



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 64_xullo-decembro 2022 | pp. 107-137
Santiago de Compostela, 2022
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.5004>
© Omar Bouazza Ariño
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 16/11/2022 | Aceptado: 29/11/2022

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

A resposta da Administración contra a homofobia e o seu control xurisdiccional na orde interna e europea

La respuesta de la Administración
contra la homofobia y su
control jurisdiccional en el
orden interno y europeo

Response of the Administration
against homophobia and its
jurisdictional control in the
domestic and European order

64 Regap

Regap



ESTUDIOS

OMAR BOUAZZA ARIÑO¹

Catedrático de Dereito Administrativo
Universidade Complutense de Madrid

<https://orcid.org/0000-0001-7220-0368>

obouazza@ucm.es

Resumo: O obxectivo deste traballo consiste na análise da recente xurisprudencia do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos en materia de diversidade sexual que lles ofrece ferramentas xurídicas aos Estados para adaptar as súas lexislacións e as prácticas xudiciais e administrativas para previr, investigar e castigar, se procede, a crecente homofobia que desafía valores como o de democracia, xustiza, liberdade, tolerancia e espírito de apertura que fundamentan o Consello de Europa.

Palabras clave: Diversidade sexual, homofobia, Tribunal Europeo de Dereitos Humanos.

¹ Este traballo foi realizado no seo do proxecto "A europeización das sancións administrativas: a incidencia do dereito europeo no concepto de sanción, nas súas garantías e na súa función" (PID2020-115714GB-I00), financiado pola Axencia Estatal de Investigación. O autor forma parte dos Grupos de Investigación UCM "931089 As transformacións do Estado e a autonomía local: organización institucional, servizos públicos e democracia participativa" e "970825 Globalización e Dereito Administrativo Global".

Resumen: El objetivo de este trabajo consiste en el análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de diversidad sexual que ofrece herramientas jurídicas a los Estados para adaptar sus legislaciones y las prácticas judiciales y administrativas para prevenir, investigar y castigar, si procede, la creciente homofobia que desafía valores como el de democracia, justicia, libertad, tolerancia y espíritu de apertura que fundamentan el Consejo de Europa.

Palabras clave: Diversidad sexual, homofobia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Abstract: The aim of this paper is to analyze the recent European Court of Human Rights case-law on sexual diversity which it offers legal tools to States to adapt their legislation and judicial and administrative practices to prevent, investigate and punish, if convenient, the growing homophobia that challenges values such as democracy, justice, freedom, tolerance and spirit of openness that underpin the Council of Europe.

Key words: Sexual diversity, homophobia, European Court of Human Rights.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Dereito á vida: os ordenamentos nacionais deben adaptarse aos estándares europeos en materia de respecto á orientación sexual. 3 Dignidade humana e prohibición de discriminación no exercicio do dereito á integridade física e moral fronte a agresións homófobas. 3.1 Os Estados teñen a obriga positiva de previr e investigar a violencia por razóns de orientación sexual. 3.2 Abuso de dereito: as normas referidas aos dereitos fundamentais non deberán interpretarse a favor do agresor e en detrimento da vítima. 4 Cirurxías a menores intersexuais. 5 Prohibición de discriminación no exercicio do dereito ao respecto da vida privada e familiar. 5.1 Insultos homófobos. 5.2 Protección de datos e doazóns de sangue. 5.3 Responsabilidade parental e dereitos de custodia. 6 Dereito de asociación e liberdade de asemblea. 7 Final.

1 Introducción

O Tribunal Europeo de Dereitos Humanos (en diante, “o Tribunal”, “o TEDH” ou “Estrasburgo”, en referencia á cidade en que se atopa) adoita dicir que o Convenio Europeo de Dereitos Humanos (en diante, “o Convenio” ou, simplemente, “o CEDH”) é o instrumento garante da orde pública europea en materia de dereitos humanos. A pesar de que o TEDH reconece que, no seo do Consello de Europa, dos Estados que integran a entidade supranacional, se dá unha diversidade de culturas xurídicas, de contextos económicos e sociais, así como diferentes niveis de democracia alcanzados, pretenderase alcanzar unha ampla unidade de acción no ámbito dos dereitos humanos que se reflectirá no canon ou estándar mínimo de protección europeo. Estándar mínimo que se acadará coa interpretación que realiza o TEDH do CEDH, de convenios sectoriais e outros instrumentos de *soft law* do Consello de Europa e que deberá guiar o funcionamento ordinario das administracións públicas, os gobernos, parlamentos e xuíces e tribunais na orde interna. Así, a misión da orde internacional consistirá en revisar que efectivamente os dereitos nacionais respectan as obrigas internacionais asumidas co Consello de Europa.

O Consello de Europa, no marco da súa misión de promoción dos dereitos humanos, presta especial atención, desde a súa creación, á protección dos dereitos das minorías. E, en concreto, das minorías sexuais. Non en van, a xurisprudencia do TEDH supuxo importantes avances no recoñecemento e protección dos dereitos da crecente comunidade de lesbianas, gais, transexuais, bisexuais e intersexuais (“LGTBI”,

en diante²) promovendo a derogación de normativas internas que supuñan unha inxerencia inxustificada. Así, en *Dudgeon c. o Reino Unido*, do 22 de outubro de 1981, o TEDH dixo que a vixencia das leis de Irlanda do Norte que tipificaban as relacións sexuais consentidas entre homes maiores de idade supuña unha violación do dereito ao respecto da vida privada e familiar. O demandante conseguiría que o Parlamento do Reino Unido modificase a normativa aplicable a ese territorio para acomodala aos estándares establecidos polo TEDH, mediante a *Homosexual Offences (Northern Ireland) Order 1982*.

Baseándose no principio de subsidiariedade, polo tanto, os Estados deberán adaptar a súa lexislación, prácticas administrativas e práctica xudicial ás exixencias do Convenio e a xurisprudencia do TEDH e administrativa e xudiciais contrarias ao dereito do Consello de Europa e realizar un seguimento para evitar regresións no recoñecemento dos dereitos, garantías e liberdades. Neste sentido, será especialmente importante que a lei se aplique, ofrecéndolles unha garantía efectiva aos destinatarios. As leis deberán prever un sistema efectivo de sancións que garantan unha reparación efectiva³ cando as medidas preventivas fracasen.

O dereito á igualdade de todas as persoas é un punto de partida para o recoñecemento da dignidade humana das minorías que historicamente sufriron o estigma e unha profunda discriminación. Baseándose na xurisprudencia do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos, calquera diferenza de trato que non atenda a unha xustificación obxectiva e razoable non está amparada polo sistema de Estrasburgo. En ningún caso poderá considerarse que as tradicións, os valores culturais ou relixiosos ou os patróns dunha “cultura dominante” constitúen xustificacións obxectivas nin razoables para establecer unha diferenza por razón de orientación sexual⁴. A falta de coñecemento acerca da diversidade sexual favorece a perpetuación da homofobia e a transfobia que pode ocasionar danos graves no desenvolvemento persoal dos menores debido a unha estigmatización normalizada que se consolida desde o ámbito familiar, educativo e social en xeral. Por iso, é especialmente importante, como subliña o Consello de Europa, que, atendendo ao interese superior do menor, os currículos escolares inclúan programas que promovan a igualdade, a tolerancia e o respecto

REGAP



ESTUDOS

² Neste tema, unha das cuestións que chaman a atención é o acrónimo empregado para designar a diversidade sexual. Como sinala Ignacio Álvarez Rodríguez, progresivamente ampliáanse as letras a medida que se van recoñecendo e aceptando novas orientacións ou o que denominaría como “non orientación ou non sentirse identificado con ningún xénero ou etiqueta. En calquera caso, o Consello de Europa entende por orientación sexual a homosexualidade, a heterosexualidade e a bisexualidade, mentres que considera que a transexualidade se refire á persoa que non se identifica co xénero asignado no nacemento [Resolución 1728 (2010) da Asemblea Parlamentaria (Consello de Europa) sobre discriminación por razón de orientación sexual e identidade de xénero]. Iso non impide que outros colectivos integrados normalmente no acrónimo, como o dos intersexuais, tamén atopasen protección no TEDH atendendo ás súas realidades concretas e específicas. A diversidade sexual integrada no acrónimo “LGTBI” non deberá interpretarse con carácter pechado, senón que admite máis orientacións, en ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., “A Organización das Nacións Unidas e os dereitos das persoas LGTBI: novos avances e desafíos de sempre”, Matía Portilla, F.J., Elvira Perales, A. e Arroyo Gil, A. (dir.), *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 25-26.

³ Recomendación CM/Rec(2010)5 do Comité de Ministros (Consello de Europa) aos Estados membros sobre medidas para combater a discriminación por razóns de orientación sexual ou identidade de xénero.

⁴ Recomendación CM/Rec(2010)5 do Comité de Ministros (Consello de Europa) aos Estados membros sobre medidas para combater a discriminación por razóns de orientación sexual ou identidade de xénero.

cara ás persoas LGTBI⁵. E que os materiais educativos ofrezan información obxectiva acerca da orientación sexual e a identidade de xénero. O contorno educativo debería constituír un centro de protección e apoio aos menores para que vivan de conformidade coa súa orientación sexual e identidade de xénero. Para iso, as administracións públicas competentes no seo de cada Estado deberán propor políticas de igualdade e seguridade nas escolas e plans de acción que aseguren o acceso a unha formación en materia de dereito á igualdade aos profesores e demais persoal escolar. Estas medidas deberían ter en conta o dereito dos pais a educar os seus fillos⁶.

Os Estados teñen a obriga positiva de protexer os dereitos humanos recoñecidos no Convenio dun xeito real e efectivo, e a obriga negativa de absterse a lexitimar a discriminación baseada na intolerancia. Os Estados non só teñen a responsabilidade de protexer os dereitos individualmente considerados, senón que ademais deberán adoptar as medidas máis idóneas para protexer os defensores dos dereitos humanos das persoas do colectivo LGTBI, como as organizacións non gobernamentais, organizacións privadas cuxo papel de *chien de garde* é fundamental na defensa dos intereses xerais en toda sociedade que pretende ser democrática e avanzada. E é que, como estudaremos na glosa da xurisprudencia recente, as ONG son vítimas directas e indirectas de ataques violentos, así como do discurso do odio por parte de organizacións políticas, e de grupos relixiosos, en toda Europa. A protección que deben ofrecer os Estados, polo tanto, deberá asegurar o exercicio pacífico das súas actividades de interese xeral. A falta dunha resposta axeitada dos Estados supón unha normalización das condutas antisociais e un afondamento no estigma, o que implica unha violación das obrigas internacionais asumidas co Consello de Europa.

Nesta orde de consideracións, cómpre subliñar que a promoción do odio e a discriminación non forma parte do contido do dereito á liberdade de expresión. Trátase, en realidade, dun abuso de dereito, é dicir, o emprego do sistema de dereitos e liberdades democráticos precisamente para derrocalo. Por iso, as autoridades competentes na orde interna terán a decisiva responsabilidade de garantir o respecto e a protección dos dereitos humanos de conformidade, polo menos, co estándar europeo establecido polo TEDH.

O Tribunal Europeo de Dereitos Humanos integrou as novas aspiracións da sociedade nesta materia incorporando, sen ningunha dúbida, a orientación sexual e a identidade de xénero na prohibición de discriminación (artigo 14 CEDH) e integra no contido dos demais preceptos os dereitos LGTBI sempre que a diferenza de trato non atenda razóns obxectivas nin razoables. Ademais, o Comité de Ministros e a Asemblea Parlamentaria, no seo tamén da entidade supranacional, aprobaron destacadas normas de *soft law* que ofrecen unha aproximación moi aguda aos dereitos LGTBI e son asumidos polo TEDH ao resolver os casos, ofrecéndolles un importante efecto interpretativo, cuasivinculante.

⁵ Resolución 1728 (2010) da Asemblea Parlamentaria (Consello de Europa) sobre discriminación por razón de orientación sexual e identidade de xénero.

⁶ Recomendación CM/Rec(2010)5 do Comité de Ministros (Consello de Europa) aos Estados membros sobre medidas para combater a discriminación por razóns de orientación sexual ou identidade de xénero.

