

Filiación. Identidad de género

TEDH. *Affaire O.H. et G.H. c. Allemagne* y *Affaire A.H. et autres c. Allemagne*, 4 de abril de 2023

Por Cecilia Aguirre¹

1. Introducción

El 4 de julio de 2023 la Sala Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció en dos casos donde se discutió el reconocimiento del vínculo filiatorio entre un progenitor transexual y su hijo.

En ambos, la queja planteada por los demandantes giró en torno a la violación de los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar y prohíbe la discriminación en el goce de los derechos y libertades reconocidas, en virtud de la negativa de las autoridades administrativas del gobierno alemán a inscribir, en el primer caso, a la demandante (mujer trans) como madre de un niño, por no haber sido quien lo había dado a luz y, en el segundo, a inscribir como padre de su hijo al actor varón trans, pese a que posteriormente obtuvo el reconocimiento judicial de su cambio de sexo.

El hijo de uno de los demandantes también se presentó como actor al considerar que había sido víctima de discriminación en relación con otros niños nacidos por maternidad subrogada que crecieron con dos padres (o dos madres) y en cuyas partidas de nacimiento figuraban dos progenitores con nombres de

¹ Abogada (UNLP). Coordinadora del Área de atención de casos del programa de extensión universitaria Diversidad Familiar y Derecho de Familias (UNLP). Abogada del/a niño/a y el/la adolescente.

pila masculinos, o en relación con los niños adoptados por un único progenitor varón, mientras que su partida de nacimiento no reflejaría su realidad familiar.

2. Resumen de los hechos de los casos analizados

En el primer caso, A.H. y G.H. conformaban una pareja estable. En el marco de ese vínculo, el 16 de junio de 2015 nació su hijo L.D.H., dado a luz por la segunda. En tanto, A.H., mujer trans que aportó sus gametos masculinos en la gestación, realizó el reconocimiento de la maternidad ante un notario con el consentimiento de la gestante.

El 15 de julio del mismo año, la oficina del Registro Civil inscribió a G.H. como madre del niño, pero denegó la inscripción del reconocimiento de maternidad realizado por A.H. al entender que carecía de validez jurídica, en virtud de lo prescripto por el artículo 1591 del Código Civil Alemán y la ley TSG (también llamada Ley de Transexualidad). El fundamento de la decisión de la autoridad administrativa fue que el derecho alemán solo reconoce a una madre legal por cada hijo, que es aquella que lo ha parido, por lo que solo era posible inscribir a A.H. como “padre” al contribuir a la procreación con sus gametos masculinos, y a pesar del reconocimiento judicial de su cambio de sexo antes de la concepción del niño.

En el segundo caso, el actor O.H. nació siendo mujer y el 1 de noviembre de 2008 contrajo matrimonio con un hombre, del que se divorció en 2013. El 26 de agosto de 2010, el Tribunal de Primera Instancia de Schönberg dictaminó que a partir de ese momento llevaría los nombres masculinos de O.G. Añadió que no podía aceptarse su solicitud de que se reconociera su pertenencia al sexo masculino, ya que aún no se había sometido a una modificación de sus características sexuales internas ni había perdido su capacidad de procrear. Meses después, el 11 de abril de 2011, el tribunal reconoció que O.H. es un hombre.

El 28 de marzo de 2013 dio a luz a su hijo G.H. y a los pocos días solicitó ante la oficina del Registro Civil ser inscripto como padre del niño. Manifestó que su hijo no tenía madre y, por ello, la casilla asignada al nombre de la madre debía permanecer vacía. Al momento de la solicitud, expresó que la persona recién nacida no tenía un segundo progenitor legal al haber sido concebida tras acudir a la donación de esperma de un anónimo que no tuvo intención de asumir responsabilidades parentales. Además, solicitó que en el certificado de nacimiento no se indicara el sexo ni la religión del niño.

3. El litigio a nivel interno

En el primer caso, la pareja solicitó el 28 de julio de 2015 ante el Tribunal de Primera Instancia de Schönberg su inscripción como madres del niño, y de A.H. con su nombre femenino, con fundamento en que la negativa privaría a su hijo de un vínculo jurídico con esta, más cuando había participado en la concepción del niño y posteriormente reconoció su maternidad. Dos meses después celebraron su unión civil.

