, Horst Michael Schalk y Johann Franz Kopf, son dos austriacos nacidos en 1962 y 1960 respectivamente, que vivían en Viena, formando entre sí una pareja del mismo sexo. En septiembre de 2002 solicitaron autorización para contraer matrimonio, la cual fue negada por el municipio de Viena bajo la razón de que el matrimonio sólo se podía celebrar entre personas de sexo opuesto. Ellos reclamaron ante las instancias superiores del Estado, alegando que esa imposibilidad violaba su derecho a la vida privada y a la no discriminación, particularmente porque la noción de matrimonio ha evolucionado desde la entrada en vigor del Código Civil del país y así, en concreto, la paternidad y la educación de hijos no forma ya parte esencial de la institución sino que ésta debe percibirse como una unión permanente que abarca todos los aspectos de la vida, no existiendo ninguna justificación entonces para negar el derecho sobre todo porque, agregaron, el mismo tribunal europeo ha dicho que las distinciones fundadas en la orientación sexual requieren razones muy justificadas para ser admisibles, y porque otros estados europeos permiten este matrimonio y han modificado sus legislaciones en este sentido, produciéndose también una discriminación en el goce del derecho de propiedad ya que si uno fallece, el otro no tendrá la misma protección legal que se reconoce al cónyuge sobreviviente[56].

La Corte Constitucional rechazó el reclamo en el año 2003, argumentando que ni la Constitución austriaca ni el Convenio Europeo establecen que el concepto de matrimonio deba extenderse a relaciones diferentes a aquellas que permiten la paternidad y que la protección de las relaciones entre personas del mismo sexo no da lugar a una obligación de cambiar la ley sobre matrimonio.

[55] *Caso Schalk and Kopf con Austria* (Application Nº 30141/04), de 24 de junio de 2010.

[56] *Caso Schalk and Kopf con Austria* (Application Nº 30141/04), de 24 de junio de 2010, párrafos 11 y 12.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El tema llegó así al TEDH que se vio enfrentado en el 2010 a resolver un tema pendiente hasta esta fecha en el ámbito jurisdiccional y que se veía inmerso en la serie de reformas legislativas de la última década que han ido reconociendo el espectro de derechos en pareja a homosexuales, sea permitiéndoles el matrimonio, sea estableciendo marcos regulatorios adecuados a la especificidad de sus relaciones y la posibilidad de registrar sus uniones.

En esa línea y como el 1 de enero de 2010 entró en vigor en Austria la "Registered Partnership Act" (*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*) que otorga a las parejas del mismo sexo un mecanismo formal de registro, reconociendo derechos a esa relaciones, el Estado alegó que la causa debía darse por resuelta y salir de la lista del TEDH, petición desestimada por Estrasburgo por cuanto esa nueva normativa les daba a las parejas del mismo sexo un estatus similar o comparable al de las parejas unidas por matrimonio, pero no permitía el acceso al matrimonio que era lo que ellos alegaban[57].

En su sentencia el tribunal recuerda buena parte de la doctrina que ha ido sentando en los últimos años en cuanto a derechos de personas homosexuales en diversos aspectos[58], reiterando dos de las ideas matrices de sus pronunciamientos a favor de tales personas y que estimo ya no pueden admitir discusión en adelante: que las relaciones entre personas del mismo sexo entran en el concepto de "vida privada" que está protegido por el artículo 8° del Convenio[59], y que toda distinción por razón de orientación sexual debe estar muy justificada en razones de peso aunque se permite un margen de apreciación a los estados en ciertos casos[60].

