

# PUBLICACIÓN ESPECIAL

## RESOLUCIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS\* DE 18 DE OCTUBRE DE 2017

### Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina Supervisión de cumplimiento de sentencia

VISTO:

1. La Sentencia de fondo, reparaciones y costas (en adelante “la sentencia” o “el fallo”) dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte”, “la Corte Interamericana” o “el Tribunal”) el 29 de noviembre de 2011.<sup>1</sup> La Corte declaró responsable internacionalmente a la República Argentina (en adelante “el Estado” o “Argentina”) por la violación del derecho de libertad de pensamiento y expresión, en perjuicio de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, periodistas que, al momento de los hechos, se desempeñaban, respectivamente, como director editorial de la *Editorial Perfil Sociedad Anónima* y director editorial de la revista *Noticias*, que era publicada por la referida editorial. Dicha violación ocurrió debido a que les fue impuesta una responsabilidad civil ulterior por el ejercicio de su

\* El Juez Eugenio Raúl Zaffaroni, de nacionalidad argentina, no participó en el conocimiento y deliberación de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.1 del Reglamento de la Corte.

<sup>1</sup> La Sentencia fue notificada el 15 de diciembre de 2011. *Cfr. Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, disponible en: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_238\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf).

libertad de pensamiento y expresión de forma innecesaria y contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los tribunales argentinos los condenaron civilmente en el 2001 al declarar con lugar la demanda interpuesta por el señor Carlos Saúl Menem, entonces Presidente de la Nación, por la violación a su derecho a la intimidad, debido a la publicación de dos artículos en 1995 en la mencionada revista, los cuales se referían, entre otros aspectos, a un “presunto hijo no reconocido” del señor Menem, así como la relación de este último con el niño y con su madre.<sup>2</sup> La Corte Interamericana consideró que no hubo una injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada del señor Menem, funcionario público electivo de más alto rango del país, debido a que las publicaciones realizadas por la revista *Noticias* constituyeron un ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión, puesto que: trataban sobre asuntos de interés público, los hechos al momento de ser difundidos se encontraban en el dominio público y el presunto afectado con su conducta no había contribuido a resguardar la información cuya difusión luego objetó. De tal modo, estimó que la medida de responsabilidad impuesta a los señores Fontevéchia y D’Amico, que excluyó cualquier ponderación en el caso concreto de aspectos de interés público de la información, fue innecesaria en relación con la alegada finalidad de proteger el derecho a la vida privada.<sup>3</sup> Además de establecer que la sentencia emitida en el presente caso

2 El 10 de julio de 1997 un juez de primera instancia en lo civil resolvió la controversia rechazando la demanda interpuesta por el señor Menem y la reconvencción interpuesta por uno de los periodistas. El 11 de marzo de 1998 la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal revirtió el fallo de primera instancia e hizo lugar a la demanda y condenó a *Editorial Perfil* y a los señores Fontevéchia y D’Amico a pagar al señor Menem la suma de \$150.000,00 (ciento cincuenta mil pesos, equivalente a dólares de los Estados Unidos de América) más sus intereses, y ordenó la publicación de un extracto de la sentencia y el pago de las costas de ambas instancias. El 25 de septiembre de 2001 la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia recurrida por los periodistas, aunque redujo el monto de la indemnización a la suma de \$60.000,00 (sesenta mil pesos, equivalentes a dólares de los Estados Unidos de América). *Cfr. Caso Fontevéchia y D’Amico vs. Argentina, supra* nota 1, párrs. 38 y 39.

3 En consecuencia, la Corte consideró que el procedimiento civil en la justicia argentina, la atribución de la responsabilidad civil, la imposición de condena contra los referidos

constituye por sí misma una forma de reparación, la Corte ordenó al Estado determinadas medidas de reparación (*infra* considerando 1).

2. La resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia emitida por el tribunal el 1 de septiembre de 2015.<sup>4</sup>

3. Los informes presentados por el Estado los días 1 y 20 de abril de 2016, en respuesta a solicitudes efectuadas por la Corte o su presidente mediante notas de la secretaría del tribunal.

4. El escrito de observaciones presentado por los representantes de las víctimas (en adelante “los representantes”)<sup>5</sup> el 22 de junio de 2016.

5. El escrito de observaciones presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) el 20 de julio de 2016.

6. La resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia emitida por el tribunal el 22 de noviembre de 2016.<sup>6</sup>

7. Los informes presentados por el Estado el 3 de febrero y de 6 de marzo de 2017, en respuesta a solicitudes efectuadas por el presidente del tribunal mediante notas de su secretaría. En el informe de marzo el Estado puso en conocimiento de este tribunal la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante también “la Corte Suprema de Justicia”, “la Corte Suprema” o “el Tribunal nacional de más alta jerarquía”) el 14 de febrero de 2017 (*infra* Considerando 6).

8. El escrito presentado por el defensor del pueblo de la provincia de Buenos Aires de la República Argentina el 20 de marzo de 2017, mediante el cual remitió la “Resolución 28/17” que emitió el 6 de marzo

periodistas, afectó su derecho a la libertad de expresión. Cfr. *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, *supra* nota 1, párr. 72.

4 Cfr. *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2015, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevecchia\\_01\\_09\\_15.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevecchia_01_09_15.pdf).

5 El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

6 Cfr. *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2016, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevecchia\\_22\\_11\\_16.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevecchia_22_11_16.pdf).

de 2017, en relación con la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.<sup>7</sup>

9. El escrito de observaciones presentado por los representantes el 18 de abril de 2017.

10. La nota de la secretaría de la corte de 26 de mayo de 2017, mediante la cual, siguiendo instrucciones del tribunal, se convocó a las partes y la comisión a una audiencia pública de supervisión de cumplimiento (*infra* visto 12).

11. El escrito presentado por la comisión el 20 de julio de 2017, en el cual indicó que sus observaciones al informe estatal de marzo de 2017 (*supra* visto 7) y al cumplimiento de las reparaciones serían presentadas durante la audiencia pública (*infra* visto 12).

12. La audiencia pública sobre supervisión de cumplimiento de sentencia, celebrada el 21 de agosto de 2017 en la sede del tribunal.<sup>8</sup>

7 El señor Guido Martín Lorenzino Matta, Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, señaló en el referido escrito que “la Defensoría del Pueblo es un organismo creado por la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, cuyo artículo 55 establece que cuenta con autonomía funcional y política y posee entre sus atribuciones las de defender los derechos individuales y colectivos de los habitantes de la provincia frente a los hechos u omisiones [...] del Estado que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario o negligente de sus funciones”. Además, indicó que el escrito se presenta por “la preocupación que genera” y “la directa implicancia que posee la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, y “con la esperanza de contribuir a que la condena recaída en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico’ sea íntegramente cumplida por la República Argentina”. Al respecto, en la referida “Resolución 28/17” el Defensor del Pueblo resolvió “expresar su preocupación por la sentencia de 14 de febrero de 2017 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” y efectuó una recomendación al Congreso de la Nación. Entre las consideraciones realizadas en la mencionada resolución, el defensor expresó que “lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación genera incertidumbre acerca de su propia doctrina, desarrollada hasta [la emisión de su decisión del 14 de febrero de 2017, en materia de recepción, interpretación y exigibilidad de los derechos contemplados en los tratados internacionales de derechos humanos contenidos en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, así como en relación a los alcances de las obligaciones asumidas por el Estado en el plano internacional”. Asimismo, se refirió a que varias “máximas del Derecho Internacional Público en general, y de particular significación en el campo propio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, han sido puestas en crisis por el fallo de la Corte Nacional”. En particular, se refirió a que “la obligación del Estado de respetar las decisiones de la Corte Interamericana (art.68.1 CADH) recae sobre todos los poderes del Estado y los órganos que los integran cualquiera sea su jerarquía, siendo posible sostener que esa carga recae con mayor gravitación sobre la propia Corte Suprema que posee —como ella misma se encarga de destacarla en el fallo que motiva la presente resolución— la calidad de ‘órgano supremo y cabeza del Poder Judicial’”.

8 En la audiencia participaron cinco de los siete jueces que integran la Corte. El Juez Roberto F. Caldas, Presidente de la Corte, no participó en esta audiencia por motivos de

13. El escrito de 5 de septiembre de 2017 presentado en calidad de *amicus curiae* por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de *American University Washington College of Law*, y el señor Juan E. Méndez, profesor en residencia de dicha universidad.<sup>9</sup>

### CONSIDERANDO:

1. En el ejercicio de su función jurisdiccional de supervisar el cumplimiento de sus decisiones,<sup>10</sup> la Corte ha venido supervisando la ejecución de la sentencia emitida en el presente caso en el año 2011 (*supra* visto 1). En la resolución de septiembre de 2015 (*supra* Visto 2), la Corte declaró el incumplimiento del deber de informar de Argentina debido a que habían transcurrido dos años y ocho meses desde el vencimiento del plazo de un año concedido en la sentencia, sin que hubiera presen-

fuerza mayor. Por tal motivo, de conformidad con los artículos 4.2 y 5 del Reglamento del Tribunal, el Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, como Vicepresidente de la Corte, asumió la Presidencia en ejercicio para la audiencia. Además, el Juez Eugenio Raúl Zaffaroni no participó por motivos de nacionalidad (*supra*). A esta audiencia comparecieron: a) por el Estado: Javier Salgado, Agente, Director de la Dirección Contencioso Internacional en Materia de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Siro de Martini, Asesor de Asuntos Internacionales de Derechos Humanos del Ministro de Justicia y Derechos Humanos, y Ramiro Badía, Coordinador de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos en Materia de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; b) por los representantes de las víctimas: Diego Morales, Director del Área de Litigio y Defensa Legal del CELS y Damián Loreti, Secretario de la Comisión Directiva de dicha organización, y c) por la Comisión Interamericana: Francisco José Eguiguren Praeli, Presidente, Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión, y Selene Soto Rodríguez, abogada de la Secretaría Ejecutiva. La grabación de la audiencia pública se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://vimeo.com/230510053>.

<sup>9</sup> Fue elaborado por CEJIL, representado por su Directora Ejecutiva Viviana Krsticevic, y por la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de *American University Washington College of Law*, representada por su Co-Directora Claudia Martín, y presentado en nombre del señor Juan E. Méndez, profesor en residencia de dicha universidad. En el referido escrito expusieron múltiples argumentos con base en los cuales concluyeron que “[e]l planteamiento del tribunal argentino establece limitaciones inaceptables a la ejecución de las sentencias internacionales cuando involucren determinaciones judiciales”. Asimismo, afirmaron que “el incumplimiento de la orden de la Corte [Interamericana] fundamentado en la decisión de la Corte Suprema de Justicia implica un desafío estructural a la eficacia del SIDH en la República Argentina con consecuencias significativas para la ciudadanía”.

<sup>10</sup> Facultad que además se desprende de lo dispuesto en los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la Convención Americana y 30 de su Estatuto y se encuentra regulada en el artículo 69 de su Reglamento.

tado su primer informe sobre el cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas. El tribunal también dejó constando que durante todo ese tiempo no había recibido escrito alguno de los representantes de las víctimas.<sup>11</sup> Fue recién en abril de 2016 que el Estado presentó el primer informe sobre el cumplimiento de la sentencia de este caso (*supra* visto 3). La información fue valorada por este tribunal en la resolución de noviembre de 2016 (*supra* visto 6), en la cual se declaró cumplida la medida de reparación relativa a la publicación y difusión de la sentencia,<sup>12</sup> y se mantuvo abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las otras dos medidas de reparación, relativas a: “dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico así como todas sus consecuencias” (*infra* considerando 3 a 35) y pagar las cantidades dispuestas por concepto de reintegro de costas y gastos incurridos en la jurisdicción interamericana (*infra* considerando 36 a 42).

2. Seguidamente, el tribunal valorará la información presentada por las partes respecto del cumplimiento de las referidas medidas de reparación y determinará el grado de cumplimiento por parte del Estado. El tribunal realizará primeramente las consideraciones sobre la medida de reparación relativa a dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Fontevecchia y D’Amico y, posteriormente, la relativa al reintegro de costas y gastos.

### *A. Dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Fontevecchia y D’Amico*

#### *A.1. Medida ordenada por la Corte*

<sup>11</sup> Durante ese tiempo tampoco se recibieron escritos por parte de la Comisión Interamericana.

<sup>12</sup> Ordenada en el punto dispositivo tercero y en el párrafo 108 de la Sentencia.

3. En el punto dispositivo segundo de la sentencia se ordenó que “el Estado debe dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Hector D’Amico, así como todas sus consecuencias, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la [...] sentencia, en los términos del párrafo 105 de la misma”.

4. En el referido párrafo 105 de la sentencia, la Corte estableció lo siguiente:

105. Esta Corte ha determinado que la sentencia emitida el 25 de septiembre de 2001 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que confirmó la condena impuesta por un tribunal de Alzada, violó el derecho a la libertad de expresión de los señores Jorge Fontevecchia y Hector D’Amico [...]. Por lo tanto, el tribunal dispone, de conformidad con su jurisprudencia, que el Estado debe dejar sin efecto dichas sentencias en todos sus extremos, incluyendo, en su caso, los alcances que éstas tengan respecto de terceros; a saber: *a)* la atribución de responsabilidad civil de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico; *b)* la condena al pago de una indemnización, de intereses y costas y de la tasa de justicia; tales montos deberán ser reintegrados con los intereses y actualizaciones que correspondan de acuerdo al derecho interno, y *c)* así como cualquier otro efecto que tengan o hayan tenido aquellas decisiones. A efectos de cumplir la presente reparación, el Estado debe adoptar todas las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias, y cuenta para ello con el plazo de un año a partir de la notificación de la [...] Sentencia.<sup>13</sup> (*Énfasis añadido*)

13 De lo establecido por la Corte en los párrafos 38, 39, 72 y 105 de la Sentencia se desprende que los efectos de las referidas sentencias internas condenatorias fueron los siguientes:

I. “la atribución de responsabilidad civil” a los señores Fontevecchia y D’Amico y de la Editorial Perfil por la publicación de notas periodísticas al considerar que con ello lesionaron de forma ilegítima el derecho a la intimidad del actor del proceso civil, el señor Carlos Menem;

II. la imposición del pago de un monto indemnizatorio de \$60.000,00 (sesenta mil pesos) a favor del actor del proceso civil, más los intereses;

III. la publicación en la Revista Noticias de un extracto de la sentencia de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, y

IV. la imposición del pago de los “gastos causídicos” de la primera instancia civil ante la Cámara de Apelación, así como las costas ante Corte Suprema en un 90% a cargo de los demandados.

## A.2. Información y observaciones de las partes y de la Comisión

5. La Corte efectuará un resumen de la información aportada por escrito, a partir del 2016 (*supra* vistos 3 a 5, 7 y 9 y considerando 1), y durante la audiencia de supervisión de cumplimiento de sentencia efectuada el 21 de agosto de 2017 (*supra* visto 12).

### a) Información del Estado

6. Argentina informó en abril de 2016 que “respecto a dejar sin efecto la condena civil impuesta los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico así como todas sus consecuencias, la cuestión se encontraba bajo estudio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Ello, en razón de que la Dirección General del Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos remitió en mayo de 2013 una solicitud formulada por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación a la Corte Suprema para que ésta cumpliera “de conformidad con su competencia lo dispuesto en el párrafo 105” de la sentencia de la Corte Interamericana. Posteriormente, en su informe de marzo de 2017 el Estado remitió a la Corte Interamericana copia de la decisión adoptada por la Corte Suprema el 14 de febrero de 2017 con respecto a la referida solicitud.<sup>14</sup> En dicha decisión la Corte Suprema concluyó que “no correspondía hacer lugar

En cuanto a los montos pagados por las víctimas como consecuencia de la condena civil impuesta, en el párrafo 40 de la Sentencia se detalló que por orden dictada en proceso de ejecución de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de septiembre de 2001 se embargaron haberes que percibía mensualmente el señor D’Amico, desde marzo de 2004 hasta noviembre de 2005, “hasta cubrir la suma de [ciento ocho mil quinientos pesos con setenta y cinco centavos] con la de [treinta mil pesos] que se presupuestó para responder a intereses y costas”. Por su parte, “Editorial Perfil cubrió la suma correspondiente a la tasa de justicia por \$105.808,50 (ciento cinco mil ochocientos cincuenta centavos)”.

14 Cfr. Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 14 de febrero de 2017 en relación con los autos “Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos / informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (anexo al informe estatal de 6 de marzo de 2017). Disponible en: <http://www.cij.gov.ar/nota-24822-La-Corte-sostuvo-que-la-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-no-puede-revocar-sentencias-del-M-ximo-Tribunal-argentino.html>.

a lo solicitado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación”.<sup>15</sup> Dicho tribunal sostuvo, entre otros argumentos,<sup>16</sup> que:

I. Aun cuando “las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para éste [...], dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales”;<sup>17</sup>

II. En la sentencia de este caso la Corte Interamericana se excedió en sus “potestades remediales” al ordenar que se dejara sin efecto una sentencia dictada por la Corte Suprema, ya que “el tenor literal de la norma [prevista en el artículo 63.1 de la Convención Americana] no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional”.<sup>18</sup>

III. “Dejar sin efecto la sentencia dictada por la Corte Suprema en la causa ‘Menem’ en virtud de la orden de la Corte Interamericana [...] —lo cual es sinónimo de ‘revocar’ [...]— implicaría transformar a dicho tribunal internacional, en una ‘cuarta instancia’ revisora de las sentencias dictadas por la Corte Suprema, en clara violación de los principios estructurales del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema”;<sup>19</sup>

15 Cfr. Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *supra* nota 14, Considerando 20°.

16 Para sustentar tal tesis, la Corte Suprema expone en su decisión “las razones” de su “respuesta negativa”, las cuales se basan en argumentos tales como: el carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la fórmula de la “cuarta instancia”, el “margen de apreciación nacional”, la interpretación literal del artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la transgresión a los principios fundamentales del derecho público argentino contenidos en los artículos 27 y 108 de la Constitución Nacional, entre los cuales se encuentra el carácter de dicho tribunal interno como “órgano supremo y cabeza del Poder Judicial”.

17 Cfr. Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *supra* nota 14, Considerando 6°.

18 Cfr. Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *supra* nota 14, Considerandos 13° y 14°.

19 Cfr. Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *supra* nota 14, Considerando 11°.

IV. “La Corte Interamericana, al ordenar dejar sin efecto la sentencia de la Corte Suprema pasada en autoridad de cosa juzgada, ha recurrido a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto en el texto convencional”,<sup>20</sup> y que

V. “Revocar la sentencia firme dictada por este tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión de los artículos 27 y 108 de la Constitución Nacional”.<sup>21</sup>

7. Al aportar la copia de la referida decisión judicial interna, el *Estado* sostuvo que, “sin perjuicio de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia”, va a cumplir con “el propósito medular de la medida de reparación” relativa a dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Fontevecchia y D’Amico, el cual “tratándose de una decisión jurisdiccional dictada en el marco de un proceso ordinario por daños y perjuicios sustanciado en sede civil, [...] se limita al pago de la indemnización pecuniaria que los peticionarios (los señores Fontevecchia y D’Amico) debieron oportunamente satisfacer en favor del demandante (Carlos Menem)”. Agregó que “se encuentra en pleno proceso” la ejecución de dicho reembolso,<sup>22</sup> con lo cual “quedarán extinguidos en todos sus extremos” los efectos de la condena civil impuesta a las víctimas.

8. En la audiencia pública de supervisión de cumplimiento (*supra* visto 12) el *Estado* “ratificó” “la obligatoriedad de las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana [...] en todos sus términos”. En lo relativo a reintegrar a las víctimas las sumas que pagaron como consecuencia de

20 Cfr. Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *supra* nota 14, Considerando 12°.

21 Cfr. Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *supra* nota 14, Considerando 17°.

22 En su informe de febrero de 2017, *Argentina* expuso que “se estaba llevando a cabo el cálculo de los montos establecidos en el párrafo 105 [de la Sentencia de la Corte Interamericana] (capital, intereses, costas y tasa de justicia)”, pero que su “determinación resulta[ba] de gran complejidad en razón de que los pagos se fueron realizando en forma parcial a través de embargos promovidos por la parte actora en el proceso [civil] por daños y perjuicios seguido contra los señores Fontevecchia y D’Amico”.

la condena civil (*supra* considerando 4), indicó que “está en trámite un proyecto de Decreto presidencial ante la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos” para ordenar dicho reintegro, y que “en breve tiempo va a salir el Decreto”, posiblemente “antes de fin de año”, “comprometiéndose a dar cuenta a la Corte cuando ello suceda”. Respecto a dejar sin efecto la condena civil, el Estado afirmó que, en virtud del principio de la separación de poderes, en la República Argentina “la Corte Suprema Argentina [...] es quien tiene que resolver este tema porque implicaba la intervención de un expediente judicial”, por lo que “la Corte Suprema es el Estado argentino”. Afirmó que “el Poder Ejecutivo no puede [...] arrogarse funciones judiciales”; que no es un tema de “falta de voluntad”, sino que “no tiene posibilidad de hacer nada más”, ya que “no tiene herramientas de derecho interno que le permitan hacer algo diferente a lo ya hecho”. Afirmó que, “por tal razón, nada tenía ni podía agregar el Estado argentino en esta instancia a través de su órgano ejecutivo a lo expuesto por su órgano judicial máximo actuando dentro del ámbito de sus potestades y atribuciones constitucionales, en aquella sentencia que fuera remitida oportunamente”.

*b) Información y observaciones de los representantes de las víctimas*

9. Los representantes de las víctimas sostuvieron, tanto en sus observaciones escritas como en la audiencia pública de supervisión de cumplimiento, que la devolución de las sumas pagadas por las víctimas es solo uno de los efectos que tuvieron las decisiones judiciales internas que atribuyeron responsabilidad a las víctimas. Al respecto, explicaron que la posición asumida por el Estado de considerar cumplida la reparación sólo con el reintegro de esas sumas (*supra* considerando 7) “desatiende la autonomía de cada reparación” y que “el reintegro de los montos abonados por las víctimas [...] de ningún modo es suficien-

te para tener por cumplido lo ordenado en la sentencia”, ya que con ello “no se deja sin efecto la atribución de responsabilidad civil” a los señores Fontevecchia y D’Amico, lo cual “sólo podría hacer el Poder Judicial y tampoco deja sin efecto la condena”. Además, expusieron amplios argumentos respecto a las razones por las cuales consideran que la decisión de la Corte Suprema de 14 de febrero de 2017 implica un “manifiesto incumplimiento” de la sentencia de la Corte Interamericana respecto a la reparación relativa a dejar sin efecto la atribución de responsabilidad civil a las víctimas, así como que también implica un “grave retroceso en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que pone a Argentina al margen de sus compromisos internacionales”, y que tiene efectos que “exceden por mucho el caso de referencia y plantean un cuadro de debilitamiento general de la protección de derechos humanos en la Argentina”. También presentaron alegatos sobre al efecto inhibitorio respecto al ejercicio del derecho a la libertad de expresión que genera el mantener una decisión judicial interna como la que atribuyó responsabilidad civil a las víctimas de forma violatoria a la Convención Americana.

10. En cuanto a las acciones implementadas por el Estado para reintegrar a las víctimas las sumas que pagaron como consecuencia de la condena civil, los representantes expresaron su preocupación por el tiempo transcurrido sin que se hubiera dado cumplimiento a este extremo de la sentencia, y se refirieron a la falta de respuesta del Estado a los escritos que le presentaron en enero y julio de 2017, en relación con una “cuantificación del monto total en pesos argentinos y en dólares que debía ser entregado a las víctimas”.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> Los *representantes* aportaron como anexo a sus observaciones de abril de 2017, el escrito que habrían dirigido al Secretario de Derechos Humanos, al Coordinador de Asuntos Jurídicos Internacionales de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos en materia de Derechos Humanos de la Secretaría de Derechos Humanos y a la Dirección de Contencioso Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

### *c) Observaciones de la Comisión*

11. La *Comisión Interamericana* destacó en la audiencia pública de supervisión de cumplimiento que “un elemento esencial de la restitución en este caso es, sin duda, eliminar la atribución de responsabilidad civil a las víctimas; la decisión que impuso esta responsabilidad ulterior es incompatible con la Convención”. También expuso las razones por las cuales considera que “la decisión de la Suprema Corte Argentina es un grave obstáculo para el cumplimiento de la Sentencia de la Corte Interamericana, cuyas implicancias trascienden al caso”. Al respecto sostuvo, entre otros argumentos, que “el desconocimiento por parte del máximo tribunal argentino de la competencia de la Corte Interamericana en este caso, vulnera el derecho de las víctimas [...], dado que no ha cesado la violación en su perjuicio, y [...] también genera un efecto sistémico regresivo más general para Argentina, en tanto desconoce la exhaustiva ponderación realizada por la Corte Interamericana” en la sentencia del presente caso en materia de libertad de expresión y derecho a la vida privada de funcionarios públicos electivos. Solicitó a la Corte que declare que la posición del Estado sobre el cumplimiento de la reparación ordenada no resulta consistente con la sentencia que expidió este tribunal internacional en este caso, ni con su práctica, ni con los principios básicos que regulan la responsabilidad internacional del Estado.

### *A.3. Consideraciones de la Corte*

12. Este tribunal ha resaltado que la obligación de cumplir lo dispuesto en sus decisiones corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt*

*servanda*) y no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida.<sup>24</sup>

13. De conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la Convención Americana “el fallo de la Corte será definitivo e inapelable”, el cual produce los efectos de autoridad de cosa juzgada internacional.<sup>25</sup> El cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia es una obligación que no está sujeta a condiciones, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 68.1 de la Convención Americana, “los Estados partes en la convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Dichos Estados tienen la obligación convencional de implementar tanto en el ámbito internacional como interno y de forma pronta e íntegra, lo dispuesto por el tribunal en las sentencias, y de no cumplirse se incurre en un ilícito internacional<sup>26</sup>. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado<sup>27</sup>, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional.<sup>28</sup>

24 Cfr. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 35; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 1999, Considerando 4, y *Caso López Lone y otros vs. Honduras. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de mayo de 2017, Considerando 15.

25 Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, Considerandos 61 y 68.

26 Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, *supra* nota 24, Considerando 3, y *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, *supra* nota 24, Considerando 14.

27 Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, *supra* nota 24, Considerando 4, y *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, *supra* nota 24, Considerando 14.

28 Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay*, *supra* nota 25, Considerando 59, y *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, *supra* nota 24, Considerando 14.

14. Los Estados parte en la convención no pueden invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado<sup>29</sup>. En lo concerniente al cumplimiento de las sentencias de la Corte, no se trata de resolver el problema de la supremacía del derecho internacional sobre el nacional en el orden interno, sino únicamente de hacer cumplir aquello a lo que los Estados soberanamente se comprometieron.

15. La Corte ha sostenido reiteradamente tal obligatoriedad cuando en dos casos contra Venezuela (casos *Apitz Barbera y otros* y *López Mendoza*), el Estado sostuvo que no daría cumplimiento a las sentencias con base en que la Sala Constitucional del tribunal Supremo de Justicia de ese país emitió decisiones en el 2008 y 2011 que declaraban la “inejecutabilidad” de tales sentencias de la Corte Interamericana. Este Tribunal ha afirmado que aun cuando exista una decisión del tribunal de más alta jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional declarando tal “inejecutabilidad”, ello no puede oponerse como una justificación para el incumplimiento de lo dispuesto por este tribunal internacional.<sup>30</sup>

16. En el cumplimiento del deber de “dejar sin efecto” las sentencias internas que se determinaron en la sentencia del presente caso como violatorias de la Convención Americana, correspondía a Argentina identificar cuáles acciones implementar o por cuál vía de su derecho interno podía cumplir con lo ordenado por este tribunal. En su decisión la Corte Suprema interpretó que lo solicitado era “sinónimo de revocar” la sentencia emitida por dicho tribunal interno en el 2001 (*supra* Considerando 6 III). Al ordenar esta reparación la Corte Interamericana

29 Cfr. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 37, y *Caso Gelman vs. Uruguay, supra* nota 25, Considerando 64.

30 Cfr. *Caso Apitz Barbera y Otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012, Considerando 39, y *Caso López Mendoza vs. Venezuela. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 2015, Considerando 8.

no indicó que para cumplirla el Estado tuviera necesariamente que “revocar” dichos fallos. Es por ello que en el párrafo 105 de la sentencia se dispuso que el estado debía adoptar “las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias” para “dejar sin efecto” tales sentencias (*supra* considerando 4).

17. En primer término, este tribunal valora positivamente que Argentina esté implementando acciones para eliminar el efecto de la sentencia civil condenatoria relativo a reintegrar las sumas pagadas por las víctimas como consecuencia de la referida condena. Tanto el Estado como los representantes han implementado acciones para la determinación de los montos que deben ser pagados, y el Estado ha afirmado que emitirá a finales del presente año el Decreto que disponga proceder con dicho pago (*supra* considerando 8). Resulta positivo que Argentina haya identificado un mecanismo para realizar este pago que no involucre la judicialización del mismo, pero se requiere que proceda a cumplir con el mismo de la manera más expedita posible, tomando en cuenta que han transcurrido casi cinco años desde el vencimiento del plazo para el cumplimiento de esta medida (*supra* visto 1 y considerando 4). Además, teniendo en consideración que, por sugerencia del tribunal, las partes se reunieron en su sede con posterioridad a la audiencia de supervisión de cumplimiento, con el fin de conversar los aspectos relativos a la determinación concreta de los montos que serán reintegrados, se requiere que el Estado indique los resultados de dicha reunión, si se logró avanzar con la cuantificación y los avances en relación con la emisión del Decreto que disponga el reintegro concreto y el pago correspondiente.

18. En segundo término, aun cuando, por tratarse de una sentencia civil, el reintegro de dichos montos será particularmente relevante para el cumplimiento de la reparación ordenada en este caso, quedarían aspectos por acatar de la medida de reparación según lo dispuesto en el párrafo 105 de la Sentencia (*supra* considerando 4). El cumplimiento de

la reparación ordenada también implica el dejar sin efecto lo relativo a la atribución de responsabilidad civil a los señores Fontevecchia y D'Amico<sup>31</sup> (*supra* considerando 4.a).

