

Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares (1)

María Paz García Rubio

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Santiago de Compostela

Vocal de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación

LA LEY Derecho de familia, Nº 30, Sección A Fondo, Segundo trimestre de 2021, Wolters Kluwer

LA LEY 7814/2021

Resumen

La aceptación del criterio de la autodeterminación de la opción de género, o género preferido por la persona, sin necesidad de otros requerimientos, implica una serie de consecuencias en las relaciones con los otros. El objeto de este trabajo es analizar esas repercusiones en las dos instituciones hasta hoy centrales en el Derecho de familia, el matrimonio y la filiación.

Palabras clave

Autodeterminación de género, matrimonio, filiación, parentalidad, inscripción nacimiento, borrado de género.

Abstract

The acceptance of the self-determined choice of gender, or the gender preferred by the person concerned, without the need for further requirements, implies a series of consequences in relations with others. The purpose of this paper is to study these consequences for the two institutions that have been central to family law up to now, marriage and parenthood.

Keywords

Gender self-determination, marriage, children, parentage/parenthood, birth registration, gender erasure.

I. Introducción

En un monográfico sobre el derecho a la identidad de género (2) y las propuestas legislativas que en nuestro país se han presentado sobre el asunto, no puede faltar una mirada, que desde ahora advierto que solo puede ser panorámica, sobre las repercusiones que las nuevas reglas pueden llegar a tener en ciertas relaciones interprivados. En concreto, en las dos principales que todavía hoy configuran el denominado en nuestra tradición jurídica Derecho de familia; esto es, el matrimonio y la filiación, cuya regulación secular y vigente está en ambos casos presidida por la llamada «heteronormativad» (3) y el consiguiente ocultamiento de las personas que no se identifican con la división dicotómica que clasifica a los individuos como hombres o mujeres.

Antes de entrar en el análisis sugerido llamaré la atención sobre el hecho de que las propuestas presentadas en nuestro país parten de la idea de género preferido, admitiendo el cambio de sexo de las personas trans sin más requisito que el de su libre autodeterminación. Pero, si no estoy equivocada, no todas recogen de manera clara y directa situaciones que sí han tenido plasmación en ordenamientos jurídicos cercanos, en los que además del transgénero en sentido estricto, se acoge una visión más amplia (4) que incluye a las personas intersexo, con género ambiguo, fluido, indeterminado o no género (5) . Países como Alemania admiten en su legislación este tipo de hipótesis, de suerte que el género ha dejado de ser binario y deja asimismo de ser imperativo que tras el nacimiento se haya de registrar a la persona necesariamente como hombre o mujer (6) ; por su parte, una sentencia holandesa reconoce el derecho de una persona a ser inscrita en el Registro Civil como de género neutro, por respeto a su autodeterminación personal, autonomía y privacidad (7) . Muchas opciones son posibles, todas están abiertas (8) , si bien la cuestión sobre quién debe decidir el sexo de una persona es diferente a la de determinar cuántas opciones se han de ofrecer (9) .

Es cierto que en el Borrador de la Ley para la Igualdad real y efectiva de las personas trans (en adelante, Borrador trans), presentado el 2 de febrero de 2021 por la Ministra de Igualdad, se contiene una Disposición adicional segunda rubricada «Género no binario», de conformidad con la cual «*El Gobierno remitirá en el plazo de un año a las Cortes Generales un informe sobre las eventuales modificaciones normativas a emprender derivadas, en su caso, del reconocimiento del género no binario*»; asimismo, en el artículo 13.2 del mismo Borrador trans se dice que «*El Ministerio del Interior adoptará las medidas necesarias para que los documentos oficiales de identificación puedan omitir, a petición de la persona interesada, la mención relativa al sexo*».

Pero, con todo, el modelo básico sigue siendo dualista, con el habitual par que alude a hombre y mujer (10) , términos a los cuales el individuo podría autoasignarse voluntariamente conforme a su sexo realmente percibido y sin necesidad de ninguna justificación adicional o procedimiento previo médico o de otro tipo.

Un poco más allá en el reconocimiento de situaciones dicotómicas van las dos Proposiciones de Ley presentadas, respectivamente, por los Grupos Parlamentarios Republicano y Plural (11) y por el Grupo Ciudadanos (12) , así como el Borrador de Anteproyecto de Ley para la Igualdad de las personas LGTBI y para la no discriminación por razón de orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales, presentado también el 2 de febrero de 2021 (en adelante, Borrador LGTBI) (13) .

Partiendo precisamente de estos textos y de la experiencia comparada que ya cuenta con algunos antecedentes relevantes, incluidos los jurisprudenciales, trataré de perfilar los inevitables efectos reflejos que puede tener en el ámbito de la filiación y el matrimonio no solo el cambio de sexo de hombre a mujer y viceversa, sino también la adopción de una perspectiva más amplia que recoja opciones distintas del binarismo (14) , punto de vista que para un buen número de autores ha de suponer la necesaria superación de la heteronormatividad antes mencionada a través de la búsqueda de normas, bien suficientemente inclusivas, bien neutrales desde el punto de vista del género (15) o, como algunos autores califican «des-generadas» o «de-generadas».

II. Hacia un matrimonio desexuado o neutral

El artículo 32 CE consagra el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio en condiciones de plena igualdad jurídica. Por su parte, el vigente artículo 44 CC, modificado, como es bien sabido, por la Ley 13/2005 que introdujo en nuestro derecho el matrimonio entre personas homosexuales, define el derecho a contraer matrimonio en términos de género binario al aludir a hombre y mujer, en su primer párrafo, y al mismo o diferente sexo, en el segundo. Aunque la Ley citada fuese declarada en su día constitucional (16) y a pesar de que el artículo codificado se haya redactado con la loable intención de establecer la igualdad de matrimonio con independencia de la orientación sexual de los cónyuges, las exigencias derivadas del eventual reconocimiento *tout court* del derecho al género elegido parecen obligar a una nueva y pronta modificación, tanto del precepto constitucional como, lo que en principio sería más fácil, del legal. A tal fin, la propuesta más obvia consiste en sustituir la referencia al hombre y la mujer de los antes citados preceptos constitucional y codificado por la alusión a «toda persona» (17) , decisión que convertiría en innecesario el párrafo segundo del artículo 44 CC que introdujo la referida Ley 13/2015 (18) .

Pero, con el sencillo cambio propuesto no se acaban, ni mucho menos, los problemas. Es sabido que el núm. 4º del artículo 73 CC establece como causa de nulidad del matrimonio, cualquiera que sea la forma de su celebración, «*el celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento*», con lo que cabe preguntarse si la ocultación por parte de uno de los cónyuges al otro de su condición sexual, hetero, homo, trans, no binaria o cualquier otra, que posteriormente es descubierta por el segundo, puede o no ser considerada una causa de nulidad del matrimonio por aplicación de la norma reproducida.

Hace unos meses los medios de comunicación se hicieron eco de un caso en el que, según la demandante, el marido había ocultado su condición de homosexual a su mujer, quien la descubrió varios años después, cuando el matrimonio había sido disuelto por el divorcio. Aun así, la mujer instó la nulidad matrimonial, alegando que el hombre le ocultó «deliberadamente» antes de la boda que era homosexual y solicitó una indemnización por daño moral de 10.000 euros. La titular del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Valencia resolvió a favor de la nulidad e impuso al exmarido una indemnización de 3.000 euros (19) . Para la jueza, el pleno respeto que mostró la actora hacia la homosexualidad de su exesposo, que excluye una actitud homófoba por su parte, no impedía entender que tanto para (la demandante) como para el resto de las personas fuera relevante y, aún más, determinante a la hora de prestar su consentimiento matrimonial, la orientación sexual de su pareja (20) . Esta postura que, de alguna manera considera viciado el consentimiento de quien ha contraído matrimonio sin conocimiento exacto de la identidad de género y/o de la orientación sexual de su cónyuge (21) , ha sido también la sostenida en otros ordenamientos, como el británico (22) . Se trata de una respuesta que cuestionan muchos especialistas en la materia al entender, partiendo de la regulación positiva de este ordenamiento, que es discriminatoria y contraria a varios derechos fundamentales, a lo que se añade que el historial sexual de una persona no es más relevante que otras características que no se consideran suficientes para implicar la nulidad matrimonial (23) .

