

Sentencia 7654/76

CASO VAN OOSTERWIJCK [TEDH-32]

Sentencia de 6 de noviembre de 1980.

Agotamiento de los recursos internos. Artículo 26 del Convenio.

COMENTARIO

El caso Van Oosterwijck presenta dos problemas, uno de forma y otro de fondo, de la aplicación del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos.

El primero de ellos se refiere al principio recogido en el artículo 26 del Convenio, según el cual es necesario haber agotado los recursos internos, «tal como se entiende según los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos», antes de presentar la correspondiente demanda ante la Comisión. El segundo tiene como objeto la violación de los artículos 8 y 12 del Convenio, que se refieren, respectivamente, al derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y correspondencia y al derecho de todo hombre y mujer a contraer matrimonio y fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

El hecho que plantea el presente caso es el siguiente: Danielle Van Oosterwijck presentaba al nacer todos los caracteres biológicos de una niña, inscribiéndosela como tal en el Registro Civil.

Sin embargo, a los cinco años comenzó en ella un proceso de transformación: a pesar de que morfológicamente continuaba siendo una mujer, psicológicamente empezó a sentirse un varón, lo que le produjo profundos trastornos psicológicos que le llevaron incluso a un intento de suicidio.

A los veintidós años Van Oosterwijck decidió someterse a un tratamiento de conversión sexual, tanto a través de hormonas como de cirugía. El tratamiento modificó su morfología femenina en otra aparentemente masculina, aunque sus cromosomas continuaron siendo femeninos.

Ante esta nueva situación, el demandante dirigió una petición de rectificación del acta de su estado civil, solicitando se modificara su acta de nacimiento, en la que se hiciera constar su sexo masculino.

El Ministerio Fiscal emitió una opinión negativa contra la petición del demandante, basándose en que no había aportado ninguna prueba que justificase que en la inscripción de nacimiento había habido un error en la determinación del sexo. Así, el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas desestimó la petición de Van Oosterwijck, recogiendo las consideraciones establecidas por el Fiscal.

El demandante apeló ante el Tribunal de Apelación de Bruselas, alegando que «por definición el transexual es del sexo opuesto al que pertenecía en su nacimiento» y criticaba la sentencia, ya que desconocía la noción de transexualidad. Señalaba también que se aceptase su condición de hombre, pues era inconcebible no reconocer las consecuencias de la transexualidad cuando era un derecho reconocido; más aún, cuando este no reconocimiento conducía a resultados absurdos y perjudiciales tanto en el orden personal como social.

El Tribunal de Apelación resolvió desestimando la apelación, basándose en que la noción de transexualidad es fruto de discusiones médicas y no jurídicas. Por otra parte, los hechos demostraban que Van Oosterwijck no había sido siempre un hombre, por lo que el oficial del Registro Civil no había cometido un error cuando consignó su sexo en los libros. Así, en ausencia de error, la única vía legal posible era «une action d'État», aunque si bien es cierto ésta estaba reservada para resolver otro tipo de problemas. Además, desde el punto de vista del orden público, la petición planteaba numerosas reservas, ya que, en opinión del Tribunal, su aceptación hubiera provocado que se plantearan gran número de peticiones alegando los mismos motivos, lo que era peligroso, ya que supondría un continuo conflicto para una «organización racional de la sociedad» y favorecería la proliferación de problemas individuales, generando con ello un clima de inseguridad jurídica en las relaciones familiares y sociales.

El demandante decidió no recurrir al Tribunal de Casación, pues según su asesor jurídico un recurso de esta índole no ofrecía ninguna posibilidad de éxito.

Sin embargo, planteó demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos contra el Reino de Bélgica, en la que invocaba:

1. El artículo 3 del Convenio, pues vivía «en una situación inhumana y degradante de muerte civil».
2. El artículo 8, que por aplicación de la ley le obligaba a utilizar documentos no conformes con su identidad real.
3. El artículo 12, pues la decisión de los Tribunales establecía una clara contradicción entre su situación legal y física, lo que le imposibilitaba contraer matrimonio y fundar una familia.

La Comisión admitió la demanda, concluyendo que existía violación de los artículos 8 y 12 del Convenio.

La Sala competente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, visto el informe de la Comisión, consideró que el caso planteaba cuestiones que afectaban a la interpretación del Convenio, por lo que decidió deferir su competencia al Tribunal en pleno.

El Tribunal en pleno decidió desestimar la demanda, basando su decisión en que no se habían agotado los recursos internos en el presente caso, según preceptúa el artículo 26 del Convenio.

Sobre el artículo 26

El artículo 26 del Convenio establece el principio fundamental según el cual «la Comisión no podrá ser requerida más que después del agotamiento de los recursos internos, tal como se entiende según los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos, y dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión definitiva».

Según hemos señalado al relatar los hechos, Van Oosterwijck no había agotado los recursos internos, pues no había recurrido en casación. En concreto, el Gobierno belga objetaba que no sólo no se había recurrido en casación, sino que además ni se había invocado el Convenio ni en primera instancia ni luego en apelación, que no se había ejercido la correspondiente «action d'État», ni tampoco se había solicitado el cambio de nombre, en virtud de la Ley de 2 de julio de 1974, que lo permitía.

Respecto de la primera de las objeciones, no haber recurrido en casación, el demandante señalaba que un recurso de esta naturaleza nunca hubiera prosperado, ya que el Tribunal de

Apelación de Bruselas fundó su sentencia en consideraciones que escapaban al control del Tribunal de Casación, más aún cuando no había habido ni quebrantamiento de forma «ni violación del ordenamiento jurídico belga», como establece la sentencia en su párrafo 34. Sin embargo, este argumento no es compartido por el Tribunal, ya que si el Tribunal de Casación no conoce del fondo del asunto, como preceptúa la propia Constitución belga en su artículo 95, no puede establecer cuál es el Derecho aplicable y orientar así la jurisprudencia. Nada prueba, según el Tribunal, «que un recurso fundado en la ley nacional estuviera inevitablemente avocado al fracaso».

En cuanto a que no se había invocado el Convenio ni en primera instancia ni luego en apelación, tomando como motivo que éste no ofrece la precisión necesaria para el ejercicio de un recurso interno eficaz, el Tribunal considera que la redacción de los artículos 8 y 12 es lo suficientemente clara y precisa para que puedan ser planteados ante los Tribunales internos, máxime cuando el Convenio forma parte del ordenamiento jurídico belga, y había dado la posibilidad al demandante de utilizar un medio apropiado para plantear sus quejas. Así, al no invocarse el Convenio, se privó a los Tribunales belgas de expresarse sobre las consecuencias que estos derechos establecen.

En relación con el no ejercicio de «l'āction d'État» es necesario realizar algunas precisiones. La legislación belga establece la distinción entre las acciones de Estado y las rectificaciones a las actas del estado civil. Las primeras, como dice la sentencia en su párrafo 35, tienen por objeto «establecer, modificar o revocar el estado civil de una persona»; si Van Oosterwijck hubiera planteado una acción de Estado hubiera obtenido una decisión judicial determinando la procedencia de esta vía para obtener el fin que perseguía, pero no la utilizó.

Por su parte, la rectificación del acta del estado civil tiene por finalidad únicamente «reparar un error o llenar una laguna en los documentos destinados a probar el estado civil».

Por último, nos queda por examinar la solicitud de cambio de nombre en virtud de la Ley de 2 de julio de 1974. El Tribunal rechaza este argumento expuesto por el Gobierno, ya que, según su opinión, si el demandante hubiera solicitado un cambio de nombre en base a esta Ley, «las terceras personas hubieran tenido menos ocasiones de darse cuenta del contraste» entre su antiguo y su nuevo estado civil, lo que, no obstante, no hubiera resuelto el problema, sino simplemente hubiera eliminado algunos de sus efectos, pero no habría suprimido ni la causa ni el reconocimiento de su identidad sexual, ni tampoco sus consecuencias sociales.

Habría que hacer referencia también a si motivos de índole especial dispensarían a Van Oosterwijck a emplear alguno de estos medios que hemos citado y que no empleó, en virtud de los «principios del Derecho internacional generalmente reconocidos» a los que alude el artículo 26 del Convenio. En concreto, el demandante alega que, en virtud del principio «iura novit curia», los jueces belgas se veían obligados a aplicar el Convenio aunque no se hubieran agotado los recursos internos, ya que se trataba de un caso de orden público.

Sin embargo, esta opinión no es compartida por el Tribunal, pues los propios Tribunales belgas no han tenido ocasión de conocer el caso a la luz de los principios del Convenio, ya que sus preceptos no fueron invocados ante ellos, más aún cuando el Tribunal de Casación no tuvo nunca oportunidad de pronunciarse sobre el caso y consiguientemente crear una jurisprudencia en esta materia.

En conclusión, el Tribunal establece que se ha vulnerado la regla establecida en el artículo 26 del Convenio y consiguientemente no procede conocer el fondo del asunto, ya que no se ha cumplido el requisito previo de agotar los recursos internos.