19. En lo que respecta a lo relativo a dejar sin efecto tal atribución de responsabilidad, aun cuando en la audiencia de supervisión de cumplimiento el Estado reafirmó la obligatoriedad de las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana, también sostuvo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya tomó una decisión y que el Poder Ejecutivo “no tiene posibilidad de hacer nada más”, en virtud del principio de separación de poderes (*supra* considerando 8). En dicha decisión judicial de febrero de 2017, la Corte Suprema asumió que la medida ordenada por la Corte Interamericana implicaba necesariamente la revocación de su sentencia del 2001, afirmó que este tribunal internacional no tiene competencia para una reparación en tal sentido y no dispuso ni identificó medida alguna para reparar la violación que ella misma generó (*supra* visto 1 y considerando 6).

20. Al respecto, la Corte recuerda que esa misma reparación de “dejar sin efectos” sentencias internas ha sido cumplida por otros Estados y por Argentina en casos similares a éste, en los que se constató una violación a la Convención Americana por la imposición judicial de responsabilidades penales o civiles ulteriores contrarias al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.<sup>32</sup>

31 Durante la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia, los representantes de las víctimas no han presentado alegatos sobre otros efectos que hayan tenido las decisiones internas que deban ser reparados a través de esta medida.

32 En el caso *Herrera Ulloa* se ordenó a Costa Rica “dejar sin efecto, en todos sus extremos, la sentencia [penal condenatoria] emitida el 12 de noviembre de 1999 por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José” en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa. En el caso *Palamara Iribarne* se ordenó a Chile “dejar sin efecto [...] en todos sus extremos, las sentencias condenatorias emitidas en contra del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne: la sentencia de 3 de enero de 1995 de la Corte Marcial de la Armada en la Causa Rol No. 471 por el delito de desacato y las sentencias emitidas por dicha Corte Marcial [...] el 3 de enero de 1997 y por el Juzgado Naval de Magallanes el 10 de junio de 1996 por los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares”. En el caso *Kimel* se ordenó a Argentina “dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Kimel y todas las consecuencias que de ella se derivaran”. Para ello el Estado debía dejar sin efecto “la sentencia condenatoria emitida

Para dar cumplimiento a esa reparación los Estados han adoptado diferentes tipos de medidas o acciones y lo han comunicado a la Corte, la cual realiza una valoración en cada caso concreto. Entre tales medidas o acciones los Estados han efectuado las siguientes: acuerdo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia disponiendo remitir el fallo a la sala penal de la Corte Suprema de Justicia para que revisara la sentencia penal condenatoria y emisión de una posterior sentencia de revisión por dicha sala penal;<sup>33</sup> emisión de una decisión judicial mediante la cual el mismo tribunal penal que emitió la sentencia penal violatoria a la convención ordenó que se dejara sin efecto en todos los extremos dicha sentencia y emisión de una sentencia contencioso administrativa para ordenar al Estado la restitución de las sumas que habían pagado las víctimas por concepto de la condena que recibieron en la acción civil resarcitoria por daño moral relacionada con la referida sentencia penal violatoria de la convención;<sup>34</sup> resolución del Director del Servicio del Registro Civil que ordenó la eliminación de antecedentes penales del Registro General de Condenas;<sup>35</sup> y emisión de sentencia de revisión penal de la sentencia violatoria de la convención.<sup>36</sup>

en contra del señor Kimel, que implicó la violación de su derecho a la libertad de expresión en todos sus extremos". En el caso *Tristán Donoso* se ordenó a Panamá "dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Santander Tristán Donoso y todas las consecuencias que de ella se derivaron". Cfr. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, punto resolutivo cuarto; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, punto resolutivo décimo segundo; *Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, punto resolutivo séptimo, y *Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, punto resolutivo décimo cuarto.

<sup>33</sup> Cfr. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2010, Considerandos 12 a 19.

<sup>34</sup> Cfr. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006, Considerandos 10 a 12 y 19, y *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2010, Considerandos 7 a 10 y 19.

<sup>35</sup> Cfr. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2007, Considerandos 20 a 22 y 39.

<sup>36</sup> Cfr. *Caso Kimel vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2013, Considerandos 5 a 12.

21. En el presente caso, al tratarse de una sentencia civil que no queda constando en registros de antecedentes de delincuentes, el Estado podría adoptar algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia, para dar cumplimiento a la medida de reparación ordenada, como por ejemplo la eliminación de su publicación de la páginas *web* de la Corte Suprema de Justicia y del Centro de Información Judicial, o que se mantenga su publicación pero se le realice algún tipo de anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana. Al respecto, en sus observaciones escritas los representantes de las víctimas sostuvieron que hubiera sido recomendable que el Estado considerara las “diversas opciones” que ellos identificaron para tal efecto durante la etapa de fondo del presente caso,<sup>37</sup> como por ejemplo que el Estado adoptara las medidas necesarias para que el juez de ejecución adjuntara al expediente judicial la sentencia emitida por Corte Interamericana en el caso y estableciera que la condena dictada fue declarada incompatible con los tratados internacionales de derechos humanos.<sup>38</sup>

22. Adicionalmente, debido a que el Estado indicó en la audiencia que su posición sobre el cumplimiento del referido extremo de la medida de reparación es la sostenida por la Corte Suprema en su decisión de febrero de 2017 (*supra* Considerandos 8 y 19),<sup>39</sup> este tribunal estima necesario referirse a determinadas consideraciones que realizó dicho tribunal interno que no son acordes a las obligaciones internacionales asumidas por Argentina.

37 Agregaron que “un proceder respetuoso de los compromisos internacionales exigía la consideración de estas opciones antes que el sacrificio de los deberes interamericanos”.

38 Esta fue la solicitud inicial de los representantes durante la etapa de fondo, expresada en su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas. Posteriormente en sus alegatos finales escritos, “reformularon ese pedido solicitando al Tribunal que condenara al Estado a adoptar las medidas necesarias para que la sentencia dictada por el poder judicial argentino pierda fuerza vinculante interna y toda aptitud para ser fuente de consecuencias legales de cualquier tipo”. *Cfr. Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, *supra* nota 1, párr. 104.

39 Ante la pregunta realizada en la audiencia por uno de los jueces respecto a si “¿la voz del Estado en este caso es la de la Corte Suprema?”, Argentina contestó afirmativamente.

23. La decisión de la Corte Suprema que se atribuye competencias que no le corresponden (*supra* considerando 6) implica una clara contravención de los principios de Derecho Internacional y las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos asumidas por ese Estado (*supra* considerandos 12 a 14). No le corresponde a dicho tribunal interno determinar cuándo una sentencia de este tribunal internacional es obligatoria, pues su obligatoriedad surge de la ratificación de la Convención Americana por parte de Argentina y del reconocimiento que realizó de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.<sup>40</sup>

24. Esta Corte ya ha establecido que la determinación de la obligatoriedad de uno de sus fallos no puede quedar al arbitrio de un órgano del Estado, especialmente de aquel que generó la violación a derechos humanos, tal como en el presente caso, cuya violación se configuró por una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puesto que sería inadmisibles subordinar el mecanismo de protección previsto en la Convención Americana a restricciones que hagan inoperante la función del tribunal. Ello tornaría incierto el acceso a la justicia que es parte del sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en la convención.<sup>41</sup>

25. La posición asumida en esta oportunidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de cuestionar la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana bajo determinados supuestos (*supra* considerando 6) contrasta ampliamente con su línea jurisprudencial anterior, la cual había sido destacada por este tribunal como un ejemplo positivo en cuanto al reconocimiento que han hecho tribunales de la más alta jerarquía de la región sobre el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana y a la aplicación del control de convencionalidad.

<sup>40</sup> Argentina es Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 5 de septiembre de 1984 y reconoció la competencia contenciosa de este Tribunal en esa misma fecha.

<sup>41</sup> *Mutatis Mutandi, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 128.

dad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por ésta.<sup>42</sup> Dicha jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación además reconocía el importante rol que —en el ámbito de sus competencias— tiene el tribunal nacional de más alta jerarquía de Argentina en el cumplimiento o implementación de las sentencias de la Corte Interamericana.<sup>43</sup> En particular, se destacan las decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los años 2004 y 2011 en relación con la implementación de las sentencias emitidas contra Argentina por la Corte Interamericana en los casos *Bulacio*<sup>44</sup> y *Bueno Alves*,<sup>45</sup> las cuales permitieron avanzar con la obligación de investigar ordenada en esos casos, al “dejar sin efecto” o “revocar”, respectivamente, decisiones de tribunales inferiores. También sobresale la resolución que adoptó hace dos años y medio en relación con la sentencia del caso *Mohamed*, a fin de garantizar el cumplimiento de la reparación relativa a “garantizar al señor Oscar Alberto Mohamed el derecho de recurrir del fallo penal condenatorio”.<sup>46</sup> En esa decisión de marzo de 2015 la Corte Suprema

42 Cfr. *Caso Apitz Barbera y Otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, *supra* nota 30, Considerandos 27 y 32, y *Caso Gelman vs. Uruguay*, *supra* nota 25, Considerandos 74 y 75.

43 Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay*, *supra* nota 25, Considerandos 65 a 68; *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014, Considerando 19, y *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, Considerando 12.

44 Cfr. *Caso Bulacio vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2008, Considerandos 8 y 11, y Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Espósito, Miguel Angel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, recurso extraordinario, E. 224. XXXIX de 23 de diciembre de 2004.

45 Cfr. *Caso Bueno Alves vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de julio de 2011, Considerandos 21 a 47, y Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal*, recurso de hecho, D. 1682. XL de 29 de noviembre de 2011.

46 En esa decisión, la Corte Suprema de Justicia dispuso que “las sentencias de la Corte Interamericana pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por ello, esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino y conforme lo previsto en el art. 68.1 de la misma Convención, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional [...]”. Cfr. *Caso Mohamed vs. Argentina*.

estableció que el cumplimiento de la sentencias de la Corte Interamericana vincula también a la Corte Suprema de Justicia —en el ámbito de sus competencias— al ser “uno de los poderes del estado Argentino”.<sup>47</sup>

26. Adicionalmente, al afirmar que la obligatoriedad de las sentencias de este tribunal interamericano está condicionada a aquellas que hayan sido dictadas “dentro del marco de sus potestades remediales” (*supra* considerando 6.i y ii), la Corte Suprema se arroga una función que no le corresponde, la de determinar cuándo este tribunal actúa en el marco de sus competencias. Se recuerda que es la propia Corte Interamericana, como todo órgano internacional con funciones jurisdiccionales, la que tiene el poder inherente de determinar el alcance de sus propias competencias (*compétence de la compétence / Kompetenz-Kompetenz*).<sup>48</sup>

27. En cuanto al argumento de la Corte Suprema respecto a que este tribunal ha actuado fuera de sus competencias en materia de reparaciones al ordenar “un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional” (*supra* considerando 6 IV), se recuerda que bajo el derecho internacional siempre que un Estado es encontrado responsable de un hecho internacionalmente ilícito que haya producido un daño, surge para ese Estado la obligación de repararlo íntegramente,<sup>49</sup>

*Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de noviembre de 2015, nota al pie 12, y Resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mohamed*, Resolución No. 477/15 de 25 de marzo de 2015 en relación con el Expediente Administrativo No. 449913, párr. VI, disponible en: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Res.%20447-15.pdf>.

47 Cfr. Resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mohamed*, *supra* nota 46, párr. VII.

48 De esa manera, este Tribunal ha establecido que una objeción o cualquier otro acto interpuesto por el Estado o alguno de sus órganos con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocuo, pues bajo cualquier circunstancia la Corte retiene la *compétence de la compétence*, por ser maestra de su jurisdicción. Cfr. *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares.* Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 82, párr. 69; *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia*, *supra* nota 41, párr. 68, y *Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 15.

49 Cfr. Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/56/83, aprobada en el Quincuagésimo sexto período de sesiones, 28 de enero de 2002, artículos 1 y 31, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/478/00/PDF/N0147800.pdf?OpenElement>,

que no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando para ello disposiciones o dificultades de su derecho interno.<sup>50</sup> En lo relativo a las modalidades de reparación, el derecho internacional ha considerado que la reparación puede adoptar distintas formas que van más allá de la indemnización.<sup>51</sup>

28. En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>52</sup> constituye la base convencional para que la Corte pueda determinar en sus sentencias cuáles son las medidas que el Estado debe adoptar para dar cumplimiento a dicha obligación de reparar. Sobre la base de lo dispuesto en el referido artículo, dentro de las competencias de la Corte se encuentra la facultad de disponer que se reparen las consecuencias de la situación que haya configurado la vulneración a los derechos u obligaciones internacionales previstas en la convención. Dicho artículo, además de recoger una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho

y *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25.

50 La Corte ha establecido que la obligación de reparar se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el derecho internacional. *Cfr. inter alia: Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 44; *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia, *supra* nota 41, párr. 62, y *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C No. 262, párr. 61.

51 Como medidas de restitución, de satisfacción, de rehabilitación y garantías de no repetición. *Cfr. Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, supra* nota 49, artículos 34 a 37, y

Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/60/147 aprobada el 16 de diciembre de 2005, principio IX, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>.

52 "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. [...]".

internacional contemporáneo sobre responsabilidad internacional de un Estado<sup>53</sup>, también otorga a la Corte Interamericana un amplio margen de discreción judicial para determinar las medidas que permitan reparar las consecuencias de la violación.<sup>54</sup> La Corte Interamericana ha optado por garantizar a las víctimas de violaciones a derechos humanos una concepción de reparación integral, la cual va más allá de las consecuencias pecuniarias de una violación, y no se limita por los mecanismos disponibles en el derecho interno de los Estados para ejecutar las reparaciones ordenadas.

29. Como la violación a la convención en el presente caso se produjo a causa de una decisión judicial interna, la Corte Interamericana dispuso reparar el daño a través de la consecuente medida de restitución a la situación anterior a la violación, que consiste en “dejar sin efecto” aquella decisión judicial (*supra* Considerandos 3 y 4). Esa misma reparación la ha dispuesto en otros cuatro casos similares a éste en que se violó el derecho a la libertad de pensamiento y expresión (*supra* considerando 20), así como en múltiples casos en los que la violación a otro derecho convencional se produjo como consecuencia de una decisión judicial o administrativa interna.<sup>55</sup>

53 Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25, y *Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2017. Serie C No. 339, párr. 198.

54 *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia, supra* nota 41, párr. 64.

55 Entre otros: *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44, punto resolutivo primero; *Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, punto resolutivo cuarto; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, punto resolutivo séptimo; *Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, punto dispositivo tercero; *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, punto dispositivo segundo; *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, punto resolutivo décimo sexto; *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303, punto resolutivo décimo segundo; *Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, punto resolutivo décimo primero;

30. Contrario a lo sostenido en la decisión de la Corte Suprema de Justicia (*supra* Considerando 6), este caso es uno de los pocos en los que, por el tipo de violaciones y de daño ocasionado a las víctimas, es posible, a través de la reparación ordenada por este tribunal, el restablecimiento de la situación de protección de derechos anterior a las violaciones cometidas en perjuicio de las víctimas. Debido al evidente nexo de causalidad entre la decisión de la Corte Suprema de Justicia de septiembre de 2001 y la violación del derecho a la libertad de expresión de los señores Fontevecchia y D'Amico (*supra* visto 1), la medida de reparación posible, suficiente y más adecuada para restituir a las víctimas el goce de su derecho y garantizar el restablecimiento de la situación anterior previa a la violación provocada con la decisión de dicho tribunal interno era ordenar que Argentina “dejar[a] sin efecto [...], en todos sus extremos” las sentencias internas que provocaron dicha violación (*supra* Considerandos 3 y 4).

31. Con su argumento relativo a que la Corte Interamericana “no puede constituirse en una instancia revisora de las decisiones de la Corte Suprema” (*supra* Considerando 6 III y V), dicho tribunal interno parece partir de que sería adecuado dejar subsistente un acto jurisdiccional violatorio de la Convención Americana sólo porque fue un acto emitido por el más alto tribunal de Argentina. Con ello, sugeriría que es el único tribunal del Estado cuyas decisiones no pueden ser dejadas sin efecto a pesar de ser violatorias de derechos humanos. Para el derecho internacional es absolutamente irrelevante el órgano del Estado cuya acción u omisión causó el hecho internacionalmente ilícito, de manera tal que cualquier órgano del Estado, independientemente de sus funciones o jerarquía, puede generar la responsabilidad internacional del Estado.<sup>56</sup>

*Caso Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316, punto resolutivo décimo sexto, y *Caso Zegarra Marín vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 331, punto resolutivo noveno.

<sup>56</sup> *Cfr.* Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *supra* nota 49, artículo 4.

Las decisiones de los máximos tribunales internos pueden acarrear la responsabilidad internacional de los Estados, como lo ha declarado este tribunal en varios casos.<sup>57</sup> Al pronunciarse sobre decisiones judiciales internas la Corte Interamericana no actúa como una cuarta instancia revisora de las sentencias dictadas por los tribunales internos, sino que determina si éstos han incurrido en sus decisiones en alguna violación de los derechos humanos u obligaciones internacionales reconocidos en los tratados sobre los cuales este tribunal tiene competencia.<sup>58</sup>

32. En relación con lo anterior, se recuerda que el principio de complementariedad o subsidiariedad implica que la responsabilidad estatal bajo la Convención Americana sólo puede ser exigida en el ámbito internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios en el ámbito nacional. De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto en el ámbito interno y, en su caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos.<sup>59</sup>

57 Entre otros: *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73; *Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184; *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239; *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, supra nota 55*; *Caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, y *Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302.

58 Cfr. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párrs. 16 y 19, y *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de febrero de 2017, párr. 55.

59 Cfr. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66; *Caso Gelman vs. Uruguay, supra nota 25*, Considerando 70, y *Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 128.

Este principio también ha sido utilizado por la Corte a la hora de evaluar cuáles reparaciones es necesario ordenar, al tomar en cuenta medidas que previamente se hubieren dispuesto en el ámbito interno para reparar la violación, conforme a criterios objetivos y razonables.<sup>60</sup> En el presente caso, precisamente porque la violación no se resolvió ni se reparó en el ámbito interno, las víctimas activaron los mecanismos de protección internacional, los cuales no pretenden sustituir a las jurisdicciones nacionales, sino complementarlas en la protección de derechos humanos.<sup>61</sup>

33. En la presente etapa de cumplimiento de sentencia, al haberle sido sometida una solicitud para que adoptara medidas para dejar sin efecto las sentencias internas que determinaron la atribución de responsabilidad civil a las víctimas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en vez de asumir el importante rol que como tribunal nacional de más alta jerarquía en protección de derechos fundamentales de Argentina le corresponde —en el ámbito de sus competencias— respecto del cumplimiento o implementación de la sentencia (*supra* considerando 25), optó por emitir una decisión que no contiene consideración alguna que identifique acciones que pudiera haber realizado en el ámbito de sus competencias para dar cumplimiento a la medida de reparación indicada (*supra* considerandos 3, 4 y 6). El Estado tampoco identificó medida alguna (*supra* considerandos 8 y 16).

34. Al respecto, esta Corte recuerda que corresponde al Estado asegurar que no se torne ilusoria la efectividad del Sistema Interamericano al someter a las víctimas a un complejo proceso a nivel internacional, para que después del mismo, quede al arbitrio de órganos del Estado cuándo deben ser cumplidas las reparaciones ordenadas para subsanar

60 Cfr. *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párrs. 139, 140 y 246, y *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párr. 595.

61 Cfr. *Caso Duque vs. Colombia*, *supra* nota 59, párr. 128, y *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, párr. 93.

la violación en su perjuicio. La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana es parte fundamental del derecho de acceso a la justicia internacional.<sup>62</sup> Lo contrario supone la negación misma de este derecho para víctimas de violaciones de derechos humanos que se encuentran amparadas por una sentencia de la Corte Interamericana.<sup>63</sup>

35. Con base en las consideraciones expuestas, este Tribunal constata que se encuentra pendiente el cumplimiento de la reparación relativa a “dejar sin efecto” la condena civil impuesta a los señores Fontevecchia y D’Amico, así como todas sus consecuencias, ordenada en el punto dispositivo segundo y párrafo 105 de la sentencia. De conformidad con lo expuesto en el considerando 17, se han dado pasos en lo que respecta al reintegro de los montos que pagaron las víctimas como consecuencia de dicha condena. Para el cumplimiento del aspecto relativo a la atribución de responsabilidad civil que fue impuesta a las víctimas en el 2001, se requiere que Argentina, teniendo en cuenta sus obligaciones internacionales (*supra* considerandos 12 a 14) así como que la medida no necesariamente implica revocar la sentencia interna (*supra* considerando 16), identifique para este caso concreto alguna medida o acción que permita garantizar una adecuada reparación para las víctimas en lo relativo a dicha atribución de responsabilidad civil.

## B. Reintegro de costas y gastos

### B.1. Medida ordenada por la Corte

36. En el punto dispositivo cuarto de la sentencia se ordenó que “el Estado debe entregar los montos referidos en los párrafos 105, 128 y 129 de la [...] sentencia”.

62 Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia*, *supra* nota 41, párrs. 82 y 83, y *Caso Supervisión conjunta de 11 casos vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2014, Considerando 14.

63 Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia*, *supra* nota 41, párrs. 82 y 83.

37. Los montos referidos en el párrafo 105 de la Sentencia se refieren al reintegro que debe hacer el Estado de las sumas que tuvieron que pagar las víctimas y/o la Editorial Perfil como consecuencia de la condena civil impuesta por tribunales internos (*supra* considerando 4). Tal como ha sido señalado en los considerandos precedentes, el reintegro de esos montos forma parte de la reparación ordenada en el punto dispositivo segundo de la sentencia, relativa al deber de Argentina de dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico así como todas sus consecuencias. En razón de ello, la información sobre el cumplimiento de ese extremo de la reparación ha sido analizada en la presente resolución en el considerando 17 como parte de lo ordenado en el punto dispositivo segundo.

38. En el presente apartado de la resolución la corte analizará solamente lo relativo a la entrega de los montos fijados en los referidos párrafos 128 y 129 de la sentencia, por concepto de reintegro de costas y gastos. Al respecto, en esos párrafos se dispuso que, “dentro del plazo de un año contado a partir de [la] notificación” de la sentencia, el Estado debía entregar:

a) A “cada una de las víctimas la suma de US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de los gastos relativos al proceso interno y US\$ 2.000,00 (dos mil dólares de los Estados Unidos de América) por los gastos relacionados con su participación en la audiencia pública ante la Corte Interamericana” (*párrafo 128 de la sentencia*), y

b) a los representantes de las víctimas “la suma de US\$ 7.770,00 (siete mil setecientos setenta dólares de los Estados Unidos de América)” “por concepto de costas y gastos” (*párrafo 129 de la sentencia*).

## B.2. Consideraciones de la Corte

39. La Corte advierte con preocupación que han transcurrido casi cinco años desde que venció el plazo concedido en la sentencia sin que

el Estado haya procedido a realizar los pagos por concepto de reintegro de costas y gastos (*supra* visto 1 y considerando 38).

40. Con base en lo informado por el Estado en febrero de 2017, la Corte observa que se habría elaborado un proyecto de decreto por el pago de los montos contemplados en los párrafos 128 y 129 de la sentencia, correspondientes al reintegro de costas y gastos, pero éste no continuó su trámite de emisión y ejecución, ya que en la “Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación dictaminó que no incluía la totalidad de los pagos ordenados en la sentencia de la Corte, pues no se incluyeron aquellos dispuestos en el párrafo 105 de la misma”. En la audiencia pública de supervisión de cumplimiento, el Estado no aclaró si el proyecto de decreto que se encuentra en trámite para disponer el pago de los montos ordenados en el párrafo 105 de la sentencia, comprende también una previsión con respecto al pago del reintegro de costas y gastos (*supra* considerando 8).

41. Con base en lo anterior, Argentina debe adoptar de manera inmediata todas las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a los pagos del reintegro de costas y gastos (*supra* considerando 38), más los intereses moratorios que correspondan.<sup>64</sup> Cuando el Estado informe sobre el cumplimiento de los referidos pagos es necesario que aporte los comprobantes correspondientes y soporte probatorio de otros datos relevantes sobre la modalidad de cumplimiento de los pagos,<sup>65</sup> que permitan a la Corte evaluar el cumplimiento de este extremo de la Sentencia.

42. Con base en lo expuesto, el tribunal considera que la medida dispuesta en el punto dispositivo cuarto de la sentencia, relativa al reintegro de costas y gastos se encuentra pendiente de cumplimiento.

64 En el párrafo 136 de la Sentencia la Corte dispuso que “en caso de que el Estado incurriera en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada correspondiente al interés bancario moratorio de la República de Argentina”.

65 Tales como: el tipo de cambio utilizado, en caso que el Estado cumpla con su obligación mediante el pago en pesos argentinos, y la tasa de interés bancario moratorio en la República de Argentina. *Cfr. Caso Fontevecchia y D’Amico, supra*, párrs. 133 y 136.

## POR TANTO:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos,

En el ejercicio de sus atribuciones de supervisión del cumplimiento de sus decisiones y de conformidad con los artículos 33, 62.1, 62.3, 65, 67 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 24, 25 y 30 del Estatuto, y 31.2 y 69 de su reglamento,

## RESUELVE:

1. El Estado no ha dado cumplimiento a la reparación relativa a dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias, ordenada en el punto dispositivo segundo de la sentencia.

2. El Estado no ha dado cumplimiento al reintegro de costas y gastos, ordenado en el punto dispositivo cuarto de la sentencia.

3. Mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las medidas de reparación ordenadas en los puntos dispositivos segundo y cuarto de la sentencia, relativas a:

a) Dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico así como todas sus consecuencias, en los términos del párrafo 105 de la Sentencia (*punto dispositivo segundo de la sentencia*), y

b) Entregar los montos referidos en los párrafos 128 y 129 de la Sentencia por concepto de reintegro de costas y gastos (*punto dispositivo cuarto de la sentencia*).

4. Disponer que el Estado adopte, en definitiva y a la mayor brevedad, las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a los puntos pendientes de la sentencia de fondo, reparaciones y costas emitida en el presente caso, de acuerdo con lo considerado en la presente resolución, y con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

5. Disponer que el Estado presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 28 de febrero de 2018, un informe en el cual indique todas las medidas adoptadas para cumplir con las reparaciones ordenadas por esta Corte que se encuentran pendientes de cumplimiento, de conformidad con los Considerandos 17, 35, 41 y 42, así como con los puntos resolutiveos 1 a 3 de esta resolución.

6. Disponer que los representantes de las víctimas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presenten observaciones al informe del Estado mencionado en el punto resolutiveo anterior, en los plazos de cuatro y seis semanas, respectivamente, contados a partir de la recepción del informe.

7. Requerir a la Secretaría de la Corte que notifique la presente resolución al Estado, a los representantes de las víctimas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Corte Índice de Desarrollo Humano. *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de octubre de 2017.

Roberto F. Caldas

Presidente

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Eduardo Vio Grossi

Humberto Antonio Sierra Porto

Elizabeth Odio Benito

L. Patricio Pazmiño Freire

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Roberto F. Caldas

Presidente

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

## PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL PLAZO RAZONABLE EN LA PRISIÓN PREVENTIVA \*

**Sumario:** *Presentación. I. Contexto y problemática detectada. II. Normatividad: II.1 Ámbito nacional; II.2 Ámbito internacional. III. Pronunciamiento. IV. Fuentes de información.*

### PRESENTACIÓN

1. Mediante resolución del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos del 5 de marzo de 2015, se aprobó el programa de “Pronunciamientos Penitenciarios”, tendiente a fortalecer y garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas que se encuentran procesadas o sentenciadas penalmente en la República Mexicana.

2. Lo anterior, con fundamento en los artículos 102, Apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y 60, fracciones VII y XIII, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en los que se establecen como parte de sus atribuciones: “Impulsar la observancia de los derechos humanos en el país”, así como “Formular programas y proponer acciones en coordinación con las dependencias competentes que impulsen el cumplimiento dentro del territorio nacional de los tratados, convenciones y acuerdos internacionales, signados y ratificados por México en materia de Derechos Humanos”, lo que es

\* Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 13 de noviembre de 2017.

concordante con el artículo 15, fracción VIII, del mismo ordenamiento, que señala la facultad del titular de la Comisión Nacional: “Formular las propuestas generales, conducentes a una mejor protección de los derechos humanos en el país”.

3. Atendiendo a tales propósitos, se formula el presente pronunciamiento sobre el plazo razonable de la prisión preventiva.

4. Antes de entrar al estudio de la problemática que dio origen al presente documento, es pertinente puntualizar que esta Comisión Nacional no se opone a las acciones que realizan las autoridades en materia de justicia penal y penitenciaria, pero sí a que dichas acciones sean contrarias a los principios de excepcionalidad de la medida cautelar de la prisión preventiva, de legalidad, presunción de inocencia, necesidad, proporcionalidad y de progresividad de los derechos humanos consagrado en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el derecho internacional de los derechos humanos, pues afectan el ejercicio de derechos que no deben ser restringidos, suspendidos ni limitados a ninguna persona y tampoco a aquellas que se encuentran vinculadas a proceso penal.

## I. PROBLEMÁTICA DETECTADA

5. En México, al mes de agosto de 2017, había 208,689 personas privadas de la libertad, de las cuales 79,478 se encontraban en prisión preventiva, lo que equivale a un 38% de personas sometidas a proceso en reclusión sin una condena firme.<sup>1</sup>

6. Si se analiza el porcentaje de personas privadas de la libertad en prisión preventiva por fuero, encontramos que en el fuero común se encuentran 60,507 de 170,005 lo que equivale a un 35.59% y el fuero federal 18,971 de 38,684 lo que equivale a 49.04%, es decir, casi la mitad de esta población en reclusión no cuenta con sentencia condenatoria.

<sup>1</sup> Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional, agosto de 2017, SEGOB, Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social. 4/41

7. El uso excesivo que se hizo de esta medida cautelar en el sistema mixto, derivó en la necesidad de buscar la aplicación de estrategias que evitaran privar de la libertad a personas por cualquier hecho delictivo y se restringiera su uso únicamente para aquellos delitos previstos en la norma penal como graves.

