

La identidad de género en la movilidad transfronteriza: vertientes personal y familiar

Gender identity in cross-border mobility: personal and family aspects

PILAR JIMÉNEZ BLANCO*

*Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Oviedo*

ORCID ID: 0000-0003-2954-8400

Recibido: 15.05.2024 / Aceptado: 09.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8955

Resumen: La autodeterminación de género tiene una vertiente personal y una vertiente familiar. La primera tiene implicaciones para la identificación de la persona y, para ello, la Ley 4/2023 ha introducido un doble sistema que discrimina en función de la nacionalidad, excluyendo injustificadamente de la rectificación registral a las personas extranjeras. Junto a ello, no existe ninguna previsión sobre competencia judicial internacional ni sobre ley aplicable que, por analogía con el estado y el nombre, debería ser la ley nacional. La vertiente familiar mide el impacto de la autodeterminación de género en la capacidad matrimonial y en el establecimiento de la filiación, introduciendo correctivos a las leyes aplicables a estas cuestiones.

Palabras clave: Identidad de género, rectificación registral, competencia judicial internacional, Derecho aplicable, documentación oficial de extranjeros, nombre, capacidad matrimonial, filiación.

Abstract: Gender self-determination has a personal aspect and a family aspect. The first has implications for the identification of the person and, to this end, Law 4/2023 has introduced a double system that discriminates based on nationality, unjustifiably excluding foreign persons from registration rectification. Along with this, there is no provision on international judicial jurisdiction or on applicable law which, by analogy with the state and the name, should be the national law. The family aspect measures the impact of gender self-determination on marriage capacity and the establishment of parenthood, introducing correctives to the laws applicable to these issues.

Keywords: Gender identity, registry rectification, international judicial jurisdiction, applicable law, official documentation of foreigners, name, marriage capacity, parenthood.

Sumario: I. Planteamiento. II. Dimensión personal de la identidad de género. 1. La perspectiva del Registro civil. A) Legitimación registral. B) La reasignación judicial de género: ¿criterios de competencia judicial internacional?. C) Ley aplicable. D) Reconocimiento de decisiones extranjeras de reasignación sexual. 2. La perspectiva de la documentación administrativa. A) El alcance subjetivo del art. 50 de la Ley Trans. B) Condiciones para la adecuación documental. 3. El impacto en el régimen del nombre. III. Dimensión familiar de la identidad de género. 1. El impacto en el matrimonio transfronterizo. 2. El impacto en la filiación y relaciones paternofiliales transfronterizas. A) En el establecimiento de la filiación. B) En la mención del progenitor. IV. Conclusiones.

*El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2021-123452OB-I00 (GENDERMOB), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE.

I. Planteamiento

1. La determinación del sexo o género¹ de una persona no es una mera cuestión de hecho, sino que tiene relevancia jurídica en la medida en que afecta a la identidad propia de la persona, de la que queda constancia en el Registro civil y en la documentación administrativa oficial. Adicionalmente, el género de una persona tiene – puede tener – un impacto en otras instituciones jurídicas que afectan también a su identidad y a sus relaciones familiares: es el caso del régimen jurídico del nombre, del matrimonio o de la filiación.

2. El Derecho comparado ofrece, en los últimos años, diferentes modelos que refuerzan la autodeterminación de género, de la que es exponente la denominada Ley Trans². También encontramos ejemplos de superación del binarismo para quienes tienen la condición biológica de intersexuales o cuando, sencillamente, no quiera manifestar su condición sexual, como muestra el Derecho alemán o maltés. Adicionalmente, la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual es base de la admisión cada vez más amplia del matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque no universalizable ni siquiera dentro de la UE.

Detrás del régimen de autodeterminación de género, de la igualdad de género y de la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual se encuentra una fundamentación desde la perspectiva de los derechos fundamentales. En concreto, el derecho libre desarrollo personalidad e intimidad personal y derecho a la propia imagen (arts. 10 y 18 CE)³, la prohibición de discriminación por razón de sexo y orientación sexual (art. 21 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta DFUE) y el derecho a la vida privada (art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH)⁴. Lógicamente el ámbito espacial del derecho difiere en función de su fuente normativa pero también de su ámbito competencial. De este modo, el art. 21 de la Carta DFUE que, espacialmente abarca toda la UE, no alcanza a las soluciones de Derecho civil, que siguen siendo competencia exclusiva de los Estados miembros, aunque sí fundamenta la libre circulación de personas, generando un difícil equilibrio como se ha puesto ya de manifiesto a propósito de los asuntos *Coman* y *Pancharevo*⁵. De modo semejante, en el ámbito laboral, la prohibición de discriminación claramente afecta a aquellas normativas nacionales que impliquen un trato discriminatorio de una persona por un motivo de cambio de sexo, como podría ser el despido laboral por tal razón⁶.

3. La Ley Trans tiene un amplio ámbito de aplicación personal, incluyendo, en su art. 2, a toda persona “que resida, se encuentre o actúe en territorio español” al margen de cualquier otro condicionamiento de nacionalidad o situación administrativa. Por su parte, el art. 72 también garantiza la igualdad de trato a las personas extranjeras LGTBI. Exponente máximo del alcance de la protección para personas extranjeras es la modificación del art. 3 de la Ley 12/2009 de asilo para incorporar, dentro de la condición de refugiado, la persecución por razón de identidad sexual. Ahora bien, persiste, como se verá, un tratamiento diferente de los procedimientos para el ejercicio de la autodeterminación de género en función de la nacionalidad de la persona. Debe destacarse, además, la ausencia de posicionamiento de la Ley Trans sobre el DIPr. lo que deja lagunas en el ámbito registral, en competencia judicial internacional y en ley aplicable. En este contexto, procede analizar la regulación de la identidad de género en

¹ Sobre la construcción sexo/género *vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “La identidad de género en el Derecho internacional privado español”, *REDI*, vol. 75, 2023-2, pp. 343 y ss., especialmente nota 1.

² Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, *BOE* n° 51, de 1-III-2023. Ver el mapa de derechos trans de Europa y Asia Central de 2023 en <https://transrightsmap.tgeu.org/>

³ *Vid.* la STC 99/2019, de 18 de julio (*BOE* n° 192, de 12-VIII-2029) y el Preámbulo de la Ley Trans.

⁴ Expresamente reconocido por el TEDH en su jurisprudencia: *vid.* STEDH *Yc. France* de 31 de enero de 2023, n° 76888/17 (ECLI:CE:ECHR:2023:0131JUD007688817) y STEDH *O.H. et G.H. c. Allemagne*, de 4 de abril de 2023, n° 53568/18 y 54741/18 (ECLI:CE:ECHR:2023:0404JUD005356818).

⁵ STJUE de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18: *Coman* (ECLI:EU:C:2018:385) y STJUE de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20: *Pancharevo* (ECLI:EU:C:2021:1008).

⁶ *Vid.* en este sentido la STJUE de 30 de abril de 1996, asunto C-13/94: *P/Sy Cornwall County Council* (ECLI:EU:C:1996:170).

su doble dimensión, personal y familiar, en situaciones de movilidad transfronterizas y el estudio debe hacerse partiendo de una doble realidad, en función de que las personas extranjeras estén inscritas, o no, en nuestro Registro civil.