Ahora bien, pese a estas reiteraciones del todo relevantes para las causas de la diversidad sexual, el Tribunal estima que no es indiscutible en cambio el que estas relaciones entren en el concepto de "vida familiar" y es en ese sentido que, en síntesis, no llega hasta entender que el Convenio contenga el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio, pues indica que el artículo 12 del mismo sólo otorga este derecho a las parejas de diferente sexo; es decir, el matrimonio a que se refiere el tratado europeo es entre un hombre y una mujer y en ese sentido es que afirma que la Convención Europea

[57] *Caso Schalk and Kopf con Austria* (Application Nº 30141/04), de 24 de junio de 2010, párrafos 36 y 37.
[58] *Caso Schalk and Kopf con Austria* (Application Nº 30141/04), de 24 de junio de 2010, párrafo 87.
[59] *Caso Schalk and Kopf con Austria* (Application Nº 30141/04), de 24 de junio de 2010, párrafo 90.
[60] *Caso Schalk and Kopf con Austria* (Application Nº 30141/04), de 24 de junio de 2010, párrafo 97.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de Derechos Humanos no obliga a los estados a garantizar el matrimonio a las parejas del mismo sexo, puesto que en este ámbito no ha operado una evolución uniforme entre los estados. Si bien el Tribunal reconoce la evolución de la idea de "vida familiar" del Convenio, con una tendencia al reconocimiento jurídico de parejas estables del mismo sexo, se trata de una parcela en que aún gozan los estados de un amplio margen de apreciación para decidir[61].

En el marco de esta histórica decisión del año 2010, una mención merece a mi modo de ver la opinión concurrente de los jueces Malinverni y Kovler que apuntan a algo que parece sumamente relevante a la hora de precisar los alcances entre las distintas situaciones que pueden afectar a una persona por su sexualidad y su derecho al matrimonio. Junto con dar su conformidad con la decisión del sentenciador europeo, indica esta opinión los puntos en que no puede estar de acuerdo para llegar a la conclusión adoptada.

En primer lugar y antes que todo, se encarga esta opinión de precisar que no puede compartir el juicio de que en forma aislada el artículo 12 del Convenio europeo podría entenderse que no se opone al matrimonio entre dos hombres o entre dos mujeres, como da cuenta la sentencia[62], fundándose en que conforme las reglas de interpretación de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados* no es posible más que entender que el único matrimonio permitido es el que se pueda producir entre un hombre y una mujer y el hecho de que algunos estados europeos –cinco para ser precisos a esa fecha– lo permitan no puede considerarse suficiente para alterar esa regla ni ninguna de las que establece el sistema de Viena, como el del sentido literal.

Luego, y en lo que debe destacarse, indica que si bien se ha reconocido al Convenio como un instrumento vivo y se ha considerado la evolución social y los cambios que ha ido experimentando la institución del matrimonio –citando entre otros el *Caso Christine Goodwin con Reino Unido* sobre derechos de personas transexuales–, ello no puede hacer olvidar la propia jurisprudencia de

[61] *Caso Schalk and Kopf con Austria* (Application Nº 30141/04), de 24 de junio de 2010, párrafos 90 a 92.

[62] *Caso Schalk and Kopf con Austria* (Application Nº 30141/04), de 24 de junio de 2010, párrafo 55. "55. The applicants argued that the wording did not necessarily imply that a man could only marry a woman and vice versa. The Court observes that, looked at in isolation, the wording of Article 12 might be interpreted so as not to exclude the marriage between two men or two women. However, in contrast, all other substantive Articles of the Convention grant rights and freedoms to 'everyone' or state that 'no one' is to be subjected to certain types of prohibited treatment. The choice of wording in Article 12 must thus be regarded as deliberate. Moreover, regard must be had to the historical context in which the Convention was adopted. In the 1950s marriage was clearly understood in the traditional sense of being a union between partners of different sex".

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la Corte en el sentido de que no puede el tribunal en base a una interpretación evolutiva incluir un derecho que no se incluyó desde el principio.