8. A partir de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 y de su plena entrada en vigor 8 años después, los criterios respecto de la aplicación de la prisión preventiva han sido modificados procurando limitar su aplicación para casos de excepción bajo la figura de la prisión preventiva oficiosa. Sin embargo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 18 constitucional párrafo primero “Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva.” No obstante, de acuerdo con un estudio realizado por México evalúa en 2013 el 95%<sup>2</sup> de los delitos prevén como pena, la privativa de libertad, ello permite que se pueda solicitar esta medida cautelar, como viene previsto en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional “el Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.” desincentivando la aplicación de otras medidas cautelares menos lesivas como las previstas en el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP).<sup>3</sup>

2 De Buen, Néstor, Leyla, Sandra & Solís, Leslie, *Cárcel en México ¿Para qué?*, México Evalúa, Centro de Análisis Políticos Públicas, A.C., México, 2012, p. 2.

3 Artículo 155. Tipos de medidas cautelares

A solicitud del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, el juez podrá imponer al imputado una o varias de las siguientes medidas cautelares:

La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe;

La exhibición de una garantía económica;

I. El embargo de bienes;

II. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero;

9. En el párrafo segundo del artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales se establece, además que: “las medidas cautelares no podrán ser usadas como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o como sanción penal anticipada.” Sin embargo, aun con el nuevo sistema de justicia penal, se siguen presentando situaciones que exceden el tiempo determinado constitucionalmente para la resolución del proceso penal, por causas no imputables al ejercicio de la defensa de la persona procesada, restringiendo los alcances de la presunción de inocencia en la libertad personal, lo que se considera como una dilación indebida de la prisión preventiva; en esos casos, la persona debe ser puesta en libertad mientras se continúa con el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares, como las ya señaladas que deben tomarse en consideración.

10. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha manifestado que la presunción de inocencia puede considerarse violada cuando la persona es detenida preventivamente bajo acusación penal durante un periodo prolongado sin la debida justificación, esa detención se transforma en una sanción y no en una medida cautelar, lo que equivale en la práctica, a anticipar una sentencia.<sup>4</sup> Ante ello, una prolongación extrema de la reclusión en espera del juicio también pue-

III. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;

IV. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;

V. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares;

VI. La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa;

VII. La separación inmediata del domicilio;

VIII. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;

IX. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral;

X. La colocación de localizadores electrónicos;

XI. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, o

XII. La prisión preventiva. [...]

4 CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. 30 diciembre 2013. párr. 171. disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/ppi/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>.

de comprometer la presunción de inocencia amparada por el artículo 14, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>5</sup>

11. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) ha establecido determinadas finalidades de la prisión preventiva: “[...] De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva [...]”<sup>6</sup>

12. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas sentencias ha señalado al respecto que el plazo razonable es aquél que “[...] debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse [...]”<sup>7</sup> ya que “[...] una demora prolongada puede llegar a constituir por sí misma, en ciertos casos, una violación de las garantías judiciales”.<sup>8</sup> Este concepto lo extrae la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la interpretación a los artículos 7 “Derecho a la Libertad Personal”, 8 “Garantías Judiciales” y 25 “Protección Judicial” de la Convención Americana de Derechos Humanos. Cabe destacar que no lo establece cuantitativamente como un lapso de tiempo establecido, sino como una valoración racional para pronunciarse sin que se llegue a afectar el debido proceso.

13. En torno a qué debe ser considerado como dilación indebida, la tesis aislada de rubro: “MAGISTRADOS Y JUECES. ELEMENTOS QUE SE DEBEN CONSIDERAR PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD POR DILACIÓN EN EL DICTADO DE SENTENCIAS” establece:

5 *Cfr.* Observación general núm. 35 Libertad y seguridad personales Artículo 9, párr. 37.

6 *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, Fondo 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77.

7 Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas* del 05 de julio de 2004, párr. 189.

8 *Ibid.*, párr. 191.

La labor jurisdiccional se encuentra sujeta a la garantía derivada del artículo 17 de la Constitución Federal, que exige la atención personal de cada asunto, dado que el texto señala “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia [...]”, obliga al análisis completo y directo de cada asunto sometido al conocimiento de los órganos jurisdiccionales. En ese sentido, si bien es cierto que en los ordenamientos, por lo general, está previsto un plazo para que los funcionarios judiciales emitan las resoluciones correspondientes, también lo es que para determinar si existe responsabilidad administrativa a cargo del funcionario judicial, por la inobservancia del mismo, se deben tomar en cuenta necesariamente, entre otras, las siguientes circunstancias: 1) El número de asuntos que ingresaron; 2) Los egresos; 3) El remanente; 4) La complejidad de los asuntos; 5) Las condiciones particulares en que se presta el servicio jurisdiccional, incluyendo las circunstancias personales del funcionario (como pueden ser si ha solicitado licencias o incapacidades médicas, o si ha sido comisionado para atender asuntos ajenos a su función judicial), así como las materiales (como si cuenta o no con personal suficiente, si se le ha provisto oportunamente o no de los elementos o instrumentos de oficina, tales como equipo de cómputo y papelería); y 6) Las condiciones propias del proceso en cada juicio (verbigracia, el problema jurídico planteado, la mayor o menor dificultad para integrar el expediente, el número de fojas o tomos de que consta, el número de pruebas ofrecidas o los recursos interpuestos). Además, en la resolución que emita el órgano de investigación o de acusación en la que determine si es administrativamente responsable el funcionario judicial, se deben analizar las circunstancias particulares de cada juicio en el que se adujo que existió dilación, sin que esto último implique ejercer atribuciones jurisdiccionales y, por ello, no impide que se tomen en consideración. Consecuentemente, para determinar si un Juez o Magistrado es administrativamente responsable de la dilación en el dictado de las sentencias, se deben tomar en cuenta las circunstancias antes precisadas y, en particular, la carga de trabajo que tenía el funcionario judicial en el momento de la falta que se le imputa.<sup>9</sup>

9 *Semanario Judicial de la Federación*, septiembre 2006. Registro: 174229.

14. La Observación General No. 35, libertad y seguridad personales (artículo 9), del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha determinado que “La existencia de obstáculos para completar la investigación puede justificar la necesidad de un plazo adicional, pero no así las situaciones generales de falta de personal o de restricciones presupuestarias. Cuando las demoras sean necesarias, el juez deberá volver a estudiar alternativas a la reclusión previa al juicio”.<sup>10</sup> y añade en la Observación General No. 32 el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los Tribunales y Cortes de justicia “cuando dichas demoras son ocasionadas por la falta de recursos y la deficiencia crónica de financiación, deberán asignarse, en la medida de lo posible, recursos presupuestarios complementarios suficientes a la administración de justicia”.<sup>11</sup>

15. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la prisión preventiva ha determinado bajo un estudio de los artículos 7.3 y 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos que, cuando ésta no se encuentra justificada en parámetros de razonabilidad, la arbitrariedad se encuentra en la prolongación de la misma.

16. Este principio fundamental del sistema interamericano fue formulado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde su primera sentencia de fondo en los siguientes términos: “por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral”.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> *Op. cit.*, párr. 37.

<sup>11</sup> Observación general Núm. 32: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, párr. 27.

<sup>12</sup> Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 154; *Caso Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 38.

17. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado en diversos casos algunos elementos que deberán valorarse para determinar si se ha excedido del plazo razonable para emitir resolución: i) complejidad del asunto; II) actividad procesal del interesado; III) conducta de las autoridades judiciales, y IV) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

18. *El Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile* la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó las características que debe tener la prisión preventiva para ajustarse a las disposiciones de la Convención Americana:

a) Es una medida cautelar y no punitiva: debe estar dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal en curso. No puede convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines preventivos —generales o preventivo— especiales atribuibles a la pena.

b) Debe fundarse en elementos probatorios suficientes: Para disponer y mantener medidas como la prisión preventiva deben existir elementos probatorios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Verificar este presupuesto material constituye un primer paso necesario para restringir el derecho a la libertad personal por medio de una medida cautelar, pues si no existiesen mínimamente elementos que permitan vincular a la persona con el hecho punible investigado, tampoco habrá necesidad de asegurar los fines del proceso. Para la Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio.

c) Está sujeta a revisión periódica: La Corte ha puesto de relieve que no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción. También ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la

pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que no se erija en una privación de libertad arbitraria, de acuerdo con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. La Corte resalta, además, que el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si se mantienen las causas de la medida y la necesidad y la proporcionalidad de ésta, así como si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe”.<sup>13</sup>

19. La Primera Sala ha sostenido en la contradicción de tesis 64/2017 respecto de la procedencia de la solicitud efectuada por los inculcados en el sistema procesal mixto para revisar la prisión preventiva, de conformidad con el artículo quinto transitorio del Código Nacional de Procedimientos Penales que “la revisión de la prisión preventiva, a partir de los parámetros establecidos en el Código Nacional de Procedimientos Penales, impuesta a los inculcados o imputados a quienes se les instruye un proceso bajo el sistema procesal penal tradicional, representaba un cambio de paradigma que permitía que el órgano jurisdiccional aplicara las reglas del ordenamiento citado, a la luz de los principios de excepcionalidad, legalidad, necesidad y proporcionalidad justificada, en la afectación del derecho humano a la libertad personal”.<sup>14</sup> Por ello,

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 311.

14 Contradicción de Tesis 64/2017. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Asunto resuelto en la sesión del 2 de julio de 2017. Disponible en: <https://www.scjn.>

no debe justificarse la dilación en las garantías de uno u otro sistema, sino atender al principio de progresividad de los derechos humanos, así como al principio *pro persona*.

20. Aquellos imputados en el sistema penal mixto, resultan ser los más afectados, al estar privados de la libertad en prisión preventiva más tiempo del establecido constitucionalmente, debido a que no les son aplicadas las reglas del nuevo sistema de justicia penal acusatorio, no obstante que los jueces se encuentran habilitados para aplicarlas siguiendo los principios de excepcionalidad, legalidad, necesidad y proporcionalidad que reconocen la posibilidad de realizar la revisión, modificación y sustitución de la prisión preventiva por otra medida cautelar.

21. En el último año, el número de personas privadas de la libertad en prisión preventiva sólo ha disminuido 17%, lo que significa que es necesario revisar los casos que, de acuerdo al Código Nacional de Procedimientos Penales necesitan de una modificación de la medida cautelar, a fin de que no se violen derechos humanos de las personas procesadas y se garantice a las víctimas sus derechos.

22. En el caso *López Álvarez vs. Honduras*<sup>15</sup> la Corte Interamericana de Derechos Humanos planteó “la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya

[gob.mx/sites/default/files/sinopsis\\_asuntos\\_destacados/documento/2017-08/1S050717-JRCD-0064.pdf](http://gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados/documento/2017-08/1S050717-JRCD-0064.pdf).

15 Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 69.

responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena”.

23. De manera similar en el caso *Bayarri vs. Argentina*<sup>16</sup> ese Tribunal Interamericano planteó que “La prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar. El Tribunal ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. No obstante lo anterior, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable”.

24. En el *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*<sup>17</sup> la CIDH planteó que “la prisión preventiva debe estar sometida a revisión periódica, de tal forma que no se prolongue cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción. En este orden de ideas, el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo

16 Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 74.

17 Corte IDH. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288, párr. 121.

de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe.” Asimismo determinó que la prisión preventiva debe ceñirse a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana, es decir, no puede durar más allá de un plazo razonable ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla.<sup>18</sup> Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia. Conforme a lo anterior, una prolongada duración de la prisión preventiva la convierte en una medida punitiva y no cautelar, lo cual desnaturaliza dicha medida y, por tanto, transgrede el artículo 8.2 de la Convención”.<sup>19</sup>

25. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado en la tesis aislada de rubro “PLAZO RAZONABLE PARA RESOLVER. CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS”, lo siguiente:

En relación con el concepto de demora o dilación injustificada en la resolución de los asuntos, el artículo 8, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, coincidente en lo sustancial con el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, establece que los tribunales deben resolver los asuntos sometidos a su conocimiento dentro de un plazo razonable, como uno de los elementos del debido proceso; aspecto sobre el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha establecido cuatro elementos o parámetros para medir la razonabilidad del plazo en que se desarrolla

<sup>18</sup> Este criterio la Corte IDH, también lo incorpora en el Caso “*Instituto de Reeducación del Menor*” vs. Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C, núm. 112, párr. 229.

<sup>19</sup> *Ibid*, párr. 131.

un proceso: *a)* la complejidad del asunto; *b)* la actividad procesal del interesado; *c)* la conducta de las autoridades judiciales; y, *d)* la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. Además de los elementos descritos, el último de los tribunales internacionales mencionados también ha empleado para determinar la razonabilidad del plazo, el conjunto de actos relativos a su trámite, lo que ha denominado como el “análisis global del procedimiento”, y consiste en analizar el caso sometido a litigio de acuerdo a las particularidades que representa, para determinar si un transcurso excesivo de tiempo resulta justificado o no. Por tanto, para precisar el “plazo razonable” en la resolución de los asuntos, debe atenderse al caso particular y ponderar los elementos descritos, conforme a criterios de normalidad, razonabilidad, proporcionalidad y 18/41 necesidad, para emitir un juicio sobre si en el caso concreto se ha incurrido en una dilación o retardo injustificado, ya que una demora prolongada, sin justificación, puede constituir, por sí misma, una violación a las garantías judiciales contenidas tanto en los aludidos artículos como en el numeral 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que el concepto de “plazo razonable” debe concebirse como uno de los derechos mínimos de los justiciables y, correlativamente, como uno de los deberes más intensos del juzgador, y no se vincula a una cuestión meramente cuantitativa, sino fundamentalmente cualitativa, de modo que el método para determinar el cumplimiento o no por parte del Estado del deber de resolver el conflicto en su jurisdicción en un tiempo razonable, se traduce en un examen de sentido común y sensata apreciación en cada caso concreto.<sup>20</sup>

26. Si bien es cierto que no se pondera específicamente el tiempo que se puede considerar como razonable para emitir una resolución, tanto en el artículo 20, apartado B, fracción IX de la Constitución Federal, como en el artículo 165 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se establece que esta medida se encuentra sujeta a un plazo máximo de dos años, que podrá prorrogarse, de manera razonable, cuando el imputado

20 *Semanario Judicial de la Federación*, diciembre de 2012. Registro: 2002350.

se encuentra ejerciendo su derecho de defensa, por lo tanto, todo aquel tiempo que exceda esa consideración, debe ser reconocido como dilación.

27. En torno a un plazo previsto normativamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha pronunciado en el informe 2/97 relativo a la prisión preventiva “que el plazo razonable para la prisión preventiva no puede ser establecido en abstracto, [...] solamente porque así lo establece la ley [...] la razonabilidad debe estar fundada en la prudente apreciación judicial.<sup>21</sup> Es decir, no debe entenderse el plazo constitucional como una forma en la que se valide como deseable que la persona esté en reclusión, hasta por 2 años, sin que en ese tiempo haya ningún tipo de actividad procesal por parte de los órganos jurisdiccionales, sino se da ese plazo para poder demostrar, sin lugar a dudas, que la persona imputada es responsable del delito, lo cual puede incluso suceder mucho antes de esos dos años, al igual que puede darse la absolución o el sobreseimiento.

28. No obstante, cuando una persona ha estado por más de dos años en prisión preventiva, ello no sólo le afecta de manera directa a ésta, sino también, a la víctima del hecho delictivo. Recientemente el ex director de la Comisión Nacional del Deporte, Nelson Vargas lamentaba la dilación de la que también ha sido víctima ya que a diez años del homicidio de su hija, “no todas las personas señaladas como responsables han obtenido una sentencia”.<sup>22</sup>

29. Cualquier dilación al plazo razonable de la prisión preventiva implica, que a la víctima tampoco se le garanticen los derechos constitucionalmente establecidos como el de ser informada del desarrollo del

21 CIDH. Informe 2/97, 11 de marzo de 1997, relativo a la prisión preventiva en Argentina. Punto 18. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/argentina11.205.htm>.

22 Periódico Universal (On line), “Nelson Vargas: 10 años de buscar justicia”. Sección Nación/Política/. Disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/politica/nelson-vargas-10-anos-de-buscar-justicia>.

procedimiento penal<sup>23</sup> y a que se le repare del daño,<sup>24</sup> ya que al no existir una sentencia, no es posible exigir una reparación ni tampoco garantiza acceder a una justicia restaurativa en un amplio sentido, la cual permita recobrar la confianza en el sistema de procuración y administración de justicia. Por ello, dar certeza de una resolución implica permitir también una restauración social por el hecho cometido. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Sentencia de Campo Algodonero contra México plasmó que: “las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo”.<sup>25</sup>

30. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas se pronunció respecto del establecimiento de máximos legales para la aplicación planteó que “los órganos del Sistema Interamericano han establecido que: (a) cuando la ley establece un límite temporal máximo para la detención de un imputado, resulta claro que la misma no podrá exceder dicho plazo; (b) siempre que la prisión preventiva se extienda más allá del periodo estipulado por la legislación interna, debe considerarse prima facie ilegal (en los términos del Artículo 7.2 de la convención), sin importar la naturaleza de la ofensa en cuestión y la complejidad del caso. En estas circunstancias, la carga de la prueba de justificar el retraso corresponde al Estado; y (c) la fijación de plazos máximos en la legislación no garantiza su consonancia con la convención, ni otorga una facultad general al Estado de privar de libertad al acusado por todo ese lapso, pues habrá que analizar en cada caso hasta qué punto subsisten los motivos que

23 Fracción I, apartado C, del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

24 *Ibid.*, fracción IV.

25 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C. Núm. 205, párr. 450. 21/41.

justificaron inicialmente la detención, sin perjuicio de lo legalmente establecido".<sup>26</sup>

31. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en la observación general Núm. 35 Libertad y seguridad personales (artículo 9), determinó que "las personas que no sean puestas en libertad en espera de juicio deberán ser juzgadas lo más rápidamente posible, en la medida en que ello sea compatible con su derecho de defensa".<sup>27</sup>

32. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado también que "Se infringe la convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena".<sup>28</sup>

33. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado en el informe "Medidas para reducir la prisión preventiva" que este tipo de aplicación de la prisión preventiva, únicamente traslada a la persona imputada, "los problemas de investigación del poder judicial y de la fiscalía".<sup>29</sup>

34. Al respecto, este organismo nacional ha identificado una extensión arbitraria de la prisión preventiva más allá del plazo establecido constitucionalmente, en recomendación 29/2017 sobre el caso de las medidas cautelares impuestas como "Arraigo en el Domicilio" en el estado de Chihuahua, se encontró que 154 internos de los Centros de Arraigo de Chihuahua y Ciudad Juárez ingresaron en calidad de imputados y después de transcurrido el término de 2 años de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa impuesta, se les modificó por la

26 *Op. cit.*, párr. 173.

27 *Op. cit.*, párr. 37.

28 *Op. cit.*, *Caso López Álvarez vs. Honduras*, párr. 69.

29 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas. 3 de julio de 2017, párr. 51. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>.

de “Arraigo en el Domicilio”,<sup>30</sup> esta decisión administrativa cambió la medida cautelar de prisión preventiva por otra igualmente privativa de la libertad, siguiendo *de facto*, con la anterior medida impuesta.

35. Lo anterior, evidencia un claro ejemplo de dilación en el que se prolongó de manera indebida la prisión preventiva en estricto sensu, al modificar la medida cautelar por “ARRAIGO DOMICILIARIO” sin que éste se llevara a cabo en el domicilio de la persona imputada, transgrediendo lo establecido en los estándares interamericanos sobre la materia.

36. Normativamente se ha establecido que la ampliación del plazo en prisión preventiva puede deberse a que la persona en proceso esté ejerciendo su derecho a la defensa. Al respecto, es importante referir la tesis aislada de rubro “SENTENCIA CONCESORIA DE AMPARO. SUS EFECTOS CUANDO SE RECLAMA EL CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR HABER TRANSCURRIDO “UN PLAZO RAZONABLE” EN SU DURACIÓN”, la cual establece:

El hecho de que transcurra un “plazo razonable” después de dictado el auto de formal prisión, sin que el procesado que se presume inocente esté ejerciendo su derecho de defensa o aun ejerciéndolo hubiera transcurrido un lapso excesivo en relación con lo dispuesto en la ley y todavía no exista decisión sobre su culpabilidad o inculpabilidad, puede dar cabida a considerar violados los principios de presunción de inocencia, plazo razonable, dignidad humana y pro homine, emanados de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por lo que cuando en el amparo se reclama la violación a dichos principios y se otorga al quejoso sujeto a prisión preventiva la protección constitucional, sus efectos, conforme a la norma constitucional vigente antes del 18 de junio de 2008 —sistema penal anterior al nuevo acusatorio adversarial—, implicarían que todas las autoridades de instancia, en el ámbito de sus respectivas competencias, queden vinculadas a emitir con prontitud las resoluciones faltantes y acatar estrictamente los plazos a que alude

30 Comisión Nacional de Derechos Humanos. Recomendación 29/2017 sobre el caso de las medidas cautelares impuestas como “arraigo en el domicilio” en el estado de Chihuahua, publicada el 14 de agosto de 2017, párr. 21.

la ley, sin dilación alguna; donde la carga de trabajo, la dificultad del asunto o cualquier otra circunstancia no podría ser un argumento válido para aplazar cualquier determinación de absolución o de condena. Por otro lado, cuando resulten aplicables las reformas a la Constitución General de la República publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, que instauran el nuevo sistema penal acusatorio, si ha transcurrido un plazo superior a 2 años, el imputado no está ejerciendo su derecho de defensa y no se ha pronunciado sentencia, el efecto de la concesión del amparo será ponerlo en libertad de inmediato mientras se continúa con el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares conforme al artículo 20, apartado B, fracción IX, de la Ley Fundamental.<sup>31</sup>

37. Recientemente en la suscripción de la carta de intención entre la oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC) y este organismo nacional, se reconoció que en México se ha abusado de la pena de prisión y de la prisión preventiva, por ello se hizo un pronunciamiento sobre la racionalización de la pena y se enfatizó en hacer lo necesario para evitar que, por un error o descuido procesal, una persona tenga que vivir la experiencia de haber estado en reclusión penitenciaria.

38. No obstante, resulta aun de mayor lesividad el hecho de que a una persona, presumiblemente inocente, se le aplique una medida cautelar restrictiva de la libertad, por un tiempo mayor al considerado como razonable de 2 años, conforme al nuevo sistema de justicia penal acusatorio.

39. Al respecto, la CIDH ha indicado que la libertad personal debe ser siempre la regla y su limitación o restricción la excepción.<sup>32</sup> Este

31 *Semanario Judicial de la Federación*, agosto de 2012. registro: 2001493.

32 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. 28 de noviembre de 2007, . Serie C No. 170, párr. 53; *Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 106 y; *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 121.

principio general, aplicado al proceso penal y leído en conjunto con el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), trae como consecuencia que la libertad del individuo debe ser respetada hasta que se determine su responsabilidad penal, pudiendo el Estado afectarla legítimamente sólo en casos excepcionales a través de “[...] una medida de encarcelamiento preventivo a fin de evitar situaciones que pongan en peligro la consecución de los fines del proceso.”<sup>33</sup>

40. El Consejo de la Judicatura Federal ha señalado al respecto en materia disciplinaria en el criterio 103 de rubro “DILACIÓN. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA NO SE EXTINGUE CON LA EMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE SE OMITIÓ”. Se determina que existe “responsabilidad disciplinaria derivada de la desatención en el cumplimiento de los plazos y términos legales no puede entenderse extinguida con la emisión del auto o resolución que en su momento se omitió, pues la causa que da origen al surgimiento de esa conducta se revela con independencia de ese posterior pronunciamiento, concretamente por el solo incumplimiento del deber legal en el transcurso del tiempo. Por eso, el que el dictado de un acto jurisdiccional ocurra con posterioridad a los plazos que marca la ley únicamente puede servir de parámetro para valorar la medida del incumplimiento, pero no para tener por extinguida, por ese simple hecho, la responsabilidad administrativa disciplinaria”;<sup>34</sup> y el criterio 128: “DILACIÓN EN EL DICTADO DE SENTENCIAS. EN EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO SEGUIDO A JUECES Y MAGISTRADOS SON APLICABLES LOS PRINCIPIOS QUE IMPERAN EN LA MATERIA PENAL” el cual plantea que “la materia de responsabilidad administrativa también se rige por

33 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 144 y; *Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 157.

34 Queja administrativa 724/2005. Luis Dirzo Muñoz. Comisión de Disciplina del Consejo de la Judicatura Federal. 24 de enero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Luis María Aguilar Morales. Secretario: Alejandro Manuel González García.

el principio constitucional que impera en la materia penal, relativo a la presunción de inocencia, y, como consecuencia, el relativo a la carga de la prueba. Del primero se desprenden los siguientes derechos: *a)* que no está obligado a probar que es inocente, sino que la carga probatoria recae en la parte acusadora; *b)* que no puede ser forzado a confesar en su contra; y, *c)* que, en caso de duda, ésta debe beneficiar al sujeto denunciado. Los referidos principios y derechos son aplicables cuando se examina la actuación de los juzgadores, en virtud de que tienen a su favor la presunción de que ejercen la función jurisdiccional atendiendo, entre otros, a los principios de honradez e imparcialidad, así como que han cumplido con los requisitos previstos en los ordenamientos relativos para ser designados como jueces o magistrados, [...] Por tanto, corresponde en todo caso, al órgano de investigación (Consejo de la Judicatura Federal), o a la parte acusadora, la carga de la prueba para acreditar que el funcionario judicial es administrativamente responsable de la conducta irregular que se le imputa, por ejemplo, tratándose de la dilación en el dictado de las sentencias; ello, sin perjuicio de que el servidor público pueda ofrecer todas las pruebas que estime pertinentes para su defensa”<sup>35</sup> y finalmente del criterio 4 de rubro “DILACIÓN EN EL DICTADO DE SENTENCIAS. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE SE ACREDITE INACTIVIDAD PROCESAL, NO CONLLEVA A QUE LA QUEJA ADMINISTRATIVA SE DECLARE INFUNDADA. En el supuesto de que en el juicio de amparo transcurra el término de trescientos días, a que alude el artículo 74, fracción V, de la Ley de Amparo, y por consiguiente, proceda decretar el sobreseimiento correspondiente, ello no justifica la conducta omisa del funcionario público, en virtud de que dicha disposición no exime a los magistrados de circuito de la obligación de elaborar, dentro de los plazos legales, los proyectos de resolución relativos a los juicios de amparo directo. De tolerar que los juzgadores de amparo, con el pretexto de la carga de trabajo o, en su defecto, de la complejidad de los asuntos,

35 Queja administrativa 288/12. Comisión de Disciplina del Consejo de la Judicatura Federal. 20 de noviembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera.

dejen transcurrir el plazo establecido en dicho precepto, para decretar el sobreseimiento en el juicio, se afectarían gravemente los derechos de los justiciables”.<sup>36</sup>

41. Esta Comisión Nacional observa con preocupación, que la reclusión de una persona por más de dos años sin obtener una sentencia (condenatoria o absolutoria) implica una violación al principio de inocencia, así como al derecho de acceso a la justicia fundamentado en el artículo 17 de nuestra constitución, tanto para la persona privada de la libertad, como para las víctimas del hecho delictivo, sobre todo si se trata de procesos anteriores a la reforma constitucional en materia penal.

42. Lo anterior, es planteado en el párrafo 54 la citada recomendación 29/2017, donde se destaca que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que: “La garantía a la tutela jurisdiccional puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión”.<sup>37</sup>

43. Conforme a las facultades constitucionalmente otorgadas a este Organismo Nacional como parte del sistema no jurisdiccional para la tutela de los derechos humanos, se pronuncia respecto de la prolongación de la prisión preventiva por más tiempo del plazo legalmente establecido, que se equipara a la prisión preventiva con la pena, ya que al dictarse ésta con dilación, permite escenarios en los que la persona privada de la libertad que hubiera permanecido en prisión el mismo

36 Queja administrativa 15/99. Fernando Pérez Cortés. Comisión de Disciplina del Consejo de la Judicatura Federal. 10 de noviembre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretaria: Luz del Carmen Herrera Calderón.

37 Jurisprudencia constitucional. “GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES”, abril de 2007. Registro 172759.

tiempo, o más del que hubiese estado de haber tenido una sentencia condenatoria. Incluso, es más reprochable cuando se dicta tardíamente una resolución absolutoria.

44. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha planteado que “no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida”.<sup>38</sup>

## II. NORMATIVIDAD

### II.1 Ámbito nacional

45. El artículo 19 del Código Nacional Procedimientos Penales<sup>39</sup> establece a la prisión preventiva como una medida cautelar de carácter excepcional, salvo en los casos previstos por el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

46. El artículo 20, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativo a los derechos del imputado, dispone, en la fracción IX, segundo párrafo, que:

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

38 *Op. cit. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, párr. 122, 38 *Op. Cit. Caso Argüelles y otros vs. Argentina*, párr. 136.

39 Artículo 19. *Derecho al respeto a la libertad personal*

Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad personal, por lo que nadie podrá ser privado de la misma, sino en virtud de mandamiento dictado por la autoridad judicial o de conformidad con las demás causas y condiciones que autorizan la Constitución y este Código. La autoridad judicial sólo podrá autorizar como medidas cautelares, o providencias precautorias restrictivas de la libertad, las que estén establecidas en este Código y en las leyes especiales. La prisión preventiva será de carácter excepcional y su aplicación se regirá en los términos previstos en este Código.

47. En este mismo sentido, el artículo 165, párrafo segundo del Código Nacional Procedimientos Penales mandata: “La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares”.

48. Lo anterior se determinó a fin de evitar una arbitraria e indefinida prolongación de la prisión preventiva que vulneraría aun más los derechos de la persona procesada. Por ello, es imperante que dentro de un plazo razonable se resuelva la situación jurídica de la persona procesada, ya que de haber dilación incluso de años, la medida cautelar es considerada como excesiva.

49. Así mismo el párrafo segundo del artículo 17 constitucional establece que “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes [...]” siendo la prolongación de la prisión preventiva más allá del plazo razonable establecido constitucionalmente, una violación al derecho de acceso a la justicia consagrado en la Carta Magna.

