

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Caso contra
(Sección 1ª) Caso L. y V. contra Austria. Sentencia de 9 enero 2003

[TEDH\2003\2](#)



PROHIBICION DE DISCRIMINACION: Alcance: doctrina del TEDH: cuando las diferencias de trato se refieren a «un aspecto de los más íntimos de la vida privada», deben existir «razones especialmente graves»; Discriminaciones de trato legislativo: por razón de preferencias sexuales: relaciones homosexuales masculinas con adolescentes: discriminación con respecto de las relaciones heterosexuales y lésbicas en el establecimiento de la edad mínima: existencia de consenso europeo sobre una igualdad de edad para el consentimiento al determinarse la orientación sexual con anterioridad a la pubertad: mantenimiento en vigor de la disposición impugnada y de la condena de los demandantes: violación existente.

Jurisdicción: Protección Europea de Derechos Humanos

Demanda 3939239829/19981998

Demandas de ciudadanos austríacos contra la República de Austria presentadas ante la Comisión los días 20-06-1997 y 10-12-1997, por discriminación en razón de orientación sexual de homosexuales al haber sido condenados por mantener relaciones sexuales con adolescentes de entre catorce y dieciocho años: conducta no sancionada en el caso de relaciones heterosexuales y lésbicas con adolescentes de la misma edad. Violación del art. 14 en relación con el art. 8 del Convenio: existencia: **estimación de la demanda** .

En el asunto L. y V. contra Austria,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Primera) constituido en una Sala compuesta por los siguientes Jueces señor C. L. Rozakis, **Presidente** , señoras F. Tulkens, N. Vajic, S. Botoucharova, E. Steiner, señores G. Bonello, A. Kovler, así como por el señor S. Nielsen, **Secretario adjunto de Sección**,

Tras haber deliberado en privado el 5 de diciembre de 2002,

Dicta la siguiente

SENTENCIA

Procedimiento

1

El asunto tiene su origen en dos demandas (núm. 39392/1998 y 39829/1998) dirigidas contra la República austríaca, que dos ciudadanos austríacos, los señores G. L. y A. V. («los demandantes»), presentaron ante la Comisión Europea de Derechos Humanos («la Comisión»), en virtud del antiguo artículo 25 del [Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales \(«el Convenio»\)](#) (RCL 1999, 1190, 1572) , el 20 de junio y 10 de diciembre de 1997, respectivamente.

2

Los demandantes están representados ante el Tribunal por el señor H. Graupner, abogado colegiado en Viena. El Gobierno austríaco («el Gobierno») está representado por su agente, el embajador H. Winkler, Jefe del Departamento de derecho internacional del Ministerio de Asuntos

Exteriores.

3

Los demandantes alegan, en particular, que el mantenimiento en vigor del artículo 209 del Código de Enjuiciamiento penal austriaco, que castiga los actos homosexuales de personas adultas con adolescentes entre catorce y dieciocho años de edad que consienten en ello, y sus condenas en virtud de dicho artículo, vulneraron su derecho al respecto de su vida familiar y fueron discriminatorias.

4

Tras la entrada en vigor del [Protocolo núm. 11 \(RCL 1998, 1562 y 2300\)](#) el 1 de noviembre de 1998 y en aplicación de su artículo 5.2, las demandas fueron remitidas al Tribunal.

5

Conforme al artículo 52.1 del Reglamento se asignaron los casos a la Sección Tercera del Tribunal. La Sala constituida en Sección, conforme al artículo 26.1 del Reglamento del Tribunal, examinaría los casos (artículo 27.1 del Convenio).

6

El 1 de noviembre de 2001 el Tribunal modificó la composición de sus secciones (artículo 25.1 del Reglamento). La presente demanda fue asignada a la nueva Sección primera.

7

Por una Decisión de 22 de noviembre de 2001 la Sala admitió parcialmente las demandas.

8

Los demandantes presentaron alegaciones sobre el fondo del asunto (artículo 59.1).

Hechos

I

Circunstancias del caso

9

Los demandantes nacieron en 1967 y 1968 respectivamente y viven en Viena.

A

El primer demandante

10

El 8 de febrero de 1996, el Tribunal penal regional de Viena condenó al primer demandante en virtud del artículo 209 del Código Penal por actos homosexuales con adolescentes, imponiéndole una pena de un año de prisión condicional a prueba por un período de tres años. Basándose en la agenda diario del primer demandante, en la que había anotado sus encuentros sexuales, el Tribunal consideró probado que, entre 1989 y 1994, el primer demandante había mantenido relaciones homosexuales, en **Austria** y en otros países, por medio del sexo oral o la masturbación con numerosas personas de entre catorce y dieciocho años de edad, cuya identidad no podía ser establecida.

11

El 5 de noviembre de 1996, el Tribunal Supremo, tras el recurso de nulidad del primer demandante, anuló la sentencia relativa a los delitos cometidos en el extranjero.

12

El 29 de enero de 1997, el Tribunal penal regional de Viena reanudó el procedimiento, que había sido sobreesido en cuanto a los delitos cometidos en el extranjero, y declaró culpable al primer demandante, en virtud del artículo 209 del Código Penal, de los delitos cometidos en **Austria** condenándole a once meses de prisión condicional a prueba por un período de tres años.

13

El 27 de mayo de 1997, el Tribunal Supremo rechazó el recurso de nulidad del primer demandante en el que alegaba que el artículo 209 del Código Penal vulneraba su derecho al respeto de su vida privada y su derecho a la no discriminación, y sugería que el Tribunal Supremo solicitara al Tribunal Constitucional que revisara la constitucionalidad de dicha disposición.