Sin embargo, no todos los miembros del Tribunal coinciden en estas apreciaciones; uno de los votos particulares señala que en este caso concreto no es de aplicación la regla general del artículo 26 del Convenio, ya que, según su opinión, hay que distinguir dos supuestos distintos. El primero de ellos se refiere a que si la violación de una norma de Derecho internacional se debe a un acto del Estado, bien sea judicial o administrativo, éste debe tener la posibilidad de conocerlo, en primer término, hasta agotar las vías establecidas en el ordenamiento jurídico. Supuesto distinto es el que plantea el presente caso, en que la pretendida violación de la norma internacional se deriva del contenido material de una disposición de Derecho interno o de la inexistencia de tal disposición. En este caso la concordancia entre el Derecho interno y el Derecho internacional sólo se podrá lograr mediante la adaptación del primero de ellos, lo que está fuera de la competencia del particular. A la vista del principio de separación de poderes, es muy difícil que el juez nacional pueda, bien por iniciativa propia o a requerimiento del demandante, llenar una laguna del ordenamiento jurídico, más aún cuando se trata de una cuestión de fondo que, como en este caso, afecta al estado de las personas.

Sobre los artículos 8 y 12

El artículo 8 del Convenio establece:

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

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

La sentencia, al no entrar en el análisis del fondo de la cuestión, no contiene un comentario sobre este artículo 8 ni sobre el artículo 12, que señala:

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

Sin embargo, la demanda presentada ante la Comisión de Derechos Humanos por Van Oosterwijck contiene las siguientes alegaciones:

1, Respecto del artículo 8 señala que ha existido violación del mismo, pues en aplicación de la ley «se le obligaba a utilizar documentos que no estaban conformes con su identidad real».

La Comisión, en su informe, admitió por unanimidad que había existido violación de este precepto del Convenio. Efectivamente, toda persona en su derecho al respeto a su vida privada debe estar protegida por la ley de cualquier trato discriminatorio que no le permita desarrollar su propia personalidad o que suponga una injerencia en la esfera de su intimidad personal, y consecuentemente, como ocurre en este caso, a utilizar documentos oficiales que no se correspondan con su identidad.

2. Asimismo, la Comisión concluyó señalando que había existido violación del artículo 12 del Convenio, ya que el Estado belga, desconociendo el fenómeno del cambio de sexo, permitía que subsistiese una distorsión entre el ser legal y físico del demandante, lo que le impedía poder contraer matrimonio y fundar una familia.

Todo ello producía una situación injusta, más aún cuando el estado civil de las personas, como

materia que tiene carácter de orden público y consiguientemente se encuentra fuera del comercio de los hombres, aparece como uno de los derechos fundamentales de la persona, pues si no se reconoce el propio sexo, elemento del estado personal, el hombre o la mujer no podrían ocupar de forma plena su lugar en la vida social, de aquí que el derecho a este reconocimiento sea un principio general del Derecho.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

27 de febrero de 1980

CASO VAN OOSTERWIJCK

RESOLUCIÓN

En el caso Van Oosterwijck,

La Sala competente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

Reunida en Estrasburgo el 27 de febrero de 1980 y compuesta por los jueces señores G. Balladore Pallieri, Presidente; J. Cremona, Thor Vilhjalmsson, W. Ganshof Van der Meersch, Sir Gerald Fitzmaurice, F. Matscher y E. García de Enterría y por M.-A. Eissen, Secretario, y H. Petzold, Secretario adjunto,

Visto el artículo 48 del Reglamento del Tribunal ,

Vistos el requerimiento y la demanda por los que se promueve la instancia, así como el informe de la Comisión,

Considerando que el caso plantea cuestiones graves que afectan a la interpretación del Convenio para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales,

Decide por unanimidad deferir, con efecto inmediato, su competencia al Tribunal en pleno.

Hecho en francés y en inglés, siendo fehaciente el texto en francés.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS)

6 de noviembre de 1980

CASO VAN OOSTERWIJCK

SENTENCIA

En el caso Van Oosterwijck,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conociendo en pleno en virtud del artículo 48 de su Reglamento y compuesto por los jueces siguientes:

Señores G. Balladore Pallieri, Presidente;

G. Wiarda,

M. Zekia,

J. Cremona,

Thor Vilhjalmsson,

R. Ryssdal,

W. Ganshof Van der Meersch,

Sir Gerald Fitzmaurice,

D. Evrigenis,

G. Lagergren,

L. Liesch,

F. Gölcüklü,

F. Matscher,

P. Pinheiro Farinha,

E. García de Enterría,

L.-E. Pettiti,

B. Walsh,

y por los señores M.-A. Eissen, Secretario, y H. Petzold, Secretario adjunto.

Después de haber deliberado el 25 de abril y los días 3 y 4 de octubre de 1980,

Dictan en la última fecha indicada la sentencia siguiente:

PROCEDIMIENTO

1. El caso Van Oosterwijck ha sido deferido al Tribunal por el Gobierno del Reino de Bélgica («el Gobierno») y la Comisión Europea de Derechos Humanos («la Comisión»). El caso tiene su origen en una demanda contra el Reino de Bélgica presentada a la Comisión el 1 de septiembre de 1976 en virtud del artículo 25 del Convenio para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales («el Convenio») por un ciudadano belga, Danielle Van Oosterwijck.

2. Tanto el requerimiento del Gobierno como la demanda de la Comisión, la cual iba acompañada del informe previsto en el artículo 31 del Convenio, se depositaron en la Secretaría del Tribunal en el plazo de tres meses fijado por los artículos 32.1 y 47 los días 22 de junio y 16 de julio de 1979, respectivamente. El primero se remitía al artículo 48, la segunda a los artículos 44 y 48, párrafo a), así como a la declaración del Reino de Bélgica por la que reconocía la jurisdicción obligatoria del Tribunal (artículo 46). Ambos tienen por propósito obtener una decisión del Tribunal sobre si el caso presenta o no para el Estado un incumplimiento de las obligaciones que le incumben en los términos de los artículos 8 y 12.

3. La Sala, de siete jueces, al constituirse comprendía de pleno derecho a los señores W. Ganshof Van der Meersch, juez elegido de nacionalidad belga (artículo 43 del Convenio), y a G. Balladore Pallieri, Presidente del Tribunal [artículo 21.3.b) del Reglamento]. El 20 de agosto de 1979 el Presidente , ante el señor Sharpe, administrador principal de la Secretaría, designó por sorteo a los otros cinco miembros, a saber: señores J. Cremona, Thor Vilhjalmsson, Sir Gerald Fitzmaurice, F. Matscher y E. García de Enterría (artículos 43 «in fine» del Convenio y 21.4 del Reglamento).

4. El señor Balladore Pallieri asumió la Presidencia de la Sala (artículo 21.5 del Reglamento). Por mediación del Secretario solicitó la opinión del agente del Gobierno, así como la de los delegados de la Comisión, sobre el procedimiento a seguir. El 11 de enero de 1980, viendo que ambas eran concordantes, decidió que no era necesario elaborar las memorias y que las audiencias se abrirían el 28 de marzo.

5. El 21 de marzo, a petición del Gobierno, el Presidente del Tribunal propuso la fecha de las audiencias hasta el 24 de abril.

6. Estas se llevaron a cabo, en sesión pública, el 24 de abril en el Palacio de los Derechos Humanos de Estrasburgo. El Tribunal había tenido con anterioridad una breve reunión consagrada a su preparación.

Comparecieron:

- Por el Gobierno:

los señores J. Niset, asesor jurídico del Ministerio de Justicia, agente;

J. de Meyer, Senador, profesor de la Universidad de Lovaina, asesor;

H. Van Keymeulen, asesor jurídico del Ministerio de Justicia, consejero.

- Por la Comisión:

Los señores J. Custers, delegado;

B. Kiernan, delegado;

señora D. Van Oosterwijck, demandante, como asistente de los delegados (artículo 29.1, segundo inciso, del Reglamento del Tribunal).

HECHOS

I. LAS PECULIARES CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

7. Al tiempo de presentar su demanda, Danielle Van Oosterwijck trabajaba desde 1963 en el Secretariado de la Comisión de las Comunidades Europeas, que compatibilizaba con sus estudios en la Universidad Libre de Bruselas, obteniendo la licenciatura en Derecho en junio de 1979. De inmediato ingresó en el Colegio de Abogados de Bruselas en el primer año de prácticas, figurando en el cuadro de práctica como «Van Oosterwijck D.».

8. A su nacimiento, el 23 de diciembre de 1944, presentaba todos los caracteres biológicos de

una niña, inscribiéndosela en el Registro Civil de la comuna d'Uccle (Bruselas) con los nombres de Danielle, Juliette, Laure, Colette, hija de J. Van Oosterwijck.

Sin embargo, a los cinco años comenzó a ser consciente de que tenía una personalidad dual: aunque morfológicamente era una mujer, se sentía, según decía, psicológicamente un varón. Después de atravesar, por esta circunstancia, un período de fuerte depresión, intentó suicidarse en 1962, por lo que fue necesario hospitalizarla (párrafo 12 del informe de la Comisión).