## II.2 Ámbito internacional.

50. El artículo 9.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), señala que: “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del jui-

cio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

51. Así mismo en el artículo 14.3 establece que “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas”. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos, en la Observación General No. 13. Administración de justicia (artículo 14), dispone que esta garantía se refiere “no sólo al momento en que debe comenzar un proceso sino también a aquel en que debe concluir y pronunciarse la sentencia; todas las fases del proceso deben celebrarse “sin dilación indebida”. Con objeto de que este derecho sea eficaz, debe disponerse de un procedimiento para garantizar que el proceso se celebre “sin dilación indebida”, tanto en primera instancia como en apelación.”<sup>40</sup> El Comité determinó que “no sólo tiene el propósito de evitar que las personas permanezcan demasiado tiempo en la incertidumbre acerca de su suerte y, si se las mantiene recluidas durante el período del juicio, de garantizar que dicha privación de libertad no se prolongue más de lo necesario en las circunstancias del caso, sino también que redunde en interés de la justicia”. Y añade “Esta garantía se refiere no sólo al intervalo de tiempo entre la acusación formal y el momento en que debe comenzar un proceso sino también al tiempo que media hasta el fallo definitivo en apelación”.<sup>41</sup>

52. Por otra parte, artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el derecho a la libertad personal y particularmente en el numeral 7.3 determina que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”.

53. Y respecto del plazo razonable la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el artículo 7.5 que “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro fun-

40 Párr. 10

41 *Op. cit.*, párr. 35.

cionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.” Ello también se identifica en los artículos 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos que establece: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;[...]”

54. En el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se establece que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable” Asimismo en el artículo 6.2 señala, que “toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

55. En el considerando 12 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos “Reglas Nelson Mandela” se “recomienda a los Estados Miembros que continúen procurando limitar el hacinamiento en las cárceles y, cuando proceda, recurran a medidas no privativas de libertad como alternativa a la prisión preventiva, promoviendo un mayor acceso a mecanismos de administración de justicia y de asistencia letrada, reforzando las medidas sustitutivas del encarcelamiento[...].” Asimismo, establece en regla de 111.2 respecto de los reclusos en espera de juicio “gozarán de la presunción

de inocencia y deberán ser tratados de forma consecuente con dicha presunción”.

56. Estos criterios ya habían sido establecidos en un sentido similar desde el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, no obstante, se sigue observando una clara omisión de estos en los centros penitenciarios del país.

57. Por su parte en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad “Reglas de Tokio” establecen en la regla 6, que la prisión preventiva debe ser considerada como el último recurso, “teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima”. (6.1) y en la regla 6.2 se establece que, “las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano”.

### III. PRONUNCIAMIENTO

58. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva que no debe ser aplicada por un periodo fuera de los márgenes compatibles con los derechos humanos, ya que como se ha visto, cuando ésta 35/41 excede el plazo razonable previsto en las normas nacionales e instrumentos internacionales, se convierte en una medida desproporcionada que podría ser equivalente a una pena anticipada.

59. Este organismo nacional al estar facultado por el artículo 102 constitucional apartado B, como parte de un sistema no jurisdiccional de tutela los derechos humanos, considera que la dilación en el plazo razonable es susceptible de ser considerada como una violación al derecho de acceso a la justicia, fundamentado en el artículo 17 constitucional.

60. Así mismo reconoce que si bien se han dado avances en la disminución del número de personas privadas de la libertad en prisión preventiva; no omite pronunciarse respecto del abuso y dilación que se ha hecho respecto de la aplicación de esta medida cautelar, lo que conlleva a dar trato a una persona procesada en prisión preventiva como si cumpliera una pena de prisión y no bajo el concepto, tanto de las normas nacionales, como de los instrumentos y estándares internacionales, de aplicación excepcional.

Por lo anterior este organismo nacional se pronuncia en el siguiente sentido:

PRIMERO. El Estado mexicano debe considerar a la prisión preventiva como una medida cautelar excepcional y reconocer a las personas a las que se aplica la presunción de inocencia, atendiendo los preceptos 36/41 establecidos en la constitución, en las “Reglas Mandela”, así como en los estándares emanados del sistema universal e interamericano de derechos humanos.

SEGUNDO. El Estado mexicano debe considerar garantizar a las partes seguridad jurídica, reconociendo que la dilación en el plazo razonable no sólo implica la afectación que recae directamente sobre la persona privada de la libertad, sino también sobre los derechos de las víctimas que en el proceso se ven afectados.

TERCERO. Es necesario que se tome en consideración la necesidad de resolver los procesos penales dentro del plazo constitucional, a fin de que se garantice en su caso, la reparación al daño a la víctima, permitiéndole acceder también a procesos de justicia restaurativa.

CUARTO. El Estado mexicano debe privilegiar otras medidas cautelares a la prisión preventiva, cuando ésta no sea necesaria, a fin de que la persona pueda llevar su proceso en libertad.

QUINTO. El Estado debe asumir la obligación de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites constitucionalmente estable-

cidos de aplicación de la acción de la justicia, sin que ello implique el modificar la medida cautelar de prisión preventiva por otra restrictiva de la libertad.

SEXTO. El Estado mexicano debe revisar periódicamente la de la aplicación de la prisión preventiva, considerando su pertinencia, conforme a los estándares interamericanos establecidos sobre la materia.

#### IV. FUENTES DE INFORMACIÓN

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 2/97, 11 de marzo de 1997, relativo a la prisión preventiva en Argentina. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.205.html>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. 30 de diciembre 2013. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp2013-es.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, del 3 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recomendación 29/2017 sobre el caso de las medidas cautelares impuestas como “Arraigo en el Domicilio” en el Estado de Chihuahua, publicada el 14 de agosto de 2017.

Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional, agosto de 2017, Secretaría de Gobernación, Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social.

DE BUEN, Néstor, LEYLA, Sandra & SOLÍS, Leslie, *Cárcel en México ¿Para qué?, México Evalúa*, Centro de Análisis Políticas Públicas, A. C., México, 2013.

GARCÍA RAMÍREZ Sergio, ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga y PELÁEZ FERRUSCA Mercedes, *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Formación Profesional de la PGJDF, México, 2014.

Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Humanos, núm. 1 a núm. 32: HRI/GEN/1/Rev.9(Vol. I); núm. 33: A/64/40 (Vol. I); núm. 34: CCPR/C/GC/34; núm. 35: CCPR/C/GC/35. Disponibles en: [https://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CCPR/00\\_2\\_obs\\_grales\\_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html](https://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html).

Periódico *Universal (On line)*, “Nelson Vargas: 10 años de buscar justicia”. Sección Nación/Política/. Disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/politica/nelson-vargas-10-anos-de-buscar-justicia>.

#### IV.1. Poder Judicial de la Federación

Acción de Inconstitucionalidad 30/2013, del 29 de junio de 2017.

Contradicción de Tesis 64/2017 sobre la “Procedencia de la solicitud efectuada por los inculpados en el sistema procesal mixto para revisar la prisión preventiva, de conformidad con el artículo quinto transitorio del código nacional de procedimientos penales”. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Asunto resuelto en la sesión del 2 de julio de 2017. Disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sinopsis\\_asuntos\\_destacados/documento/2017-08/15-050717-JRCD-0064.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados/documento/2017-08/15-050717-JRCD-0064.pdf).

Jurisprudencia constitucional. “GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES”, abril de 2007. Registro 172759.

Queja administrativa 15/99. Fernando Pérez Cortés. Comisión de Disciplina del Consejo de la Judicatura Federal. 10 de noviembre

de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretaria: Luz del Carmen Herrera Calderón.

Queja administrativa 724/2005. Luis Dirzo Muñoz. Comisión de Disciplina del Consejo de la Judicatura Federal. 24 de enero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Luis María Aguilar Morales. Secretario: Alejandro Manuel González García.

Queja administrativa 288/12. Comisión de Disciplina del Consejo de la Judicatura Federal. 20 de noviembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera.

Tesis aislada: "SENTENCIA CONCESORIA DE AMPARO. SUS EFECTOS CUANDO SE RECLAMA EL CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR HABER TRANSCURRIDO "UN PLAZO RAZONABLE" EN SU DURACIÓN". *Semanario Judicial de la Federación*, agosto de 2012. registro: 2001493.

Tesis aislada: "PLAZO RAZONABLE PARA RESOLVER. CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS". *Semanario Judicial de la Federación*, diciembre de 2012. registro: 2002350.

Tesis aislada: "MAGISTRADOS Y JUECES. ELEMENTOS QUE SE DEBEN CONSIDERAR PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD POR DILACIÓN EN EL DICTADO DE SENTENCIAS". *Semanario Judicial de la Federación*, septiembre 2006. Registro: 174229.

## IV.2. Normatividad nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

### IV.3. Instrumentos internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de 1955.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos de 2015, "Reglas Mandela".

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad "Reglas de Tokio"

Convención Europea de Derechos Humanos.

### IV.4. Jurisprudencia Interamericana

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, Fondo 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. 41/41

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 170.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Bayarri vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C. Núm. 205.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.

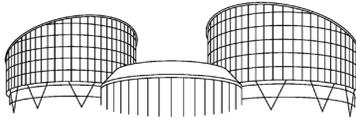
Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C, núm. 112, párr. 229.

Corte Índice de Desarrollo Humano. *Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

QUINTA SECCIÓN

**Caso A.P., GARÇON Y NICOT vs. FRANCIA\***

(Procesos Núms. 79885/12, 52471/13 and 52596/13)

RESOLUCIÓN

[Extractos]

ESTRASBURGO

abril 6, 2017

*Sentencia definitiva en virtud del artículo 44 y 2 de la Convención.*

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

\* Traducción a cargo de Raúl Márquez González. Corrección: Elizabeth Roque Olvera.  
Fuente: <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5677681-7200217>

## CASO A. P., GARÇON Y NICOT vs. FRANCIA

(Procesos Núms. 79885/12, 52471/13 y 52596/13)

### RESOLUCIÓN

ESTRASBURGO

abril 6, 2017

**En el caso de A.P., Garçon y Nicot vs. Francia,**  
El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Quinta Sección), constituido por una  
Cámara compuesta por:

Angelika Nußberger, *Presidente,*  
André Potocki,  
Faris Vehabović,  
Yonko Grozev,  
Carlo Ranzoni,  
Mārtiņš Mits,  
Lətif Hüseynov, *jueces,*

y Milan Blaško, Secretario Adjunto.

Habiendo deliberado en privado el 21 y 28 febrero de 2017, se dicta la siguiente  
resolución que fue aprobada en la fecha ya mencionada:

## PROCEDIMIENTO

1. El caso se originó en tres demandas (Núms. 79885/12, 52471/13 y 52596/13) contra la República Francesa presentados ante el Tribunal bajo el artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (“La Convención”) por tres ciudadanos franceses, A.P. (“el primer demandante”), Émile Garçon (“el segundo demandante”) y Stéphane Nicot (“el tercer demandante”) el 5 de diciembre de 2012 (en cuanto al primer demandante) y el 13 de agosto de 2013 (en cuanto al segundo y tercer demandante). El presidente de la Sección accedió a la petición del primer demandante de no revelar su nombre (Reglamento 47 y 4 del Tribunal).

2. El primer demandante fue representado ante el Tribunal por SCP Gatineau-Fattaccini, despacho de abogados autorizado para ejercer en el Conseil d’État y el Tribunal de Casación. Los otros dos demandantes fueron representados por SCP Thouin-Palat y Boucard, despacho de abogados autorizado para practicar en el Conseil d’État y el Tribunal de Casación, y por el Sr. Julien Fournier y el Sr. Emmanuel Pierrat, abogados que ejercen en París. El Gobierno francés y el Estado fueron representados por su Agente, Sr. François Alabrune, Director de Asuntos Legales en el Ministerio de Asuntos Exteriores.

3. Los demandantes, que son personas transgénero, alegan el rechazo a su petición de corregir el género en su acta de nacimiento, en base a que las personas que hacen semejante petición tuvieron que fundamentarlo al demostrar que ellos en verdad sufrieron de un trastorno de identidad de género y que el cambio en su aspecto era irreversible, constituyendo una violación del artículo 8 del Convenio (junto con el artículo 3 del Convenio en el caso del primer demandante). Alegando una violación del artículo 8 leído conjuntamente con el artículo 3, el primer demandante además, criticó el hecho de que tribunales nacionales realizaron la corrección de su acta de nacimiento, condicionán-

dolo a someterse a evaluaciones médicas intrusivas y degradantes. Él, además, se quejó bajo el artículo 1 y 6 del Convenio, “probablemente tomado en conjunción con el artículo 8” de una violación a su derecho de juicio imparcial, derivado del hecho que los tribunales nacionales supuestamente cometieron un error manifiesto de evaluación al encontrar que él no aportó pruebas de un cambio irreversible en su aspecto. El segundo y tercer demandante también se quejaron de una violación al artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8.

4. El 18 de marzo de 2015, el Gobierno fue notificado de las quejas concernientes a los artículos 3, 8 y 14 de la Convención.

5. El 15 de junio de 2015, organizaciones no gubernamentales, Alianza para Defender la Libertad (ADF) Internacional, Europa Transgénero y conjuntamente Amnistía Internacional y la Región Europea Asociación Internacional Lésbico Gay, Bisexual, Transexuales e Intersexuales (ILGA-Europa), les fue permitido intervenir en el proceso escrito (Artículos 36 § 2 del Convenio y 44 § 3 del reglamento).

## LOS HECHOS

### I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

6. En la fecha de la presentación de la demanda, los demandantes fueron considerados pertenecientes al sexo masculino para efectos del derecho civil. Por esa razón, la forma masculina es usada para referirse a ellos; sin embargo, esto no debe interpretarse como una exclusión al género con el que ellos se identifican.

#### **A. Proceso no. 79885/12**

7. El primer demandante nació en 1983 y vive en París.

8. El primer demandante declaró que, aunque fue registrado como masculino, siempre se comportó como mujer y su aspecto físico ha sido muy femenino. Como adolescente y joven adulto él luchó considerable-

mente con su identidad de género, debido a que se le asignó una identidad masculina al nacer que no correspondía a su identidad femenina social y psicológica. En el 2006, después de que varios doctores lo diagnosticaron con un trastorno de identidad de género conocido como “Síndrome de Harry Benjamín”, él comenzó una fase de transición, viviendo en sociedad como mujer e inició un tratamiento hormonal bajo la supervisión de un endocrinólogo, Dr. H., y un neuropsiquiatra, Dr. Bo.

9. El primer demandante presentó tres certificados médicos emitidos por estos doctores durante el periodo en cuestión. En los dos primeros certificados, fechados el 12 de abril de 2007, Dr. Bo., indicó que el primer demandante estuvo bajo su supervisión desde el 27 de abril de 2005 “por un síndrome típico de trastorno de identidad”. Él indicó que: “Por lo tanto [hubo] una notable diferencia entre su actual físico y la fotografía en su identificación”, y que “no [hubieron] contraindicaciones médicas o psicológicas para [una] operación... en la manzana de Adán”. En el tercer caso, fechado el 16 de enero de 2008, el Dr. H. determinó que él supervisó el tratamiento hormonal del demandante por “trastorno típico primario de género desde el 1 de junio de 2006, junto con Dr. B.”, y así “Siguiendo con pruebas endocrinológicas y metabólicas, incluyendo carotipado [él estaba siendo] tratado con anti-andrógenos y estrógenos”. El doctor concluyó que “la marcada, plausible y genuina naturaleza de su disforia de género junto con la ‘prueba real’, [lo haría] elegible para una operación quirúrgica de cambio de sexo, de la cual [él tuvo] legítima confianza”.

10. El primer demandante también presentó un certificado médico emitido el 3 de abril de 2008, por otro psiquiatra, Dr. Ba., que certificó que él tenía “síndrome típico de Harry Benjamín” y que “No [habían] en este momento contraindicaciones para el tratamiento médico y quirúrgico implicado en la operación de cambio de sexo buscada por el paciente”.

11. El primer demandante enfatizó que él originalmente no pretendía someterse a una operación quirúrgica mutilante de cambio de sexo, pero él mismo se resignó al hecho, debido a la jurisprudencia de los tribunales franceses que lo establecen como una condición para el cambio en el estado civil.

12. El primer demandante decidió someterse a cirugía en Tailandia, realizada por Dr. S., a quien él describe como un “especialista mundialmente reconocido”. La operación fue llevada a cabo el 3 de julio de 2008. El Dr. S. emitió el siguiente certificado médico:

“...siguiendo un periodo de diagnóstico por especialistas psicosexuales y un periodo apropiado, viviendo tiempo completo con una identidad femenina, la persona antes mencionada fue diagnosticada con un trastorno de identidad de género (F64.0) definido como DSM IV, ICD-10. Ella fue aceptada para tratamiento quirúrgico, es decir, operación quirúrgica de cambio de sexo.

La cirugía consistió en una orquidectomía, una vaginoplastia, una clitoroplastia y una labioplastia, combinado en una sola operación. Al término de la operación los órganos sexuales masculinos... fueron reemplazados por órganos femeninos en aspecto y función, con excepción de los órganos reproductivos. Está implicó remover los órganos sexuales masculinos, resultando en infertilidad irremediable.

De acuerdo con todas las definiciones legales y médicas establecidas, la operación es irreversible y significa que la identidad sexual masculina del Sr. [A.P.] ha sido permanentemente cambiada a una identidad sexual femenina”.

13. En un certificado firmado el 10 de septiembre de 2008, el Dr. H. confirmó que el primer demandante “[se había] sometido a una cirugía de cambio de sexo, masculino a femenino irreversible”, y señaló que “la petición para cambiar el estado civil [era] imperiosa y admisible [y era] una parte integral del tratamiento.

14. El primer demandante presentó cuatro certificados más. El primero fechado el 26 de mayo de 2009, fue firmado por el cirujano Dr. W., Éste señalaba que el primer demandante se sometió “a una laringoplastia estética como parte de la transición de masculino a femenino después de una cirugía de cambio de sexo irreversible que fue realizada en los genitales externos”. En el segundo certificado, fechado el 27 de mayo de 2009, un logoterapeuta señaló que “trabajó con [A.P.] por dos años en la feminización de su voz”, y que “su voz y aspecto [eran] plenamente femeninas y coherentes entre sí”. El tercer certificado firmado el 23 de julio de 2009, por el psiquiatra Dr. B., decía lo siguiente:

“...[A.P.] está bajo supervisión por síndrome típico de Harry Benjamín por el cual un proceso de cambio de sexo ha estado en curso por varios años. Ella ha tenido tratamiento hormonal y la cirugía requerida para hacer femenino su aspecto y comportamiento. Por lo tanto es legítimo, en interés de su integración social y profesional, para que su estado civil armonice con su aspecto y sus deseos...”

15. En el cuarto certificado fechado el 16 de marzo de 2010, el Dr. P. especializado en psicopatología y psicoanálisis fundamental y psicoterapeuta, señaló que él comenzó sesiones de psicoterapia con el primer demandante y en particular él “notó... la coherencia entre las afirmaciones de la Sra. [A.P.] y su identidad de género preferida”.

*1. Resoluciones del Tribunal de Suprema Instancia de París, 17 de febrero y 10 de noviembre de 2009.*

16. El 11 de septiembre de 2008, el primer demandante presentó un recurso en contra del Abogado del Estado del Tribunal de Suprema Instancia de París, para obtener una declaración de que él era ahora del sexo femenino, y que su primer nombre era A. (nombre femenino). Él entregó en particular, certificados médicos de 12 de abril de 2007 y 16

de enero y 10 de septiembre de 2008, y el certificado emitido por el Dr. S. el 16 de octubre de 2008. El Asesor Jurídico solicitó una evaluación especializada, sobre los motivos de la cirugía del demandante, que le realizaron en el extranjero.

**(a) Sentencia interlocutoria de 17 de febrero de 2009**

17. El 17 de febrero de 2009, en sentencia interlocutoria, del Tribunal de Suprema Instancia de París, destacó como sigue a continuación:

“Cuando se ha hecho un diagnóstico de trastorno de identidad de género siguiendo una minuciosa evaluación y la persona interesada se ha sometido a cambios físicos irreversibles con fines terapéuticos, es apropiado considerar que aunque la nueva condición de género de la persona es imperfecto en el sentido de que su constitución cromosómica no ha cambiado, él o ella está cerca, en términos de aspecto físico, mentalidad e integración social al género de preferencia que al género asignado al nacer.

Sin embargo, el tribunal consideró:

“Independientemente del rango de los autores de los certificados médicos aportados en apoyo del proceso, la necesidad de un diagnóstico definitivo significa que una evaluación especializada debe ser llevada a cabo con la finalidad de establecer el estado actual del demandante desde una perspectiva fisiológica, biológica y psicológica, además de investigar la persistencia del presunto trastorno en su pasado”.

El tribunal designó a tres expertos —un psiquiatra, un endocrinólogo y un ginecólogo— y les pidieron que, después de entrevistar y examinar al primer demandante y consultar los certificados médicos, además de los informes de operación entregados, para:

“(a) describir el estado físico actual del demandante... y la presencia o ausencia de genitales externos o internos de cualquier sexo, solicitud de muestras para laboratorio con el consentimiento del demandante capaces de establecer las características biológicas y genéticas del sexo del demandante; establecer si un error pudo haber sido cometido en el sexo que figura en el acta de nacimiento o un cambio orgánico o biológico pudo haber ocurrido después, buscar rastros de posibles cirugías teniendo por objeto lograr o completar la transformación de los genitales o características sexuales secundarias, establecer si el paciente ha sido tratado con medicamentos u hormonas, establecer si la cirugía o el tratamiento hormonal fue llevado a cabo debido a anomalías físicas preexistentes o debido al estado psicológico del paciente, dejando de lado sus intenciones deliberadas;

(b) describir el estado mental y comportamiento de [el primer demandante] en lo que atañe a su género y en la medida de lo posible, señalar sus orígenes y seguir su desarrollo, dar parte sobre el tratamiento psicoterapéutico, especificar su duración y resultado, establecer si el paciente sufre de algún trastorno mental y si es así, especificar la naturaleza del trastorno.

(c) expresar una opinión sobre la posible existencia de un trastorno de identidad de género, dando razones para formular o descartar un diagnóstico, establecer si, a la luz de toda la información personal médica disponible (psicológica, biológica y física), la persona interesada debe ser considerada masculino o femenino.”

18. El tribunal resolvió que los costos de la evaluación especializada deberían ser cubiertos por el primer demandante y ordenarle que deposite una suma de 1,524 euros (EUR) para ese fin.

19. El primer demandante se rehusó a someterse a una evaluación especializada argumentando que este tipo de evaluación además de ser muy costosa, no respeta la integridad física y mental de la persona interesada. A su juicio, los documentos que presentó, escritos por médicos especialistas, y destacaron la naturaleza genuina de su cambio de géne-

ro, fueron más que suficientes y no era necesario someterlo a una nueva serie de pruebas traumáticas.

20. En una orden de 13 de marzo de 2009, el Vicepresidente del Tribunal de Apelaciones de París, rechazó el recurso de apelación contra esta sentencia interlocutoria.

**(b) Resolución de 10 de noviembre de 2009**

21. El 10 de noviembre de 2009, el Tribunal de Suprema Instancia de París, rechazó la petición del primer demandante. Éste señaló que los certificados presentados por el demandante fueron informativos, pero no respondieron las preguntas del tribunal que tienen que ver con el origen, naturaleza, persistencia y consecuencias del trastorno en cuestión, y los doctores que fueron consultados no pudieron, en unas pocas líneas concebir que la operación se llevara a cabo, y realizar el trabajo de tres expertos que actúen en base a instrucciones amplias y detalladas. El tribunal observó en particular que los certificados no mencionan el estado mental del demandante y actitud con respecto a su género, o exprese un punto de vista, como el origen del trastorno y su desarrollo. Asimismo, ellos no especifican si el primer demandante sufría de problemas mentales y si él estuvo en psicoterapia, ni ellos dieron información alguna de su estado actual, habiendo sido escrito antes de su cambio de sexo. El Tribunal agregó que pacientes que se sometieron a cirugía en Francia entregaron un expediente completo cubriendo todas las disciplinas en cuestión, como condición previa para una cirugía de cambio de sexo, algo que el doctor que operó al primer demandante en Tailandia, al parecer no requirió. Con la finalidad de cubrir los costos por régimen de seguridad social, los pacientes en Francia, tienen que someterse a una serie de pruebas completas y rigurosas. El tribunal detalló que, a la luz de la evidencia en el expediente, el demandante debe someterse de buena voluntad a la evaluación especializada. De

conformidad con el artículo 11 del Código de Procedimientos Civiles que autoriza a los tribunales a sacar todas las conclusiones pertinentes de un rechazo a cooperar con una medida de investigación, el tribunal encontró que, en la ausencia de una evaluación especializada multidisciplinaria, la petición del primer demandante no estuvo lo suficientemente documentada.

*2. Tribunal de Apelaciones de París, resolución de 23 de septiembre de 2010*

22. Tras una apelación interpuesta por el primer demandante, el tribunal de Apelaciones de París, en un fallo de 23 de septiembre de 2010, confirmó el fallo de 10 de noviembre de 2009, en lo que hasta ahora se negó la petición del primer demandante, para corregir la indicación de género en su acta de nacimiento.

23. Ante todo, el Tribunal de Apelaciones infirió del artículo 8 de la Convención que: “Cuando se ha seguido y sometido a tratamiento médico y quirúrgico con fines terapéuticos”, una persona con trastorno de identidad de género ya no tiene todas las características de su sexo original y habiendo tomado aspecto físico cercano al del sexo opuesto, que correspondía a su comportamiento social, el principio de respeto a la vida privada garantizaba rectificar en el registro civil, indicar, para el sexo correspondiente al aspecto de la persona.

24. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones consideró que, a la luz de los documentos presentados por el primer demandante, “no estaba establecido que él no tenga [tuviera] todas las características del sexo masculino”. El tribunal señaló a ese respecto que, aunque los psiquiatras Bo. y Ba. otorgaron un diagnóstico de trastorno de identidad de género en sus certificados de 12 de abril de 2007 y 3 de abril de 2008, no señalaron la “ausencia de problemas de salud mental”. El Tribunal de Apelaciones consideró, además, que el tratamiento hormonal referido en los certificados emitidos por el Dr. H. el 16 de enero y 10 de

septiembre de 2008, fechados mucho tiempo atrás. El Tribunal también observó, que el certificado expedido por el Dr. S., el doctor que operó al primer demandante el 3 de julio de 2008, fue “extremadamente breve” y consistió en una simple lista de conceptos de información médica que no dejaban claro si la cirugía de cambio de sexo fue efectiva. Además, la documentación presentada por el primer demandante, respecto a la clínica, se obtuvo de internet, no era suficiente para establecer, ya sea la reputación científica o quirúrgica, del cirujano que realizó la operación o si la cirugía cumplió con la práctica médica estándar. Ni esto fue demostrado por el certificado del Dr. W. de 26 de mayo de 2009, “debido a la falta de detalles”.

25. El Tribunal de Apelaciones continuó observando que el primer demandante, por principio, se rehusó persistentemente a someterse a una evaluación especializada y no cooperó en la evaluación ordenada por el Tribunal de primera instancia, “bajo el pretexto irrelevante de protección a su vida privada aun y cuando el objetivo [había sido] establecer que una persona que se presenta con un trastorno de identidad de género, ya no tiene todas las características del sexo asignado al nacer”. El Tribunal destacó que “la posible interferencia con la vida privada [había sido] proporcional al requisito de establecer la identidad de género de la persona, [era] un componente del estado civil que [estaba] sujeto, al principio de inalienabilidad del orden público”.

26. El Tribunal de Apelaciones consideró, sin embargo, que el hecho de que el primer demandante fuera conocido por un nombre femenino —como resultó evidente en numerosas declaraciones de aquellos cercanos a él— sumado a su convencimiento de que él era de sexo femenino, el hecho de que él tuvo varios tratamientos médicos y operaciones, y la “realidad de una vida social”, significó que él tuvo un interés legítimo en cambiar sus nombres masculinos en femeninos. El tribunal, por lo tanto, ordena que sus nombres sean corregidos en su acta de nacimiento.

*3. Resolución de la Primera Sala Civil del Tribunal de Casación, 7 de junio de 2012*

**(a) Motivos de apelación**

27. El primer demandante interpuso un recurso contra la resolución de 23 de septiembre de 2010.

28. Él argumentó, ante todo, que el derecho al respeto de la vida privada significaba que el cambio de sexo debería ser autorizado para las personas cuyo aspecto físico fuese más cercano al del género opuesto, al que su comportamiento social correspondiera. Criticó el rechazo del Tribunal de Apelaciones a su petición de cambiar su género en su acta de nacimiento, debido a que él se negó a cooperar en una evaluación especializada, dirigida a determinar los orígenes de su trastorno de identidad y su desarrollo, y para cerciorarse que ya no tenía todas las características del sexo masculino. Desde su punto de vista, al emitir resolución de esta forma, después de notar que él era conocido por un nombre femenino, que estaba convencido de que pertenecía al sexo femenino, y que tuvo varios tratamientos médicos y quirúrgicos y vivir en sociedad como mujer, el Tribunal de Apelaciones violó el Artículo 8 del Convenio. El primer demandante se refirió, en particular, a la posición del Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa como se contempla en el documento de octubre de 2009, titulado: “Derechos Humanos e Identidad de Género” y a la Resolución 1728 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en materia de discriminación, partiendo de la orientación sexual e identidad de género (ver párrafos 73 y 75 abajo).

29. En segundo lugar, argumentó que completamente se estableció que era transgénero por los certificados médicos que presentó, que se sometió a una cirugía que lo convirtió en mujer, además de que su aspecto físico y comportamiento social eran femeninos. Al

determinar que estos documentos eran insuficientes para establecer la existencia de las condiciones requeridas para cambio de sexo y al criticarlo de no cooperar con la evaluación especializada, el Tribunal de Apelaciones por lo tanto, distorsionó las pruebas.