14

El 31 de julio de 1997, el Tribunal de Apelación de Viena, tras el recurso del primer demandante, redujo la condena a ocho meses de prisión condicional a prueba por un período de tres años.

B

El segundo demandante

15

El 21 de febrero de 1997, el Tribunal penal regional de Viena condenó al segundo demandante, en virtud del artículo 209 del Código Penal, por actos homosexuales con adolescentes, y por un cargo menor de apropiación indebida, imponiéndole una pena de seis meses de prisión condicional a prueba por un período de tres años. El Tribunal consideró probado que el segundo demandante había practicado en una ocasión sexo oral con un chico de quince años.

16

El 22 de mayo de 1997, el Tribunal de Apelación de Viena rechazó el recurso del segundo demandante sobre cuestiones de derecho, en el que alegaba que el artículo 209 del Código Penal era discriminatorio y vulneraba su derecho al respeto de su vida privada y solicitaba que el Tribunal Supremo requiriera al Tribunal Constitucional para que revisara la constitucionalidad de dicha disposición. También rechazó su recurso contra la condena. La decisión fue comunicada el 3 de julio de 1997.

II

Legislación y jurisprudencia internas aplicables

A

El Código Penal

17

Cualquier acto sexual con personas menores de catorce años es sancionable en virtud de los artículos 206 y 207 del Código Penal.

18

El artículo 209 del Código Penal, en la versión vigente en la época de los hechos, disponía lo siguiente:

«Toda persona del sexo masculino que, tras haber alcanzado la edad de diecinueve años copule con otra persona del mismo sexo que haya cumplido los catorce años pero no los dieciocho, será condenado una pena de reclusión de seis meses a cinco años».

19

Esta disposición estaba dirigida a los actos homosexuales consentidos, ya que cualquier acto sexual de adultos con personas mayores de diecinueve años de edad es punible en virtud del artículo 212 del Código Penal cuando el adulto abusa de su situación de autoridad (padre, empleador, profesor, doctor, etc.). Cualquier acto sexual que lleve consigo el uso de la fuerza o amenazas será sancionable como violación, conforme al artículo 201, o como acoso sexual, conforme al artículo 202 del Código Penal. No serán sancionables los actos heterosexuales o lésbicos consentidos entre adultos y personas mayores de catorce años.

20

Los delitos en virtud del artículo 209 eran normalmente perseguidos, a una media anual de sesenta procedimientos penales instruidos, de los cuales una tercera parte finalizaban en condena. En cuanto a las condenas aplicadas, se imponía un período superior normalmente a los tres meses a

un 65 al 75% de los casos, de los cuales un 15 al 25% no eran condicionales a prueba. Según las informaciones facilitadas por el Ministro federal de Justicia en respuesta a una solicitud parlamentaria, en el año 2001 tres personas cumplían una pena de reclusión basada única o principalmente en una condena en virtud del artículo 209 del Código Penal y otras cuatro permanecían detenidas preventivamente en procesos relativos exclusivamente a acusaciones en virtud del artículo 209.

21

El 10 de julio de 2002, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 junio 2002 (ver «supra»), el Parlamento decidió derogar el artículo 209 del Código Penal. Asimismo, introdujo el artículo 207.b del Código Penal que sanciona los actos sexuales con una persona menor de dieciséis años si dicha persona no es por algún motivo lo suficientemente madura para entender el significado del acto y el ofensor aprovecha dicha inmadurez o si la persona menor de dieciséis años se encuentra en un apuro y el ofensor se aprovecha de la situación. Además, el artículo 270.b castiga a las personas que inducen a los menores de dieciocho años a realizar actividades sexuales bajo pago. El artículo 270.b se aplica sin tener en cuenta si los actos sexuales en cuestión son heterosexuales, homosexuales o lésbicos. Esta modificación, publicada en el Boletín oficial núm. 134/2002, entró en vigor el 14 de agosto de 2002.

22

De acuerdo con las disposiciones transitorias, la modificación no se aplica a los procedimientos penales en los que ya se haya dictado sentencia en primera instancia. Excepcionalmente se aplica, sujeta al principio de la aplicación de la Ley más favorable, cuando se anula una sentencia, entre otras cosas, después de la reapertura de un procedimiento o en el contexto de una reanudación del proceso tras la constatación de violación del [Convenio \(RCL 1999, 1190 y 1572\)](#) por el TEDH. Salvo en estas situaciones, la modificación no afecta a las condenas en virtud del artículo 209.

B

Procedimiento ante el Tribunal Constitucional

23

En una Sentencia de 3 octubre 1989, el Tribunal Constitucional consideró que el artículo 209 era compatible con el principio de igualdad en virtud del derecho constitucional y, en concreto, con la prohibición de discriminación de género contenida en él. Dicha sentencia fue dictada tras una demanda presentada por una persona que posteriormente apeló a la Comisión (**Z. Contra Austria** , núm. 17279/1990, decisión de la Comisión de 13 de mayo de 1992, sin publicar).

