

Caso de Smith and Grady contra el Reino Unido, de 27/09/1999

Demanda de ciudadanos británicos contra el Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte por violación del art. 8 del Convenio. Actos de investigación y posterior expulsión de los demandantes de las Fuerzas Armadas a causa de su homosexualidad conforme a la política del Ministerio de Defensa contraria a la existencia de homosexuales y lesbianas en los ejércitos: violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar. Estimación de la demanda.

Hay Opinión del juez señor Loucaides.

En el asunto Smith y Grady contra el Reino Unido,

El Tribunal europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), celebrando sesión en una Sala compuesta por los jueces: señor J.-P. Costa, Presidente, sir Nicolas Bratza, señor L. Loucaides, señor P. Kuris, señor W. Fuhrman, señora H. S. Greve, señor K. Traja, así como por la señora S. Dollé, Secretaria de Sección,

Tras haber deliberado en privado los días 18 de mayo y 24 de agosto de 1999,
Dicta la siguiente

SENTENCIA

PROCEDIMIENTO

1. El asunto tiene su origen en dos demandas dirigidas contra el Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte que los demandantes presentaron ante la Comisión Europea de Derechos Humanos («La Comisión») en virtud del antiguo artículo 25 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («El Convenio») (RCL 1979\2421 y ApNDL 3627).

La primera demandante, la señora Jeanette Smith, ciudadana británica nacida en 1966, vive en Edimburgo. Su demanda, presentada el 9 de septiembre de 1996, fue registrada el 27 de noviembre de 1996 con el número de expediente 33985/1996. El segundo demandante, el señor Graeme Grady, ciudadano británico nacido en 1963, vive en Londres. Su demanda presentada el 6 de septiembre de 1996, fue registrada igualmente el 27 de noviembre de 1996 con el número de expediente 33986/1996. Ambos demandantes estuvieron representados ante la Comisión y luego ante el Tribunal por el señor P. Leech, director jurídico de Liberty, una asociación para la defensa de las libertades civiles que tiene su sede en Londres.

2. Los demandantes alegan que el expediente abierto sobre su homosexualidad y su expulsión del ejército británico del aire por el único motivo de ser homosexuales suponen la violación del artículo 8 del Convenio (RCL 1999\1190 y 1572), tomado aisladamente y en relación con el artículo 14. Invocan también los artículos 3 y 10 del Convenio, tomados aisladamente y en relación con el artículo 14, en cuanto a la política del Ministerio de Defensa que excluye a los homosexuales del ejército y a las investigaciones y expulsiones que de ella resultan. Se quejan, además, en el terreno del artículo 13, de no haber dispuesto de un recurso efectivo ante una instancia nacional para reparar estas violaciones.

3. El 20 de mayo de 1997, la Comisión (plenaria) decidió dar conocimiento de las demandas al Gobierno británico («El Gobierno»), a quien invitó a presentar alegaciones sobre su admisibilidad y su fundamento. Decidió, además, unirlas a otras dos demandas similares (núms. 31417/1996 y 32377/1996, Lustig-Prean contra el Reino Unido y Beckett contra el Reino Unido [TEDH 1999\36]).

El Gobierno, representado por sus agentes señores M. Eaton y C. Whomersley, ambos pertenecientes, respectivamente, al Ministerio de Asuntos Exteriores y de la Commonwealth, presentó sus observaciones el 17 de octubre de 1997.

4. El 17 de enero de 1998, la Comisión decidió aplazar el examen de las demandas a la espera de la resolución de una cuestión prejudicial por el Tribunal Europeo de Justicia remitida («TEJ») por el Tribunal Supremo (High Court) inglés, en virtud del artículo 177 del Tratado de Roma, relativa a la aplicabilidad de diferencias de trato basadas en las tendencias sexuales, en base a la Directiva 76/207/CEE del Consejo, sobre el establecimiento del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que concierne al acceso al empleo, a la formación y a los ascensos profesionales, y a las condiciones de trabajo («la Directiva relativa a la igualdad de trato»).

5. El 17 de abril de 1998, los demandantes presentaron sus alegaciones en respuesta a las del Gobierno.

6. Por decisión de 13 de julio de 1998, la High Court renunció a la cuestión prejudicial anteriormente citada, a la vista de la decisión del TEJ en el asunto R. v. Secretary of State for Defence, ex parte Perkins (13 de julio de 1998).

7. Tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 el 1 de noviembre de 1998 (RCL 1998\1562 y 2300), las demandas son examinadas por el Tribunal en aplicación del artículo 5.2 de dicho Protocolo.

Conforme al artículo 52.1 del Reglamento del Tribunal («El Reglamento»), el Presidente del Tribunal, señor L. Wildhaber, asignó el caso a la Sección Tercera. La Sala a constituir en el seno de dicha sección, comprendía como miembros de pleno derecho a sir Nicolas Bratza, juez elegido en representación del Reino Unido [artículos 27.2 del Convenio y 26.1 a) del Reglamento] y al señor J.-P. Costa, que asumió la presidencia de la Sección y por lo tanto de la Sala [artículos 12 y 26.1 a) del Reglamento]. Los otros miembros designados por este último para completar la Sala eran los señores L. Loucaides, P. Kuris, W. Fuhrmann, señora H. S. Greve y señor K. Traja [artículo 26.1 b) del Reglamento].

8. El 23 de febrero de 1998, la Sala admite las demandas 1 y, aunque manteniendo su acumulación, decidió separarlas de los asuntos Lustig-Prean y Beckett anteriormente citados. Decidió, además, celebrar una audiencia sobre el fondo del caso.

9. El 29 de abril de 1999, el Presidente de la Sala concedió a la señora Smith el beneficio de justicia gratuita.

10. La audiencia de este caso y del caso Lustig-Prenan y Beckett contra el Reino Unido se celebró en público el 18 de mayo de 1999, en el Palacio de los Derechos Humanos de Estrasburgo.

Comparecieron:

-por el Gobierno: señores C. Whomersley, Ministerio de Asuntos Exteriores y de la Commonwealth, agente, J. Eadie, asesor, J. Betteley, señora J. Pfeiffer, abogados;

-por los demandantes: señores B. Emmerson, J. Simor, asesores, P. Leech, señora D. Luping, solicitors, señor A. Clapham, abogado.

El Tribunal oyó en sus declaraciones a los señores Emmerson y Eadie.

HECHOS

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

A. La primera demandante

11. El 8 de abril de 1989, la señora Jeanette Smith (la primera demandante) se alistó como auxiliar de enfermería (enrolled nurse) por un período de nueve años (renovables) en la Royal Air Force. Obtuvo seguidamente el grado de cabo. De 1991 a 1993, fue propuesta para ascenso. Su acceso al grado superior estaba subordinado al hecho de convertirse en enfermera (staff nurse), y en 1992, fue aceptada para la formación apropiada. Debía pasar los últimos exámenes en septiembre de 1994.

12. El 12 de junio de 1994, encontró en su contestador automático un mensaje de una mujer no identificada que declaraba haber informado a las autoridades del ejército del aire de la condición de homosexual de la demandante. Esta no se presentó en su puesto de trabajo el 13 de junio de 1994 como debería haber hecho. El mismo día, una mujer llamó al Servicio de Policía Militar y Seguridad del ejército del aire (Provost and Security Service-«la policía militar»), afirmando que la demandante era homosexual y le hacía sufrir acoso sexual.

13. El 15 de junio de 1994, la demandante se presentó en su puesto de trabajo. Fue convocada para una entrevista previa a la apertura de un procedimiento disciplinario por haberse ausentado sin autorización. Para justificar su ausencia, mencionó la llamada telefónica anónima y reconoció que era homosexual. Confirmó igualmente haber tenido ya una relación homosexual y mantener entonces otra, que implicaban ambas a personas civiles; la relación en curso había comenzado hacía dieciocho meses. Se requirió la asistencia de la policía militar, se abrió un expediente interno y se designó un investigador de la policía militar.

14. El mismo día, la demandante fue interrogada por este investigador y por otro oficial (una mujer) perteneciente a la policía militar. El interrogatorio duró alrededor de treinta y cinco minutos. Se avisó a la interesada de que no estaba obligada a hablar pero que toda declaración suya podría ser añadida al expediente. Ella afirmó posteriormente que su solicitador le había aconsejado callarse; aceptó sin embargo responder a preguntas sencillas pero se negó a dar «detalles». Se le advirtió que ciertas preguntas podrían molestarle y que podía en ese caso expresar su contrariedad. Se le explicó igualmente que las preguntas tenían por finalidad verificar que su confesión no tenía la finalidad de obtener una revocación anticipada.

La demandante declaró que si se «planteaba preguntas» ella se cuestionaba sobre sus preferencias sexuales desde hace unos seis años, había tenido su primera relación homosexual en su primer año en el ejército del aire. Se le invitó a decir cómo había llegado a tomar consciencia de que era lesbiana, cuáles eran los nombres de sus

anteriores compañeras (que se negó a dar) y si éstas pertenecían al ejército (esta pregunta se le planteó repetidas veces). Fue interrogada igualmente sobre cómo había encontrado a su compañera actual y la naturaleza de sus relaciones; ante su negativa a responder, su interlocutor le preguntó por qué otro medio él podría probar su homosexualidad. La demandante confirmó entonces que ella y su compañera mantenían relaciones íntimas.

Se le preguntó, igualmente, si ella y su compañera tenían relaciones sexuales con la joven (de dieciséis años) que vivía en su casa. La demandante indicó que ella conocía las consecuencias del descubrimiento de su homosexualidad y que, considerándose tan apta como cualquier otra a cumplir sus funciones, se había resignado a lo que le iba a suceder. Sus interlocutores quisieron saber también si había consultado a un abogado, cuál era el nombre de su solicitador, qué consejos le había ya dado éste, y qué pensaba hacer a este respecto tras el interrogatorio. Fue invitada a decir si se había planteado las cuestiones relativas al VIH, si «tomaba precauciones», qué hacía en su tiempo libre y si participaba en «juegos de marimachos» como el hockey o el baloncesto femenino. La demandante aceptó que su compañera, que esperaba fuera, fuera interrogada para «corroborar» su declaración.

15. En su informe de 15 de junio de 1994, los investigadores consignaron su posterior entrevista con la compañera de la demandante, quien confirmó que mantenían relaciones íntimas desde hacía unos dieciocho meses; se negó sin embargo a decir nada más.

16. El informe del expediente abierto fue enviado al jefe del cuerpo de la demandante, quien propuso, el 10 de agosto de 1994, la expulsión administrativa de la interesada. El 16 de noviembre de 1994, ésta recibió una comunicación de expulsión del ejército. Según un documento interno del ejército del aire de fecha 17 de octubre de 1996, la evaluación de la competencia profesional y de las cualidades personales de la demandante es muy buena, y el comportamiento general de la interesada se califica como ejemplar.

B. El segundo demandante

17. El 12 de agosto de 1980, el señor Graeme Grady (el segundo demandante) entró como auxiliar administrativo en la Royal Air Force, con el grado de soldado de segunda clase. En 1991, había alcanzado el grado de sargento y trabajaba como administrador de personal; fue entonces trasladado a Washington, a la oficina de enlace del Ministerio de Defensa británico para América del Norte [British Defence Intelligence Liaison Service (North America)-«BDILS(NA)»]. Tenía entonces estatuto de mando y dirigía el equipo de apoyo del BDILS(NA). En mayo de 1993, el demandante, que estaba casado y tenía dos hijos, anunció a su esposa que era homosexual.

18. La evaluación general del interesado del período que iba de junio de 1992 a junio de 1993 indica que obtuvo ocho sobre un total de nueve por sus capacidades profesionales, su competencia en materia de oficialidad y sus cualidades personales. Se puso de relieve su aptitud para trabajar con personas de cualquier grado, con sus homólogos canadienses y australianos y con sus superiores jerárquicos, señalando su jefe de cuerpo, como conclusión, que el demandante era idóneo para ser inscrito en el escalafón (podía estar a su alcance una recomendación especial) y que correspondía especialmente bien con el perfil «PS (assistant personnel) / SDL (funciones especiales) / funciones diplomáticas».

19. Tras las revelaciones hechas a la esposa del jefe del BDILS(NA) por el ama de la familia, el jefe del BDILS(NA) indicó que se sospechaba que el demandante fuera

homosexual. Se abrió un expediente interno y se designó a un oficial de la policía militar como investigador.

20. El 12 de mayo de 1994, la orden de seguridad del demandante fue reemplazada por una orden más restringida. El 17 de mayo de 1994, el jefe del BDILS(NA) le relevó de sus funciones y le informó que se le enviaba al Reino Unido a la espera de la resolución de las averiguaciones sobre un problema relativo a su seguridad. El mismo día, el interesado fue conducido a su casa para hacer su equipaje e invitado a abandonar Washington camino del Reino Unido. Se le pidió entonces que permaneciera en el recinto de la base aérea señalada en el Reino Unido.

21. El 19 de mayo de 1994, el jefe del BDILS(NA) aconsejó a los investigadores de la policía militar, que mientras tanto habían llegado a Washington, que interrogaran a su propia esposa, al ama, a la esposa del demandante, así como a una empleada del BDILS(NA) y al marido de esta última.

22. En su declaración, el ama explicó cómo, debido a sus propias relaciones en el medio homosexual, había llegado a sospechar que el demandante era homosexual. La esposa del jefe del BDILS(NA) contó, durante el interrogatorio, las confidencias que le había hecho la esposa del demandante sobre sus dificultades conyugales y su vida sexual, y reveló a los investigadores que el interesado había salido de excursión en bicicleta con un colega. Los investigadores decidieron que su declaración no podía serles de utilidad. La colega del demandante y su marido evocaron también los problemas conyugales del interesado y de su esposa, la circunstancia de que dormían en habitaciones separadas, y la excursión en bicicleta que el demandante había efectuado con un colega. Se interrogó igualmente a estas personas sobre la posibilidad de que el demandante mantuviera una relación adúltera y relaciones con la comunidad homosexual. Los investigadores explicaron seguidamente que estos amigos eran claramente leales con respecto al interesado y que no había que creerles.

23. La esposa del señor Grady también fue interrogada. El interrogatorio se consignó detalladamente en el informe de fecha 22 de mayo de 1994. Se explicó a la esposa del demandante que el interrogatorio se refería a la orden de seguridad de su marido y que éste había sido trasladado inmediatamente al Reino Unido, conforme al procedimiento habitual. Aceptó hablar a los investigadores de su esposo y de sí misma y, respondiendo a las preguntas, se manifestó sobre su situación financiera, la evolución y el estado actual de su vida conyugal, sus hábitos sexuales y la relación del demandante con sus dos hijos. Indicó que las tendencias sexuales de su esposo eran normales y que había salido sólo a hacer la excursión en bicicleta en cuestión.

24. El 23 de mayo de 1994, se suspendió la orden de seguridad restringida concedida al demandante.

25. El 25 de mayo de 1994, el demandante fue llamado a un interrogatorio con los investigadores, que habían vuelto de los Estados Unidos. El interrogatorio se inició a las 14 horas 35 minutos y se realizó, tras avisar al interesado, en presencia de un observador (perteneciente igualmente al ejército del aire), a solicitud del interesado. Este fue informado de la existencia de una alegación relativa a sus preferencias sexuales (se emplearon los términos de «queen» [vulgar, homosexual] y de «out and out bender») y se le precisó que los investigadores habían estado en Washington y habían hablado con varias personas, de las que una o dos pensaban que era homosexual.

El demandante negó ser homosexual. Se le plantearon numerosas preguntas sobre su trabajo, sus relaciones con el jefe del BDILS(NA), su excursión en bicicleta y su colega. Los investigadores le dijeron que su esposa había sufrido un largo interrogatorio

y le dijeron, de vez en cuando, si sus respuestas eran concordantes. Fue invitado a hablar del fracaso de su matrimonio, de sus eventuales aventuras extraconyugales, de sus relaciones íntimas con su esposa, incluyendo el hecho de que utilizaran preservativos, y de su situación financiera. Se le plantearon igualmente preguntas sobre su excursión en bicicleta, sobre un colega y sobre la orientación sexual de este último. Se preguntó al demandante a quién llamaba desde que estaba en el Reino Unido y cómo telefoneaba. Se le dijo que se le pediría su agenda electrónica que contenía nombres, direcciones y números de teléfono y que se verificaría si las entradas correspondían a contactos homosexuales. Los investigadores informaron al demandante que tenían una orden que les autorizaba a registrar su domicilio si no estaba de acuerdo. El demandante dio su consentimiento al registro. Solicitó igualmente que se le dejara tiempo para reflexionar y para consultar a un abogado. El interrogatorio fue suspendido a las 15 horas y 14 minutos.

26. El demandante pidió entonces la opinión de un solicitador y se realizó un registro en su domicilio. Se reanudó el interrogatorio a las 19 horas y 44 minutos, en presencia del solicitador y de un observador. Aunque se le acosó con preguntas, el demandante respondió «sin comentarios» a la mayoría de ellas. Ante las respuestas del interesado, se preguntó a su solicitador qué le había aconsejado. Se confiscó la agenda electrónica del demandante. Se le preguntó si se daba cuenta de las consecuencias de la investigación desde el punto de vista de la seguridad, y si sabía que su carrera había terminado si se probaban las alegaciones en su contra. Uno de los investigadores le dijo entonces:

«Si cambia usted de opinión y desea hablarme, mientras estoy todavía aquí, antes de que vuelva a Washington, porque vuelvo a Washington. Voy a ver al coronel mañana, al de Londres, que verá al general, y vamos a pedir autorización para hablar con los americanos (...) y me quedaré allí, Graeme, hasta que haya hablado con todos los americanos que usted conoce. El dinero no es problema. El tiempo no es problema (...)».