9. A partir de 1966, el demandante -se utilizará el masculino conforme al «sexo social» que Danielle Van Oosterwijck afirma asumir en el momento de la toma de posesión de la Comisión- decidió resolver su problema a través de un proceso de «conversión sexual» de su cuerpo.

En 1969, los doctores Slosse y Dumont, especialistas en neurología y endocrinología, llegaron a la conclusión de que los síntomas del demandante probaban de forma indiscutible la transexualidad. Disponiendo del informe de un psiquiatra belga, habían consultado también a un psiquiatra británico, el doctor Randell.

Si bien consideraban ineficaz en este campo la aplicación de la psicoterapia, concluyeron, a la luz de los trabajos americanos, ingleses y daneses, que la cirugía ofrecía excelentes perspectivas de éxito. Se dieron cuenta también que el demandante reusaba sistemáticamente el empleo del primer método y creyeron probable que si no se adoptaba el segundo nuevamente intentaría suicidarse.

Así, decidieron recurrir a una hormonoterapia antes de las intervenciones quirúrgicas.

10. El interesado declaró aceptar los riesgos una vez que se le hubo informado de los propósitos, métodos y consecuencias del tratamiento. Fue sometido, pues, a una hormonoterapia que produjo la aparición, después de algunos meses, de caracteres sexuales masculinos, tales como la pilosidad y el cambio de la voz.

En julio y diciembre de 1970 en Bruselas los doctores Fardeau y Longrée tuvieron éxito en las dos operaciones de conversión sexual que llevaron a cabo (mamectomía bilateral e histerectomía-ovariectomía bilateral). El doctor Fardeau solicitó previamente el consentimiento de la Asociación de Médicos; el 8 de mayo de 1970, el Secretario del Consejo de la Asociación de la provincia de Brabant le respondió en estos términos: «El problema que plantea es un problema médico, por lo que usted debe actuar conforme a su conciencia, pero debemos aconsejarle que adopte el máximo de precauciones como consecuencia del carácter tan sumamente delicado de este género de operaciones.»

A continuación el demandante fue sometido a una faloplastia en diez sesiones operatorias escalonadas entre octubre de 1971 y octubre de 1973 por el profesor Evans, cirujano del Queen Mary's Hospital, en Londres.

11. El tratamiento modificó sin género de dudas una morfología femenina en otra aparentemente masculina, aunque los cromosomas continuaron siendo femeninos.

Una parte del costo del tratamiento fue cargado al servicio médico de la Comisión de las Comunidades Europeas, cuya administración libró al demandante una tarjeta de servicio a nombre del señor D. Van Oosterwijck.

12. El interesado dirigió el 18 de octubre de 1973 una «petición de rectificación del acta de su estado civil»; rogaba al Tribunal de Primera Instancia de Bruselas modificar su acta de

nacimiento, estableciendo en su lugar «un niño de nombre Daniel, Julien, Laurent, nacido el (...) hijo de (...)»; invocaba específicamente una resolución del Tribunal de Primera Instancia de Graud de 20 de octubre de 1965, en la que se había adoptado una solución similar en otro caso parecido (párrafo 18).

El Ministerio Fiscal emitió una opinión negativa el 13 de noviembre de 1973. D. Van Oosterwijck no había aportado la prueba, que le incumbía según la legislación vigente, de que la inscripción inicial se había debido a un error en el sexo, como había ocurrido en el caso del Tribunal de Graud.

Así, el Tribunal de Bruselas desestimó la petición el 30 de enero de 1974 el demandante no había demostrado que el oficial del Registro Civil se había equivocado al realizar la inscripción; incluso su argumentación revelaba lo contrario, ya que pretendía no haber sido «fundamentalmente» un hombre desde su nacimiento.

13. D. Van Oosterwijck apeló al Tribunal de Apelación de Bruselas el 14 de febrero de 1974. Alegaba que por definición el transexual es del sexo opuesto al del que pertenecía al nacer, reprochando al Tribunal desconocer la noción de transexualidad. En su opinión, la rectificación constituía una necesidad jurídica imperiosa. Solicitaba también al Tribunal de Apelación guiarse por la equidad, la humanidad y el interés tanto social como suyo propio. Pedía que el Tribunal aceptase que era un hombre, pues ya no poseía las características de una mujer; que era inconcebible no reconocer las consecuencias de la transexualidad cuando era un derecho admitido; que la decisión que apelaba llevaba a resultados absurdos y perjudiciales para el orden social, como, por ejemplo, estar en posesión de una identidad manifiestamente errónea.

El Tribunal resolvió rechazando la petición, basándose en los siguientes argumentos: el síndrome conocido como transexualidad es fruto de controversias en los círculos médicos. Además, los hechos no corroboran la afirmación de que D. Oosterwijck había pertenecido siempre al sexo masculino «fundamentalmente»; el oficial del Registro Civil no se había equivocado al consignar lo que demostraban las apariencias. En realidad, los juristas se preguntaban si en ausencia de error la única vía legal posible era «une action d'État préalable»; su teoría era sin duda alguna posible, pero no para esta clase de problemas. Con seguridad, el demandante se encuentra en una situación de aflicción que le produce un profundo sufrimiento, tanto en el plano humano como individual; quizá su petición se hubiera podido resolver favorablemente si solamente se hubiera fundamentado en esta última razón. Además, desde el punto de vista del orden público («ordre public»), la petición plantea serias reservas: su aceptación provocaría que se planteasen numerosas peticiones en este sentido y sería peligroso incitar indirectamente por esta vía la proliferación de tratamientos cuyos efectos irreversibles podrían inspirar el rechazo de los propios pacientes. Por último, la constante puesta en causa de determinadas situaciones, sobre todo en materia de estado civil de las personas, supondría un continuo conflicto para una organización racional de la colectividad: favorecería la proliferación de problemas individuales y generaría un clima de inseguridad e inestabilidad en las relaciones familiares y sociales.

El Tribunal de Apelación de Bruselas desestimó la petición de D. Van Oosterwijck el 7 de mayo de 1974. Señalaba que, para rectificarla, el acta del estado civil debía contener un error contemporáneo a su establecimiento y ninguna cláusula de la ley vigente autorizaba a «tener en cuenta cambios artificiales en la morfología del individuo», como las que se daban en este caso, «incluso aunque correspondieran a tendencias psíquicas profundas». «Ni el examen corporal del demandante (...) ni la prueba científica de etiología biológica de la transexualidad» eran suficientes para demostrar la existencia desde un principio de «características físicas del sexo masculino o incluso de tendencias transexuales».

14. D. Van Oosterwijck decidió no apelar al Tribunal de Casación. De acuerdo con el Apéndice II de la Comisión, había que consultar previamente con «algunas personas cualificadas». Por su parte, un abogado de la Corte de Casación, el señor Ansiaux, le dijo con antelación, el 20 de septiembre de 1976 y en 1977, que, en su opinión, un recurso de esta naturaleza no ofrecía ninguna posibilidad de obtener un resultado positivo (diario taquigráfico de las audiencias de 24 de abril de 1980 ante el Tribunal y párrafo 37).

15. Hasta ahora, el demandante no ha solicitado la autorización para cambiar de nombre que el Gobierno, no obstante, podría conceder en virtud de una Ley de 2 de julio de 1974, completada con la Ley II Germinal, año XI, de 1 de abril de 1803 (párrafo 20). El demandante es portador de un documento de identidad en el que figuran sus nombres de mujer, pero con una fotografía con su aspecto actual.

II. LEGISLACIÓN BELGA

16. En Bélgica no hay legislación alguna sobre transexualidad. En un solo caso de esta clase, que parece haber dado lugar a un proceso penal, el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas apreció, el 27 de septiembre de 1969, que los tratamientos y operaciones de transformación sexual no constituían en sí mismos infracción penal: se deja a la libre decisión de médicos y cirujanos que se pronuncien en conciencia con el consentimiento de los pacientes.

17. La inscripción de los actos referentes al estado civil de las personas, tales como el nacimiento, se rigen por el Código Civil. En virtud del artículo 55, la declaración de nacimiento ha de hacerse ante el oficial del Registro Civil del lugar. La inscripción tiene lugar ante dos testigos y se hace constar el sexo y los nombres del niño (artículos 56 y 57).

La rectificación de un acto del estado civil se regula en los artículos 1383 a 1385 del Código Judicial . El interesado presenta una demanda ante el Tribunal de Primera Instancia (artículo 1383). El Presidente de la Sala 1ª comunica al Ministerio Fiscal y designa a un juez ponente; el demandante es requerido a comparecer ante el Tribunal para ser escuchado (artículo 1384). Las disposiciones del juicio y las resoluciones de rectificación se remiten al oficial del Registro Civil, que las transcribe sin demora alguna en sus libros y las hace constar a través de una inscripción marginal: no puede realizarla sino una vez que el Tribunal haya decidido la rectificación del estado civil.