30. En tercer lugar, alegó una violación del Artículo 14 de la Convención adicional con el Artículo 8, con el criterio de que el Tribunal de Apelaciones, al considerar que debería haberse sometido a la evaluación especializada, al desestimar su recurso, habiendo basado su evaluación en motivos discriminatorios.

#### **(b) La resolución**

31. El 7 de junio de 2012, el Tribunal de Casación (Primera Sala Civil, *Boletín* 2012, I, no. 123) desestimó el recurso en los términos siguientes:

“...A fin de justificar la solicitud, para corregir el género en el acta de nacimiento, la persona interesada debe demostrar, en vista de la amplia aceptación dentro de la comunidad científica, que él o ella en verdad padece el trastorno de identidad de género en cuestión y que el cambio en su aspecto es irreversible. Después de examinar los documentos presentados, sin sesgarlos, y habiendo notado primero que el certificado que describe la cirugía realizada en Tailandia fue muy breve (siendo reducido a una lista de conceptos de información médica, diciendo nada acerca de la eficacia de la operación); en segundo lugar [el primer demandante] se rehusó en principio a someterse a la evaluación especializada ordenada por la primera instancia, el Tribunal de Apelaciones estaba facultado para rechazar la solicitud a fin de corregir las anotaciones de género en el acta de nacimiento del recurrente...”.

#### **B. Proceso no. 52471/12**

32. El segundo demandante nació en 1958 y vive en Le Perreux-Sur-Marne.

33. Declaró que, aunque se le registró en su acta de nacimiento como *masculino*, estuvo consciente desde edad temprana que pertenecía al género *femenino*.

34. Debido a la presión social, él trató de esconder su verdadera naturaleza y se casó dos veces mientras vivía con identidad masculina inscrita en su acta de nacimiento. Sin embargo, los matrimonios de los cuales tuvo hijos, terminaron en divorcio.

35. Él se vestía como *mujer* y era percibido por los demás como *mujer*. Desde el 2004 había estado en tratamiento con hormonas feminizantes y se sometió a cirugía de reconstrucción genital.

1. *Resolución del tribunal de grande instance de Créteil el 9 de febrero de 2010*

36. El 17 de marzo de 2009, el segundo demandante interpuso un recurso contra el Consejo de Estado en Créteil, *tribunal de grande instance*, buscando una orden para que su acta de nacimiento fuera corregida, al reemplazar la palabra “masculino” por “femenino” y reemplazar sus nombres masculinos con el nombre “Émilie”. Se refirió en particular a un certificado emitido en 2004 por el Dr. B., psiquiatra y especialista en cuestiones de transgénero, indicando que el segundo demandante era una persona transgénero.

37. El Tribunal emitió sentencia el 9 de febrero de 2010. Éste destacó que el segundo demandante presentó simplemente algunas facturas fechadas en 2008, emitidas a nombre de “Émilie” Garçon, cuatro declaraciones hechas por testigos en el 2008 diciendo que conocieron al segundo demandante por varios años, sabiendo que era una persona “transgénero” (o “transexual” como lo expresó uno de ellos) y lo vieron “evolucionar como mujer sin ninguna aparente dificultad”; en certificado fechado el 23 de abril de 2009, firmado por el endocrinólogo Dr. T., según el cual, el segundo demandante recibió

tratamiento por disforia de género desde el 2006 y tomó hormonas femeninas desde el 2004, un tratamiento que toleró y fue efectivo. Cabe observar que, además, el segundo demandante no presentó el certificado del Dr. B., el Tribunal consideró que él no “[demostró] en realidad que era transgénero como se afirmó”. Debido a que no comprobó que en realidad sufría del supuesto trastorno, su petición se rechazó, debido a que cambiar el género en documentos de estado civil “fuera posible únicamente con la finalidad de hacer oficial una situación de facto comprobada”. El tribunal sostuvo, que negó la petición de cambio de nombre por las mismas razones, en razón de que la petición era simplemente secundaria como la solicitud de cambio de estado civil.

## *2. Resolución del Tribunal de Apelaciones de París, 27 de enero de 2011*

38. El 27 de enero de 2011, tras la apelación interpuesta por el segundo demandante, el Tribunal de Apelaciones de París confirmó el fallo de 9 de febrero de 2010, dando las siguientes razones:

“...Si bien el principio de inalienabilidad del estado civil se opone a la legislación de reconocer un cambio deliberadamente buscado por un individuo, esto no implica que el estado civil no puede ser cambiado.

Cuando un trastorno genuino de identidad que es médicamente reconocido e intratable, ha sido diagnosticado siguiendo una rigurosa valoración y la persona transgénero ha sufrido cambios físicos irreversibles con fines terapéuticos, es apropiado considerar que aunque la nueva condición de género del individuo es imperfecta, la estructura cromosómica es invariable, él o ella está más cerca, en términos de aspecto físico, mentalidad e integración social, al género preferido que al género asignado al nacer. En estas circunstancias, y conforme al Artículo 57 del Código Civil, el acta de nacimiento debe mencionar el sexo del individuo en cuestión, el criterio de modificación debe ser aceptado.

En el presente caso, Émile Maurice Jean Marc Garçon... fue inscrito en el registro civil como *masculino*.

Corresponde al recurrente dar razones, en particular en base a la evidencia médica, de por qué debería ser considerado como del género *femenino* como él solicita.

El recurrente sostiene ser una persona transgénero que ha vivido con una identidad de género femenina por muchos años. Él sostiene que la desigualdad entre su género preferido y el género asignado al nacer es suficiente para justificar la modificación del estado civil, sin que primero tenga que demostrar que ha sido sometido a una cirugía de reasignación de sexo.

En relación al aspecto médico, ha presentado, como hizo ante en el Tribunal de primera instancia, un certificado emitido por Dr. [T.] fechado el 23 de abril de 2009, escrito en papel membretado de Dr. [D. S.-B.], en el cual el doctor ‘certifica que el endocrinólogo Dr. [S.-B.] ha estado tratando al Sr. Émile (Émilie) Garçon por disforia de género... desde el 2006’, y especifica que el recurrente ha estado recibiendo tratamiento hormonal de feminización desde el 2004, y que el tratamiento es bien tolerado y efectivo.

Este certificado médico indica que el recurrente siguió un tratamiento hormonal de feminización de 2004 al 2009, lo que no demuestra por sí mismo la existencia de un cambio físico y fisiológico permanente y, por lo tanto, la naturaleza irreversible del proceso de cambio de sexo.

Una evaluación especializada parece sin sentido debido a que el recurrente rechaza la idea de someterse a cirugía genital, no menciona tampoco ninguna cirugía plástica realizada en conexión con el desarrollo actual del tratamiento hormonal, y no ha presentado ningún punto de vista de un psiquiatra capaz de demostrar la existencia y persistencia del presunto trastorno, aunque el acta de nacimiento de Émile Garçon señala que se ha casado dos veces... y divorciado dos veces...”.

### *3. Resolución de la Primera Sala Civil del Tribunal de Casación del 13 de febrero de 2013*

#### **(a) Motivos de la apelación**

39. El segundo demandante interpuso un recurso de apelación contra la sentencia del 27 de enero de 2011, en particular argumentó que, rehusar sus peticiones, bajo el pretexto de que no demostró la existencia de “cambio físico o fisiológico permanente y por lo tanto la naturaleza irreversible del proceso de cambio de sexo”, o “la existencia y persistencia del presunto trastorno”, el Tribunal de Apelaciones violó el Artículo 8 de la Convención, dado que el derecho al respeto a la vida privada implicaba el derecho a las personas de definir su identidad sexual, modificar sus documentos de estado civil para reflejar su identidad de género preferida, sin tener que demostrar la existencia de un trastorno de identidad de género o disforia de género o someterse a un proceso previo de cambio de sexo irreversible. Haciendo del derecho de modificación de documentos de estado civil esté sujeto a prueba de haberse sometido a un proceso irreversible de cambio de sexo, significándole a los titulares que necesitan de ese derecho, ser esterilizados con el objeto de ejercerlo, con ello interfiriendo con su dignidad y con el debido respeto a sus cuerpos y la intimidad de sus vidas privadas. El segundo demandante dedujo que se violó el Artículo 8, tomando en cuenta el hecho de que el Tribunal de Apelaciones lo ha requerido para aportar evidencia de haberse sometido a tal proceso. Añadió que fue discriminatorio y contrario al Artículo 14 de la Convención, supeditar este derecho a dicha prueba y comprobar trastorno de identidad de género o disforia de género.

#### **(b) Resolución de 13 de febrero de 2013**

40. El 13 de febrero de 2013, el Tribunal de Casación (Primera Sala Civil) desestimó el recurso por cuestiones de derecho en los siguientes términos:

“...Con el fin de justificar una petición de corrección de las anotaciones de género en el acta de nacimiento, la persona interesada debe demostrar en vista de la posición ampliamente aceptada dentro de la comunidad científica que él o ella en realidad sufren del trastorno de identidad de género en cuestión y que el cambio en su aspecto es irreversible.

Además, después de observar que [el segundo demandante] simplemente presentó un certificado emitido por un doctor el 23 de abril de 2009, en papel membretado de un doctor diferente, en el que el primero certificaba que este último, un endocrinólogo, estaba tratando [al segundo demandante] por disforia de género y señalaba que el paciente estuvo recibiendo tratamiento con hormonas feminizantes desde el 2004, el Tribunal de Apelaciones consideró que este certificado médico por sí solo no demuestra la existencia o persistencia de un trastorno de identidad de género, o la naturaleza irreversible del proceso de reasignación de sexo. Estas no son condiciones discriminatorias ni infringen los principios establecidos ni los Artículos 8 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ni los Artículos 16 y 16-1 del Código Civil, ya que están basados en un equilibrio justo entre los requisitos de certeza jurídica y la inalienabilidad del estado civil, por una parte, la protección de la vida privada y al respeto del cuerpo humano por el otro...”.

### **C. Proceso no. 52471/12**

41. El tercer demandante nació en 1952 y vive en Essey-les-Nancy.

42. Declaró que, aunque fue registrado en su acta de nacimiento como masculino, estuvo consciente desde edad temprana que pertenecía al género femenino. Vivió con una mujer de 1975 a 1991 y juntos procrearon una niña en 1978.

43. El tercer demandante declaró que ocultó su verdadera naturaleza por mucho tiempo, debido a que temía ser intimidado y después perder la custodia de su hija. Una vez que su hija creció, él adaptó su aspecto y conducta social para ajustarlo a su identidad de género femenina. Si

bien la mayoría de los documentos que usaba día a día, reflejaban su identidad de género, éste no era el caso de sus documentos de estado civil, pasaporte, licencia de conducir, documentos de registro de automóvil o el registro nacional de identidad. Como resultado, fue constantemente obligado a referirse a su identidad transgénero, en detrimento de su vida privada.

1. *Resoluciones del Tribunal de Grande Instance de Nancy, 7 de noviembre de 2008 y 13 de marzo de 2009.*

44. El 13 de junio de 2007, el tercer demandante presentó un recurso en contra del Abogado del Estado en Nancy, *Tribunal de Grande Instance*, buscando una orden para que su acta de nacimiento se corrigiera, al reemplazar la palabra “masculino” por “femenino” y reemplazar sus nombres con el nombre “Stéphanie”.

**(a) Resolución de 7 de noviembre de 2008**

45. El *Tribunal de Grande Instance de Nancy* emitió una resolución primaria el 7 de noviembre de 2008. Éste destacó que, “ahora es reconocido por unanimidad por ambas, la jurisprudencia nacional y europea, que las personas transgénero [tuvieran] el derecho al respeto de su vida privada” y fueran por lo tanto facultados a modificar su género y nombres en sus documentos de estado civil. Sin embargo, el Tribunal subraya que, se tenía que cumplir con un número de condiciones, señalando como sigue:

[El] trastorno de identidad de género [debe] ser establecido no sólo médicamente (usualmente por un equipo multidisciplinario de doctores, cirujanos, un endocrinólogo, un psicólogo y un psiquiatra) pero además legalmente, ya sea por medio de una evaluación especializada (aunque el Tribunal no requiera de ordenar una) o en base a certificados médicos presentados por la persona interesada,

estableciendo con certeza, que él o ella se ha sometido a un tratamiento médico y cirugía, a fin de lograr el cambio de sexo”.

El Tribunal concluyó como sigue:

“Personas que deseen cambiar su género en sus documentos de estado civil, deben demostrar que se han sometido a tratamiento médico y quirúrgico con propósitos terapéuticos y que se les realizó cirugía previa para quitar las características externas de su sexo original.

Por lo tanto, sólo ‘auténticas’ personas transgénero pueden cambiar la anotación de género en sus documentos de estado civil, es decir, las personas que ya se han sometido a un proceso irreversible de cambio de sexo.

En otras palabras, un tribunal puede ordenar la modificación de los documentos del estado civil para reflejar así su nuevo género de preferencia, solo después de que hayan auténticamente alterado su anatomía sexual para adecuarla lo más cercanamente posible al género preferido.

Estas condiciones médicas y quirúrgicas son explicadas por el hecho de que un auténtico trastorno de identidad de género, que se caracteriza por ‘un sentimiento profundamente arraigado e inquebrantable de pertenecer al género opuesto que genética, anatómica y legalmente asignado, acompañado de una necesidad intensa y consistente de cambiar el género y estado civil’, deben distinguirse de otros conceptos relacionados, pero diferentes, como el travestismo, que está basado solamente en la apariencia exterior y no implica un cambio de sexo anatómico.

En el presente caso, aunque S. Nicot ha presentado documentos y facturas emitidas por ciertas instancias, a nombre de la señora Stéphanie Nicot, estos hechos no le permiten al tribunal evaluar si en verdad ha cambiado de género. En la audiencia, cuando fue cuestionado por el presidente respecto a algún tratamiento al que pudo haberse sometido, S. Nicot adoptó una postura belicosa —debido a que está perfectamente en derecho— e invocó la naturaleza confidencial de su vida privada...”

46. El Tribunal por lo tanto suspendió los procedimientos relativos a las solicitudes del tercer demandante y se le ordenó “aportar en las actuaciones cualquier documento relacionado con el tratamiento médico y quirúrgico realizado, capaz de demostrar que él [había] cambiado en realidad de género.

**(b) Resolución de 13 de marzo de 2009**

47. El tercer demandante se negó a presentar cualquier documento médico, considerando que él demostró suficientemente que estaba física y psicológica y socialmente integrada como una mujer. Simplemente afirmó que su médico le recetó tratamiento hormonal lo que significaba que tenía características sexuales secundarias como senos. El abogado del Estado concluyó que no era posible modificar su estado civil sin evidencia de cirugía de cambio de sexo.

48. En resolución de 13 de marzo de 2009, en el *Tribunal de Grande Instance* de Nancy, observó que el tercer demandante no presentó evidencia médica y quirúrgica de cambio de sexo y por lo tanto su petición se rechazó. La resolución reiteró el razonamiento de la resolución de 7 de noviembre de 2008. El Tribunal señaló lo siguiente:

“[Un cambio de género en documentos de estado civil puede ser otorgado sólo a] personas transgénero ‘auténticas’, es decir, personas que ya se han sometido a cambio de sexo irreversible y no a personas que simplemente dicen ser ‘transgénero’ argumentando que son considerados socialmente de pertenecer al género que corresponde su aspecto exterior pero se oponen a cualquier cirugía de cambio de sexo o se rehúsan a aportar evidencia médica y quirúrgica de tal cambio que haya sido realizado por medio de tratamiento médico y quirúrgico”.

El Tribunal concluyó de la siguiente manera:

“Concediendo la petición de S. Nicot equivaldría efectivamente a la creación por los tribunales de un ‘tercer género’, Concretamente personas de aspecto fe-

menino que, no obstante, siguen teniendo anatomía externa masculina, pero pueden casarse con un hombre. ¡En caso contrario, una persona siendo masculino en aspecto, que tuviera genitales femeninos puede dar a luz a un niño! Con arreglo a la actual jurisprudencia, dicha situación es totalmente prohibida”.

### *2. Resolución del Tribunal de Apelaciones de Nancy, 3 de enero de 2011*

49. En resolución de 3 de enero de 2011, el Tribunal de Apelaciones de Nancy, confirmó la resolución de 13 de marzo de 2009. Éste destaca en particular que “la petición de cambio de estado civil [no] necesariamente exigía de evidencia quirúrgica como la eliminación o alteración de los genitales, o cirugía plástica”, pero implicó que “la naturaleza irreversible del proceso de cambio de sexo sea establecida con antelación”. El tribunal concluyó que el tercer demandante “no [había] aportado evidencia intrínseca que [podía] en ningún caso derivar el hecho de que él [era] considerado por otros como mujer”. Añadió que el respeto por la vida privada, no exenta al tercer demandante de la “obligación de aportar evidencia, que no [está] concebida para confundir el transgénero y la transexualidad, pero que además la inalienabilidad del estado civil, [estuviera] encaminada a asegurar la consistencia y confiabilidad de los datos del Registro Civil”. El requisito que era legítimo y de ninguna forma discriminatorio, no infringió el Artículo 14 de la Convención, y no era la tarea del Tribunal el subsanar las deficiencias de la evidencia aportada por el tercer demandante.

### *3. Resolución del Tribunal de Casación de 13 de febrero de 2013*

#### **(a) Motivos de apelación**

50. El tercer demandante interpuso un recurso de apelación contra la resolución de 3 de enero de 2001. Argumentó que el derecho al respeto de la vida privada implica el derecho a definir la identidad de género propia y la modificación de documentos de estado civil, para indicar el

género preferido, sin una previa obligación de someterse a un proceso de cambio de sexo y ofrecer prueba del mismo. Al concluir que debió proporcionar prueba de este proceso irreversible, el Tribunal de Apelaciones por lo tanto violó el artículo 8 de la Convención, especialmente debido a que ni el principio de inalienabilidad de estado civil o la necesidad de consistencia y confiabilidad de los datos del registro civil, hicieran necesario para las personas el someterse a un proceso irreversible de cambio de sexo, y ofrecer prueba del mismo, a fin de modificar sus documentos de estado civil. El tercer demandante agregó, que fue discriminatorio y contrario al artículo 14 del Convenio, que hace un derecho de las personas el modificar sus documentos de estado civil para reflejar su género preferido esté supeditado a evidencia de que se sometieron a un cambio de sexo irreversible.

**(b) Resolución de 13 de febrero de 2013**

51. La apelación del tercer demandante fue examinada al mismo tiempo que la del segundo demandante.

52. El 13 de febrero de 2013, el Tribunal de Casación (Primera Sala Civil) desestimó el recurso por los siguientes motivos:

“...A fin de fundamentar una petición para corrección de anotación de género en el acta de nacimiento, la persona interesada debe demostrar, a la vista ampliamente aceptada, dentro de la comunidad científica, que él o ella en realidad sufren del trastorno de identidad de género en cuestión y que el cambio en su aspecto es irreversible.

Dado que [el tercer demandante] no ha aportado pruebas intrínsecas de la naturaleza irreversible del proceso de cambio de género en su caso, que no puedan derivarse del único hecho de ser visto por otros como mujer, la desestimación de sus pretensiones por el Tribunal de Apelaciones no infringió los principios estipulados bajo los Artículos 8 y 14 de la Convención..., sino, más bien estableció

un equilibrio justo entre las condiciones de certeza jurídica y la inalienabilidad del estado civil por un lado y por el otro, la protección de la vida privada...”

## II. INFORME DE LA AUTORIDAD SUPERIOR PARA LA SALUD

53. En noviembre de 2009, la Autoridad Superior para la Salud publicó un informe titulado “Tratamiento médico de trastornos de identidad de género en Francia-situación y perspectivas”.

54. Entre otros aspectos, el informe propugnó un “programa de asistencia” que implica varias etapas. La primera consistió en diagnosticar y evaluar el “trastorno de identidad de género”, el objetivo era el “evitar, en lo posible, cambios irreversibles injustificados”. La segunda etapa consistió en “experiencia de vida práctica”. El objetivo es estudiar la capacidad de la persona de vivir en el rol deseado. La persona vivía de tiempo completo en el rol de género deseado en su vida diaria, social y actividades profesionales y demostró su integración social en ese rol, escogió un nuevo nombre e informó a los miembros de la familia del cambio pretendido. La tercera etapa consistió en una sustitución hormonal, a través de la cual, hormonas exógenas fueron administradas “con el objetivo de eliminar características sexuales secundarias del sexo de origen y reemplazarlas lo más plenamente posibles con aquellas del sexo opuesto”. La cuarta etapa consistió en cirugía de cambio de sexo. El informe especificaba en ese respecto que aunque la mayoría de las personas transgénero deseaban una cirugía de cambio de sexo, era contraindicado para algunos pacientes por motivos médicos, mientras que otros consideraron que este paso no era necesario en su caso y que, por ejemplo, sustitución hormonal, cirugía “periférica” y terapia del lenguaje (logopedia) fueron suficientes para darles la apariencia de pertenecer al género opuesto y esto les permitiera ser reconocidos así, por la sociedad. El informe además observó una reticencia a someterse a cirugía, también

podría ser debido a las considerables dificultades técnicas y efectos secundarios vinculados a las operaciones.

### III. LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA NACIONAL RELEVANTE

#### A. Código de Procedimientos Civiles

55. Las disposiciones pertinentes del Código de Procedimientos Civiles indican lo siguiente:

##### Artículo 11

“Las partes deben cooperar en las medidas de investigación. El juez puede obtener todas las inferencias apropiadas de un incumplimiento o negativa”.

##### Artículo 143

“Los hechos y el resultado de la disputa pueden depender, a petición de las partes o la moción del propio juez, estar sujetas a cualquier medida legal admisible de investigación”.

##### Artículo 144

“Las medidas de investigación pueden ser ordenadas en cualquier caso donde el juez no tenga suficiente información para determinar el caso”.

##### Artículo 147

“El juez debe limitar lo suficiente la elección de medidas a fin de resolver la controversia, enfocándose en seleccionar la opción más simple y menos costosa”.

##### Artículo 232

“El juez puede solicitar aclaraciones de cualquier persona de su elección a manera de observaciones, una consulta o una evaluación especializada en una cuestión de hecho que requiera conocimiento técnico”.

##### Artículo 263

“Una evaluación especializada debe ser ordenada únicamente en casos donde las observaciones o una consulta no proporcionen al juez suficiente aclaración”.

## **B. Jurisprudencia del Tribunal de Casación**

56. En dos resoluciones de 11 de diciembre de 1992 (Núms. 91-11900 y 91-12373; Boletín 1992 AP no. 13), el Tribunal de Casación, reunido en Pleno, sostuvo lo siguiente:

“Cuando una persona con un trastorno de identidad ya no posee todas las características de su sexo original y ha tomado un aspecto físico más cercano al del sexo opuesto, que coincida con su comportamiento social, el principio de respeto a la vida privada garantiza la modificación de los registros de estado civil, para indicar el sexo correspondiente al aspecto de la persona”.

El Tribunal de Casación enfatizó que: “el principio de inalienabilidad del estado civil [no] impedía tal enmienda”. Por lo tanto, se anularon las resoluciones impugnadas, que desestimaron las peticiones de personas transgénero de corregir las anotaciones de género en sus actas de nacimiento.

57. En el segundo caso el apelante pidió sin éxito al tribunal de apelación que ordenara una evaluación médica especializada, a fin de demostrar el proceso de feminización, al que se sometió y establecer que era transgénero. El Tribunal de Casación observó que, aunque el hecho de que el apelante era mujer avalado por un certificado médico de un cirujano que realizó la operación y la opinión no oficial de un doctor consultado por el apelante, la existencia real de un trastorno de identidad de género podría ser establecida sólo por medio de una evaluación especializada. Por lo tanto, criticó la resolución impugnada por denegar la petición.

58. El Tribunal de Casación, en sesión plenaria, estableció en 1992, cinco condiciones para modificar la indicación de género en el acta de nacimiento de una persona. La persona interesada tuvo que (1) tener trastorno de identidad de género, (2) haberse sometido a tratamiento médico y quirúrgico con propósito terapéutico, (3) ya no tener todas

las características del sexo asignado al nacer, (4) haber tomado aspecto físico cercano al sexo opuesto y (5) mostrar comportamiento social correspondiente a ese sexo. Sin embargo, en dos resoluciones dictadas el 7 de junio de 2012 (Boletín 2012 I, Núms. 123 y 124), una de los cuales concierne al caso del primer demandante, la Primera Sala Civil consideró lo que a continuación se enuncia:

“A fin de sustentar una petición para corrección de las anotaciones de género en una acta de nacimiento, la persona interesada debe demostrar, a la vista ampliamente aceptada dentro de la comunidad científica que, él o ella sufre del trastorno de identidad de género en cuestión y que el cambio en su aspecto es irreversible”.

La Primera Sala Civil confirmó el planteamiento el 13 de febrero de 2013 (ver párrafos 40 y 52 arriba).

#### **C. Decreto núm. 2010-125 de 8 de febrero de 2010**

59. El Decreto núm. 2010-125 de 8 de febrero de 2010, eliminó la referencia de “trastorno temprano de identidad de género” del anexo del Artículo D. 322-1 del Código de Seguridad Social con respecto del criterio médico que solía definir “trastornos psiquiátricos a largo plazo”.

#### **D. La circular núm. CIV/07/10 de 14 de mayo de 2010 sobre peticiones para cambio de género en documentos de estado civil**

60. El Ministro de Justicia y Libertades emitió la circular núm. CIV/07/10, solicitando al Asesor Jurídico Principal adjunto al Tribunal de Casación, al Abogado del Estado y al Abogado Principal del Estado en los tribunales de apelación, lo siguiente:

“... [para] responder favorablemente a las peticiones para cambio del estado civil [desde personas transexuales o transgénero] donde los tratamientos hormonales producen cambios físicos y fisiológicos permanentes, combinados según corres-

ponda con cirugía plástica (prótesis mamarias, o eliminar las glándulas mamarias, cirugía plástica facial, etc.) han resultado en un cambio irreversible de género, sin requerir de extirpar los genitales”.

La circular también les solicita el “buscar una evaluación especializada, sólo si la información proporcionada plantea serias dudas en cuanto si la persona interesada [era] transgénero”.

**E. Respuesta del Ministro de Justicia y Libertades a la Pregunta Escrita núm. 14524 (Gaceta Oficial del Senado, el 30 de diciembre de 2010)**

61. Pregunta escrita núm. 14524 (Gaceta Oficial del Senado, el 22 de julio de 2010, p. 1904) solicitó al Ministro de Justicia y Libertades clarificar el significado de la palabra “irreversible” en Circular núm. CIV/07/10 de 14 de mayo de 2010.

62. El Ministro de Justicia y Libertades respondió como sigue (Gaceta Oficial del Senado, 30 de diciembre de 2010. p. 3373):

“El concepto de cambio irreversible de género aludido en la circular de 14 de mayo de 2010, se refiere a la Recomendación del Consejo de Europa núm. 117 sobre las condiciones de los transexuales, que se indica en el informe de la Autoridad Superior para la Salud titulado ‘Tratamiento de trastornos de identidad de género en Francia - situación y perspectiva’. Es un concepto médico más que legal. De acuerdo con algunos especialistas, la reasignación irreversible puede resultar de sustitución hormonal, que borra ciertas características fisiológicas, incluyendo la fertilidad, a veces irreversiblemente. A las personas interesadas les corresponde proporcionar pruebas en este aspecto, en particular al presentar certificados de especialistas reconocidos en este campo (psiquiatras, endocrinólogos y cirujanos apropiados) que han supervisado sus transiciones de género. La opinión de la Fiscalía debe basarse entonces, caso por caso, con documentos médicos presentados por la persona interesada”.

### **F. Opinión de la Comisión Consultiva Nacional de Derechos Humanos (CCNDH) de 27 de junio de 2013**

63. En enero de 2013, el Ministro de Justicia y la Ministra de Derechos de la Mujer, dirigieron dos preguntas a la Comisión Consultiva Nacional de Derechos Humanos, sobre la definición de y posición con respecto a “identidad de género” en la ley francesa y las condiciones para modificar la indicación de género en los documentos de estado civil. La Comisión escuchó pruebas de investigadores, profesores de derecho, representantes de asociaciones y miembros del Senado, tomaron en consideración contribuciones escritas de organizaciones no gubernamentales, doctores, investigadores de ciencias sociales y defensores de derechos.

64. En una opinión de 27 de junio de 2013, la CCNDH observó que las resoluciones del Tribunal de Casación de 7 de junio de 2012 y 13 de febrero de 2013, indicados arriba, establecieron dos condiciones para cambiar la anotación de género en documentos del estado civil, concretamente un diagnóstico de trastorno de identidad de género y cambio irreversible en el aspecto físico. Se observó que: “...aunque la cirugía no [era] un requisito, la ley sin embargo, requería de tratamiento médico irreversible que implicaba entre otras cosas, esterilización”. La CCNDH también hizo hincapié que la noción de irreversible, que fue mal definida y difícil de probar... resultando frecuentemente en una solicitud para evaluación médica especializada” toda vez que las resoluciones sobre este punto difieren de un tribunal a otro, hubo desigualdades importantes en las situaciones de personas transgénero en este aspecto. Se agregó que la evaluación médica especializada era vista como intrusiva y humillante por las personas interesadas y contribuyó a la prolongación del proceso de cambio de género en documentos del estado civil, y así la cantidad de pruebas requeridas por la jurisprudencia, y la frecuencia de solicitudes para evaluación especializada, levantó sospechas

en el tema que muy frecuentemente rodeaba a las personas transgénero y ellos (as) percibían una especie de negación de su identidad.