Tras a sentenza *Dudgeon*, o TEDH tivo ocasión de resolver outras cuestións cruciais do colectivo LGTBI, mal formuladas nos ordenamentos internos, polo que se terá exixido a súa modificación. Así, en canto á idade para prestar consentimento válido para manter relacións sexuais, o Tribunal considera nos casos *L. e V. c. Austria* e *S.L. c. Austria*, os dous do 9 de xaneiro de 2003, que a existencia do artigo 209 do Código penal austríaco, que criminalizaba as relacións sexuais consentidas entre varóns maiores de idade con varóns adolescentes de catorce a dezaioito anos, era discriminatoria, xa que non se prevía a mesma resposta legal para os casos de relacións heterosexuais ou entre mulleres. Polo tanto, concluíu que houbo unha violación do artigo 14 considerado conxuntamente co artigo 8 (dereito ao respecto da vida privada). O TEDH tería ocasión de coñecer de novo sobre este tema na sentenza *B.B. c. o Reino Unido*, do 10 de febreiro de 2004. O demandante, tras denunciar unha agresión física polo seu amante, que tiña 16 anos, foi sometido a un proceso penal porque confesou que mantivera relacións sexuais co seu agresor. Os feitos sucederon antes de 2001, data en que entra en vigor a Lei pola que se derroga a anterior normativa na cal se condenaban as relacións homosexuais con varóns menores de 18 anos e se equipara a idade para prestar consentimento aos 16 anos, como nas relacións heterosexuais, modificación normativa incitada pola Decisión da Antiga Comisión Europea de Dereitos Humanos ditada no asunto *Sutherland c. o Reino Unido*, do 27 de marzo de 2001. O Tribunal Europeo de Dereitos Humanos entende que a normativa pola que se establece un diferente tratamento punitivo en función da modalidade de relación sexual era discriminatoria e afectou ao dereito ao respecto da vida privada do Sr. B.B. e ao seu dereito a non ser tratado de xeito diferente por manter relacións sexuais con persoas do mesmo sexo (artigo 14+8). Recoñecería así mesmo xustamente unha indemnización de 7.000 euros polos danos morais ocasionados. A pesar de que os dous países expulsaron as normas conflitivas dos seus respectivos ordenamentos, chegaron máis casos a Estrasburgo sobre feitos acontecidos con anterioridade ás reformas normativas, polo que non se daría unha retroactividade *in bonus*. Iso mostra, sen dúbida, a resistencia dos recalcitrantes a aceptar os estándares europeos. Así, na sentenza ditada no caso *Ladner c. Austria*, do 3 de febreiro de 2005, o demandante, que tiña 40 anos cando ocorreron os feitos, foi condenado polos tribunais internos a pena de prisión por manter relacións sexuais con catro adolescentes, varóns, tamén de entre 16 e 18 anos, en aplicación do polémico artigo 209 do Código penal. A pesar de que este precepto se declarara inconstitucional o 21 de xuño de 2002, sorprendentemente seguía sendo aplicable a aqueles casos dos que xa se coñecese en primeira instancia (!) O tribunal de apelación confirmaría a condena do demandante, ditaminada na instancia. Debeuse orixinar un intenso debate, á luz da narración dos feitos. E é que o Parlamento lle requiriu ao Goberno a concesión do indulto a todos aqueles que fosen condenados en virtude do derogado artigo 209 e que obtivesen sentenza en primeira instancia con anterioridade á modificación da lei. Non obstante, a reforma do Código penal abriu outra vía, o artigo 207b, polo cal se valora a conduta do imputado para manter a condena nestes casos. O Sr. Ladner non obtivo o indulto, en aplicación do novo precepto, pois o Goberno, *obxectivando* a conduta do demandado,

Regap



ESTUDIOS

considerou que nunha ocasión o demandante se aproveitou da situación de apuro dun adolescente que tivo que vivir na súa casa durante unha tempada tras unha rifa cos seus pais. O TEDH condenaría novamente a Austria por unha violación do artigo 14+8 recoñecendo a cantidade de 17.500 euros en conceptos de indemnización polos trece días en que o demandante estivo detido preventivamente. E é que serían necesarios novos impulsos, a xeito de sentenzas de condena, para que se vencesen as inxustificables resistencias dos tribunais internos, fundamentadas nunha arraigada homofobia normalizada ao longo do tempo. Refírome ás sentenzas ditadas nos casos *H.G. e G.B. c. Austria*, do 2 de xuño de 2005, e *Wolfmeyer c. Austria*, do 26 de maio de 2005; *R.H. c. Austria*, do 19 de xaneiro de 2006.

Desde a perspectiva dos dereitos civís, o TEDH marcou un novo fito en *Karner c. Austria*, do 24 de xullo de 2003; dixo que o non recoñecemento dos dereitos de sucesión en materia de arrendamento ás unións estables homosexuais, que si se lles recoñecía ás heterosexuais, era contrario ao Convenio. Esta sentenza constituiría un decisivo precedente de casos posteriores, como o resolto polas sentenzas *Kozak c. Polonia*, do 2 de marzo de 2010, e *P.B. e J.S. c. Austria*, do 22 de xullo de 2010.

A partir da segunda metade da década dos 10 deste século, o TEDH pronúnciase sobre temas moi variados, aínda que destacan os asuntos en que se observa unha intensa regresión no recoñecemento na orde interna dos dereitos referidos á liberdade de expresión e de asemblea, en relación con Polonia ou Rusia (*Bączkowski e outros c. Polonia*, do 3 de maio de 2007, *Alekseyev c. Rusia*, do 27 de outubro de 2010), así como a pasividade das autoridades internas na investigación efectiva de agresións homófobas graves (*Identoba e Outros c. Xeorxia*, do 12 de maio de 2015)⁷.

A continuación, voume referir a algunhas das sentenzas recentes máis relevantes.

2 Dereito á vida: os ordenamentos nacionais deben adaptarse aos estándares europeos en materia de respecto á orientación sexual

Os poderes públicos na orde interna deben ter en conta o incremento da violencia exercida por razóns de orientación e identidade de xénero. A lei deberá establecer os mecanismos de protección adecuados para garantir os dereitos humanos, como o dereito á vida, e considerar un sistema sancionador axeitado que cumpra a dobre misión preventiva e punitiva de modo eficaz. Vallan estas notas para introducir a sentenza ditada no caso *Stoyanova c. Bulgaria*, do 14 de xuño de 2022.

Tres mozos asasinaron a Mihail Stoyanov, fillo da demandante, a Sra. Hristina Ivanova Stoyanova. Golpearono cun asañoamento especialmente cruento e estrangulárono ata que faleceu asfixiado, nun parque de Sofía. Os atacantes formaban parte dun grupo de estudantes de secundaria que pasaban o tempo no parque en busca de persoas que percibían que eran homosexuais. Á mañá seguinte da agresión, unha

⁷ Prestei especial atención a esta evolución xurisprudencial nas miñas crónicas do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos publicadas na *Revista General de Derecho Administrativo*, á lectura da cal me remito.

persoa que pasaba polo parque atopou o corpo da vítima e chamou á policía. Os tres agresores foron detidos case dous anos despois. Foron identificados porque un dos agresores utilizou o móbil da vítima en varias ocasións.

Dous dos agresores foron xulgados e declarados culpables pola comisión dun delito de asasinato agravado por ter matado a súa vítima de xeito especialmente cruel. Ao terceiro agresor outorgóuselle a calidade de testemuña. Os tribunais rexeitaron cualificar a motivación do asasinato como vandalismo, o que constituiría outra agravante prevista pola lei. Non obstante, hai que ter en conta que as motivacións homófobas e as dos malfeitores non teñen por que ser coincidentes.

Ao fixar as penas, as xurisdicións de primeira e segunda instancia estimaron que a motivación homófoba constitúe un factor individual agravante, que compensaron con atenuantes. Finalmente, o Tribunal Supremo de Casación confirmou as condenas dos agresores a 10 anos e 4 anos e seis meses de prisión respectivamente. As penas eran inferiores ao mínimo legal. Para fixalas tivo en conta diversos factores atenuantes, como a ausencia de antecedentes penais dos agresores, a súa curta idade e a duración excesiva do proceso. En canto á idade, a sentenza refírese en varias ocasións á xuventude dos agresores, pero non especifica a idade concreta, co que non podemos saber se se trataba de maiores ou menores de idade no momento en que cometeron a agresión.

A demandante acode ante o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos alegando unha violación do artigo 14 CEDH (prohibición da discriminación) combinado co artigo 2 CEDH (dereito á vida). Argumenta que a resposta xudicial das autoridades búlgaras ao móbil homófobo foi inadecuada. A este respecto, subliña que o dereito interno non considera o móbil homófobo como factor agravante.

No proceso participaron o Comité Búlgaro de Helsinqui e a organización a favor dos dereitos das minorías sexuais, *Deystvie (Действие)*, como terceiras partes intervenientes (*amicus curiae*).

O Comité Búlgaro de Helsinqui subliña que, de conformidade coa xurisprudencia do TEDH, a violencia cometida cunha motivación de discriminación non debe tratarse do mesmo xeito que as demais. Así mesmo, argumenta que o Código penal non inclúe a orientación sexual e identidade de xénero nos delitos de odio. Aínda que tampouco constitúen agravantes, en ocasións os tribunais así consideran a hostilidade cara á orientación sexual, pero non en todo caso. Finalmente, di que a observancia de todas as circunstancias agravantes e atenuantes é unha exixencia do ordenamento penal interno.

A organización *Deystvie (Действие)* comenta que nos últimos tempos houbo varios incidentes violentos homófobos, así como discursos de promoción do odio, e as autoridades non reaccionaron apropiadamente. Por iso, que o dereito interno non considere o carácter agravado dos delitos motivados na hostilidade cara ás persoas LGTBI constitúe unha dificultade especial.

O TEDH, en primeiro lugar, recorda os principios aplicables ao caso que extrae da súa xurisprudencia sobre o deber de investigar e castigar os ataques violentos cometidos por persoas privadas motivados pola hostilidade cara á orientación sexual da vítima ou a súa presumida orientación, establecidos na sentenza ditada no caso

Sabalić c. Croacia, do 14 de xaneiro de 2021, que comentarei máis adiante. Dos citados principios, o TEDH subliña que:

A) Ao investigar os ataques violentos, as autoridades deben adoptar todos os pasos razoables para desenmascarar calquera posible motivación discriminatoria;

B) O deber de responder apropiadamente ás agresións esténdese aos procesos xudiciais en que se decide se condenar os perpetradores acusados e o xeito de realizalo;

C) Tratar a violencia cunha motivación discriminatoria do mesmo xeito que a violencia que non ten estas connotacións equivale a facer a vista gorda ante a natureza específica dos actos especialmente destrutivos que socavan os dereitos fundamentais, razón pola que o feito de non tratar tales situacións de xeito diferente pode constituír un trato inxustificado irreconciliable co artigo 14 do Convenio.

O TEDH tamén ten en conta a súa xurisprudencia segundo a cal o dereito penal non debe interpretarse de maneira extensiva en prexuízo do acusado, como dixo, por exemplo, nas sentenzas ditadas nos casos *Kokkinakis c. Grecia*, do 25 de maio de 1993 e *Del Río Prada c. España*, do 21 de outubro de 2013.

A continuación, o TEDH aplicará estes principios a este caso.

O TEDH observa que os agresores foron procesados e xulgados. As autoridades actuaron, a diferenza do que ocorreu noutros casos, como en *Identoba c. Xeorxia*. As autoridades tamén consideraron a motivación homófoba da agresión, a pesar de que o Código penal non considera este factor. A este respecto, a demandante non se queixa da investigación levada a cabo, senón da cualificación destes ataques no Código penal. Por iso, o TEDH centrará a súa atención no dereito penal búlgaro e a súa aplicación polos tribunais internos en relación con este caso para comprobar se permite responder axeitadamente aos motivos homófobos do ataque.

O TEDH subliña que non pode actuar como un tribunal interno entendendo que non pode entrar a valorar se as penas impostas aos agresores foron xustas. A tarefa do TEDH consistirá en examinar se o dereito penal búlgaro, tal como se aplicou neste caso, deu lugar a un resultado contraditorio coas exixencias do artigo 14 en relación co artigo 2 do Convenio.