Se presentaron al demandante las declaraciones detalladas hechas por su esposa a los investigadores, que incluían informaciones sobre su relación con su hijo, su hija y su suegra, sobre temas relativos al domicilio familiar de las que el demandante no tenía conocimiento, y sobre la utilización por parte del interesado de preservativos en sus relaciones sexuales con su mujer. El investigador insistió en la frialdad que el demandante había manifestado hacía su esposa, y sobre el aparente enamoramiento con respecto a ella. El demandante siguió respondiendo «sin comentarios». Se explicó a su solicitador que la actitud del ejército en cuanto a las investigaciones relativas a las alegaciones de homosexualidad no justificaban el recurso a abogados y que el solicitador sólo retrasaba las cosas. Los investigadores declararon igualmente, que se trataba de una cuestión de seguridad y que no darían más detalles, al no tener el solicitador la habilitación de seguridad; sin embargo, el demandante no debía sorprenderse si venían a hablarle personas pertenecientes al contraespionaje, y no tendría entonces ninguna posibilidad de asesorarse jurídicamente.

El demandante pidió tiempo para hablar con su solicitador y se interrumpió el interrogatorio a las 20 horas y 10 minutos. Tras hablar con su asesor, pidió una noche para reflexionar.

27. Se retomó el interrogatorio el 26 de mayo de 1994 a las 15 horas y 27 minutos, en presencia de los mismos investigadores y de un observador, pero el demandante no pidió la asistencia de un solicitador. Reconoció casi inmediatamente su homosexualidad y explicó que al principio lo había negado porque no sabía si podría conservar el beneficio de ciertos derechos acumulados en caso de expulsión, y que le preocupaba la situación financiera de su familia ante tal eventualidad. Luego había descubierto que se

beneficiaría de una expulsión administrativa y que tendría derecho a una indemnización normal por cesación de servicio; podía por lo tanto mostrarse sincero.

Se interrogó al demandante sobre un cierto «Randy»; se le preguntó si su esposa estaba al corriente de su homosexualidad, si uno de sus colegas era homosexual, y cuándo había revelado su homosexualidad. Se le preguntó si tenía actualmente un compañero, pero se negó a dar su nombre; en este momento, se le explicó que el servicio debía verificar sus declaraciones relativas a su homosexualidad para evitar tentativas fraudulentas de expulsión anticipada. Se le interrogó entonces sobre su primera relación homosexual (declaró que había comenzado en octubre de 1993) y sobre sus compañeros homosexuales (pasados y presentes); se le preguntó quiénes eran, dónde trabajaban, qué edad tenían, cómo les había conocido y cuál era la naturaleza de sus relaciones, incluidas las relaciones sexuales, que mantenía con ellos.

Durante el interrogatorio se presentaron los efectos personales que le habían sido confiscados y se le interrogó principalmente sobre el contenido de su agenda electrónica, una fotografía, un sobre rasgado y una carta que había dirigido a su actual compañero. Se le preguntó igualmente, cuándo había tomado conciencia por primera vez de su homosexualidad, quién conocía sus tendencias sexuales, cuáles eran sus relaciones (incluidas las sexuales) con su esposa, lo que ésta pensaba sobre su homosexualidad, si era seropositivo y, de nuevo, cuál era la naturaleza de sus relaciones con sus compañeros homosexuales. El interrogatorio terminó a las 16 horas 10 minutos.

28. Los investigadores redactaron el informe el 13 de junio de 1994. En la recapitulación de sus calificaciones y su certificado de referencias de 12 de octubre de 1994, se describe al demandante como un soldado leal y un profesional concienzudo y trabajador en quien se puede confiar para alcanzar lo excelente. Se hacía constar igualmente que había dado prueba de sólidas cualidades personales y de integridad durante todo el período en el que había servido al ejército, y que se había ganado el respeto tanto de sus superiores como de sus iguales y de sus subordinados. La expulsión administrativa del demandante entró en vigor el 12 de diciembre de 1994.

C. El procedimiento de control jurisdiccional entablado por los demandantes (R. v. Ministry of Defence, ex parte Smith and Others, Weekly Law Reports, vol. 2, pg. 305)

29. Los demandantes, junto con los señores Lustig-Prean y Beckett (apartado 3 supra), fueron autorizados a solicitar el control jurisdiccional de las decisiones de expulsarles del ejército. Pretendían que la política del Ministerio de Defensa con respecto a los homosexuales pertenecientes al ejército era «irracional», suponía violación del Convenio y contravenía la Directiva relativa a la igualdad de trato. En opinión del Ministerio de Defensa, esta política era necesaria, principalmente para mantener la moral y la eficacia de las tropas, habida cuenta del papel parental del ejército con respecto a los jóvenes reclutas y de la exigencia de vida en comunidad en el seno de las fuerzas armadas.

30. El 7 de junio de 1995, la High Court rechazó la solicitud de control jurisdiccional, exponiendo el Lord Justice Simon Brown la sentencia principal del Tribunal. Advirtió que estos asuntos ilustraban los problemas que engendraba la política absolutista con respecto a los homosexuales en las fuerzas armadas, y constató que los cuatro demandantes tenían hojas de servicio ejemplares, pudiendo invocar algunos de ellos informes redactados en términos elogiosos. Además, señaló que nadie había alegado en los casos ante el Tribunal, que las preferencias sexuales de los interesados hubieran sido perjudiciales en modo alguno con respecto a su capacidad para cumplir sus tareas o hubieran tenido un efecto negativo en la disciplina. Nada permitía creer que sin estas

expulsiones, motivadas únicamente por sus tendencias sexuales, no hubieran continuado cumpliendo sus funciones con una perfecta eficacia y con el apoyo seguro de sus colegas. Todos estaban abrumados por su expulsión.

El Lord Justice Simon Brown examinó el contexto de esta política «secular», el interés que presentaba el informe de 1991 de la comisión parlamentaria restringida, la situación en el seno de otros ejércitos del mundo, la argumentación del Ministerio de Defensa (señalando que el motivo relativo a la seguridad ya no era una de las preocupaciones del Gobierno), así como los argumentos de los demandantes contra esta política. Estimó que los motivos de los demandantes eran claramente de un peso mayor que los de sus adversarios, calificando de «poderosos» sus argumentos a favor de un código de conducta. En su opinión, el Ministerio de Defensa iba contra el sentido de la historia. Añadió que, fuera cual fuera la decisión de la High Court, esta política no sobreviviría probablemente mucho tiempo, y añadió: «dudo que la mayoría de los que han seguido el procedimiento en este recinto puedan pensar de manera distinta».

31. Sin embargo, al tratarse de los argumentos relativos al criterio a emplear en el marco de este procedimiento de control jurisdiccional, el Lord Justice Simon Brown concluyó que había que aplicar los principios *Wednesbury* clásicos, adaptados al contexto de los derechos humanos.

En consecuencia, desde el momento en que se alegaba una restricción de derechos fundamentales, el Ministro de Defensa debía demostrar la existencia de un interés superior concurrente para justificar la restricción. Era suya la decisión principal, ya que el examen subsidiario del Tribunal era sólo para saber si un ministro, teniendo en cuenta los elementos de los que disponía, podía razonablemente haber emitido este juicio principal. Precisó a continuación, que el Tribunal solo podía anular la decisión del Ministro si la justificación presentada «desafiaba de manera flagrante la lógica o los principios morales comúnmente admitidos». Señaló que en el marco limitado de este control, el Tribunal debía asegurarse meticulosamente, antes de rechazar la solicitud, de que el demandante no tenía verdaderamente otro medio de contestación reconocido. Si estaban amenazados los derechos más fundamentales, el Tribunal rechazaría, por ejemplo, pasar sobre un vicio menor en el proceso de decisión, considerar las pruebas del Ministro con una benevolencia particular o ejercer su poder discrecional de no conceder reparación.

Sin embargo, subrayó que incluso en caso de restricción de los derechos más fundamentales, «no se había rebajado el umbral a partir del cual una decisión pierde su carácter razonable».

Manifiestamente, el Ministro había hecho valer un interés público superior concurrente. Pero la cuestión central era la de saber si era razonable para el Ministro estimar que autorizar a los homosexuales a servir en el ejército amenazaría el interés en juego. Aunque no se pudiera excluir que el Ministro se hubiera equivocado, el magistrado subrayó que:

«(...) (los tribunales) tienen un deber (...), el de permanecer dentro de los límites constitucionales y no salir de ellos. Convendría que este Tribunal volviera a tomar el conjunto de este asunto de manos de los militares y del gobierno únicamente si estuviera totalmente fuera de razón afirmar que no se puede causar ningún perjuicio al ejército en tanto que fuerza de combate. Si el Convenio (...) estuviera integrado en nuestro Derecho, y en consecuencia pudiéramos intentar saber si esta política responde a una necesidad social imperiosa y si se pudiera demostrar que la restricción realizada a los derechos humanos en cuestión está proporcionada a las ventajas que procura, entonces la decisión principal (...) manifiestamente nos pertenecería, a nosotros y no a otros: se

modificaría el equilibrio constitucional. Pero no es éste el caso. Siendo llamado a emitir una simple sentencia subsidiaria, este Tribunal está obligado a observar una cierta moderación. Nuestra actitud debe subrayar, y no enmascarar, a quien en definitiva, es responsable de la defensa del reino, y recordar igualmente que el Parlamento controla permanentemente este campo de prerrogativas».

En consecuencia, si el motivo invocado por el Ministro para justificar la prohibición pudiera aparecer como «poco convincente», la posición del Ministro no podría pasar propiamente por ilegal. Entonces, «aunque con dudas y lamentándolo», convendría rechazar las solicitudes. Un breve análisis de la jurisprudencia basada en el Convenio condujo al juez a declarar que había muchas posibilidades, teniendo en cuenta las obligaciones del Reino Unido, de que los días de esta política estuvieran contados.

32. El Lord Justice Simon Brown estimó igualmente que la Directiva relativa a la igualdad de trato no se aplicaba a un trato discriminatorio basado en la orientación sexual y que los tribunales internos no podían resolver sobre cuestiones que entraban en el ámbito del Convenio. Constató también que los Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda, Israel, Alemania, Francia, Noruega, Suecia, Austria y Holanda autorizaban a los homosexuales a servir en sus ejércitos y que, según los elementos del informe, los únicos países que habían promulgado una prohibición general eran Turquía y Luxemburgo (así como, quizás, Portugal y Grecia).

33. En agosto de 1995, el Ministerio de Defensa dirigió a «los órganos directivos» de las fuerzas armadas, un documento que debía servir para evaluar su política con respecto a los homosexuales en el seno de las fuerzas armadas. En la carta de presentación que acompañaba a este documento, se subrayaba que «el Secretario de Estado de las Fuerzas Armadas ha(bía) decidido que es(era) necesario recoger en el Ministerio de Defensa elementos a favor de la política actual sobre la homosexualidad». Se precisaba que se iba probablemente a presentar el caso ante los tribunales europeos y que los demandantes, en el procedimiento de control jurisdiccional, habían hecho valer que la posición del Ministerio de Defensa «no se basaba en ninguna prueba de hecho», lo que no tenía nada de sorprendente: en efecto, las pruebas eran difíciles de reunir, ya que los homosexuales no estaban autorizados a servir en el ejército. Dado que los «argumentos a favor del mantenimiento de esta política no (debían) por ello debilitarse», los destinatarios de la carta estaban invitados a comentar el documento y a «suministrar cualquier otro elemento favorable a la política actual de aquí a septiembre de 1995». El documento adjunto invocaba sobre todo dos incidentes considerados como perjudiciales a la cohesión del ejército. El primero implicaba a un homosexual que mantenía una relación con un camarero del restaurante de suboficiales, y el otro se refería a un australiano en destino provisional, cuyo comportamiento había sido calificado de «tan perturbador» que se había puesto fin a su destino.

34. El 3 de noviembre de 1995, el Tribunal de Apelación desestimó la demanda. La sentencia principal fue pronunciada por sir Thomas Bingham, Master of the Rolls (con quien los otros jueces del Tribunal se mostraron de acuerdo).

35. En cuanto al punto de vista del Tribunal sobre la cuestión de la «irracionalidad», el Master of the Rolls estimó que las consideraciones siguientes describían exactamente el estado de la jurisprudencia relativa al tema:

«El Tribunal sólo puede intervenir por razones de fondo en el ejercicio de un poder discrecional administrativo si está convencido de que la decisión no es razonable en cuanto a que no está en la gama de reacciones que se ofrece a una respuesta razonable. Sin embargo, al tratarse de juzgar si el autor de la decisión ha sobrepasado

este margen de apreciación, el contexto de los derechos humanos es importante. Cuanto más grave es la injerencia en los derechos humanos, más exigirá el Tribunal una justificación seria antes de convencerse del carácter razonable de la decisión en el sentido definido anteriormente».

El magistrado continuó citando, sobre todo, la sentencia dictada por Lord Bridge en el caso *R. v. Secretary of State for the Home Department*, ex parte Brind (Appeal Cases 1991, vol. 1, pg. 696) que precisaba lo siguiente:

«Pertenece al Ministro, a quien el Parlamento ha confiado un poder discrecional en la materia, el tomar la decisión principal en cuanto a saber si el interés público concurrente en juego justifica la restricción impuesta en el presente caso. Pero estamos en nuestro derecho de ejercer un juicio subsidiario buscando saber si un ministro, teniendo en cuenta los elementos de los que disponía, podía razonablemente emitir este juicio principal».

Además, estimó que cuanto más política fuera la decisión y más se apartara su objeto de la práctica jurídica ordinaria, más escrupuloso debía ser el Tribunal en considerar esta decisión como irracional.

36. Antes de aplicar el criterio de irracionalidad, el Master of the Rolls indicó que el asunto se refería a características innatas de naturaleza muy personal, que las decisiones contestadas por los demandantes tenían una profunda incidencia en sus carreras y su porvenir, y que los derechos de los interesados como seres humanos estaban en el centro del asunto. Si no era asunto del Tribunal el tomar la decisión principal y reglamentar las condiciones de servicio en el ejército, «tenía el papel y el deber constitucional de garantizar que los derechos de los ciudadanos no fueran escarnecidos por el ejercicio ilegal del poder ejecutivo. El Tribunal debe inclinarse ante la pericia de los responsables, pero no debe faltar a su deber fundamental de "administrar justicia a toda persona, sea quien sea" (...)».

37. Aplicando el criterio de la irracionalidad invocado anteriormente, abordó seguidamente los argumentos de las partes a favor y en contra de la política, observando que los motivos de los demandantes tenían «una fuerza considerable» y necesitaban un examen en profundidad, teniendo en cuenta sobre todo la práctica en el Reino Unido, las evoluciones constatadas en otros países y la eficacia potencial de un código que incluyera instrucciones detalladas y que reemplazara a la actual prohibición general. Sin embargo, el magistrado concluyó que la política no podía ser considerada como «irracional» en la época en la que los demandantes habían sido revocados del ejército, estimando que el umbral de irracionalidad era «elevado» y que no se había sobrepasado en este caso.

38. En cuanto al Convenio, el Master of the Rolls hizo las siguientes observaciones:

«Evidentemente, nadie niega que los tribunales internos no pueden hacer ejecutoria la obligación del Reino Unido, en virtud del Derecho Internacional, de respetar y de hacer respetar (el artículo 8 del Convenio). El Convenio presenta en este caso el interés de que puede aclarar el contexto del motivo relativo a la irracionalidad. El hecho de que un responsable, en el ejercicio de un poder administrativo discrecional, no haya tomado en cuenta las obligaciones que impone el Convenio, no constituye en sí mismo un motivo de contestar el ejercicio de este poder discrecional».

El magistrado constató que, en apariencia, el hecho de destituir a una persona de su puesto a causa de tendencias sexuales personales y de interrogarle sobre el comportamiento sexual que observa en privado, no denotaba un gran respeto por la vida privada y familiar de esta persona; señaló, además, que se podía preguntar si la política respondía a «una necesidad social imperiosa», y en particular, si estaba proporcionada al

fin legítimo perseguido. Sin embargo, concluyó que el Tribunal de Apelación no podía responder de manera satisfactoria o útil a estas preguntas, y que más bien, había que dirigir las al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, ante el que los demandantes podrían hacer valer sus pretensiones. Admitió también, que la Directiva relativa a la igualdad de trato no se aplicaba a los motivos que hacían referencia a las preferencias sexuales.