65. La CCNDH propugnó la abolición de requisitos médicos. En ese aspecto, consideró que, visto en un contexto judicial, los requisitos para demostrar la existencia de una “disforia de género”, era problemático en la medida de que “la redacción en sí misma parecía respaldar la opinión de que el trastorno de identidad es vista como una enfermedad, aunque los trastornos de identidad de género se eliminaron de la lista de trastornos psiquiátricos [por Decreto núm. 2010-125 el 8 de febrero de 2010]”. De acuerdo con la CCNDH, tal condición, que era requerida para propósitos de diagnóstico diferencial estrictamente en el contexto de los procedimientos médicos experimentados por personas transgénero, contribuyendo en un contexto judicial a la estigmatización de estas personas y a una falta de entendimiento de la identidad transgénero. Con respecto al requisito de probar un cambio irreversible en el aspecto físico la CCNDH subrayó lo siguiente:

“23. ... Esta condición obliga a las personas interesadas a someterse a tratamientos médicos con consecuencias de muy largo alcance que implican una obligación de ser esterilizados. Esta obligación no necesariamente implica cirugía de cambio de sexo, pero se podría lograr por medio de tratamiento hormonal que, de acuerdo con la Autoridad Superior para la Salud es susceptible de provocar cambios metabólicos irreversibles, si se toma por un largo tiempo. Diferentes pacientes parecen reaccionar de forma diferente al tratamiento hormonal con efectos (incluyendo esterilización) que se producen después de periodos variables. En otras palabras, el proceso judicial depende de un progreso —incierto— del procedimiento médico, por lo tanto contribuye a desigualdades considerables entre las personas interesadas. Además, la naturaleza irreversible del cambio en el aspecto físico es difícil de probar y muy frecuentemente en opinión de los tribunales, garantiza el recurso de una evaluación médica especializada, a pesar de las recomendaciones de

la circular de 14 de mayo de 2010, que instó a los jueces a ‘buscar una evaluación especializada sólo si la información proporcionada plantea serias dudas, en cuanto a la persona interesada es transgénero’. Además del costo para la persona interesada, las evaluaciones especializadas son un factor que hacen los procedimientos inaceptablemente largos. Además, cuando el tratamiento hormonal es insuficiente para probar la naturaleza irreversible del cambio en el aspecto físico, las personas que buscan un cambio de género en sus documentos de estado civil son frecuentemente forzadas como último recurso a aceptar la cirugía (en particular penectomía o mastectomía). Los requisitos médicos establecidos por la ley son por lo tanto problemáticos en la medida en que algunas personas que no desean recurrir a estos tratamientos y operaciones, sin embargo, aceptan esta restricción con la esperanza de asegurar un resultado exitoso en el proceso judicial concerniente a ellos. Consecuentemente la CCNDH pide el fin de cualquier requisito para someterse a cambio de sexo, ya sea a través de tratamiento hormonal implicando esterilidad o recurriendo a la cirugía...”.

### **G. Proyecto de Ley**

66. Un proyecto de ley sobre la protección de identidad de género (núm. 216) fue registrado con la Presidencia del Senado el 11 de diciembre de 2013. Está dirigido a definir un procedimiento para permitir a las personas transgénero el obtener dentro de un tiempo razonable y sin que se requiera someterse a algún tratamiento médico o quirúrgico, un cambio de género en sus documentos de estado civil y el cambio correspondiente del nombre de pila. El razonamiento incluyó el siguiente pasaje:

“Cuatro resoluciones del Tribunal de Casación [de 7 de junio de 2012 y 13 de febrero de 2013] establecieron el principio por el cual ‘con el fin de sustentar una petición para corrección de anotación de género en el acta de nacimiento, la persona interesada debe demostrar en vista de la posición ampliamente aceptada dentro de la comunidad científica que él o ella en verdad sufren del trastorno de identidad

de género en cuestión y que el cambio en su aspecto es irreversible'. Dos condiciones son por lo tanto establecidas: un diagnóstico de trastorno de identidad de género y un cambio irreversible en la apariencia física. Si bien la ley no requiere una operación quirúrgica, sí requiere tratamiento médico irreversible implicando la esterilización".

67. Un nuevo proyecto de ley sobre identidad de género, redactado por la Asociación Nacional de Transexuales en mayo de 2014, está diseñado para permitir a las personas transgénero el obtener un cambio en estado civil, sin satisfacer ningún requisito médico y sin pasar por los tribunales. Refiriéndose a las resoluciones del Tribunal de Casación de 7 de junio de 2012 y 13 de febrero de 2013, el memorándum explicativo subraya: "Si bien el Tribunal de Casación no requiere explícitamente una operación quirúrgica, no obstante si lo hace, a través del criterio nebuloso de un cambio irreversible en la apariencia, requiere de tratamiento médico implicado la esterilización". El memorándum explicativo agrega que "la interpretación de este criterio por la mayoría de los tribunales, equivale a requerir que la persona transgénero se someta a operación quirúrgica resultando en esterilidad".

#### **H. Ley sobre la modernización de la justicia en el siglo XXI**

68. La Sección 56 de la Ley sobre la Modernización de la Justicia en el siglo XXI (promulgada el 12 de octubre de 2016), introdujo los siguientes artículos en el Código Civil, sobre las enmiendas a la indicación de género en documentos de estado civil:

##### Artículo 61-5

"[Los] adultos o menores emancipados que demuestren en base a una combinación suficiente de circunstancias, que el género indicado en sus documentos de estado civil, no corresponde al género con el cual ellos se identifican y con el que

otros los asemejan, podrían tener esa recomendación modificada.

Las principales circunstancias tomadas en cuenta y las pruebas pueden consistir de la siguiente manera:

1. El hecho de que las personas interesadas se identifiquen públicamente como pertenecientes al género preferido;
2. El hecho de que son conocidos por familia, amigos o colegas como pertenecientes al género preferido;
3. El hecho de que han cambiado su nombre de pila para que corresponda a su género preferido”.

#### Artículo 61-6

“La solicitud se efectuará ante el *tribunal de grande instance*.

El solicitante deberá declarar su consentimiento libre e informado sobre el cambio de género en los documentos de estado civil y presentará cualquier prueba disponible en apoyo de la solicitud.

El hecho de que un solicitante no haya sido sometido a tratamiento médico, cirugía o esterilización, no constituirá motivo para rechazar la solicitud.

El tribunal tomará nota del hecho de que el solicitante satisface las condiciones establecidas en el Artículo 61-5 y se ordenará la modificación de la indicación de género, según corresponda, a los nombres de la persona, en los documentos de estado civil.

#### Artículo 61-7

“A petición del Fiscal, una anotación se hará al margen del acta de nacimiento de la persona, registrando el cambio de género y según corresponda, de nombres de pila. Esto se hará dentro de quince días desde la fecha en que la decisión se convierte en definitiva.

No obstante lo dispuesto en el Artículo 61-4, los cambios al nombre de pila relacionado al cambio de género se consignarán en el margen de los documentos del estado civil de cónyuges e hijos sólo con su consentimiento o el de sus representantes legales.

Los Artículos 100 y 101 serán aplicables a los cambios de género.

### Artículo 61-8

“El cambio de género en documentos del estado civil no tendrá implicaciones para las obligaciones contraídas en relación a terceros o las relaciones entre padres e hijos establecidas antes del cambio”.

69. El 17 de noviembre de 2016, el Consejo Constitucional encontró que la sección 56 de la ley es compatible con la Constitución (Decisión núm. 2016-739 DC). Ésta subraya en particular que “al permitir que las personas obtengan la modificación de las anotaciones de género en sus documentos de estado civil sin requerir que se sometan a tratamiento médico, cirugía o esterilización, no infringieron las disposiciones en modo alguno el principio de protección de la dignidad humana”.

### IV. DOCUMENTACIÓN EN DERECHO COMPARADO

70. Esto emerge de un documento titulado “Mapa Europeo de Derechos Transgénero 2016” publicado el 22 de abril de 2016, por una organización transgénero europea no gubernamental (ver además “Discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en Europa”, publicación para el Consejo de Europa, junio de 2011, y los documentos en derecho comparados referidos en la resolución en *Y.Y. v. Turquía* (núm. 14793/08, §§ 35-43, Corte Europea de Derechos Humanos 2015 (extractos), que en ese momento el reconocimiento legal de la identidad de género de las personas transgénero no era posible en siete Estados miembros del Consejo de Europa (Albania, Andorra, Chipre, Liechtenstein, Mónaco, San Marino y la ex República Yugoslava de Macedonia).

71. El documento también deja claro que dicho reconocimiento estaba sujeto a un requisito legal para someterse a la esterilización en veinticuatro Estados miembros del Consejo de Europa (Armenia, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia, Herzegovina, Bulgaria, Croacia, República Checa, Fin-

landia, Francia, Georgia, Grecia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Montenegro, Noruega, Rumania, la Federación Rusa, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, Suiza, Turquía y Ucrania). En dieciséis Estados miembros era posible sin un requisito legal el someterse a esterilización (Austria, Dinamarca, Estonia, Alemania, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Malta, Moldavia, los Países Bajos, Polonia, Portugal, España, Suecia y el Reino Unido). Francia (véase párrafo 68 arriba) y Noruega (a raíz de una ley de 17 de junio de 2016), se han unido desde entonces a la segunda categoría. El número de Estados miembros en los que el reconocimiento no está sujeto a requisito legal de someterse a esterilización, por lo tanto ha aumentado a dieciocho (diecinueve en Europa, contando Bielorrusia), comparado con veintidós países en los cuales el reconocimiento está sujeto a requisito legal. En muchos de los países interesados, la abolición de este requisito es el resultado de la reciente evolución legal (una resolución del Tribunal Administrativo de 27 de febrero de 2009 en Austria; una ley de 15 de marzo de 2010, en Portugal; una resolución del Tribunal Constitucional Federal de 11 de enero de 2011 en Alemania; ley de 22 de mayo de 2013 en Suecia; ley de 18 de diciembre de 2013 en los países bajos; ley de 11 de junio de 2014 en Dinamarca; ley de 1 de abril de 2015 en Malta; ley de 15 de julio 2015 en Irlanda; resolución del Tribunal de Casación de 21 de julio de 2015 en Italia; ley de 17 de junio de 2016 en Noruega; y ley de 12 de octubre de 2016 en Francia). También parece que varios estados miembros están revisando o intentando revisar las condiciones para el reconocimiento legal de las personas transgénero a fin de eliminar cualquier cosa que parezca irracional (Comité Directivo del Consejo de Europa para los Derechos Humanos: Informe sobre la aplicación de la Recomendación CM/Rec(2010) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género - CDDH(2013)R77 Apéndice VI, 21 marzo 2013).

72. También emerge de este último documento en particular que un diagnóstico psiquiátrico es uno de los prerequisites para reconocimiento de identidad legal en treinta y seis países europeos, con solamente Dinamarca, Islandia, Malta y Noruega habiendo promulgado legislación, estableciendo un proceso de reconocimiento que excluye tal diagnóstico (dos de diecisiete Comunidades Autónomas en España, también tienen una legislación similar).

## V. INFORMACIÓN INTERNACIONAL

### A. Consejo de Europa

#### *1. Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa*

73. En octubre de 2009, el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa publicó un documento temático titulado “Derechos humanos e identidad de género”, en el que adoptó una postura en contra de hacer el reconocimiento legal de identidad de género de personas transgénero, sujeto a una cirugía de esterilización irreversible. El Comisionado declaró lo siguiente:

“ ...

Cabe destacar que las condiciones para el cambio de sexo en documentos varían ampliamente en toda Europa. Es posible distinguir más o menos tres categorías de países. En la primera categoría, ninguna disposición se hace para el reconocimiento oficial. Como se señaló anteriormente, esto es una clara violación de la jurisprudencia establecida del TEDH. En la segunda y más pequeña categoría de países, no es necesario someterse a tratamiento hormonal o cirugía de ningún tipo para obtener el reconocimiento oficial del género preferido. El reconocimiento legal de género, es posible al presentar pruebas de disforia de género ante una autoridad competente, como los expertos del Ministerio de Salud (en Hungría), el Panel de Reasignación de Género (en el Reino Unido) o un doctor o psicólogo

clínico. En la tercera categoría de países, que comprenden la mayoría de los estados miembros del Consejo de Europa, la persona tiene que demostrar:

1. Que ha seguido un proceso médicamente supervisado de cambio de sexo – a menudo restringido a ciertos médicos o instituciones designadas por el estado.
2. Que ha sido convertido quirúrgica e irreversiblemente estéril (esterilización), y/o
3. Que se ha sometido a otros procedimientos médicos, como el tratamiento hormonal.

Tales requisitos se oponen claramente al respeto de la integridad física de la persona. Para requerir la esterilización u otra cirugía como un requisito previo para disfrutar del reconocimiento legal del género preferido, se ignora el hecho de que, si bien estas operaciones son a menudo deseadas por las personas transgénero, este no es siempre el caso. Además, la cirugía de este tipo no siempre es médicamente posible, disponible, o asequible, sin financiamiento del seguro de salud. El tratamiento puede no estar de acuerdo con los deseos y necesidades del paciente, ni prescrito por su médico especialista. Sin embargo, el reconocimiento legal de la identidad de género preferida de la persona se hace imposible sin estos tratamientos, poniendo a la persona transgénero en un limbo sin salida aparente. Es muy preocupante que las personas transgénero parezcan ser el único grupo en Europa sujeto a la esterilización, legalmente prescrita y exigida por el Estado.

Hay que señalar que muchas personas transgénero, y probablemente la mayoría de las personas transexuales, eligen someterse a este tratamiento, frecuentemente incluyendo la eliminación de órganos reproductores. El tratamiento se desea a menudo como una necesidad básica de este grupo. Sin embargo, el tratamiento médico debe ser siempre administrado en el mejor interés del individuo y ajustado a sus necesidades y situación específicas. Es desproporcionado que el Estado prescriba el tratamiento de una manera ‘única para todos’. El problema básico de los derechos humanos aquí, es hasta qué punto una interferencia tan fuerte por parte del Estado en la vida privada de las personas puede justificarse y si

se requiere la esterilización u otras intervenciones médicas para clasificar a una persona de un sexo u otro.

...”.

Los Estados que imponen procedimientos físicos intrusivos a las personas transgénero menoscaban de forma efectiva su derecho a fundar una familia.

## 2. *Comité de Ministros y Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa*

74. El 31 de marzo de 2010, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó la Recomendación CM/Rec(2010)5 sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Indicó, en particular que “requisitos previos, incluyendo cambios de naturaleza física para reconocimiento legal de reasignación de género, debe revisarse regularmente para eliminar los requisitos abusivos”, y que los estados miembros deben tomar las medidas apropiadas para garantizar el completo reconocimiento legal de la reasignación de género de una persona en todas las áreas de la vida, en particular al hacer posible el cambio de nombre y género en documentos oficiales de forma accesible, rápida y transparente” (Apéndice, puntos 20 y 21).

75. En Resolución 1728 (2010 aprobada el 29 de abril de 2010, sobre discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, instó a los Estados a “garantizar en la legislación y la práctica [el] derecho [de personas transgénero] a documentos oficiales que reflejen la identidad de género preferida de un individuo, sin ninguna obligación previa de someterse a esterilización u otros procedimientos médicos como cirugía de reasignación de sexo y terapia hormonal” (punto 16.11.2).

76. El 26 de junio de 2013, la Asamblea Parlamentaria además aprobó la Resolución 1945 (2013), titulada “Poner fin a las esterilizaciones y castraciones forzadas” en la cual se señaló lo siguiente:

“... hay un número pequeño pero significativo de esterilizaciones y castraciones que caerían bajo las diferentes definiciones de ‘coerción’. Éstas se dirigen principalmente contra personas transgénero, mujeres romaníes y delincuentes sexuales convictos. Ni las esterilizaciones ni las castraciones forzadas o por coerción pueden ser legitimadas de ninguna manera en el siglo XXI – deben detenerse” (punto 4).

Por lo tanto, instó a los Estados miembros a “revisar sus leyes y políticas según sea necesario para garantizar que nadie pueda ser forzado a la esterilización o castración de ninguna manera o por ningún motivo” (punto 7.1).

77. El 22 de abril de 2015, la Asamblea Parlamentaria aprobó la Resolución 2048 (2015) sobre discriminación contra personas transgénero en Europa. Esto pedía a los Estados miembros, entre otras cosas, a abolir la esterilización y otros tratamientos médicos obligatorios, así como un diagnóstico de salud mental, como un requisito legal necesario para reconocer la identidad de género de una persona en las leyes que regulan el procedimiento para cambiar el nombre y el género registrado, y para modificar las clasificaciones de enfermedades usadas a nivel nacional y abogar por la modificación de clasificaciones internacionales, asegurándose de que las personas transgénero, incluidos los niños, no sean etiquetados como enfermos mentales, a la vez se garantiza el acceso libre de estigmas al tratamiento médico necesario.

## B. Naciones Unidas

### 1. *Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*

78. En su informe de 17 de noviembre de 2011 al Consejo de Derechos Humanos, titulado “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia contra los individuos basados en su orientación sexual e identidad de género” (A/HRC/19/41), la Alta Comisionada de las Nacio-

nes Unidas para los Derechos Humanos, observó en particular, que los reglamentos en países que reconocían los cambios de género a menudo exigían, implícita o explícitamente, que los solicitantes se sometieran a cirugía de esterilización como condición de reconocimiento (párrafo 72). Recomendó en particular (párrafo 84 (h)) que establece:

“[f]acilitar el reconocimiento legal del género preferido de las personas transgénero y establecer disposiciones que permitan la reedición de documentos de identidad relevantes, reflejando el género y nombre preferido, sin vulneraciones a otros derechos humanos”.

## *2. Relator especial sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes*

79. En su informe de 1 de febrero de 2013, al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (A/HRC/22/53), el Relator especial sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes subrayó lo siguiente (párrafo 78):

“En muchos países, las personas transgénero deben someterse a cirugías de esterilización a menudo no deseadas como requisito previo para disfrutar del reconocimiento legal de su género preferido. En Europa, 29 Estados requieren procesos de esterilización para reconocer el género legal de las personas transgénero. En 11 Estados donde no hay legislación que regule el reconocimiento legal del género, la esterilización forzada todavía se practica. Al igual que en 2008, en los Estados Unidos de América, 20 Estados requerían que una persona transgénero se sometiera a una ‘cirugía de confirmación de género’ o ‘cirugía de reasignación de género’ antes de poder cambiar su sexo legalmente. En Canadá, únicamente la provincia de Ontario no aplica ‘la cirugía transexual’ a fin de corregir el sexo registrado en las actas de nacimiento. Algunos tribunales domésticos han descubierto que la cirugía forzada no sólo resulta en esterilidad permanente y cambios irreversibles en el cuerpo e in-

terfiere en la vida familiar y reproductiva, también equivale a una intrusión severa e irreversible en la integridad física de una persona. En 2012, el Tribunal Administrativo Sueco de Apelaciones dictaminó que un requisito de esterilización forzada para inmiscuirse en la integridad física de una persona no podría considerarse como voluntario. En 2011, el Tribunal Constitucional en Alemania, dictaminó que el requisito de cirugía de reasignación de sexo violaba el derecho a la integridad física y a la autodeterminación. En 2009, el Tribunal Superior Administrativo Austriaco también sostuvo que la reasignación obligatoria de género, como condición para reconocimiento legal de identidad de género era ilegal. En 2009, el ex Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa observó que ‘[la esterilización involuntaria] claramente va en contra del respeto de la integridad física de la persona’.”

80. En sus conclusiones y recomendaciones, exhortó a todos los Estados (párrafo 88):

“...derogar cualquier ley que permita tratamientos intrusivos e irreversibles, incluyendo cirugía de normalización genital forzada, esterilización involuntaria, experimentación no ética, exhibición médica, ‘terapias reparativas’ o ‘terapias de conversión’, cuando se apliquen o administren sin el consentimiento libre e informado de la persona interesada. También les pide que prohíban la esterilización forzada o coaccionada en todas las circunstancias y proporcionen protección especial a las personas pertenecientes a grupos marginados”.

*3. Organización Mundial de la Salud (OMS), Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), ONU Mujeres, ONUSIDA, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y Fondo de Población de las Naciones Unidas*

81. En mayo de 2014, la OMS, UNICEF, ACNUDH, ONUSIDA, PNUD y el Fondo de Población de las Naciones Unidas, publicaron una declaración interinstitucional sobre la eliminación de la esterilización forzada,

coercitiva, y de otro modo involuntario. Observaron, en particular, que en muchos países las personas transgénero fueron obligadas a someterse a cirugías de esterilización que a menudo no eran deseadas, como requisito previo para la modificación en el indicador de género en sus documentos. Los autores señalaron que de acuerdo con los órganos de derechos humanos internacionales, regionales y algunos tribunales constitucionales, como se refleja en los recientes cambios jurídicos en varios países, estos requisitos de esterilización se oponen al respeto de la integridad corporal, la autodeterminación, la dignidad humana y podría causar y perpetuar discriminación contra las personas transexuales e intersexuales. Pidieron que se actuara para garantizar que la esterilización, o los procedimientos que resultaran en infertilidad, no fueran un requisito previo para el reconocimiento legal del sexo/género preferido.

## LA LEGISLACIÓN

...

### II. PRESUNTAS VIOLACIONES DEL ARTÍCULO 8 DE LA CONVENCIÓN

83. Los demandantes se quejaron acerca de la negativa de sus solicitudes a que se corrigiera la indicación de género en sus actas de nacimiento, con el argumento de que las personas que lo solicitaban, debían sustentarlo demostrando que padecían realmente un trastorno de identidad de género que el cambio en su apariencia era irreversible. Criticaron el hecho de que este último requisito, significaba que las personas transgénero que, como ellas, deseaban la indicación de género modificada en sus documentos de estado civil y se vieran obligados a someterse a cirugía y tratamiento previo que implica la esterilidad irreversible. Los demandantes se basaron en el Artículo 8 de la Convención, que establece:

“1. Todos tienen el derecho al respeto por su vida privada y familiar, su hogar y correspondencia.

2. No habrá interferencia por parte de una autoridad pública en el ejercicio de este derecho, excepto que esté de acuerdo con la ley y sea necesario en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública o el bienestar económico del país, para la prevención del desorden o el crimen, para la protección de la salud o la moral, o para la protección de los derechos y libertades de los demás”.

El primer demandante (proceso núm. 79885/12) también se basó en el Artículo 8, leído en relación con el Artículo 3 de la Convención, que establece:

“Nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas inhumanas o degradantes.”

84. El segundo demandante (proceso núm. 52471/13) también se quejó específicamente del hecho de que el primer requisito (para que las personas demuestren que ellos sufrieron de un trastorno de identidad de género) vulneraba la dignidad de las personas afectadas ya que suponía que padecían de un trastorno mental. Él se basó en el Artículo 8, citado anteriormente.

85. El primer demandante (proceso núm. 79885/12) también criticó el hecho de que los tribunales nacionales realizaron la corrección de las anotaciones de género en su acta de nacimiento a condición de someterse a una traumática evaluación médica experta. En su opinión, las evaluaciones de expertos requeridas en este contexto por el Tribunal Francés de Casación equivalían, al menos potencialmente, a un trato degradante. Él se fundamentó en el Artículo 8 citado en conjunción con el Artículo 3, ambos citados anteriormente.

...

## B. Fundamentos

### 1. Cuestiones Preliminares

#### (a) Aplicabilidad del Artículo 8 de la Convención

92. La Corte ha insistido en numerosas ocasiones que el concepto de “vida privada” es un término amplio que no es susceptible a una definición exhaustiva. Incluye no sólo la integridad física y psicológica de una persona, sino, que a veces también puede abarcar aspectos de la identidad física y social de un individuo. Elementos como la identidad de género o identificación, los nombres, la orientación sexual y la vida sexual caen dentro de la esfera personal protegida por el Artículo 8 de la Convención (véase en particular, *Van Küick v. Alemania*, no. 35968/97, § 69, ECHR 2003-VII; *Schlumpf v. Suiza*, no. 29002/06, § 77, 8 enero 2009; y *Y.Y. v. Turquía*, mencionados con antelación, § 56, y las referencias expuestas en el mismo).

93. La Corte también ha destacado que la noción de autonomía personal es un principio importante que subyace a la interpretación de las garantías del Artículo 8 de la Convención (véase *Pretty v. El Reino Unido*, núm. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III). Esto ha llevado a reconocer, en el contexto de la aplicación de esa disposición a personas transgénero, que incluye el derecho a la autodeterminación (véase *Van Küick*, § 69, y *Schlumpf*, § 100, ambos anteriormente referidos), de la cual la libertad de definir la identidad sexual propia es uno de los elementos esenciales más básicos (véase *Van Küick*, citado anteriormente, § 73). También ha constatado que el derecho de las personas transgénero al desarrollo personal y a la seguridad física y moral están garantizados por el Artículo 8 (ver, entre otras autoridades, *Van Küick*, § 69; *Schlumpf*, § 100; y *Y.Y. v. Turquía*, § 58, todos aludidos anteriormente).

94. Las resoluciones de la Corte en este ámbito se han referido hasta ahora al reconocimiento legal de la identidad de género de personas transgénero que se sometieron a cirugía de reasignación (véase *Rees v. el Reino Uni-*

do, octubre 17 1986, Serie A núm. 106; *Cossey v. el Reino Unido*, septiembre 27 1990, Serie A núm. 184; *B. v. Francia*, marzo 25 1992, Serie A núm. 232C; *Christine Goodwin v. El Reino Unido* [GC], núm. 28957/95, ECHR 2002VI; *I. v. El Reino Unido* [GC], núm. 25680/94, julio 11 2002; *Grant v. El Reino Unido*, no. 32570/03, ECHR 2006VII; y *Hämäläinen v. Finlandia* [GC], no. 37359/09, ECHR 2014), y las condiciones de acceso a dicha cirugía (véase *Van Küick*; *Schlumpf, L. v. Lituania*, no. 27527/03, ECHR 2007-IV; y *Y.Y. v. Turquía*). Sin embargo, no se puede deducir de ello que la cuestión del reconocimiento legal de la identidad de género de las personas transgénero que no se han sometido a tratamiento de reasignación de género aprobado por las autoridades, o que no deseen someterse a dicho tratamiento, no entra en el ámbito de aplicación del Artículo 8 de la Convención.

95. El derecho al respeto de la vida privada en virtud del Artículo 8 de la Convención, se aplica plenamente a la identidad de género como un componente de la identidad personal. Esto se atribuye a todos los individuos.

96. Por lo tanto, el aspecto de “vida privada” del Artículo 8 es aplicable al presente caso. Además esto no fue impugnado por el Gobierno.

**(b) Si el caso se refiere a interferencia o una obligación positiva**

97. Refiriéndose a las resoluciones en *I. v. el Reino Unido*, *Christine Goodwin*, y *Van Küick* (todos citados arriba), el Gobierno observó que el Artículo 8 imponía a los Estados miembros la obligación de reconocer legalmente la reasignación de género de personas transgénero. Los Estados tenían discreción sólo para determinar las condiciones que debían cumplir las personas que buscaban reconocimiento legal de su identidad de género adquirida, a efectos de establecer que ellos en realidad se sometieron a una reasignación. El Gobierno infirió de esto que la queja debería ser examinada desde el punto de vista de las obligaciones positivas del Estado.

98. El segundo y tercer demandante no comentaron expresamente sobre este punto.

99. El tribunal está de acuerdo con el Gobierno. Como por ejemplo, en el caso de *Sheffield y Horsham v. el Reino Unido* (julio 30 1998, § 51, *Informes de Resoluciones y Decisiones 1998-V*), las quejas de los demandantes se examinan desde la perspectiva de si el Estado demandado incumplió o no su obligación positiva de asegurar a las personas interesadas el derecho al respeto de sus vidas privadas. El tribunal también se refiere al caso de *Hämäläinen*, citado arriba, que, al igual que el presente caso, se refería a la compatibilidad con el Artículo 8 de la Convención de las condiciones para el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona transgénero. En ese caso, el tribunal consideró más apropiado examinar la queja del demandante desde la perspectiva de las obligaciones positivas del Estado. En otras palabras, la cuestión a determinar es si el respeto a la vida privada de los demandantes implica una obligación positiva para el Estado de proporcionar un procedimiento permitiéndoles tener su identidad de género legalmente reconocida sin tener que cumplir las condiciones de las que se quejan (véase, *mutatis mutandis*, *Hämäläinen*, citado arriba, § 64).

100. El tribunal señala que, a primera vista, Francia cumple con esta obligación positiva ya que la ley francesa permite que las personas transgénero tengan su identidad legalmente reconocida al tener sus documentos de estado civil corregidos, sin embargo, en el momento de los acontecimientos en el caso de los demandantes, la ley francesa estableció la condición de reconocimiento legal para que las personas interesadas demostraran que padecían de un trastorno de identidad de género y que el cambio en su apariencia era irreversible. Por consiguiente, las solicitudes a tal efecto formuladas por los demandantes segundo y tercero fueron rechazadas por considerar que no cumplieron con la

condición en cuestión. Por lo tanto, la referencia que debe abordarse con respecto al segundo y tercer demandante es si, al imponerles esa condición, Francia incumplió su obligación positiva de garantizar su derecho al respeto de sus vidas privadas. En el caso del primer demandante, la pregunta es si Francia no cumplió con esa obligación haciendo que el reconocimiento legal de la identidad del solicitante esté sujeta a una evaluación experta.

101. Consecuentemente, el Tribunal examinará si, a la vista del margen de apreciación del que gozaban, la autoridades francesas, al reconocer legalmente la identidad de género de los demandantes, sujetas a tales condiciones, lograron un justo equilibrio entre los intereses contrapuestos de las personas interesadas y de la comunidad en su conjunto, los objetivos del segundo párrafo del Artículo 8 son de cierta relevancia (véase, por ejemplo, *Hämäläinen*, citado arriba, § 65).

## 2. *El requisito para demostrar un cambio irreversible en la apariencia*

### (a) **Las observaciones de las partes**

#### (i) El segundo y tercer demandantes

102. Ambos demandantes argumentaron que requerir que las personas demostraran la “naturaleza irreversible del cambio de apariencia” equivalía a requerir esterilidad.