O TEDH pon de relevo que, en relación co dereito penal búlgaro, a morte motivada pola hostilidade cara á vítima pola súa orientación sexual real ou presumida non se considera asasinato agravado nin se considera un crime de gravidade superior.

Esta lagoa non foi compensada polos tribunais internos, que rexeitaron aplicar a agravante de vandalismo. Ademais, o seu razoamento non ofrece claridade acerca do peso que deron ás motivacións homófobas na súa apreciación global da interacción entre os factores individuais atenuantes para a fixación das penas dos dous agresores. O Tribunal Supremo de Casación, pola súa banda, non mencionou a motivación homófoba nas súas resolucións.

A práctica habitual dos tribunais búlgaros para elixir a determinación da pena consiste nunha apreciación global do conxunto dos factores atenuantes e agravantes e non é posible, en principio, acordar un peso específico a un factor.

Aínda que se chegou á conclusión de que a agresión ao fillo da demandante foi motivada polo odio cara aos homosexuais, as xurisdicións búlgaras non derivaron unha consecuencia xurídica tanxible desa constatación.

Desde a perspectiva do TEDH, esta situación explícase principalmente polo feito de que o dereito penal búlgaro non ofrece unha base normativa axeitada.

Por iso, o TEDH condena Bulgaria por unha violación do artigo 14 en relación co artigo 2 CEDH e comínaa, baseándose no artigo 46 CEDH, a que se introduza a agravante de orientación sexual nos delitos de agresión violenta do Código penal.

Os xuíces Tim Eicke (Reino Unido) e Faris Vehabović (Bosnia e Herzegovina) manifestaron unha opinión concorrente. Argumentan que os tribunais internos non cualificaron correctamente os feitos ocorridos. Aínda que o Código penal búlgaro non considera a homofobia como unha agravante, ofrecía ferramentas para reflectir apropiadamente nas sentenzas impostas a natureza homófoba do asasinato do fillo da demandante. Subliñan que os tribunais internos ofreceron unha sanción penal inferior á mínima prevista pola lei.

Os maxistrados recordan que o TEDH subliñou na sentenza *Sabalić* a necesidade de que as autoridades internas demostren o compromiso do Estado co Convenio, asegurando que os ataques homófobos non sexan ignorados polas autoridades competentes e proporcionando unha protección efectiva, mostrando que estes actos en ningún caso poden ser tolerados, en lugar de fomentar unha sensación de impiedade pola comisión de delitos de odio violentos.

Os maxistrados din que as atenuantes identificadas polo Tribunal Supremo búlgaro, á luz da xurisprudencia do TEDH, non permiten a rebaixa da pena. Iso obsérvase claramente en relación coa atenuante baseada na inexistencia de antecedentes penais, pois na determinación dos feitos polos tribunais internos quedou probado que os agresores se reunían habitualmente no parque para agredir homosexuais. Por iso, a atenuante habería que matizala por esta circunstancia obxectiva.

3 Dignidade humana e prohibición de discriminación no exercicio do dereito á integridade física e moral fronte a agresións homófobas

3.1 Os Estados teñen a obriga positiva de previr e investigar a violencia por razóns de orientación sexual

Os dereitos e liberdades do Convenio teñen un contido procesual e substantivo. Para que o recoñecemento do dereito sexa real e efectivo, é necesario que o ordenamento considere un procedemento que garanta unha investigación axeitada e que ese procedemento se leve a cabo na práctica cando se dá un suposto de feito na realidade.

Regap



ESTUDIOS

E é que o procedemento constitúe unha garantía fundamental dos cidadáns en todo Estado que pretende ser de dereito. Trátase da cuestión principal subxacente na sentenza ditada no caso *Oganezova c. Armenia*, do 17 de maio de 2022, na que me vou centrar agora.

A demandante é unha cidadá que na actualidade vive en Nacka, Suecia. É unha coñecida activista armenia na defensa a nivel nacional e internacional dos dereitos das minorías sexuais. É copropietaria do bar DIY Club no centro de Yerevan, un lugar en que socializan as persoas LGTBQ+. Tras a retransmisión dunha entrevista en que mencionaba a súa participación nunha marcha do orgullo gai, foi obxecto dunha campaña de ameazas, acoso e intimidación en liña pola súa orientación sexual, o que tivo como colofón o ataque con bombas incendiarias ao seu local. Os agresores ocasionaron danos materiais graves. Tras o atentado, no mesmo mes, o bar e a demandante convertéronse no obxecto dunha agresión continuada case a diario durante máis de dúas semanas por unha serie de individuos. A demandante foi ameazada de morte e sufriu agresións físicas e verbais, tanto en persoa como en liña. Finalmente, a demandante abandonou Armenia e refuxiouse en Suecia, onde solicitou asilo pola persecución que sufría como consecuencia da súa orientación sexual. Dous dos autores do ataque con bombas ao local foron condenados a dous anos de prisión por causar danos intencionadamente á propiedade, así como a unha indemnización a xeito de responsabilidade civil. Non obstante, o tribunal decidiría a suspensión da pena de prisión, solución que foi impugnada sen éxito pola demandante.

Esgotada a vía interna, a demandante acode ante o TEDH alegando unha violación do artigo 3 CEDH en relación co artigo 14 CEDH.

O TEDH comeza a súa argumentación indicando que non é decisivo o feito de que a demandante non sufrise danos físicos como consecuencia do ataque. A demandante converteuse no obxectivo dunha campaña continuada de agresión homófoba que a conduciu a abandonar permanentemente o país en que viviu toda a súa vida, o que afectou aos seus lazos sociais e familiares. Ao avaliar os incidentes en cuestión, o TEDH ten en conta a situación precaria da comunidade LGTBI en si mesma no Estado implicado, como se deduce de varios informes acerca do sentimento xeneralizado cara a esta comunidade. Contra estes antecedentes, a natureza discriminatoria dos feitos e o nivel de vulnerabilidade da demandante, que publicamente se posicionou no grupo sinalado do prexuízo social, era especialmente manifesta. Os ataques tiñan a finalidade de amedrentar a demandante para que desistise do seu apoio público ao colectivo LGTBI, o que incluía o seu activismo na comunidade local rexentando un bar como proxecto en común. Tamén supuxo unha destrución do seu modo de vida, xa que o ataque ao local a privou da súa fonte de ingresos. Estaba claro que o comportamento dos autores do ataque, así como das persoas involucradas no acoso continuado á demandante, estaba premeditado, cunha motivación homófoba, e tiña como finalidade disuadir a demandante de reabrir o local. Ademais, a demandante sufriu enfrontamentos físicos de homes descoñecidos que a ameazaron en persoa e a humillaron.

O TEDH subliña que a angustia e o estrés da demandante se exacerbaría debido ao feito de que a policía non reaccionou axeitadamente e a tempo. As medidas de protección que solicitou para ela mesma e o seu contorno concedéronse unha semana

despois, pero retiráronse aos cinco días sen asegurar que xa non estaban en perigo. A situación en que a demandante se atopou como resultado dos ataques sufridos motivados polo odio homófobo debeu suporlle necesariamente sentimentos de medo, angustia e inseguridade que non son compatibles co respecto da dignidade humana. Por conseguinte, a violencia sufrida alcanza o nivel de gravidade no sentido do artigo 3 tomado en consideración xunto co artigo 14 CEDH.

O TEDH subliña que as autoridades teñen o deber de previr a violencia con motivación de odio, así como de investigar a existencia dun posible vínculo entre un motivo de discriminación e o acto de violencia, tanto físico como verbal. Trátase de obrigas positivas do Estado que derivan dos artigos 3 e 8 CEDH. O TEDH engade que a prevención da violencia por razóns de orientación sexual, así como a obriga de investigar esa relación, poden observarse tamén como responsabilidades positivas baseándose no artigo 14 CEDH, que asegura o recoñecemento igualitario do contido dos artigos 3 e 8 CEDH.

A continuación, o TEDH analizará se houbo unha investigación efectiva do ataque incendiario. Aínda que a policía realizou unha investigación razoablemente expeditiva, non adoptou medidas de investigación no lugar dos feitos. En realidade, identificouse os autores do delito e a posterior detención grazas aos esforzos dos empregados dun negocio próximo e da demandante e os seus achegados. As autoridades non terían, por iso, dificultade ningunha na resolución do caso. Aínda que a motivación de odio era manifesta desde o principio –había probas directas–, o ataque incendiario foi tratado polas autoridades que investigaron os feitos e polos tribunais como un delito ordinario de incendio, o que incidiría na maior levidade das consecuencias legais. Este aspecto fundamental do delito fixo que a agresión sexa invisible e sen implicacións penais.

A existencia da proba neste caso exixía unha aplicación efectiva dos mecanismos do dereito penal interno aptos para dilucidar a motivación homófoba que impulsou este incidente violento e identificar e, se é o caso, castigar axeitadamente os responsables. Non obstante, o dereito penal interno non considera a orientación sexual ou identidade de xénero como unha razón na comisión do delito ou unha circunstancia agravante. Ademais, o artigo 226 do Código penal, que criminaliza a incitación ao odio, non se refire á orientación sexual ou á identidade de xénero. O TEDH censura que Armenia non seguiu a Recomendación da Comisión Europea contra o racismo e a intolerancia nesta materia.

Dado o motivo claro de odio detrás do ataque ao bar e a situación precaria en que se atopa a comunidade LGTBI no Estado, as autoridades debían abordar o tema da discriminación que motivou o ataque incendiario no bar. Non houbo unha aplicación rigorosa da lei. A indiferenza das autoridades internas supón unha conivencia do Estado na comisión do delito. Ademais, como non se realizou unha distinción entre situacións que son claramente diferentes, violouse o artigo 14 CEDH.

As autoridades, polo tanto, non cumpriron coa súa obriga positiva de investigar dun xeito efectivo a motivación homófoba do ataque⁸.

⁸ Acerca do contido procesual do artigo 3 CEDH, será de interese a consulta da monografía de ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Brechas convencionales en España. Un reto constitucional del siglo XXI*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, 156 pp.

En relación coa reacción das autoridades tras o ataque ao local e as continuadas agresións e intimidacións homófobas sufridas pola vítima, o TEDH observa que se adoptaron medidas de protección insuficientes que mesmo se retiraron só cinco días despois do seu establecemento por razóns non aclaradas. A decisión de levantalas tería requirido unha reavaliación coidadosa acerca da vixencia dos riscos. As autoridades, polo tanto, non realizaron unha investigación axeitada en relación coas alegacións da demandante.

En canto ao discurso de odio, as agresións verbais consistiron en chamadas á violencia contra a demandante. Tratábase de infraccións de natureza penal. Non obstante, esta posibilidade non estaba considerada no dereito interno. Ademais, tendo en conta os actos de violencia física e verbal en liña, as autoridades deberon avaliar con maior dilixencia os comentarios de odio publicados nas plataformas dixitais. Pola contra, os parlamentarios e os políticos de primeiro nivel realizaron declaracións intolerantes ao apoiar o ataque ao local. A pesar de que o dereito interno prohibe o discurso do odio, a orientación sexual e a identidade de xénero aínda non se inclúen na definición dos delitos de odio malia as recomendacións dos órganos internacionais competentes nesta materia. En consecuencia, as autoridades non ofreceron unha resposta adecuada ao discurso de odio homófobo do que a demandante foi vítima.

Por todo iso, o TEDH conclúe que houbo unha violación do artigo 14 en relación co artigo 3 CEDH.

A liberdade de expresión e de asemblea son dúas liberdades fundamentais para a defensa efectiva dos dereitos das minorías sexuais. Non se deberá impedir a organización de manifestacións de defensa do colectivo LGTB baseándose nunha idea de moral recalcitrante. As manifestacións deben ser garantidas mediante o establecemento dunha protección policial adecuada fronte aos contramanifestantes. No caso contrario, entendemos que as autoridades internas ofrecen un apoio tácito aos últimos.

