

REDE

Revista Española de Derecho Europeo

88

Octubre – Diciembre 2023

www.revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo



Marcial
Pons

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Los autores

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
ISSN: 1579-6302
Depósito legal: M. 23.627-2002
Fotocomposición: Ene Estudio
Impresión: ELECÉ, Industria Gráfica, S. L.
MADRID, 2023

ÍNDICE

ESTUDIOS

Omar Bouazza Ariño, <i>El control europeo de los ordenamientos nacionales en materia de diversidad sexual</i>	9
José Carlos Cano Montejano, <i>La agencia europea de medicamentos: análisis jurídico y comparación con la FDA estadounidense</i>	49
Antonio Evaristo Gudín Rodríguez-Magariños, <i>La retirada de contenidos ilícitos constitutivos de delito en el reglamento 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales</i>	109

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Ignacio Álvarez Rodríguez, <i>Ultraje a la bandera y convenio europeo de derechos humanos. Comentario a la STEDH Frago Dacosta contra España</i>	145
--	-----

ESTUDIOS

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

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

Omar Bouazza Ariño*

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

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

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

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

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

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

INTRODUCCIÓN

El Derecho del Consejo de Europa¹ constituye un remedio internacional nada desdeñable frente a las vulneraciones de los derechos humanos de las personas LGTBIQ+² que se encuentran en el territorio del Consejo de Eu-

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

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

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

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

El TEDH decidirá en cada caso si las autoridades nacionales han atinado en la garantía y protección adecuada de los derechos humanos de las minorías sexuales. No será necesario plantear un derecho autónomo a la orientación sexual, a la diversidad sexual o a la identidad de género³. Estas cualidades forman parte del contenido de los derechos humanos clásicos, que el TEDH integra, mediante su jurisprudencia evolutiva, a modo de exigencias justas en el seno de una sociedad democrática guiada por el espíritu de apertura, el

³ José Martínez de Pisón Cavero, «Los derechos de las personas LGTBI: ¿hacia un derecho a la orientación sexual y a la identidad de género». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* n° 42 (2020).