Por lo que atañe a nuestro Derecho y en referencia al caso de la persona transgénero que no informa sobre ello a su futuro cónyuge, lo primero que me pregunto es si tendría alguna transcendencia que el matrimonio se hubiera celebrado antes o después de que se hubiera producido la rectificación registral del sexo.

En el primer caso (24) deberíamos analizar si el otro contrayente hubiera podido acceder libremente a la información del cambio de sexo antes de la celebración del matrimonio, pues si fuera así no podría alegar la ignorancia en la que basar la hipotética nulidad. Sin embargo, el artículo 83 LRC considera que son datos especialmente protegidos, entre otros, «la rectificación del sexo»; por su parte, el artículo 84 LRC solo permite el acceso a los asientos que contengan este tipo de datos al inscrito, a sus representantes legales o a determinadas personas de apoyo, quienes también podrán autorizar a terceras personas la publicidad de estos asientos. Por consiguiente, en la hipótesis que ahora planteo, el cónyuge del trans con el sexo ya rectificado en el Registro Civil, a quien este no reveló su identidad de género, no ha podido conocer esa identidad antes de la boda, razón por la que, según la que se me antoja que sería la opción mayoritaria entre nuestros juristas (25) , podrá instar la nulidad de su matrimonio basándose en el error sobre una cualidad personal de su cónyuge determinante de la prestación de su consentimiento (26) . Resulta fácil predecir que, como sucedió en el antes citado caso del JPI de Valencia sobre la condición de homosexual, a la demanda de nulidad se acompañará también la solicitud de indemnización del daño causado por el presunto ocultamiento, daño que tendrá la consideración de moral o no patrimonial y que algunos presumen en este tipo de circunstancias.

En el segundo caso (27) , cuando uno de los esposos decide su nueva identidad sexual *ex post* matrimonio, pueden darse dos escenarios diversos. El primero, que el otro cónyuge, sea cual sea su identidad de género y/o orientación sexual, esté de acuerdo con la situación y continúe adelante con el matrimonio, en cuyo caso no se plantea problema alguno. El segundo será el contrario, es decir, la situación en la que el otro cónyuge se considera de alguna manera engañado o defraudado sobre una cualidad esencial de su pareja y con tal fundamento, decide solicitar la nulidad matrimonial. Pues bien, tengo mis dudas sobre que, incluso con la interpretación más conservadora del Derecho vigente, en esta última hipótesis sea admisible la nulidad, puesto que el citado artículo 73.4ª CC menciona como posible causa de anulación el matrimonio «*celebrado por error...*» y lo cierto es que en el momento de la celebración el posible demandado no era trans; no en vano, según la interpretación común entre nuestros autores solo las cualidades personales erróneas *ex ante* matrimonio podrán dar lugar a la

acción de nulidad (28) .

Lo cierto es que, aunque se limite a la precitada hipótesis *ex ante*, la doctrina afirma que las cualidades personales anulatorias serán aquellas que tienen una cierta importancia objetiva de acuerdo con las concepciones sociales y morales del momento y lugar en que se realiza el matrimonio y, en particular, aquellas cualidades físicas y psíquicas que tienen relevancia para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones esenciales del matrimonio; a mayor abundamiento, se citan como tales la impotencia o esterilidad, la toxicomanía o alcoholismo y, en general, las circunstancias personales, económicas, profesionales, culturales y religiosas (29) .

Entendida con esta amplitud parece inevitable que la falta de información de uno de los cónyuges al otro, antes del matrimonio, acerca de su condición de transexual, conllevaría la posibilidad de anulación por parte del otro esposo y, en principio, también la de exigir una indemnización por los daños causados, incluidos los morales (30) .

Lo que me planteo es si el error sobre este tipo de cualidades personales relativas a la identidad de género o la orientación sexual, y en general, a cuestiones sexuales (31) , deberían excluirse como causa de nulidad del matrimonio o si incluso, para ser más expeditivos y menos obsesivos con las cuestiones relativas al sexo en materia matrimonial, no sería oportuno derogar esta parte del n.º 4 del artículo 73 CC y dejar únicamente la referencia al error en la persona (32) . Y ello por varias razones.

Para empezar, porque tenemos un sistema de divorcio sin causa, de ejercicio unilateral, que permite a quien no se sienta cómodo con el «descubrimiento» del historial sexual de su cónyuge, disolver el vínculo matrimonial sin necesidad de aportar ninguna razón.

Los que no compartan mi postura argumentarán que nulidad y divorcio no son instituciones idénticas, pues con la primera se trata de dar cauce a una situación en la que no ha habido verdadero consentimiento matrimonial, por lo que este matrimonio es nulo y no válido y disoluble. Dos son las reflexiones que al respecto se me ocurren; la primera es que la falta de consentimiento matrimonial ya está prevista como causa de nulidad en el artículo 73.1º CC, y que no existe ninguna razón sensata para restringir tal causa a los casos de *vis absoluta* o simulación; otra cosa es, y ahí va la segunda reflexión, qué debemos entender exactamente por consentimiento matrimonial y, más en concreto, cuál ha de ser su exacto contenido y objeto en nuestra sociedad contemporánea. Aunque la cuestión daría para mucho más de lo que aquí pretendo mostrar (33) , entiendo que, como aproximación general, el consentimiento matrimonial solo puede asentarse en la voluntad libre de asumir los derechos y obligaciones derivados del matrimonio (arts. 66, 67 y 68 CC, cuando este sea el texto aplicable en nuestro plurilegislativo ordenamiento civil, en el plano personal, a los que habrán de sumarse los pertinentes desde el punto de vista patrimonial), ninguno de los cuales está directamente relacionado con la condición sexual del otro cónyuge ni con su identidad de género; en cambio, sí son de importancia cardinal la lealtad, el cuidado y el respeto mutuos, cuya violación no conlleva nulidad (34) . Por tanto, no veo ni la necesidad ni la conveniencia de estimar como causa de anulación del matrimonio aquellas circunstancias personales de los cónyuges que nada tienen que ver con esa libre voluntad, como son las relativas a la identidad de género; incluso creo que resulta incoherente dar a estas una transcendencia anulatoria que nadie osa a ligar a esas otras que he calificado de importancia cardinal.

III. Las normas de filiación

Posiblemente sea la filiación la relación jurídica en la cual la que hemos llamado heteronormatividad y el binarismo resultan más obvios. Al abrigo de esta certeza baste señalar que el Derecho identifica la noción de madre con la imagen de una mujer y la de padre con la de un hombre. Me permito recordar que cuando en nuestro propio ordenamiento jurídico el legislador trató de superar la dicotomía padre y madre, no lo hizo para romper la ligazón respectiva con hombre y mujer, sino para dar carta de naturaleza a las situaciones legalmente admitidas en las que un hijo podía tener dos padres o dos madres, referencias que se sustituyeron, respectivamente, por la de progenitor A y progenitor B (35) .

La cuestión que planteo ahora en relación con las nuevas propuestas normativas sobre las personas transgénero o, más ampliamente, sobre las que pretenden superar la división binaria de las personas por su sexo o género, es la de la transcendencia que la opción de género libremente querida por una persona pueda tener en la relación de filiación que le une con sus hijos, incluida también la cuestión terminológica.

Para simplificar un poco la panoplia de situaciones posibles, me referiré en primer lugar a los casos en los que se produce un cambio de sexo en el progenitor (36) ; a continuación, me preguntaré, en general, por la posible superación de la heteronormatividad en materia de filiación.

1. Cambios de sexo del progenitor

En el estado actual del desarrollo normativo interno e internacional en materia de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales no creo que pueda considerarse ya en vigor la doctrina dimanante de la STEDH (Gran Sala) *X, Y y Z c. el Reino Unido*, de 22 de abril de 1997, que no reconoció a un transexual masculino X el derecho a constar como padre en el acta de inscripción del hijo Z de su pareja femenina Y, concebido mediante inseminación artificial anónima, al entender que la decisión de los tribunales británicos de dejar tal constancia en blanco no constituía una vulneración del derecho a la vida familiar de los demandantes (37) . El tribunal no tenía seguridad sobre el modo en que el interés del menor quedaba mejor protegido y consideró que la transexualidad era un asunto que planteaba serios problemas de carácter científico, moral y social, sobre los que no existía un consenso entre los Estados contratantes y sobre el que, por tanto, éstos debían gozar de un margen de apreciación; por esta razón no apreció que las autoridades británicas hubiesen violado el artículo 8 del Convenio al rechazar la constancia registral de la paternidad de X.