II. Dimensión personal de la identidad de género

1. La perspectiva del Registro civil

A) Legitimación registral

4. Un primer perfil de identidad nos lo da el Registro civil. Uno de los grandes avances expresados de la Ley Trans consiste, precisamente, en permitir una modificación de la mención registral del sexo de una persona sin someterla a condicionantes específicos, reconociendo la voluntad libremente manifestada y despatologizando el procedimiento. Como es sabido, el acceso al Registro civil está previsto, en el art. 9 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante, LRC) para los hechos y actos inscribibles que afectan a los españoles y los referidos a extranjeros, acaecidos en territorio español; también se inscribirán los hechos y actos que hayan tenido lugar fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones sean exigidas por el Derecho español. En lo que aquí nos interesa, queda clara la inscripción de los extranjeros nacidos en España, con la indicación sobre su sexo, conforme al art. 44 LRC. Este recordatorio es importante para valorar el procedimiento registral para la asignación de sexo y la reasignación de la mención del sexo por la vía de la rectificación registral.

5. El sexo de la persona se asigna en el registro desde el momento mismo del nacimiento, con la única salvedad de la moratoria establecida por la Ley Trans que permite no establecer ningún sexo en el plazo del primer año de vida⁷.

No hay ninguna concesión en el Derecho español al tercer género o género “diverso”; ni siquiera la posibilidad de dejar en blanco la casilla correspondiente después del primer año. Nuestro Derecho parte del sistema binario, al igual que Francia o Suiza y se diferencia de otros como el sistema alemán, en los que la posibilidad del tercer género sí está contemplada⁸. La valoración de estas soluciones normativas difiere en función de su aplicación a una situación interna o a una situación internacional.

En el ámbito interno, ha de entenderse que – de momento – no hay obligación derivada de los derechos humanos de incorporar a los registros estatales la posible asignación de tercer género en el acta de nacimiento de una persona intersexual. La valoración del TEDH en el asunto *Y c. France*, se realiza, como es habitual en su jurisprudencia, sobre la base de la inexistencia de consenso en Derecho comparado, por lo que hay margen de apreciación nacional sobre esta cuestión. A todo ello se le une el principio de indisponibilidad del estado civil, la coherencia y la seguridad jurídica. También se suma el impacto que ese reconocimiento de género tendría sobre el resto del ordenamiento jurídico construido desde una perspectiva binaria y que afectaría al Derecho de familia, la filiación, la procreación y la igualdad hombre-mujer.

Para las situaciones internacionales, no se prevé considerar la ley extranjera para la asignación de tercer género. Para no forzar demasiado la rigidez de la normativa registral, podría al menos dejarse en blanco la casilla sobre el sexo. Inmediatamente podemos asociar aquí la doctrina sobre apellidos *García Avello* (para dobles nacionales UE) y *Grunkin-Paul* (para registro previo en otro Estado UE) sobre identidad única para garantizar la libre circulación de personas. Y esa es la solución que, como veremos más adelante, ya se ha mantenido para el registro administrativo de extranjeros⁹.

⁷ Vid. el art. 49.5 LRC.

⁸ Ver la panorámica de Derecho comparado en S.L. GÖSSL y B. VÖLZMANN, “Legal Gender Beyond the Binary”, *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2019, 33, pp. 403 y ss.

⁹ Vid. *infra* núm. 20. Vid. un planteamiento similar en P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, pp. 351-352.

6. Por lo que se refiere a la reasignación en la identidad sexual mediante el procedimiento de la rectificación registral, lo llamativo es que el art. 43 de la Ley Trans solo establece la legitimación registral de los españoles, sin que exista razón que avale la exclusión para las personas extranjeras¹⁰, máxime considerando el carácter constitutivo del registro en estos casos¹¹. Se rompe la coherencia entre el acceso al Registro y la posibilidad de su modificación al dejar fuera a extranjeros nacidos en España. Curiosamente, se sigue en este punto a la norma predecesora, sin que las proposiciones de ley anteriores hubieran cuestionado en ningún momento esa restricción¹². Presuponiendo el conocimiento por parte de nuestro legislador del Derecho registral, solo cabría pensar en una autolimitación para la modificación de asientos respecto de personas extranjeras por razones de "soberanía registral", hoy ya superadas¹³. Pero es que, además de no ser conforme con nuestro sistema de acceso registral, la legitimación del art. 43 resulta incoherente con el propio fundamento de la Ley Trans basado en el libre desarrollo de la propia personalidad que, por definición, no puede ser atribuido únicamente a los nacionales españoles.

B) La reasignación judicial de género: ¿criterios de competencia judicial internacional?

7. Conforme se ha indicado, la Ley Trans ha desjudicializado la reasignación de género sustituyéndola por la vía de la rectificación registral cuando existe asiento previo. Pero esta desjudicialización no alcanza a todos los casos. Por una parte, la exclusión de las personas extranjeras de la legitimación registral del art. 43 de la Ley Trans obliga a habilitarles vía judicial para la rectificación de sus asientos registrales¹⁴. Por otra parte, se sigue necesitando un proceso judicial queda para los supuestos de reasignación de menores de 12 a 14 años y para los supuestos de una nueva modificación de la mención registral relativa al sexo con posterioridad a una reversión de la mención registral ya realizada¹⁵. Cabe destacar que, inicialmente, ninguno de estos dos supuestos está previsto para personas extranjeras¹⁶. Sin embargo, estas personas han de poder, con carácter general, acudir a un juez para ver reconocida su nueva identidad y, a partir de ahí, instar la modificación registral correspondiente.

No existe en el DIPr español un criterio de competencia judicial internacional para las cuestiones relativas a la asignación y reasignación de identidad sexual. Sin embargo, sí tenemos un precedente judicial con la Sentencia del Juzgado 1ª instancia nº 40 de Barcelona de 22 de mayo de 2002, en la que se solicitaba la declaración a título principal del cambio de sexo de un nacional de Costa Rica, aunque ley nacional no lo permitiera, para poder celebrar un matrimonio en España conforme a su nueva identidad sexual. La competencia se justificó sobre la base de la competencia exclusiva de los tribunales españoles en materia de registros del art. 22 LOPJ¹⁷. El planteamiento es inadecuado: por una parte, porque en el

¹⁰ Vid. una posición crítica también en P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *ibid.*, p. 361.

¹¹ Cf. art. 46.1 de la Ley Trans y art. 91.2 LRC.

¹² Vid. la misma legitimación registral solo para españoles en el 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, ya criticada en su momento por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y la legitimación restringida a nacionales españoles", *REDI*, 2007-1, pp. 441 y ss.) y que se ha mantenido en diversas proposiciones normativas (*Id.*, "Una visión de las propuestas de regulación del género de las personas físicas desde el Derecho internacional privado", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 30, de 1 de abril de 2021, pp. 21-22).

¹³ Así puede comprobarse en el art. 7 de la Proposición de Ley sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género. *BOCG. Congreso de los Diputados*, XII Legislatura, 2 de marzo de 2018, 220-1, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea.

¹⁴ Vid. la crítica A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, T. I, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022 pp. 1335 y ss.; también S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Una visión...", *loc. cit.*, p. 18; y P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, p. 361 y nota 72.

¹⁵ Esta vía judicial general está prevista en el art. 90 LRC en relación con el art. 781 bis LEC.

¹⁶ Art. 47 de la Ley Trans en relación con el Cap. I ter del Título II de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

¹⁷ Legitimación para quienes puedan instar la rectificación registral del sexo: art. 26 septies.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

¹⁸ Esa Sentencia fue la base de la RDGRN de 24 de enero de 2005 de R. ARENAS GARCÍA, "Transexualidad y matrimonio en el derecho internacional privado", en S. NAVAS NAVARRO, *Matrimonio homosexual y adopción perspectiva nacional e internacional*, Reus, 2006, pp. 191 y ss., claramente contrario a la competencia exclusiva en esta materia.

caso concreto afectaba al registro administrativo de extranjeros, no incluido en el citado art. 22 relativo al ámbito civil¹⁸; por otra parte, porque la competencia exclusiva se limita a la “validez o nulidad” de las inscripciones, lo que no admite una interpretación extensiva a la decisión sobre el acto (el reconocimiento de la identidad sexual) que se pretende inscribir¹⁹.