En segundo término, esta opinión concurrente se manifiesta contraria a lo dicho por la sentencia en orden a traer como argumento el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que deliberadamente no usa las expresiones "hombre" y "mujer" en esta materia[63] para pretender tal vez que el artículo 12 del Convenio pudiera extenderse a personas del mismo sexo, indicando que no hay que olvidar que ese mismo artículo 9 deja a salvo la cuestión sobre la base de lo que dispongan los ordenamientos nacionales y hace acá la acotación que me parece relevante para la claridad conceptual que el Derecho Internacional requiere en estos temas. Señala que si bien en el caso *Goodwin con Reino Unido* se hizo referencia a esa norma, no se trata de lo mismo pues lo que se tuvo en cuenta a la hora de la elegibilidad para el matrimonio fue el sexo del solicitante anterior a su reasignación de sexo que lo llevó justamente a vivir como alguien del sexo opuesto, queriendo contraer matrimonio con alguien diferente y no del mismo sexo. "It is true that the Court has already referred to Article 9 of the Charter in the Christine Goodwin judgment... However, in that case the Court considered whether the fact that domestic law took into account, for the purposes of eligibility for marriage, the sex registered at birth, and not the sex acquired following gender reassignment surgery, was a limitation impairing the very essence of the right to marry. After her operation, the applicant lived as a woman and wished to marry a man. The case did not therefore concern marriage between persons of the same sex"[64].

En otra oportunidad[65] compartí este razonamiento y en general el del sentenciador pues a diferencia de lo que podía ocurrir con otros conceptos –como la moral o las buenas costumbres– el matrimonio se podía entender al año 2010 como un concepto de contornos definidos en la mayoría de las legislaciones del mundo (concebido como la unión entre un hombre y una

[63] *Caso Schalk and Kopf con Austria* (Application Nº 30141/04), de 24 de junio de 2010, párrafo 61. "Regard being had to Article 9 of the Charter, therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants' complaint. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State".

[64] *Caso Schalk and Kopf con Austria* (Application Nº 30141/04), de 24 de junio de 2010.

[65] Gauché Marchetti, Ximena, "Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (cit.) pp. 439-443.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mujer) y en tal sentido y vista la realidad del panorama en la materia a esa fecha, si bien se observaba una tendencia hacia estados que van reconociendo el llamado "matrimonio gay", ésta claramente no era aún una tendencia consolidada, existiendo enormes focos de polarización en el tema, motivados por los mismos antecedentes que se suelen ventilar cuando se trata de hablar de manera abierta sobre cualquier otro aspecto de la sexualidad humana: el discurso de la religión, el discurso de los valores y la moral, el discurso político. En base a esta realidad no se estimaba posible presumir que existía un consenso para que el margen de apreciación cediera en esta materia, entendiendo que mal se podría sentir discriminada una persona si no puede acceder a un estatuto jurídico que no existe en el Estado bajo cuya jurisdicción está.

Esta opinión incluía en todo caso el reconocimiento de los matices que se presentan en este ámbito de la familia y las discriminaciones que allí pueden producirse, y la necesidad de que los efectos patrimoniales de las uniones estables entre personas del mismo sexo deben contar con un adecuado marco regulatorio en condiciones de igualdad y sin que la opción sexual se convierta en razón preferente para negar este marco normativo.

Hoy sin embargo, el matrimonio parece ser una institución respecto de la cual muchas sociedades están cambiando su concepción y contornos, no pudiendo decirse tan categóricamente que hay consenso casi mundial en torno a que sólo la pueden formar un hombre y una mujer. A 2013 hay varios países que así lo han consagrado: Holanda (1998), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal (2010), Islandia (2010), Argentina (2010), Dinamarca (2012), Uruguay (2013), Nueva Zelanda (2013), Brasil (2013), Francia (2013), Reino Unido (2013) y en varios más se aceptan las uniones de personas del mismo sexo con otros nombres. En otros en tanto, como Chile, el tema está claramente puesto en la agenda de la sociedad civil por los derechos humanos de la diversidad sexual.

c) La discriminación en la actividad militar

El *Caso Smith & Grady con Reino Unido*[66], resuelto en una sentencia de 27 de septiembre de 1999, marca la importancia en cuestiones sobre *orientación sexual* de la mayor o menor amplitud del margen de apreciación nacional.