39. El Lord Justice Henry, del Tribunal de Apelación, expresó su conformidad con la sentencia del Master of the Rolls, en particular, con su punto de vista en lo relativo al criterio de la irracionalidad y la falta de aptitud del Tribunal para resolver las cuestiones que entran en el ámbito del Convenio. Expresó dudas en cuanto a la utilidad de un debate sobre la suerte probable de la «muy antigua» política del ministerio de Defensa ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien pertenecía prioritariamente resolver sobre las cuestiones relativas al Convenio. El Tribunal de Apelación no se ocupaba de «problemas hipotéticos». Para el Lord Justice Henry, el Convenio sólo presentaba interés para «aclarar el contexto del motivo relativo a la irracionalidad», como había ya señalado el Master of the Rolls. Era importante subrayar este punto, ya que el Parlamento no había atribuido a los tribunales internos la competencia principal para conocer de las cuestiones relativas a los Derechos Humanos que entran en el ámbito del Convenio, y que los elementos y observaciones presentados ante el Tribunal se referían a los poderes subsidiarios en la materia y no a su competencia principal.

40. El Lord Justice Thorpe, del Tribunal de Apelación, se unió a las dos resoluciones expuestas anteriormente y, en particular, a los puntos de vista expresados sobre el criterio de la irracionalidad y su aplicación en el caso. Los motivos de los demandantes en apoyo de la tesis de la violación de los derechos garantizados por el artículo 8 eran ciertamente «convincientes», pero el Tribunal de Apelación no disponía de elementos y argumentos que permitieran, en definitiva, regular la cuestión. Estimó igualmente que las observaciones de los demandantes en respuesta a los argumentos a favor de la política eran «totalmente convincentes», añadiendo que, en el fondo, lo más chocante era la ausencia total de ilustración y de justificación por medio de ejemplos específicos, tanto entre los elementos presentados por el Ministro ante el High Court como en el expediente presentado ante la comisión parlamentaria restringida en 1991. En su opinión, «ya era hora de revisar esta política y de considerar el reemplazarla por un código de conducta estricto». Sin embargo, la contestación por los demandantes de la racionalidad del Ministro había «fracasado».

41. El 19 de marzo de 1996, el comité de selección de recursos (Appeals Committee) de la Cámara de los Lores negó a los demandantes la autorización para recurrir.

D. Procedimiento entablado por los demandantes ante el Tribunal de Trabajo

42. En la época en la que los demandantes solicitaron la autorización de iniciar un procedimiento de control jurisdiccional, sometieron el asunto igualmente al Tribunal de Trabajo (Industrial Tribunal), alegando un trato discriminatorio contrario a la Ley de 1975 sobre la discriminación sexual (Sexual Discrimination Act 1975). Este último proceso fue suspendido a la espera del desenlace del procedimiento de control jurisdiccional.

43. Mediante una carta de 25 de noviembre de 1998, los demandantes confirmaron al Tribunal que habían solicitado renunciar al proceso en curso ante el Tribunal de Trabajo, a la vista de la resolución del procedimiento de control jurisdiccional y otras decisiones de tribunales internos y del TEJ que se habían producido mientras tanto.

II. DERECHO Y PRACTICA INTERNOS APLICABLES

A. Despenalización de los actos homosexuales

44. En virtud del artículo 1.1 de la Ley de 1967 sobre las infracciones sexuales (Sexual Offences Act 1967), los actos homosexuales cometidos en privado entre adultos consintientes (en aquel momento personas de más de 21 años), quedan despenalizados. Sin embargo, el artículo 1.5 de la Ley de 1967 precisaba que tales actos seguían constituyendo infracciones desde el punto de vista de las Leyes de 1955 sobre el ejército de tierra y el ejército del aire, y de la Ley de 1957 sobre la disciplina en la marina. El artículo 1.5 de la Ley de 1967 fue abolido por la Ley de 1994 sobre la justicia penal y el orden público (Criminal Justice and Public Order Act 1994), quien a su vez rebajó la edad del consentimiento a los 18 años. Sin embargo, según el artículo 146.4 de la Ley de 1994, esta disposición no impide que un acto homosexual (acompañado o no de otros actos o circunstancias) pueda constituir un motivo de expulsión de un militar.

B. Sentencias R. v. Secretary of State for Defence, ex parte Perkins, de 13 de marzo de 1997 y 13 de julio de 1998, y asuntos relacionados

45. El 30 de abril de 1996, el TEJ decidió que el Derecho Comunitario protegía a los transexuales de cualquier forma de discriminación basada en su transexualidad (P. v. S. and Cornwall County Council, Industrial Relations Law Reports 1996, pg. 347).

46. El 13 de marzo de 1997, la High Court sometió al TEJ, en virtud del artículo 177 del Tratado de Roma, el asunto de una cuestión prejudicial sobre la aplicabilidad de la Directiva relativa a la igualdad de trato y a las diferencias de trato basadas en las tendencias sexuales (R. v. Secretary of State for Defence, ex parte Perkins, 13 de marzo de 1997). El señor Perkins había sido expulsado de la Royal Navy debido a su homosexualidad.

47. El 17 de febrero de 1998, el TEJ estimó que la Directiva 75/117/CEE relativa a la igualdad de las remuneraciones no se aplicaba a la discriminación basada en la orientación sexual (Grant v. South West Trains Ltd, Industrial Cases Reports 1998, pg. 449).

48. En consecuencia, el 2 de marzo de 1998, el TEJ preguntó a la High Court si, en el marco del asunto Perkins, deseaba mantener la cuestión prejudicial que le había planteado en virtud del artículo 177. Tras una audiencia en presencia de las partes, la High Court decidió renunciar a su remisión prejudicial ante el TEJ (R. v. Secretary of State for Defence, ex parte Perkins, 13 de julio de 1998). Se rechazó la autorización de interponer recurso de apelación.

C. La política del Ministerio de Defensa relativa a los homosexuales en el ejército

49. Tras las modificaciones introducidas por la Ley de 1994 sobre la justicia penal y el orden público, se distribuyó en diciembre de 1994 a los servicios de personal de los tres ejércitos una versión actualizada de un documento titulado «Política y directivas del ejército relativas a la homosexualidad» (Armed Forces Policy and Guidelines-«las directivas»). Las directivas incluían principalmente las disposiciones siguientes:

«La homosexualidad, masculina o femenina, está considerada como incompatible con el alistamiento en el ejército. Esto no se refiere solamente a las condiciones de intimidad física en las que el personal debe frecuentemente vivir y trabajar, sino también al hecho de que el comportamiento homosexual puede chocar, llevar a la creación de dos campos, suscitar faltas de disciplina y, por consiguiente, atentar contra la moral y la eficacia de las tropas. Las personas que admitan ser homosexuales durante el tiempo de su servicio y de los que su jefe de cuerpo estime que esta confesión corresponde con la realidad, serán invitadas a abandonar el ejército. (...)

Todos los candidatos al alistamiento deben conocer la política relativa a la homosexualidad. Si un(a) alistado(a) potencial reconoce ser homosexual, el (ella) no será alistado(a). Desde el momento en el que un(a) alistado(a) potencial reconoce ser homosexual, incluso si declara no tener actualmente una relación homosexual y no considerar tenerla en un futuro, no será alistado(a). (...)

Frente a presunciones de homosexualidad, un jefe de cuerpo deberá tomar una decisión equilibrada teniendo en cuenta todos los factores pertinentes (...). Sin embargo, en la mayoría de los casos, será una encuesta formal sobre las alegaciones o sospechas lo que mejor servirá a los intereses de la persona y del ejército. Según las circunstancias, el jefe de cuerpo llevará a cabo una investigación interna, con su propio personal, o solicitará la ayuda de la policía militar. Si lleva a cabo una investigación interna, discutirá normalmente de la cuestión con la oficina social de su unidad. La homosexualidad no es un problema médico, pero en ciertas situaciones, el jefe de cuerpo podrá verse conducido a solicitar la opinión del médico militar de la unidad sobre la persona implicada que enviará, si dicha persona está de acuerdo, al médico militar. (...)

Se podrá hacer una advertencia escrita relativa a la conducta o al comportamiento de una persona, cuando exista una presunción de homosexualidad, pero que sigue siendo insuficiente (...) para solicitar la expulsión administrativa del interesado (...). Si el jefe de cuerpo está convencido, gracias a pruebas sólidas, de la homosexualidad de una persona, se debe intentar (...) una acción administrativa tendente a poner fin al alistamiento del interesado (...).

Las directivas tendían, principalmente, a reducir las intervenciones de la policía militar cuyos métodos de investigación, basados en el procedimiento penal, habían dado lugar en el pasado a un fuerte resentimiento y a mucha publicidad (lo que confirmaba el apartado 9 del informe de febrero de 1996 del grupo de evaluación sobre la política relativa a la homosexualidad, resumido en los apartados 51 a 62 infra. Sin embargo, según el apartado 100 de dicho informe, las investigaciones sobre la homosexualidad son parte «de las funciones normales de la policía militar»).

50. Sir John Frederick Willis KCB, CBE, general del ejército del aire, adjunto al jefe de personal del ejército (Ministerio de Defensa), sometió a la High Court, en el asunto R. v. Secretary of Defence, ex parte Perkins (13 de julio de 1998), una declaración fechada el 4 de septiembre de 1996, cuyos pasajes aplicables a este caso dicen así:

«La política del Ministerio de Defensa se basa en la idea de que la naturaleza específica del estilo de vida de los homosexuales excluye toda posibilidad de aceptar a los homosexuales y la homosexualidad en el seno de las fuerzas armadas. La preocupación esencial del ejército es la de mantener una fuerza efectiva y eficaz sobre el terreno, lo que necesita el estricto mantenimiento de la disciplina. En opinión (del Ministerio de Defensa), la presencia de militares homosexuales corre el riesgo de perjudicar la consecución de este objetivo.

Las condiciones de la vida militar, en el terreno o en las oficinas, son muy diferentes de las de la vida civil (...). El (Ministerio de Defensa) considera que debe orientar su política relativa a la homosexualidad en el seno de las fuerzas armadas en función de estas condiciones y de la necesidad de una confianza absoluta entre los militares, sea cual sea su grado. No se trata de establecer un juicio moral ni de sugerir que los militares homosexuales sean menos valientes que sus homólogos heterosexuales; esta política se basa en una evaluación práctica de las incidencias de la homosexualidad sobre la potencia de combate».

D. Informe del grupo de evaluación sobre la política relativa a la homosexualidad-febrero de 1996

1. Generalidades

51. Tras la decisión en el asunto R. v. Secretary of Defence, ex parte Smith and Others (Weekly Law Reports, vol. 2, pg. 305), el grupo de evaluación sobre la política relativa a la homosexualidad (Homosexuality Policy Assessment Team-el «GEPH»), fue instituido por el Ministerio de Defensa para proceder a una evaluación interna de la política del ejército en materia de homosexualidad. El GEPH estaba compuesto por funcionarios del Ministerio de Defensa y por representantes de los tres ejércitos. Su evaluación debía ser la base del expediente que el Ministerio presentaría ante la comisión parlamentaria restringida siguiente (como lo confirma Sir John Frederick Willis, general del ejército del aire, en su declaración evocada en el apartado 50 supra). El GEPH debía consultar al Ministerio de Defensa, a militares de todos los grados, a responsables militares y civiles del establecimiento de la política, así como a los miembros de la oficina jurídica. El grupo debía igualmente observar las políticas que seguían otras naciones (anexo D del informe del GEPH).

Este informe, de unas 240 páginas a las que hay que añadir voluminosos anexos, fue publicado en febrero de 1996. Los autores comenzaban por afirmar que los homosexuales, hombres o mujeres, no tenían en absoluto menores aptitudes físicas y no eran menos valientes, fiables y competentes que los heterosexuales. Según el informe, los problemas que se debían identificar se referían a las dificultades planteadas por la integración de homosexuales declarados en el seno del ejército, compuesto en gran parte por heterosexuales. Para el GEPH, las personas mejor situadas para apreciar «la realidad y la gravedad» de los problemas de integración de los homosexuales eran los mismos militares (apartado 30 del informe).

52. Había ocho campos principales de investigación (apartado 28 del informe):

a) El GEPH consultó a los responsables de la elaboración de las políticas del Ministerio de Defensa, quienes pusieron de relieve el carácter único del contexto del ejército y el punto de vista típicamente británico de la vida militar; el GEPH no encontró gran cosa que añadir al cuadro general descrito por los militares interrogados (apartado 37);

b) Se lanzó una llamada a todos los miembros de los tres ejércitos, incluyendo a los reservistas, solicitando comentarios escritos sobre la cuestión. A 16 de enero de 1996, el GEPH había recibido 639 cartas. De ellas, 587, de las que 58 llevaban firmas múltiples, expresaban oposición a cualquier cambio de política. Solamente 11 de estas cartas eran anónimas (apartados 46-48);

c) La investigación del GEPH sobre los comportamientos consistió en un cuestionario distribuido en total a 1.711 militares, que componían una muestra representativa de los tres ejércitos. Los cuestionarios fueron rellenados en condiciones de examen y de manera anónima. Los resultados traducían un «apoyo aplastante en todo el ejército» a la política de exclusión de los homosexuales de las fuerzas armadas. Los soldados consideraban la homosexualidad como claramente más aceptable en la vida civil que en la vida militar (apartados 49-50 y Anexo G);

d) Durante la visita del GEPH a diez bases militares al final de 1995 para distribuir el cuestionario anteriormente citado, se llevaron a cabo entrevistas personales con los miembros del personal que habían rellenado el cuestionario sobre comportamientos. En estas diez bases, el GEPH seleccionó a 180 personas al azar de diferentes grados y campos de actividad. Teniendo en cuenta el pequeño número de personas interrogadas, las respuestas fueron analizadas de manera cualitativa más que cuantitativa (Anexo G);

e) Se organizaron un cierto número de discusiones de grupo dentro del mismo ejército (36 según el Anexo G, 43 según el apartado 61 del informe) con personas elegidas al azar dentro de los niveles y las funciones representativas. Estas discusiones tenían como finalidad examinar la profundidad y la amplitud de los puntos de vista de los militares y reunir observaciones que completarían los resultados de la investigación. En opinión del GEPH, la naturaleza de las discusiones señaló pocas reticencias a exponer completamente y con honestidad los puntos de vista; por una «aplastante mayoría», la homosexualidad no se veía como una cosa «natural» o «normal», mientras que las mujeres y las minorías étnicas eran consideradas como «normales». La inmensa mayoría de los participantes pensaban que había que continuar excluyendo a los homosexuales (apartados 61-69 del Anexo G);

f) Un equipo del GEPH fue a Australia, Alemania y Francia y otro a Estados Unidos, Canadá y Holanda. El GEPH interrogó a un eminente psicólogo militar israelita, ya que el ejército israelita se había negado a su visita (apartados 70-77 del Anexo H). El GEPH mantuvo también entrevistas con representantes de la policía, los bomberos y la marina mercante (apartados 78-82);

g) Así mismo, se formaron grupos de discusión tripartitos para estudiar la profundidad y la extensión de las ideas de los miembros de los tres ejércitos sobre el tema. Los grupos estaban formados por personas seleccionadas en los tres ejércitos y que provenían de unidades diferentes. Se organizaron tres de estos grupos de discusión y, en conjunto, los resultados fueron los mismos que los que se habían obtenido en los grupos de discusión en el seno de un mismo ejército (apartados 83-84 y Anexo G);

h) Una muestra de militares elegidos al azar y agrupados por grados, edad y sexo, en el seno de cada ejército, rellenaron igualmente cuestionarios de comportamiento enviados por correo. Estos cuestionarios fueron distribuidos a 3.000 (6%) miembros de la marina, a 6.000 (5,4%) miembros del ejército de tierra y a 4.491 (6%) miembros del ejército del aire. Como media, se devolvieron más de la mitad de los cuestionarios (apartados 65-86 y Anexo G).

3. El impacto sobre la potencia de combate (fighting power)

53. El informe del GEPH define la «potencia de combate» (término a menudo empleado de manera intercambiable con el de eficacia en el combate, capacidad operativa o eficacia operativa) como «la aptitud para el combate», compuesto a su vez por tres elementos: el elemento «conceptual», el elemento «físico» y el elemento «moral», que se define como «la aptitud para conducir a las personas a combatir, lo que incluye la moral, la camaradería, la motivación, el sentido del mando y el ambiente».

54. En todo el informe de evaluación, se puso el acento en los efectos que podría tener una integración de los homosexuales en el ejército en la potencia de combate, lo que se consideraba como «el problema crucial». Se dio por establecido que la presencia en el seno del ejército de homosexuales declarados o presuntos, engendraría ciertas reacciones de comportamiento y emocionales y problemas que perjudicarían la moral de las tropas y, en consecuencia, atentarían gravemente contra la potencia de combate de las Fuerzas Armadas.

Estos problemas comprendían la regulación del comportamiento de los homosexuales y de la animosidad de los heterosexuales, las agresiones, las amenazas y las medidas de acoso contra los homosexuales, el ostracismo y la tendencia a evitar a los otros, la creación de «clanes» y de parejas, problemas a nivel del ambiente y de la toma de decisión, lo que incluía las alegaciones de favoritismo, discriminación e ineficacia (pero no el eventual problema de decisiones tácticas tomadas por oficiales

homosexuales sobre la base de sus preferencias sexuales), fricciones entre los dos grupos culturales, cuestiones relativas a la intimidad y a la decencia, la intensificación de las antipatías y las sospechas (creación de dos campos), y el resentimiento a causa de los cambios impuestos, sobre todo, si se revelaba que era también necesario controlar de manera más severa la forma de expresarse de los heterosexuales (véase parte F.II del informe).