24

La parte aplicable de la sentencia del Tribunal Constitucional dice lo siguiente:

«La evolución del derecho penal en las últimas décadas muestra que el poder legislativo se esfuerza por aplicar el sistema de justicia penal de forma significativamente más restrictiva que antes en virtud de los esfuerzos de comprometerse respecto a su política de tratamiento de los delincuentes, conocida por el nombre de “despenalización”. Ello significa que mantiene delitos en los códigos o crea nuevos delitos solamente cuando el castigo de un comportamiento perjudicial para la sociedad sigue siendo considerado absolutamente necesario e indispensable después de aplicar el criterio más estricto. La disposición penal enjuiciada está incluida en el grupo de actos considerados ilegales con el fin de proteger –hasta un punto considerado inevitable– a una persona joven, que está madurando, de un desarrollo sexual equivocado (“Los actos homosexuales son solamente delitos que dependen del derecho penal en tanto en cuanto las experiencias sexuales no deben cargar de una tensión peligrosa el desarrollo sexual de los jóvenes...” **Pallin en Foregger/Nowakowski** [editores], Viena comentario al Código Penal, 1980, ap. 1 sobre el artículo 209). A la luz de lo anterior, el Tribunal Constitucional considera que desde el punto de vista del principio de equidad contenido en el artículo 7.1 de la Ley federal Constitucional y el artículo 2 de la Ley fundamental Constitucional, aquellos que legislan sobre el derecho penal no pueden razonablemente ser cuestionados por opinar, en relación a las opiniones expertas autorizadas a la par que la experiencia obtenida, que la influencia homosexual es peligrosa para los jóvenes que están madurando en mayor medida que para los jóvenes de la misma edad, y concluir que es necesario sancionar en virtud del

derecho penal los actos homosexuales cometidos con jóvenes, como establece el artículo 209 del Código Penal. Esta conclusión también se basa en sus valores morales, que deseaban imponer con el debido respeto a la política actual sobre justicia penal de moderación y restricción de las sanciones de los delitos (sopesando cuidadosamente las distintas ventajas y desventajas). Teniendo todo ello en cuenta, nos ocupamos aquí de una distinción basada en las diferencias de hecho y en consecuencia constitucionalmente admisible desde el punto de vista del artículo 7.1 de la Ley federal Constitucional, en relación con el artículo 2 de la Ley fundamental Constitucional».

25

El 29 de noviembre de 2001 el Tribunal Constitucional rechazó la solicitud del Tribunal regional de Innsbruck de revisar la constitucionalidad del artículo 209 del Código Penal.

26

El Tribunal regional consideró, entre otras cosas, que el artículo 209 violaba los artículos 8 y 14 del [Convenio \(RCL 1999, 1190 y 1572\)](#) ya que la teoría de que los adolescentes masculinos corrían el riesgo de ser reclutados en la homosexualidad, que sirvió de base al Tribunal Constitucional en su anterior sentencia, había desde entonces sido refutada. El Tribunal Constitucional consideró que la cuestión era «res judicata». Señaló que el hecho de que hubiera dictado una sentencia sobre la misma disposición no le impedía volver a examinarla si existía un cambio en las circunstancias aplicables o un argumento legal distinto. Sin embargo, el Tribunal regional no facilitó motivos detallados de su opinión según la cual los conocimientos científicos habían cambiado hasta un punto que el legislador ya no estaba legitimado para establecer una edad límite distinta para las relaciones consentidas homosexuales y las relaciones consentidas heterosexuales o lésbicas.

27

El 21 de junio de 2002, tras una solicitud de revisión presentada por el Tribunal regional de Innsbruck, el Tribunal Constitucional consideró que el artículo 209 del Código Penal era inconstitucional.

28

El Tribunal regional alegó, en primer lugar, como hizo anteriormente, que el artículo 209 del Código Penal violaba los artículos 8 y 14 del [Convenio \(RCL 1999, 1190 y 1572\)](#) y, en segundo lugar, que era incompatible con el principio de igualdad en virtud del derecho constitucional y del artículo 8 del Convenio, ya que una relación entre adolescentes masculinos de entre catorce y diecinueve años de edad era primero legal, pero devenía sancionable en cuanto uno de ellos cumplía los diecinueve años de edad y volvía a ser legal cuando el segundo cumplía dieciocho años. El Tribunal Constitucional declaró que el segundo argumento se distinguía de los argumentos que había examinado en su Sentencia de 3 octubre 1989 y que, en consecuencia, nada le impedía considerarlo. Señaló que el artículo 209 trataba solamente sobre las relaciones homosexuales consentidas entre hombres mayores de diecinueve años y adolescentes de entre catorce y dieciocho años de edad. En el intervalo entre los catorce y los diecinueve años de edad, los actos homosexuales entre personas de la misma edad (por ejemplo, dos chicos de dieciséis años) o entre personas con uno o cinco años de diferencia de edad, no eran sancionables. Sin embargo, en cuanto una de las dos personas cumplía diecinueve años, dichos actos constituían un delito en virtud del artículo 209 del Código Penal. Volvían nuevamente a ser legales cuando el componente menor de la pareja cumplía dieciocho. Dado que el artículo 209 no se aplicaba únicamente a las relaciones ocasionales sino también a las estables, producía unos resultados más bien absurdos, a saber un cambio de períodos durante los cuales la relación homosexual de dos compañeros era primero legal, luego sancionable y de nuevo legal y no podía por tanto considerarse objetivamente justificado.