O TEDH volve coñecer acerca das dificultades extremas que atopan as organizacións de defensa dos dereitos LGTBQ+ para manifestarse libremente na sentenza ditada no caso *Women's Initiatives Supporting Group e Outros c. Xeorxia*, do 16 de decembro de 2021. O caso, en concreto, refírese ao ataque de miles de contramanifestantes, clérigos e membros de organizacións non gobernamentais antiLGTBI, contra manifestantes LGTBI o 17 de maio de 2013, Día Internacional contra a Homofobia, no centro de Tbilisi.

O TEDH considerou, en concreto, que as autoridades non adoptaron medidas para protexer os manifestantes pacíficos a pesar dos riscos asociados á manifestación. Houbo, ademais, imaxes e reportaxes de xornalistas independentes, que reflicten a conivencia da Administración cos autores dos actos de violencia. O TEDH non exclúe a posibilidade de que a escalada de violencia estea influída pola ausencia dunha investigación obxectiva sobre os ataques á comunidade LGTBI sucedidos durante os actos do ano anterior, que foron obxecto da sentenza de condena do TEDH *Identoba e Outros c. Xeorxia*, do 12 de maio de 2015.

O TEDH decidiu, por unanimidade, que houbo unha violación do artigo 3 en relación co artigo 14 CEDH debido a que as autoridades non protexeron os manifestantes

pacíficos da agresión homófoba e tránsfoba e de non levar a cabo unha investigación axeitada. Ademais, declarou unha violación do artigo 11 en relación co artigo 14 CEDH.

Outro exemplo de abusos contra as minorías sexuais ofrécenolo a sentenza *Aghdgomelashvili e Japaridze c. Xeorxia*, do 8 de outubro de 2020. Un grupo duns 17 policíaos vestidos con roupa de paisano entraron na oficina da organización non gobernamental LGTB The Inclusive Foundation, na cal se realizaban os preparativos para a organización dunha exhibición artística. Os policíaos comunicaron que lles ían realizar un rexistro, sen mostrar unha orde xudicial.

As demandantes, que traballan para a ONG, e os seus compañeiros, alegan que os axentes de policía, ao darse conta de que se atopaban nunha organización LGTB, se volveron agresivos. Un dos axentes incautouse forzosamente do seu móbil, mentres que outro dixo que desexaba prender lume á oficina. Os policíaos insultaron as mulleres presentes, chamándolles “enfermas”, “pervertidas” e “tortilleiras”, e ameazounas con difundir a súa orientación sexual, o cal é especialmente grave neste país tendo en conta o rexeitamento que a sociedade en xeral sente cara ás minorías sexuais.

As axentes de policía mulleres cachearon case todas as mulleres presentes, como as demandantes. As vítimas sentiron que o cacheo se realizou para humillar, xa que as axentes non buscaron na roupa que lles obrigaron a quitar.

A querela presentada polas demandantes en xaneiro de 2010 está pendente de solución no momento en que se dita esta sentenza.

Baseándose no artigo 3 (prohibición dos tratos inhumanos ou degradantes) e 14 (prohibición de discriminación), as demandantes alegan que a policía as someteu a malos tratos físicos e mentais con connotacións claramente homófobas e tránsfobas, ignoradas no seo da investigación posterior.

O TEDH en primeiro lugar resalta que, en 10 anos, non se desenvolveu unha investigación efectiva acerca da motivación homófoba e tránsfoba do rexistro da sede da organización e o cacheo das demandantes. Esta pasividade enténdese no contexto da hostilidade, ben documentada, das autoridades de Xeorxia cara á comunidade LGTBQ+.

Por iso, considera que houbo unha violación do artigo 3 en relación co 14 desde unha perspectiva procesual.

A continuación, o TEDH establece se o Estado é responsable polos abusos alegados durante o rexistro. O TEDH considera que a versión dos feitos das demandantes, que o Goberno non rebateu e foi confirmada por testemuñas presenciais, se probou máis alá de toda dúbida razoable.

A actitude dos axentes, motivada polo odio homófobo e tránsfobo, foi groseiramente inapropiada. Os axentes non só quixeron humillar e degradar as demandantes co seu discurso do odio, senón que ademais as ameazaron. Os rexistros corporais, ademais, tiveron especial gravidade. Tiñan como finalidade avergonzar e castigar as demandantes pola súa vinculación a unha asociación da comunidade LGTBI.

Os axentes, co seu comportamento, tiveron que provocarlles sentimentos de medo, angustia e inseguridade ás demandantes que non son compatibles co respecto da súa dignidade humana. Por iso, conclúe que houbo unha violación do artigo 3 en relación

Regap



ESTUDIOS

co 14 tamén desde unha perspectiva substantiva. E recoñeceu unha indemnización de 2.000 euros para cada demandante por danos non pecuniarios.

En fin, este clima de violencia contra as minorías sexuais apoiada directa ou indirectamente polas administracións públicas e os xuíces e tribunais de Xeorxia xerou correntes de refuxiados cara a países do oeste de Europa.

Como apuntei máis arriba, a educación en materia de igualdade, en concreto por razón de orientación sexual e identidade de xénero, é fundamental para previr a homofobia e a transfobia. Pola contra, a ausencia desta materia na escola e a presenza de profesores pouco sensibles ou hostís cara á diversidade sexual pode implicar a perpetuación de actitudes homófobas desde idades temperás. Será fundamental a protección integral da infancia de conformidade coas ordes internacionais. A este respecto, cabe indicar que a Resolución 1728 (2010) da Asemblea Parlamentaria (Consello de Europa) sobre discriminación por razón de orientación sexual e identidade de xénero, á que me referín anteriormente, sinala que é importante non criticar a orientación sexual percibida ou declarada dos mozos, especialmente dos menores de dezaoto anos, e de recoñecer que calquera humillación ou trato degradante por este motivo pode danar o seu benestar e desenvolvemento persoal de por vida. Estas ideas son fundamentais para previr comportamentos homófobos entre os menores de idade, como ocorreu no caso formulado na sentenza *Genderdoc-M e M.D. c. a República de Moldavia*, do 14 de decembro de 2021. A primeira demandante é unha asociación inscrita en Chişinău. Representa os intereses das persoas LGBT na República de Moldavia. O segundo demandante vive en Bălţi.

O Tribunal de Distrito de Bălţi ditou unha sentenza o 9 de xuño de 2014 pola que condenou a M. por discurso do odio e incitación á discriminación contra homosexuais ao realizar unha chamada, nunha declaración pública, a non contratalos no sector educativo, médico e alimentario, argumentando, falsamente, que o 92 % dos homosexuais teñen o virus da inmunodeficiencia humana (VIH). O tribunal ordenoulle retractarse e indemnizar a Genderdoc-M cunha multa de 10.000 lei moldavos e 12.564 polas custas.

Non obstante, M. daría unha rolda de prensa indicando que pediría desculpas aos cristiáns e non aos homosexuais xa que en realidade non están infectados co VIH o 92 % de homosexuais, senón o 95 % e que moitos deles constituían un perigo para a sociedade.

A asociación interpuxo unha querela contra M. Os tribunais concluíron que as expresións pronunciadas por M. non constituían un delito.

Por outro lado, o segundo demandante foi agredido física e verbalmente o 5 de outubro de 2014 por un grupo de 12 a 14 menores, chamándolle gai. Os agresores subiron o vídeo do ataque a Internet. Como consecuencia diso, foi agredido en varias ocasións por persoas que o identificaron pola rúa nos días posteriores. O demandante sufriu lesións como consecuencia das agresións, aínda que serían minimizadas polos médicos que o atenderon. Os tribunais dixeron que o demandante sufrira violencia, pero non consideraron que sufrise discriminación.

O TEDH comeza a súa argumentación subliñando que as autoridades teñen o deber de previr os actos de violencia motivados polo odio realizados, así como investigar a

existencia dun posible vínculo entre un motivo discriminatorio e o acto de violencia, o que fai referencia ao aspecto procesual do artigo 3 CEDH e ao de asegurar os valores fundamentais do artigo 3 CEDH sen discriminación, baseándose nas obrigas positivas que derivan do artigo 14 CEDH.

Neste caso, á vista das alegacións do segundo demandante acerca da violencia sufrida con insultos homófobos, o TEDH di que tivo a suficiente gravidade para considerala tratos inhumanos ou degradantes baseándose no artigo 3 CEDH e que as autoridades non investigaron a cuestión. Por iso, o TEDH analizará as queixas dos demandantes desde a perspectiva do artigo 3+14 CEDH.

O artigo 3 CEDH non só cobre o maltrato físico, senón tamén o maltrato psicolóxico. Así, o maltrato pode cualificarse como degradante cando provoca na vítima sentimentos de medo, angustia e inferioridade capaces de humillalos e degradalos, como dixo nas sentenzas ditadas nos casos *Gäfgen c. Alemaña*, do 1 de xuño de 2010 e *Eremia c. a República de Moldavia*, do 28 de maio de 2013. O TEDH ademais recorda que o trato discriminatorio en si mesmo pode, en principio, supor un trato discriminatorio no sentido do artigo 3 CEDH, aínda que novamente se exige un nivel de gravidade tal que constituía unha afronta á dignidade humana. Máis especificamente, *o trato que se basea nun nesgo predisposto por parte dunha maioría heterosexual contra unha minoría homosexual pode, en principio, atraer a aplicabilidade do artigo 3*, como dixo na sentenza ditada no caso *Smith e Grady c. o Reino Unido*, do 27 de setembro de 1999. As apreciacións discriminatorias e os insultos deben ser considerados como un factor agravante ao avaliar uns malos tratos á luz do artigo 3. Ao analizar a proba nunha demanda sobre violación do artigo 3 do Convenio, o TEDH aplica o estándar “máis alá de toda dúbida razoable”, entendendo que deberá darse a coexistencia de inferencias suficientes, claras e concordantes ou presuncións de feito irrefutables, como dixo na sentenza ditada no caso *Farbtuhs c. Letonia*, do 2 de decembro de 2004.

O artigo 1 do Convenio, interpretado xuntamente co artigo 3, exíxelles aos Estados protexer calquera persoa que se atope no seu territorio de todo tipo de malos tratos dos que teña –ou deba ter– coñecemento, o que exige, ademais, unha axeitada investigación das alegacións de violencia, obriga que non é de resultado, senón de medios. Os Estados deben adoptar as medidas que sexan necesarias nun prazo razoable na investigación das alegacións de tratos inhumanos ou degradantes.

Os Estados, ao investigar incidentes violentos, como os malos tratos, teñen o deber de adoptar todos os pasos razoables. Neste caso en concreto, o TEDH observa que non houbo unha investigación efectiva e que o Estado encubriu a agresión coa súa pasividade. Por iso, conclúe que o Estado non cumpriu as súas obrigas positivas en relación cos artigos 3+14 CEDH.

Trátase dunha sentenza moi relevante se temos en consideración, ademais, que polo menos os primeiros agresores de M.D. eran menores, o que non exime o Estado da súa obriga de investigar e dar unha resposta *axeitada* á gravidade dos feitos.

Regap



ESTUDIOS

3.2 Abuso de dereito: as normas referidas aos dereitos fundamentais non deberán interpretarse a favor do agresor e en detrimento da vítima

Pavla Sabalić é unha cidadá croata que vive en Zagreb. Unha noite, mentres se atopaba cunhas amigas nunha discoteca, un home, M.M., agrediuna tras rexeitar as súas insinuacións dicíndolle que non lle gustaban os homes, que era lesbiana. M.M. comezou a insultala berrando, por exemplo, “teríanvos que matar a todas”! ou “voute f..., lesbiana!”. A continuación, agrediu fisicamente a demandante. A demandante tería que ser levada ao hospital para curar as feridas. O agresor foi sancionado cunha multa leve de 40 euros polo quebranto da paz social e a orde pública⁹.

A demandante non tivo coñecemento dese proceso. En calquera caso, interpuxo unha querela alegando que fora vítima dun delito violento de odio e discriminación. A súa solicitude sería desestimada, pois entendeuse que M.M. xa fora sancionado e que non cabía unha nova sanción polos mesmos feitos, baseándose na prohibición do *bis in idem*.