4. Otras cuestiones

55. La evaluación del GEPH se refería también a otras cuestiones, que éste calificó como «acesorias» (parte G y apartado 177 del informe). Estimó que si las consecuencias financieras de un cambio de política no eran cuantificables, no se podía considerar justificado o razonable el prever alojamientos separados para los homosexuales; en consecuencia, se consideraban improbables gastos importantes en este campo (apartados 95-97). La pérdida en concepto de formación consiguiente a la expulsión de homosexuales del ejército no se consideraba como un argumento concluyente contra el mantenimiento de la política (apartados 98-99). Si debía cambiar el marco social y jurídico para las parejas homosexuales civiles, se debería entonces aceptar el derecho de los militares a tener compañeros homosexuales (apartado 101). Era improbable que se consagrara mucho tiempo o dinero a la formación tendente a una mejor aceptación de los homosexuales, ya que tenían pocas posibilidades de influir sobre los comportamientos. El GEPH observó que si se quería introducir una formación sobre la tolerancia, el mejor medio sería probablemente el de «integrarla en un programa de formación sobre la igualdad de oportunidades en el ejército» (apartado 102). Había muchas posibilidades de constatar una baja en los reclutamientos y en los efectivos en caso de cambio de política (apartados 103-104).

56. Para el GEPH, las preocupaciones que se expresaron con motivo de las responsabilidades «parentales» del ejército con respecto a los jóvenes reclutas, no resistían un examen en profundidad (apartado 111).

5. Cuestiones en materia de salud y seguridad

57. Las cuestiones relativas a la salud y la seguridad se examinaron se forma separada (partes H e I y apartado 177 del informe). Aunque haciendo notar que las preocupaciones del personal en materia de salud (relativas sobre todo al SIDA) eran desproporcionadas con relación a los riesgos clínicos, el GEPH estimó que probablemente habría que responder a ello mediante seminarios de información y exámenes de detección obligatorios. Si no, quedaría comprometida una aceptación y una integración reales de los homosexuales a causa de razones emocionales y resentimientos, así como por inquietudes asociadas a la amenaza del SIDA. En opinión del GEPH, las cuestiones de seguridad (entre ellas la posibilidad de chantaje ejercida sobre los homosexuales) que se habían indicado anteriormente para defender la política en vigor no resistían un examen en profundidad.

6. Experiencias en otros países y en los servicios civiles sometidos a reglas disciplinarias

58. El GEPH constató la existencia de multitud de posiciones oficiales y de soluciones legales derivadas de situaciones locales sobre el plano jurídico y político, que iban desde una prohibición formal de toda actividad homosexual (Estados Unidos) a una política tendente deliberadamente a crear un clima favorable a los homosexuales en el seno del ejército (Holanda), pasando por modalidades administrativas que no permitían una igualdad real (Francia y Alemania). En opinión del GEPH, los países que no habían prohibido legalmente la presencia de homosexuales en el ejército eran más tolerantes,

tenían constituciones escritas y por lo tanto una tradición más fuerte en materia de derechos humanos. El informe continuaba así:

«Pero el GEPH no ha constatado en ningún sitio la presencia de una cantidad apreciable de homosexuales declarados en el ejército (...). Sea cual sea el grado de tolerancia o de estímulo oficial, las presiones o amenazas informales en el seno de la comunidad militar parecen disuadir a la gran mayoría de homosexuales de ejercer sus diferentes derechos jurídicos para expresar abiertamente su identidad sexual activa en un marco profesional (...). No hay ni que decir que la discreción persistente de los homosexuales en el seno de las Fuerzas Armadas hace que se tenga poca experiencia práctica en cuanto a su protección contra el ostracismo, el acoso o las agresiones físicas.

Considerando que este esquema común de ausencia casi total de soldados abiertamente homosexuales se encuentra sea cual sea el marco jurídico formal, es razonable suponer que es en gran manera el funcionamiento informal de los sistemas militares existentes lo que dificulta la expresión homosexual. Esto corresponde totalmente con los modos de comportamiento observados por el GEPH en los militares británicos».

59. En enero de 1996, el ejército británico tenía más de 35.000 soldados desplegados en el extranjero (alrededor del 25 % de las Fuerzas Armadas Británicas), esto es, más que cualquier otro país europeo de la OTAN (apartado 43).

Sin embargo, el GEPH concluyó que la política en vigor no había suscitado problemas importantes en las relaciones con las Fuerzas Armadas de las naciones aliadas. El GEPH observó que los militares británicos manifestaban una «indiferencia a toda prueba» con respecto a las situaciones en los ejércitos extranjeros y hacían poco caso al grado de aceptación de los aliados cercanos con respecto a los homosexuales; para el soldado medio, los otros «no son británicos, tienen normas diferentes y, por lo tanto, sólo se puede esperar que actúen de manera diferente»; además, los militares de los diferentes países se alojan separados, y los homosexuales de fuerzas armadas extranjeras, cuando no se prohíbe su presencia de manera formal, no manifiestan abiertamente sus preferencias sexuales. En consecuencia, había pocas posibilidades de que los pocos homosexuales declarados se encontraran en una situación en la que su orientación sexual planteara un problema a los miembros del ejército británico (apartado 105).

60. Para el GEPH, existían diferencias importantes entre el ejército y los servicios civiles que existen en el Reino Unido que están sometidos a reglas disciplinarias, como la policía, los bomberos y la marina mercante, que no observaban la misma política con respecto a los homosexuales. El GEPH consideró que:

«Ninguna de estas actividades obliga a una persona a trabajar en un ambiente tan constantemente exigente y durante períodos tan largos como el ejército, ni implica la misma necesidad de formar equipos rápidamente intercambiables pero totalmente determinados y autónomos, capaces de mantener su cohesión interna tras meses de tensión, de dificultades y de incomodidades. (...) (apartado 203)».

7. Otras posibles soluciones

61. El GEPH examinó otras soluciones, por ejemplo un código de conducta aplicable a todos, una política basada en las cualidades individuales de los militares homosexuales, una estrategia consistente en levantar la prohibición y fiarse en la discreción de los soldados implicados, la solución de «no preguntar nada, no decir nada» en vigor en los Estados Unidos y un código «de la homosexualidad discreta». En definitiva, no descubrió ninguna otra política que permitiera, con la misma certidumbre

que la política en vigor, evitar todo riesgo de disminuir la potencia de combate y que, en consecuencia, no chocara con una fuerte oposición de la población militar (apartados 153-175).

Conclusiones del GEPH (apartados 176-191)

62. El GEPH consideró que:

«El problema principal permanece y su carácter inextricable se ha reafirmado. Los elementos que demuestran que se espera una disminución de la potencia de combate han sido expuestos en el apartado F y están en el centro de la presente evaluación. Los diferentes argumentos y la conclusión global han sido puestos de manifiesto no solamente por las autoridades del ejército, sino también por la gran mayoría de militares de todas las categorías».

El GEPH consideró como improbable que los comportamientos que se observan actualmente en el ejército cambien en un futuro próximo. Si la política suponía manifiestamente exámenes e intrusiones en la vida privada, los riesgos para la potencia de combate demostraban que estaba, sin embargo, justificada. Para el GEPH, no se podía comparar de manera útil la integración de los homosexuales y la de las mujeres y las minorías étnicas en el ejército, ya que la homosexualidad presentaba problemas de una naturaleza e intensidad como no lo hacían las diferencias de sexo y de raza.

El GEPH consideró que a más largo plazo, la evolución de la actitud de la sociedad con respecto a los homosexuales podría reducir los riesgos para la potencia de combate que engendraría un cambio de política, pero que su evaluación sólo podía «referirse a los comportamientos y riesgos actuales». Añadía:

«Ciertamente, si los soldados pensaran que podrían trabajar y vivir con homosexuales sin que la cohesión del ejército sufriera por ello, habría que temer muchos menos problemas. Pero el Ministerio debe funcionar con las personas como son. Los comportamientos de los soldados, en tanto en cuanto difieren de los de la población en general, se derivan de las condiciones singulares de la vida militar, y traducen las realidades sociales y psicológicas actuales. Indican que un cambio de política supondría un riesgo militar (...)

Después de haber recogido la mayor cantidad de elementos posibles, se ve que en el Reino Unido, la homosexualidad sigue siendo, en la práctica, manifiestamente incompatible con la vida militar si se quiere mantener a su máximo nivel el potencial de combatividad del ejército en su forma actual (...). Además, el presente estudio demuestra que una mayoría aplastante de los mismos militares, que están mejor situados para juzgarla, aprueba la política actual. En consecuencia, sólo se puede considerar el aportar modificaciones importantes a las directivas del Ministerio relativas a la homosexualidad en los tres ejércitos por las razones claramente enunciadas, ajenas a la política de defensa, y teniendo plena consciencia del impacto sobre la eficacia del ejército y sobre los sentimientos de los militares».

E. La política del ejército relativa a las medidas de acoso y amenazas de carácter sexual y racial y a la igualdad de oportunidades

63. En el «Código de práctica en materia de relaciones interraciales» (Code of Practice on Race Relations) que elaboró en diciembre de 1993, el Consejo de Defensa (Defence Council) declaró que el ejército, en tanto que patrono, debía establecer una política de igualdad de oportunidades. Según este Código, no se debe tolerar ninguna forma de discriminación, acoso o abuso de carácter racial, debiendo cualquier alegación sobre este tema ser objeto de una investigación y, si se prueba, dar lugar a una acción disciplinar. El Código prevé un procedimiento de reclamación por el que la persona se puede quejar de actos de discriminación o de acoso, y pone en guardia contra las

represalias con respecto a los militares que hicieran uso de su derecho de querellarse y a obtener reparación.

64. En enero de 1996, el ejército emitió una directiva relativa a la igualdad de oportunidades que trata del acoso y de las amenazas de carácter racial y sexual. El documento tenía como preámbulo una declaración del jefe de la administración de la Fuerzas Armadas (Adjutant-General) que decía:

«La realidad del conflicto armado exige un trabajo en equipo ejemplar, durante el cual cada soldado debe poder contar absolutamente con sus compañeros de armas y con sus superiores. Así, no puede haber en el ejército lugar para las medidas de acoso, amenazas y actos de discriminación que atentarían contra la moral y destruirían la confianza y la cohesión en el seno del grupo.

Es deber de cada soldado el velar para que este tipo de comportamiento, que perjudicaría la cohesión y la eficacia, no se produzca en el seno del ejército. La política del ejército es clara: todos los soldados deben ser tratados de manera igualitaria en base a su aptitud a cumplir con su deber.

Espero de cada uno de vosotros que apoye esta política y lo haga de manera que el ejército británico conserve su reputación bien establecida de profesionalismo».

La directiva definía el acoso de carácter racial y sexual, precisaba que el ejército tenía la voluntad de impedir cualquier forma de comportamiento agresivo e injusto en este campo y subrayaba que era deber de cada soldado el no comportarse de manera que pudiera dañar a otro o no permitir a otros adoptar tal comportamiento. La directiva definía igualmente las amenazas e indicaba que si el ejército alentaba un espíritu belicoso en los soldados llamados a ir al frente, la agresividad controlada, el autodomínio y las grandes cualidades de dirigentes de hombres no debían confundirse con el recurso brutal e indebido a la intimidación y a la violencia que caracteriza a las amenazas. Las amenazas perjudican la moral y engendran miedo y tensión a la vez en las personas y en el grupo que las sufre, y en el seno de toda la organización. Se hacía notar que el ejército era una comunidad estrechamente replegada sobre sí misma, en la que el trabajo de equipo, la cohesión y la confianza, jugaban un papel crucial. Así, se exigían a todos grandes esfuerzos en cuanto a la conducta personal y al respeto a los demás.

La directiva apoyaba la utilización del Derecho militar por los jefes de cuerpo. Se distribuyeron a todos los soldados folletos complementarios que informaban sobre esta directiva. Además, se crearon en los servicios de personal puestos especiales para promover la igualdad de oportunidades y se estableció un amplio programa de formación en virtud de la Ley de 1976 sobre las relaciones interraciales.

F. Los informes de la comisión parlamentaria restringida

65. Cada cinco años, llega al Parlamento un proyecto de Ley sobre la Fuerzas Armadas, y una comisión restringida realiza un estudio en relación con este proyecto.

66. En su informe de 24 de abril de 1991, la comisión restringida observaba bajo el epígrafe «homosexualidad»:

«Nadie discute que la política actual provoca un desamparo real y obliga a prescindir de los servicios de ciertos hombres y mujeres cuya competencia y buena voluntad no pueden ponerse en duda. La sociedad exterior es actualmente mucho más tolerante que en el pasado con respecto a las diferencias de orientación sexual, y puede también que esto ocurra en el seno de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, no podemos más que constatar la fuerza innegable del argumento (del Ministerio de Defensa) según el cual la presencia de homosexuales declarados puede engendrar tensiones en un grupo de personas que deben vivir y trabajar a veces en condiciones de tensión enorme

y en estrecha intimidad física, y por lo tanto perjudicar su cohesión y su eficacia en el combate. Es posible que esto cambie, sobre todo con la integración de las mujeres en unidades hasta ahora exclusivamente masculinas. Sin embargo, no estamos persuadidos de que haya llegado el momento de pedir al ejército que acepte a los homosexuales o la actividad homosexual».

67. El informe de 1996 de la comisión restringida (redactado tras el estudio que ésta había llevado a cabo sobre la Ley de 1996 sobre las Fuerzas Armadas), invocaba elementos que tenían su origen en miembros del Ministerio de Defensa y en grupos de apoyo a los homosexuales, así como el informe del GEPH. De nuevo, la comisión recomendaba no aportar cambios a la política del Gobierno. Hacía notar que, desde su informe precedente, un total de 30 oficiales y 331 militares de clase y suboficiales habían sido expulsados o despedidos a causa de su homosexualidad. La comisión estaba convencida de que no se podía llegar todavía a ninguna conclusión fiable basándose en la experiencia de otros países. Aunque reconociendo la fuerza de los argumentos relativos a los derechos humanos, subrayaba que convenía establecer un equilibrio entre los derechos de las personas y las necesidades de la comunidad. Se declaraba convencida por la síntesis que hacía el GEPH de la fuerza de las resistencias en el seno del ejército a toda flexibilidad en la política. Admitía que la presencia de homosexuales declarados perjudicaría gravemente la moral de las tropas y, en definitiva, la eficacia operativa. Después de los debates en la Cámara de los Comunes, los diputados rechazaron toda modificación de la política en vigor por 188 votos contra 120.

G. Información a los nuevos reclutas

68. Antes de septiembre de 1995, se informaba a los candidatos que querían alistarse en el ejército sobre la política de las autoridades militares relativa a los homosexuales en el seno de las Fuerzas Armadas por medio de un folleto titulado «Vuestros derechos y responsabilidades». A fin de evitar cualquier malentendido y velar por que todo recluta de los tres ejércitos recibiera una información idéntica, las autoridades militares introdujeron, el 1 de septiembre de 1995, una declaración de servicio que debía ser leída y firmada antes del alistamiento. El apartado 8 de dicha declaración titulada «Homosexualidad», dispone que la homosexualidad no es compatible con la vida militar y «puede conducir a una expulsión administrativa».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. SOBRE LA VIOLACION DEL ARTICULO 8 DEL CONVENIO

69. Los demandantes alegan que las investigaciones llevadas a cabo sobre su homosexualidad y su subsiguiente expulsión de la Royal Air Force motivada únicamente por aquélla, en aplicación de la política de interdicción absoluta de los homosexuales en el ejército británico seguida por el Ministerio de Defensa, suponen la violación de su derecho al respeto de su vida privada protegido por el artículo 8 del Convenio. Dicha disposición dice:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada (...)

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional (...) la defensa del orden (...)

A. Sobre la existencia de una injerencia

70. El Gobierno admitió en sus observaciones por escrito la existencia de una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada. Sin embargo,

señala que los interesados no negaron estar al corriente, durante el período a considerar, de la política que prohibía la presencia de homosexuales en las Fuerzas Armadas, y no suscribe sus alegaciones relativas a las fechas a partir de las cuales habrían tomado conciencia de su homosexualidad. Durante la audiencia ante el Tribunal, el Gobierno, invocando especialmente el caso de la señora Smith, precisó que si los interesados conocían tanto la política como su homosexualidad, en el momento de su alistamiento, su expulsión no constituyó una injerencia en sus derechos con respecto al artículo 8 del Convenio.

Los demandantes alegaron que no se quejan de que se les hubiera negado la entrada en las Fuerzas Armadas y que no fueron despedidos por haber mentido en el momento de su alistamiento. Sea como fuere, la protección que ofrece el artículo 8 no podría estar en función del grado de conciencia que tenían los demandantes, cuando eran jóvenes, de su orientación sexual.

71. El Tribunal señala que el Gobierno no mantiene que los demandantes, al entrar en el ejército, hubieran renunciado a los derechos garantizados por el artículo 8 del Convenio. Hace notar igualmente, que los interesados no fueron despedidos por no haber revelado su homosexualidad en el momento del procedimiento de alistamiento. Además, estima, teniendo en cuenta los elementos del expediente, que la señora Smith no tomó conciencia de su homosexualidad hasta después de su alistamiento.