C

Debate parlamentario

29

En la primavera de 1995 el Partido socialdemócrata, Los Verdes y el Partido Liberal presentaron mociones al Parlamento para derogar el artículo 209 del Código Penal. Alegaban que el legislador en los años 70 justificaba esta disposición con la teoría de que los adolescentes del sexo masculino corrían el riesgo de llegar a ser homosexuales mientras que las adolescentes no. Sin embargo, la

ciencia moderna ha demostrado que la orientación sexual está ya determinada al inicio de la pubertad. Además, las distintas edades de consentimiento no seguían los diferentes estándares europeos. A este respecto, hacían referencia en particular a la Recomendación 924/1981 de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa que abogaba por la igualdad de edades de consentimiento para las relaciones homosexuales y heterosexuales. La protección de los jóvenes contra la violencia sexual y los abusos ya estaba suficientemente contemplada en otras disposiciones del Código Penal, sin tener en cuenta su orientación sexual.

30

Posteriormente, el 10 de octubre de 1995, un subcomité del Comité Parlamentario de Asuntos Jurídicos escuchó los testimonios de once expertos en varios campos como la medicina, la sexología, la prevención del Sida, psicología de desarrollo mental, psicoterapia, psiquiatría, teología, derecho y derechos humanos. Nueve estaban claramente a favor de derogar el artículo 209, siendo de peso para los expertos en medicina, psiquiatría y psicología el argumento según el cual la orientación sexual estaba establecida, en la mayoría de los casos, antes de la pubertad, lo que refutaba la teoría de que los adolescentes masculinos podían llegar a ser homosexuales tras tener experiencias homosexuales. Otro argumento repetido era el de que sancionar las relaciones homosexuales hacía más difícil la prevención del Sida. Dos expertos estaban a favor de mantener el artículo 209: uno simplemente declaró que lo consideraba necesario para la protección de los jóvenes adolescentes; el otro consideraba que pese al hecho de que no existía el riesgo convertirse en homosexual, no todos los jóvenes adolescentes estaban seguros de su orientación sexual y, en consecuencia, era mejor concederles más tiempo para establecer su identidad.

31

El 27 de noviembre de 1996 el Parlamento celebró un debate sobre la moción para derogar el artículo 209 del Código Penal. Los portavoces que estaban a favor de la derogación se basaban en los argumentos de la mayoría de los expertos oídos por el subcomité. De aquellos a favor de mantener el artículo 209, algunos simplemente expresaron su aprobación mientras que otros señalaron que seguían considerando necesaria la disposición para aquellos adolescentes que no estuvieran seguros de su orientación sexual. Hubo una igualdad de votos al finalizar el debate (91 a 91). En consecuencia, el artículo 209 sigue en el código.

32

El 17 de julio de 1998, los Verdes volvieron a presentar una moción ante el Parlamento para derogar el artículo 209 del Código Penal. El debate siguió esencialmente la misma línea que el anterior. La moción fue rechazada por 81 votos contra 12.

33

El 10 de julio de 2002 el Parlamento decidió derogar el artículo 209 del Código Penal (apartado 21 «supra»).

Fundamentos de derecho

I

Sobre la violación del artículo 8 del Convenio de forma aislada y en relación con el artículo 14

34

Los demandantes se quejan de la vigencia del artículo 209 del Código Penal, que sanciona los actos homosexuales de hombres adultos con adolescentes entre catorce y dieciocho años de edad que consienten en ello, y de las condenas que se imponen en virtud de dicha disposición. Basándose en el artículo 8 del [Convenio \(RCL 1999, 1190 y 1572\)](#) de forma aislada o en relación con el artículo 14, alegan que se vulneró su derecho al respeto de su vida privada y que la disposición impugnada era discriminatoria, ya que las relaciones heterosexuales o lésbicas entre adultos y adolescentes dentro del mismo grupo de edad no eran sancionables.

El artículo 8 establece:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su

correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

El artículo 14 establece:

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

35

Dada la naturaleza de las quejas, el Tribunal considera apropiado examinar el asunto directamente en el marco del artículo 14 en relación con el artículo 8.

36

No se discute que el presente caso entre dentro del ámbito del artículo 8, ya que afecta al aspecto más íntimo de la vida privada de los demandantes (ver, por ejemplo, **Dudgeon contra Reino Unido**, [Sentencia de 22 octubre 1981 \[PROV 2000, 311074 \]](#), serie A núm. 45, pg. 21, ap. 52; **Smith y Grady contra Reino Unido**, [núm. 33985/1996 \[TEDH 1999, 37 \]](#) y 33986/1996, ap. 90, TEDH 1999-VI). Por lo tanto el artículo 14 es aplicable al caso.

37

Los demandantes alegan que, tras la decisión de admisibilidad del Tribunal en el presente caso, el Tribunal Constitucional austriaco declaró que el artículo 209 del Código Penal era inconstitucional y que, en consecuencia, el Parlamento decidió derogar dicha disposición. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Constitucional, basada en motivos distintos de aquellos en los que se basa la presente demanda, no reconocía, ni mucho menos se permitía corregir, la alegada violación del [Convenio \(RCL 1999, 1190 y 1572 \)](#). Además, siguen sus condenas. Los demandantes, por lo tanto, alegan que siguen siendo víctimas, en el sentido del artículo 34 del Convenio, de la violación alegada. No se puede decir que por el mero hecho de derogar la legislación impugnada esté resuelta la cuestión, en el sentido del artículo 37.1.b del Convenio.