El Gobierno ha remitido al Tribunal una interpretación relativa a estos textos: el Tribunal de Primera Instancia de Verviers señaló el 22 de septiembre de 1977, en relación a un matrimonio separado de hecho, que «rectificar un acto sobre el estado civil» consiste en hacer «las adiciones, supresiones o modificaciones necesarias en orden a que concuerde con la ley y con el verdadero estado de las personas a las que se refiere» y comprende la situación «de una inscripción que, aunque hecha de forma legal, ya no se corresponde con la realidad de los hechos».

18. Algunos Tribunales belgas han tenido que examinar demandas de rectificación de personas a las que se les había practicado conversiones sexuales en circunstancias que variaban de unos casos a otros. Los Tribunales de Primera Instancia de Charleroi (8 de junio de 1973) y de Malines (17 de junio de 1975) no habían admitido las demandas, mientras que el de Graud (20 de octubre de 1965) siguió una opinión favorable a las mismas. Otro caso se resolvió favorablemente, aunque el demandante, al contrario que D. Van Oosterwijck, no sufrió una faloplastia (Tribunal de Primera Instancia de Graud, 24 de abril de 1978).

El Tribunal de Casación jamás ha tratado estos problemas.

19. Según el Gobierno, todo acto sobre el estado civil puede adaptarse a la situación presente del interesado a través de una «action d'État». Esta «puesta en concordancia» sólo tendría efectos para el futuro. Hasta ahora nadie parece haber intentado una acción de este tipo para que se le reconozca su nueva identidad sexual.

20. Desde el 23 de agosto de 1974, fecha de entrada en vigor de la Ley precitada de 2 de julio de 1974 (párrafo 15), cualquiera que tenga una razón para cambiar de nombre puede dirigir su petición motivada al Gobierno (artículo 4). Si se admite, éste autoriza el cambio por una resolución real que a iniciativa del interesado el oficial del Registro Civil inscribe en sus libros y la menciona en el margen del acta de nacimiento. Todo extracto de este acta otorgada con posterioridad deberá hacer constar el nuevo nombre y la exclusión del antiguo.

Hasta hoy, al menos siete transexuales se han beneficiado de esta Ley, cuya aplicación no ha tenido ninguna incidencia jurídica en el sexo de los interesados.

21. Los extractos de actas sobre el estado civil que terceras personas pueden obtener no indican ni la filiación ni el sexo de las personas afectadas (artículo 45.1, primer inciso, del Código Civil), sino sólo su lugar y fecha de nacimiento y sus nombres y apellidos.

Por otra parte, pueden obtener copias «in extenso» de dichas actas los interesados, su cónyuge, su viudo o viuda, sus representantes legales, sus ascendientes, descendientes o herederos legales, las autoridades públicas y las personas que tengan un interés familiar, científico u otro legítimo (artículo 45, segundo inciso).

En los documentos de identidad, pasaportes y permisos de conducir no necesitan que conste el sexo de su titular.

PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN

22. En su demanda de 1 de septiembre de 1976 a la Comisión, D. Van Oosterwijck invocaba:

- El artículo 3 del Convenio, pues vivía en una situación inhumana y degradante de «muerte civil».

- El artículo 8, que en aplicación de la ley obligaba a utilizar documentos no conformes con su identidad real.

- El artículo 12, ya que la decisión litigiosa, al dejar que subsistiese una distorsión entre su ser legal y su ser físico, le impedía casarse y fundar una familia.

23. La Comisión admitió la demanda el 9 de mayo de 1978. En su informe de 1 de marzo de 1979 concluyó señalando que existía una violación de los artículos 8 (unanimidad) y 12 (siete votos contra tres). Además, no consideró necesario extenderse en el examen del artículo 3, ya que la situación en cuestión no le parecía que presentara el grado de gravedad que por regla general plantea en el marco de este artículo.

CONCLUSIONES PRESENTADAS AL TRIBUNAL

24. En la audiencia de 24 de abril de 1980, el Gobierno invitó al Tribunal:

«(...) como su conclusión principal (...) a decir que, al no haber agotado los recursos internos, la demanda no era admisible, y como conclusión subsidiaria (...) a decir que no estaba fundada y, en consecuencia, no demostraba que Bélgica hubiese violado el Convenio (...)»

Por su parte, los delegados de la Comisión han preguntado al Tribunal:

«Si debe reexaminar la cuestión del artículo 26 cuando señala que el medio alegado por el Gobierno de no observancia de la norma de agotar los recursos internos no está fundada (...)»

EN DERECHO

SOBRE EL MEDIO DE NO AGOTAR LAS VÍAS DE LOS RECURSOS INTERNOS

I. Sobre la competencia del Tribunal y la prescripción

25. Según la opinión del Gobierno, en este caso no se habían agotado los recursos internos.

El Tribunal conoce tales recursos preliminares en cuanto que el Estado demandado los haya interpuesto previamente ante la Comisión, en un principio desde la fase del examen previo a la admisión, en la medida en que la naturaleza y las circunstancias lo permitían (sentencia Artico de 13 de mayo de 1980, serie A, núm. 37, págs. 12-14, párrafos 24 y 27).

26. El Gobierno objetaba a D. Van Oosterwijck:

- Que no había recurrido en casación.
- Que no había invocado el Convenio ni en primera instancia ni en casación.
- Que no había solicitado el cambio de nombre en virtud de la Ley de 2 de julio de 1974.
- Que no había ejercido una «action d'État».

Los tres primeros puntos figuraban en sus observaciones redactadas en 1977 sobre la admisibilidad, por lo que el Tribunal debió tomarlas en consideración.

En cuanto al cuarto, el Gobierno no lo había citado expresamente antes de la decisión de 9 de mayo de 1978 admitiendo la demanda. Sus representantes, sin embargo, sí la habían citado en sustancia en la audiencia que precedió a la decisión: habían alegado, en particular, que el interesado «hubiera podido pedir una constatación judicial de su nueva situación y (...) la mención de la modificación por medio de una inscripción marginal»; habían subrayado, además, que existía «una diferencia fundamental» entre «el establecimiento de la concordancia del acto de nacimiento» y «una verdadera rectificación» (páginas 35 y 36 del diario taquigráfico de las audiencias ante la Comisión). Consecuentemente, no hay caducidad.

II. Sobre el fundamento del recurso

27. El artículo 26 del Convenio exige agotar todos los recursos relativos a las violaciones alegadas, accesibles y adecuadas (sentencia Deweer de 27 de febrero de 1980, serie A, núm. 35, pág. 16, párrafo 29). Para determinar si un recurso reúne estas condiciones y, por tanto, es apto para remediar las quejas del interesado, el Tribunal no tiene que apreciar si está bien fundado: lo presume de forma estrictamente provisional y como una pura hipótesis de trabajo (sentencia arbitral de 9 de mayo de 1934 en el caso de «los buques finlandeses», «Colección de sentencias arbitrales de la ONU», III, págs. 1503-1504, mencionadas también por la Comisión en su resolución de 17 de enero de 1963 sobre la admisión de la demanda núm.

1661/62, X e Y contra Bélgica, «Anuario del Convenio», vol. 6, pág. 367).

Sobre la base de estos principios hay que analizar si las razones enumeradas por el Gobierno entran en los supuestos del artículo 26 y, en caso afirmativo, si razones de tipo especial dispensarían, a pesar de todo, a D. Van Oosterwijck a usarlas.

1. Sobre la existencia de recursos que se debieron ejercer en un principio

a) Demanda de cambio de nombre (párrafos 15 y 20)

28. En su resolución de 9 de mayo de 1978 sobre la admisión, la Comisión no ha respondido a los argumentos que el Gobierno había deducido de la Ley de 2 de julio de 1974. Después de rechazar los argumentos relativos a la posibilidad de apelar al Tribunal de Casación e invocar el Convenio ante los jueces belgas, concluye que «no se ha sostenido que el demandante tuviera otros medios de poner fin a su situación que denuncia». La Comisión sólo se ha referido a la precitada Ley en su opinión de 1 de marzo de 1979, referente al fondo del litigio (párrafo 47 del informe).

29. Las violaciones alegadas por D. Van Oosterwijck se refieren a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (artículo 3), al derecho de respeto a la vida privada (artículo 8) y al derecho a contraer matrimonio y fundar una familia (artículo 12). Eran consecuencia de una legislación y de unas sentencias judiciales que, al atribuir «un valor científico definitivo» a las menciones del acta de nacimiento, le colocaban en un régimen jurídico y administrativo intolerable.