El 11 de enero de 2016 el Tribunal rechazó la demanda, decisión que fue confirmada el 6 de septiembre de ese año por la Cámara. Tras impugnar nuevamente la decisión de la instancia de apelación, se desestimó la petición el 29 de noviembre de 2017 haciendo aplicación de la Ley de Estado Civil, el Código Civil alemán,² y la ley TSG.³ La pareja insistió con su reclamo y presentaron un recurso constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal, que desestimó el planteo el 9 de agosto de 2019, sin motivar su decisión.

En el caso de O.H. se aplicó el mismo marco normativo y se consideró que debía ser inscripto como “madre” de su hijo, a pesar del reconocimiento judicial de su cambio de sexo antes de la concepción.

El 2 de abril de 2013 el funcionario del Registro Civil expresó dudas sobre si O.H. debía ser inscripto como padre o madre del niño, o si debía inscribirse sin mencionar a los progenitores. Se elevó una solicitud de aclaración al Tribunal de Primera Instancia de Schönberg, que ordenó la inscripción del demandante como madre del niño.

El 30 de abril de 2014 el Tribunal de Apelación de Berlín confirmó la decisión y autorizó un recurso ante el Tribunal Superior de Justicia, que confirmó el decisorio de la Alzada el 6 de septiembre de 2017.

En síntesis, podemos destacar los principales puntos en los que se apoyaron los órganos judiciales intervinientes en el primer caso para denegar el pedido de inscripción de A.H. como madre de su hijo: i) madre es quien pare; ii) solo se reconoce a una madre legal por cada hijo (con exclusión de toda otra forma posible de atribución de la condición jurídica de madre del niño, en virtud del derecho filiatorio); iii) la ley establece un vínculo jurídico inequívoco y acorde con las características biológicas de todo niño con un padre y una madre; iv) no está previsto en el ordenamiento jurídico alemán el reconocimiento de la maternidad; v) como A.H. contribuyó a la procreación mediante su esperma solo es posible establecer la paternidad; vi) atribuir a la persona transexual la condición jurídica de

2 El artículo 1591 del Código Civil alemán establece que la madre de un niño es la mujer que lo dio a luz, en tanto el artículo 1592 prescribe que “el padre del niño es un hombre que: 1) está casado con la madre del niño en el momento del nacimiento; 2) que haya reconocido la paternidad y 3) cuya paternidad haya sido establecida judicialmente”.

3 La ley TSG fue sancionada el 10/09/1980. Actualmente, exige un procedimiento judicial previo para lograr el cambio de nombre conforme al género autopercebido. Previamente, la persona deberá acreditar que “ya no se siente perteneciente al género indicado en su acta de nacimiento sino al otro género”, haber vivido al menos 3 años de acuerdo al género autopercebido y la probabilidad de que su sentido de pertenencia al género opuesto ya no cambie. El juez escuchará al peticionante y aceptará su solicitud previa obtención de informes elaborados por dos peritos, quienes evaluarán, entre otras cosas, si “según los resultados de la ciencia médica, es poco probable que cambie el sentimiento de pertenencia del solicitante”. En el acta de nacimiento de un hijo biológico o niño adoptado por el solicitante, ocurridos antes de la sentencia definitiva, deben indicarse “los nombres que el solicitante tenía antes de dicha decisión. Además, la sentencia que establezca que el solicitante debe ser considerado al sexo opuesto no afecta relación jurídica entre esta persona y sus padres, y entre el solicitante y sus hijos. La norma fue objeto de distintas modificaciones a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán; una de las más importante fue realizada como consecuencia de un fallo del 11 de enero de 2011 (BvR 3295/07) que declaró inconstitucional el artículo 8.1 de la norma, en la medida en que obligaba a una persona transexual a someterse a una operación de esterilización permanente. El Tribunal sostuvo que esta obligación exponía a dichas personas a una situación de coacción, ya que tenían que elegir entre negarse a la operación y renunciar al reconocimiento legal de su sexo, o aceptar la operación y sus importantes consecuencias para su cuerpo y su autopercepción. En 2017 el Tribunal también exigió a las autoridades alemanas que, a partir de diciembre de 2018, incluyera en los documentos administrativos un tercer género “intersexual” o “diverso”, pues consideró que la obligación de elegir entre sexo “masculino” y “femenino” en la partida de nacimiento discrimina y viola los derechos de las personas que no se sienten identificados con estas opciones.

progenitor derivada de su sexo de origen y de su función reproductiva característica, a pesar del hecho de que el progenitor fuera considerado del sexo opuesto desde el cambio de sexo, no viola sus derechos humanos; y vii) mantener el vínculo con el anterior estatuto del progenitor –a pesar del cambio de sexo jurídico– corresponde al interés del niño, especialmente protegido por la ley, que consiste en conocer la contribución específica del progenitor interesado a su concepción.