38

Los demandantes señalan que en **Austria**, como en la mayoría de los países europeos, las relaciones heterosexuales y lésbicas entre adultos y adolescentes de más de catorce años de edad que consienten en ello, no son sancionables. Alegan que no hay nada que indique que los adolescentes necesitan más protección contra las relaciones homosexuales consentidas con adultos que contra las heterosexuales o lésbicas. No siendo necesario proteger a los adolescentes masculinos en general, el artículo 209 del Código Penal además dificulta el desarrollo de los adolescentes homosexuales añadiendo a sus relaciones con un hombre adulto y a su orientación sexual en general, un estigma social. A este respecto, los demandantes, haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal, señalan que ninguna injerencia en la esfera sexual de una persona y ninguna distinción de trato basada en el sexo o en la orientación sexual, exigen unas razones concretas (ver [Smith y Grady contra Reino Unido, ya citada, ap. 94 \[TEDH 1999, 37 \]](#), y **ADT contra Reino Unido**, núm. 35765/1997, ap. 36, 31 julio 2000, sin publicar).

39

Ello es aún más cierto en un campo en el que existe un consenso europeo para reducir la edad del consentimiento para las relaciones homosexuales. Pese al hecho de que el consenso europeo ha aumentado desde la presentación de su demanda, el Gobierno no ha facilitado ninguna justificación para mantener, hasta hace poco, una edad distinta de consentimiento para las relaciones homosexuales de las de las heterosexuales o lésbicas. Concretamente, los demandantes señalan que en abril de 1997, en septiembre y diciembre de 1998 y nuevamente en julio de 2001, el Parlamento europeo exigió a **Austria** que derogara el artículo 209. Asimismo, en noviembre de 1998,

el Comité de Derechos Humanos constituido en virtud del [Pacto Internacional sobre Derechos civiles y políticos \(RCL 1977, 893 \)](#) , declaró que el artículo 209 era discriminatorio. La Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa emitió dos recomendaciones en el año 2000 abogando por una igualdad en las edades de consentimiento para las relaciones heterosexuales, homosexuales y lésbicas y un número de Estados miembros del Consejo de Europa presentó recientemente la igualdad en las edades de consentimiento.

40

Asimismo, los demandantes señalan que la Comisión, en el asunto Sutherland (**Sutherland contra Reino Unido** , [núm. 25186/1994 \[TEDH 2001, 234 \]](#) , Informe de la Comisión de 1 de julio de 1997, sin publicar) se apartó de su jurisprudencia en la que se basaba el Gobierno. En su opinión, la diferencia entre la presente demanda y el asunto Sutherland no era decisiva, en cuanto al hecho de que en virtud del derecho británico vigente en la época, el adolescente también era sancionable, era referido por la Comisión a título subsidiario. En lo relativo al otro argumento del Gobierno según el cual el artículo 209 era considerado necesario para la protección de los adolescentes masculinos, señalan que la mayor parte de expertos científicos cuyos testimonios fueron oídos en el Parlamento en 1995, no coincidían con semejante opinión.

41

El Gobierno llama la atención sobre la reciente modificación del Código Penal. Señala que, en el caso de los demandantes, no se producían cambios como resultado de la nueva situación legal. El Gobierno, en consecuencia, señala que su situación permanece igual y mantiene sus alegaciones previas.

42

El Gobierno hace referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 octubre 1989 y a la jurisprudencia de la Comisión (**Z. contra Austria** , núm. 17279/1990, Decisión de la Comisión de 13 de mayo de 1992, sin publicar, y **H. F. contra Austria** , núm. 22646/1993, Decisión de la Comisión de 26 de junio de 1995, sin publicar) señalando que la Comisión consideró que no había indicios de violación ni del artículo 8 de forma aislada ni en relación con el artículo 14 del [Convenio \(RCL 1999, 1190 y 1572 \)](#) respecto al artículo 209 del Código Penal austriaco. En cuanto al anteriormente citado asunto [Sutherland contra Reino Unido \(TEDH 2001, 234 \)](#) , el Gobierno señala que existía una gran diferencia, a saber que en virtud del artículo 209 del Código Penal austriaco, el adolescente que participara en el delito no era sancionado. Además, hacía referencia al hecho de que, en 1995, el Parlamento Austriaco escuchó a numerosos expertos y discutió ampliamente sobre el artículo 209 con la intención de abolirlo, pero decidió mantenerlo, ya se consideró que la disposición seguía siendo necesaria, en el sentido del artículo 8.2 del Convenio, para la protección de los adolescentes masculinos.

43

El Tribunal señala en primer lugar que, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 junio 2002, el artículo 209 del Código Penal fue derogado el 10 de julio de 2002. La consiguiente enmienda entró en vigor el 14 de agosto de 2002. Sin embargo, esta evolución no afecta a la condición de víctimas de los demandantes en el sentido del artículo 34 del [Convenio \(RCL 1999, 1190 y 1572 \)](#) . A este respecto, el Tribunal recuerda que una decisión o medida favorable al demandante no es en principio suficiente para privarle de su condición de víctima salvo si las autoridades internas admiten, expresa o sustancialmente, y en consecuencia reparan, la violación del Convenio (ver, por ejemplo, **Dalban contra Rumania** [GS], [núm. 28114/1995 \[TEDH 1999, 39 \]](#) , ap. 44, TEDH 1999-VI). En el presente caso basta con señalar que los demandantes estaban condenados en virtud de la disposición enjuiciada y que sus condenas respectivas no se han visto afectadas por el cambio en la Ley. Por lo tanto, tal y como señalaban los demandantes con mucha razón, no se puede decir que el litigio haya sido resuelto en el sentido del artículo 37.1.b del [Convenio \(RCL 1999, 1190 y 1572 \)](#) .