Se trata, como he dicho, de unos razonamientos y una conclusión que en el momento actual debe considerarse ya superada, incluso por la posterior doctrina del propio Tribunal de Estrasburgo (38) . En cualquier caso, está más que superada en el Derecho español actualmente vigente, donde entiendo que en un supuesto como el planteado X podría ser considerado a todos los efectos padre del nacido por aplicación del artículo 8.2 LTRHA (39) .

Pero esta hipótesis no agota, ni mucho menos, las controversias suscitadas actualmente en relación a la parentalidad de las personas trans. Baste recordar que en los últimos años han llegado a los tribunales de distintos países casos en los que un hombre trans ha gestado y parido un hijo, circunstancias biológicas ambas que para el derecho tradicional implican maternidad. El conflicto surge porque mientras el ordenamiento jurídico califica a esta persona como madre, la pretensión de muchos de estos hombres trans que han gestado y parido al recién nacido es la de figurar en la inscripción de nacimiento de este con la mención que le identifica con su sexo querido, esto es, como padre del hijo o hija. También se ha dado el caso de mujer trans quien, conservando sus órganos sexuales y su capacidad generadora masculina, ha tenido un hijo gestado por otra mujer, tras cuyo nacimiento ha solicitado constar como madre no gestante del nacido, pretensión que tampoco ha encontrado acomodo en el ordenamiento donde se planteó. Aunque este tipo de situaciones se vienen produciendo en diversos lugares del mundo desde hace ya más de dos décadas (40) , lo cierto es que en los últimos años varios casos europeos han acabado en los tribunales de algunos países con idiosincrasia similar a la nuestra. Presumiblemente, van a terminar en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, razón por la que conviene que les prestemos atención, tanto más cuanto que es muy probable que supuestos de este tipo proliferen en el futuro, toda vez que la autodeterminación del género adoptada por un creciente número de ordenamientos conllevará un número mayor de personas trans que conserven la capacidad reproductiva correspondiente al sexo anterior a la transición. Me detendré brevemente en algunos de estos supuestos controvertidos, sin duda similares a los que podrían llegar a presentarse ante los tribunales españoles (41) .

La literatura jurídica francesa sobre el tema menciona una sentencia de 3 de febrero de 2011 del Tribunal de Gran Instancia de Montpellier. Se trataba de una persona que había hecho la transición de hombre a mujer y estaba inscrita con sexo femenino, si bien conservaba sus órganos sexuales masculinos; su esposa era otra mujer con quien ya había tenido dos hijos antes de la transición; tras esta, continuaban teniendo relaciones sexuales que concluyeron en embarazo. Esta persona suscribió el 14 de marzo de 2014 un reconocimiento prenatal en el que constaba expresamente la declaración de que el hijo que esperaba su pareja era también suyo y que en su caso se trataba de una «maternidad no gestacional». El niño se inscribió como hijo de la pareja de la mujer trans, quien solicitó la transcripción de la declaración que había hecho en la inscripción de nacimiento del niño. El oficial del Registro Civil rechazó la solicitud, decisión que fue recurrida al tribunal de Gran Instancia de Montpellier que el 22 de julio de 2016 rechazó la demanda argumentando que «*la filiation en ce qui concerne la maternité est une réalité biologique qui se prouve par la gestation et l'accouchement, que le transgenre MtF a fait le choix de revenir de façon unilatérale sur le fait qu'il est désormais reconnu comme une personne de sexe féminin, et qu'il doit en assumer les conséquences à savoir, soit procéder à une reconnaissance de paternité sur l'enfant et revenir dans son sexe masculin d'origine, soit engager une procédure d'adoption plénière de l'enfant de sa conjointe et rester dans son sexe féminin*».

La interesada recurrió a la *Cour d'appel* de Montpellier que el 14 de noviembre de 2018, donde se confirmó la decisión del tribunal inferior rechazando la transcripción en el registro del estado civil del reconocimiento de la maternidad transgénero MtF. No obstante, constatada la existencia de un vínculo biológico entre el niño y la persona transexual recurrente, la corte entendió que en interés del hijo era necesario transcribir ese vínculo biológico en el acta de nacimiento bajo la mención del transexual MtF como *parent biologique* del hijo, ordenando dicha mención en el acta de nacimiento del niño. Tomando en consideración la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la corte de apelación apreció que aunque el Derecho francés de la filiación ofrece la posibilidad a la persona trans MtF de reconocerse como padre biológico del niño conservando su identidad como mujer, acepta que el derecho a la vida privada de esa persona excluye que se le pueda imponer un reconocimiento de la paternidad (42) que supondría una injerencia injustificada en aquel derecho, de conformidad con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Conviene puntualizar que la resolución de la corte de apelación hacía referencia a que las normas francesas sobre filiación no permiten reconocer dos vínculos de filiación materna y que no se autoriza ni contempla la distinción entre madre gestante y madre no gestante (43) . En definitiva, vista la inadecuación de la regulación interna sobre filiación para un caso como el que habría de resolver, opta por designarlo con la mención *parent biologique* en el acta de nacimiento del recién nacido (44) . Con esta solución se pretende conciliar el interés superior del hijo en ver establecida la realidad de su filiación biológica, por un lado, con el interés de la persona transgénero MtF en ver reconocida la realidad del vínculo de filiación con su hijo y en el derecho al respeto de su vida privada (45) , por otro. Lo hace a través de un sustantivo neutro, como el de *parent*, que se puede aplicar indistintamente al padre y a la madre, término al que se añade el calificativo de *biológico* para dejar constancia del vínculo entre la persona trans y el hijo, sin que ello implique la eliminación en otros casos de los tradicionales términos madre y padre (46) .

El caso ha llegado a la *Cour de Cassation* francesa que ha resuelto el 16 de septiembre de 2020 (47) en una decisión donde se considera que, en el estado actual de la legislación francesa, el solicitante transgénero MtF no puede verse privado de su derecho a que se reconozca la relación biológica con su hijo, pero solo puede hacerlo con los modos de establecimiento de la filiación reservados al padre. Estima el alto tribunal que estas disposiciones del Derecho nacional son conformes al interés superior del menor, al permitir, por un lado, el establecimiento de la filiación respecto de los dos progenitores, elemento esencial de su identidad y garantía de su derecho a conocer sus orígenes, y por otro lado, al conferir al hijo nacido después de la modificación de la mención del sexo de su progenitor la misma filiación que a sus hermanos, todos los cuales serán educados por dos madres aunque en el Registro Civil conste una filiación paterna que no será revelada a terceros en los extractos del acta de nacimiento que puedan obtener. Considera también que esta solución concilia el interés superior del menor y el derecho a la vida privada y familiar de la persona trans y que no supone un atentado desproporcionado a su identidad de género.

Otro caso que ha tenido una fuerte repercusión mediática se ha dado recientemente en el ordenamiento inglés (48) . Se trata del referido a Alfred MacConnell, nacido mujer pero legalmente reconocido como hombre y en posesión de un *Gender Recognition Certificate* en tal sentido desde abril de 2017. Posteriormente, utilizando inseminación artificial con semen de donante, dio a luz a un bebé que en cuyo certificado de nacimiento MacConnell fue registrado como la madre de YY. Interpuesto recurso ante la *Family Division* de la *Administrative Court*, el 25 de septiembre de 2019, esta confirmó

la decisión del Registro General (49) .