En estas condiciones, la opinión del Tribunal es que las investigaciones llevadas a cabo por la policía militar sobre la homosexualidad de los demandantes, que supusieron interrogatorios detallados de cada uno de ellos y de terceras personas sobre cuestiones relativas a sus preferencias y prácticas sexuales, así como la elaboración de un informe final de investigación para las autoridades militares, atentaron directamente contra el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada. La expulsión administrativa que resultó de ello, motivada únicamente por su orientación sexual, constituyó igualmente una injerencia en el ejercicio de este derecho (Sentencia Dudgeon contra el Reino Unido de 22 de octubre de 1981, serie A núm. 45, pgs. 18-19, ap. 41, y, «mutatis mutandis», Sentencia Vogt contra Alemania de 26 de septiembre de 1995, serie A núm. 323, pg. 23, ap. 44).

B. Sobre la justificación de las injerencias

72. Tales injerencias sólo pueden justificarse si se cumplen las exigencias del segundo párrafo del artículo 8. Las injerencias deben, por lo tanto, estar «previstas por la ley», inspiradas por un fin legítimo con respecto a este párrafo y ser «necesarias, en una sociedad democrática», para realizarlo (Sentencia Norris contra Irlanda de 26 octubre 1988, serie A, núm. 142, pg. 18, ap. 39).

1. «Previstas por la ley»

73. Las partes no alegan que este aspecto del artículo 8.2 del Convenio se haya respetado. El Tribunal señala que el Tribunal de Apelación confirmó en este caso que la política del Ministerio de Defensa que excluye a los homosexuales del ejército era legal, tanto con respecto al Derecho Interno como al Derecho Comunitario aplicable. Esta política ha sido legalmente consagrada y ratificada por la Ley de 1967 sobre las infracciones sexuales y, más recientemente, por la Ley de 1994 sobre la justicia penal y el orden público. Así, el Tribunal estima que se cumple esta condición.

2. «Fin legítimo»

74. El Tribunal observa que el Gobierno justifica esencialmente la política y las investigaciones y expulsiones que dicha política supuso, por el mantenimiento de la moral de los militares y, en consecuencia, de la potencia de combate y de la eficacia

operativa del ejército (apartado 95 infra). El Tribunal no ve ninguna razón para dudar que la política haya sido concebida con vistas a asegurar la eficacia operativa de las fuerzas armadas o que las investigaciones hayan tendido en principio a establecer si la persona implicada era homosexual y entraba entonces en el ámbito de la política de la que se trata. Para el Tribunal, se podía por lo tanto considerar que a este respecto, las injerencias que resultaron de ello perseguían los fines legítimos que son la «seguridad nacional» y la «defensa del orden».

El Tribunal se encuentra más dubitativo en cuanto a saber si las investigaciones perseguían aun tal fin legítimo después de que los demandantes hubieran admitido su homosexualidad. Sin embargo, vista su conclusión expuesta en el apartado 111 infra, juzga inútil intentar conocer si esta parte de la investigación perseguía un fin legítimo en el sentido del artículo 8.2 del Convenio.

3. «Necesarias en una sociedad democrática»

75. Queda por examinar si las injerencias en este caso pueden ser consideradas como «necesarias en una sociedad democrática» para alcanzar los fines anteriormente mencionados.

a) Argumentos del Gobierno

76. El Gobierno reconoce de entrada, que ni las hojas de servicios ni la conducta de los demandantes se habían prestado a reproche alguno y que nada hacía creer que antes del descubrimiento de su orientación sexual, éste había perjudicado a la forma en la que ellos mismos o sus colegas cumplían sus funciones. Del mismo modo, el Gobierno no pretende que los homosexuales tengan menores aptitudes físicas o sean menos valientes, fiables o competentes que los heterosexuales.

77. Sin embargo, en primer lugar, el Gobierno insiste sobre la especificidad del entorno militar en el asunto: el ejército británico está, en efecto, estrechamente ligado a la seguridad de la nación y juega por lo tanto un papel primordial para los intereses vitales del Estado. La cohesión y la moral de las tropas son esenciales para la eficacia del ejército y deben resistir a los rigores y a las condiciones de la vida normal en comunidad, que se acompaña de intimidad física, así como a presiones externas como graves peligros o la guerra, factores que, en opinión del Gobierno, concernían o hubieran podido concernir a cada uno de los demandantes. A este respecto, el contexto del ejército es singular y no puede realmente compararse a ningún servicio civil sometido a reglas disciplinarias, como la policía o los bomberos.

Así, el Gobierno, aun admitiendo que los miembros de las Fuerzas Armadas tengan derecho a la protección del Convenio, hace valer que se aplican reglas diferentes y más estrictas en este contexto (Sentencias Engel y otros contra Holanda de 8 junio 1976, serie A núm. 22, pg. 24, ap. 57; Grigoriades contra Grecia de 25 noviembre 1997, Repertorio de sentencias y resoluciones 1997-VII, pgs. 2589-2590, ap. 45 y Kalaç contra Turquía de 1 julio 1997, Repertorio 1997-VI, pg. 1209, ap. 28). Además, teniendo en cuenta la dimensión de seguridad nacional del presente caso, el Estado goza de un amplio margen de apreciación (Sentencia Leander contra Suecia de 26 marzo 1987, serie A, núm. 116, pg. 25, ap. 59). En consecuencia, el estrecho margen de apreciación aplicable a estos asuntos relativos a la intimidad de las personas, no se habría sobrepasado en el presente caso.

En apoyo de su argumentación a favor de un amplio margen de apreciación, el Gobierno hace valer igualmente que la cuestión de la homosexualidad en el ejército ha dado lugar a intensos debates estos últimos años en el Reino Unido; considera que, visto el carácter sensible y el contexto específico de que se trata, la decisión pertenece en gran parte a las autoridades nacionales. Ciertamente, el riesgo para la potencia de

combate no es el mismo con el paso del tiempo, teniendo en cuenta la evolución de las actitudes y de las opiniones y, en consecuencia, del Derecho Interno sobre el tema de la homosexualidad a lo largo de los años. Sin embargo, estos problemas deben de ser abordados con prudencia en el contexto militar, teniendo en cuenta los riesgos inherentes a éste. El proceso de reexamen está en curso y el Gobierno se ha declarado a favor de un voto libre en el Parlamento sobre la cuestión tras el próximo control de la política que realizará la comisión parlamentaria restringida en el año 2001.

78. En segundo lugar, el Gobierno pretende que admitir a los homosexuales en el ejército hoy día, atentaría gravemente contra la moral de los militares y, en consecuencia, contra la potencia de combate y la eficacia operativa de las fuerzas armadas. Estima que las observaciones y conclusiones expuestas por el GEPH en su informe de febrero de 1996 (y, en particular, en la sección F) ponen en evidencia de una manera clara el riesgo existente para la potencia de combate y la eficacia operativa. Para el Gobierno, los militares (cuyas ideas han servido de base al informe del GEPH) son los que están mejor situados para apreciar este riesgo; hay que dar por lo tanto, una importancia considerable a sus opiniones. Además, los análisis relativamente recientes del GEPH, de los tribunales internos (en el asunto R. v. Ministry of Defence, ex parte Smith and Others, Weekly Law Reports, vol. 2, pg. 305) y de la comisión parlamentaria restringida, llegan todos a la conclusión de la necesidad del mantenimiento de la política.

El Gobierno estima que la elección entre la elaboración de un código de conducta y el mantenimiento de la política en vigor es el meollo de la decisión que debe tomarse en este asunto. Sin embargo, se considera en el Reino Unido que un código tal no bastaría en el momento actual para paliar los riesgos que se perciben, porque es el hecho de conocer o de sospechar la homosexualidad de una persona, y no la conducta del interesado(a), lo que perjudicaría a la moral y a la eficacia. Incluso admitiendo que las posiciones en que se basa el informe del GEPH traducen, por lo menos en parte, una falta de tolerancia o de apertura de espíritu, el riesgo para la eficacia no es menos real. Ciertamente, muchos países europeos ya no excluyen a los homosexuales de sus fuerzas armadas, pero los cambios operados han sido adoptados en esos países demasiado recientemente para sacar de ellos lecciones útiles.

En cuanto al motivo de los demandantes relativo a la ausencia de elementos que demuestren los problemas que la presencia de homosexuales en las fuerzas armadas habría causado en el pasado, el Gobierno subraya que, si quizá no se dispone de pruebas concretas que establezcan los riesgos señalados por el GEPH, es porque todas las personas que tenían tendencias homosexuales declaradas fueron expulsadas antes de que aparecieran los problemas. Sea como fuere, el Gobierno señala que los riesgos contemplados resultarían de un relajamiento general de la política más que de su modificación en uno u otro caso.

79. En tercer lugar, en cuanto a la crítica de los demandantes según la cual las ideas expresadas al GEPH por la inmensa mayoría de los alistados, podrían ser calificadas como «prejuicios homófobos», el Gobierno subraya que estas ideas son el reflejo de las verdaderas preocupaciones expresadas por personas que tienen un conocimiento directo y profundo de las exigencias de la vida militar. La mayoría de los que fueron interrogados tienen una actitud netamente diferente hacia los homosexuales en la vida civil. No se pueden sacar conclusiones del hecho de que las mujeres y las minorías raciales sean admitidos, pero no los homosexuales; en efecto, la segregación entre las mujeres y los hombres responde a los problemas que podrían eventualmente surgir, mientras que no es posible ningún arreglo de ese tipo en el caso de las tendencias

homosexuales. Las preocupaciones relativas a los homosexuales son de una naturaleza y de una intensidad que no tienen las que suscitan las mujeres o las minorías raciales.

80. Desde el momento en que hay sospecha de homosexualidad, se lleva a cabo una investigación. En opinión del Gobierno, la amplitud de tal investigación depende de las circunstancias, pero estos trámites implican generalmente interrogar a la persona implicada y buscar elementos que lo corroboren. Si alguien niega su homosexualidad, son necesarias investigaciones e incluso si esta persona admite sus tendencias, se realiza un esfuerzo para encontrar los elementos pertinentes por medio de interrogatorios y, según la situación, mediante otras medidas. Tales investigaciones tienden a verificar la homosexualidad de la persona en cuestión a fin de detectar a los que intentan obtener una expulsión administrativa bajo falsos pretextos. En la audiencia, el Gobierno dio ejemplos recientes -dos en el ejército de tierra y en el ejército del aire, tres en la marina- de personas que habían pretendido falsamente ser homosexuales. Igualmente, se requieren investigaciones debido a ciertas inquietudes en materia de seguridad (en especial el riesgo de chantaje ejercido sobre el personal homosexual), el riesgo de contaminación por el virus del SIDA, más elevado en la comunidad homosexual, así como por razones disciplinarias (los actos homosexuales pueden, en ciertos casos, dar lugar a un procedimiento disciplinario, por ejemplo, cuando resultan de un abuso de autoridad). El Gobierno sostiene que los demandantes, sea como fuere, eligieron libremente responder a las preguntas que se les plantearon. Ambos fueron advertidos de que no estaban obligados a ello y de que podían asesorarse jurídicamente.

Aunque afirmando que la mayoría de las preguntas estaban justificadas por las razones antes mencionadas para llevar a cabo la investigación, el Gobierno no intenta justificar la pregunta planteada a la señora Smith para saber si ella o su compañera tenían relaciones sexuales con la joven que vivía en su casa. El Gobierno considera sin embargo, que este aspecto del interrogatorio, indefendible pero limitado, no hace que la balanza se incline a favor de una constatación de violación.

b) Argumentos de los demandantes

81. Los demandantes sostienen que las injerencias en su vida privada, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y amplitud, revestían una extrema gravedad y pedían ser justificadas por razones especialmente serias (Sentencia Dudgeon anteriormente citada, pg. 21, .52). Las injerencias tenían por objeto uno de los más íntimos aspectos de la vida privada de los interesados, que se había hecho público por la política del Ministerio de Defensa. Los demandantes culpaban también a las investigaciones detalladas llevadas a cabo por los servicios de policía y, en particular, a las preguntas tendenciosas planteadas durante los interrogatorios de los interesados y los de terceras personas, el registro del domicilio del señor Grady y la incautación de sus pertenencias personales. Invocando igualmente sus años de servicio, sus ascensos (pasados y por venir), sus hojas de servicios ejemplares y la ausencia de todo elemento que indicara que su homosexualidad hubiera perjudicado de la manera que fuere su trabajo o la vida militar, los demandantes subrayan que fueron privados de una carrera en la que destacaban por «incompatibilidad con las funciones militares» en razón de una política general contra los homosexuales en el seno de las Fuerzas Armadas.

A este respecto, los interesados añaden que el ejército no adopta tal política absoluta en ningún otro contexto, por ejemplo, cuando se trata de características o rasgos personales como el sexo, la raza o el color. De hecho, el Ministerio de Defensa favorece la igualdad y la tolerancia en estos campos. Tampoco existe política general contra aquellos cuyas acciones pueden perjudicar o perjudican la moral y la eficacia de las tropas, como los autores de un robo o de un adulterio, o los que cometen actos

peligrosos bajo la influencia de estupefacientes o del alcohol. En estos últimos casos, la persona puede ser despedida, pero solamente tras un examen de todas las circunstancias del caso. Por otra parte, no existe política en contra de los homosexuales en otros servicios británicos comparables como la marina mercante, la flota real auxiliar, la policía, los bomberos y las profesiones sanitarias.

82. Los demandantes alegan también, que el argumento principal del Gobierno relativo al riesgo para la moral y, en consecuencia, para la potencia de combate y la eficacia operativa no se sostienen, por tres razones esenciales.

83. En primer lugar, consideran que el Gobierno no puede, a la vista del artículo 8, invocar y animar con complacencia los prejuicios aparentes de los otros soldados. Si ningún motivo racional justifica una diferencia de comportamiento por parte de los militares a partir del momento en que se conoce la homosexualidad de una persona, el alegado riesgo de reacciones hostiles del personal militar se basa pura y simplemente en prejuicios. En virtud del artículo 1 del Convenio, incumbe al ejército hacer comprender a aquellos que emplea, que no aceptará que actúen bajo ideas preconcebidas. Ahora bien, en lugar de tomar medidas para remediar estos prejuicios, las Fuerzas Armadas castigan a las víctimas. Los demandantes estiman que la lógica del argumento del Gobierno es igualmente válida para las ideas preconcebidas con respecto a la raza, la religión o el sexo; el Gobierno no puede, razonablemente, dar a entender que, por ejemplo, los prejuicios raciales de los militares bastarían para justificar excluir del ejército a las personas de color.

Por otro lado, de la jurisprudencia de los órganos del Convenio se desprende que un Estado no puede basarse en simples prejuicios para justificar injerencias en la vida privada (véase, entre otras, la demanda núm. 25186/1994, Sutherland contra el Reino Unido, informe de la Comisión de 1 de julio de 1997, no publicado a día de hoy, .56, 57, 62, 63 y 65). Además, los demandantes subrayan que el Tribunal consideró (en su Sentencia Vereinigung Demokratischer Soldaten Isterreichs y Gubi contra Austria de 19 diciembre 1994, serie A, núm. 302, pg. 17, aps. 36 y 38), que las exigencias del «pluralismo, de la tolerancia y del espíritu de apertura» son válidas tanto para los militares como para las demás personas y que los derechos fundamentales deben ser protegidos en el ejército de un Estado democrático tanto como en la sociedad a la que sirve tal ejército. Argumentan que el razonamiento del Tribunal en este asunto se basaba en un principio vital, que se aplica también en este caso: Las Fuerzas Armadas de un país existen para proteger las libertades que preconiza una sociedad democrática, y no se podría por lo tanto pisotear tales principios y atentar gravemente contra ellos.

84. En segundo lugar, los demandantes pretenden que estos prejuicios aparentes no se habrían manifestado si el Ministerio de Defensa no hubiera adoptado y aplicado esta política. El Gobierno admite que los demandantes habían trabajado de manera eficiente y eficaz en el ejército durante años sin que sus preferencias sexuales plantearan ningún problema. La preocupación del Gobierno se refiere a la presencia de militares abiertamente homosexuales; la vida privada de los presentes demandantes era igualmente privada y lo seguiría siendo sin esta política. En consecuencia, nada hace creer que hubiera surgido alguna dificultad, sin la política adoptada por el Gobierno.

85. En tercer lugar, los demandantes sostienen que el Gobierno debe argumentar sus preocupaciones en cuanto a las amenazas para la disciplina militar (véase Sentencia Demokratischer Soldaten Isterreichs y Gubi anteriormente citada, pg. 17, ap. 38), pero que no presentó ningún elemento objetivo en apoyo de su tesis relativa al riesgo para la moral y la eficacia operativa.

Estiman, con respecto a esto, que el informe del GEPH presentaba insuficiencias y vicios fundamentales. La evaluación no fue efectuada por consultantes independientes. Además fue llevada a cabo en un contexto de hostilidad a todo cambio de política públicamente expresado por las autoridades del ejército; se realizó tras la difusión de un documento que debía servir para la evaluación por parte de los militares de la política en vigor sobre la homosexualidad, del que se desprendía que los oficiales superiores pensaban que el objetivo del estudio del GEPH era el de reunir pruebas favorables a esta política. En realidad, la mayoría de las preguntas planteadas en el cuestionario del GEPH expresaban actitudes hostiles con respecto a los homosexuales o inducían a respuestas negativas. Además, el informe no contenía ningún elemento concreto que demostrara la existencia de problemas específicos causados por la presencia de homosexuales en el ejército del Reino Unido o en ultramar. Además, se basaba en un porcentaje de respuestas que no tenían ninguna significación estadística, y no se garantizó el anonimato a los que rellenaran el cuestionario.