44

Según la jurisprudencia del Tribunal, una diferencia de trato es discriminatoria a los efectos del artículo 14 cuando carece de «justificación objetiva y razonable» y si no persigue un «fin legítimo» o «no existe proporción entre los medios empleados y el fin perseguido». Asimismo, los Estados

Contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para determinar si y en qué medida las diferencias en situaciones similares justifican dicha diferencia en el trato (ver [Sentencia Karlheinz Schmidt contra Alemania de 18 julio 1994 \[PROV 2001, 655 \]](#) , serie A, núm. 291-B, pgs. 32-33, ap. 24; [Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal](#) , [núm. 33290/1996 \[TEDH 1999, 72 \]](#) , ap. 29, TEDH 1999-IX y [Fretté contra Francia](#) , [núm. 36515/1997 \[TEDH 2002, 10 \]](#) , aps. 34 y 40, TEDH 2002-I).

45

Los demandantes se quejan acerca de la diferencia de trato basada en su orientación sexual. El Tribunal recuerda, a este respecto, que la orientación sexual es un concepto amparado por el artículo 14 (ver el asunto ya citado, [Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal, ap. 28 \[TEDH 1999, 72 \]](#)). Al igual que las diferencias basadas en el sexo (ver [Sentencias Karlheinz Schmidt contra Alemania \[PROV 2001, 655 \]](#) , «ibidem», y [Petrovic contra Austria de 27 marzo 1998 \[PROV 2000, 303756 \]](#) , Repertorio de sentencias y resoluciones 1998-II, pg. 587, ap. 37), las diferencias basadas en la orientación sexual requieren razones muy concretas para constituir una justificación (asunto ya citado [Smith y Grady contra Reino Unido \[TEDH 1999, 37 \]](#) , ap. 90).

46

El Gobierno señala que la disposición enjuiciada servía para proteger el desarrollo sexual de los adolescentes masculinos. El Tribunal admite que el fin de proteger los derechos de los demás es legítimo. Queda por determinar si existía una justificación para la diferencia de trato.

47

El Tribunal señala que en asuntos anteriores sometidos por el Gobierno en relación con el artículo 209 del Código Penal austriaco, la Comisión no dictaminó la violación ni del artículo 8, de forma aislada ni en relación con el artículo 14 del [Convenio \(RCL 1999, 1190 y 1572 \)](#) . Sin embargo, el Tribunal ya ha declarado en varias ocasiones que el Convenio es un instrumento vivo, que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales (ver, por ejemplo, el asunto ya citado, [Fretté contra Francia \[TEDH 2002, 10 \]](#) , «ibidem»). En el asunto Sutherland, la Comisión, teniendo en cuenta las recientes investigaciones según las cuales la orientación sexual se establece antes de la pubertad tanto en los chicos como en las chicas y el hecho de que la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa hayan reconocido la igualdad en las edades de consentimiento, señaló concretamente que era «oportuno volver a considerar su anterior jurisprudencia a la luz de la evolución moderna» ([Sutherland contra Reino Unido \[TEDH 2001, 234 \]](#) , Informe de la Comisión, aps. 59-60). Llegó a la conclusión de que en ausencia de una justificación objetiva y razonable el mantenimiento de una edad de consentimiento más alta para los actos homosexuales que para los heterosexuales violaba el artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio (ibid., ap. 66).

48

Además, el Tribunal considera que la diferencia entre el asunto Sutherland y el presente caso, a saber que la pareja adolescente que participa en los actos homosexuales prohibidos no es sancionada, no es decisiva. Este elemento es una consideración únicamente secundaria en el informe de la Comisión («ibidem», ap. 64).

49

Lo decisivo es si había una justificación objetiva y razonable para que un adolescente en un período de edad entre los catorce y los dieciocho años necesitara protección contra cualquier relación sexual con un hombre adulto, mientras que las adolescentes de la misma edad no la requerían en relaciones tanto con mujeres como con hombres adultos. A este respecto, el Tribunal recuerda que el margen de apreciación de que disponen los Estados contratantes varía según las circunstancias, la cuestión de que se trate y los antecedentes; a este respecto, uno de los factores determinantes debe ser la existencia o no de una base común en las Leyes de los Estados Contratantes (ver, por ejemplo, [Petrovic contra Austria \[PROV 2000, 303756 \]](#) , ya citada, ap. 38, y [Fretté contra Francia \[TEDH 2002, 10 \]](#) , ya citada, ap. 40).

50

En el presente caso, los demandantes señalan, y el Gobierno no lo discute, que existe un consenso europeo que va en aumento en cuanto a la igualdad en las edades de consentimiento para las relaciones heterosexuales, homosexuales y lésbicas. Igualmente, la Comisión señalaba en el

asunto Sutherland anteriormente citado, que «la igualdad de trato respecto a la edad de consentimiento es ahora reconocida por la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa» (ibid. ap. 59).

51

El Gobierno tiene en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 octubre 1989 que consideraba que el artículo 209 del Código Penal era necesario para evitar que «las experiencias sexuales carguen de peligrosa tensión el desarrollo sexual de los jóvenes...». Sin embargo, este enfoque quedó obsoleto tras el debate parlamentario de 1995 sobre la posible abolición del artículo 209. Tal y como señalaron los demandantes con toda la razón, la vasta mayoría de expertos oídos en el Parlamento se expresaron claramente a favor de la igualdad en la edad de consentimiento, considerando concretamente que la orientación sexual quedaba establecida, en la mayor parte de los casos, antes de la pubertad y por lo tanto, no se aprobaba la teoría de que los adolescentes masculinos eran «reclutados» para la homosexualidad. Pese al conocimiento de estos cambios en el enfoque científico de la cuestión, el Parlamento decidió en noviembre de 1996, poco después de que los demandantes fuesen condenados, en enero y febrero respectivamente, mantener el artículo 209 en el código.