Esgotada a vía interna, a demandante acode ante o TEDH alegando unha violación do artigo 3 (prohibición dos tratos inhumanos e degradantes) en relación co artigo 14 (prohibición de discriminación). Razona que o procedemento por unha infracción leve de orde pública non considerou o compoñente de delito de odio polo que o agresor quedou impune. A demandante tamén alega o artigo 13 CEDH. Como veremos, os límites á prohibición do *bis in idem*, considerados no artigo 4 do Protocolo n. 7, que non alegou a demandante, serán decisivos para a solución do caso.

As asociacións e organizacións non gobernamentais Zageb Pride, European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans e Intersex, Advice on International Rights in Europe Centre e International Commission of Jurists participaron como terceiras partes intervenientes.

O TEDH, na sentenza *Sabalić c. Croacia*, do 19 de xaneiro de 2021, en primeiro lugar, estuda se o artigo 3 CEDH é aplicable. Para iso, baseándose na súa doutrina, determinará se se deu o mínimo de gravidade requirido. A avaliación dese mínimo dependerá da duración da agresión, o seu efecto físico e psicolóxico e, nalgúns casos, o sexo, a idade e o estado de saúde da vítima. Pódense considerar outros factores como a intención ou a motivación, así como o contexto en que a agresión se deu.

Como antes apuntei, a agresión que atinxe ao mínimo de gravidade exigible para a aplicabilidade do artigo 3 normalmente inclúe o dano corporal ou un sufrimento físico ou mental intenso. Porén, no caso de que estes aspectos non concorran, cando os malos tratos se refiren a unha humillación ou degrada unha persoa, mostrando unha falta de respecto ou unha inxerencia na súa dignidade humana, ou esperta sentimentos de medo, angustia, ou inferioridade aptos para minar a integridade moral e psicolóxica dunha persoa, pode considerarse tamén degradante, polo que sería aplicable a prohibición do artigo 3. O TEDH a continuación resalta que pode ser

⁹ Acerca da vaguidade deste concepto, remítome á monografía de GONZÁLEZ BOTIJA, F., *Orden público y libertad*, Atelier, Barcelona, 2018, 382 pp.

suficiente que a vítima se vexa humillada a si mesma, aínda que os demais non teñan esta percepción (parágrafo 64 *in fine*). Trátase, sen dúbida, dun grande avance na cualificación das agresións baseadas en motivos de discriminación, xa que a agresión non quedará condicionada pola variada percepción que se poida ter nas diferentes sociedades e nos ordenamentos nacionais acerca da orientación sexual ou a maior ou menor tolerancia cara á motivación homófoba da violencia alimentada por unha combinación de comportamentos sociais discriminatorios no contexto dunha cultura dominante e o discurso do odio que lexítima e promove a discriminación baseada na intolerancia.

O TEDH observa, nesta mesma orde de consideracións, que os autores da agresión poden ter motivos mixtos influídos por factores situacionais tan intensos como os propiciados pola homofobia.

Neste caso, o TEDH constata que, de conformidade coa versión dos feitos ofrecida pola policía no lugar no que se produciron, así como polas declaracións da vítima e as testemuñas, e a investigación xudicial levada a cabo, a demandante foi agredida por M.M. cando expresou a súa orientación sexual. No informe policial consta que M.M. primeiro agarrou a demandante coas dúas mans e empurroua contra unha parede e logo comezou a golpeala por todo o corpo e, cando caeu ao chan, continuou pateándoa. O ataque concluíu cando unha das amigas da demandante disparou a súa pistola de gas para asustar o agresor. Como consecuencia da agresión, a demandante sufriu contusións na cabeza, un hematoma na fronte, traumatismos na cara, na fronte e na zona arredor dos labios, tensión no pescozo, contusión no peito e traumatismos nas palmas e nos xeonllos.

Por todo iso, o TEDH considera que o ataque tiña como finalidade menoscabar a súa integridade e dignidade, polo que considera que o artigo 3 CEDH é aplicable.

O TEDH observa que o dereito interno ofrece ferramentas para investigar os actos violentos con motivación de odio por razón de orientación sexual. A demandante fundamenta a súa demanda na ausencia dunha resposta efectiva por parte das autoridades internas ao delito de odio violento que sufriu.

O TEDH constata que inicialmente as autoridades actuaron correctamente. En efecto, a policía compareceu no lugar dos feitos, tomoulles declaración ás testemuñas e realizou un informe en que se describía a agresión. O ordenamento interno exige que nestes casos a policía actúe de oficio e presente unha querela. No entanto, a policía canalizou o caso mediante un proceso de delitos leves por alteración da paz social e a orde pública. Finalmente, o agresor foi sancionado cunha multa de 40 euros, polo que a agravante de discriminación por razón de orientación sexual foi ignorada.

O TEDH, baseándose no principio de subsidiariedade, espera que os tribunais nacionais ofrezan solucións xustas compatibles co estándar mínimo de protección dos dereitos humanos establecido no Consello de Europa. Neste caso, o TEDH observa que a sanción imposta é irrisoria en relación coa gravidade da agresión. Trátase, polo tanto, dunha resposta claramente desproporcionada en prexuízo da vítima da agresión. O Goberno a este respecto alegou que a sanción leve de orde pública supuxo unha barreira formal para a imputación penal de M.M. polo acto violento de odio baseándose no principio *non bis in idem*.

Regap



ESTUDOS

O TEDH, pola contra, observa que as autoridades internas, ao promoveren innecesariamente o proceso de faltas, menoscabaron a posibilidade de ofrecer unha resposta penal axeitada á gravidade da agresión cometida.

Como non se tiveron en consideración os motivos de discriminación por razón de orientación sexual na determinación do castigo polos delitos de odio violentos, o TEDH observa que se deron vicios esenciais no procedemento baseándose no artigo 4.2 do Protocolo n. 7 ao CEDH. En efecto, aínda que o primeiro parágrafo deste precepto prohibe sancionar dúas veces polos mimos feitos, no parágrafo 2.º establece a excepción que se dará cando houberse vicios esenciais no procedemento. Vexamos, en concreto, a redacción dos dous parágrafos:

“1. Ninguén poderá ser perseguido ou condenado penalmente polos tribunais do mesmo Estado por unha infracción pola que xa fose absolto ou condenado en virtude de sentenza firme conforme a lei e o procedemento penal dese Estado.

2. O disposto no parágrafo anterior non impedirá a reapertura do proceso, conforme a lei e o procedemento penal do Estado interesado cando feitos novos ou ulteriormente coñecidos ou un vicio esencial no procedemento anterior puidesen afectar á sentenza ditada”.

Neste caso, as autoridades internas non ofreceron unha solución axeitada ao caso. Non lle ofreceron á demandante un resarcimento xusto anulando, por exemplo, o procedemento de faltas e o reexame do caso. As autoridades internas, di o TEDH, non cumpriron co seu deber de combater a impunidade de delitos de odio de conformidade cos estándares do Convenio. Por todo iso, o TEDH considera que houbo unha violación do artigo 3 en relación co artigo 14 CEDH.

Por conseguinte, a prohibición do *bis in idem*, un dereito humano recoñecido no sistema de Estrasburgo ao servizo dunha sociedade democrática non deberá utilizarse, precisamente, para menoscabar os fundamentos do Convenio. Neste caso, o proceso penal axeitado á gravidade da agresión cometida non debeu quedar desprazado polo proceso administrativo de faltas en favor da protección dos dereitos da vítima, polo que a sanción pola alteración da orde pública debemos considerar, á luz do razoamento do TEDH, que presenta un vicio esencial –trataríase dun acto nulo de pleno dereito, como diríamos en España–, xa que lesiona, de xeito reflexo, os dereitos fundamentais da vítima, mentres que favorece inxustamente o autor do delito¹⁰.

¹⁰ O TEDH, como comprobamos, soluciona o caso baseándose nos límites á prohibición do *bis in idem* para apoiar a conclusión de que houbo unha discriminación na prohibición dos tratos inhumanos e degradantes. Tal como se formularon os feitos e se resolveu na vía interna, parece a solución máis razoable. Non obstante, cabe considerar que a concorrencia do proceso administrativo e penal neste caso non tería implicado unha violación do *non bis in idem* tendo en conta que as normas aplicables atenden bens xurídicos diferentes. Ao respecto, remitíome aos traballos de BUENO ARMIJO, A., “La esperada rectificación de la doctrina sobre el *ne bis in idem* procesal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La ¿inevitable? STEDH de 14 de enero de 2021, Sabalic c. Croacia, rec. n. 50231/13”, Calzadilla Medina, M.ªA. e Martín Quintero, R. (dirs.); Franco Escobar, S. (coord.), *El Derecho de la Unión Europea ante los objetivos de desarrollo sostenible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 677-699; e CANO CAMPOS, T., “Los claroscuros del *non bis in idem* en el espacio jurídico europeo”, Rebollo Puig, M., Huergo Lora, A., Guillén Caramés, J. e Cano Campos, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2022, pp. 27-69.

Polo demais, tendo en conta o razoamento ofrecido en relación cos artigos 3+14 CEDH, o TEDH considera innecesario resolver baseándose no artigo 13 CEDH considerado illadamente.

4 Cirurxías a menores intersexuais

A reasignación de xénero sen consentimento constitúe unha interferencia no dereito á integridade física, polo que os ordenamentos nacionais deberán respectar a libre autonomía da vontade das persoas, especialmente das persoas transexuais e intersexuais, como di o TEDH na Decisión de inadmisión *M. c. Francia*, do 26 de abril de 2022, que comentarei a continuación.

A demandante é unha persoa intersexual nacida en 1977 que sufriu na súa infancia e adolescencia operacións cirúrxicas e tratamentos médicos de feminización. Indica que lle causaron graves problemas psicolóxicos e psiquiátricos e a declaración de traballador discapacitado, o que lle impide atopar un traballo estable. Padece dificultades de inserción social e económica.

A demandante subliña que os seus pais recibiron unha información incompleta e falaz no momento do seu nacemento e que a decisión de asignarlle o sexo feminino se adoptou cando era demasiado nova para consentir. Non foi informada da finalidade dos tratamentos que lle administraron. Non tivo coñecemento diso ata o ano 2000. Ata 2014 non soubo o motivo do seu estado nin a finalidade das operacións.

A demandante denunciou en 2015 ante o Tribunal de Grande Instancia, o cal inadmitiu a denuncia ao considerar que en 2005 prescribira o seu dereito de acción.

Baseándose no artigo 3 CEDH, a demandante di que non houbo unha investigación oficial e efectiva en relación cos feitos que relata e denuncia o incumprimento por parte do Estado da súa obriga de adoptar medidas efectivas de protección contra os malos tratos que se lle inflixiron.

O TEDH comeza a súa argumentación indicando que os asuntos referidos a tratamentos médicos poden ser examinados baixo o ángulo do artigo 8 do Convenio, o que inclúe os tratamentos inflixidos sen consentimento do paciente.

En canto á aplicabilidade do artigo 3, o TEDH considera que un maltrato debe ter un mínimo de gravidade. A apreciación dese mínimo é relativa. Depende dun conxunto de circunstancias, especialmente da duración do tratamento e dos seus efectos físicos ou mentais, así como da idade, do sexo e do estado de saúde da vítima e da súa situación de vulnerabilidade. Aínda que a intencionalidade no dano inflixido á vítima é un criterio para considerar a aplicabilidade do artigo 3, non é determinante.

Un acto de natureza médica sen necesidade terapéutica e sen o consentimento claro da persoa pode constituír un maltrato no sentido do artigo 3. En relación co primeiro, unha medida ditada por unha necesidade terapéutica segundo as concepcións médicas establecidas non sería en principio un trato inhumano ou degradante. A necesidade médica debe ser entón demostrada de xeito convincente. Se se adopta unha medida médica necesaria para evitar un desenlace fatal sen o consentimento do paciente, se é adulto e con facultades para consentir validamente, constitúe unha

violación do dereito á integridade física da persoa. Se o paciente é menor, o seu representante legal debe ofrecer un consentimento claro.

A esterilización dunha persoa practicada sen finalidade terapéutica, así como a mutilación dos xenitais sen consentimento claro, é en si mesmo incompatible co respecto da liberdade e da dignidade humana e constitutiva dun trato contrario ao artigo 3 CEDH.

O TEDH reserva para si a cuestión acerca de se, á luz das consideracións anteriores, o suposto de feito sucedido, isto é, os actos médicos de conformación sexual obxecto deste asunto, encaixan no suposto do artigo 3, xa que non pode admitir o asunto porque non se esgotou a vía interna.