8. Actualmente, la vía para extender la competencia de nuestros tribunales sería o bien valorar una extensión del art. 22 quater.b) LOPJ en materia de capacidad o bien utilizar el *forum necessitatis* del art. 22 octies.3. La primera posibilidad forzaría el supuesto de hecho del foro de competencia dado que no cubre cuestiones sobre el “estado” de las personas como sí ocurre en el art. 9.1 C.c. para el Derecho aplicable. La segunda posibilidad podría colmar parcialmente esta laguna²⁰. Este criterio sería imprescindible para asegurar a las personas extranjeras inscritas la rectificación de los asientos en el Registro civil o para obtener un pronunciamiento de reasignación de género a título principal que, en su caso, pudiera interesar al extranjero reconocer en otro Estado²¹. Su articulación como foro de necesidad requeriría acreditar, en todo caso, la imposibilidad de acceder a los tribunales de “su” Estado (preferiblemente, los de su nacionalidad) para realizar allí la reasignación de género pretendida y obtener una resolución para su posterior reconocimiento en España.

No habría laguna de competencia judicial internacional cuando la cuestión de la identidad sexual se planteara como cuestión previa respecto de un litigio principal matrimonial (en relación con la capacidad matrimonial) o de filiación (en un litigio para el establecimiento del vínculo respecto de uno de los progenitores). En esos casos, siguiendo la regla general de funcionamiento de las normas de competencia, la competencia sobre la cuestión principal absorbería a la cuestión incidental.

9. En una revisión futura, deberían introducirse los foros de competencia judicial internacional basados en la nacionalidad española y, de manera alternativa, la residencia habitual en España. Este doble criterio ha sido ya admitido en Derechos de nuestro entorno²².

Dado que estamos en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, no cabría entender como exorbitante el criterio de la nacionalidad del solicitante. Y la introducción de este criterio sería necesaria para garantizar los procedimientos judiciales de reasignación de género de menores españoles de 12 a 14 años o de la revisión de la rectificación previa a la que se refiere el art. 47.

Por su parte, la residencia habitual en España contiene un vínculo razonable con nuestro territorio y coherente con nuestro sistema de competencia judicial internacional en materia de persona. Tal criterio sería imprescindible para garantizar la rectificación registral de la mención del sexo cuando la persona extranjera estuviera inscrita en nuestro Registro civil.

Para el ámbito de reconocimiento de las resoluciones sobre cambio de sexo, el Convenio nº 29 CIEC también admite la residencia habitual o la nacionalidad como criterios de competencia judicial internacional indirecta²³.

¹⁸ Es cierto que la literalidad del art. 22 LOPJ cubre los litigios sobre las inscripciones practicadas en “un registro español”, sin limitación expresa a Registro civil. Pero ese ámbito material es el que se deriva de una interpretación sistemática del art. 22 en relación con el art. 24 relativo a la competencia en el orden contencioso-administrativo.

¹⁹ En el mismo sentido P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, p. 356.

²⁰ *IBIDEM.*, p. 357.

²¹ Por ejemplo, sería necesaria esa nueva identidad sexual si pretende celebrar un matrimonio en un país que solo admite matrimonio entre personas de diferente sexo.

²² *Vid.* también P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, p. 358. Es la solución del art. 35.bis del Código belga de Derecho internacional privado, de 16 de julio de 2004 (cuya versión consolidada puede consultarse en <https://www.dipr.be/fr/1%C3%A9gislation>). La residencia habitual en Alemania, aparte de la nacionalidad, fue un criterio introducido a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional de aquel país de 18 de julio de 2006, que extendió la aplicación de la *Transsexuellengesetz* a los residentes de larga duración o indefinida en Alemania; *cf.* A. SCHULZ, “Geschlechtliche Selbstbestimmung im IPR – Auf dem Weg zu einem neuen Art. 7.a EGEB”, *IPRax.*, 2024, 1, pp. 28 y ss. esp. pp. 29-20,

²³ Convenio relativo al reconocimiento de las resoluciones por las que se constata un cambio de sexo, hecho en Viena el 12 de septiembre de 2000, *BOE* nº 36, de 11-II- 2011, vigente para España y Países Bajos

C) Ley aplicable

10. La Ley Trans tampoco colma la laguna sobre la falta de ley aplicable a la determinación del sexo. En Derecho comparado, allí donde existe regulación, ésta se ha basado en extender la solución conflictual aplicable al estado o capacidad de la persona²⁴ o la ley aplicable al nombre y apellidos²⁵. Se están proyectando también soluciones específicas para determinar la ley aplicable a la autodeterminación de género, como ocurre en el Derecho alemán, que introduce expresamente la autonomía de voluntad en este ámbito²⁶.

Dada su vertiente jurídica – e impacto sobre el resto de instituciones que conforman la identidad de una persona y sus relaciones familiares – lo razonable sería entender sometida la autodeterminación de género a la ley nacional, activando el carácter general y residual que tiene el art. 9.1 C.c. sobre las cuestiones relativas a “la capacidad y estado civil” aunque no encuentre encaje jurídico propio en ninguna de estas categorías²⁷. Siendo cierto que las cuestiones tradicionalmente incluidas en el estatuto personal han ido sustituyéndose progresivamente por la ley de la residencia habitual, la ley nacional sigue siendo la conexión aplicable a la determinación del nombre y apellidos, elemento esencial – al igual que sucede con el sexo – de la identidad de la persona. De este modo, se unifica el tratamiento y facilita la acreditación de una identidad única basada en la certificación de nacimiento. De hecho, si hubiera que decantarse – en caso de soluciones divergentes – entre la ley aplicable al estado de la persona y la ley aplicable al nombre, me parece que habría que inclinarse más a la segunda que a la primera.

En todo caso, teniendo en cuenta la coincidencia actual entre el art. 9.1 C.c. y el art. 1 del Convenio de Múnich de 1980, sobre ley aplicable a los nombres y apellidos, puede concluirse, a falta de solución específica, la aplicación de la ley nacional para la asignación (inicial) de género y también la reasignación (autodeterminación) de género. Sin embargo, existen diversas matizaciones a este planteamiento derivadas de la intervención del orden público y del desconocimiento por el Derecho del foro del tercer género.

11. La primera cuestión hace referencia a la intervención del correctivo del orden público del Derecho español si el Derecho extranjero rechaza la posibilidad de autodeterminación de género. En el siempre difícil equilibrio entre la imposición de los valores del foro y la constitución de realidades jurídicas claudicantes, la referida fundamentación de la Ley Trans en el libre desarrollo personalidad debería prevalecer sobre el inconveniente de que el Estado de origen de la persona no reconociera la reasignación sexual realizada. Ahora bien, no estaría justificado ni sería realizable una “universalización” de nuestro posicionamiento sobre la autodeterminación de género que acogiera a toda persona al margen de su vínculo efectivo con nuestro territorio²⁸. La promoción de un “turismo identitario sexual LGTBI” no sería razonable y sería poco efectivo en la práctica. De ahí, que pueda defenderse la aplicación de nuestro Derecho a quienes residan en España²⁹. En el fondo esta activación del orden público más que matizar la aplicación de la ley nacional, lo que traduce es el carácter de norma material imperativa de la ley del foro. Este ya fue el planteamiento subyacente en la RDGRN de 24 de enero de 2005, que reco-

²⁴ El art. 35.ter del Código belga en relación con el art. 34.1 párrafo 1.