Los mismos fundamentos fueron expresados en el segundo caso, a los que podemos agregar: viii) cuando O.H. dio a luz a G.H. ya no era una mujer en el sentido jurídico del término, pese a lo cual la ley TSG le atribuye el estatus jurídico de madre; ix) el estatuto de la persona transexual (como madre o padre) debe permanecer inalterado a efectos de la búsqueda de la paternidad y de la impugnación de la paternidad; x) al referirse al derecho de filiación, la TSG pretende garantizar de manera general que el estatuto jurídico de la madre o padre del niño, definido biológicamente por el parto o fecundación, no pudiera modificarse en modo alguno; y xi) O.H. no solo no debía ser inscripto en el registro de nacimiento como padre, sino que además debía ser designado por su antiguo nombre de mujer. No era posible, en el caso, mencionar los nombres anteriores (femeninos) únicamente en forma de datos adicionales, e inscribir los nombres actuales (masculinos) de la madre del menor en el registro, porque la TSG se oponía a ello, al tener esa disposición por objeto el interés del niño en mantener en secreto la transexualidad de uno de los progenitores, evitando que aquel tuviera que presentar un certificado de nacimiento que permitiera concluir que el segundo es transexual.

Como en la gran mayoría de los sistemas jurídicos existentes en el mundo, el derecho alemán en materia de filiación se basa en el establecimiento de un vínculo entre las funciones reproductivas de los progenitores y su sexo, asignando el papel de la persona que da a luz a una mujer (la madre).

La ley fundamental no impone la obligación de crear un derecho de filiación neutro desde el punto de vista del género que redujera la paternidad y la maternidad a funciones puramente sociales y suprimiera ambos estatutos como categorías jurídicas.

En el caso de O.H., se consideró que no hubo discriminación, pues el derecho a la igualdad de trato no excluía la consideración legal de diferencias biológicas significativas a la hora de establecer la relación paterno-filial. O.H. se diferencia jurídicamente de otros varones en que tenía la capacidad biológica real de concebir y dar a luz un hijo, y esto justifica tratarlo de forma diferente a otros hombres que no tenían esa capacidad, en términos de su estatus en relación con un hijo que había traído al mundo.

En ambos casos, los órganos de justicia resaltaron el objetivo de las leyes invocadas, que es vincular jurídicamente a los hijos con sus padres biológicos, de manera que su filiación, si es contraria a su concepción biológica, no se vincule con dos madres o padres legales. Aquellas situaciones de discordancia entre la atribución del sexo jurídico y el papel de la persona en el nacimiento de un hijo (gestación, fecundación) afectan el vínculo de este con el padre y la madre. En conclusión, los niños han de tener la garantía de tener siempre un padre y una madre, aunque uno de sus progenitores cambie de género.

4. Decisiones del TEDH

En ambos casos, el Tribunal concluyó que no hubo violación por parte del Estado alemán a lo previsto en el artículo 8 del CEDH, dado que las temáticas invocadas “corresponden al margen de apreciación de los Estados”.⁴

Ahora bien, ¿qué significa otorgar margen de apreciación a los Estados? La doctrina lo define como un

criterio hermenéutico utilizado por los tribunales regionales de derechos humanos [...] con el fin de interpretar y aplicar las Convenciones Americana y Europea sobre Derechos Humanos [...]. Su existencia permite un poder de deferencia de los tribunales regionales hacia los Estados frente a circunstancias en las cuales no existe ningún tipo de consenso interestatal. [...] Su existencia se encuentra justificada por la ausencia de un consenso entre los diferentes Estados parte dentro de los tratados, lo que hace que los tribunales regionales se encuentren impedidos para la posible construcción de una regla de interpretación unificada.⁵