5 Prohibición de discriminación no exercicio do dereito ao respecto da vida privada e familiar

5.1 Insultos homófobos

Novamente hai que insistir na idea de que a aplicación do ordenamento xurídico debe ser efectiva por parte das administracións públicas, para o que deberán adoptarse as medidas *ex ante* máis adecuadas para protexer os dereitos fundamentais, como o dereito á seguridade e a libre asemblea pacífica. E, cando as medidas preventivas fracasan, deberá considerarse unha solución de reparación equitativa.

Na sentenza ditada no caso *Asociación ACCEPT e Outros c. Romanía*, do 1 de xuño de 2021, os demandantes son unha organización sen ánimo de lucro e cinco cidadáns romaneses. A asociación fundouse no ano 2000 en Bucarest. Naceu coa finalidade de atender e promover fins sociais relacionados coa defensa dos intereses das persoas lesbianas, gais, bisexuais e transexuais do país.

No transcurso do Mes da Historia LGTBI que organizou a asociación en 2013, ofreceu a filmación dunha película sobre unha familia LGTBI. Os outros cinco demandantes asistiron ao encontro. A asociación tivo coñecemento da convocatoria dunha protesta en contra deste acto, polo que solicitaron protección á policía. Por iso, o día da filmación compareceron no cinema dez axentes de policía e o xefe da comisaría. Permaneceron nun corredor xunto a unha sala.

Mentres se proxectaba a película, presentáronse uns 50 manifestantes. Entraron no auditorio e interromperon a proxección. Berraban insultos como “morte aos homosexuais!”, “maricóns!”, entre outros. Estaban relacionados co movemento extremista Nova Dereita (Noua Dreaptă), que se opón ao matrimonio entre persoas do mesmo sexo e á adopción por parellas LGTBI. De feito, algúns dos delincentes levaban bandeiras con símbolos da extrema dereita e simboloxía doutro partido que foi ilegalizado en 2015. A policía entrou na sala de cinema, requisou as bandeiras e demais parafernalia extremista e marcharon a pesar de que os demandantes lles pediron que permanecesen. Como os manifestantes bloquearon o proxector, os organizadores finalmente non puideron continuar vendo a película, co que cancelaron o acto.

Os informes policiais non fixeron referencia á homofobia como motivo da protesta. Apuntaron que se deu un “intercambio de ideas”. A investigación acerca do emprego de simboloxía fascista finalmente tampouco prosperou. Os demandantes presentarían recursos ante os tribunais, pero as súas pretensións serían desestimadas.

Os demandantes acoden ante o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos alegando unha violación dos artigos 3 (prohibición dos tratos inhumanos e degradantes), 8 (dereito ao respecto da vida privada e familiar) e 14 (prohibición de discriminación). En concreto, lamentan que as autoridades internas non os protexesen fronte á agresión que sufriron o día en que se produciron os feitos. Quéixanse tamén dun tratamento parcial e prexuízoso pola súa orientación sexual. Baseándose no artigo 11 (liberdade de asemblea e asociación), lido illada e xuntamente co artigo 14, din que as autoridades non protexeron o seu dereito de asemblea pacífica. Baseándose no artigo 13 (dereito a un recurso efectivo), os demandantes din que non dispuxeron dun recurso efectivo.

O TEDH comezará a súa argumentación observando que a intervención da policía foi mínima, de tal maneira que non evitou a agresión e que nos informes policiais non se fai referencia ningunha aos insultos homófobos nin, polo tanto, á homofobia que motivou a agresión.

Por outro lado, o TEDH considera que as autoridades internas deberon investigar o caso como un delito de odio e que o proceso se prolongou excesivamente, máis de catro anos, sen razón obxectiva suficiente, o que denota a indiferenza cara á agresión sucedida. Ademais, observa que nos informes policiais se utiliza unha linguaxe pouco neutral. Reflicten que houbo discusións, intercambios de ideas entre “simpatizantes” de organizacións de extrema dereita e “seguidores” das relacións de persoas do mesmo sexo, co que se minimizaba a gravidade da agresión. Segundo o TEDH, esta linguaxe carecía de neutralidade e puña en perigo a efectividade do proceso interno.

O TEDH conclúe, por todo iso, que as autoridades internas non ofreceron unha protección adecuada en relación coa dignidade dos demandantes e, máis amplamente, coa súa vida privada, e que non investigaron efectivamente a natureza real da agresión homófoba sufrida. As autoridades discrimináronos por razón da súa orientación sexual, polo que houbo unha violación do artigo 14 en relación co artigo 8 CEDH.

En relación cos artigos 3 e 14 CEDH, o TEDH observa que, aínda que os demandantes puideron experimentar sufrimento psicolóxico debido aos insultos homófobos, a agresión non implicou violencia física, polo que non alcanza o mínimo de gravidade exixible para considerar a aplicabilidade do artigo 3 CEDH, o que diferencia o caso dos referidos, por exemplo, na sentenza *Identoba e Outros c. Xeorxia*, do 12 de maio de 2015, en que si houbo danos á integridade física e ameazas, ademais de insultos homófobos. En fin, o TEDH considera que non houbo violación do artigo 3 CEDH en relación co artigo 14 CEDH.

Polas mesmas razóns, conclúe que houbo unha violación do artigo 11 en relación co artigo 14 CEDH.

Regap



ESTUDIOS

5.2 Protección de datos e doazóns de sangue

Na sentenza ditada no caso *Drelon c. Francia*, do 8 de setembro de 2022, o demandante, Laurent Drelon, intentou doar sangue nun punto de recollida do servizo francés de doazón de sangue. Nunha entrevista médica preliminar preguntóuselle se algunha vez tivera relacións sexuais con outro home. Negouse a contestar e a súa solicitude de doar sangue foi rexeitada. Durante a entrevista, os seus datos persoais foron introducidos nunha base de datos. A entrada mostraba que se lle aplicou a contraindicación para doar sangue que identifica os homes que mantiveron relacións sexuais con outros homes mediante o código FR08. Uns meses despois, o demandante fixo unha nova solicitude, pero indicáronlle que estaba excluído da posibilidade de doar sangue baseándose no código antes indicado.

O demandante presentaría unha querela por discriminación facendo referencia ás denegacións das súas solicitudes para doar sangue e porque o servizo de doazón inscribiu a súa presunta homosexualidade.

O xuíz instructor rexeitou iniciar unha investigación penal. O tribunal de apelación dixo que o xuíz de instrución debeu analizar se a gravación dos datos do demandante podía constituír unha infracción tipificada no Código penal.

O tribunal de casación desestimaría o seu recurso, xa que considerou que a recollida de datos practicada se realizou de conformidade coa normativa aplicable.

O demandante presentou unha nova solicitude en 2016, que lle sería denegada polos mesmos motivos. Ao parecer, a norma aplicable variara, mantendo o mesmo contido. Presentaría tamén un recurso ante o Consello de Estado. Solicitou a eliminación do criterio polo que se lle denegou doar sangue na nova norma. O Consello de Estado rexeitou a súa solicitude baseándose nos datos estatísticos e epidemiolóxicos e á luz do coñecemento científico. Por iso, considerou que o Ministerio de Saúde non adoptou unha medida discriminatoria ao contraindicar a doazón de sangue durante 12 meses dos homes que tiveron relacións sexuais con outros homes.

Baseándose no artigo 8 CEDH (dereito ao respecto da vida privada e familiar), o demandante di que os datos que reflicten a súa presunta orientación sexual foron tomados e almacenados polo servizo francés de doazón de sangue en condicións que supoñen unha violación do Convenio. Baseándose nos artigos 8 e 14 CEDH, quéixase da denegación das súas solicitudes de doar sangue.

O TEDH comeza a súa argumentación indicando que a inxerencia sufrida polo demandante estaba prevista na lei. A continuación, indica que, á vista da sensibilidade dos datos persoais recollidos, é especialmente importante que se respecten os requisitos considerados no artigo 5 do Convenio do Consello de Europa para a protección das persoas con respecto ao tratamento automatizado de datos de carácter persoal, do 28 de xaneiro de 1981. Os datos deben ser precisos, actualizados, apropiados, relevantes, non excesivos en relación coas finalidades do procesamento dos datos, e o seu almacenamento non debe exceder o período necesario. O TEDH, ademais, observa que os datos en cuestión neste caso, que afectan á privacidade do demandante, foron recollidos sen o seu consentimento expreso, o que exige un exame estrito.

O TEDH subliña que a Administración lle atribuíu á entrada de datos do demandante unha contraindicación específica aos homes que teñen sexo con homes, debido, unicamente, a que se negou a contestar preguntas sobre a súa vida sexual durante a entrevista médica previa á doazón. Ningún dos elementos que se remitiron á avaliación do doutor permiten entender esta conclusión da súa conduta sexual. O TEDH conclúe que os datos recollidos se basearon nunha mera especulación e non nuns feitos probados, e que iso non é apropiado. Coa finalidade de alcanzar o obxectivo da salubridade do sangue, sería suficiente con manter simplemente unha indicación acerca da negativa do interesado de responder preguntas acerca da súa sexualidade, xa que este factor xustifica a negativa a aceptar doazóns de sangue polo interesado.

Ademais, o TEDH observa que o Goberno non acreditou que os datos se almacenarían unicamente o tempo necesario para as finalidades a acometer.

Por todo iso, o TEDH considera que a recollida e retención dos datos persoais en cuestión constituíu unha violación do artigo 8 do Convenio.

Como sinalei antes, o demandante tamén alegou unha violación do artigo 8 CEDH en relación co artigo 14 CEDH. O TEDH subliña que a argumentación do demandante se centraba na contraindicación temporal de doar sangue que se aplica a homes que mantiveron relacións sexuais con homes, establecida na norma interna aplicable. A este respecto, o TEDH observa que, malia haber Estados en que esta contraindicación se refire a homes que manteñen prácticas sexuais de risco con outros homes, como sería o caso de Francia, o Reino Unido, Suecia, Finlandia ou Hungría, noutros Estados como España, Italia ou Polonia, unicamente se refiren a relacións sexuais de risco sen realizar unha indicación específica a homes homosexuais. En calquera caso, o TEDH observa que, no asunto presente, a norma aplicable que lle impedía doar ao demandante cando presentou a última solicitude non entrara en vigor aínda, co que a súa solicitude non sería aceptada baseándose no procedemento anterior que o TEDH considerou viciado. Por iso, o TEDH decide non resolver en relación cos artigos 14+8 CEDH. Esta alegación queda cuberta pola condena polo artigo 8 CEDH baseándose na argumentación glosada máis arriba, conclúe o TEDH.

5.3 Responsabilidade parental e dereitos de custodia

A aceptación xeneralizada dun modelo de familia convencional fronte a novos modelos de familias nunha sociedade especialmente conservadora non constitúe unha xustificación suficiente para menoscabar o dereito á igualdade de trato no respecto ao dereito ao respecto da vida familiar, de conformidade cos estándares europeos. Na sentenza ditada no caso *X. c. Polonia*, do 16 de setembro de 2021, a demandante comezou unha relación sentimental con outra muller e divorciouse do seu exmarido, Y. Os pais de X non estaban de acordo coas súas decisións e solicitaron xudicialmente a custodia dos seus fillos. A pesar de que o tribunal de distrito lles concedeu unha custodia temporal, en apelación o tribunal recoñeceu a garda e custodia a X.

Y interporía un recurso ante o tribunal de distrito que decidiría ao seu favor tras analizar as súas capacidades para coidar dos nenos. Nesa avaliación, o tribunal

REGAP



ESTUDOS

preguntoulle directamente a Y se mantiña relacións sexuais coa súa nova parella. A demandante impugnaría sen éxito ata esgotar a vía interna.

O TEDH observa que os tribunais internos lle outorgaron ao pai a custodia dos nenos debido á orientación sexual de X. Trátase dunha diferenza de trato que non atende a xustificacións obxectivas nin razoables tendo en conta que se recoñeceu que X e Y tiñan capacidades similares para cumprir coas súas obrigas parentais. Por iso, conclúe que houbo unha violación do artigo 14 en relación co artigo 8 CEDH.