103. Los demandantes no presentaron observaciones, sino que expusieron sus argumentos en su solicitud. En su opinión, estaba claro que la jurisprudencia del Tribunal que establece que la libertad fundamental para definir la identidad de género propia, estaba consagrada en el Artículo 8, sin que su ejercicio esté sujeto a un diagnóstico de trastorno psiquiátrico o tratamiento médico o quirúrgico, este también fue el enfoque defendido en la Resolución 1728 (2010) de la Asamblea

Parlamentaria (citado anteriormente). Los criterios empleados por el Tribunal de Casación estaban en contradicción con este enfoque, ya que se basaban, no en la idea de que la reasignación de género era una libertad fundamental, pero sobre la noción de que las personas que buscan un cambio en el estado civil, sufrieron un trastorno psiquiátrico afectando su identidad de género y que la cirugía de reasignación debía curar. Además, este criterio no podría justificarse por el miedo irracional de que las personas puedan tener las anotaciones de género en sus documentos de estado civil alterados indefinidamente y por un capricho, comprometiendo así el principio de inalienabilidad del estado civil. Este fue el primer caso, en primer lugar, por la jerarquía de las normas y, en segundo lugar, porque ese principio no significaba que un cambio de estatus fuera irreversible; además, tal movimiento fue posible, por ejemplo, en relación con el estado civil y los nombres de las personas. No existía ningún valor moral que justificara privar a las personas del derecho fundamental de elegir su identidad de género y garantizar que sus documentos de estado civil reflejaran esa identidad, con fundamento de que no se sometieron a un proceso irreversible de reasignación de género. Eso equivaldría a imponer la esterilización a las personas que desean ejercer este derecho en descuido de su dignidad y el respeto debido a sus cuerpos y a la intimidad de sus vidas privadas.

(ii) *El Gobierno*

104. En sus observaciones el Gobierno reconoció que surgió de la resolución en *Y.Y. v. Turquía*, citado arriba, que la esterilidad permanente como condición previa para la reasignación de género equivalía a una infracción en el Artículo 8, sin embargo, el carácter irreversible del cambio requerido por el Tribunal de Casación, resoluciones de

7 de junio de 2012 “[no] necesariamente implican” esterilidad y no equivalen a obligar a las personas interesadas a someterse a la esterilización. El “tratamiento médico y quirúrgico” requerido en la jurisprudencia anterior “era tradicionalmente entendido que requería la extracción de los genitales originales y su reemplazo por genitales artificiales del género preferido (una operación conocida como reasignación de género)”. El Tribunal de Casación sustituyó ese requisito por la solicitud de demostrar un cambio irreversible en la apariencia a fin de tener en cuenta el desarrollo de técnicas médicas. La razón por la que no definió este concepto, era porque fue más médico que legal. El Gobierno reconoció que la cirugía de reasignación de género resultaba en esterilidad pero argumentó que los científicos no eran unánimes en cuanto a los efectos del tratamiento hormonal en la fertilidad. No obstante, tal tratamiento tuvo un impacto irreversible en la apariencia física, con la Autoridad Superior para la Salud que ha indicado que el desarrollo del pecho y la atrofia testicular causada por terapia con estrógenos “podría ser irreversible” y que los cambios en la voz, el crecimiento del vello facial, calvicie y la ampliación del clítoris como resultado del tratamiento con testosterona “[fueron] irreversibles”. La evaluación del juez sobre si hubo un cambio irreversible en la apariencia de manera que las anotaciones de género en los documentos de estado civil de la persona deberían ser modificados a la luz de toda esta información médica. Varias decisiones recientes demostraron que los tribunales permitieron tales alteraciones basándose en certificados médicos que establecían que la persona en cuestión se sometió a cirugía o tratamiento hormonal, sin requerir prueba de esterilidad.

105. El Gobierno infirió el hecho de que la queja debería de examinarse desde el punto de vista de las obligaciones positivas de que “[era] innecesario investigar si la injerencia [se llevó a cabo] conforme a la

ley". La negativa de las solicitudes de los demandantes persiguió un objetivo legítimo, ya que se guió por el principio francés de la inalienabilidad del estado civil, según el cual la decisión de modificar un acta de nacimiento podía no ser un asunto de elección individual, incluso esa opción cayó dentro del ámbito del respeto por la vida privada. Fue porque la fiabilidad y la coherencia de los registros del estado civil franceses estaban en juego, y en interés del papel estructural necesario de la identidad sexual dentro de los arreglos sociales y legales del país, que un cambio de género en documentos del estado civil podría ser permitido sólo cuando la naturaleza irreversible del proceso de reasignación de género haya sido objetivamente establecida.

106. Además, el Tribunal reiteró en su resolución en *Y.Y. v. Turquía*, citado anteriormente, que si bien el margen de apreciación de los Estados estaba restringido cuando se encontraba en juego una faceta particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo, era más amplio cuando no se consensó en los Estados miembros. Únicamente una minoría de los países europeos no requerían ninguna cirugía o tratamiento hormonal. Destacando que el Tribunal observó en la misma resolución que la tendencia actual era a favor de flexibilizar los criterios estatutarios con respecto al requisito de esterilización previa y la necesidad de cirugía de reasignación de género, el Gobierno subrayó que —cómo se estableció en el momento de los hechos en el presente caso— la ley positiva francesa reflejó esta tendencia, porque ya no hacía la modificación de las anotaciones de género sujeta a cirugía de reasignación de género, sino más bien para probar que el tratamiento hormonal o la cirugía tuvieron un impacto irreversible en la apariencia de la persona. El gobierno dedujo de esto que no era desproporcionado rechazar una solicitud de modificación de indicación de género cuando no se demostraron la naturaleza irreversible del cambio de apariencia. Tal rechazo estableció un justo balance entre el

principio de inalienabilidad del estado civil y los requisitos de certeza jurídica por un lado, y el derecho de todas las personas a respetar su vida privada, por el otro.

107. En el caso específico del tercer demandante, el Gobierno sostuvo que su petición se rechazó a causa de haber argumentado que era considerado por otros como una mujer y no proporcionó pruebas de la naturaleza irreversible del proceso de reasignación de género. En cuanto al segundo demandante, su petición se negó debido a que, dada la deficiencia de los registros médicos presentados, ninguna de las condiciones establecidas por la jurisprudencia del Tribunal de Casación se cumplió en su caso.

108. Por último, en una carta de fecha 17 de enero de 2017, el Gobierno informó al Tribunal, que el marco jurídico que rige las solicitudes para cambio de género se modificó por la Ley de Modernización de Justicia en el Siglo XXI, promulgada el 18 de noviembre de 2016 (ver párrafo 68 arriba). Afirmaron que las nuevas disposiciones “brindan[ron] a las personas que desean cambiar las anotaciones de género en sus documentos de estado civil, con un marco procesal específico, simplificado y sin papeleo”. Agregaron lo siguiente:

“De este modo, adultos o menores emancipados que demuestren basándose en una combinación suficiente de circunstancias de que el género indicado en sus documentos de estado civil no corresponde al género con que se identifican y con el que otros los distinguen, pueden tener esa indicación modificada”.

El gobierno especificó además que “[se] declaró expresamente, que el hecho de no haber sido sometido a un tratamiento médico, cirugía o esterilización no podía ser citado como motivo para rechazar una solicitud”.

## **(b) Observaciones de las partes coadyuvantes**

### *(i) ADF Internacional*

109. En opinión de ADF Internacional, estos tres procesos planteaban cuestiones relativamente novedosas en relación con la forma en que el Artículo 8 entraba en juego en el contexto de los procedimientos internos relativos al reconocimiento de la reasignación de género.

110. La parte coadyuvante observó que la jurisprudencia del Tribunal en este ámbito se centraba en la legalidad de las restricciones impuestas al reconocimiento, con el Tribunal considerando que correspondía a los estados definir los mecanismos de reconocimiento. Esto planteó cuestiones fundamentales con respecto a las definiciones, que tenían ramificaciones en los ámbitos de la ética, psicología y la ciencia médica, y en relación con las cuales los Estados deberían de gozar de amplia discreción. La forma en que los Estados abordan las cuestiones transgénero varían de un país a otro en función de las características específicas del entorno nacional, con cada Estado definiendo normas destinadas a lograr un equilibrio entre los intereses públicos y privados en juego. Este enfoque se apoyaba en las opciones jurídicas ampliamente divergentes elegidas por los Estados miembros en relación con esta cuestión.

111. Por último, ADF Internacional afirmó que no se deben tener en cuenta los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de las Leyes Internacionales de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, al examinar estos tres procesos, ya que esos principios no reflejan el derecho internacional establecido y van más allá de lo que el Tribunal ha aceptado hasta ahora.

(ii) *Amnistía Internacional, ILGA Europa y Europa Transgénero (TGEU)*

112. Las partes coadyuvantes señalaron en primer lugar, el principio establecido por el Artículo 5 del Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina, según el cual, cualquier intervención en el ámbito de la salud podría llevarse a cabo después de que el interesado haya dado su consentimiento libre e informado. En Francia, las personas transgénero que buscan el reconocimiento legal de su género fueron obligados a someterse a una variedad de tratamientos médicos. Su consentimiento se vio comprometido porque no pudieron obtener el reconocimiento si no se sometieron a los tratamientos en cuestión. Efectivamente, tenían que elegir entre dos derechos fundamentales, es decir, el derecho al reconocimiento de su identidad de género y el derecho al respeto de su integridad física. La comunidad *trans* fue diversa. Si bien algunas personas sufrieron o quisieron someterse a cirugía genital o terapia hormonal, otros no quisieron hacerlo o no pudieron hacerlo porque, por ejemplo, el costo, el hecho de que eran ancianos o estaban en malas condiciones físicas, el miedo a complicaciones postoperatorias, sus creencias religiosas o personales, la oposición de sus seres queridos, el deseo de conservar su capacidad reproductiva, la oposición de las autoridades o porque no necesitaban la cirugía para sentirse cómodos con su identidad de género.

113. Además, partiendo del requisito de “irreversibilidad” muchos tribunales franceses modificaron el estado civil con la condición de que la cirugía resultara en esterilización. Las partes coadyuvantes subrayaron que, debido a las graves implicaciones, la cirugía genital sólo debería realizarse en personas que lo solicitaron y que otorgaron su consentimiento libre e informado. También criticaron el hecho de que, en Francia, el proceso de reconocimiento de género tendía a considerar la situación de las personas transgénero como un trastorno,

considerando la identidad *trans* como una enfermedad mental. Esto contribuyó a la estigmatización de las personas transgénero y su exclusión social.

114. La gran mayoría de los profesionales médicos rechazaron la idea de que el proceso de transición necesario e inevitable culmine en cirugía genital. Los coadyuvantes señalaron en particular la posición de la Asociación Profesional Mundial para la Salud Transgénero. El requisito de un cambio irreversible en la apariencia, impuesto por la jurisprudencia del Tribunal de Casación Francés, se basaba en el temor irracional de que las personas cambien de género más de una vez, de hecho los estudios demostraron que era poco probable que esto sucediera.

115. Las partes coadyuvantes sostuvieron que la esterilización forzada y los tratamientos médicos forzados, interferían drásticamente con la integridad física y los derechos reproductivos y, como tales, eran incompatibles con la prohibición del trato inhumano y degradante, en virtud del Artículo 3 de la Convención. También violaban el Artículo 8 de la Convención, toda vez que los Estados tenían una discrecionalidad muy limitada, cuando la identidad íntima de las personas estaba en juego.

### (c) La evaluación del Tribunal

#### (i) Cuestión Preliminar

116. La primera cuestión que se plantea en el presente caso es si, al exigir a las personas transgénero que busquen el reconocimiento de su identidad de género que demuestren la “naturaleza irreversible del cambio en la apariencia”, la ley positiva francesa, tal como existía en el momento de los hechos y el presente caso hizo que tal reconocimiento estuviera condicionado a cirugía o a tratamiento resultando en esterilización.

117. El Tribunal observa desde el principio la ambigüedad de los términos utilizados. La referencia a “apariencia” sugiere un cambio superficial, mientras que la noción de irreversibilidad refleja una transformación radical que, en el contexto de un cambio en la identidad legal de las personas transgénero, plantea a su vez la noción de esterilidad. El Tribunal considera esta ambigüedad problemática cuando la integridad física de las personas está en juego.

118. El Tribunal observa que el Gobierno se refirió a (sin presentar) decisiones internas que aparentemente demostraban que algunos tribunales de primera instancia aprobaron un cambio en el estado civil para las personas transgénero sin exigirles que proporcionaran prueba de esterilidad. Sin embargo, uno de los demandantes se refirió a decisiones contemporáneas (presentando dos de ellas) que mostraban, en cambio, que varios tribunales exigieron tal prueba.

119. El Tribunal también refiere que, en su opinión de 27 de junio de 2013, la CCNDH subrayó que “aunque la cirugía [no era] un requisito; la ley, sin embargo, requiere [requirió] de tratamiento médico irreversible que implica, entre otras cosas, la esterilización” y que “esta condición obliga[ba] a las personas afectadas a someterse a tratamientos médicos con graves consecuencias que implican[ban] la obligación de esterilización”. La CCNDH especificó que “esta obligación [no] involucró necesariamente la cirugía de reasignación de género, pero [podría] lograrse por medio del tratamiento hormonal que, de acuerdo con la Autoridad Superior para la Salud, [era] responsable de provocar cambios metabólicos irreversibles si se tomaba por un largo periodo” (véase párrafo 63). Este punto de vista fue compartido por los autores del proyecto de ley, sobre la protección de la identidad de género (núm. 216) registrado en el Senado el 11 de diciembre de 2013, cuyo razonamiento establece que, si bien el derecho positivo en ese momento “[no] exigía una operación quirúrgica, requirió tratamiento médico irreversible implicando esteri-

lización” (véase párrafo 66). Asociaciones involucradas en la protección de los intereses de las personas transgénero, como Europa Transgénero (véase párrafo 71 arriba) y la Asociación Nacional Transgénero (véase párrafo 67), también observan que la esterilidad era una de las condiciones establecidas por la legislación positiva francesa tal y como existía en el tiempo material en el presente caso.

120. Por lo tanto, el Tribunal procederá a partir de que, en el momento de las circunstancias del caso de los demandantes, la ley positiva francesa condicionó el reconocimiento de identidad de género de las personas transgénero a la cirugía de esterilización o al tratamiento que, por su naturaleza e intensidad, implicaban una muy alta probabilidad de esterilidad.

*(ii) El margen de apreciación*

121. Al aplicar sus obligaciones positivas en virtud del Artículo 8, los Estados disfrutaban de un cierto margen de apreciación. Se deben tener en cuenta varios factores al determinar la amplitud de ese margen. Por lo tanto, cuando no hay un consenso dentro de los Estados miembros del Consejo de Europa, ya sea sobre la importancia relativa del interés en juego o sobre los mejores medios para protegerlo, particularmente cuando el caso plantea cuestiones morales o éticas sensibles, el margen será más amplio. Por lo general, también habrá un amplio margen si se requiere que el Estado logre un equilibrio entre los intereses privados y públicos contrapuestos o los derechos de la Convención. Cuando está en juego una faceta particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo, se restringirá el margen permitido al Estado (ver, en particular, *Hämäläinen*, citado arriba, § 67, y las referencias citadas en él).

122. En el presente caso, el Tribunal observa que los Estados parte están divididos en cuanto al requisito de esterilidad (ver párrafo 71 arri-

ba). Por lo tanto, no hay consenso sobre el tema. Además, puntualiza que los intereses públicos están en juego, y el Gobierno alega a ese respecto la necesidad de salvaguardar el principio de inalienabilidad del estado civil y garantizar la fiabilidad y la coherencia de los registros del estado civil, y que el presente caso plantea cuestiones morales y éticas sensibles.

123. Sin embargo, el Tribunal también observa un aspecto esencial de la identidad íntima de las personas, por no decir de su existencia, es fundamental para las resoluciones actuales. Esto es así, en primer lugar, porque el tema de la esterilización va directamente a la integridad física de las personas y, en segundo lugar, porque los procesos se refieren a la identidad de género de las personas. A este respecto, el Tribunal ha subrayado anteriormente que la “noción de autonomía personal es un principio importante que subyace a la interpretación de las garantías del Artículo 8” (ver *Pretty*, § 61; *Van Kück*, § 69; y *Schlumpf*, § 100, todos citados arriba) y que el derecho a la identidad de género y al desarrollo personal es un aspecto fundamental del derecho al respeto de la vida privada (ver *Van Kück*, citado arriba, § 75). Esto nos lleva a concluir que el Estado demandado sólo tuvo un estrecho margen de apreciación en el presente caso.

124. Además, el Tribunal enfatiza que la condición en cuestión dejó de ser parte de la ley positiva de once Estados Parte, incluyendo Francia, entre 2009 y 2016, y que reformas similares están siendo discutidas en otros Estados Parte (ver párrafo 71). Esto demuestra que ha surgido una tendencia en Europa en los últimos años hacia la abolición de esta condición, impulsada por los avances en el entendimiento del transgénero.

125. El Tribunal también destaca que numerosos actores institucionales europeos e internacionales involucrados en la promoción y defensa de los derechos humanos han adoptado una posición muy clara a favor

de la abolición del criterio de esterilidad, que consideran una violación de los derechos fundamentales. Entre ellos figuran el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Organización Mundial para la Salud, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y ACNUDH, ONU Mujeres, ONUSIDA, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y Fondo de Población de las Naciones Unidas (ver párrafos 73-81). Menciona que muchas de estas declaraciones se hicieron antes o al mismo tiempo que las resoluciones del Tribunal de Casación en los casos del segundo y tercer demandante.

*(iii) Si se alcanzó un equilibrio justo entre el interés general y los intereses de los demandantes*

126. El Tribunal hace referencia que, para obtener el reconocimiento de su identidad, las personas en la situación de los demandantes no tuvieron más remedio que someterse primero a un tratamiento médico difícil o cirugía, que en virtud de la ley positiva francesa, tal como existía en el momento de los acontecimientos en el presente caso, tuvo como resultado un cambio irreversible de apariencia. Como señaló el Tribunal anteriormente, esto significaba con toda probabilidad que debían ser esterilizados. No obstante, no todas las personas transgénero desean –o pueden– someterse a tratamiento o cirugía que conduzca a tales consecuencias, como se ilustra en el ejemplo de los demandantes segundo y tercero en el presente caso. El Tribunal observa al respecto que, en su opinión de 27 de junio de 2013, citada anteriormente, la CCNDH hizo hincapié en que algunas personas que no deseaban recurrir a dicho tra-

tamiento u operaciones, empero lo anterior, acordaron esta restricción con la esperanza de lograr un resultado exitoso en los procedimientos relativos a la modificación de su estado civil (ver párrafo 65 arriba).

127. Los tratamientos médicos y operaciones de este tipo van a la integridad física de una persona, que está protegida por el Artículo 3 de la Convención (aunque esta disposición no fue invocada por el segundo y tercer demandante) y por el Artículo 8.

128. Por lo tanto, en diferentes contextos, el Tribunal ha encontrado una violación de estas disposiciones en los casos relativos a la esterilización de adultos mentalmente competentes que no dieron su consentimiento informado. En particular, encontró que, dado que la esterilización se refiere a una función corporal humana esencial, tiene implicaciones para múltiples aspectos de la integridad de las personas, incluyendo su bienestar físico y mental y su vida emocional, espiritual y familiar. Especificó que, si bien puede realizarse legítimamente a petición de la persona interesada, por ejemplo como medio anticonceptivo, o con fines terapéuticos cuando se ha establecido convincentemente un caso de necesidad médica, la situación es diferente cuando esto es impuesto a una persona adulta mentalmente competente sin su consentimiento. En opinión del Tribunal, ese proceder es incompatible con el respeto de la dignidad y la libertad humana, que constituye uno de los principios fundamentales de la Convención (ver *Soares de Melo v. Portugal*, no. 72850/14, §§ 109-11, 16 febrero 2016, y *G.B. y R.B. v. la República de Moldova*, no. 16761/09, §§ 29-30 y 32, 18 diciembre 2012).

129. A grandes rasgos, el Tribunal ha sostenido que, en el ámbito de la asistencia médica, incluso cuando la negativa a aceptar un tratamiento en particular podría conducir a un desenlace fatal, la imposición de tratamiento médico sin el consentimiento de un paciente adulto mentalmente competente interferiría con su derecho a la integridad física (ver *V.C. v. Eslovaquia*, no. 18968/07, § 105, ECHR 2011, y los casos cita-

dos allí: *Pretty*, §§ 63 y 65; *Glass v. el Reino Unido*, no. 61827/00, §§ 82-83, ECHR 2004-II; y los *Testigos de Jehová de Moscú v. Rusia*, no. 302/02, § 135, 10 junio 2010; ver además *Soares de Melo*, § 109).

130. El tratamiento médico no puede considerarse objeto de un consentimiento genuino cuando el hecho de no someterse a éste priva al interesado del pleno ejercicio de su derecho a la identidad de género y al desarrollo personal, que, como se dijo anteriormente, es un aspecto fundamental del derecho al respeto de la vida privada (ver *Van Küick*, citado arriba, § 75).

131. Hacer el reconocimiento de la identidad de género de las personas transgénero, condicionado a cirugía o tratamiento de esterilización —o la cirugía o el tratamiento con la probabilidad de resultar en esterilización— que no desean experimentar, equivale a hacer pleno ejercicio de su derecho al respeto de su vida privada bajo el Artículo 8 de la Convención, condicionadas a que renuncien al ejercicio pleno de su derecho al respeto de su integridad física, tal como está protegido por esa disposición y también por el Artículo 3 de la Convención.

132. El Tribunal acepta plenamente que proteger el principio de inalienabilidad del estado civil, garantizar la fiabilidad y coherencia de los registros del estado civil y, en términos más generales, garantizar certeza jurídica, son de interés general. Sin embargo, determina a partir de esta interpretación del interés general, el derecho positivo francés que se situó en el tiempo material, presentaba a las personas transgénero, que no deseaban una reasignación completa de género, con un dilema imposible. O bien se sometieron a cirugía de esterilización o tratamiento —o cirugía o tratamiento que muy probablemente resulte en esterilización— en contra de sus deseos, renunciando así al ejercicio pleno de su derecho al respeto de su integridad física, que forma parte del derecho al respeto a la vida privada en virtud del Artículo 8 de la

Convención; o renunciaron al reconocimiento de su identidad de género y, por lo tanto, al ejercicio pleno de ese mismo derecho. En opinión del Tribunal, esto suponía una perturbación al equilibrio equitativo que los Estados parte deben mantener entre el interés general y los intereses de las personas en cuestión.

133. El Tribunal reitera a ese respecto su conclusión en *Y.Y. v. Turquía* (§ 119), en el sentido de que se respeta debidamente la integridad física del demandante (una persona transgénero cuya solicitud de someterse a una cirugía de reasignación de género fue rechazada porque no demostró que no podía procrear permanentemente) impidió cualquier obligación para él de someterse a un tratamiento que resulte en infertilidad permanente. Observa además que, en el caso de *Soares de Melo* (§ 111) encontró una violación del Artículo 8 debido a la exigencia de que el solicitante se someta a una cirugía de esterilización para ejercer sus derechos parentales protegidos por esa misma disposición.

134. Además, el Tribunal destaca que, el 12 de octubre de 2016, el Órgano Legislativo Francés excluyó expresamente la esterilización de las condiciones que deben cumplir las personas transgénero que buscan el reconocimiento de su identidad. El nuevo Artículo 61-6 del Código Civil establece que “[el] hecho de que un solicitante no haya sido sometido a tratamiento, cirugía o esterilización no constituirá motivo para denegar la solicitud [de modificación de las anotaciones de género en documentos de estado civil]” (ver párrafo 68 arriba).

135. Por consiguiente, la negativa de las solicitudes del segundo y tercer demandante, de un cambio en el estado civil a causa de que no proporcionaron pruebas de la naturaleza irreversible del cambio en su apariencia —es decir, demostraron que se sometieron a cirugía de esterilización o a tratamiento médico con la alta probabilidad de esterilidad— equivale a que el Estado demandado no cumplió su obligación

positiva de garantizar su derecho al respeto de su vida privada. Por lo tanto, ha habido una violación al Artículo 8 de la Convención por este motivo con respecto a estos demandantes.

*3. Requisito para que las personas demuestren la existencia de un trastorno de identidad de género (proceso no. 52471/13)*

**(a) Las observaciones de las partes**

136. El segundo solicitante sostuvo que condicionar el reconocimiento legal de la identidad de género de las personas transgénero a la prueba de que “sufrían realmente un trastorno de género” equivalía a calificarlos de enfermos mentales y, por lo tanto, una violación a su dignidad.

137. El Gobierno observó que un diagnóstico previo de trastorno de identidad de género era un requisito en la mayoría de los países. En su informe de 2009 la Autoridad Superior para la Salud hizo hincapié en que el procedimiento médico que conduce al cambio en la morfología de un paciente transgénero, requiere un diagnóstico de disforia de género a los efectos del diagnóstico diferencial, para que los médicos estén seguros, antes de administrar el tratamiento hormonal o realizar una cirugía, y que el sufrimiento del paciente no proviene de otras causas como enfermedades mentales.

**(b) La evaluación del Tribunal**

138. El Tribunal es consciente del hecho de que el segundo demandante hizo eco de la postura adoptada por las organizaciones no gubernamentales que trabajan para proteger los derechos de las personas transgénero, en el sentido de que el transexualismo no es una enfermedad y que abordar las identidades de género desde la perspectiva de un trastorno psicológico aumenta la estigmatización de las personas transgénero. Esta es también la posición de la CCNDH, que en su opi-

nión de 27 de junio de 2013 (ver párrafos 63-65 arriba) hizo hincapié en lo siguiente:

“Visto en un contexto judicial, el requisito de dar fe de la existencia de ‘disforia de género’ es problemático en la medida en que la redacción parece apoyar la idea de que la identidad transgénero es una enfermedad, aunque los trastornos de identidad de género fueron eliminados de la lista de trastornos psiquiátricos [por el Decreto no. 2010-125 de 8 febrero de 2010].”

La CCNDH agregó:

“Pedirles a las personas transgénero que demuestren que padecen de disforia de género, que es un requisito a los fines de un diagnóstico diferencial estrictamente en el contexto de los procedimientos médicos que realizan, contribuye en un contexto judicial a la estigmatización de estas personas y a la falta de comprensión de la identidad transgénero”.

Por lo tanto, recomendó que este requisito ya no forme parte del procedimiento para obtener un cambio de género en documentos del estado civil.

139. Sin embargo, el Tribunal observó que un diagnóstico psiquiátrico se encuentra entre los requisitos previos para el reconocimiento legal de la identidad de género de las personas transgénero en la gran mayoría de los cuarenta Estados Partes que permiten dicho reconocimiento, y sólo cuatro han promulgado legislación estableciendo un procedimiento de reconocimiento que excluye tal diagnóstico (ver párrafo 72 arriba). Por lo tanto, actualmente existe casi unanimidad a este respecto. El Tribunal también señala que las características de “transexualidad” en el Capítulo V de la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud (ICD-10, no. F64.0) titulada “Trastor-

nos mentales y del comportamiento”, en la categoría “Trastornos de la personalidad y el comportamiento de los adultos”, subcategoría “Trastornos de la identidad de género”. Además, a diferencia de la condición de esterilidad, el requisito de obtener un diagnóstico psiquiátrico previo no afecta directamente la integridad física de las personas. Por último, aunque el Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa (ver párrafo 73 arriba) ha subrayado que el requisito de obtener un diagnóstico psiquiátrico puede obstaculizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, especialmente cuando está destinado a limitar su capacidad jurídica o les impone un tratamiento médico, la posición de las organizaciones europeas e internacionales de derechos fundamentales en este punto parece menos que clara que con respecto al requisito de esterilidad.

140. El Tribunal deduce de esto que, aunque un aspecto importante de la identidad de las personas transgénero está en juego en el contexto de su identidad de género (ver párrafo 123 arriba) los Estados Parte conservan una amplia discreción al decidir si establecen tal requisito.

141. El Tribunal subraya también, que el Gobierno se refirió a las observaciones hechas por la Autoridad Superior para la Salud en el sentido de que se requiere un diagnóstico de disforia de género a los efectos del diagnóstico diferencial así los médicos pueden estar seguros, antes de administrar el tratamiento hormonal o realizar una cirugía, y de que el sufrimiento del paciente no proviene de otras causas. En la medida que el Gobierno pretende argumentar que el requisito de un diagnóstico psiquiátrico previo es un medio para garantizar que las personas que no son realmente transgénero no se embarquen en un tratamiento de reasignación médica irreversible, su argumento no es del todo convincente en lo que respecta a la situación de las personas que —como el segundo y tercer demandante— se niegan a someterse a un tratamiento que da lugar a esterilización irreversible. Sin embargo, el Tribunal acep-

ta que este requisito está destinado a salvaguardar los intereses de las personas afectadas, ya que está diseñado en todo caso para garantizar que no se embarquen imprudentemente en el proceso de cambiar legalmente su identidad.

142. En ese aspecto, además, los intereses de los demandantes segundo y tercero coinciden en cierta medida con el interés general de salvaguardar el principio de la inalienabilidad del estado civil, la fiabilidad y la coherencia de los registros del estado civil y la certeza jurídica, dado que este requisito también promueve la estabilidad en los cambios de género en documentos de estado civil.

143. Por consiguiente, y especialmente en vista del amplio margen de apreciación del que disfrutaban, el Tribunal considera que las autoridades francesas, al rechazar la solicitud del segundo demandante de modificar la indicación de género en su acta de nacimiento, sobre la base de que no demostró que en realidad sufría de un trastorno de identidad de género, logró un equilibrio justo entre los intereses contrapuestos en juego.

144. En otras palabras, el rechazo de la solicitud del segundo demandante sobre estos motivos, no revela que Francia no cumpla con su obligación positiva de garantizar su derecho al respeto de su vida privada. Por lo tanto, no ha habido violación del Artículo 8 de la Convención por este concepto respecto del segundo demandante.