La aplicación expresa de este criterio de interpretación la podemos extraer del considerando 114 del fallo “O.H. y G.H. c/Alemania”, cuando el TEDH observa que

no existe consenso entre los Estados europeos sobre la cuestión de cómo indicar en los registros del estado civil relativos a un menor cuya una de las personas que ostenta la patria potestad es transexual. En efecto, como demuestran los datos publicados por la organización Transgender Europe, solo cinco Estados miembros del Consejo de Europa han previsto que en dicho registros se haga referencia al sexo reconocido, mientras que la mayoría de los Estados siguen designando como madre del niño a la persona que lo dio a luz. Esta falta de consenso refleja el hecho de que el cambio de sexo combinado con la paternidad plantea cuestiones éticas delicadas, y en principio, debe concederse a los Estados un amplio margen de apreciación (traducción propia).

Agregó que la situación de O.H. no es comparable a la de un padre que concibió a un hijo utilizando sus gametos masculinos, por lo que la decisión del tribunal de origen no fue discriminatoria.

Sobre la pretensión del niño G.H., el TEDH aplicó las mismas consideraciones, y concluyó que no se encuentra en una situación comparable a la de los niños adoptados por parejas del mismo sexo o por un progenitor varón solo.⁶

4 TEDH. *Affaire O.H. et G.H. c. Allemagne*, Requête N° 53568/18 et 54741/18 y *Affaire A.H. et autres c. Allemagne*, Requête N° 7246/20, Cour (Quatrième Section), 4 Avril 2023, párrs. 112 y 116 respectivamente.

5 Barbosa Delgado, F.R. (2013). El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática. En E. Ferrer Mac Gregor y A. Herrera García (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales* (p. 1090). México: Tirant lo Blanch.

6 TEDH. *Affaire O.H. et G.H. c. Allemagne*, nota 4, párr. 141.

En sus considerandos destacó que, en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos por el CEDH, se prohíbe el trato discriminatorio a las personas que “se encuentren en situaciones comparables sin justificación objetiva y razonable” y mencionó jurisprudencia que establece el criterio de que una diferencia de trato es discriminatoria si carece de una justificación objetiva y razonable; es decir, si no persigue un fin legítimo o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Finalmente, los Estados gozan de un cierto margen de apreciación para determinar si, y en qué medida, las diferencias entre situaciones análogas justifican diferencias de trato.⁷

En relación con la demanda de la progenitora A.H., el TEDH consideró que la atribución de la función de madre, en el sentido del artículo 1591 del Código Civil, a la persona que dio a luz a un niño se encuentra dentro del margen de apreciación de los Estados, por lo que su situación no puede compararse con la de una mujer que gestó y dio a luz a un niño.⁸

La decisión de tratarla de la misma manera que a cualquier persona que hubiera contribuido a la concepción del niño aportando sus gametos masculinos, de manera que permita consagrar oficialmente su vínculo biológico con el niño mediante el reconocimiento de su paternidad, corresponde también al margen de apreciación del Estado.

5. Reflexiones que habilitan las sentencias a la luz de nuestro ordenamiento jurídico interno

Del análisis de ambas sentencias podemos observar que el TEDH, aplicando el criterio del margen de apreciación nacional, no ha innovado en la temática en comentario cerrando de esta manera la posibilidad de contar con dos precedentes que permitan a las personas trans contar con una herramienta jurídica relevante para invocarla en sus reclamos ante la justicia. Para el Tribunal, el sostenimiento de un modelo único y tradicional de familia, caracterizado por la heterosexualidad, el biologicismo y el binarismo por parte de un Estado parte, no constituiría una vulneración a derechos consagrados en el Convenio.

Lo cierto es que en Alemania el derecho de las personas trans a ejercer la parentalidad de acuerdo con su identidad autopercibida no es posible; acceder a aquel derecho implicaría resignar esta última. La “ley de transexualidad” alemana ha sido objeto de cuestionamientos por activistas y organizaciones LGTBIQ+ porque, como señalamos anteriormente, se trata de un proceso judicial largo y costoso, donde luego de una audiencia con un juez, la persona deberá entrevistarse con dos peritos (psicoterapeutas, médicos) que la evaluarán de forma independiente, en el marco de una entrevista no exenta de preguntas incómodas y con marcados roles estereotipados de género. Cada perito presentará un informe y los honorarios correrán por cuenta de la persona solicitante, con costos elevados.⁹

7 TEDH. *Affaire A.H. et autres c. Allemagne*, nota 4, párr. 142.

8 *Idem*, nota 7, párr. 143.