6 Dereito de asociación e liberdade de asemblea

Para finalizar, voume referir ás últimas sentenzas de condena a Rusia pola restrición inxustificada da liberdade de asemblea. Trátase dunha situación que se vén prolongando no tempo e que parece que se consolidou polo momento coa expulsión de Rusia do Consello de Europa debido á invasión e ataque militar a Ucraína. A esperanza de que poida concluír o conflito e unha volta á democracia deste país axudaría á recuperación dos dereitos e liberdades dos seus cidadáns.

Na sentenza ditada no caso *Alekseyev e Outros c. Rusia*, do 27 de novembro de 2018, o primeiro demandante é un coñecido activista ruso que defende os dereitos do colectivo LGTBI fronte á política e normativa rusa que promoveu e consolidou a regresión dos avances alcanzados polas minorías sexuais no país. Non en van, xa obtería a razón previamente ante o TEDH por feitos similares, que a continuación vou glosar¹¹. Neste caso, o demandante refírese ás actividades relacionadas co Orgullo LGTBI dos anos 2009 a 2014, os dous incluídos.

O TEDH comeza a súa argumentación indicando que se trata dun suposto de feito recorrente, polo que os principios ao respecto se atopan na súa xurisprudencia. Cabe citar neste sentido o precedente *Alekseyev c. Rusia*, do 21 de outubro de 2010, así como, por exemplo, *Bączkowski c. Polonia*, do 3 de maio de 2007.

Tras analizar o expediente, o TEDH observa que non hai ningún feito ou argumento que lle permita alcanzar unha conclusión diferente á que se chegou nos casos anteriores. Neste sentido, o TEDH recorda que non hai unha necesidade social imperiosa que xustifique a prohibición da celebración de actos e asembleas do colectivo LGTBI, polo que a prohibición non é necesaria nunha sociedade democrática. O TEDH observa, ademais, que os demandantes sofren unha discriminación inxustificada por razóns de orientación sexual que é incompatible cos estándares do Convenio e que se lles denegou un recurso efectivo para facer valer os seus dereitos.

Por iso, conclúe, sen máis, que houbo unha violación do artigo 11, 13+11 e 14+11 CEDH en relación con cada demandante.

Os demandantes reclamaron entre 5.000 e 50.000 euros en concepto de danos. O primeiro demandante tamén reclamou 10.000 rublos rusos, uns 141 euros, por dano pecuniario pola multa que pagou como sanción administrativa. Ademais, reclamou

¹¹ *Alekseyev c. Rusia*, do 21 de outubro de 2010.

uns 433 euros polos gastos de viaxe. O Goberno considerou que as reclamacións eran excesivas e irrazoables.

En relación coa reclamación de indemnización do primeiro demandante polos danos ocasionados pola multa administrativa, o TEDH observa que non hai un vínculo causal directo entre a violación considerada e a multa que pagou o demandante tras a súa condena pola infracción administrativa. O TEDH non realiza máis argumentación, o cal resulta cuestionable tendo en conta que a sanción se impuxo precisamente por intentar levar a cabo as actividades que non se permitiron. A multa, na miña opinión, sería contraria ao Convenio Europeo de Dereitos Humanos, polo que si cabe pensar que debeu resarcirse o demandante por ter sido vítima dunha sanción que é contraria ao Convenio.

En relación coas alegacións dos demandantes sobre danos non pecuniarios, o TEDH observa que as violacións do Convenio declaradas neste caso son similares ás que previamente se consideraron no caso *Alekseyev*. Reitera que, en virtude do artigo 46, as partes contratantes se comprometeron a acatar as sentenzas definitivas do TEDH nos casos en que sexan partes, sendo a súa execución supervisada polo Comité de Ministros. No momento en que se dita esta sentenza, o Comité de Ministros continúa a súa supervisión da execución do precedente *Alekseyev*. A este respecto, o TEDH subliña que este órgano adoptou resolucións polas que se lles require ás autoridades de Rusia adoptar todas as medidas necesarias para asegurar que a práctica das autoridades locais e dos tribunais se desenvolve de tal maneira que garanta o respecto dos dereitos á libre asemblea e á non discriminación e invita as autoridades de Rusia a realizar accións que permitan obter resultados concretos. O TEDH reconece que o Goberno non adoptou ningunha medida desde que se ditou a sentenza.

A este respecto, o TEDH recorda que os Estados deben cumprir coas obrigas derivadas dos tratados baseándose no principio *pacta sunt servanda* (artigo 26 do Convenio de Viena sobre Dereitos dos Tratados). O Estado dispón dunha marxe de apreciación en canto aos medios para alcanzar os fins derivados do compromiso adquirido e debe ofrecer información actualizada sobre os avances no proceso de execución da sentenza. Dada a variedade de medios existentes para alcanzar a finalidade e a natureza das materias implicadas, o Comité de Ministros atópase mellor situado para avaliar as medidas específicas que cómpre adoptar. Pola súa banda, o TEDH considera apropiado resaltar que a natureza das violacións constatadas no precedente *Alekseyev* e o alcance do problema recorrente en cuestión require esforzos sostidos a longo prazo na adopción de medidas xerais coa finalidade de afrontar os feitos baseándose nos artigos 11 e 14 en concreto.

A pesar de que o TEDH reconece que o xeito en que as autoridades nacionais tratan as solicitudes para celebrar actos públicos LGBTI e a ausencia de recursos efectivos pode resultar frustrante, conclúe que a consideración de que a nova condena ao Estado, compeléndo a adoptar as medidas arriba mencionadas baseándose no seu ordenamento interno, pode considerarse o medio máis apropiado de resarcimento. O TEDH, en consecuencia, rexeita a demanda do Sr. Alekseyev de indemnización por dano non pecuniario. Quizais o TEDH observou que a decisión acerca dunha

Regap



ESTUDIOS

indemnización sería infrutuosa, co que terá optado por realizar un novo requirimento de cumprimento das obrigas internacionais en canto ao respecto dos dereitos humanos.

O TEDH tampouco recoñecerá unha indemnización polos gastos de viaxe e postais alegados polo primeiro demandante ao non facilitar facturas xustificativas.

O xuíz ruso, Dimitry Dedov, formulou unha opinión concorrente. Lamenta que a maioría dixese que o Goberno de Rusia non adoptou ningunha medida tras o precedente. Ao mesmo tempo, di que o TEDH decidiu igual que no dito asunto sen ofrecer un razoamento substantivo (a prohibición de celebrar asembleas públicas non constitúe unha necesidade social imperiosa e non é necesaria nunha sociedade democrática; os demandantes sufriron unha discriminación inxustificada pola súa orientación sexual). É evidente, di o xuíz ruso, que todos os participantes, incluíndo o TEDH, non foron flexibles na busca dun compromiso. O TEDH resaltou que a natureza das violacións e o alcance do problema recorrente require esforzos mantidos a longo prazo na adopción de medidas xerais coa finalidade de atender as cuestións baseándose nos artigos 11 e 14 do Convenio. Non obstante, é difícil divisar ningunha medida se o problema non se identifica. A continuación, o xuíz ruso fai referencia a cuestións que en verdade non se sosteñen. Di que no caso piloto *Alekseyev* o TEDH ignorou as cuestións referidas á seguridade que entrañan as manifestacións do Orgullo Gay. Trátase, certamente, dunha argumentación pobre, que non desenvolve e que claramente decae se temos en consideración que este tipo de manifestacións se celebran na maioría dos Estados de Europa sen que se desen sucesos que comprometan a seguridade de xeito diferente a actos similares. E é que, como ocorre en toda manifestación, as administracións competentes deberán ofrecer as medidas de seguridade idóneas para asegurar que os manifestantes poidan exercer o seu dereito á liberdade de asemblea. A continuación, o xuíz ruso, cinicamente, di que no caso *Identoba c. Xeorxia* se puxeron de manifesto os problemas de seguridade que entrañan este tipo de reunións. Oculta, non obstante, que os danos que sufriron os demandantes nese caso se deberon, precisamente, á inactividade da Administración interna na adopción das medidas adecuadas para garantir o desenvolvemento pacífico da manifestación e, polo tanto, o exercicio pacífico do dereito á liberdade de asemblea, como sucedeu en casos posteriores. Por outro lado, o xuíz ruso continúa indicando que no caso *Bayev e Outros c. Rusia*, do 20 de xuño de 2017, o TEDH non considerou os dereitos fundamentais dos menores afectados polo debate público sobre a orientación sexual. Estas deficiencias –continúa– crearon a impresión de que a promoción das relacións homosexuais, especialmente dirixida a menores, podería considerarse un tema de debate público. O xuíz ruso, polo tanto, vincula a homosexualidade e a liberdade de asemblea das minorías sexuais con cuestións como a pedofilia, argumento que forma parte do discurso tradicional do odio e da discriminación por razóns de orientación sexual incompatible cunha sociedade democrática e avanzada. Finaliza a súa argumentación propondo un mutuo respecto dos dereitos humanos, requirindo que non se deixe espazo a aqueles que pretenden promover o seu modo de vida (!) e recoñecer as unións civís entre persoas do mesmo sexo como un punto de partida. Non obstante, cabería preguntarse se a defensa do dereito á igualdade que pretenden as asociacións

LGTBI supón a promoción dun determinado xeito de vida ou máis ben a exigencia lexítima de tolerancia e respecto.

A maxistrada suíza Helen Keller, pola súa banda, manifestou unha opinión parcialmente disidente. Non oasi. É que en *Alekseyev I* o TEDH recoñeceu unha indemnización de 12.000 euros, en *Bayev*, de 8.000 e no caso actual suprimiuse, como sabemos. Ao modo de ver da xuíza Keller, a posición maioritaria desvaloriza a gravidade das violacións individuais sufridas polos demandantes e parece que nega a seriedade do feito de que as autoridades non cumpren as obrigas derivadas do Convenio. O TEDH non debería castigar os demandantes polo feito de que o Estado non corríxise unha violación repetida dos seus dereitos.

Continúa a súa argumentación considerando que o recoñecemento dunha indemnización por danos non pecuniarios lle tería ofrecido ao Goberno ruso un incentivo financeiro para corríxir e evitar futuras violacións dando lugar a máis danos.

Pode parecer que o TEDH ofreceu unha argumentación lacónica para a solución do caso. O TEDH adoita resolver con concisión os casos repetitivos que non supoñen cambio ningún e implican unha nova condena para o Estado contratante. Non obstante, a argumentación e a decisión en relación coa indemnización parece irrazoable. Non ten sentido que o mesmo TEDH que lle recoñece unha indemnización ao primeiro demandante por feitos similares aos que se deron neste caso, oito anos despois, a denegue polo feito de que o Estado incumpriu as súas obrigas contractuais. O primeiro demandante, por iso, mostraría a súa insatisfacción. Queixouse publicamente do carácter inequitativo desta solución, xa que sufriu sancións económicas como consecuencia das actividades que emprenderon para celebrar os actos. O TEDH razoou a ausencia de indemnización por danos materiais ou morais en que se trata da práctica habitual nos casos repetitivos, que unha nova condena é unha satisfacción axeitada e que a problemática do asunto deberá ser controlada polo tribunal europeo mediante o labor de supervisión do Comité de Ministros na execución das sentenzas por parte dos Estados contratantes e esforzos realizados a longo prazo. Na miña opinión, non se trata dunha solución sensible ante a problemática que reflicte este caso e o precedente e a súa gravidade tendo en conta que se trata dunha situación de violación dos dereitos humanos que se consolida no tempo cunha resposta do TEDH que dá a impresión de que normaliza unha actuación sistemática da Administración rusa neste tema que socava os fundamentos do Convenio sen considerar algunha medida adicional, como podería ser a solución do caso mediante o precepto agravado da prohibición xeral de discriminación, recollido no Protocolo n. 12, ou unha advertencia de expulsión da entidade supranacional –que, como sabemos, finalmente se levou a cabo pola invasión e guerra en Ucraína–.

As críticas que o primeiro demandante expresou terán como consecuencia que o TEDH inadmita a súa demanda nun novo suposto de feito formulado na sentenza *Zhdanov e Outros c. Rusia*, do 16 de xullo de 2019, que vou glosar a continuación.