[66] *Caso Smith and Grady con Reino Unido* (Applications Nºs 33985/96 and 33986/96), de 27 de septiembre de 1999.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En este caso los denunciantes –una mujer lesbiana y un hombre gay– se quejaron de que las investigaciones sobre su homosexualidad y su baja de la Real Fuerza Aérea por la sola razón de ser homosexuales constituían violación del artículo 8° por sí solo y también en relación con el artículo 14. Asimismo, se invocó la violación de los artículos 3° y 10, por sí mismos y en conjunción con el artículo 14 en relación con la política del Ministerio de Defensa contra los homosexuales en las fuerzas armadas, las investigaciones consecuentes y las bajas. Por último, se argumentó la infracción del artículo 13 por no contar con un recurso adecuado para hacer frente a estas alegadas vulneraciones.

En lo que más interesa acá, el fallo fue determinante en sentar que algunas injerencias a los derechos pueden permitirse si ellas satisfacen de manera suficiente los requerimientos del párrafo 2 del artículo 8 y al reiterar –recordando el *Caso Dudgeon*– que la orientación sexual es una manifestación esencialmente privada de la personalidad humana[67].

En el *Caso Lustig Prean y Beckett con Reino Unido*[68], fallado el mismo día también en 1999, el Tribunal consideró que la prohibición de los homosexuales en las fuerzas armadas era una vulneración del artículo 14.

En esta decisión se puso énfasis en que las actitudes negativas por parte de una mayoría heterosexual en contra de una minoría homosexual no pueden constituir una justificación suficiente, no más que actitudes negativas similares contra quienes son diferentes por raza, sexo, origen o color.

Estos fallos han sido determinantes para marcar un avance significativo en el uso del concepto de "vida privada" como destinado a proteger la orientación sexual de las personas no sólo en su círculo cercano y de la vida íntima, sino para abordar también los aspectos de la vida privada que se relacionan con la profesión, el trabajo o la actividad comercial de las personas en sus relaciones sociales y en consonancia con fallos anteriores en que se había referido al contenido de la "vida privada", señalando que sería muy restrictivo limitar la noción de un "círculo íntimo" donde la persona pueda vivir su propia vida personal a su elección y excluirse por completo del mundo exterior no comprendido dentro de ese círculo, debiendo abarcar el respeto a la intimidad personal también en cierta medida el derecho a establecer y desarrollar relaciones

[67] *Caso Smith and Grady con Reino Unido* (Applications N^{os} 33985/96 and 33986/96), de 27 de septiembre de 1999, párrafo 127.

[68] *Caso Lustig-Prean and Beckett con Reino Unido* (Applications N^{os} 31417/96 and 32377/96), de 27 de septiembre de 1999.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

con otros seres humanos[69].

Hay que mencionar que en esta materia la jurisprudencia de Estrasburgo ha tenido eco en el mundo británico que ha sido reiteradamente sancionado por discriminar homosexuales en el ámbito de la actividad militar. Prueba de ello son los casos *Caso Brown con Reino Unido*[70], fallado el 29 de julio de 2003, y el *Caso Hunt and Miller con Reino Unido*[71], fallado el 23 de junio de 2009, ambos referidos a homosexuales ingleses miembros de las fuerzas armadas, en que se llegó a un arreglo y se terminó conforme el artículo 37 del Convenio en razón del pago efectuado por el gobierno británico[72].

2. BREVES REFLEXIONES FINALES

Desde los Disturbios de Stonewall a fin de la década de los sesenta hasta 2013 han pasado muchas cosas para las personas homosexuales, en términos de sus derechos y sus luchas por reconocimiento.