52

En la medida en que el artículo 209 del Código Penal predispone un prejuicio de la mayoría heterosexual contra la minoría homosexual, el Tribunal no puede considerar que esta actitud negativa constituye en sí misma una mayor justificación de la diferencia de trato que en aquellas actitudes negativas similares hacia los de diferente raza, origen o color (ver [Smith y Grady contra Reino Unido \[TEDH 1999, 37 \]](#) , ya citada, ap. 97).

53

En conclusión, el Tribunal considera que el Gobierno no ha proporcionado razones de peso convincentes que justifiquen el mantenimiento en vigor del artículo 209 del Código Penal y, en consecuencia, las condenas de los demandantes en virtud de dicha disposición.

54

Por lo tanto, hubo violación del artículo 14 del [Convenio \(RCL 1999, 1190 y 1572 \)](#) en relación con el artículo 8.

55

Teniendo en cuenta lo que antecede, el Tribunal no considera necesario examinar la cuestión de si hubo violación del artículo 8 de forma aislada.

II

Aplicación del artículo 41 del Convenio

56

En términos del artículo 41 del [Convenio \(RCL 1999, 1190 y 1572 \)](#) :

«Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las Consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa».

A

Daño

57

Cada uno de los demandantes solicita 1 millón de chelines austriacos (ATS) equivalente a 72.672,83 euros (EUR), en concepto de daño moral. Señalan que sufrieron angustia y humillación debido al mantenimiento en vigor del artículo 209 del Código Penal y, en concreto, debido a los procedimientos penales instruidos contra ellos que tuvieron como resultado unas condenas, que los estigmatizaron como delincuentes sexuales. Asimismo, el primer demandante señala que padece

epilepsia y que ello agravó su ansiedad y sufrimiento durante el juicio, y que perdió su empleo como consecuencia de la condena.

58

El Gobierno señala que la constatación de violación constituiría en sí misma una indemnización suficiente por todo el daño moral que hubieran podido sufrir los demandantes.

59

El Tribunal señala que, en varios casos relativos al mantenimiento en vigor de una legislación que sancionara los actos homosexuales entre adultos que consentían en ello, consideró que la constatación de violación constituía en sí misma una indemnización suficiente en concepto de daño moral ([Sentencias Dudgeon contra Reino Unido de 24 febrero 1983 \[TEDH 1983, 2\]](#) , serie A núm. 59, pgs. 7-8, ap. 14; [Norris contra Irlanda de 26 octubre 1988 \[PROV 2001, 583\]](#) , serie A, núm. 142, pgs. 21-22, ap. 50 y [Modinos contra Chipre de 22 abril 1993 \[TEDH 1993, 20\]](#) , serie A, núm. 259, pg. 12, ap. 30). Sin embargo, en un caso relativo a una condena por actos homosexuales con varios adultos que consentían en ello (**ADT contra Reino Unido** , ya citado, aps. 43-45), el Tribunal concedió 10.000 libras esterlinas (GBP) en concepto de daño moral. Asimismo, en casos relativos a investigaciones sobre demandantes que tuvieron como resultado su licenciamiento del ejército debido a su homosexualidad, el Tribunal concedió 19.000 GBP a cada demandante en concepto de daño moral ([Smith y Grady contra Reino Unido \[TEDH 1999, 37\]](#) , núm. 33985/1996 y 33986/1996, ap. 13, TEDH 2000-IX).

60

En el presente caso, el Tribunal señala que el artículo 209 del Código Penal ha sido abolido recientemente y que los demandantes han cumplido, por lo tanto, en parte el objetivo de su demanda. Sin embargo, fueron condenados en virtud de dicho artículo. El Tribunal considera que el procedimiento penal y, en concreto, el juicio en el que se hicieron públicos los aspectos más íntimos de la vida privada de los demandantes, deben ser considerados acontecimientos muy desestabilizadores en la vida de los demandantes, que tuvieron y, no se debe excluir, siguen teniendo un impacto emocional y psicológico significativo en cada uno de ellos ([Smith y Grady \[TEDH 1999, 37\]](#) [indemnización], «ibidem»). El Tribunal, resolviendo en equidad, concede a los demandantes 15.000 € a cada uno.

B

Gastos y costas

61

Los demandantes reclaman un total de 65.590,93 Eur. Esta suma se compone de 5.633,53 € de los gastos y costas satisfechos por el primer demandante en el procedimiento interno, 1.655,12 de los gastos y costas correspondientes al procedimiento interno del segundo demandante y de 58.302,28 € de los gastos y costas satisfechos por los dos demandantes ante los órganos del [Convenio \(RCL 1999, 1190 y 1572\)](#) .

62

Asimismo, los demandantes, en sus alegaciones de 3 de agosto de 2002, que tras la sentencia del Tribunal, deberían incurrir en más gastos para eliminar las consecuencias de la violación del [Convenio \(RCL 1999, 1190 y 1572\)](#) . Alegaban, en concreto, que –en el caso de una constatación de violación por el Tribunal– tendrían derecho, conforme al artículo 36 del Código de Enjuiciamiento penal, a ser juzgados de nuevo con el fin de que sus condenas fuesen anuladas y eliminadas de sus antecedentes penales. Los demandantes solicitan, por tanto, al Tribunal que declare que el Gobierno demandado está obligado a pagar cualquier gasto futuro necesario para eliminar las consecuencias de la violación en cuestión y reserve la fijación de la cuantía exacta para una decisión separada.