²⁵ En este sentido, el art. 40a de la Ley suiza de Derecho internacional privado, con la modificación dada por la Ley de 18 de diciembre de 2020, establece que los arts. 37 a 40 (relativos al nombre y al cambio de nombre) se aplican por analogía al sexo de una persona (https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/fr).

²⁶ El proyecto de Ley alemán de la *Selbstbestimmungsgesetz* reforma el § 7ª EGBGB para introducir una norma de conflicto para la autodeterminación de género, sometiéndola a la ley nacional, pero pudiendo las personas residentes en Alemania elegir este Derecho para la reasignación sexual (*vid.* BT-Drucksache 20/11004).

²⁷ Al margen de la discusión doctrinal sobre la consideración del sexo como integrante del estado civil, la doctrina española se muestra partidaria de incluir la autodeterminación de género en el art. 9.1 C.c., *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (“Una visión...”, *loc. cit.*, apdo. 3.1); P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, pp. 350-351. En la doctrina extranjera, *vid.* S.L. GÖSSL, “From question of fact to question of law to question of private international law: the question whether a person is male, female, or...?”, *JPRIL*, vol. 12, 2016, 2, pp. 261 y ss., esp. p. 270. En Derecho comparado, se realiza en ocasiones una calificación directa como cuestión de estado civil: *vid.* el artículo 43, letra i) de la Ley n.º 119/1996, sobre el estado civil rumana.

²⁸ Perspectiva que sí parece promover S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Una visión...”, *loc. cit.*, p. 15.

²⁹ La exigencia sería similar al requisito del domicilio de al menos uno de los contrayentes en España, conforme al criterio de competencia territorial del art. 57 C.c., para autorizar matrimonios entre personas del mismo sexo.

noció el cambio de sexo, al margen de lo dispuesto en la ley nacional³⁰. Esta solución se alinea, además, con la protección en España por la vía de asilo de las personas que sufren persecución en su Estado de origen por razón de identidad sexual³¹.

12. Por su parte, el desconocimiento por el foro del tercer género puede dificultar el acomodo registral de una ley nacional que permita su existencia, más de solucionar cuando se trata de documentación administrativa, como veremos a propósito de la STSJ 83/2023 de Andalucía³². Ciertamente, la normativa y los asientos registrales suelen ser muy rígidos y establecidos en función de la normativa material del foro. No obstante, siempre sería posible una solución intermedia como dejar la casilla en blanco, lo que permite acomodar una normativa extranjera que no tiene parangón en el foro sin tener que forzar la propia normativa interna³³. Y, todo ello, sería conforme con la doctrina del TEDH asentada en el asunto *Y. c. France*, según la cual, dadas las divergencias actuales de Derecho comparado, no existe vulneración del derecho a la vida privada del art. 8 CEDH por no prever la mención de intersexual en el registro.

D) Reconocimiento de decisiones extranjeras de reasignación sexual

13. La rectificación registral puede venir del reconocimiento de una resolución extranjera; de hecho, la estricta legitimación establecida en el art. 43 de la Ley Trans presupone – implícitamente – que cualquier corrección registral de personas extranjeras inscritas en España podrá instarse a partir del reconocimiento de resoluciones dictadas en sus países de origen. Si hay resolución de autoridad, no cabe duda de que debe ir a un método de reconocimiento. Si no hay resolución de autoridad, estamos ante una cuestión de ley aplicable, incluso aunque se traiga una certificación registral extranjera donde conste su género³⁴.

El único marco normativo específico de referencia se encuentra en el citado Convenio nº 29 de la CIEC de 2000 que establece una regla de reconocimiento de decisiones judiciales o administrativas de cambio de sexo dictadas por los tribunales o autoridades administrativas de la nacionalidad o de la residencia. Al margen de este Convenio, cabe entender también aplicables los Convenios bilaterales de reconocimiento que incluyen los litigios y actos de jurisdicción voluntaria en materia civil y no excluyen expresamente las cuestiones relativas al “estado” de las personas, ámbito en que se situaría la reasignación de género³⁵.

14. En el escenario UE, el reconocimiento mutuo que puede afectar a españoles residentes en otro Estado y a ciudadanos UE residentes en España o que se encuentran en España. Sobradamente conocido es el planteamiento a propósito del régimen del nombre y apellidos que, por su vinculación, también puede extenderse a la identidad de género, conforme al principio de unicidad de status del ciudadano de la UE³⁶. En todo caso, es llamativa la ausencia de la mención del sexo en el Reglamento (UE) 2016/1191 sobre documentos públicos, para facilitar, al menos, la eficacia probatoria de un documento expedido en otro Estado UE.

³⁰ Se solicita autorización para celebrar matrimonio en España por parte de un costarricense nacido varón y que había cambiado de sexo con decisión judicial previa dictada por un Juzgado español. El juez encargado del registro denegó la capacidad matrimonial por la falta de reconocimiento de la sentencia española en Costa Rica. Frente a ello, la DGRN excepciona la aplicación de la ley nacional sobre la base del orden público y la coherencia interna de nuestro propio sistema (*vid.* el comentario de la Resolución de M. REQUEJO ISIDRO, *REDI*, 2005, pp. 986-994).

³¹ La Disposición final décima reforma el art. 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo.

³² STSJ 83/2023, de 23 de enero de 2023, ECLI:ES:TSJAND:2023:792.

³³ Cf. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, p. 352.

³⁴ Recuérdese que, conforme al art. 98.1.c) LRC, ello no está exento de control de validez conflictual

³⁵ Así, por ejemplo, sería aplicable el Convenio con Austria, de 17 de febrero de 1984, pero no el Convenio con Brasil, de 13 de abril de 1989. También sería importante la calificación del cambio de sexo como estado de las personas a los efectos de verificar el ámbito del control sobre la ley aplicada, caso de existir dicho control en el Convenio.

³⁶ D. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Bruselas, 2017, pp. 66 y ss.; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado”, *REEL*, 2018, nº 35, pp. 1 y ss., esp. pp. 20 y ss.

Precisamente en este ámbito está pendiente una cuestión prejudicial en el asunto *Mirin*³⁷. El hecho se suscita porque la Ley estado civil de Rumanía no reconoce las modificaciones en el estado civil sobre las menciones relativas al sexo y al nombre realizadas en el Reino Unido por un doble nacional británico-rumano, de modo que se exige tramitar desde el principio otro procedimiento judicial en Rumanía, lo que puede dar lugar a una solución contraria a la adoptada en el otro Estado miembro. El Abogado General ya se ha pronunciado sobre la incompatibilidad con la libre circulación UE del rechazo al reconocimiento del cambio de nombre y sexo realizados en otro Estado miembro, aplicando la jurisprudencia TJUE sobre apellidos. En estos casos, la eficacia registral civil parece inescindible de la documentación administrativa, de modo que el reconocimiento implique automáticamente la modificación registral en Rumanía en las menciones relativas a la propia persona, aunque no sobre los asientos registrales relativos al matrimonio o la filiación³⁸.

Rechazar el reconocimiento de la identidad sexual establecida en otro Estado UE es dudosamente compatible con el ejercicio del estatuto de la ciudadanía de la UE y de la libertad de residencia en condiciones no discriminatorias. Como fundamento, cabe no solo invocar los arts. 20 y 21 TFUE, sino también la Carta de Derechos Fundamentales UE, en concreto su art. 21 y el respeto al derecho a la vida privada del art. 7, trasunto del art. 8 CEDH, lo que permitiría extrapolar a este ámbito la jurisprudencia dada por el TEDH.