Entendió la resolución que el estatus de madre deriva del papel que la persona tiene en el proceso biológico de la concepción, el embarazo y el parto, una definición que no es necesariamente *gender specific* y que no resulta afectada por las disposiciones de la *Gender Recognition Act (GRA)*, afirmando también que la decisión no supone violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Alfred MacConnel recurrió a la *Court of Appeal* que, el 29 de abril de 2020, (50) rechazó por unanimidad la apelación considerando que el criterio dimanante de la legislación según el cual: «*every child should have a mother and should be able to discover who their mother was*», obedece al mejor interés del niño «*as a primary consideration*». Entiende que del esquema legislativo de la GRA (51) deriva la exigencia de que Mr McConnell sea registrado como madre de YY, y no como padre, *parent* o *gestational parent* (52) , lo que a juicio de la corte no viola el artículo 8 del Convenio, ni por lo que respecta a sus derechos ni a los de YY, de modo que no aprecia incompatibilidad entre la legislación inglesa y el Convenio europeo (53) .

Los dos casos que se acaban de exponer ponen de manifiesto la **necesidad de que, más temprano que tarde, nuestras reglas jurídicas sobre la filiación sean también repensadas** a la luz de la aceptación de la diversidad sexual y la libertad de opción de género.

En este sentido, tanto el Borrador trans presentado por la Ministra de Igualdad, como la Proposición de Ley de los Grupos Parlamentarios Republicano y Plural a los que hice mención al comienzo de este trabajo incluyen disposiciones en las cuales, de alguna manera, se pretende atender a algunas hipótesis como las descritas; mayor amplitud presenta en el asunto de la filiación la Disposición Final Primera del que he denominado Borrador LGTBI.

Comenzaré por señalar que los citados textos (54) añaden una Disposición Adicional séptima a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, más o menos en los siguientes términos: «*Las referencias hechas a la mujer en esta ley deben extenderse a las personas trans con capacidad para gestar*» y en un segundo párrafo «*Las referencias hechas al marido deben entenderse hechas al cónyuge no gestante*». Se trata de previsiones destinadas a atender a los derechos de las personas transexuales que utilizan técnicas de reproducción asistida, vía para acceder a la parentalidad que resulta relativamente frecuente en la comunidad LGBTI, pero que no agota, ni mucho menos, todas las posibilidades, como demuestra, sin ir más lejos, el caso francés referido en páginas anteriores. Con todo, estas previsiones implican la aplicación de los preceptos de la ley mencionada que afectan a la determinación de la filiación, de conformidad con la doble equiparación que hacen las disposiciones reproducidas.

Hay otras normas contenidas en la Proposición de Ley de los Grupos Republicano y Plural, que se añaden como nuevos párrafos a uno de los artículos que también contiene el Borrador trans del Ministerio de Igualdad, con las que se pretende incidir de modo muy importante en la constancia registral de la relación de las personas transexuales con sus hijas e hijos. Me refiero al contenido de los respectivos artículos 17, relativo al cambio de nombre en el Registro Civil de personas trans menores en el caso del Borrador y al cambio de nombre en el Registro Civil de personas trans, en general, en el caso de la Proposición de Ley citada. Como he dicho, existe entre ambos textos una diferencia fundamental que va más allá de su ámbito subjetivo; así, la Proposición añade tres párrafos que no se contienen en este Borrador trans, de los que me interesa destacar aquí dos; en concreto, los que dicen: «*Las personas trans serán inscritas como padres, madres o adre, según el sexo registral actual sea hombre, mujer o no binario o en blanco, con efectos retroactivos sobre las partidas de nacimiento de su descendencia. Las personas trans igualmente podrán cambiar la mención de padre, madre o adre según la identidad de género manifestada en caso que presenten la documentación que acredite que han solicitado el cambio registral*», añadiendo a continuación «*Asimismo, se eliminarán las menciones anteriores como padres, madres o adre de las partidas de nacimiento de su descendencia*». Con este tenor, se trata de dos disposiciones que merecen una rotunda crítica.

No puedo compartir su contenido, en primer lugar, por su unilateralismo; esto es, porque la única motivación presente en ellos es la voluntad de la persona que opta por determinada identidad sexual, como se subraya con la expresa mención al carácter retroactivo del cambio de su condición como padre, madre o, utilizando un nuevo término pretendidamente neutro, adre (55) . Esta perspectiva olvida que lo que se pretende hacer constar en el Registro Civil es una relación jurídica bilateral, cual es la de filiación, en la que no solo cuenta la voluntad de quien cambia su sexo, sino también y, sobre todo, el interés, calificado además de superior por normas internacionales e internas que nos son bien conocidas, del hijo menor de edad (56) , con cuya voluntad ha de contarse además a partir de un determinado grado de madurez.

Parece olvida el autor de estas reglas que la mención en la inscripción de nacimiento del padre o madre de la persona inscrita forma parte de la identidad de esta última, consagrada en el artículo 8.1 de la Convención de UN de Derechos del Niño (57) , identidad que no puede ser alterada *ex post* por la voluntad del progenitor cuando cambia su sexo. Incluso, más allá de la perspectiva de protección del menor, obsérvese que, tal y como está recogida, resulta que el progenitor trans puede imponer su decisión y modificar la inscripción de nacimiento de su descendiente, también cuando este es ya mayor de edad. Nada de esto resulta admisible.

A mi juicio para dar una respuesta que concilie los derechos e intereses de las dos partes implicadas en la relación de filiación es preciso distinguir según el cambio de sexo se haya producido antes o después del nacimiento del hijo o hija (58) . En este segundo caso, entre los derechos en liza, el del progenitor a cambiar la mención de la relación de filiación de conformidad con su género querido y el del hijo a ver preservada su identidad y a que se vea salvaguardado su interés superior en el caso de que se trate de un menor de edad, no me cabe duda de que deben prevalecer los de este último. Por ello entiendo que la mención no puede ser unilateralmente alterada por la sola voluntad del progenitor quien debería contar, para realizar la rectificación registral, con el consentimiento de su hijo o hija mayor de edad o menor suficientemente maduro para otorgarlo (59) .

En la primera situación, cuando el cambio de sexo o género precede al nacimiento del hijo o hija, se deben valorar tanto el derecho de autodeterminación de género del progenitor, como el derecho a la

identidad del hijo, que incluye el derecho a conocer sus orígenes según nos ha explicado el TEDH. Pero también cuentan otros derechos del hijo (60), de los cuales deriva que se debe descartar que la mención al progenitor trans no conste de ninguna manera. La pregunta será entonces cómo ha de constar esa mención y la respuesta, a mi juicio, no tiene por qué ser uniforme en todos los ordenamientos (61). Por lo que atañe al español que, sorprendentemente para algunos, tiene ya un grado de plasticidad bastante mayor que otros vecinos y donde se admite sin ambages la posibilidad de doble maternidad y de doble paternidad, no creo que existan obstáculos insalvables para que pudiera prevalecer la designación querida por el progenitor, que debería poder optar por el término que le resulte más adecuado a su idiosincrasia, y que puede ser el padre, madre o, como veremos, una fórmula neutra.

Lo que no resulta posible a día de hoy es que sean los progenitores los que decidan el género del hijo o hija, incluido el género neutro o el no género, cuestión que como ya he insinuado, debería ser valorada en las propuestas de modificación de la legislación vigente.

2. ¿Se puede superar el binarismo en las reglas sobre filiación?

En el ámbito comparado existen propuestas que tratan de resolver los problemas suscitados en el epígrafe anterior a través de un paso tan amplio que, para muchos, es el definitivo: la absoluta superación del binarismo que significa la mención al padre o a la madre en la inscripción de nacimiento de una persona y la opción en la relación de filiación de un término genérico y neutral que no haga alusión alguna al sexo o al género del ascendiente.

Conviene reconocer que el idioma español no es muy flexible en este punto. A diferencia del inglés, por ejemplo, carece de un término genérico como *parent*; la referencia a *progenitor*, inclusiva de padre y madre, a la que ya he hecho alusión en páginas precedentes, sin ser óptima, pudiera ser tan buena como cualquier otra; es la que adopta, por cierto, la Disposición Final primera del Borrador LGTBI mencionado en páginas precedentes en la reforma que propone de varios preceptos del Código Civil relativos a la filiación.