Si el demandante había solicitado con éxito un cambio de nombre después de la entrada en vigor de la Ley de 2 de julio de 1974, las terceras personas hubieran tenido muchas menos ocasiones de darse cuenta del contraste entre su apariencia y su estado civil. Sin embargo, no habría resuelto verdaderamente sus problemas, como pretende el Gobierno: no hubiera hecho más que eliminar determinados efectos del mal del que se quejaba, pero no se habría suprimido ni la causa ni el reconocimiento de su identidad sexual por el Estado (párrafos 12, 13 y 21, segundo inciso), ni tampoco sus consecuencias sociales. El Tribunal concuerda en este punto con la opinión del demandante y de los delegados de la Comisión.

b) Recurso ante el Tribunal de Casación y apelación al Convenio

30. Según el Gobierno, D. Van Oosterwijck habría debido apelar al Tribunal de Casación y recusar la sentencia de 7 de mayo de 1974, en concreto por establecer una noción del error demasiado restringida, dando lugar así a su rectificación, cuestión de Derecho que no había sido decidida aún por el Tribunal de Casación y que dividía a los Tribunales inferiores (párrafos 14, 17 y 18). El no agotar las instancias era consecuencia, además, de que el interesado no había invocado el Convenio ni en primera (instancia) ni en apelación, incluso en sustancia.

31. La Comisión no suscribía esta tesis, que combatía también el demandante. El Tribunal de Apelación de Bruselas se fundó en constataciones de hecho que escapaban al control del Tribunal de Casación y nadie podía sostener que hubiera ido en contra del Derecho en vigor en Bélgica; un nuevo recurso no hubiera tenido, pues, ninguna posibilidad de prosperar. Además, tanto el recurso de 14 de febrero de 1974 como la opinión del Ministerio Público mostraban (párrafo 13) que D. Van Oosterwijck había proseguido todos los recursos prescritos por la ley antes de plantear el caso a la Comisión. Sin duda no trató de apoyar sus alegaciones en el Convenio en aquel tiempo, pero no se le podía reprochar, ya que las cláusulas pertinentes de este instrumento jurídico no tendrían un «carácter lo suficientemente preciso para considerárselas como en conflicto con las normas del Código Civil y del Código Judicial, ya que

tenían un propósito muy diferente»; sin embargo, si el juez belga hubiera encontrado una incompatibilidad con el artículo 8 no hubiera podido desechar pura y simplemente la ley interna, so pena de «crear un vacío jurídico insostenible».

32. El Tribunal señala que la sentencia de 7 de mayo de 1974 se funda no sólo en hechos, sino también bien y de forma distinta en un razonamiento jurídico: el Tribunal de Apelación decidía:

- Que el acta de nacimiento establecía «en principio de forma definitiva» el sexo, «elemento del estado civil del interesado».

- En sustancia, que su rectificación presupondría la presencia de un error contemporáneo a su establecimiento.

- Que en el «estado actual de la legislación ninguna disposición permite tener en cuenta los cambios de la morfología del individuo realizados artificialmente, incluso aunque correspondan a sus tendencias psíquicas profundas» (párrafo 13).

Hay que hacer constar también que los mismos textos fueron interpretados por otros Tribunales belgas, llegando a conclusiones divergentes (párrafos 17 «in fine» y 18).

Ahora bien, el Tribunal de Casación, si no conocía el fondo de los asuntos (artículo 95 de la Constitución), tiene competencia para establecer el Derecho aplicable y orientar así la jurisprudencia. Nada prueba, en consecuencia, que un recurso fundado en la Ley nacional «stricto sensu» estuviera avocado inevitablemente al fracaso.

33. En cuanto a la demanda dirigida a la Comisión, su única base jurídica se encontraba en el Convenio. Ahora bien, D. Van Oosterwijck no lo había invocado ni en primera instancia ni en apelación ni recurrió al Tribunal de Casación. El Convenio forma parte integrante del sistema jurídico belga, en el que prima la legislación interna, bien sea anterior o posterior (Tribunal de Casación, sentencia de 27 de mayo de 1971 en el caso «Fromagerie Franco-Suisse Le Sui, Pasicrisie belge», 1971, I, páginas 886-920). Además, el artículo 8 del Convenio revela su carácter de aplicación directa, como así lo ha establecido el Tribunal (sentencia De Wilde, Ooms y Versyp de 18 de junio de 1971, serie A, número 12, pág. 46, párrafo 95), y de esta forma lo ha reconocido la jurisprudencia belga (Tribunal de Casación, sentencias de 21 de septiembre de 1959 y 26 de septiembre de 1978, «Anuario del Convenio», vol. 3, págs. 625-629, y «Pasicrisie belge», 1979, I, págs. 126-128) y de otros Estados [ver para Holanda Hoge Raad, sentencia de 18 de enero de 1980; Nederlands Jurisprudentie, 1980, núm. 462; para el Gran Ducado de Luxemburgo, Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de 2 de abril de 1980, «Diario de los Tribunales» (Journal des Tribunaux), 1980, página 491]. El interesado hubiera podido así basarse en el artículo 8 del Convenio ante los Tribunales de su país y que dicho artículo se había violado en su propia esencia.

El Tribunal rechaza la objeción que se hace al Convenio de no ofrecer en esta materia la precisión necesaria para el ejercicio de un recurso interno eficaz. La Comisión considera la redacción del artículo 8 lo suficientemente clara como para que se haya adherido la gran medida a la tesis defendida ante ella por D. Van Oosterwijck, argumentos que el Tribunal tiene que considerar correctos en función de los fines perseguidos por el artículo 26 (párrafo 27). Es imposible discernir lo que hubiera impedido al demandante sostener la misma tesis ante los jueces belgas y a éstos llegar a la misma conclusión, incluso al sacar las consecuencias necesarias en orden a satisfacer el derecho que se reclamaba.

Indudablemente, el Convenio establece de forma general ante las jurisdicciones internas una vía suplementaria que se puede utilizar si se la estima adecuada para conseguir un objetivo

que otros argumentos jurídicos lo convierten en principio posible (resolución de la Comisión de 11 de enero de 1961, Austria contra Italia, «Anuario del Convenio», volumen 4, págs. 167-177). Sin embargo, puede ocurrir, en circunstancias especiales, que la invocación expresa al Convenio ante las autoridades nacionales constituya el único medio apropiado para plantear, en primer lugar, como prescribe el artículo 26, un problema que se vincule luego, por cuestiones de necesidad, con los órganos europeos de control (resolución de la Comisión de 18 de diciembre de 1963 sobre la admisión de la demanda núm. 1488/62, X contra Bélgica, «Recopilación de resoluciones», número 13, págs. 93-98).

34. Cualquiera que sea la posición que se adopte en el presente caso, D. Van Oosterwijck no formuló sustancialmente las mismas quejas que luego hiciera en Estrasburgo; ante los Tribunales belgas no invocó ni el Convenio ni ningún otro instrumento con efectos equivalentes o similares (resolución precitada sobre la admisión de la demanda número 1661/62, pág. 367; resolución de la Comisión de 28 de mayo de 1971 sobre la admisión de la demanda núm. 4464/70, Sindicato Nacional de la Policía Belga, serie B, núm. 17, pág. 79). De la misma forma, no se ha dado otra oportunidad a los Tribunales belgas que la de expresarse a través de la regla de agotar los recursos internos, la cual tiene por objeto permitir a los Estados poder reparar las violaciones que los particulares alegan contra ellos (sentencia Wilde, Ooms y Versyp, precitada, página 29, párrafo 50; sentencia Airey de 9 de octubre de 1979, serie A, núm. 32, pág. 10, párrafo 18).

c) Acción de estado

35. Hay un vínculo de unión entre este razonamiento y las observaciones que suscitan el cuarto y último punto de las excepciones preliminares establecidas por el Gobierno (párrafo 26).

Tanto la legislación como la doctrina y la práctica judicial belgas distinguen entre «acciones de estado» y rectificaciones a las actas sobre el estado civil. Las primeras plantean cuestiones de fondo: tienden a establecer, modificar o destruir el estado civil de una persona; la finalidad de las segundas consiste solamente en reparar un error o llenar una laguna en los documentos destinados a probar el estado civil. De esta diferencia de naturaleza se derivan consecuencias jurídicas importantes que pone de manifiesto el Código Judicial (artículos 92.1, 569 y 764).

Una «acción de estado» hubiera permitido al demandante no sólo prevalerse del Convenio, sino también provocar una decisión previa de los Tribunales de su país sobre el problema planteado por él ante la Comisión y luego ante el Tribunal y reconducirlo de entrada a su verdadera dimensión. Será competencia de estos Tribunales nacionales determinar, cuando se plantee la ocasión, si la «acción de estado» se puede plantear todavía por el demandante.

Sin embargo, en ausencia de jurisprudencia belga en la materia, no se puede reprochar a D. Van Oosterwijck el no haber hecho uso hasta la fecha de esta acción. En efecto, la regla de agotar los recursos internos no se acomoda a una aplicación automática ni reviste un carácter absoluto: al examinar el cumplimiento de esta regla es necesario tener en cuenta las circunstancias del caso concreto (cf. sentencia Stögmüller de 10 de noviembre de 1969, serie A, núm. 9, pág. 42, párrafo II; sentencia Ringeisen de 16 de julio de 1971, serie A, núm. 13, páginas 37-38, párrafos 89 y 92; sentencia Deweer, precitada, pág. 17, párrafo 29 «in fine»).