2. La perspectiva de la documentación administrativa

A) El alcance subjetivo del art. 50 de la Ley Trans

15. Al margen del Registro civil, los extranjeros que se encuentran en España pueden intentar la rectificación de su sexo en la documentación administrativa que se les expida con base en el art. 50 de la Ley Trans. Frente a otras posibles interpretaciones, de los antecedentes y la literalidad de este precepto, cabe entender que cubre únicamente la documentación que las autoridades españolas expiden a los extranjeros³⁹, en concreto la tarjeta de identidad de extranjeros y la autorización de residencia y de trabajo⁴⁰. Por otra parte, la previsión del art. 50 garantiza la compatibilidad de nuestro sistema con el CEDH: se evita la vulneración del art. 8 CEDH, *Rana c. Hungría*, dado que se prevé un sistema de reasignación sexual para aquellos casos en los que la persona extranjera no está inscrita⁴¹.

16. Conforme a esto, los perfiles incluidos en este art. 50 serían, inicialmente, extranjeros no inscritos en el Registro civil español y que pretendan una rectificación en su identidad. Entrarían aquí las personas refugiadas que se encuentran en España y a las que se les otorga protección por vía de asilo por persecución por razones de género e identidad sexual y también personas indocumentadas. La expresión personas “extranjeras” no debe entenderse en sentido literal, sino que debe entenderse que cubre también a los apátridas. En estos casos, en caso de negativa a expedir la documentación conforme a su nueva identidad sexual, podrá recurrirse por la vía contencioso-administrativa sin que exista, en esta parte, una laguna de competencia judicial internacional.

³⁷ Asunto C-4/23: *Mirin*, Conclusiones, de 7 de mayo de 2024, del Abogado General R. de la Tour, ECLI:EU:C:2024:385.

³⁸ Las Conclusiones del Abogado General pretenden alinearse, de este modo, con la jurisprudencia *Coman y Pancharevo*. En este contexto, debe considerarse la cuestión prejudicial pendiente en el asunto *Wojewoda Mazowiecki* (asunto C-713/23) en relación con la inscripción en el Registro civil polaco de un matrimonio entre personas mismo sexo celebrado en Alemania.

³⁹ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, pp. 362-363, entiende que el art. 50 cubriría todos los casos en los que se solicite la rectificación de la mención del sexo y del nombre, tanto si se trata de documentación administrativa como registral.

⁴⁰ Así se preveía expresamente en el art. 7 de la Proposición de Ley de propuesta de ley presentada en marzo de 2018 (*loc. cit.*).

⁴¹ STEDH de 16 de julio de 2020, *Rana c. Hungría*, núm. 40888/17, ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD004088817. Lo que hacía contrario al CEDH el Derecho húngaro era la inexistencia de una vía para solicitar el cambio de sexo para los extranjeros que no contaran con certificación nacimiento en Hungría, dado que solo estaba prevista la vía civil de cambio del acta de nacimiento inscrita en el registro.

17. Sin embargo, el art. 50 debe interpretarse de manera extensiva incluyendo también a los extranjeros que tengan inscripción previa en el Registro civil español. Recordemos que, tal y como está configurado actualmente el art. 43 de la Ley Trans, estas personas no tienen posibilidad de rectificar su mención registral; pero sí deben tener abierta al menos la vía de la adecuación de su documentación oficial. Y es aquí donde se muestra la paradoja de nuestro sistema vigente al permitir extender una documentación oficial con un sexo diferente al que consta en el Registro civil, rompiendo con la obligada concordancia a la que obliga el propio art. 49 de la Ley Trans.

Por ese motivo, un doble sistema de vía registral para españoles (art. 43) y adecuación de la documentación oficial para extranjeros (art. 50) no puede funcionar. Toda persona inscrita en el Registro civil debe poder acudir a la rectificación registral y, a partir de ella, obtener la acreditación oficial de identidad. Si no existe inscripción registral previa, la adecuación de la documentación se hará directamente conforme al art. 50.

B) Condiciones para la adecuación documental

18. El art. 50 contempla una doble situación en función de que se inste una solicitud de adecuación de los documentos directamente a una autoridad competente española (apartado 1) o que se inste el reconocimiento de una reasignación de género realizada por una autoridad extranjera (apartado 2).

19. Por una parte, el art. 50.1 presupone la aplicación de la ley nacional más un correctivo orden público que hace prevalecer, en los términos ya indicados, el criterio de la norma material imperativa española relativa a la autodeterminación. De este modo, si en los registros del país de su nacionalidad (entendiendo por tal la referencia al “país de origen”) ha logrado una rectificación de la mención del sexo, tal rectificación va a constar también en la documentación administrativa que se les expida. Y también es lógica la prevalencia en este caso del criterio de la nacionalidad, dado que son las autoridades del país las que habitualmente – salvo los casos de apatridia, refugiados e indocumentados – otorgan la correspondiente documentación a las personas.

Para la aplicación de la ley española, se requiere que exista una imposibilidad legal o de hecho de realizar la rectificación registral en el país de origen. La primera se daría si la ley de origen no prevé o prohíbe la reasignación; incluso podría pensarse en activar la aplicación de nuestra ley si el Derecho extranjero somete la reasignación a un proceso de patologización. La segunda se daría en supuestos de grave crisis en el país de origen, por ejemplo, por una situación de conflicto bélico o de catástrofe humanitaria, que haga inviable iniciar en la práctica cualquier procedimiento registral en aquel país.

En el caso de negativa por parte de la autoridad competente a extender la documentación con la nueva identidad sexual, la persona extranjera tendrá a su disposición la vía judicial. A diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil, aquí no hay laguna de competencia judicial internacional, dado que los recursos entran en el orden contencioso-administrativo y serán competentes los tribunales españoles respecto de los actos dictados por sus Administraciones (art. 24 LOPJ). No necesitamos en este caso, por tanto, acudir al expediente del *forum necessitatis* para garantizar el acceso a los protegidos por la vía de asilo a un reconocimiento documental de su nueva identidad sexual.

20. Por otra parte, el art. 50.2 obliga a las Administraciones públicas a habilitar procedimientos de adecuación de los documentos expedidos a los extranjeros que se encuentren en situación administrativa regular en España, que hayan procedido a realizar la rectificación registral correspondiente en su país de origen⁴². Es decir, partimos aquí de lo que podría entenderse como hipótesis habitual en la que el país de origen realiza la reasignación de género que luego pretende reflejarse en la documentación oficial expedida para la persona extranjera.

Si la persona extranjera no estuviera inscrita previamente en el Registro civil español, se plantea únicamente el reconocimiento de la certificación registral extranjera en el ámbito administrativo que,

⁴² Vid. la crítica a la exigencia de regularidad en P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, nota 75.

tal y como y se prevé, se formula de manera incondicional. Se sigue en este punto una mecánica que ya viene siendo habitual para la acreditación de situaciones personales y familiares a los efectos de la normativa de extranjería, que obvia los procedimientos y controles habituales del Derecho internacional privado⁴³. En el ámbito de la libre circulación de personas, nos movemos en el contexto del reconocimiento mutuo directo de la identidad acreditada conforme al Registro civil del país de origen, tal y como se estableció en la STS 83/2023 de Andalucía⁴⁴. La flexibilidad en el ámbito registral no sólo incide en el sistema de reconocimiento de la certificación sino también en la posibilidad de adecuación de la documentación y del registro administrativo al tercer género o género diverso.

Si la persona extranjera estuviera inscrita en el Registro civil español, los efectos de la certificación extranjera quedarían supeditados a las exigencias de la eficacia registral de documentos públicos extranjeros exigidas por el art. 98 LRC (con control de validez del acto) o del reconocimiento automático de la resolución judicial extranjera con las condiciones del art. 96, si la hubo en el país de origen para realizar la modificación registral.