Algunos autores anglosajones han abogado por modificar las normas asociadas a la maternidad sustituyendo la mención a la madre por la perífrasis «la persona que alumbró al hijo». La otra opción, apartada de la biología y centrada en el contacto social, es la de apelar a «la persona encargada del cuidado del menor», destacando que esta es la verdadera esencia de la relación entre la madre en sentido tradicional y el hijo (62). A su vez, se opina que las normas asociadas a la paternidad se deberían sustituir por la referencia al cónyuge o pareja de esa otra persona. En todo caso, se trata de encontrar términos neutros, superadores de la dicotomía y el binarismo tradicionales.

Huelga decir que, en lo que atañe al contenido de la relación filial, ambos progenitores son iguales en derechos y deberes, ambos deben cuidados, atención y manutención a sus hijos menores de edad y ambos pueden o no convivir con ellos, con independencia de que lo hagan o no con el otro progenitor, hipótesis esta en que esa convivencia se registrará por lo aprobado o establecido por la autoridad judicial encargada de asegurar el mejor interés del menor. Nada de esto cambia porque uno de los progenitores sea una persona transexual, y ello con independencia de que haya hecho la transición antes o después del nacimiento del hijo o hija.

Existe un conocido antecedente en nuestro Derecho en el que estaba implicado una persona transexual y que terminó en la STEDH en el caso *P.V. c. España*, de 30 de noviembre de 2010. La cuestión planteada al tribunal era determinar si las decisiones judiciales por las que se había restringido el régimen de visitas de la demandante transexual con respecto al hijo que había tenido con su ex mujer antes de hacer la transición, se basaba en su transexualidad y constituía por tanto un trato discriminatorio contrario a los artículos 14 y 8 del Convenio. Los tribunales españoles habían basado ese régimen restrictivo en la inestabilidad psicológica y emocional del padre trans, razón por la que se consideraba que las visitas en el punto de encuentro y en un régimen más estricto que el inicialmente acordado por los ex cónyuges era lo que mejor protegía el superior interés del hijo. Este argumento también fue acogido por el Tribunal Constitucional (63), el cual apreció que la inestabilidad emocional por la que atravesaba la demandante en su etapa de transición, corroborada en un peritaje psicológico, conllevaba la existencia de un riesgo cierto de causar perjuicio a la integridad psíquica y al desarrollo de la personalidad del menor, teniendo en cuenta su edad y la etapa evolutiva en la que se encontraba. Por su parte, el Tribunal Europeo, en la sentencia citada, reconoció que la transexualidad es una noción protegida por el artículo 14 del Convenio, pero concluyó que en este caso la demandante no había sido sometida a un trato discriminatorio. Insistió en que la razón decisiva para la restricción temporal del régimen de visitas de la demandante no había sido su transexualidad, sino el interés superior del menor. Consideró que la decisión de los tribunales nacionales de restringir dicho régimen, para lo que se había tenido en cuenta la inestabilidad emocional detectada en la demandante, tenía como finalidad permitir al menor habituarse progresivamente al cambio de sexo de su progenitor, conclusión reforzada por el hecho de que el régimen de visitas había ido aumentando.

No dudo de que el interés del menor ha de ser el criterio prioritario para concretar el régimen de las relaciones parento-filiales (64), lo que no justifica que sea esta la vía utilizada para canalizar miedos o prejuicios injustificados por parte de las autoridades judiciales, como tal vez pudo suceder en el caso citado. Nuestro Derecho de familia reconoce que todas las personas, con independencia de su opción sexual o su biología, están igualmente capacitadas para cumplir con las funciones propias del titular de la responsabilidad parental, de modo que no solo no existe razón legítima alguna para establecer roles o menciones de género en este punto, o para tomar decisiones con base en ellos, sino que resulta una discriminación ilegítima hacerlo. Con bastante probabilidad, no establecerlos en absoluto, superando la heteronormatividad en todas las reglas jurídicas destinadas a disciplinar las relaciones con los hijos es lo más adecuado para eliminar los estereotipos y alcanzar la igualdad real, aunque reconozco que existen opiniones discrepantes desde grupos del feminismo de la diferencia que resaltan el poder de la maternidad como poder femenino (65).

Sin embargo, a nadie se le oculta que la opción de diseñar reglas neutrales para la determinación de la filiación resulta bastante más difícil. En la visión tradicional y casi universalmente aceptada, el embarazo y el parto han estado durante siglos reservados a la mujer quien, tras ellos, pasa a tener la condición de madre. Incluso los intentos de des-sexualizar la gestación desde el punto de vista de los

derechos, realizados por algunos autores anglosajones especialmente activistas en la búsqueda de la neutralidad de género en la parentalidad, chocan en nuestro ordenamiento con la propia Constitución que en su artículo 39.2 contiene un ejemplo paradigmático de heteronormatividad, cuando literalmente dispone:

«Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad».

A mayor abundamiento, esta última frase consagra y refuerza una concepción biológica de la paternidad cuya pretensión inicial residía en la protección de los hijos nacidos fuera del matrimonio y cuyo alcance ha ido evolucionando en las últimas décadas, lo que no significa que haya dejado de tener valor jurídico, ni mucho menos (66) .

Con este precedente constitucional, no ha de extrañar que la regulación legal de la determinación de la filiación se halle presidida por el binarismo. Así por ejemplo, limitándose a la legislación civil estatal (67) y sin ánimo de exhaustividad, el artículo 115 CC alude a la «filiación matrimonial materna y paterna», el artículo 116 CC presume la filiación de los «hijos del marido» y el artículo 117 CC que permite su destrucción, menciona «el embarazo de la mujer», mientras que el 118 CC vuelve a hablar de la «presunción de paternidad del marido»; en el reconocimiento de la filiación, el artículo 120.1º CC menciona la declaración conforme «realizada por el padre» y el 120.5º CC comienza diciendo «Respecto de la madre», el artículo 124 CC habla de la «inscripción de paternidad», de su posible suspensión «a petición de la madre» y de la solicitud de confirmación de la inscripción por el padre; en las acciones de filiación, el artículo 132 CC en la legitimación para reclamar la filiación matrimonial, se refiere al padre y a la madre, el artículo 136 CC en la acción de impugnación, menciona al marido y a la falta de paternidad biológica, el 137 CC recoge la posibilidad de impugnar la paternidad por parte del hijo y de nuevo cita la falta de paternidad biológica; el artículo 139 CC regula el ejercicio de la acción de impugnación por parte de la mujer «justificando la suposición del parto» y el artículo 140 CC menciona «la filiación paterna o materna no matrimonial».

A estas normas del Código Civil se deben sumar las contenidas en la Ley de Reproducción Humana Asistida, siendo esta la sede en la que se han producido los cambios más sustanciales en las reglas de determinación de la paternidad y de una segunda maternidad, admitiéndose situaciones en las que los criterios basados en la voluntad se imponen sobre los puramente biológicos. A estos efectos resultan de especial interés los artículos 7 y 8 de la citada ley que modulan las reglas generales de filiación sobre la base de la voluntad (68) . Por su parte, el artículo 9 disciplina el caso de que el marido de la usuaria fallezca antes de que comience la gestación de la mujer y el artículo 10 declara nulo el contrato de maternidad subrogada en el que una de las partes es «una mujer que renuncia a la filiación materna», para a continuación establecer, sin calificarla como maternidad, que «La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto».

No obstante, la legislación sobre fecundación humana asistida no ha significado, al menos hasta ahora, la superación de la heteronormatividad. Ejemplos paradigmáticos son, el artículo 3 LTRHA, con referencias reiteradas a la mujer receptora y el artículo 6 rubricado «usuarios de las técnicas» pero cuyo párrafo primero señala que «Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa», añadiéndose a continuación «La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual».