2. Sobre la existencia de razones especiales propias que dispensen al demandante de ejercitar los recursos tomados en consideración por el Tribunal

36. Queda por saber, a la luz de los «principios del Derecho internacional generalmente reconocidos» a los que reenvía el artículo 26, si razones particulares dispensarían al

demandante para emplear uno de los medios de rectificación a los que hacen mención los párrafos 32 a 34.

37. D. Van Oosterwijck afirma no haber renunciado al recurso de casación hasta no haber consultado con «personas cualificadas» en el tema, las cuales le habrían disuadido «unánimemente» de dar ese paso al estimarlo vano, pues en la sentencia de 7 de mayo de 1974 no había ni quebrantamiento de fondo ni de forma (artículo 608 del Código Judicial). El señor Ansiaux, abogado ante el Tribunal de Casación, ha expuesto su opinión en términos similares el 20 de septiembre de 1976 y en 1977; esto es, después de expirar el plazo legal de tres meses (artículo 1073 del Código Judicial) y presentar el caso ante la Comisión (1 de septiembre de 1976).

Según el Tribunal, una opinión negativa de esta clase no justifica ni excusa de la no utilización de un recurso (ver, por ejemplo, la resolución final de la Comisión de 25 de abril de 1968 sobre la admisión de la demanda núm. 2257/64, Graf Soltikow contra la República Federal de Alemania, «Anuario del Convenio», vol. 11, pág. 225) puede, en todo caso, contribuir a revelar con otros datos la ineficacia o insuficiencia de este último (resolución de la Comisión de 12 de julio de 1978 sobre la admisión de la demanda núm. 7907/77, señora X contra el Reino Unido, Resolución e informe núm. 14, página 210).

En concreto, los documentos incorporados al informe no indican sobre qué base jurídica concreta han establecido su opinión las personas cualificadas que menciona el demandante. El Tribunal no dispone de elementos que muestren que hayan abordado el problema bajo cada uno de los aspectos, incluyendo el Convenio. Sobre este último no encuentra que exista algo que contradiga las conclusiones recogidas en los párrafos 32 a 34.

38. El demandante ha alegado también su mala situación económica, pero el Tribunal resalta, juntamente con el Gobierno, que no la ha probado y que además no ha solicitado el beneficio de asistencia jurídica gratuita para apelar en casación (resolución de la Comisión de 6 de mayo de 1957 sobre la admisión de la demanda núm. 181/56, «Anuario del Convenio», vol. 1, pág. 40).

39. D. Van Oosterwijck ha alegado que en virtud del principio «iura novit curia» los jueces belgas estaban obligados a aplicar el Convenio, incluso aunque no se hubiese invocado, ya que el caso reviste, a la luz del Convenio, un auténtico carácter de orden público en Bélgica.

Este argumento no convence al Tribunal. La circunstancia de que los Tribunales belgas no hayan podido o incluso debido examinar de oficio el litigio bajo el ángulo del Convenio no hubiera dispensado al demandante a apoyarse ante ellos sobre este Tratado o de presentarles medios de efecto equivalente o similar (ver, «mutatis mutandi», la resolución no publicada de la Comisión de 4 de septiembre de 1958 sobre la admisión de la demanda número 342/57, X contra la República Federal de Alemania). Si la obligación a la que se refiere el artículo 26 se ha satisfecho o no corresponde determinarlo en relación con la conducta de la víctima en la violación alegada. Además, la forma en que el interesado ha presentado su causa ante el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Apelación de Bruselas no les ofrece ninguna oportunidad para tener en cuenta el Convenio.

40. Por añadidura, el Tribunal de Casación no ha tenido nunca oportunidad de pronunciarse sobre esta materia (párrafo 18). Por lo tanto, no existe incluso una jurisprudencia que condene al fracaso un recurso fundado en el Convenio o en medios que tengan un efecto equivalente o similar (ver, «mutatis mutandi», la sentencia De Wilde, Ooms y Versyp, precitada, pág. 34, párrafo 62).

41. Entonces, los recursos internos no se han agotado en el caso presente.

Dicho,

por trece votos contra cuatro, que por no agotar los recursos internos no puede conocer del fondo del asunto.

Dado en francés y en inglés, siendo fehaciente el texto francés, en el Palacio de los Derechos Humanos de Estrasburgo el seis de noviembre de mil novecientos ochenta.

Por el Presidente,

Firmado: Gérard Wiarda

VICEPRESIDENTE

Firmado: Marc-André Eissen

SECRETARIO

A esta sentencia se añaden, conforme a los artículos 15, párrafo 2, del Convenio y 50, párrafo 2, del Reglamento, los votos particulares siguientes:

- Voto particular del señor Thor Vilhjalmsson.
- Voto particular del señor Ganshof Van der Meersch.
- Voto particular conjunto de los señores Evrigenis, Liesch, Gölcüklü y Matscher.

VOTO PARTICULAR

DEL JUEZ THOR VILHJALMSSON

Por las razones expuestas en el párrafo 32 de la sentencia comparto la opinión de la mayoría del Tribunal en el sentido de que las vías de los recursos internos no se han agotado en este caso como preceptúa el artículo 26 del Convenio. Las razones que figuran en dicho párrafo me parecen suficientes. Sin embargo, tengo algunas dudas en las razones que se exponen en los párrafos siguientes.

VOTO PARTICULAR DEL JUEZ GANSHOF VAN DER MEERSCH

He votado, como la mayoría de mis colegas, por no haber agotado las vías de los recursos internos. Suscribo, pues, la parte dispositiva de la sentencia.

Sin embargo, no puedo compartir determinados razonamientos que fundamentan esta decisión.

I

1. El Tribunal toma sucesivamente en consideración en la sentencia los cuatro medios que hubieran dado, según el Gobierno belga, posibilidad a D. Van Oosterwijck para «rectificar» la situación de la que se quejaba.

El Tribunal cita estos «medios de rectificación» y constata que el señor Van Oosterwijck no los ha empleado:

- No ha apelado en casación contra la sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas.
- No ha invocado la violación del Convenio ni en primera instancia ni en apelación.
- No ha solicitado un cambio de nombre fundándose en la Ley de 2 de julio de 1974.
- No ha ejercido una acción de estado.

2. Entre los «medios de rectificación», el Tribunal desecha para el caso del señor Van Oosterwijck no haber pedido el cambio de nombre. La razón dada por el Tribunal es que «no hubiera resuelto realmente sus problemas (...); hubiera conseguido únicamente eliminar determinados efectos del problema del que se quejaba, pero no habría erradicado la verdadera causa del mismo (...)». Suscribo sin reservas en este punto la opinión expuesta por el Tribunal.

3. Además, el Tribunal reprocha al señor Van Oosterwijck no haber utilizado dos de las otras tres «vías de recursos internos» que tenía a su alcance.

Estoy de acuerdo con el razonamiento empleado por el Tribunal en lo que se refiere al hecho de no haber invocado la violación del Convenio y de abstenerse a llevar a cabo una demanda sobre su estado civil por medio de una acción de estado, aunque se reservó formular algunas observaciones sobre este último punto.

4. Además, no comparto los motivos por los que el Tribunal justifica su decisión relativa a agotar las vías de los recursos internos, invocando la ausencia del recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas.

5. Para apreciar la obligación del señor Van Oosterwijck de apelar en casación para agotar los recursos que le estaban permitidos, el Tribunal no puede proceder sino a través de la técnica del «reenvío». Debe, pues, remitirse al Derecho interno belga, que establece el procedimiento para ejercer el recurso de casación; en concreto, las reglas de la admisibilidad y los medios para apelar ante el Tribunal de Casación.

6. Es correcto, sin duda, que la sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas comporta, como señala el propio Tribunal, además de consideraciones de hecho, motivos de Derecho.

Este caso se produce cuando el Tribunal de Apelación dice: «Como quiera que cada persona debe pertenecer a uno de los dos sexos, masculino o femenino, este derecho debe constar en el acta de nacimiento; este acta fija definitivamente este elemento del estado del interesado.» La sentencia se refiere, al expresarse de esta forma, al Derecho que está vigente en Bélgica.

Es el caso igualmente para el motivo siguiente que «en el estado actual de la legislación ninguna disposición permite tener en cuenta los cambios realizados de forma artificial en la morfología del individuo, aunque se correspondan con sus tendencias psíquicas profundas».

7. Se puede ver, pues, que ninguna de estas razones combina cuestiones de hecho y de Derecho. Ambas invocan un principio general del Derecho.

8. Sin embargo, para saber si contra la sentencia fundada en estos motivos de Derecho o sobre uno de los dos el señor Van Oosterwijck podría apelar con éxito ante el Tribunal de Casación hay que conocer el resto de la sentencia. Pues no es suficiente tomar en consideración el motivo jurídico en cual la regla que lo creyó inexacto está formulada. Hay que verificar si la decisión del Tribunal de Apelación no está justificada por otros motivos. Pues parece evidente que es así.