63

El Gobierno considera excesiva la suma reclamada por los demandantes. Señala, en concreto, que los demandantes no han facilitado un informe detallado de los gastos relativos a los procedimientos internos. Además, el segundo demandante también fue condenado por apropiación indebida. En consecuencia, los procedimientos penales no fueron entablados únicamente por el

delito en virtud del artículo 209 del Código Penal. Asimismo, el Gobierno señala que el abogado de los demandantes no ha aplicado correctamente las tarifas de los abogados en cuanto al procedimiento de Estrasburgo, y alega que no era necesario presentar dos demandas por separado. El Gobierno considera que una suma total de 5.813,83 € en concepto de gastos y costas sería adecuada respecto al primer demandante y 4.142,35 € respecto al segundo.

64

El Tribunal recuerda que, en virtud del artículo 41 del [Convenio \(RCL 1999, 1190 y 1572\)](#) , sólo se reembolsan los gastos y costas real y necesariamente satisfechos para prevenir o reparar la violación del Convenio y cuya cuantía sea razonable ([Smith y Grady \[TEDH 1999, 37\]](#) [indemnización], ya citada, ap. 28, y más referencias).

65

En cuanto a los gastos de los procedimientos internos, el Tribunal señala que cada uno de los demandantes ha presentado una nota de honorarios del abogado que les representó en los procedimientos penales, que indica una cantidad global por su defensa. La diferencia en las sumas reclamadas por los demandantes se explica por el hecho de que, en el caso del primer demandante, dos instancias dictaron sentencia en el procedimiento penal ya que su primera sentencia fue parcialmente anulada por el Tribunal Supremo. El Tribunal señala que en el caso del primer demandante el procedimiento hacía referencia únicamente al artículo 209 del Código Penal. Por lo tanto, el Tribunal considera que todos los gastos fueron real y necesariamente satisfechos. Además, considera razonable la suma reclamada y la concede en su totalidad, es decir, 5.633,53 €. En cuanto al segundo demandante, el Tribunal, teniendo en cuenta el hecho de que el procedimiento penal contra él tenía relación principalmente con el artículo 209 pero también con un cargo menor de apropiación indebida, le concede 1.500 €.

66

En cuanto a los gastos del procedimiento de Estrasburgo, el Tribunal los considera excesivos. Resolviendo en equidad, concede a cada demandante 5.000 €.

67

La suma total concedida en concepto de gastos y costas asciende, por lo tanto, a 10.633,53 € respecto al primer demandante y a 6.500 € respecto al segundo.

68

En lo referente a la solicitud de los demandantes para futuros gastos vinculados a la eliminación de las consecuencias de la violación del [Convenio \(RCL 1999, 1190 y 1572\)](#) constatada, el Tribunal considera que dicha solicitud es especulativa. El Tribunal señala, en concreto, que los dos demandantes fueron condenados en 1997 a libertad condicional vigilada y que el período de tres años de libertad vigilada ya había finalizado. Lo que permanece es el registro de sus condenas en los antecedentes penales. En esta situación existen dudas sobre si será necesario volver a juzgar a los demandantes, ya que el Gobierno puede escoger otros medios para eliminar sus condenas. El Gobierno puede por ejemplo decidir conceder a los demandantes el perdón y suprimir las condenas de sus antecedentes penales. Teniendo en cuenta estas circunstancias, el Tribunal rechaza la solicitud de los demandantes para futuros gastos.

C

Intereses de demora

69

El Tribunal considera adecuado que el tipo aplicable se base en el tipo de interés de la facilidad de préstamo marginal del Banco central europeo, aumentado en tres puntos.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

1

Declara que hubo violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 del [Convenio \(RCL 1999, 1190 y 1572\)](#) ;

2

Declara que no procede resolver sobre las quejas presentadas en virtud del artículo 8 del [Convenio \(RCL 1999, 1190 y 1572\)](#) de forma aislada.

3

Declara,

(a) Que el Estado demandado deberá abonar al primer demandante, dentro del plazo de tres meses a partir de que la sentencia sea definitiva conforme al artículo 44.2 del [Convenio \(RCL 1999, 1190 y 1572\)](#) , 15.000 € (quince mil euros) en concepto de indemnización por daño moral y 10.633,53 € (diez mil seiscientos treinta y tres euros con cincuenta y tres céntimos) en concepto de gastos y costas;

(b) Que el Estado demandado deberá abonar al segundo demandante, dentro del plazo de tres meses a partir de que la sentencia sea definitiva, conforme al artículo 44.2 del [Convenio \(RCL 1999, 1190 y 1572\)](#) , 15.000 € (quince mil euros) en concepto de indemnización por daño moral y 6.500 € (seis mil quinientos euros) en concepto de gastos y costas;

(c) Que esta cantidad se verá incrementada con un interés simple equivalente al de la facilidad de préstamo marginal del Banco Central Europeo incrementado en tres puntos, a contar desde el vencimiento del antedicho plazo y hasta el pago;

4

Rechaza , por unanimidad, el resto de la solicitud de indemnización.

Hecha en inglés y notificada por escrito el 9 de enero de 2003, conforme al artículo 77.2 y 77.3 del reglamento del Tribunal. **Firmado** : Cristos Rozakis, Presidente.–Soren Nielsen, Secretario.