Debemos recordar que en nuestra tradición jurídica, como en la mayoría de los ordenamientos cuyo conocimiento se nos alcanza, los métodos de determinación y prueba de la filiación por naturaleza varían según se trate de la filiación materna o de la paterna (69) . Desde un conocido pasaje de Paulo (Digesto, 2, 4,5) se ha venido considerando que la maternidad posee un altísimo grado de certeza (*mater semper certa est*), al vincularse a un dato biológico, cual es el del parto subsiguiente a la gestación. Huellas evidentes de esta concepción se hallan en el artículo 30 CC que menciona el «entero desprendimiento del seno materno» o en los arts. 959 y siguientes, donde todavía hoy se contienen reglas destinadas a recoger las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede encinta y en las que el parto o alumbramiento es el dato fundamental. En la misma línea, ya he tenido ocasión también de citar el artículo 10 LTRHA que en el supuesto de maternidad subrogada liga la filiación al hecho del parto. Además, en sede de acciones de filiación, el artículo 139 CC permite la impugnación de la filiación basándose, precisamente, en la suposición del parto, de suerte que sea cual sea el procedimiento, incluido el reconocimiento y, en su defecto, la resolución recaída en expediente tramitado de conformidad con la legislación del Registro Civil (70) , el hecho del parto es esencial. Esta visión que centra la maternidad en el parto aparece reflejada y reforzada en la legislación registral, como demuestran, además de algunos ya citados, los artículos 44, 45, 46, 49 y 67 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (71) . No obstante, el artículo 7.3 LTRHA admite la determinación de la filiación (materna) a favor y por consentimiento de la esposa de la madre que ha dado a luz, consagrando así la posibilidad de doble maternidad por una vía que, sin embargo, no se contempla fuera de la institución matrimonial (72) .

Por su parte, para la determinación de la paternidad se articulan diversos expedientes técnicos. Así, se utiliza la técnica de las presunciones, muy singularmente, la presunción de paternidad del marido de la madre (*pater i test quem nuptias demonstrant*, Paulo 2.4.5; artículos 116 CC y 6 y 8 LRHA) (73) , regla secular presente en la mayor parte de los ordenamientos y que claramente se inspira en un orden familiar heterosexual que sería el natural y que históricamente se asociaba a la familia legítima (74) ; no obstante claramente permitía la disociación entre biología y relación de paternidad hoy mucho más claro cuando el marido de la madre consiente la utilización de las técnicas de reproducción asistida (75) .

El método de determinación de la filiación paterna más habitual cuando no ha habido matrimonio con la madre ha sido la voluntad del progenitor a través del acto de reconocimiento (76) . Conviene señalar que, tratándose de un reconocimiento de complacencia, la STS 494/2016, 15 de julio de 2016 ha declarado, contra la opinión de un sector doctrinal muy relevante (77) , que no es un acto nulo y que, por tanto, puede producir plenos efectos jurídicos si no se impugna la paternidad en tiempo y forma,

consagrándose de este modo una paternidad meramente voluntaria.

Nuestro Código Civil (artículo 120.2º CC) añade también como medio subsidiario de determinación de la filiación la resolución de un expediente registral *ad hoc*. Y, por supuesto, será posible la determinación a través de la sentencia judicial resultante del ejercicio de una acción de filiación en la que el dato biológico vuelve a ser fundamental al admitirse toda clase de pruebas, incluidas las biológicas (artículo 767.2 LEC) que hoy son prácticamente irrefutables.

Ante este panorama normativo cuestiono al lector si este rimero de preceptos legales puede y debe ser modificado, de forma que se llegue a omitir cualquier mención expresa a la madre o al padre y las reglas de determinación de la filiación se configuren como normas absolutamente neutras, asexuadas o des-generadas (78) . En esta línea parece situarse la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos, que ya tuve ocasión de citar, en la que se redactan de nuevo un buen número de artículos del Código Civil en clave no binaria (79) y se incluyen artículos que pretenden la superación de la dicotomía padre/madre en materia de fecundación asistida en la LTRHA (80) ; advierto, no obstante, que esta propuesta no realiza un borrado completo del binarismo en la determinación y prueba de la filiación que tampoco es absoluto, aunque sí muy amplio, en el caso de las propuestas de modificación del Código Civil de la Disposición Final Primera del que he llamado Borrador LGTBI.

De nuevo tratando de pergeñar una postura que confieso no tener suficientemente perfilada, pienso que en un sistema como el español que, como ya he dicho, a día de hoy resulta más abierto y flexible que otros vecinos, en el que se admiten sin problemas situaciones de doble maternidad o de doble paternidad, no veo inconveniente en que la mujer transexual que conserve su capacidad reproductora masculina y tenga un hijo con otra mujer que lo gesta, pueda constar como madre en la inscripción de nacimiento del hijo (caso francés antes descrito, en cuyo sistema recuerdo que se negó la constancia registral de la maternidad no gestacional porque en este ordenamiento no se admite la doble maternidad). Tampoco veo obstáculos imposibles de librar para admitir que el hombre trans que lleva adelante un embarazo y alumbró a un hijo o hija sea inscrito como padre, con independencia de que también lo sea el hombre que ha aportado el semen y/o que es su cónyuge o pareja, aunque reconozco que entonces habría que repensar el tenor del artículo 44.5 LRC que impone la constancia de la filiación materna en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España; pero tampoco cabe descartar que esta misma persona trans que ha parido a su hijo y que se identifica a sí mismo como hombre prefiera aparecer como madre del niño o incluso con una identificación neutra, como podría ser la de progenitor u otra, si se prefiere innovar en el lenguaje.

Lo que me parece descartable es que se pretenda modificar la originaria inscripción como madre, padre o progenitor de otra persona cuando la transición a otro sexo se haya producido tras el nacimiento de esta. Excluyo pues, como antes expuse al criticar la propuesta normativa que hacía tal previsión, un pretendido efecto retroactivo de la modificación registral del género a efectos de la filiación del descendiente, de cuyo derecho a la identidad forma parte inseparable la designación de su padre, su madre o su progenitor no binario. Considero que este cambio solo es admisible si el descendiente es ya mayor de edad y lo consiente o si, siendo menor, la modificación se aprecia como lo adecuado para su mejor interés y resulta conforme con la propia opinión del niño o niña cuando alcance el grado de madurez suficiente para comprender la trascendencia de esa rectificación registral en su acta de nacimiento.

No veo inconveniente en extender algunas de las normas tradicionalmente ligadas a la condición de padre o madre a cualquier persona que cumpla las condiciones exigidas por la ley, con independencia de su identidad sexual o de género; por ejemplo, la presunción de paternidad del marido puede ampliarse perfectamente al cónyuge (o pareja de hecho, si esa es la opción) de la mujer (o persona) que gesta y da a luz (81) ; no debe resultar relevante a estos efectos que el citado cónyuge sea hombre, mujer, intersexual o persona asexuada, con lo que dicha presunción se convertiría en la de parentalidad del cónyuge (o de la pareja de hecho) (82) .

En la hipótesis de fecundación asistida *post mortem* el material genético ha de ser necesariamente de alguien que, con independencia de su identidad sexual y de género, tenga gametos masculinos, por lo que, solo dándose tal circunstancia cabe su extensión a los cónyuges o parejas de la mujer (o persona) gestante, quien debería también dejar constancia en el documento de su opción parental en la inscripción de nacimiento del futuro hijo, si es que este se llega a producir.

Llegados a este punto, no puedo dejar de mencionar los temores y la crítica que desde algunos sectores del movimiento feminista provocan los intentos de eliminar del lenguaje jurídico, y en general, del ámbito del Derecho, toda connotación de género. Más en concreto, destaco la oposición férrea a la pretensión de borrar la idea de maternidad y la noción jurídica de madre, sustituyéndola, como más arriba indiqué, por perífrasis del tenor de «la persona que gesta y pare» o, alternativamente, y centrándose en las funciones de cuidado que tradicionalmente han sido desempeñadas por las madres, por algo así como «el progenitor primario» (*primary parental relationship* (83)).

Comparto en buena medida estos temores asociados al borrado del género por los peligros que puede tener este en la lucha por la igualdad de los derechos de las mujeres. En el caso de la maternidad, las normas de acción positiva en torno a esta y las destinadas, en general, a la protección de las madres, podrían correr serio peligro de desaparecer si se borra totalmente esta condición. Entiéndaseme bien, no me opongo a que cuando el fin de protección de la norma sea precisamente la protección de la persona que gesta y alumbró a un niño o niña, o la prevención de actitudes discriminatorias frente a ella, se deban extender sus beneficios a quienes no son o no se consideran mujeres; pero ello no puede ocultar que la mayoría de las embarazadas son mujeres que al parir se convierten en madres y no veo razones convincentes para que esa realidad sea encubierta en una norma neutral que, como tal, las oculte.