86. Con referencia a los argumentos del GEPH descartando la experiencia de otros países que no prohíben la presencia de homosexuales en sus ejércitos, los demandantes estiman que la declaración que figura en el informe según la cual el personal de los ejércitos de estos otros países es más tolerante, no se funda en ningún elemento de prueba. Sea como fuere, incluso si estos otros países tienen constituciones escritas y, en consecuencia, una mayor tradición de respeto de los derechos humanos, el Gobierno debe adaptarse a las obligaciones que le impone el Convenio. Haya o no militares abiertamente homosexuales sirviendo en las fuerzas armadas de estos países, sigue siendo cierto que las preferencias sexuales pertenecen al ámbito de la vida privada de una persona y no se puede sacar ninguna conclusión de que homosexuales que sirven en los ejércitos extranjeros hayan podido elegir no hacer pública su sexualidad, como están en su derecho de hacerlo. Los demandantes subrayan igualmente, que un cierto número de militares británicos han trabajado y siguen trabajando con militares homosexuales pertenecientes a los ejércitos de otros países de la OTAN, aparentemente sin ningún problema.

En cuanto a la afirmación de que las investigaciones son necesarias para evitar que personas deseosas de abandonar el ejército se declaren falsamente homosexuales, los demandantes dicen que el Gobierno no ha presentado elementos que prueben la existencia de dichas falsas declaraciones, y añaden que ellos mismos expresaron claramente el deseo de quedarse en el ejército. Además, afirman haberse sentido obligados a responder a las preguntas que se les plantearon durante el interrogatorio ya que, de otro modo, su vida privada e íntima habría sido objeto de otras investigaciones más profundas y menos discretas, lo que el Gobierno admite.

En cuanto a la sentencia del Tribunal en el caso Kalaç, invocada por el Gobierno, los demandantes subrayan que este asunto se refería a la sanción de una conducta pública, y no a las circunstancias privadas de una persona.

c) Apreciación del Tribunal

i. Principios generales aplicables

87. Una injerencia se considera «necesaria, en una sociedad democrática», para alcanzar el fin legítimo, si responde a una necesidad social imperiosa y, en particular, está proporcionada al fin legítimo perseguido (Sentencia Norris anteriormente citada, pg. 18, ap. 41).

Con respecto a las cuestiones que están en juego en este caso, el Tribunal subraya el nexo entre la noción de «necesidad» y el de «sociedad democrática», de las que el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura constituyen tres de sus características

(Sentencias anteriormente citadas Vereinigung Demokratischer Soldaten Isterreichs y Gubi, pg. 17, ap. 36 y Dudgeon, pg. 21, ap. 53).

88. El Tribunal reconoce que incumbe a las autoridades nacionales, el juzgar en primer lugar la necesidad de la injerencia, aunque le corresponde al Tribunal el zanjar la cuestión de saber si los motivos de la injerencia eran pertinentes y suficientes. Los Estados contratantes mantienen en el marco de esta evaluación un margen de apreciación que depende de la naturaleza de las actividades en juego y de la finalidad de las restricciones (Sentencia Dudgeon anteriormente citada, pgs. 21 y 23, aps. 52 y 59).

89. En consecuencia, cuando las restricciones de las que se trata se refieren a «un aspecto de los más íntimos de la vida privada», deben existir «razones especialmente graves» para que estas injerencias respondan a las exigencias del artículo 8.2 del Convenio (sentencia Dudgeon anteriormente citada, pg. 21, ap. 52).

Cuando el fin perseguido de la seguridad nacional es sustancialmente la eficacia operativa del ejército, se admite que cada Estado tiene competencia para organizar su sistema de disciplina militar y goza de un cierto margen de apreciación (sentencia Engel y otros anteriormente citada, pg. 25, ap. 59). El Tribunal estima así mismo, que el Estado puede imponer restricciones al derecho de una persona al respeto de su vida privada allí donde exista una amenaza real para la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas, ya que no se concibe el buen funcionamiento de un ejército sin reglas jurídicas destinadas a impedir que el personal militar le perjudique. Sin embargo, las autoridades nacionales no pueden apoyarse en tales reglas para poner obstáculos a los miembros de las Fuerzas Armadas en el ejercicio de su derecho al respeto a su vida privada, que se aplica tanto a los militares como a las otras personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado. Además, las afirmaciones en cuanto a la existencia de un riesgo para la eficacia operativa deben de ser «apoyadas por ejemplos concretos» (véanse, mutatis mutandis, Sentencias Vereinigung Demokratischer Soldaten Isterreichs y Gubi, pg. 17, aps. 36 y 38, y Grigoriades pgs. 2589-2590, ap. 45).

ii. Aplicación a los hechos del caso

90. Las partes no discuten que la única motivación de las investigaciones y de la expulsión de los demandantes era la orientación sexual de los interesados. Considerando que estaba en juego uno de los aspectos más íntimos de la vida privada, la injerencia debe de estar justificada por razones particularmente graves (apartado 89 supra). En este caso, el Tribunal estima que las injerencias fueron particularmente graves por las razones siguientes.

91. En primer lugar, el procedimiento de la investigación (véanse las directivas expuestas en el apartado 49 supra y las observaciones del Gobierno en el apartado 80) fue excepcionalmente indiscreto.

Llamadas telefónicas anónimas a la señora Smith y a la policía militar por un lado, informaciones suministradas por el ama que empleaba el jefe de cuerpo del señor Grady por otro, supusieron la apertura de una investigación sobre las preferencias sexuales de los dos demandantes, cuestión que tanto la una como el otro habían mantenido en secreto hasta entonces. Las investigaciones fueron llevadas a cabo por la policía militar, cuyos métodos de investigación se basaban, según el GEPH, en procedimientos penales, y cuya presencia, siempre en opinión del GEPH, dio lugar a una gran publicidad y a un fuerte resentimiento entre los militares (apartado 49 supra).

Desde que la cuestión se planteó ante las autoridades militares, el señor Grady recibió la orden de volver inmediatamente (sin su mujer ni sus hijos) al Reino Unido. Mientras se encontraba allí, comenzó en los Estados Unidos una investigación detallada

sobre su homosexualidad; su mujer, una colega, el marido de ésta y el ama que trabajaba para la familia de su jefe de cuerpo fueron sometidos a interrogatorios detallados e indiscretos sobre su vida privada.

Ambos demandantes fueron interrogados y se les plantearon preguntas precisas de naturaleza íntima sobre sus prácticas y preferencias sexuales. Ciertas preguntas dirigidas a los interesados fueron, en opinión del Tribunal, particularmente indiscretas y ofensivas y, de hecho, el Gobierno admitió que no podía apoyar la pregunta planteada a la señora Smith para saber si había tenido relaciones sexuales con la joven que vivía en su casa.

La compañera de la señora Smith también fue interrogada. El domicilio del señor Grady fue registrado, se confiscaron numerosos objetos personales (entre ellos una carta a su compañero) y se preguntó posteriormente al interesado, de manera detallada, sobre el contenido de estos documentos. Tras los interrogatorios, la policía militar elaboró para las autoridades del ejército del aire un informe sobre la homosexualidad de cada uno de los demandantes y cuestiones relativas a ello.

92. En segundo lugar, la expulsión administrativa de los interesados, como dijo Sir Thomas Bingham, Master of the Rolls, tuvo una profunda incidencia en sus carreras y en su porvenir.

Antes de los acontecimientos en cuestión, los dos demandantes seguían una carrera militar relativamente interesante cada uno en su campo. La señora Smith servía desde hacía cinco años en el ejército del aire, había sido propuesta para un ascenso, había sido aceptada en una formación que le facilitaría dicho ascenso y estaba a punto de pasar sus exámenes finales. Sus informes de evaluación antes y después de su expulsión eran muy positivos. El señor Grady llevaba catorce años en el ejército del aire, había sido ascendido al grado de sargento y trasladado a un puesto de alta responsabilidad en Washington en 1991. Sus informes de evaluación antes y después de su revocación eran igualmente muy positivos y estaban acompañados por recomendaciones para otros ascensos. El Gobierno admite en sus observaciones que ni las hojas de servicios ni la conducta de los demandantes dieron lugar a reproche alguno, y la High Court calificó a los demandantes de «ejemplares».

El Tribunal señala a este respecto la naturaleza singular del ejército (sobre la que el Gobierno insistió en su alegato ante el Tribunal) y, en consecuencia, la dificultad que hay para transponer directamente a la vida civil las calificaciones y experiencias esencialmente militares. El Tribunal recuerda a este respecto, que una de las razones por las que consideró la expulsión de la señora Vogt de su puesto de enseñante como «una medida muy rigurosa» era su constatación según la cual un enseñante en tal caso se vería «casi seguramente privado de la facultad de ejercer la única profesión para la que tiene una vocación, para la que se ha formado y en la que ha adquirido aptitudes y experiencia» (Sentencia Vogt anteriormente citada, pg. 29, ap. 60). A este respecto, el Tribunal admite que la formación y la experiencia de los demandantes serían útiles en la vida civil. Sin embargo, los interesados iban a encontrar evidentemente dificultades en obtener, en su campo de especialización, puestos civiles que correspondieran a la antigüedad y a la posición que habían adquirido en el ejército del aire.

93. En tercer lugar, el carácter absoluto y general de la política en la que se basan las injerencias litigiosas es chocante (Sentencias anteriormente citadas Dudgeon pg. 24, ap. 61 y Vogt pg. 28, ap. 59). Esta política supone la expulsión inmediata de las Fuerzas Armadas desde el momento en que se establece la homosexualidad de una persona, sean cuales sean su conducta o su hoja de servicios. En cuanto a la sentencia Kalaç invocada por el Gobierno, el Tribunal estima que hay que distinguir el paso a la jubilación

forzosa del señor Kalaç, a quien se había despedido a causa de su conducta, de la expulsión de los demandantes en este caso, debido a sus características personales innatas.

94. Por lo tanto, el Tribunal debe averiguar si, teniendo en cuenta el margen de apreciación dejado al Estado en materia de seguridad nacional, existían razones especialmente sólidas y convincentes que justificaran las injerencias en el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada.

95. El argumento principal del Gobierno a favor de su política, consiste en decir que la presencia en el seno del ejército de personas abiertamente homosexuales o que se sospeche que lo sean, tendría un efecto negativo muy importante en la moral de las tropas y, en consecuencia, en la potencia de combate y la eficacia operativa del ejército. El Gobierno se apoya para ello en el informe del GEPH, especialmente en la parte F de dicho informe.

Aunque tomando nota de la complejidad del estudio emprendido por el GEPH, el Tribunal tiene ciertas dudas en cuanto al valor de este informe en el presente caso. La independencia de la evaluación expuesta en el informe no es muy segura, si se considera que los autores del mismo son funcionarios del Ministerio de Defensa y militares (apartado 51 supra), y si se tiene en cuenta la perspectiva en la que se sitúa esta política, perspectiva que el Ministerio de Defensa define en su circular de agosto de 1995 a los órganos dirigentes del ejército (apartado 33 supra). Además, sea cual sea la lectura que se haga del informe y de los métodos empleados (apartado 52 supra), se constata que solamente una pequeña proporción del personal militar participó en esta apreciación. Por otra parte, los métodos de evaluación (incluida la consulta a personas responsables de la política en el Ministerio de Defensa, las entrevistas personales y las discusiones de grupo) no eran, muchos de ellos, anónimos. Se observa igualmente que muchas preguntas del estudio sobre los comportamientos inducían a respuestas favorables a la política.

96. Aunque los puntos de vista expresados en el GEPH sobre la materia podrían pasar por representativos, el Tribunal considera que los problemas que se perciben en el informe del GEPH como una amenaza para la potencia de combate y eficacia operativa del ejército eran debidos únicamente a las actitudes negativas de los militares heterosexuales hacia los que tenían preferencias homosexuales. El Tribunal observa a este respecto, que esta política no traduce ningún juicio moral sobre la homosexualidad, lo que confirma la declaración del adjunto al jefe de personal de los ejércitos que se encuentra en el expediente del asunto Perkins (apartado 50 supra). El Gobierno reconoce igualmente que esta política no pone en duda ni las hojas de servicio ni la conducta de los demandantes, ni las capacidades físicas, la valentía, la fiabilidad y las aptitudes de los homosexuales en general.

97. Para el Tribunal, la cuestión es saber si las actitudes negativas mencionadas anteriormente constituyen una justificación suficiente a las injerencias litigiosas.

El Tribunal señala, basándose en el informe del GEPH, que estas actitudes, incluso si reflejan sinceramente los sentimientos de quienes los han expresado, van desde las expresiones estereotipadas que indican una hostilidad hacia los homosexuales hasta un vago sentimiento de malestar engendrado por la presencia de colegas homosexuales. En la medida en la que estas actitudes negativas corresponden a los prejuicios de una mayoría heterosexual hacia una minoría homosexual, el Tribunal no podría considerarlas como siendo en sí mismas una justificación suficiente para las injerencias en los

derechos mencionados de los demandantes, como tampoco lo haría con respecto a actitudes negativas análogas hacía personas de raza, origen o color diferentes.

98. El Gobierno indica que los puntos de vista expresados en el informe GEPH sirvieron para demostrar que todo cambio de política sería muy perjudicial para la moral y la eficacia operativa. Los demandantes consideran que estas afirmaciones no tienen fundamento.

99. El Tribunal hace notar la falta de elementos concretos que demuestren el atentado contra la moral y la potencia de combate que ocasionaría un cambio de política. El Lord Justice Thorpe, del Tribunal de Apelación, consideró que no había ninguna prueba concreta o significativa de que la presencia de homosexuales en el ejército causaría tal perjuicio (apartado 40 supra). El Tribunal considera además, que la evaluación posterior del GEPH, sean cuales sean sus méritos, no estableció que tal perjuicio se pudiera dar en caso de cambio de política. Teniendo en cuenta la cantidad de homosexuales expulsados entre 1991 y 1996 (apartado 67 supra), no se podría considerar como insignificante el número de homosexuales que servían en el ejército en la época de los hechos. Incluso si la ausencia de tales elementos de prueba se pudiera explicar por la aplicación constante de la política, como afirma el Gobierno, esto no basta para convencer al Tribunal de que pueden surgir, a falta de esta política, problemas de la naturaleza y la importancia de los que se alegan con respecto a la eficacia operativa (Sentencia Vereinigung Demokratischer Soldaten Isterreichs y Gubi anteriormente citada, pg. 17, ap. 38).

100. Sin embargo, a la vista de los sentimientos expresados en ciertas observaciones hechas al GEPH y el carácter específico, interdependiente y estrechamente comunitario del medio ambiente militar, el Tribunal considera razonable presumir que todo cambio de una política bien asentada podría suponer algunas dificultades. En efecto, parece que la presencia de mujeres y de minorías raciales en el ejército haya sido el origen de dificultades en las relaciones del mismo orden de las que, en opinión del Gobierno, resultarían de la admisión de los homosexuales (apartados 63-64 supra).

101. Los demandantes mantienen que un código de conducta estricto aplicable al conjunto del personal militar paliaría las dificultades que podrían causar las actitudes negativas de los heterosexuales. Sin rechazar de entrada esta posibilidad, el Gobierno subraya la necesidad de ser prudente, teniendo en cuenta el objeto y el contexto militar de la política, y precisa que esta cuestión es una de las opciones que la próxima comisión parlamentaria restringida examinará en el año 2001.

102. El Tribunal considera importante señalar, en primer lugar, la posición ya adoptada por el ejército con respecto a la discriminación racial y al acoso y las amenazas de carácter racial y sexual (apartados 63-64 supra). Así, la Directiva de enero de 1996 impuso a los soldados un código de conducta estricto, que está acompañado de reglas disciplinarias tendentes a responder a todo comportamiento o toda conducta reprobables. Este doble enfoque se completa con folletos de información y programas de formación, subrayando el ejército la necesidad de ser ejemplar en cuanto a la conducta personal y el respeto a los demás.

El Gobierno hace valer, sin embargo, que sería «el hecho de conocer o de sospechar la homosexualidad» lo que perjudicaría la moral, y no la conducta de los interesados, de manera que un código de conducta no suprimiría las dificultades que se temen. No obstante, en la medida en la que las actitudes negativas hacia los homosexuales no bastan por sí mismas para justificar la política (apartado 97 supra), son igualmente insuficientes para legitimar el rechazo de una solución de recambio. Sea

como fuere, el mismo Gobierno reconoció en la audiencia que la elección entre el código de conducta y el mantenimiento de la política era el punto central de la decisión a tomar en este caso. Esta posición es igualmente coherente con el hecho de que el Gobierno se base directamente en la parte F del informe GEPH, según la cual los problemas que se temen y se conciben como un riesgo para la moral estaban casi exclusivamente ligados al comportamiento y a la conducta (apartados 53-54 supra).