9. En efecto, el Tribunal de Apelación declara formalmente que «no está establecido que desde ese momento el demandante (Van Oosterwijck) perteneciera de manera esencial, como él sostiene, al sexo masculino». ¿Por qué «desde ese momento»? Porque esta constatación es la conclusión de un razonamiento expresado por el Tribunal de Apelación

en cuatro motivos de hecho, cada uno de los cuales basta para establecer que en su espíritu no está probado que el señor Van Oosterwijck haya adquirido de forma plena el sexo masculino. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal de apelación está, pues, justificada legalmente por estos motivos.

10. El motivo jurídico en el que se basa el Tribunal para decidir que el señor Van Oosterwijck no ha agotado los recursos internos, ya que no ha apelado al Tribunal de Casación, es superfluo. Pues es jurisprudencia constante del Tribunal de Casación belga que no es admisible el medio que critica un motivo superfluo de la decisión que se apela (sentencia del Tribunal de Casación de 10 de marzo y 14 de abril de 1978, Pasicrisie 1978, I, págs. 773 y 912). El Tribunal de Casación se ha pronunciado, al formular esta regla, en términos muy distintos, según el caso. Así: no es admisible, a falta de interés, el medio que reprocha el juez haber cometido un error en la ley, ya que éste no influye sobre la legalidad de la parte dispositiva de la sentencia (sentencia del Tribunal de Casación de 2 de diciembre de 1977, Pasicrisie 1978, I, pág. 387). O además: no es admisible, a falta de interés, el medio que no critica qué determinados motivos del fallo recurrido, cuando la parte dispositiva está legalmente justificada por otro motivo (sentencias del Tribunal de Casación de 10 de mayo y 16 de junio de 1978, Pasicrisie 1978, I, págs. 773 y 1178).

11. El recurso que hubiera interpuesto el señor Van Oosterwijck estaba avocado al fracaso. La vía para recurrir no hubiera sido la adecuada. No se le puede reprochar, pues, que no lo haya intentado.

Es injusto que la parte dispositiva de la sentencia del Tribunal se funde, para decidir que no se han agotado las vías impuestas por el Derecho interno en este caso concreto, sobre el hecho de que el demandante no ha recurrido en casación contra la sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas.

II

12. Existe una segunda razón por la que el Tribunal no podía basarse en la falta de no haber agotado los recursos internos como preceptúa el artículo 26 del Convenio sobre el hecho de que el señor Van Oosterwijck no había recurrido en casación contra la sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas, confirmando el fallo por el que se había desestimado la demanda.

Si se hubiera recurrido en casación, aunque el recurso hubiera sido admitido, no se hubiera obtenido ninguna satisfacción. La acción no era más que una petición en rectificación del acto de nacimiento. Este objeto de la demanda hubiera vinculado al Tribunal de Casación y limitado su jurisdicción, como limitaba la de los jueces que hubieron de conocerla. El Tribunal de Casación se hubiera visto obligado a permanecer en el marco de una petición que no le

permitía satisfacer el objeto que perseguía el señor Oosterwijck. Y en la hipótesis de un recurso de casación, el juez de remisión no hubiera podido, sin estatuir «ultra petita», sustituir una petición de rectificación de su acta de nacimiento por una petición de modificación de su estado.

13. En efecto, como señala el propio Tribunal en su sentencia, las dos acciones difieren de forma fundamental: «Las primeras (acciones de estado) han trazado las cuestiones de fondo: tienden a establecer, modificar o destruir el estado de una persona; el propósito de las segundas es solamente reparar un error o cubrir una laguna en los documentos destinados a probar el estado.»

14. La acción de rectificación cuestiona la prueba, es decir, la exactitud y la regularidad de este instrumento de prueba que es el acto sobre el que se inscribe el estado civil de una persona. No tiene carácter exclusivamente personal, como ocurre con la acción de estado. Está motivada por la intervención de cualquier interesado y del Ministerio Público, encargado de la verificación y control de los registros del estado civil que se realizan como mínimo una vez al año. Las rectificaciones de los actas del estado civil son innumerables, especialmente en los registros del estado civil de pequeños municipios, donde los registradores del estado civil no tienen siempre toda la formación necesaria para la determinación de actos de esta naturaleza. Contrariamente a lo que ocurre con la acción de estado, en la acción de rectificación no existe posibilidad de contestación sobre el estado de la persona en cuestión.

15. La acción de estado, por el contrario, plantea la cuestión de cuál es el estado real de una persona. Se presenta bajo la forma de una contestación o una reclamación del estado civil de la persona. Se refiere siempre a la existencia misma de la situación en la que se encuentra la persona que es objeto de la acción, vehículo de la demanda.

16. Es con toda razón que la sentencia del Tribunal señala que el Código Judicial organiza con precisión el procedimiento de la acción de estado. En efecto, en el campo del procedimiento existe una situación paralela a la diferencia fundamental de naturaleza de estas dos acciones.

17. La acción de rectificación del acto del estado civil da lugar a un procedimiento sumario en razón de los intereses relativamente sencillos que pone en juego; se trata de un simple procedimiento de gestión.

18. En cambio, la acción de estado se somete a un procedimiento «ordinario» y contradictorio. Sólo puede iniciarse a instancia de parte y nunca ejercerse por el Ministerio Público. Es de competencia exclusiva del Tribunal de Primera Instancia; se somete a una sala de tres jueces y se le comunica al Ministerio Público, garantías todas ellas excepcionales previstas en el Código Judicial en razón de la importancia de la materia en relación con el orden público. La doctrina insiste en que sería inadmisibles que una acción de estado se disimulara bajo la forma de una acción de rectificación del acto de estado civil para beneficiarse de las ventajas que ofrece este último procedimiento. La acción de rectificación del acto de estado civil es la consecuencia automática de una acción de estado aceptada.

19. El estado de las personas tiene carácter de orden público y es inalienable. Es inimaginable que pueda ser objeto de un procedimiento basado en un simple requerimiento sin exigir por lo menos que tenga carácter contradictorio, como es el caso de la acción de rectificación del acto del estado civil. Está fuera del comercio de las personas. Es algo personal del individuo, quien no puede disponer ni modificarlo por convención.

20. La acción de estado debe poder ejercerse cada vez que un elemento del Estado de las personas se contesta o se reclama. Este es el caso especialmente en materia de filiación, de

reclamación del niño legítimo o natural, de la denegación de la paternidad, del divorcio, de la separación de cuerpos, de la anulación del matrimonio. Debe poder ejercerse, por lo tanto, en los casos de reclamación por una persona del reconocimiento de su sexo.

21. Las materias concernientes al estado de las personas que acaban de indicarse son materias que forman el objeto de las disposiciones del Código Civil, excepto aquella que se refiere al sexo, por lo que de forma indubitada constituyen un elemento del estado de las personas; si bien no es objeto de un sistema particular del Código, no se puede ignorar que tiene una gran repercusión en lo que se refiere a las condiciones del matrimonio. Por otra parte, no se debería ignorar que el artículo 14 del Convenio, que consagra la regla de interdicción de toda discriminación fundada en el sexo, constituye también una disposición del Derecho positivo belga, estando incorporada directamente al Derecho interno.

22. A falta de no reconocérsele su propio sexo, elemento de su estado, inseparable de su persona, el hombre o la mujer no podrían ocupar plenamente su lugar en la vida social. Se ha dicho que el derecho a este reconocimiento es un principio general del Derecho.

23. Aun cuando no estuviera enunciado expresamente en la ley, el principio general del Derecho constituye en el Derecho interno belga un elemento de orden jurídico. Es en la jurisprudencia del Tribunal de Casación belga una fuente autónoma del Derecho que tiene valor de Derecho positivo. El juez está obligado a asegurar que se respete. Son numerosas las sentencias del Tribunal de Casación que se refieren a ellos en materia civil, donde el recurso debe, bajo pena de no ser admitido, indicar la o las disposiciones que se han infringido. Ahora bien, especialmente en materia de violación del derecho de defensa, que no tiene por objeto más que una regla general de Derecho positivo, son frecuentes los recursos de casación que se limitan a indicar el principio general del Derecho, sin referirse a una disposición legal concreta (sentencias del Tribunal de Casación de 22 de diciembre de 1977, Pasicrisie 1978, I, pág. 472, y 11 de abril de 1978, ibid. I, pág. 892). Lo mismo ocurre en los casos en que la violación de un principio general del Derecho, sin referencia alguna a la ley, se invoca de oficio por los jueces (sentencia del Tribunal de Casación de 31 de octubre de 1972, Pasicrisie 1979, I, página 265). El Tribunal de Casación consagra la legalidad de este procedimiento.

24. No existe ninguna diferencia de naturaleza entre la acción de estado ejercida en una materia regulada por una o varias disposiciones civiles y la que se fundamenta en un principio general del Derecho. Esta se ejercerá eventualmente contra el Ministerio Público.

25. Del conjunto de estas consideraciones se impone la conclusión de que la acción de estado que ejerce una persona para el reconocimiento de su sexo se distingue tanto por su naturaleza como por su objeto de la acción de rectificación del acto de nacimiento, que no tiene relevancia más que para la regularidad y exactitud del instrumento referente a los elementos de su estado civil.