Otra cosa es que se desmitifique la maternidad y se insista que lo verdaderamente relevante en la relación con un hijo o hija no es tanto el hecho del embarazo y el parto, cuanto la relación de afecto y el cuidado que se le dedica, por lo que no debería ser tan determinante, al menos desde el punto de vista jurídico, la biología (84) . Es innegable que la maternidad y la paternidad no son solo cuestiones biológicas; instituciones como la adopción o la utilización de técnicas de reproducción asistida como la

maternidad subrogada, la donación de gametos o la fertilización in vitro, lo prueban desde hace mucho tiempo. Madre y padre son en buena medida predicados sociales que tienen que ver con el conjunto de deberes de cuidado, atención, alimento y anexos que constituyen en verdad la relación de filiación con un menor de edad y que remiten, pero no desaparecen, con la mayoría de edad de los hijos. De hecho, progresivamente se impone la idea de que, más allá o con independencia de la biología, la parentalidad social debe ser reconocida por el Derecho, aceptando, cuando proceda, las situaciones de multiparentalidad (85). Pero tal constatación no elimina el peso de la biología, que sigue teniendo un papel fundamental en la determinación de la filiación, como se constata en nuestra Constitución y en los textos internacionales destinados a proteger los derechos humanos de las mujeres y los niños. Tampoco creo que deba implicar el borrado ni de las mujeres ni de aquellas entre ellas que sean madres, pues en el momento histórico en el que nos encontramos mujeres y madres seguimos necesitando del auxilio de las normas jurídicas para alcanzar una situación de igualdad real en todas las esferas de la vida.

IV. Conclusión

Muchos piensan que el fin de los estereotipos exige el borrado del género (86). No comparto este punto de vista, al menos en el estadio actual de desarrollo de la humanidad y de nuestros ordenamientos jurídicos. Pero sí creo que muchas de nuestras normas basadas en el binarismo deben ser repensadas.

No dudo de que todos los seres humanos, sea cual sea su género biológico o su género elegido, así como sus vivencias con o sin atribuciones de género, son titulares de iguales derechos, incluido el de contraer matrimonio con quien deseen en condiciones de igualdad; por eso creo que en este punto la norma jurídica no debería hacer distinciones ni menciones de género. No creo que el ocultamiento de la identidad de género a la persona con la que se contrae matrimonio afecte a la esencia de los deberes matrimoniales de naturaleza personal y, por ello, no debería ser causa de anulación del matrimonio.

Por lo que atañe a la relación de filiación me parece que es preciso distinguir dos grupos normativos: por un lado, las reglas destinadas a su determinación y prueba y por otro, las relativas a la titularidad y ejercicio de los derechos y deberes derivados de la parentalidad.

En lo que atañe al primer grupo lo cierto es que en la determinación de la filiación el peso de la biología sigue siendo extraordinariamente relevante. Lo es en nuestro ordenamiento jurídico incluso por exigencia constitucional (artículo 39.2 y 39.3 CE), aunque esto no significa que tenga que ser exclusivo y excluyente. En este sentido, creo que las nuevas realidades sociológicas, dimanantes en su mayoría de la utilización de técnicas de fecundación asistida, convierten en imprescindible el reconocimiento de la multiparentalidad, de suerte que junto o al lado de las puramente biológicas se deben admitir parentalidades sociales basadas en la voluntad y el comportamiento de los implicados y no tanto en la biología. En esta misma línea se sitúan las nuevas leyes que permiten la autodeterminación del sexo por la persona, ya implantadas en otros países y en trance de hacerlo pronto en el nuestro. Se impone pues, un cambio legal que flexibilice las normas actualmente vigentes y las acomode a las nuevas realidades.

Con todo, no comparto la idea de que la vía más adecuada para mejorar el *status quo* sea la de extender las reglas que actualmente identifican la maternidad con el parto a todas las personas gestantes, borrando completamente la noción de madre (87); por el contrario, mi opinión es que esta debe permanecer en el mundo jurídico, como asimismo debe hacerlo la de padre. Ello no obsta, ni mucho menos, para que abogue por la modificación de muchas normas en materia de filiación, e incluso que se superen determinadas situaciones de heteronormatividad y de repronormatividad que resultan innecesarias o directamente contraproducentes; algunas propuestas he realizado en las páginas precedentes.

Por lo que respecta a la responsabilidad parental, parto de que todas las personas pueden estar capacitadas para ejercer el rol de atención y cuidado de los hijos que tradicionalmente se ha asociado a la condición de madre, con independencia de su identidad de género o de su condición sexual; pero pocos negarán que siguen siendo las mujeres las que de modo absolutamente mayoritario lo ejercen. Quiero pensar que nadie cuestiona que el tradicional rol de portador de los ingresos que sustentan a la familia que se ha venido asociando por generaciones al de padre puede ser a día de hoy desempeñado por cualquier persona (88); pero hombres y mujeres continúan sin estar en condiciones de igualdad ni en el acceso al trabajo remunerado ni en el salario que reciben; tampoco en el acceso a los puestos más altos y mejor pagados de la empresa, ni siquiera, siendo realistas, en las altas jerarquías de la Administración. Las normas de conciliación familiar siguen siendo escasas y penalizan a las mujeres, que son quienes mayoritariamente acuden a ellas con merma de sus posibilidades profesionales y sus futuras pensiones. Que, ante este panorama, se prescindiera de cualquier alusión a la diferencia entre mujer y hombre o, en el ámbito que nos ha ocupado en este trabajo, de las nociones de madre y padre, me parece, a día de hoy, una mala decisión.

V. Bibliografía

Álvarez Medina, S., «Las piezas de la sexualidad. Género, consentimiento, intimidad», en *Mujeres y derechos*, P. Benavente Moreda (Coord.), Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 275-316.

Balzaretti, S., «Les opérations non consenties d'assignation sexuelle sur les enfants intersexes: enjeux actuels en droit suisse», en *Le consentement en droit*, Besson, S./Mausen, Y./Pichinnaz, P. (Ed.), Genève/Zurich, Schulthess, 2018, pp. 133-154.

Binet, J-R., «Transsexualisme et filiation: brouillage de (re)pères!», *Droit de la Famille*, n.º 12, dic. 2018, pp. 1-2.

Calleja, R. «El mito del consentimiento», Blog *Almacén de Derecho*, 4 marzo 2021.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G., «La propuesta de nueva Ley «trans»: ¿Mucho ruido y pocas nueces?, ¿De minimis non curat lex?», *Diario La Ley, Sección Tribuna*, 8 marzo 2021.

Chau, P-L./Herring, J., «Men, Women, People: The Definition of Sex», en *Sexuality Repositioned*, Brooks-Gordon et alri (eds.), Oxford, Hart, 2004, pp. 187-213.