Si bien las persecuciones, las muertes, la violencia o las exclusiones continúan en muchas partes del planeta, ya nadie –o muy pocos– quedan sin reaccionar o condenar brutalmente el hecho de que un Estado prohíba a dos personas adultas del mismo sexo amarse en privado o manifestar pública y abiertamente su preferencia sexual en defensa de ese derecho.

En ese largo camino, el trabajo del tribunal europeo de derechos humanos ha sido determinante. Ha abierto los espacios con elaboraciones jurisprudenciales conforme con la evolución y especificación de tales derechos, entendiendo en buena lógica que los instrumentos internacionales son "vivos" y que no se puede pretender dar una interpretación contraria a las libertades

[69] Véase por ejemplo *Caso Niemitz con Alemania* (Applications Nº 13710/88), de 16 de diciembre de 1992, párrafo 29.

[70] *Caso Brown con Reino Unido* (Application Nº 52770/99), de 29 de julio de 2003.

[71] *Caso Hunt and Miller con Reino Unido* (Applications Nºs 10578/05 and 10605/05), de 23 de junio de 2009.

[72] Otro caso en este ámbito de la actividad militar por parte de homosexuales es el llamado *Caso Stavros Marango con Chipre* (Application Nº 12846/05), 4 de diciembre de 2008, en que en todo caso se alegó la violación del artículo 6° sobre el derecho a un proceso equitativo y la falta de asistencia letrada, siendo desechada por los jueces europeos y no el artículo 14 en relación con el 8°. En efecto, acá el tema central no fue la alegada discriminación por su orientación sexual al momento en que tenía que haber efectuado el servicio militar en su país, sino el procedimiento seguido a partir de la denegación de ciertos beneficios para los que se necesitaba justamente haber hecho el servicio militar que él no realizó por su condición de homosexual.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mínimas de las personas acusando la fecha en que se acordaron o llevando al extremo la llamada doctrina del "margen de apreciación nacional".

Su trabajo se ha proyectado en defensa de las vulneraciones tanto emanadas del Estado como también de los propios privados, ayudando así a consolidar la defensa del "efecto horizontal" a las cláusulas de no discriminación.

El tema es especialmente importante cuando el análisis se centra en la discriminación que afecta a personas que se miran diferente por su orientación sexual, pues acá cobra mayor valor la idea de que buena parte de las más graves vulneraciones se producen en esferas privadas: en el hogar y la familia, en el trabajo, en la escuela, lo cual se enfrenta a la realidad que supone la "disputa" entre la aplicación de la legislación doméstica que pueda ser pertinente y que obliga a los privados versus la posibilidad de declarar responsable a un Estado por actos de particulares que suponen discriminación a personas con diversidad sexual, por no adoptar medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar o castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas.

Hay que considerar así que bajo este deber de debida diligencia tiene que encargarse el Estado de impedir la generación o permanencia de contextos de discriminación sistemática –si se quiere formal o institucionalizada– que en muchas situaciones se producen respecto de la diversidad sexual.

La cuestión es nada menor pues esos contextos, aún cuando no llegue en ellos propiamente a "institucionalizarse" la discriminación a nivel estatal –o incluso a validarse en el contexto social– constituyen el espacio perfecto para la comisión de los llamados "crímenes de odio" frente a los cuales la fijación de la frontera entre lo que es un deber internacional de un Estado y lo que es un simple acto criminal frente al que está llamado a intervenir el Derecho Penal interno es claramente más difícil de definir, siendo evidente que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no puede transformarse en un sustituto de los ordenamientos internos que deben velar por el control de la criminalidad entre quienes habitan un territorio y están bajo su jurisdicción.