El Gobierno afirma que la homosexualidad plantea problemas de una naturaleza y de una intensidad como no lo hicieron las cuestiones relativas a la raza o el sexo. Sin embargo, incluso si se puede presumir que la integración de los homosexuales causaría problemas que la integración de la mujeres o de las minorías raciales no han engendrado, el Tribunal no está convencido de que códigos y reglas que se han revelado eficaces en este último caso lo fueran tanto en el primero. «La indiferencia a toda prueba» evocada por el GEPH, de la gran mayoría del personal militar británico que sirve en el extranjero al lado de las fuerzas aliadas con respecto a los homosexuales pertenecientes a estas fuerzas extranjeras, confirma que los problemas de integración que se temen no son insalvables (apartado 59 supra).

103. El Gobierno señala los problemas particulares que pueden ocasionar las condiciones de alojamiento colectivo del ejército. Se han hecho durante la audiencia observaciones detalladas, al estar las partes en desacuerdo, en cuanto a las eventuales consecuencias de compartir personas del mismo sexo los alojamientos y otros servicios.

El Tribunal señala que el mismo GEPH concluyó que no estaría justificado y no sería razonable prever alojamientos separados para los homosexuales y que sería por lo tanto inútil dedicar gastos importantes a este efecto. Continúa pensando, sin embargo, que no se ha demostrado que los códigos de conducta y reglas disciplinarias evocadas anteriormente no pudieran solucionar correctamente las cuestiones de comportamiento por parte de los homosexuales o de los heterosexuales.

104. Invocando el análisis expuesto en el informe del GEPH sobre este punto, el Gobierno adelanta que no se puede sacar ninguna lección útil de los cambios jurídicos relativamente recientes que han realizado ejércitos extranjeros que admiten ahora la presencia de homosexuales. El Tribunal no comparte esta opinión. Toma nota de los elementos que se han presentado ante los tribunales internos de los que se desprende que los países europeos que prohíben igualmente y de manera general la presencia de homosexuales en sus Fuerzas Armadas representan ya una pequeña minoría. Considera que no puede hacer abstracción de las ideas que, aunque relativamente recientes, no cesan de extenderse y de evolucionar, ni de los cambios jurídicos que éstas suponen en el derecho interno de los Estados contratantes (Sentencia Dudgeon anteriormente citada, pgs. 23-24, ap. 60).

105. Por lo tanto, el Tribunal concluye que el Gobierno no ha presentado razones convincentes y sólidas para justificar la política contra los homosexuales en el seno del ejército ni, en consecuencia, la expulsión subsiguiente de los demandantes.

106. Si la expulsión de los demandantes fue una consecuencia automática de su homosexualidad, el Tribunal considera que la justificación de las investigaciones llevadas a cabo sobre la homosexualidad de los interesados requiere un examen separado, ya que las investigaciones continuaron después de que los demandantes hubieran reconocido rápida y expresamente que eran homosexuales. En el caso de la señora Smith, el reconocimiento fue inmediato, y el señor Grady admitió ser homosexual al principio del interrogatorio del 26 de mayo de 1994.

107. El Gobierno mantiene que las investigaciones, incluidos los interrogatorios y los registros, son necesarios para localizar a los que falsamente pretenden ser homosexuales para beneficiarse de una expulsión administrativa de las Fuerzas Armadas. El Gobierno cita cinco ejemplos de personas que servían en el ejército y que formularon recientemente falsas afirmaciones de este tipo para ser expulsados. Sin embargo, y aunque la vida familiar del señor Grady haya podido suscitar dudas en cuanto a la veracidad de las informaciones relativas a su homosexualidad, era y sigue siendo claro, en opinión del Tribunal, que en la época de los hechos, tanto la señora Smith como el señor Grady deseaban permanecer en el ejército del aire. Así, el Tribunal, no ve cómo el riesgo de falsas afirmaciones de homosexualidad podría, en el caso de los demandantes, legitimar de alguna manera la continuación de los interrogatorios.

108. El Gobierno pretende además, que las preocupaciones en materia de salud, de seguridad y de disciplina avanzadas por el GEPH justificarían el plantear ciertas preguntas a los demandantes. El Tribunal señala, sin embargo, que el informe del GEPH concluye que los problemas de seguridad relativos a las personas de las que se sospecha que sean homosexuales no resistirían, en tanto que razón para defender el mantenimiento de la política, un examen en profundidad. Por esto, el Tribunal no está convencido de que el riesgo de chantaje, que es el principal motivo de seguridad que alega el Gobierno, justificara acosar a preguntas a los dos demandantes. Del mismo modo, el Tribunal considera que los riesgos clínicos (que, a fin de cuentas, fueron en gran parte abandonados por el GEPH como justificación del mantenimiento de la política) no explicaban la amplitud de los interrogatorios de los demandantes. Además, no se planteaba ningún problema de disciplina en el caso de ninguno de los interesados.

109. Invocando las advertencias hechas a los demandantes al principio de su interrogatorio, el Gobierno afirma que los interesados no estaban obligados a participar en ellos. Además, se le pidió a la señora Smith que consintiera que se interrogara a su compañera, y el señor Grady aceptó el registro de su domicilio y la incautación de su agenda electrónica. El Tribunal considera, sin embargo, que los demandantes no tenían verdaderamente otra elección que la de cooperar en este procedimiento. Los interrogatorios representaban manifiestamente una parte importante e inevitable del procedimiento de investigación destinado a verificar, respetando «las exigencias severas en materia de pruebas», las preferencias sexuales de los demandantes (véanse las directivas en el apartado 49 supra y la tesis del Gobierno expuesta en el apartado 80). El Tribunal está convencido de que si los demandantes no se hubieran mostrado cooperantes a lo largo del interrogatorio, incluso en cuanto a los elementos suplementarios anteriormente mencionados que implica el procedimiento, las autoridades habrían emprendido el verificar las sospechas de homosexualidad que pesaban sobre ellos por otros medios probablemente menos discretos. Se explicó muy claramente a los dos demandantes, y en términos especialmente explícitos al señor Grady, qué era lo que les esperaba en el caso de que se negaran a cooperar.

110. En estas condiciones, el Tribunal considera que el Gobierno no ha aportado razones convincentes y serias que justifiquen la continuación de las investigaciones sobre las preferencias sexuales de los demandantes a partir del momento en que éstos confirmaron a las autoridades del ejército del aire que eran homosexuales.

111. En una palabra, el Tribunal considera que ni las investigaciones llevadas a cabo sobre las preferencias sexuales de los demandantes ni su expulsión a causa de su homosexualidad conforme a la política del Ministerio de Defensa, estaban justificados con respecto al artículo 8.2 del Convenio.

112. Por lo tanto, hubo violación del artículo 8 del Convenio.

II. SOBRE LA VIOLACION DEL ARTICULO 14 DEL CONVENIO EN RELACION CON EL ARTICULO 8

113. Los demandantes invocan igualmente el artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8 en cuanto a la puesta en práctica de la política de Ministerio de Defensa en su contra. El artículo 14 dice:

«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».

114. Para el Gobierno, no se formula ninguna cuestión distinta desde el punto de vista del artículo 14 del Convenio; en cuanto a los demandantes, se basan en los argumentos que ya adelantaron en el contexto del artículo 8 y que se encuentran resumidos más arriba.

115. El Tribunal considera que, en las circunstancias que se dan en este caso, las quejas relativas a la discriminación que los demandantes habrían sufrido a causa de sus preferencias sexuales por la existencia y la aplicación de la política del Ministerio de Defensa, coinciden en la práctica, aunque presentadas bajo un ángulo diferente, con la queja que el Tribunal ya ha examinado en base al artículo 8 del Convenio (Sentencia Dudgeon anteriormente citada, pgs. 25-26, aps. 64-70).

116. Así, el Tribunal considera que las quejas formuladas por los demandantes bajo el punto de vista del artículo 14 en relación con el artículo 8 no dan lugar a una cuestión distinta.

III. SOBRE LA VIOLACION DEL ARTICULO 3 DEL CONVENIO CONSIDERADO SEPARADAMENTE Y EN RELACION CON EL ARTICULO 14

117. Los demandantes se quejan igualmente, en el terreno del artículo 3 del Convenio, considerado separadamente y en relación con el artículo 14, que la política que excluye a los homosexuales del ejército y las investigaciones y expulsiones que resultaron de ella, se analizan como un trato degradante. El artículo 3, en sus párrafos aplicables al caso dice:

«Nadie podrá ser sometido (...) a penas o tratos (...) degradantes».

118. Para el Gobierno, la política no podría ser calificada como degradante, teniendo en cuenta su fundamento y sus objetivos serios y razonables (a saber, preservar la potencia de combate y la eficacia operativa del ejército) y la ausencia de toda intención de degradar o de humillar de las personas. El asunto Asiáticos de Africa oriental contra el Reino Unido (demandas núms. 4403/1970 y siguientes, informe de la Comisión de 14 de diciembre de 1973, Décisions et rapports 78-B, pg. 5), invocado por los demandantes, no es pertinente en este caso ya que trataba de una discriminación racial. El Gobierno reconoce que el procedimiento de investigación era desagradable, pero señaló que, teniendo en cuenta el problema en cuestión, las preguntas de orden íntimo eran inevitables y que la finalidad no era humillar a las personas sino tratar los asuntos tan rápida y discretamente como fuera posible. Subraya, una vez más, que los interesados eligieron participar en los interrogatorios.

119. Los demandantes mantienen que el trato discriminatorio que sufrieron, que se basaba en estereotipos y prejuicios sumarios, negó y perjudicó su individualidad y su dignidad, y hay que analizarlo como un trato contrario al artículo 3. La distinción que hace el Gobierno a propósito del asunto anteriormente citado, Asiáticos de Africa oriental, es

una distinción de orden técnico, ya que los demandantes fueron etiquetados y catalogados, proceso que envileció y ensució su existencia y la reputación de ambos. Además, no puede justificarse un trato contrario al artículo 3. En cuanto a la sugerencia según la cual ellos hubieran podido elegir el no participar en los interrogatorios, los demandantes argumentan que su queja se refiere al conjunto del procedimiento de investigación y de expulsión; la advertencia que se les hizo sería de hecho una advertencia estándar que se hace a todo sospechoso en materia criminal y el hecho mismo de plantear ciertas preguntas era hiriente y degradante. La ausencia de obligación jurídica de responder a las preguntas no atenuó en nada este efecto ya que debían de cooperar para seguir dando a las investigaciones el carácter más discreto posible. Sea como fuere, las preguntas fueron mucho más lejos que un sencillo interrogatorio sobre sus preferencias sexuales ya que fueron interrogados cuando ya habían reconocido sus tendencias sexuales y muchas de las preguntas eran tendenciosas y descorteses.

120. El Tribunal recuerda que para entrar en el ámbito del artículo 3, un mal trato debe alcanzar un mínimo de gravedad. La apreciación de este mínimo es relativa y depende del conjunto de datos del caso, sobre todo de la duración del trato y de sus efectos físicos o mentales (Sentencia Irlanda contra el Reino Unido de 18 enero 1978, serie A núm. 25, pg. 65, ap. 162).

Recuerda también, que un trato puede ser considerado como degradante si es capaz de crear en la víctima sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaces de humillarle, envilecerle y romper, eventualmente, su resistencia física o moral (Sentencia Irlanda contra el Reino Unido anteriormente citada, pgs. 66-67, ap. 167). Además, basta con que la víctima sea humillada a sus propios ojos (Sentencia Tyrer contra el Reino Unido de 25 abril 1978, serie A núm. 26, pg. 16, ap. 32).

121. El Tribunal ha señalado anteriormente las razones por las que considera que la investigación y la expulsión, así como el carácter general de la política del Ministerio de Defensa revestían una gravedad particular (apartados 90-93 supra). Además, el Tribunal no excluye que un trato basado en un prejuicio por parte de una mayoría heterosexual hacia una minoría homosexual, como el que se ha descrito anteriormente, pueda entrar en el ámbito del artículo 3 (véase, mutatis mutandis, Sentencia Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido de 28 mayo 1985, serie A, núm. 94, pg. 42, aps. 90-91).

122. Sin embargo, aun admitiendo que la política así como las investigaciones y la expulsión que aquélla supuso hayan sido innegablemente penosas y humillantes para cada uno de los demandantes, el Tribunal considera, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias del caso, que el trato no alcanzó el mínimo de gravedad requerido para caer bajo el peso del artículo 3 del Convenio.

123. Así, el Tribunal concluye que no hubo violación del artículo 3 del Convenio, considerado aisladamente o en relación con el artículo 14.

IV. SOBRE LA VIOLACION DEL ARTICULO 10 DEL CONVENIO CONSIDERADO AISLADAMENTE Y EN RELACION CON EL ARTICULO 14

124. Los demandantes se quejan, además y bajo el punto de vista del artículo 10 del Convenio, tomado aisladamente y en relación con el artículo 14, de la restricción impuesta por la puesta en práctica de la política del Ministerio de Defensa de su derecho a expresar su identidad sexual. El artículo 10, en sus disposiciones pertinentes, está así redactado:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas (...).

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional (...) la defensa del orden (...).

125. Para el Gobierno, la libertad de expresión no está en juego en este caso. Mantiene que los demandantes eran libres de expresar informaciones o ideas y de informar a otros de sus inclinaciones sexuales. Las investigaciones y las expulsiones de los interesados eran la consecuencia, no de la expresión de informaciones o ideas, sino más bien de su homosexualidad, que ellos habían elegido esconder hasta que fueron objeto de una investigación. Sea como fuere, toda injerencia que se hubiera producido en el ejercicio por los demandantes de su libertad de expresión, estaba justificada por las razones indicadas en el contexto del artículo 8 y, en consecuencia, no se formula ninguna cuestión distinta desde el punto de vista del artículo 10.

126. Los demandantes pretenden que el derecho de una persona a expresar su sexualidad engloba opiniones, ideas e informaciones esenciales para una persona y su identidad. La política del Ministerio de Defensa les obligó a llevar unas vidas secretas, negándoles la posibilidad de comunicar abierta y libremente su propia identidad sexual, lo que tuvo sobre ellos un efecto inhibitor y representó un freno poderoso para su derecho a la libertad de expresión. Por las razones expuestas en el terreno del artículo 8, los demandantes sostienen que la injerencia en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión no respondía a las exigencias enunciadas en el segundo apartado del artículo 10 del Convenio. Añaden, que toda restricción impuesta a la libertad de expresión, incluida la expresión de la orientación sexual de una persona, necesita una interpretación estricta y que, la única justificación que el Gobierno dio a las injerencias en el ejercicio de los derechos garantizados por el artículo 8, era insuficiente en el contexto del artículo 10. Considerando que se protege toda expresión que pueda chocar, ofender o molestar a terceros, el simple hecho de que miembros del ejército hayan sido perturbados por la presencia de homosexuales declarados, como pretende el Gobierno, no basta para justificar una injerencia en el terreno del artículo 10 del Convenio.

Finalmente, los demandantes consideran que la afirmación del Gobierno relativa a su libertad de expresar su homosexualidad es poco creíble. Si hubieran hablado de ello, habrían sido sometidos inmediatamente a una investigación y expulsados, lo que efectivamente se produjo.

127. El Tribunal no excluye que el silencio impuesto a los interesados en cuanto a sus preferencias sexuales, así como la necesidad constante de estar atentos, ser discretos y mantener el secreto a este respecto frente a sus colegas, amigos y relaciones debido al efecto inhibitor de la política del Ministerio de Defensa, puedan constituir una injerencia en su libertad de expresión.

A pesar de ello, el Tribunal señala que el objeto de la política y, por consiguiente la única razón de las investigaciones y las expulsiones de los demandantes, era su orientación sexual, que es «una manifestación esencialmente privada de la personalidad humana» (Sentencia Dudgeon anteriormente citada, pg. 23, ap. 60). Considera que el aspecto relativo a la libertad de expresión es, en este caso, accesorio con respecto al derecho de los demandantes al respeto a su vida privada, que es la cuestión principal en juego (véanse, *mutatis mutandis*, Sentencias Kokkinakis contra Grecia de 25 mayo 1993, serie A núm. 260-A, pg. 23, ap. 55 y Larissis y otros contra Grecia de 24 febrero 1998 [TEDH 1998\8], Repertorio 1998-I, pg. 383, ap. 64).

128. Así, el Tribunal considera inútil examinar las quejas de los demandantes en el terreno del artículo 10 del Convenio, tomado aisladamente o en relación con el artículo 14.

V. SOBRE LA VIOLACION DEL ARTICULO 13 DEL CONVENIO

129. Finalmente, los demandantes se quejan de una violación del artículo 13 del Convenio porque no habrían dispuesto de un recurso efectivo ante una instancia nacional para hacer reparar las violaciones del Convenio de las que han sido víctimas. El artículo 13, en sus párrafos aplicables a este caso dice:

«Toda persona, cuyos derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio hayan sido violados, tiene derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional (...)».