3. El impacto en el régimen del nombre

21. La autodeterminación de género puede tener un impacto directo en el régimen del nombre, en la medida en que el Derecho material establezca – o, según los casos, imponga – que el nombre ha de adecuarse al género, siguiendo las variantes masculina, femenina o, en su caso, neutra. Si la reasignación y el cambio de nombre se ha hecho ante autoridad extranjera, la cuestión se tratará como reconocimiento y, en el caso UE, como reconocimiento mutuo para dar efecto a la identidad sexual y al nombre establecido en el Estado de origen.

22. Desde la perspectiva de la autoridad española, el planteamiento de una reasignación de género y el cambio de nombre responde a dos cuestiones – previa y principal – que debe resolverse, inicialmente, conforme a la ley nacional del Convenio de Múnich de 1980. Es la ley aplicable al nombre la que debe determinar el impacto que tiene la reasignación de género en el nombre⁴⁵. Desde la perspectiva del sistema – en construcción – español, habría una equivalencia de tratamiento conflictual si consideramos incluida en el art. 9.1 C.c. la identidad de género. Y esa equivalencia también se da en otros sistemas⁴⁶.

Puede presentarse aquí una primera duda sobre la competencia de las autoridades españolas para autorizar el cambio de nombre de una persona extranjera, conforme a una autolimitación inicial seguida por la DGRN y también a la eventual incidencia en este ámbito del Convenio de Estambul⁴⁷. La primera, como ya se ha indicado, no encuentra justificación. Por su parte, si fuera aplicable el Convenio de Estambul, las autoridades españolas no tendrían competencia para autorizar un cambio de nombre a nacionales de otros Estados parte, a menos que también tuvieran la nacionalidad española. Sin embargo, el mismo solo resulta aplicable para aquellos casos en los que se solicite un cambio de nombre de manera voluntaria, no como consecuencia directa del cambio de sexo, en la medida en que el Convenio excluye los cambios que respondan modificación del estado de las personas.

⁴³ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *loc. cit.*, pp. 29 y ss.

⁴⁴ STSJ Andalucía 83/2023 (ECLI:ES:TSJAND:2023:792) La pretensión del apelante, con ciudadanía alemana, era modificar la solicitud de inscripción en el Registro Central de Extranjeros residentes ciudadanos de la Unión Europea el dato relativo al sexo, de forma tal que en el mismo se haga constar sexo “indeterminado” con base en los datos obrantes en el pasaporte alemán. El recurso se admitió buscando la concordancia con la documentación oficial extendida por las autoridades alemanas. Vid. el comentario a esta Sentencia de P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Asignación de sexo legal indeterminado (Sala de contencioso-administrativo, Secc. 4ª), núm. 83/2023, de 23 de enero, REEI, nº 46, 2023, pp. 623 y ss.

⁴⁵ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Una visión...”, *loc. cit.*, p. 10.

⁴⁶ En el Proyecto alemán, la propuesta del art. 7.a) EGBGB permite la elección del Derecho alemán para las personas que tienen su residencia habitual en aquel Estado tanto para la autodeterminación de género como para el cambio de nombre en las condiciones o vinculado (*unter den Voraussetzungen oder im Zusammenhang*) al cambio de sexo. Obsérvese que con ello el cambio de sexo arrastra la solución para el cambio de nombre, excepcionando la aplicación de la ley nacional a este prevista en el art. 10.1 EGBGB. Vid. A. SCHULZ, *loc. cit.*, p. 32.

⁴⁷ Convenio relativo a los cambios de apellidos y de nombres, hecho en Estambul el 4 de septiembre de 1958, BOE nº 15, de 18-I-1977.

23. En el ámbito del Registro civil, tratándose de solicitudes de reasignación realizadas por españoles, el cambio de nombre es voluntario, dado que para el Derecho español el género es irrelevante a los efectos de elección del nombre⁴⁸.

Si la solicitud de reasignación se ha presentado por una persona extranjera, será la ley rectora del nombre la que determine si el cambio de identidad sexual implica un cambio automático de nombre. Obviamente, si la ley extranjera no reconoce la reasignación sexual realizada, volvemos al punto de partida de aplicación imperativa del Derecho español que se aplicará al cambio de sexo y, en su caso, de nombre⁴⁹. En estos casos, la aplicación del Derecho español arrastrará también la solución sobre el nombre por lo que se desactiva la regulación sobre la cuestión previa del art. 1 del Convenio de Múnich.

Si la ley nacional rectora del nombre admite la reasignación sexual, pero establece que el cambio de nombre será voluntario, podría plantearse en este contexto la aplicación del Convenio de Estambul, con la consiguiente limitación de la competencia de nuestras autoridades para realizar ese cambio.

24. Fuera del Registro civil, tratándose de solicitudes de adecuación de la documentación oficial de personas extranjeras, el citado art. 50 de la Ley Trans establece el mismo sistema, y con los mismos condicionantes, para el cambio de sexo y “en su caso” el cambio de nombre en el supuesto de que no hubiera sido posible una rectificación registral en el Estado de origen. Más que pensar en este caso en una solución conflictual específica para el cambio de nombre, parece llevarse todo ello a una aplicación del Derecho español como norma material imperativa para el ámbito de la documentación administrativa. Lo correcto sería, no obstante, determinar conforme a la ley nacional el impacto de la reasignación de género en el nombre (de haberlo “en su caso”).

Si la persona extranjera está inscrita en el Registro civil español, queda por determinar el tratamiento de la rectificación registral. En este caso, debería llegarse a la misma solución de ley aplicable, consecuente con la necesaria coordinación entre Registro civil y la documentación administrativa emitida en España. Dicha coordinación interna debe prevalecer al margen de la falta de concordancia con el registro del país de origen.

III. Dimensión familiar de la identidad de género

1. El impacto en el matrimonio transfronterizo

25. La autodeterminación de género también tiene implicaciones para el ámbito familiar, en particular, en relación con el matrimonio y la filiación. La primera vertiente depende, inicialmente, de la concepción matrimonial existente en el Estado en cuestión; y, posteriormente, del reconocimiento de la reasignación de género a los efectos de la capacidad matrimonial.

26. El impacto de la autodeterminación de género en el matrimonio está directamente relacionado con la concepción matrimonial estatal, en la medida en que el género condicione la posibilidad (o no) de contraer matrimonio. El Estado de referencia es, a estos efectos, el de la celebración o en el que pretenda reconocerse el matrimonio.

En este contexto, podemos encontrarnos con los siguientes modelos:

- Una concepción matrimonial que admite matrimonios entre personas del mismo sexo no requiere una reasignación de sexo, dado que este es irrelevante a los efectos de contraer matrimonio. Ya la Resolución-Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 se encargó de extender nuestro sistema al margen de la nacionalidad de los contrayentes.

⁴⁸ Art. 51 LRC. En este sentido, el art. 46.3 de la Ley Trans establece, entre los efectos de la rectificación de la mención registral relativa al sexo “en su caso, el cambio de nombre”, lo que evidencia, a mi juicio, la ausencia de correlación automática entre cambio de sexo y de nombre.

⁴⁹ A la contravención del orden público de una ley extranjera que no permita cambiar de nombre a una persona que ha cambiado legítimamente de sexo/género en nuestro país, también se refiere S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Una visión...”, *loc. cit.*, p. 15.