26. Un recurso de casación contra la sentencia que confirme la no admisión de la petición de rectificación del acto de nacimiento del señor Van Oosterwijck hubiera estado, por una segunda razón de Derecho, abocada al fracaso. No era, pues, una vía adecuada.

27. Por las razones expuestas en cada uno de los dos capítulos de este voto particular, el Tribunal no podía fundar la parte dispositiva de la sentencia en la ausencia de un recurso de casación para decidir que el señor Van Oosterwijck no había agotado las vías de los recursos internos antes de dirigir su demanda a la Comisión.

VOTO PARTICULAR CONJUNTO DE LOS JUECES EVRIGENIS, LIESCH, GÖLCÜKLÜ Y MATSCHER

1. Sentimos no poder compartir la opinión de la mayoría de nuestros colegas según la cual no se habían agotado en el presente caso las vías de los recursos internos.

2. Es jurisprudencia constante del Tribunal que la regla de agotar los recursos internos sólo es aplicable en el caso de que tales recursos, referidos a las violaciones que se alegan, son accesibles y adecuados (párrafo 27 de la sentencia).

Además, está plenamente admitido que la prueba de la existencia de vías de los recursos internos accesibles y adecuados incumbe al Estado que revoque la regla (sentencia Deweer de 27 de febrero de 1980, serie A, núm. 35, pág. 15, párrafo 26).

3. De lo que se desprende que la excepción de no agotar los recursos internos no puede basarse en la existencia teórica y fuertemente controvertida en el Derecho positivo de una vía impuesta por tales recursos, ni tampoco en la indicación de una vía de recursos existentes, pero inadecuados para dar una solución al presente caso.

4. Sobre la base de estos principios y consideraciones es necesario determinar si los dos medios expuestos por el Gobierno belga y tomados en consideración por el Tribunal tienen relevancia a tenor del artículo 26 y, en caso afirmativo, si las circunstancias particulares dispensarían a D. Van Oosterwijck de su uso.

5. Se reprocha al demandante no haberse dirigido al Tribunal de Casación pidiéndole que modificara la sentencia del Tribunal de apelación de Bruselas de 2 de mayo de 1974.

6. En materia de esta vía de recursos nuestra opinión difiere de la seguida por la mayoría del Tribunal.

En efecto, la demanda interpuesta por el interesado el 18 de octubre de 1973 ante el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas tenía por objeto la «rectificación de un acto del estado civil» (párrafo 12 de la sentencia), basada en disposiciones del Código Judicial (párrafo 17).

El Ministerio Público desestimó la demanda, ya que D. Van Oosterwijck no había probado que la inscripción inicial de su sexo había sido un error.

El Tribunal de Bruselas falló contra el demandante, ya que éste no había demostrado que el oficial del Registro se equivocó al inscribir el acta de nacimiento; además, su argumentación revelaba lo contrario, ya que no pretendía haber sido «fundamentalmente» un hombre desde el principio (párrafo 12).

7. El Tribunal de Apelación de Bruselas confirmó esta decisión basándose en que para poder rectificar un acta de estado civil debe contener un error contemporáneo a su inscripción; ninguna cláusula de la Ley en vigor autoriza a «tener en cuenta los cambios artificiales que se producen en la morfología del individuo», como ocurre en el presente caso, «incluso si corresponden a tendencias psíquicas profundas». Sin embargo, «ni el examen corporal del demandante (...) ni la prueba científica de etiología biológica de la transexualidad» constituían una evidencia desde el principio de «características psíquicas del sexo masculino o incluso de tendencias transexuales».

8. Por eso, la constatación de estos hechos por el Tribunal de Apelación era irrevocable, ya que el Tribunal de Casación no controla más que la aplicación del Derecho.

Sería también inadmisibles, como combinación de hecho y Derecho, en la medida en que

constataría la conclusión de un juicio de hecho.

Incluso la determinación del alcance de la prueba, fundamental para la apreciación soberana del juez del fondo del asunto, escapa al control del Tribunal de Casación.

Es importante, además, señalar que incluso en la hipótesis de una acogida favorable a un recurso de casación, el juez de apelación no hubiera podido, sin estatuir «ultra petita», sustituir la demanda de rectificación de un acto del estado civil del demandante por otra de modificación de su estado, ya que el objeto inicial de la demanda limitaba la competencia de los Tribunales concededores del caso.

Finalmente, la afirmación de que la jurisprudencia belga en la materia era incierta y que el Tribunal de Casación hubiera podido modificar la decisión del juicio, ya que había violado las reglas de Derecho en materia de rectificación de actos sobre el estado civil, era una mera especulación jurídica (párrafo 32 de la sentencia); en efecto, tal hipótesis quedaba en la mera suposición, pues no estaba sustentada en ninguna consideración jurídica suficientemente fundada en el Derecho positivo de Bélgica.

Antes de la sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas de 7 de mayo de 1974 no existía en Bélgica, según parece, más que una decisión sobre este asunto, la del Tribunal de Primera Instancia de Graud de 20 de octubre de 1965, refiriéndose a un asunto similar, pero de sentido contrario, mientras que las otras dos sentencias más recientes (Charleroi, 1973, y Malines, 1975) habían dictaminado en el mismo sentido que el Tribunal de Apelación de Bruselas.

Ciertamente, desde entonces la concepción en materia de transexualidad y, en consecuencia, la jurisprudencia sobre este asunto en varios países europeos ha evolucionado mucho. Sin embargo, no es hasta 1978 cuando el Tribunal de Primera Instancia de Graud, todavía parece que es la única, admite una demanda de rectificación sobre un pretendido cambio de sexo.

Hay que deducir que en la época en que el demandante presentó su demanda la jurisprudencia belga demorante en esta materia, lejos de ser incierta, se oponía a todo procedimiento de rectificación.

En estas condiciones no se puede criticar la actitud del demandante de, aconsejado por sus asesores, no haber intentado recurrir ante el Tribunal de Casación.

9. El no agotar las vías de los recursos internos resultaría además de que el interesado no ha invocado el Convenio ni en primera instancia ni en apelación, aunque fuese genéricamente (párrafos 30 y 34).

Debemos igualmente remarcar nuestro desacuerdo con la conclusión del Tribunal en este punto.

10. Por una parte, resulta del acto de apelación de 14 de febrero de 1974, dirigido contra la orden que desestimaba la rectificación del acto de nacimiento, que el demandante, si bien no se basa directamente en el Convenio, sí invoca un medio que tiene un efecto equivalente o similar (párrafo 34); en concreto, señala que «el Tribunal debe juzgar en especial, humanamente y conforme al interés social y del demandante, que es evidente que Van Oosterwijck es un hombre» (sentencia Guzzardi, párrafo 72).

11. Por otra parte, se admite que el artículo 8 del Convenio produce efectos directos en el ordenamiento jurídico interno de Bélgica y que los justiciables pueden, ante la jurisdicción belga, invocar el Derecho general para hacer respetar sus vidas privadas.

Pero al examinar el carácter abstracto de los términos de esta disposición y a falta de precedentes jurisprudenciales, no se podría reprochar al demandante de no invocarlo expresamente ante el juez nacional belga en un procedimiento de rectificación del acto de nacimiento, sometido a una técnica jurídica especial.

En efecto, la aplicación al caso que nos ocupa de la regla de agotar las vías de los recursos internos como condición previa para dirigirse a una jurisdicción internacional lleva a las reflexiones siguientes:

La regla contempla ante todo la hipótesis de que la pretendida violación de una norma de Derecho internacional (consuetudinaria o convencional) se debe a un acto administrativo o judicial. En este caso, el Estado demandado debe, en primer lugar, poder dirigir sus alegaciones por sus propios medios en el marco de su ordenamiento jurídico interno.

Es distinto cuando la pretendida violación de la norma internacional se deriva del contenido material de una disposición legal de Derecho interno o de la inexistencia de tal disposición. En este caso, sólo de forma excepcional se podrá modificar la situación en litigio por medio de un recurso ante la autoridad judicial superior.

En el presente caso nos encontramos en presencia de una situación que pertenece a esta segunda hipótesis. Así, la concordancia entre el Derecho interno y el Derecho internacional sólo se puede conseguir mediante la adaptación del primero de ellos, lo que está en la mayoría de los casos fuera del alcance de la competencia y posibilidades de un particular.

12. Es poco probable, a la vista del principio de separación de poderes, que el juez nacional pueda, bien por iniciativa propia o a requerimiento del demandante, llenar una laguna legislativa, más aún cuando se trata de una cuestión de fondo que afecta al estado de las personas y que el artículo 8 del Convenio no da apenas indicaciones precisas al respecto.

Como quiera que sea, por muy remota que fuese la posibilidad de esta naturaleza no puede tomarse como fundamento de la aplicación de la regla de agotar los recursos internos sin desconocer la finalidad de esta regla en el sistema del Convenio.

(Comentario y traducción: J. Luis Ruiz Navarro)