Os demandantes son Aleksandr Zhdanov, Nikolay Alekseyev, Kirill Nepomnyashchiy, Aleksandr Naumchik e organizacións rusas que defenden os dereitos das minorías sexuais. Os primeiros son fundadores ou presidentes das segundas.

regap



ESTUDIOS

As organizacións demandantes solicitaron a súa inscrición no rexistro de asociacións. Tanto a Administración como os tribunais internos negáronse por irregularidades formais e porque promovían os dereitos LGBT. Consideraron, en concreto, que estas organizacións tiñan como finalidade “destruír os valores morais da sociedade”, favorecer un decrecemento da poboación e interferir nos dereitos da maioría de rusos, que consideran que as relacións entre persoas do mesmo sexo son ofensivas e que causan inimizade social e relixiosa.

Esgotada a vía interna, os demandantes acoden ante o TEDH alegando unha violación dos artigos 11 (liberdade de asemblea e de asociación) e 14 (prohibición de discriminación).

O TEDH inadmite a demanda do Sr. Alekseyev, como dixen antes. Realizou declaracións públicas sobre o TEDH e os seus xuíces nas redes sociais Instagram e VKontakte que eran virulentas, ofensivas e ameazantes. En concreto, tras a sentenza ditada no caso *Alekseyev e Outros antes* comentada, publicou fotografías dos xuíces cos adxectivos “alcohólico”, “drogadicto” (expresións que recordan as que adoita utilizar o presidente de Rusia, Vladimir Putin, contra os adversarios), “corrupto” e “bastardos e dexenerados europeos” ou “chegou o momento de prender lume ao Tribunal Europeo de Dereitos Humanos”. O TEDH considera que estas declaracións claramente exceden os límites da crítica normal, cívica e lexítima.

Aínda que o TEDH lle enviou un aviso mencionando especificamente as solicitudes presentadas neste caso e o risco de que considere que hai un abuso do dereito de petición, o Sr. Alekseyev non as retirou. De feito, desde entón publicou declaracións, cualificando os xuíces do Tribunal como “escoura corrupta europea” e “homófobos”. O TEDH considerou que estas declaracións, realizadas despois do aviso do TEDH, están conectadas coas solicitudes presentadas neste caso.

O TEDH considera que a conduta do demandante expresa desprezo cara á institución á que recorreu para a defensa dos seus dereitos, polo que decide inadmitir a súa solicitude, o que non impide admitir as solicitudes dos demais demandantes. Dá a impresión de que as expresións grosas do demandante constitúen o xeito de expresar o seu profundo malestar por unha decisión que, como comprobamos, é criticable desde a perspectiva da liña de argumentación ofrecida. Non parece realista que o demandante vaia cumprir a ameaza de prender lume ao Tribunal, ben que obxectivamente pode supor unha incitación á violencia. En calquera caso, o TEDH debería considerar as circunstancias persoais do demandante vítima da represión dun Estado que lle impide exercer pacificamente a liberdade de asemblea desde hai máis dunha década, circunstancia que seguramente endureza a súa expresión ante a frustración.

En calquera caso, a solución adoptada polo TEDH parece razoable pero cuestionable desde a perspectiva do contido que dota na súa xurisprudencia á liberdade de expresión. E é que, como dixo noutras sentenzas, os xuíces deben mostrar unha ampla marxe de tolerancia cara á liberdade de expresión dos demais, no exercicio das súas funcións públicas que fan referencia ao interese xeral, como dixo na sentenza ditada no caso *Benítez Moriana e Íñigo Fernández c. España*, do 9 de marzo de 2021. Como veremos, a opinión parcialmente disidente enfocárase nesta cuestión.

En relación coas alegacións arredor do ao artigo 11 CEDH, o TEDH considera que as decisións dos tribunais rusos denegando o rexistro interferiron na liberdade de asociación das organizacións demandantes e dos seus fundadores ou presidentes. En concreto, no caso da organización sen ánimo de lucro Movement of Equality Marriage non puido constituírse porque, baseándose no dereito ruso, as organizacións non gobernamentais non poden existir sen o rexistro do Estado. Rainbow House e Sochi Pride House, como son asociacións públicas, poderían existir sen a necesidade do rexistro. En cambio, non poderían adquirir o status dunha entidade legal e os dereitos asociados a iso.

A interferencia baseábase nas leis de organizacións non gobernamentais e de asociacións públicas.

O TEDH non considera, a diferenza do Goberno, que a denegación do rexistro das organizacións perseguise a finalidade lexítima de protexer a moral, a seguridade, a saúde pública e os dereitos e liberdades dos demais. A única finalidade lexítima sinalada polas autoridades internas e que o TEDH considera relevante é a prevención do odio e a animizade, que pode conducir á desorde. En concreto, as autoridades cren que a maioría dos rusos desaprobaban a homosexualidade e que, por conseguinte, os demandantes poderían converterse nas vítimas da violencia.

Non obstante, o TEDH observa que o papel das autoridades nestas circunstancias non consiste simplemente en retirar a causa da tensión, senón en asegurar que os grupos enfrontados se toleren respectivamente. É máis, o TEDH subliña que o deber da Administración rusa é o de adoptar medidas razoables e apropiadas para permitir que as organizacións como as dos demandantes poidan desenvolver as súas actividades sen temor á violencia física. As autoridades rusas non adoptaron tales medidas. Pola contra, simplemente decidiron evitar o risco de desorde restrinxindo a liberdade de asociación dos demandantes. Por iso, o TEDH non acepta que a denegación do rexistro das organizacións demandantes sexa necesaria nunha sociedade democrática, polo que decide que houbo unha violación do artigo 11. Ademais, como o motivo para denegar o rexistro das asociacións é a finalidade das asociacións, que consiste na defensa dos dereitos das minorías sexuais, o TEDH conclúe que houbo tamén unha violación do artigo 14 en relación co 11 CEDH.

O TEDH, en fin, reconece indemnizacións aos demandantes por danos non pecuniarios, que oscilan entre os 10.000 e 13.000 euros; e de 6.500 euros por custos e gastos.

Os xuíces Keller, Serghides e Elósegui expresaron unha opinión parcialmente disidente, que se centra na inadmisión da demanda do Sr. Alekseyev.

Comezan a súa argumentación dicindo que as súas declaracións nas redes sociais insultando os xuíces do Tribunal e o mesmo TEDH foron máis alá da crítica ordinaria. Non negan que a linguaxe empregada fose “virulenta e persoalmente ofensiva”. Tamén realizou declaracións falsas e enganosas acerca dos xuíces, o que é un motivo de gran preocupación. Aínda que non cren que as súas declaracións supoñan unha ameaza real e tanxible, observan que os xuíces sinalados poden considerar que os seus comentarios son “ameazantes”. En calquera caso, non cren que a conduta do Sr. Alekseyev poña en perigo a integridade do Tribunal neste caso.

Regap



ESTUDIOS

Os maxistrados disidentes coinciden coa maioría do TEDH en que as declaracións do Sr. Alekseyev se deben á súa desconformidade coa sentenza *Alekseyev e Outros c. Rusia*, do 27 de novembro de 2018, e á negativa de coñecer o asunto pola Gran Sala. Non obstante, o TEDH nunca rexeitou un recurso baseándose na linguaxe agresiva sen conexión co proceso en cuestión. Neste sentido, os xuíces disidentes analizan o texto do artigo 35.3, que dispón:

“O Tribunal declarará inadmisíbel calquera demanda individual presentada en virtude do artigo 34 se considera que: a) a demanda é incompatible coas disposicións do Convenio ou dos seus protocolos, manifestamente mal fundada ou abusiva”.

Parece que o precepto establece que a demanda sexa en si mesma abusiva. Non se refire a unha conduta ou comportamento desconectado da solicitude. A este respecto, a maioría di que “estas declaracións publicadas tras a advertencia que menciona expresamente as presentes solicitudes poden ser por conseguinte consideradas conectadas con elas”. Este razoamento vai moi lonxe, desde o punto de vista dos xuíces disidentes, os cales din que as publicacións do demandante posteriores á advertencia non indican que tivesen como obxectivo esta demanda.

A continuación, os xuíces disidentes abordan o tema do posible efecto disuasorio desta decisión de inadmisión. Din que as sentenzas do TEDH sempre son ponderadas e, a miúdo, controvertidas. O TEDH, dalgún xeito, debe responder ante os cidadáns. Os posicionamentos positivos e negativos sobre o seu traballo son inevitables e necesarios nunha sociedade democrática. Por iso, consideran que o TEDH debe ser extremadamente coidadoso e non sentar un precedente que pode ter un efecto disuasorio na adherencia activa dos cidadáns co TEDH.

Seguidamente, os maxistrados disidentes endurecen o seu discurso e sinalan que o Tribunal non debería dar a impresión de que adopta esta decisión por vinganza. Non observan a que finalidade atende a inadmisión da solicitude do demandante e pregúntanse se o TEDH volverá ter en conta esas declaracións ao admitir posibles novos recursos do demandante. Engaden que a decisión adoptada pola maioría realiza un exame perigoso e inaceptable da presenza en liña do demandante e a súa conduta fóra do Tribunal. Ademais, temen que esta decisión poida constituír unha invitación aos gobernos a realizar unha vixilancia de futuros demandantes para atopar declaracións que poidan ser ofensivas para o Tribunal.

En fin, a inadmisión da solicitude do Sr. Alekseyev entra de cheo na cuestión sensible da liberdade de expresión na era dixital. Dubidan se o TEDH considerou o seu impacto e ramificacións.

En relación co dereito de acceso ao Tribunal, os xuíces disidentes din que só se debe restrinxir en casos moi excepcionais. O Sr. Alekseyev é un activista ruso que asume riscos persoais na defensa dos dereitos das minorías sexuais. Por iso, consideran desproporcionado sancionar o demandante polos exabruptos. Ofrece unha mensaxe moi restritiva aos tribunais nacionais á hora de admitir demandas. Están, polo tanto, en contra de privar os demandantes do último recurso para restaurar os seus dereitos fundamentais. Nesta ocasión, a demanda puido seguir adiante debido

a que a demanda da asociación á cal representa foi admitida, pero no futuro poderían darse casos en que o demandante non tivese este recurso adicional. Por todo iso, os disidentes non coinciden coa decisión da maioría.

7 Final

A recente xurisprudencia do TEDH que aborda o problema da homofobia ofrece uns estándares mínimos de protección que deberán ser tidos en conta tanto polos Estados parte en cada caso como polo resto de membros.

En virtude do principio de subsidiariedade, os Estados deben cumprir coas exixencias establecidas por Estrasburgo realizando as reformas normativas que procedan, interpretando o ordenamento interno dun xeito conforme tanto no contexto dos xuíces e tribunais como no da actuación das administracións públicas. Para iso, os ordenamentos internos deben prever as garantías suficientes para que o respecto dos dereitos humanos se poida garantir tanto desde a perspectiva dos dereitos de acceso ao proceso como, finalmente, desde a perspectiva do dereito substantivo. A aplicación desas garantías deberá ser real e efectiva.

Bibliografía

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., “La Organización de las naciones Unidas y los derechos de las personas LGTBI: nuevos avances y desafíos de siempre”, Matía Portilla, F.J, Elvira Perales, A. e Arroyo Gil, A. (dir.), *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Brechas convencionales en España. Un reto constitucional del siglo XXI*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, 156 pp.
- BUENO ARMIJO, A., “La esperada rectificación de la doctrina sobre el *ne bis in idem* procesal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La ¿inevitable? STEDH de 14 de enero de 2021, Sabalic c. Croacia, rec. n. 50231/13”, Calzadilla Medina, M.ªA. e Martínón Quintero, R. (dirs.); Franco Escobar, S. (coord.), *El Derecho de la Unión Europea ante los objetivos de desarrollo sostenible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- CANO CAMPOS, T., “Los claroscuros del *non bis in idem* en el espacio jurídico europeo”, Rebollo Puig, M., Huergo Lora, A., Guillén Caramés, J. e Cano Campos, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2022.
- GONZÁLEZ BOTIJA, F., *Orden público y libertad*, Atelier, Barcelona, 2018, 382 pp.

Regap



ESTUDIOS