- Una concepción matrimonial que solo admite matrimonios entre personas de distinto sexo puede condicionar la decisión de reasignación de género de uno de los contrayentes para poder celebrar el matrimonio. El contexto del problema no es nuevo: la citada RDGRN de 22 de mayo de 2005 se dictó precisamente para reconocer la reasignación de género no admitida por la ley nacional del contrayente y, conforme a ella, autorizar el matrimonio (en aquel momento heterosexual) conforme al nuevo género.
- Una concepción matrimonial exclusivamente binaria obligaría a tener que identificar el género hombre/mujer para poder contraer matrimonio. Se ha planteado la duda para nuestro sistema a la vista de la mención constitucional sobre los contrayentes en la Constitución⁵⁰. Claramente, se dan modelos en Derecho comparado en los que se reconoce expresamente la posibilidad de matrimonio a personas intersexuales, como es el caso de Nueva Zelanda⁵¹. A día de hoy, siguiendo el planteamiento en el asunto *Y. c. France*, no estaría claro un pronunciamiento del TEDH que derivara, del art. 8 y art. 12 CEDH, un derecho a contraer matrimonio de una persona intersexual.

27. Determinada la concepción matrimonial de la *lex auctoritas*, todavía se impondría verificar si se reconoce la reasignación de género a los efectos de la capacidad matrimonial: esto es, si la transexualidad de una persona puede entenderse como impedimento para contraer matrimonio. La cuestión se ha planteado en Derecho comparado y también en el Derecho español⁵². En este punto, el TEDH ha sido claro desde la Sentencia *Goodwin*: no está justificada, y sería una restricción ilegítima al *ius connubi*, admitir la reasignación sexual de una persona y, posteriormente, no reconocer la nueva condición a los efectos de contraer matrimonio⁵³. El impacto de esta jurisprudencia es evidente: la propia admisión de la autodeterminación de género conlleva, imperativamente, un reconocimiento a su capacidad matrimonial y ello al margen de la ley nacional⁵⁴. Desde esta perspectiva, un eventual impedimento previsto por la ley nacional para celebrar matrimonio basándose en su condición de transexual no será admitido por contravenir nuestro orden público, lo que tendrá incluso efectos en el ámbito del Convenio de París de 1964⁵⁵.

2. El impacto en la filiación y relaciones paternofiliales transfronterizas

A) En el establecimiento de la filiación

28. La autodeterminación de género también tiene impacto sobre en el establecimiento de la filiación y en la constancia registral de la condición e identidad sexual de los progenitores. Centraremos nuestro análisis en la tradicionalmente denominada filiación por naturaleza, dado que un análisis de las particularidades de la adopción desbordaría las pretensiones de este trabajo.

El establecimiento de la filiación depende del art. 9.4 C.c., mientras no sea reemplazado por la propuesta de Reglamento UE sobre el que se está trabajando. La ley de la residencia habitual del hijo de-

⁵⁰ Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Una visión...”, *loc. cit.*, p. 13.

⁵¹ Vid. S.L. GÖSSL, *loc. cit.*, p. 276.

⁵² Vid. el apdo. IV de la Resolución RDGRN de 22 de mayo de 2005. Ver, en todo caso, el valor limitado de aquella jurisprudencia en la medida en que no se planteaba directamente la cuestión matrimonial (*vid.* R. ARENAS GARCÍA, *loc. cit.*, p. 193).

⁵³ STEDH de 11 de julio de 2002, *Christine Goodwin c. United Kingdom*, nº 28957/95 ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002895795 Arrêt 11.7.2002. Véase que lo relevante en ese caso es potenciar el derecho a contraer matrimonio. La autodeterminación de género era accesoria; es decir, en este caso, el orden público español no se activó por reconocer el derecho a la autodeterminación, sino por facilitar el *ius connubi*.

⁵⁴ Una cuestión diferente es la obligación, desde la perspectiva de las autoridades del Estado de origen, de conceder ese certificado de capacidad matrimonial en la medida en que su propio sistema no admita el matrimonio entre personas del mismo sexo. *Vid.* en este contexto, la cuestión pendiente ante el TEDH en relación con la no expedición de certificados de capacidad matrimonial por la autoridad de la nacionalidad polaca para impedir que puedan contraer en España un matrimonio entre personas del mismo sexo (asunto *Szypula c. Polonia*, 78030/14 y 23669/16).

⁵⁵ Ver el Convenio de París de 10 de septiembre de 1964, tendente a facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero, que establece la competencia de las autoridades de las autoridades del Estado de la celebración, cuando el contrayente resida habitualmente en ese Estado, para realizar la dispensa del impedimento conforme a la ley nacional.

terminará cómo se establece la filiación matrimonial y no matrimonial (por reconocimiento voluntario, sentencia judicial, posesión de estado, presunciones de paternidad). Las preguntas que deben responderse en este caso son: ¿Cómo influye el género en el establecimiento de la filiación? ¿Hasta qué punto la reasignación de género puede privar o limitar la posibilidad de establecer la filiación?

29. La influencia del género en el establecimiento de la filiación suele partir de la fijación de la “maternidad” (cualquiera que sea su denominación) a partir de una circunstancia biológica como es la gestación y el parto⁵⁶. En ese caso, la reasignación de género (esté admitida o no por el Derecho reclamado), en la medida en que no altera la capacidad de procrear, no habría de afectar al establecimiento de la filiación por esta vía, aunque sí pueda incidir en la denominación del progenitor en la inscripción, cuestión sobre la que volveremos posteriormente.

La situación cambia para el establecimiento de la filiación por parte de la pareja o cónyuge de la gestante, en la medida en que el Derecho rector de ésta determine requisitos o condiciones diferentes en función de su cualidad como hombre o mujer.

En el ámbito de la filiación matrimonial, por ejemplo, la ley rectora de la filiación puede partir de presunciones de “paternidad”. La presunción ha tenido una justificación biológica tradicional basada en la equivalencia entre el sexo biológico del presunto padre y su sexo legal. Desde el momento en que esa correlación puede romperse, el interrogante es si esa misma presunción ha de operar también a favor de una mujer que ha reasignado su género a hombre o, en caso contrario, el establecimiento de la filiación requiere un reconocimiento voluntario⁵⁷.

En el ámbito de la filiación no matrimonial, lo habitual es que la filiación se establezca por acto de reconocimiento voluntario del nacido. La legitimación para el reconocimiento (hombre, mujer, género neutro) vendrá determinada por la correspondiente ley rectora y considerando el género que tiene en el momento del reconocimiento de la filiación.

En todos estos casos, la consecuencia más importante es que la ley aplicable a la filiación debe admitir la reasignación sexual realizada y, en función de ella, determinar las consecuencias sobre el modo y forma de establecer la filiación.

30. Esto nos lleva a la cuestión de una eventual restricción, en la ley rectora de la filiación, que impida el reconocimiento de la filiación por parte de personas transgénero, precisamente por su condición de transgénero. Precisamente, en un caso como en este, la conexión en cascada del art. 9.4 C.c. hace innecesario acudir al expediente del orden público. La aplicación subsidiaria del Derecho español permitiría ese establecimiento de la filiación dado que la reforma del art. 120.1º C.c., en relación con el art. 44.6 LRC.

En todo caso, en este contexto se impondría la jurisprudencia del TEDH sobre el impacto del derecho a la vida privada del menor en el establecimiento del vínculo de filiación. Desde esta perspectiva podría entenderse que: por una parte, habiendo vínculo biológico el establecimiento del vínculo debe estar garantizado al margen de la identidad sexual del progenitor, siguiendo la doctrina *Labassee y Menneesson*⁵⁸; por otra parte, prohibir el establecimiento del vínculo por el hecho de existir reasignación sexual sería contrario al art. 8, extrapolando aquí la doctrina *Goodwin* aplicable a la capacidad matrimonial⁵⁹.