9 Ver <https://www.dw.com/es/ley-transq%C3%A9nero-en-alemania-es-arcaica-y-degradante/a-57053767>

En agosto de 2023 se conoció la noticia de que el gobierno aprobó un proyecto llamado “Ley de Auto-determinación de Género”, con el objetivo de facilitar a las personas trans el cambio de género y nombre de pila a través de una solicitud administrativa ante el Registro Civil –como lo prevé la Ley N° 26743 de nuestro país–, pero aún debe ser votado por el Parlamento alemán. Este proyecto, pese a sus intenciones, también fue criticado porque en materia de familia la persona trans continúa impedida de poder establecer su parentesco en un acta de nacimiento conforme su identidad de género –por ejemplo, un hombre trans no podrá ser inscripto como padre–. El proyecto propone que se consigne “progenitor 1” y “progenitor 2”.¹⁰

Si comparamos el marco legal alemán con el argentino, desde el año 2012 aquí cualquier persona tiene el derecho al reconocimiento de su identidad de género autopercebida, en tanto el Decreto N° 476/2021 implicó el reconocimiento de identidades por fuera del binomio masculino y femenino.

En nuestro país ya habíamos asistido a la puesta en crisis del modelo tradicional de familia, en 2010, con la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario (N° 26618), que derivó en la regulación igualitaria de la comaternidad y copaternidad. Posteriormente, en 2013 se sancionó la Ley N° 26682 de “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida”, de gran importancia para aquellas parejas conformadas por dos mujeres. Finalmente, el 1 de agosto del año 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación, con el objetivo de continuar el “proceso de constitucionalización del derecho de familia” y la premisa de receptar las nuevas y diversas realidades familiares bajo la idea de que el concepto de familia es cultural, consecuentemente sujeto a un constante cambio.

Retomando las conclusiones del TEDH en sus fallos, notamos también como el criterio es distinto al de su par regional, la Corte IDH, que en “Atala Riffo” declaró que

en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.¹¹

Tal vez tendrá que ver con el hecho de que, según opinión de algún autor, en el Sistema Interamericano la doctrina del margen de apreciación por los Estados no fue formulada en forma específica y habría sido utilizada en menor grado que en el sistema europeo. Por ejemplo, en el caso “Ríos Montt c. Guatemala” la Corte IDH señaló que debe ser utilizada conforme a las circunstancias específicas del caso y a las concepciones prevalecientes en el período histórico”.¹²

10 Ver <https://www.pagina12.com.ar/566940-ley-de-identidad-de-genero-en-alemania-como-es-el-proyecto-e> y <https://es.euronews.com/2023/08/23/alemania-a-un-paso-de-permitir-el-cambio-de-nombre-y-sexo-en-los-documentos-oficiales>

11 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 142.

12 *Idem*, nota 5, p. 1091.

No podemos dejar de mencionar la Opinión Consultiva N° 24/17, donde una vez más, la Corte IDH obliga a los Estados a reconocer los vínculos familiares y protegerlos de acuerdo con la CADH y los instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Con ese objetivo

deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.¹³

En definitiva, entiendo que el TEDH ha dejado pasar la oportunidad de sentar un precedente jurídico fundamental que abarque, visibilice y reconozca la diversidad de formas familiares existentes no solo en Alemania, sino también en su región, en el mundo. Hubiera sido un precedente que otorgue un marco de legitimidad a esta pluralidad y no privilegie una forma de familia por sobre otra.

Referencias bibliográficas

Barbosa Delgado, F. R. (2013). El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática. En E. Ferrer Mac Gregor y A. Herrera García (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. México: Tirant lo Blanch.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

TEDH. *Affaire O.H. et G.H. c. Allemagne*, Requête N° 53568/18 et 54741/18 y *Affaire A.H. et autres c. Allemagne*, Requête N° 7246/20, Cour (Quatrième Section), 4 Avril 2023.

13 Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 228.