130. Invocando el asunto Vilvarajah (Sentencia Vilvarajah y otros contra el Reino Unido de 30 de octubre de 1991, serie A núm. 215), el Gobierno defiende que el procedimiento de control jurisdiccional ofrecía a los demandantes un recurso efectivo. Los interesados podían hacer valer, e hicieron valer, ante los tribunales internos, los mismos argumentos basados en el Convenio que los que presentan ahora ante el Tribunal. Toda diferencia que pudiera haber entre el criterio del control jurisdiccional y el criterio derivado del Convenio, no era crucial para las cuestiones planteadas en este caso, y el razonamiento del Tribunal de Apelación reflejó, en lo esencial, el razonamiento en el que se basa el margen de apreciación dejado por el Convenio. Los tribunales internos, como los órganos del Convenio, conservan un papel de supervisión tendente a asegurar que el Estado no abuse de sus poderes ni exceda su margen de apreciación.

131. Los demandantes alegan que el artículo 13 supone como mínimo dos exigencias. En primer lugar, la instancia nacional implicada debe tener competencia para conocer de la queja de una persona bajo el punto de vista del Convenio o de otras disposiciones correspondientes al derecho interno y, en segundo lugar, esta instancia debe tener competencia para reparar la violación si admite el fundamento de la queja en cuestión. Además, la extensión precisa de las obligaciones que se derivan del artículo 13 depende de la naturaleza de la queja del interesado. El presente asunto concierne a la aplicación de una política general que supone injerencias en los derechos de un grupo minoritario con respecto al artículo 8, y no, la apreciación de la extradición o de la expulsión de una persona en el terreno del artículo 3, como en los casos Soering y Vilvarajah (sentencias Soering contra el Reino Unido de 7 de julio de 1989, serie A núm. 161 y Vilvarajah y otros anteriormente citado).

132. Para los demandantes, la vía del control jurisdiccional no responde a la primera de las exigencias del artículo 13 por dos razones relacionadas entre sí. Ya que la política del Ministerio de Defensa reviste un carácter general sin excepciones, los tribunales internos no podían examinar la procedencia de las quejas de cada uno de los demandantes. Ahora bien, las consecuencias de esta política sobre las personas varían de un caso a otro. Por el contrario, los tribunales internos podían examinar, y estaban de hecho obligados a examinar, «con la mayor minuciosidad» las circunstancias particulares de los asuntos Soering y Vilvarajah anteriormente mencionados, asuntos de extradición y de expulsión. En segundo lugar, los tribunales nacionales no podían investigar si se había establecido un equilibrio justo entre el interés general y los derechos de los demandantes. Debían limitarse a verificar si se había demostrado que la política era globalmente irracional o perversa, y la carga de la prueba a este respecto pesaba sobre los demandantes. Para que los tribunales internos pudieran intervenir, los interesados debían demostrar que los responsables de esta política habían «perdido el sentido común» y que este umbral elevado había sido franqueado. Además, los demandantes

hicieron valer que los comentarios de la High Court y del Tribunal de Apelación representan la mejor prueba de que estos tribunales no tenían competencia para conocer del contenido de las quejas que los interesados presentaban con respecto al Convenio. A este respecto, se puede oponer su caso al de los asuntos Soering y Vilvarajah anteriormente citados, ya que el criterio aplicado en el procedimiento de control jurisdiccional al tratarse de las extradiciones y las expulsiones contempladas, coincide con el aplicado en el terreno del Convenio.

133. Los demandantes pretenden, además, que el procedimiento de control jurisdiccional no responde a la segunda exigencia del artículo 13, ya que los tribunales internos no eran capaces de reparar la violación, incluso si cuatro jueces de los cinco que examinaron su asunto, consideraron que la política no estaba justificada.

134. Aunque los demandantes invocaron el artículo 13 del Convenio en cuanto al conjunto de sus quejas, el Tribunal recuerda que es, principalmente el derecho de los interesados al respeto de su vida privada lo que se encuentra en juego en este caso (apartado 127 supra). Así, su opinión es que es más apropiado examinar las quejas derivadas del artículo 13 del Convenio en relación con el artículo 8.

135. El Tribunal recuerda que el artículo 13 garantiza la existencia en derecho interno de un recurso que permita prevalecerse de los derechos y las libertades del Convenio tal y como en él se encuentran consagrados. Tiene por lo tanto, como consecuencia, el exigir un recurso interno que habilite a la instancia nacional competente para conocer del contenido de la queja basada en el Convenio y, además, ofrecer la reparación apropiada. No va sin embargo, hasta exigir la incorporación del Convenio al derecho interno o una forma particular de recurso, ya que los Estados contratantes gozan de un margen de apreciación para cumplir las obligaciones que les impone. Además, «la efectividad» que exige del recurso no depende de la certidumbre de un resultado favorable (Sentencia Vilvarajah y otros anteriormente citada, pg. 39, ap. 122).

136. El Tribunal llegó a la conclusión de que el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada (apartado 112 supra) había sido violado debido a las investigaciones que se efectuaron y a la expulsión de los interesados conforme a política que lleva a cabo el Ministerio de Defensa contra los homosexuales en el ejército. Como explicaron la High Court y el Tribunal de Apelación en el marco del procedimiento de control jurisdiccional, considerando que el Convenio no está incorporado al Derecho inglés, la cuestión de saber si la aplicación de la política infringió los derechos de los demandantes con respecto al artículo 8 y, en particular, la de saber si las autoridades demostraron que la política respondía a una necesidad social imperiosa o estaba proporcionada a un fin legítimo perseguido, no podía recibir una respuesta adecuada. La única cuestión que se encontraba sometida a los tribunales internos era la de saber si la política podía ser considerada como «irracional».

137. El criterio de «irracionalidad» aplicado en este caso ha sido el que expuso Sir Thomas Bingham, Master of the Rolls, en su Sentencia: Un Tribunal no tiene el derecho de intervenir en el fondo en el ejercicio de un poder administrativo discrecional a menos que esté convencido de que la decisión no era razonable en el sentido de que no entraba dentro de la gama de reacciones que se ofrecía a un responsable razonable. Para determinar si el responsable había sobrepasado este margen de apreciación, era importante el contexto de los derechos humanos, de manera que cuanto más grave era la injerencia en los derechos humanos, más debía el Tribunal exigir una justificación seria antes de convencerse del carácter razonable de la decisión.

Sin embargo, se subrayaba igualmente que, a pesar del contexto de los derechos humanos, el umbral de irracionalidad que un justiciable debía de franquear era elevado. Para el Tribunal, las mismas decisiones de la High Court y del Tribunal de Apelación lo confirman. El Tribunal hace notar que, en sus Sentencias principales, los dos tribunales emitieron comentarios favorables sobre los motivos de los demandantes, contestando las razones presentadas por el Gobierno para justificar la política. El Lord Justice Simon Brown consideró que los motivos de los demandantes eran claramente de mayor peso que los de sus adversarios, calificando de poderosos los argumentos a favor de un código de conducta (apartado 30 supra). El Master of the Rolls, Sir Thomas Bingham, consideró que los argumentos de los demandantes presentaban una «fuerza considerable» y que, invocando especialmente la eficacia potencial de un código de conducta, requerían un examen en profundidad (apartado 37 supra). Además, sin expresar conclusiones sobre las cuestiones relativas al Convenio que planteaba este asunto, el Lord Justice Simon Brown expresó su opinión de que «los días de esta política estaban contados» teniendo en cuenta las obligaciones que incumbían al Reino Unido en virtud del Convenio (apartado 31 supra). El Master of the Rolls, Sir Thomas Bingham, observó que las investigaciones y la expulsión de los demandantes no suponían un gran respeto por su vida privada. Consideró que se podría preguntar si no había habido una injerencia desproporcionada en los derechos de los interesados con respecto al artículo 8 del Convenio (apartado 38 supra).

Los dos tribunales concluyeron, sin embargo, que no se podía considerar que la política no entrara en la gama de reacciones que se ofrecía a un responsable razonable y, en consecuencia, no se la podía considerar como «irracional»

138. En estas condiciones, está claro para el Tribunal que, incluso suponiendo que las quejas que le presentan los demandantes hayan sido esencialmente formuladas ante los tribunales internos y examinadas por ellos, el umbral a partir del cual la High Court y el Tribunal de Apelación hubieran podido considerar la política del Ministerio de Defensa como irracional, era tan elevado que excluía en la práctica toda consideración por los tribunales internos de la cuestión de saber si la injerencia en los derechos de los demandantes respondía a una necesidad social imperiosa o era proporcionada a los fines perseguidos -seguridad nacional y orden público-, principios que están en el centro del análisis del Tribunal de las quejas derivadas del artículo 8 del Convenio.

Las causas presentes no pueden oponerse a los asuntos Soering y Vilvarajah anteriormente citados. En esos asuntos, el Tribunal consideró que el criterio aplicado por los tribunales nacionales para las peticiones de control jurisdiccional, que se referían a decisiones del ministro en asuntos de extradición y de expulsión coincidían con la propia actitud del Tribunal en el campo del artículo 3 del Convenio.

139. Así, el Tribunal considera que los demandantes no dispusieron de ningún recurso efectivo en cuanto a la violación del derecho al respeto de su vida privada garantizado por el artículo 8 del Convenio. Por lo tanto, hubo violación del artículo 13 del Convenio.

VI. SOBRE LA APLICACION DEL ARTICULO 41 DEL CONVENIO

140. El artículo 41 del Convenio dice:

«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».

141. Los demandantes presentaron sus pretensiones detalladas en concepto de perjuicio material y daño moral así como el reembolso de las costas y gastos. Sin

embargo, solicitaron otras informaciones del Gobierno antes de poder completar sus proposiciones.

142. El Gobierno hizo valer en la audiencia que la constatación de la violación proporcionaría una satisfacción equitativa suficiente o, a título subsidiario, que las reivindicaciones de los demandantes eran exageradas. Solicitó igualmente más tiempo para responder en detalle a las proposiciones definitivas de los interesados.

143. El Tribunal ya había aceptado conceder a las partes más tiempo para someterle sus proposiciones definitivas en cuanto a una satisfacción equitativa. En consecuencia, consideró que la cuestión planteada bajo el punto de vista del artículo 41 no estaba vista para sentencia. Así, procede reservarla y fijar el procedimiento posterior, teniendo en cuenta la posibilidad de un acuerdo entre las partes (artículo 75.4 del Reglamento del Tribunal).

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

1. Declara que hubo violación del artículo 8 del Convenio;
 2. Declara, que no se formula ninguna cuestión distinta desde el punto de vista del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8;
 3. Declara que no hubo violación del artículo 3 del Convenio, tomado aisladamente o en relación con el artículo 14;
 4. Declara que no procede examinar las quejas de los demandantes bajo el punto de vista del artículo 10 del Convenio tomado aisladamente o en relación con el artículo 14;
 5. Declara que hubo violación del artículo 13 del Convenio;
 6. Declara que la cuestión de la aplicación del artículo 41 del Convenio no se encuentra vista para sentencia;
- En consecuencia,
- a) reserva dicha cuestión;
 - b) invita a las partes a notificar al Tribunal cualquier acuerdo al que pudieran llegar;
 - c) reserva el procedimiento posterior y delega en el Presidente el fijarlo según las necesidades.

Hecha en francés e inglés y leída en audiencia pública en el Palacio de los Derechos Humanos de Estrasburgo el 27 de septiembre de 1999. Firmado:

J-P. Costa, Presidente - S. Dollé, Secretaria.

Se encuentra adjunta a la presente Sentencia, conforme a los artículos 45.2 del Convenio y 74.2 del Reglamento, la exposición, en parte concordante y en parte disidente del Juez señor Loucaides. Rubricado: J.P.C. y S.D.

J-P. C.

S. D.

OPINION PARCIALMENTE CONCORDANTE Y PARCIALMENTE

DISIDENTE DEL JUEZ SEÑOR LOUCAIDES

Suscribo la opinión de la mayoría en todos los puntos salvo en lo relativo a la conclusión según la cual la expulsión de los demandantes del ejército debido a su homosexualidad supuso la violación del artículo 8 del Convenio.

A este respecto, me ha convencido el argumento del Gobierno relativo a los problemas particulares que podían plantearse debido a las formas de alojamiento colectivo en el ejército. Los demandantes deberían compartir con sus compañeros de armas heterosexuales alojamientos y otros servicios (duchas, aseos, etc.) previstos para personas del mismo sexo. En mi opinión, las dificultades en cuestión serían en substancia análogas a las que se producirían por el hecho de alojar en los mismos locales a militares de ambos sexos. La necesidad de prever alojamientos y servicios separados para las mujeres y los hombres se debe a su diferencia de orientación sexual. Ahora bien, es precisamente la existencia de esta diferencia entre los homosexuales y los heterosexuales lo que da todo su sentido a la tesis del Gobierno.

Para mí, la respuesta dada por la mayoría a este aspecto del asunto, no es satisfactoria. El Tribunal señala (en el apartado 103 de la Sentencia) que el GEPH concluyó que «ni estaría justificado ni sería razonable prever alojamientos separados para los homosexuales»; considera que en todos los casos, «no se ha demostrado que los códigos de conducta y las reglas disciplinarias (...) no podrían regular correctamente las cuestiones de comportamiento por parte de los homosexuales o de los heterosexuales». El hecho de que «no estaría justificado ni sería razonable» prever alojamientos separados no legitima el establecimiento de modos de alojamiento colectivos si éstos ocasionan problemas reales. Además, «los códigos de conducta y las reglas disciplinarias», no pueden modificar las preferencias sexuales de las personas y actuar sobre los problemas referentes a ello que -en cuanto a la cuestión en juego- obligan, en el caso de las mujeres, a alojar separados a los militares de ambos sexos. Las dificultades se derivan de la obligación para los grupos de personas que tienen una orientación sexual diferente de vivir juntos. Añado a este respecto, que si los homosexuales tuvieran el derecho de alistarse en el ejército, su orientación sexual podría expresarse tras una revelación o una manifestación cualquiera de su parte.

La prohibición de la entrada de homosexuales en el ejército, tendía a garantizar la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas y, en esta medida, las injerencias que de ello resultaron perseguían los fines legítimos de «seguridad nacional» y de «defensa del orden», con lo que el Tribunal está de acuerdo. Mi desacuerdo con la mayoría reside en la cuestión de saber si la injerencia en este caso puede ser considerada «necesaria en una sociedad democrática» para alcanzar estos objetivos. La mayoría destaca el principio que cuando las restricciones a un derecho del convenio conciernen a uno de los aspectos más íntimos de la vida privada, deben de existir razones especialmente graves para que estas injerencias respondan a las exigencias del artículo 8 del Convenio. Sin embargo, a semejanza del Gobierno, considero que el estrecho margen de apreciación aplicable a asuntos relativos a la intimidad de las personas debe ampliarse en casos análogos al del presente asunto, en los que el fin legítimo de la restricción se refiere a la eficacia operativa del ejército y, en consecuencia, a la seguridad nacional. Esto, me parece que se desprende lógicamente del principio según el cual el Estado goza de un amplio margen de apreciación al tratarse de determinar, bajo el punto de vista de la protección de la seguridad nacional, si existe una necesidad social imperiosa en el caso de injerencias en el derecho al respeto de la vida privada de una persona (Sentencia Leander contra Suecia de 26 de marzo de 1987, serie A, núm. 116, pg. 25, ap. 59)

Conviene igualmente tener en cuenta, el principio según el cual las limitaciones que no se pueden imponer a los civiles, pueden serlo en el caso de ciertos derechos y libertades de los miembros de las Fuerzas Armadas (Sentencia Kalaç contra Turquía de 1 de julio de 1997, Repertorio de sentencias y decisiones 1997-IV, pg. 1209, ap. 28).

Considero que el Tribunal no debería intervenir únicamente porque hay desacuerdo en cuanto a la necesidad de las medidas tomadas por un Estado. Si no, la noción de margen de apreciación estaría desprovista de sentido. El Tribunal sólo puede sustituir su punto de vista al de las autoridades nacionales cuando la medida está manifiestamente desproporcionada con el fin perseguido. Añado, que cuanto más amplio es el margen de apreciación concedido al Estado, más limitadas deben de ser las posibilidades de intervención del Tribunal.

No creo que los hechos del caso requieran una intervención de nuestro Tribunal. Como ya he dicho, debido al sistema de alojamiento en común con los heterosexuales, la orientación sexual de los homosexuales engendra los problemas que señala el Gobierno. La actitud adoptada por éste no tiene nada de manifiestamente desproporcionada. Al contrario, en las circunstancias del caso, era razonable por su parte, adoptar una política que impidiera el acceso a las Fuerzas Armadas de los homosexuales. Esta condición había sido detallada a los demandantes antes de su alistamiento; no les ha sido impuesta posteriormente (comparar con Sentencia Young, James y Webster contra el Reino Unido de 13 agosto 1981, serie A núm. 44, pg. 25, ap. 62). A este respecto, podría ser útil añadir que el Convenio no garantiza el derecho a servir en las Fuerzas Armadas (demanda núm. 31106/1996, Marangos contra Chipre, decisión sobre la admisibilidad de 3 de diciembre de 1997, pg. 14, no publicada).

En estas condiciones, considero que la expulsión de los demandantes debido a su homosexualidad, en aplicación de la política del Ministerio de Defensa, estaba justificada a la vista del artículo 8.2 del Convenio, ya que era necesaria, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional y la defensa del orden.

1 La decisión del Tribunal está disponible en la Secretaría judicial.