#### *4. Obligación de someterse a un examen médico (proceso no. 79885/12)*

##### **(a) Las observaciones de las partes**

###### *(i) El demandante*

145. El primer demandante, que argumentó que esta queja fue examinada desde el punto de vista de las obligaciones negativas en virtud

de que la obligación de someterse a una traumática evaluación médica experta, constituía una injerencia en su esfera íntima, explicó que la interferencia en cuestión no se ajustaba a la ley. Observó a ese respecto que ninguna disposición exigía específicamente recurrir a una evaluación médica especializada a fin de establecer el cambio en la apariencia de una persona transgénero y la naturaleza irreversible de la misma, como parte del procedimiento para modificar sus registros del estado civil. Esto significaba que, como señaló la circular del Ministro de Justicia mencionada anteriormente, la jurisprudencia difería de un tribunal a otro con respecto al uso de este tipo de pruebas, especialmente en el caso de cirugía realizada en el extranjero. Como resultado, las personas afectadas enfrentaron un trato arbitrario. Además, la injerencia en cuestión, no persiguió ninguno de los objetivos legítimos enumerados en el segundo párrafo del Artículo 8. En relación con el principio de inalienabilidad del estado civil, el primer demandante observó que esto no estaba cubierto por ninguno de esos objetivos. También dedujo del juicio en *B. v. France* (citado arriba, §§ 52 *et seq.*) que este principio en sí mismo no podía constituir un objetivo legítimo. En cuanto al segundo objetivo invocado por el Gobierno, no fue posible argumentar que una evaluación experta llevada a cabo después de un tratamiento médico que produjera un cambio irreversible en la apariencia y acompañado de esterilización, por no decir mutilación, tuviera como objetivo salvaguardar la salud de la persona interesada.

146. En cuanto a la cuestión de proporcionalidad, el primer demandante reiteró que los Estados gozaban de un margen de maniobra limitado —o incluso mínimo— en el que el derecho al respeto de la vida privada de las personas transgénero, en cuestión de que, especialmente cuando su integridad física estaba en juego. Hizo hincapié en la naturaleza particularmente traumática de las evaluaciones médicas expertas, como las que se ordenaron en su caso. La CCNDH declaró en su infor-

me, mencionado anteriormente, que se les percibía como “intrusivas y humillantes” y presentaba declaraciones al respecto hechas por personas transgénero que se sometieron a ellas. En su opinión hay formas de garantizar que las personas interesadas que se hayan sometido a un cambio irreversible en la apariencia, que menoscabe sus libertades, como exigirles que presenten certificados emitidos por varios médicos de su elección. El demandante también presentó algunos comentarios de observadores legales sobre la resolución del Tribunal de Casación en su caso, en el que los autores expresaron su sorpresa ante la conclusión de los tribunales de que las pruebas que se les exhibió, fueron insuficientes.

(ii) *El Gobierno*

147. El Gobierno sostuvo que la interferencia denunciada de ajustaba a la ley, ya que el juez podía ordenar una evaluación pericial con arreglo a los Artículos 143 a 174, 232 a 248 y 263 a 284-1 del Código de Procedimientos Civiles. La jurisprudencia se ha suavizado desde las resoluciones del Tribunal de Casación de 1992 citadas anteriormente. Ahora fue ordenada una evaluación experta sólo cuando los documentos médicos presentados por el solicitante se consideraron insuficientes para establecer que él o ella tenían un trastorno de identidad de género y que el cambio en la apariencia física era irreversible. Además, la injerencia persiguió un objetivo legítimo en cuanto a la necesidad de preservar la fiabilidad de los registros del estado civil, la inalienabilidad del estado civil, y la protección de la salud de las personas interesadas (el Gobierno se refirió a este respecto a *Y.Y. v. Turquía*, citado arriba, § 79). Sobre este último punto declararon, sin proporcionar más detalles, que “el Tribunal [había] aceptado que el Estado [podría] intervenir para determinar, en aras de la protección de la salud, la naturaleza irreversible de la cirugía o tratamiento sufrido por el solicitante.

148. Con respecto a la cuestión de proporcionalidad, el Gobierno hizo hincapié que las evaluaciones médicas expertas no se realizaban por rutina, sino sólo para compensar las deficiencias en la evidencia médica presentada con el fin de demostrar la naturaleza irreversible del cambio en la apariencia. Esto fue confirmado por varias decisiones recientes de Tribunales de primera instancia. En 2010, por ejemplo, se solicitó una evaluación experta en el 17% de los casos. El Gobierno añadió que la circular emitida por el Ministro de Justicia de 14 de mayo de 2010, especificaba que las evaluaciones expertas deberían solicitarse únicamente cuando las pruebas presentadas planteaban serias dudas sobre si la persona que realizaba la solicitud era realmente transgénero. Por lo tanto, en el presente caso, el tribunal de primera instancia ordenó la evaluación experta en cuestión debido a la naturaleza insatisfactoria de los documentos suministrados por el solicitante. Las opiniones de expertos que no eran obligatorias en principio, pero a las que los tribunales debían recurrir, en interés de los propios solicitantes, cuando consideraban que las pruebas presentadas eran insuficientes, constituían una solución razonable en vista de la importancia de los intereses en juego.

#### **(b) La evaluación del Tribunal**

149. El Tribunal toma nota de la afirmación del primer demandante, que basándose en el Artículo 8 de la Convención, concatenado con el Artículo 3. Como experto de la caracterización que debe brindarse legalmente a los hechos del caso, considera apropiado examinar las alegaciones del primer demandante desde el punto de vista del Artículo 8.

150. Dicho esto, el Tribunal debe tomar en consideración que el primer demandante, que optó por someterse a una cirugía de reasignación de género en el extranjero, argumentó en los tribunales nacionales que cumplió con las condiciones establecidas por el derecho positivo a fin

de obtener un cambio en el estado civil. La evaluación experta en cuestión, que tenía por objeto determinar si ese reclamo era correcto, y si fue ordenado por un juez como parte de la obtención de pruebas, un ámbito en el que el Tribunal otorga a las partes convenientes un margen de maniobra muy considerable, siempre y cuando no actúen de manera arbitraria.

151. Corresponde a los tribunales nacionales evaluar el valor probatorio de las pruebas que se les presentan. En el presente caso, el *tribunal de grand instance* de París, en su resolución de 17 de febrero de 2009 (ver párrafo 17 arriba), dio razones precisas de por qué consideraba que las pruebas presentadas por el primer demandante eran insuficientes. En consecuencia, designó expertos especializados en tres campos diferentes pero complementarios y los distribuyó con un mandato detallado. No hay nada que sugiera que esta decisión fuera tomada de una manera arbitraria. Como señaló el Gobierno, el tribunal resolvió sobre la base del poder del derecho exclusivo que le confiere el derecho francés, ya que el Código de Procedimientos Civiles autoriza al juez de primera instancia ordenar cualquier medida de investigación “en cualquier caso donde el juez no tiene suficiente información para determinar el caso” (Artículo 144); estas medidas incluyen evaluaciones expertas (Artículos 232 y 263 *et seq.*).

152. Estas consideraciones llevan al Tribunal a concluir que, aunque la evaluación médica experta que se ordenó implicó un examen genital íntimo del primer demandante, el alcance de la interferencia resultante en el ejercicio de su derecho al respeto a su vida privada debe calificarse a un grado significativo.

153. Por consiguiente, el Tribunal considera que, al rechazar la solicitud del primer demandante de modificar la indicación de género en su acta de nacimiento, basándose en que se negó en principio a cooperar con la evaluación médica experta que ordenó, el tribunal

nacional —que de conformidad con el Artículo 11 del Código de Procedimientos Civiles estaba facultado a obtener conclusiones de esa negativa— alcanzando un equilibrio justo entre los intereses contrapuestos en juego.

154. En otras palabras, este hecho no revela que Francia no cumpla con su obligación positiva de garantizar el derecho del primer demandante al respeto de su vida privada. Por lo tanto, no existe violación del Artículo 8 de la Convención por este concepto con respecto del primer demandante.

...

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL

...

4. Sostiene, por seis votos contra uno, que hay violación del Artículo 8 de la Convención con respecto del segundo y tercer demandante a causa del requisito de demostrar un cambio irreversible en la apariencia (procesos nos. 52471/13 y 52596/13);

5. Sostiene, por unanimidad, que no se ha violado el Artículo 8 de la Convención con respecto al segundo demandante a causa del requisito de demostrar la existencia de un trastorno de identidad de género (proceso no. 52471/13);

6. Sostiene, por unanimidad, que no se violó el Artículo 8 de la Convención con respecto del primer demandante a causa del requisito de someterse a un examen médico (proceso no. 79885/12);

...

Hecho en francés y notificado por escrito el 6 de abril de 2017, de conformidad con los Artículos 77 §§ 2 y 3 del Reglamento de la Corte.

Milan Blaško  
Secretario Adjunto

Angelika Nußberg  
Presidente

De conformidad con el Artículo 45 § 2 de la Convención y la Regla 74 § 2 del Reglamento de la Corte, la opinión disidente del Juez Ranzoni se anexa a la presente resolución.

A.N.  
M.B.

## OPINIÓN DISIDENTE DEL JUEZ RANZONI

1. Mi desacuerdo con la mayoría de la Sala, se refiere a la constatación de una violación del Artículo 8 de la Convención con respecto de los demandantes segundo y tercero (procesos nos. 52471/13 y 52596/13), debido a la obligación de establecer la naturaleza irreversible del cambio en la apariencia. En consecuencia, también voté en contra de la conclusión de que, en lo que respecta a estos dos procesos, no fue necesario examinar por separado la queja, en virtud del Artículo 14 de la Convención, leído conjuntamente con el Artículo 8.

2. El 17 de marzo de 2009, el segundo demandante solicitó la corrección de su acta de nacimiento, a fin de cambiar la indicación de género de “masculino” a “femenino” y que se reemplazara su nombre de pila masculino por uno femenino. Su solicitud fue rechazada, en particular porque no se demostró la naturaleza irreversible del proceso de reasignación de género, que era un requisito de la legislación nacional vigente en ese momento. En una resolución del 13 de febrero de 2013, el Tribunal de Casación desestimó su recurso de apelación, al considerar que este requisito no era discriminatorio y no infringía los principios establecidos en los Artículos 8 y 14 de la Convención (ver párrafos 32 a 40 de la resolución).

3. El 13 de junio de 2009, el tercer demandante presentó un requerimiento de corrección de acta de nacimiento, similar a la del segundo solicitante. También se denegó esta petición porque el solicitante no probó con certeza que se sometió al tratamiento médico y quirúrgico para completar el proceso de reasignación de género. El Tribunal de Casación examinó la apelación del tercer demandante al mismo tiempo que la del segundo demandante y llegó a la misma conclusión (ver párrafos 41-52 de la resolución).

4. En dos resoluciones dictadas el 7 de junio de 2012, el Tribunal de Casación sostuvo que, para justificar una petición de corrección de la indicación de género en el acta de nacimiento, la persona interesada tenía que demostrar en vista de la posición ampliamente aceptada dentro de la comunidad científica, que él o ella en realidad sufrían del trastorno de identidad de género en cuestión y que el cambio en su apariencia era irreversible (ver párrafo 58 de la resolución). Este es el segundo requisito que, a juicio de la mayoría de la Sala, constituyó un incumplimiento de parte del Estado demandado de cumplir con su obligación positiva de garantizar el derecho de los solicitantes al respeto de su vida privada (ver párrafo 135 de la resolución).

5. No discuto el hecho de que, en el momento material, el derecho positivo francés hacía que el reconocimiento de la identidad de género de personas transgénero estuviera condicionado a cirugía de esterilización o al tratamiento que, debido a su naturaleza e intensidad, implicaba una muy alta probabilidad de esterilidad (ver párrafo 120 de la resolución). También puedo suscribir sin vacilación la evaluación de la mayoría de que este caso se refiere a un aspecto esencial de la identidad íntima de las personas, toda vez que el derecho a la identidad de género y al desarrollo personal es un aspecto fundamental del derecho al respeto de la vida privada, en virtud del Artículo 8 de la Convención (ver en particular, el párrafo 123 de la resolución). Además, dichos tratamientos médicos y operaciones afectan la integridad física de las personas interesadas, sin embargo, ni el segundo ni el tercer demandante se basaron en el Artículo 3 de la Convención (ver párrafo 128 de la resolución).

6. También puedo aceptar que, en la búsqueda de un equilibrio justo entre el interés general y los intereses de los solicitantes (ver párrafos del 126 al 135 de la resolución), existen argumentos sólidos a favor de considerar que la obligación de someterse a cirugía de esterilización o

tratamiento para que se reconozca la identidad de género altera este equilibrio justo y equivale a una violación del Artículo 8 de la Convención. No obstante, también hay argumentos de peso que inclinan la balanza a favor del margen de apreciación del Estado demandado, y por lo tanto a favor de considerar que no ha habido una violación del Artículo 8.

7. En octubre de 2016, la situación con respecto al reconocimiento legal de la identidad de género de las personas transgénero en los Estados miembros del Consejo de Europa fue la siguiente: (ver párrafos 70-71 de la resolución): En siete Estados miembros el reconocimiento no era posible, en veintidós Estados miembros era posible, pero estaba sujeto a requisitos legales, incluyendo la cuestionada condición de esterilización de la persona interesada y en “sólo” dieciocho Estados miembros, la esterilización ya no era necesaria por ley para reconocimiento de la identidad de género de las personas transgénero.

8. Además, este desarrollo es reciente en los dieciocho Estados miembros, un hecho que emerge muy claramente del juicio mayoritario. De los países afectados, once abolieron la esterilización como una condición para el reconocimiento legal entre febrero de 2009 y octubre de 2016 (ver párrafo 71 de la resolución). Esto significa que, por ejemplo, en el momento de las resoluciones de primera instancia en los casos del segundo y tercer solicitante, el 9 de febrero y 13 de marzo respectivamente (ver párrafos 37 y 48 de la resolución) únicamente ocho Estados miembros no requerían la esterilización. En el momento de las resoluciones del Tribunal de Casación del 13 de febrero de 2013 (ver párrafos 40 y 52 de la resolución), era posible el reconocimiento legal de las personas transgénero sin que la esterilización fuera un requisito legal, en once Estados miembros.

9. Como reitera la Sala (ver párrafo 121 de la resolución), al cumplir sus obligaciones positivas en virtud del Artículo 8 de la Convención

los Estados miembros disfrutaban de un cierto margen de apreciación. Se deben tener en cuenta varios factores al determinar la amplitud de esa distancia. Cuando esté en juego una faceta particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo, se restringirá el límite permitido al Estado donde, sin embargo, no existe consenso dentro de los Estados miembros sobre la importancia relativa del interés en juego o sobre los mejores medios para protegerlo, particularmente cuando el caso plantea cuestiones morales o éticas delicadas, la frontera será más amplia. Habitualmente también habrá un amplio extremo si se requiere que el Estado logre un equilibrio justo entre los intereses privados y públicos contrapuestos (ver *Hämäläinen v Finlandia* [GC], no. 37359/09, § 67, ECHR 2014, con más referencias).

10. En el presente caso, en el momento de las resoluciones impugnadas, que fueron dictadas por el Tribunal de Casación el 13 de febrero de 2013, no existía consenso entre los Estados miembros sobre la cuestión de exigir la esterilización como condición previa para el reconocimiento legal de la identidad de género. Exclusivamente once de los cuarenta y siete Estados miembros no requerían de tal condición. Actualmente—más específicamente en octubre de 2016— tal reconocimiento es posible, sin que la ley exija esterilización, en sólo dieciocho de los cuarenta y siete Estados miembros. Esto no es de ninguna manera una mayoría de los Estados miembros, y mucho menos representa un consenso europeo, que se dista muy lejano.

11. En la ausencia de consenso y en vista del hecho de que el presente caso indudablemente plantea cuestiones éticas y morales delicadas, la línea de apreciación que debe dejarse al Estado demandado sigue siendo amplio (ver *Hämäläinen*, citado arriba, § 75, y *X, Y y Z v. el Reino Unido*, 22 de abril 1997, § 44, *Informes de Resoluciones y Decisiones* 1997-II). Sin embargo, este margen desaparece en el análisis realizado por la mayoría en los párrafos 121 a 135 de la resolución. ¿Cómo puede ser

esto? Por supuesto, el descubrimiento de que un aspecto esencial de la identidad íntima de las personas está en juego puede reducir el margen de apreciación (ver párrafo 123 de la resolución), pero no completamente. ¿Qué otros factores estimularon a la mayoría a ignorar por completo el margen de apreciación y el hecho de que, hasta la fecha, es una minoría de los Estados miembros han abolido el requisito de esterilidad?

12. A este respecto, la resolución destaca la existencia de una “tendencia” hacia la abolición de este requisito (ver párrafo 124). Reconozco que existe una cierta tendencia en Europa, pero es, como se demostró anteriormente, reciente. ¿Es ésta una justificación suficiente para reducir considerablemente la línea de apreciación, que en principio es amplia? Lo dudo. Las sociedades se están moviendo gradualmente hacia la abolición de la esterilización como requisito previo para el reconocimiento legal de la identidad de género de las personas transgénero.

13. Soy consciente del hecho de que el Tribunal observó en *Y.Y. v. Turquía* (no. 14793/08, § 108, ECHR 2015), refiriéndose a la resolución en *Christine Goodwin v. el Reino Unido* ([GC], no. 28957/95, § 85, ECHR 2002VI), “que atribuye[ó] menos importancia a la falta de pruebas de un enfoque europeo común para la resolución de problemas jurídicos y prácticos planteados que a la existencia de pruebas claras e incontestadas de una tendencia internacional continua a favor no sólo del aumento de la aceptación social de las personas transgénero, pero de reconocimiento legal de la nueva identidad de género postoperatoria de las personas transgénero”. Sin embargo, estos dos casos se referían a otras cuestiones, es decir, el reconocimiento legal de un proceso de reasignación de género que ya se estaba completo (*Christine Goodwin*), y la posibilidad para una persona transgénero de someterse a reasignación de género sin ser sujeta a un requisito que le imposibilite poder procrear (*Y.Y. v. Turquía*). Debe señalarse que el Tribunal observó en

*Christine Goodwin* que correspondía al Estado Parte determinar, entre otras cosas, las condiciones en las que una persona que reclama reconocimiento legal como transexual estableciendo que la reasignación de género se efectuó correctamente (ver *Christine Goodwin*, citado arriba, § 103). Además, en *Y.Y. v. Turquía*, el estudio comparativo de la legislación de treinta y dos Estados miembros realizado por el Tribunal ha demostrado que la opción de que las personas transgénero sean sometidas a un tratamiento de reasignación de género ya existe en 24 de los 32 Estados miembros, además, en la mayoría de los países encuestados. Parece que ninguno de estos Estados condicionó el tratamiento a la incapacidad de procrear (ver *Y.Y. v. Turquía*, citado arriba, §§ 35-39). En otras palabras, esto fue más que una mera tendencia: una clara mayoría de los Estados no impuso condiciones similares a las establecidas por el Estado demandado en ese caso.

14. También es necesario examinar y determinar si existen motivos sustanciales y válidos que justifiquen el requisito de no poder procrear y la retención de los sistemas correspondientes en la mayoría de los Estados miembros (una pregunta formulada, por ejemplo, del Juez Lemmens en su opinión separada anexa a la resolución en *Y.Y. v. Turquía*, citada arriba). En el presente caso, desafortunadamente, el Tribunal no respondió a esta pregunta, sino que sólo afirmó que la tendencia mencionada anteriormente estaba “impulsada por la evolución de la comprensión del transexualismo” (ver párrafo 124 de la resolución). Esto me parece una suposición algo audaz, que no está respaldada por ninguna referencia en la resolución. En vista de los hechos establecidos en este caso, el Tribunal desconoce los motivos precisos de estos acontecimientos, al igual que desconoce las razones que han llevado a la mayoría de los Estados miembros a mantener hasta la fecha esta condición previa, para el reconocimiento legal de la identidad de género de las personas transgénero.

15. En cuanto al margen de apreciación, la mayoría señala que “numerosos actores institucionales europeos en el campo de los derechos humanos han adoptado una posición muy clara a favor de abolir el requisito de esterilidad” (ver párrafo 125 de la resolución). En mi opinión, este argumento es insuficiente para justificar la aplicación de un margen de apreciación muy estrecho o la conclusión de que existe una clara tendencia europea. Es cierto que el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa adoptó una posición en 2009, contra el reconocimiento legal de la identidad transgénero sujeto a cirugía de esterilización irreversible (ver párrafo 73 de la resolución) y que la Asamblea Parlamentaria señaló en una Resolución de 2013, que “[ya] sean las esterilizaciones, o castraciones forzadas o coaccionadas no pueden ser legitimadas de ninguna manera en el siglo XXI” (ver párrafo 76 de la resolución). Sin embargo, observó, si bien reconociendo la gran importancia de las instituciones y organizaciones enumeradas en el párrafo 125 de la resolución, que en su mayoría están involucradas en la “promoción” de los derechos humanos. La evaluación de la mayoría no se basa en instituciones europeas o internacionales de “protección” de los derechos humanos, ni en convenciones internacionales vinculantes, en jurisprudencia reiterada dentro de los Estados miembros.

16. Si bien es cierto que se trata de un aspecto esencial de la identidad íntima de las personas, es discutible, a falta de consenso a nivel europeo que el margen de apreciación de los Estados miembros siga siendo amplio, especialmente dado que está en juego un tema muy sensible. Por esa razón, también podría argumentarse que un Estado parte —en este caso Francia— no debería ser criticado en 2017 por haber otorgado prioridad entre 2009 y 2013 al requisito de demostrar la naturaleza irreversible del cambio en la apariencia. En un contexto donde las normas estaban evolucionando, pero donde la tendencia era aún menos clara de lo que es hoy, el Estado demandado consideró que este arreglo era

el más adecuado en ese momento, una postura que es aún tomada por la mayoría de los Estados miembros. Si se hubiera adoptado este punto de vista, el Tribunal pudo constatar que el Estado demandado, durante el periodo cuando las resoluciones se determinaron, no se excedió en su margen de apreciación o, en consecuencia, infringió el Artículo 8 de la Convención. No obstante, tuvo la oportunidad de pedir a los (otros) Estados miembros que continúen supervisando la cuestión que dio a lugar al presente caso y prosigan sus esfuerzos en la dirección de la tendencia que se ha demostrado.

17. Por el contrario, la constatación de una violación del Artículo 8 de la Convención en el presente caso tiene en realidad el efecto de exigir que veintidós Estados miembros, a fin de evitar futuras violaciones de esta disposición, modifiquen su legislación y eliminen el requisito de esterilidad como una condición para el reconocimiento legal de la identidad transgénero, no digamos de los siete Estados miembros en los que actualmente no es posible el reconocimiento legal de dicha identidad.

18. En casos de este tipo, el Tribunal ha sido cauteloso cuando no hay un consenso europeo, y ha avanzado por medio de pasos pequeños. La jurisprudencia sobre cuestiones transgénero es prueba de ello.

Por ejemplo, en el caso *Rees v. el Reino Unido* (17 de octubre 1986, Serie A no. 106), la ley en el Reino Unido no otorgaba a los transexuales un estado jurídico correspondiente a su situación real. El Tribunal sostuvo que no se violó el Artículo 8, y considerando que “en la actualidad hay pocos puntos en común entre los Estados parte en este ámbito y que, en términos generales, la ley parece estar en una etapa de transición”. En consecuencia, consideró que “esta es un área en la que las partes comprometidas disfrutaban de un amplio margen de apreciación” (§ 37). Especificó que “[l]a necesidad de medidas legales apropiadas que deben... ser mantenidas bajo revisión teniendo en cuenta particularmente los desarrollos científicos y sociales” (§ 47).

En *Cossey v. el Reino Unido* (27 de septiembre 1990, Serie A no. 184), el Tribunal llegó a una conclusión similar, y también señaló que una anotación en la inscripción en el Registro Civil no sería una solución adecuada.

En el caso *B. v. Francia* (25 de marzo 1992, Serie A no. 232C), el Tribunal constató una violación del Artículo 8 por primera vez en un caso relativo al reconocimiento de personas transgénero, teniendo en cuenta los factores que distinguieron ese caso de los casos de *Rees and Cossey*.

En *X, Y e Z v. el Reino Unido* (citado arriba) y *Sheffield y Horsham v. el Reino Unido* (30 de julio de 1998, *Informes 1998V*), las resoluciones del Tribunal no fueron muy diferentes en *Rees y Cossey*. El Tribunal no consideró necesario “concluir que, a partir de la evolución científica y jurídica, el Estado demandado ya no puede contar con un margen de apreciación para defender su continua negativa de reconocer legalmente el género postoperatorio de un transexual”, y constató que “sigue siendo cierto que la transexualidad plantea problemas científicos, jurídicos, morales y sociales complejos, respecto de los cuales no existe un enfoque generalmente compartido entre los Estados parte” (*Sheffield y Horsham*, § 58).

En su resolución *Christine Goodwin* (citado arriba) la Gran Sala del Tribunal determinó, dieciséis años después de la resolución de *Rees*, se violó el Artículo 8 a la luz de una tendencia internacional a favor de una mayor aceptación social de los transexuales y de reconocimiento legal de la nueva identidad postoperatoria de los transexuales, “[ya] que no existen factores significativos de interés público que pesen en contra del interés de este solicitante individual en obtener reconocimiento legal de su reasignación de género” (§ 93). No obstante, el Tribunal reafirmó que correspondía al Estado parte determinar, entre otras cosas, las condiciones del reconocimiento legal.

Después de *Christine Goodwin*, el Tribunal emitió varias sentencias en casos del Artículo 8 que también trataban del reconocimiento legal de la identidad de género de personas transgénero que se habían sometido a cirugía de reasignación, y con otras consecuencias derivadas para estas personas de su situación (ver, por ejemplo, *Van Kiick v. Alemania*, no. 35968/97, ECHR 2003VII (violación); *Grant v. el Reino Unido*, no. 32570/03, ECHR 2006VII (violación); *L. v. Lituania*, no. 27527/03, ECHR 2007IV (sin violación); *Schlumpf v. Suiza*, no. 29002/06, 8 enero 2009 (violación); *P.V. v. España*, no. 35159/09, 30 noviembre 2010 (sin violación); *P. v. Portugal* (dec.), no. 56027/09, ECHR 2011 (tachado de la lista); *Cassar v. Malta*, no. 36982/11, 9 de julio 2013 (eliminado de la lista); and *Hämäläinen*, citado anteriormente (sin violación).

El caso de *Y.Y. v. Turquía* (citado arriba) se refería a la negativa de las autoridades a permitir que una persona transgénero se sometiera a reasignación de género a razón de que la persona en cuestión no estaba permanentemente imposibilitada de procrear. Esta fue la primera vez, que yo sepa, que el Tribunal se pronunció sobre este requisito, aunque en un contexto diferente al presente caso. Encontró una violación del Artículo 8, pero tomando en consideración el hecho, de que una clara mayoría de los Estados miembros no imponían condiciones similares a las establecidas por el Estado demandado (véase el párrafo 13 supra).

19. Entre la sentencia *Rees* en 1986 y el caso de *Y.Y.* en 2015, el Tribunal amplió constantemente su jurisprudencia en este ámbito, pero lo hizo con cautela, “poco a poco” o para decirlo de otra manera, “paso a paso”. Empero lo anterior, con la presente sentencia el Tribunal no ha dado un simple paso, sino un salto completo, y, lo que es más, sobre un tema altamente sensible, un nuevo aspecto de la transexualidad —o más exactamente, el transgénero— en ausencia de consenso entre los estados miembros sobre este considerando científico, y en la conciencia de la amplitud de la apreciación resultante de todos estos factores.

20. Confieso que me resultó difícil tomar una decisión en este caso tan espinoso y delicado como ya indiqué en el párrafo 6 *supra*, existen argumentos de peso para respaldar la conclusión de que la obligación de someterse a cirugía o tratamiento de esterilización para reconocer la identidad de género, quebranta el justo equilibrio entre el interés general y los intereses de los solicitantes, y por lo tanto, constituye un violación del Artículo 8 de la Convención. Sin embargo, la mayoría también aceptó, con razón, “que salvaguardar el principio de inalienabilidad del estado civil, garantizar la fiabilidad y la coherencia de los registros del estado civil, y en términos más generales, garantizar la certeza jurídica, son de interés general”. No obstante, consideraron que la balanza se inclinaba a favor de los intereses de las personas afectadas (ver párrafo 132 de la resolución). Es cierto, que tal evaluación no carece de fundamento.

21. Por otro lado, dista mucho de ser un consenso europeo sobre este requisito, y la minoría de los Estados miembros que lo abolieron, eran menos en ese momento. Estas consideraciones me hicieron dudar. Mi indecisión creció a la luz de los argumentos presentados por la mayoría con respecto al margen de apreciación de los Estados miembros y las “tendencias” europeas e internacionales, argumentos que, en mi opinión, no son del todo persuasivos. Tampoco considero apropiado remitirme al Artículo 3 de la Convención a fin de reforzar el argumento (véanse los párrafos 127 y 131 de la resolución), ya que los demandantes segundo y tercero no se basaron en esa disposición.

22. Además, la observación formulada en el párrafo 134 de la resolución acerca del hecho de que la legislatura francesa, el 12 de octubre de 2016, excluyó expresamente la esterilización de las condiciones que deben cumplir las personas transgénero para obtener el reconocimiento de su identidad, me parece un argumento problemático, ya que los principios establecidos en nuestra resolución se aplicarán no sólo al Estado demandado sino también a los demás Estados miembros.

23. Me pregunto qué habría concluido la Sala si, en lugar de modificar la legislación unos meses antes de nuestra resolución, el legislador francés hubiera mantenido la condición de un cambio irreversible en la apariencia. ¿Encontraría todavía que el Estado demandado se excedió con el margen de apreciación al elegir esa opción legislativa?

24. En vista de todas estas consideraciones y teniendo en cuenta la importancia y las consecuencias de una resolución del Tribunal sobre este tema, hubiera preferido que la Sala renunciara a la jurisdicción a favor de la Gran Sala en virtud del Artículo 30 de la Convención. Se cumplieron las condiciones para la renuncia, ya que el caso planteaba cuestiones serias que afectaban a la interpretación y aplicación del Artículo 8 de la Convención y los conceptos de “margen de apreciación” y “consenso”. Por lo tanto, las implicaciones de esta resolución para todos los Estados miembros justificaron invocar la autoridad de la Gran Sala. Lamento el hecho de que la mayoría no haya adoptado este enfoque.

25. Después de reflexionar sobre lo expuesto anteriormente, decidí a favor de el margen de apreciación permitido al Estado demandado en el cumplimiento de su obligación positiva de garantizar el derecho del segundo y tercer demandante, a respetar su vida privada en relación con un tema altamente sensible que plantea asuntos muy espinosos y donde no existe un consenso europeo. En consecuencia y por este motivo, voté en contra de encontrar una violación del Artículo 8 de la Convención.