En todo caso, no es necesario llegar a los extremos graves que suponen los "crímenes de odio" como forma más brutal de discriminación en que los estados deben responder en el marco de violaciones que se produzcan desde y en relaciones de tipo privado, pues se puede dar por sentada ya la responsabilidad que pueden tener los estados en este ámbito desde algo tan aparentemente simple o inofensivo como la circunstancia de que un canal de televisión privado impida la exhibición de documentales que hagan alusión a modos de vida

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

homosexual por ejemplo, lo cual podría llegar a ser un atentado a la libertad de expresión de los grupos LGTB.

Por cierto las obligaciones estatales en esta materia no se agotan en la abstención como bien ha sentado la jurisprudencia, sino que tienen un fuerte componente de accionar. En la jurisprudencia europea hay que mencionar que en el *Caso X, Y, Z. contra Reino Unido*[73], fallado el 22 de abril de 1997 a propósito de la ocupación por parte del Tribunal Europeo de las relaciones privadas y de familia de los transexuales, en que se afirmó expresamente que a la obligación negativa que se deriva del artículo 8° pueden agregarse obligaciones positivas que pueden implicar la adopción de medidas tendientes a asegurar el respeto de la vida privada, incluso en las relaciones entre individuos[74].

Finalmente y en esta línea, hay que apuntar que el Comité de Ministros del Consejo de Europeo, al tratar sobre medidas para combatir la discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género en su Recomendación CM/Rec (2010) 5 indica en el Preámbulo que se reconoce que en algunos supuestos el Estado debe tomar medidas para proteger de la discriminación que emana de actores no estatales, lo cual considera un componente del sistema internacional de protección de derechos humanos y libertades fundamentales, lo que en verdad es coherente con el reconocimiento que el mismo instrumento hace en orden a que incluso dentro de sus familias, las lesbianas, gays, bisexuales y transgéneros han sufrido por siglos los efectos de la homofobia, la transfobia y otras formas de intolerancia y discriminación, como la criminalización, marginalización, la exclusión social y la violencia[75].

[73] *Caso X, Y, Z con Reino Unido* (Application Nº 21830/93), de 22 de abril de 1997.

[74] *Caso X, Y, Z con Reino Unido* (Application Nº 21830/93), de 22 de abril de 1997, párrafo 41.

[75] "Recognising that non-discriminatory treatment by state actors, as well as, where appropriate, positive state measures for protection against discriminatory treatment, including by non-state actors, are fundamental components of the international system protecting human rights and fundamental freedoms; Recognising that lesbian, gay, bisexual and transgender persons have been for centuries and are still subjected to homophobia, transphobia and other forms of intolerance and discrimination even within their family –including criminalisation, marginalisation, social exclusion and violence– on grounds of sexual orientation or gender identity, and that specific action is required in order to ensure the full enjoyment of the human rights of these persons;…" Doc. Recommendation CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros, adoptada el 31 de marzo de 2010.

Artículo: La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Ximena Gauché Marchetti

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

BIBLIOGRAFÍA

Carrillo Salcedo, J.A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Editorial Tecnos, Madrid, 2003.

García, J. y Santolaya, P. (Coordinadores), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ediciones del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

Gauché Marchetti, Ximena, *Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Académica Española, Saarbrücken, Alemania, 2011. ISBN 978-3-8465-6043-3.

Jacobs F. y White R., *The European Convention on Human Rights*, Second Edition, Clarendon Press, Oxford, Great Britain, 1996.

Leach, P., *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Second Edition, Oxford University Press, Great Britain, 2005.

O'Flaherty, M. y Fisher, J., "Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles", en *Human Rights Law Review*, volume 8, number 2, 2008.

Sanz, S., "A propósito de la sentencia Goodwin e I o el debate sobre el matrimonio de transexuales ante el TEDH", en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, 2003 (I).

Terol, M.J. *et al.*, *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

Wintemute, R., "Sexual Orientation and Human Rights. The United States Constitution", the European Convention and the Canadian Charter, Clarendon Press, Oxford, Great Britain, 1997.

Sentencias citadas disponibles en: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home