B) En la mención del progenitor

31. El segundo problema que anticipábamos es el relativo a la mención de la identidad sexual del progenitor en la inscripción de nacimiento del hijo. El problema se suscita básicamente cuando se ha producido una reasignación sexual por parte alguno de los progenitores antes del nacimiento del

⁵⁶ Dejamos a salvo, claro está, la determinación de la filiación por contrato de gestación por sustitución.

⁵⁷ Por ejemplo, el reconocimiento previsto en el art. 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

⁵⁸ Si bien es cierto que se formuló para la gestación por sustitución, la construcción es extrapolable a este ámbito.

⁵⁹ En cualquier caso, aquí la decisión no se construiría sobre la base del derecho a tener un hijo (derecho inexistente desde el punto de vista del CEDH) sino sobre el derecho a la vida privada del menor.

hijo⁶⁰. Las menciones registrales sobre la condición de los progenitores dependen, en cada caso, de la ley registral correspondiente que interviene, *a posteriori*, una vez fijada la filiación. Como se desprende de la jurisprudencia del TEDH, no estando la filiación ni la responsabilidad parental en juego, la intervención del art. 8 del CEDH es de menor impacto.

Así, en el asunto *Y c. France*, la demanda tuvo su origen en la constancia registral, en el acta de nacimiento, del sexo masculino del progenitor a pesar de ser biológicamente intersexual, condición que quería que figurase. Como ya se ha indicado, la ausencia de consenso en Derecho comparado y su impacto en un sistema jurídico binario, impiden derivar del CEDH una obligación de reconocimiento de tal identidad sexual.

Una cuestión parcialmente diferente se planteó en la cuestión ante el TEDH, en los asuntos *O.H. et G.H. c. Allemagne*: en el primer caso, se trataba de una persona nacida como mujer que da a luz a un niño cuando ya se había cambiado de sexo y era hombre, haciéndose constar en el registro como madre; en el segundo caso, se trataba de una persona nacida hombre que transita a mujer y su pareja mujer da a luz a un niño con gametos masculinos de la persona trans. En el registro se le hace constar como padre.

La perspectiva de análisis se centra en el equilibrio entre el derecho a la vida privada del menor (con derecho al establecimiento de la filiación y a conocer sus orígenes biológicos) y la protección de la intimidad de la persona trans que requeriría que su mención como progenitor (padre/madre) no revelase o divulgase su condición de transexual. Obsérvese que cualquier denominación que identifique al progenitor en función de su condición de gestante revela, de manera indirecta, una identidad sexual biológica que puede no corresponderse con la legal⁶¹. En estos supuestos, el acceso restringido a la mención registral sobre la filiación permitiría, a juicio del TEDH, garantizar la intimidad del progenitor.

32. Cuestión diferente es la incidencia del carácter transgénero de un progenitor sobre la decisión de la custodia del menor. A propósito de ello, en un reciente caso de sustracción internacional, las autoridades polacas denegaron la restitución por ser la madre transgénero y poder suponer, por ello, un peligro psíquico para los hijos (se entiende sobre la base del art. 13.1.b) del CH 1980)⁶². En este supuesto, y viendo la propia jurisprudencia del TEDH, cabría ver una vulneración del derecho a la vida familiar del art. 8 CEDH en la medida en que el criterio de decisión no se basa en el interés superior del menor, sino en un criterio de política legislativa.

IV. Conclusiones

33. Desde la perspectiva del tratamiento de las personas extranjeras y de las situaciones de movilidad transfronteriza, la Ley Trans reincide en las mismas limitaciones que tenían las normas hasta ahora vigentes, introduciendo un doble sistema de rectificación registral en el art. 43 (limitado a personas españolas) y de adecuación de documentación en el art. 50 (para extranjeras) que resulta insostenible.

34. Las personas extranjeras inscritas en el Registro civil no tienen – inexplicablemente – reconocida legitimación para la rectificación registral de la mención del sexo a no ser que se haga por el

⁶⁰ . Cabe entender que la cuestión no se va a plantear si la reasignación se ha realizado después del nacimiento, ya que, en ese caso, no sería lógica una retroactividad en la identificación del progenitor. Prevalece aquí el principio de estabilidad y seguridad jurídica en la indicación de la filiación y esta es la solución recogida en el art. 112 C.c. en relación con el efecto constitutivo de la rectificación registral sobre el sexo del progenitor.

⁶¹ Se pueden incluir aquí menciones como “progenitor 1 y progenitor 2”, “progenitor gestante”/“progenitor no gestante”. La reforma del art. 120 C.c. introduce la expresión “padre o progenitor no gestante” lo que implica, según consta en la Exposición de Motivos de la Ley Trans, la posibilidad, para las parejas de mujeres, y parejas de hombres cuando uno de los miembros sea un hombre trans con capacidad de gestar, de proceder a la filiación no matrimonial por declaración conforme en los mismos términos que en el caso de parejas heterosexuales (*vid.* el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley Trans). La referencia a la madre se extiende a “progenitor gestante”.

⁶² Picha terminología, sin embargo, no se corrobora con la utilizada por la LRC, cuyo art. 44, se refiere al “padre o madre no gestante” o “madre o persona trans gestante”, lo que evidencia claramente la reasignación de género del progenitor.

⁶² www.eldiario.es/catalunya/polonia-retiene-hijos-madre-espanola-trans-considerarla-peligro-psiquico_1_10296781.html

reconocimiento de una resolución extranjera. Si desean acudir a la vía judicial, no tienen tampoco un criterio de competencia judicial internacional, lo que obligaría a acudir al *forum necessitatis*. Tampoco existe una norma de Derecho aplicable, aunque todo conduce a la aplicación de la ley nacional.

En todo caso, la fundamentación en el libre desarrollo de la personalidad se configura como cuestión de orden público que hace aplicable el Derecho español a personas extranjeras con residencia habitual en España.

35. Todas las personas extranjeras podrían adecuar su documentación administrativa en aplicación de la ley española, que opera de manera relativamente imperativa respecto de la ley nacional que no admita, prohíba o patologice la autodeterminación de género.

Particularmente importante es la protección para personas refugiadas en España por motivos de persecución por razón de identidad sexual.

36. Debe prevalecer la coherencia y coordinación entre registros españoles (civil y administrativo) al margen de la concordancia con los registros extranjeros de los países de origen, de modo que la autodeterminación de género se inscriba aunque la ley nacional no la permita.

37. El reconocimiento mutuo UE tiene un impacto evidente y directo en esta materia: la mera divergencia normativa entre Estados miembros no puede ser un obstáculo a la libre circulación de personas en lo que se refiere a sus elementos identificativos, y quedan incluidos aquí tanto el sexo como el nombre. Resultan en este caso inescindibles las certificaciones registrales civiles y la documentación administrativa derivada.

38. En relación con el nombre, el tratamiento de la cuestión previa (la autodeterminación de género) se desvincula de la solución que se sigue para la cuestión principal (el régimen del nombre): si la ley nacional no admite la reasignación de género, se activaría el orden público a estos efectos y la aplicación imperativa del Derecho español que arrastraría a los dos aspectos más íntimamente interrelacionados con la identidad de una persona, el sexo y el nombre.

39. El impacto de la autodeterminación de género sobre el matrimonio implica el reconocimiento de la capacidad matrimonial para facilitar el *ius connubii* al margen de la ley nacional.

40. El impacto de la autodeterminación de género sobre la filiación implica que la reasignación de género no puede ser, por sí misma, una restricción al establecimiento de la filiación, aplicándose en todo caso la ley española a título de ley subsidiaria.