- Clarke, J.A., «They, Them and Theirs», *Harvard Law Review*, vol. 132, 2019, pp. 893-990.
- Crespo Mora, M.^a C., «La celebración del matrimonio», *Derecho de Familia*, G. Díez-Picazo Giménez (Coord.), Cizur Menor, Civitas Thomson-Reuters, 2012.
- Fernández-Gil Viega, I., «La nulidad del matrimonio», *Derecho de Familia*, G. Díez-Picazo Giménez (Coord.), Cizur Menor, Civitas Thomson-Reuters, 2012.
- Fontana, D./ Schoenbaum, N. «Unsexig Pregnancy», *Columbia Law Review*, vol. 119, 2019, pp. 1-60.
- García Rubio, M.^aP., «Qué es y para qué sirve el interés del menor», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, agosto, 2020, pp. 2- 44; también
- García Rubio, M.^aP., «Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor» en, *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters. 2021, pp.1075-1090.
- Gete-Alonso, M.^a C., «Identidad e identificación de la persona», en *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho Privado*, Torres García, T. (dir.), Infante Ruíz, F./Otero Crespo, M/ Rodríguez González, A. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 83-144.
- Gete-Alonso y Calera, M.^aC/Solé i Resina, J., *Filiación y potestad parental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- Herrera, M., «Identidad de género, binarismo y feminismo», en *Mujeres y derechos*, P. Benavente Moreda (Coord.), Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 243-273.
- Herring, J., *Family Law*, 9^a ed., Harlow, Pearson, 2019.
- Herring, J. «Is Law too sexy?», *Modern Believing*, 2017, 58, 361.
- Hilger, J., «Intersexualité et parenté: l'office du juge à l'épreuve de l'exceptionnalité de la situation de l'enfant né après le changement de sexe de son parent», *Petites affiches*, 23 jan. 2019, pp. 1-11.
- Izquierdo Tolsada, M., «Sr. legislador: hay padres que son progenitores, padres que no son progenitores y progenitores que no son padres», *blog Hay Derecho*, 2 febrero 2017.
- Karaian, L., «Pregnant Men: Repronormativity, Critical Trans Theory and the Re(conceive)ing of Sex and Pregnancy in Law», *Social & Legal Studies*, 2013, 22 (2), pp. 211-230.
- Linacero de la Fuente, M., *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Martínez de Aguirre y Aldaz, C., *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, Madrid, BOE/Dykinson/Colegio de Registradores, 2017.
- Minter, Sh. P., «Transgender Family Law», *Family Court Review*, Vol. 56 No. 3, July, 2018, pp. 410-422.
- Nejaime, D., «The nature of Parenthood», *Yale Law Journal*, 2017, pp. 2260- 238.
- Ruiz-Risueño Montoya, F.M. «Los derechos de las personas LGTBI en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Matia Portilla, F.J./Elvira Perales, A./Arroyo Gil, A (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 101-193.
- Rosenblum, D., «Unsexig Mothering: toward a new culture of parenting», *Harvard Journal of Law & Gender*, vol. 35, 2012, pp. 58-116.
- Sharpe, I., «Transgender Marriage and the Legal Obligation to Disclose Gender History», *The Modern Law Review* (2012) 75 (1) MLR, pp. 33-53.
- Vauthier, J.-Ph., «Matres Semper certae sunt? Un pluriel bien singulier», *Recueil Dalloz*, 6 juillet 2017, n.º 24, pp. 1373-1374.

(1)

El presente artículo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación «El Derecho de familia que viene. Retos y respuestas» [ref. PID2019-109019RB-100], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, dentro del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020. Convocatoria de 2019.

(2)

Definida en los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, como «*la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales*». Por su parte, según estos mismos Principios, la orientación sexual se refiere a «*la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas*».

(3)

Expresión que alude al «sesgo cultural a favor de las relaciones hererosexuales, las cuales son consideradas normales, naturales e ideales y son preferidas sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género. Ese concepto apela a reglas jurídicas, religiosas, sociales y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes»; la definición es recogida por Herrera, M., «Identidad de género, binarismo y feminismo», en *Mujeres y derechos*, P. Benavente Moreda (Coord.), Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 243-273, quien la extrae del Glosario de la Opinión Consultiva n.º 24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre «Identidad de Género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo». Álvarez Medina, S., «Las piezas de la sexualidad. Género, consentimiento, intimidad», en *Mujeres y derechos*, P. Benavente Moreda (Coord.), Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 275-316, espec. p. 279, define la heteronormatividad como «el conjunto de pautas o reglas que quieren ordenar la estructura social conforme una asignación de roles por sexo de estructura binaria: varón-mujer».

(4)

Aunque es cierto que las propuestas no indican ni circunscriben el cambio de género en clave binaria, ni mencionan de modo expreso el cambio de varón a mujer o viceversa, tampoco se muestran explícitos sobre otras posibilidades.

(5)

Cf. las legislaciones alemana, australiana, uruguaya y argentina en Gete-Alonso, M.^a C., «Identidad e identificación de la persona», en *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho Privado*, Torres García, T. (dir.), Infante Ruíz, F./Otero Crespo, M/ Rodríguez González, A. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 83-144, espec., pp. 133 ss.

(6)

En 2013 se cambió el artículo 22 de la Ley de estado civil (*Personenstandsgesetz, PStG*) permitiendo inscribir a los recién nacidos sin hacer constar sexo femenino o masculino, quedando en «indeterminado». Por otra parte, el BVerfG entendió en octubre de 2017 que categorizar a las personas en uno de los dos géneros iba en contra de la GG, por lo que dio un plazo hasta diciembre de 2018 al legislativo para que este procediera a introducir una tercera categoría de género o dispensar de la obligación de incluir el género en todos los documentos públicos. La sentencia, también en inglés, puede consultarse en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2017/10/rs20171010_1bvr201916en.html;jsessionid=423155757DA29DAEF8D2AF55E3B7A635.1_cid392. Como consecuencia de esta resolución, en diciembre de 2018 se promulgó la ley de modificación de la información del registro de nacimiento (*Gesetz vom 18.12.2018 — BGBl. I 2018, Nr. 48 21.12.2018, S. 2635: Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben*). Así, se modificó de nuevo el artículo 22 de la PStG, añadiendo la posibilidad de inscribir a los recién nacidos no solo con género indeterminado (lo que ya se podía hacer desde 2013), sino también con género *diverso* (o *tercer sexo*): § 22 (3) *Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so kann der Personenstandsfall auch ohne eine solche Angabe oder mit der Angabe «divers» in das Geburtenregister eingetragen werden*. Esta ley también añadió un nuevo § 45b a la PStG, en el que se permite a las personas con «variantes de desarrollo de género» que modifiquen una inscripción previa en el registro, pudiéndose decantar por una de las cuatro opciones permitidas ahora por el § 22 (3) (masculino, femenino, indeterminado o diverso). En similares términos se pronunció el Tribunal Constitucional Austríaco (*Verfassungsgerichtshof Österreich, VfGH*) en su sentencia VfGH G 77/2018, de 15 de junio de 2018 (accesible aquí: https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_Entscheidung_G_77-2018_unbestimmtes_Geschlecht_anonym.pdf), citando como ejemplos de términos que las personas podrían utilizar a la hora de inscribir su sexo, además de masculino o femenino, los siguientes: *diverso, inter, abierto*, u otro adecuado. Países en los que es posible la inscripción del tercer sexo son, entre otros, Australia, Nueva Zelanda, Malta, Canadá, India, Nepal, Bangladesh o Pakistán, así como en distintos estados norteamericanos como California, Colorado, Minnesota, New Jersey, Oregon, and Washington (Clarke, J.A., «They, Them and Theirs», *Harvard Law Review*, vol. 132, 2019, pp. 893-990) Por su parte, Balzarotti, S., «Les opérations non consenties d'assignation sexuelle sur les enfants intersexes: enjeux actuels en droit suisse», en *Le consentement en droit*, Besson, S./Mausen, Y./Pichnna, P. (Ed.), Genève/Zurich, Schulthess, 2018, pp. 133-154, recuerda que ya en el siglo XVIII el Código bávaro y el Código prusiano.

(7)

«Holanda incluye el género neutro en el Registro Civil», *Diario El País*, 29.05.2018, https://elpais.com/internacional/2018/05/28/actualidad/1527518795_375351.html?id_externo_rsoc=TW_CC

(8)

Incluido el reconocimiento de una escala de identidad sexual o «sexual continuismo», como recogen, Chau, P.-L./Herring, J., «Men, Women, People: The Definition of Sex», en *Sexuality Repositioned*, Brooks-Gordon et altri (eds.), Oxford, Hart, 2004, pp. 187-213, espec. pp. 205 ss. Sobre el carácter abierto de las opciones no binarias, Clarke, J.A., «They, Them and Theirs», *loc. cit.*, pp. 905 ss.; la autora estima que las opciones básicas del legislador, que pueden convivir y cuyas ventajas e inconvenientes analiza, son la neutralidad o borrado del género, la admisión de un tercer género y la integración de las opciones no binarias en la regulación del género (Clarke, J.A., «They, Them and Theirs», *loc. cit.*, pp. 937 ss.).

(9)

Como bien dice, Clarke, J.A., «They, Them and Theirs», *loc. cit.*, p. 922.

(10)

A mi entender, este Borrador trans no recoge ni va más allá, en el plano legal, de lo binario, por mucho que reflexione en el Preámbulo de múltiples «exteriorizaciones de la identidad de género» que no duda que existan en el ámbito social.

(11)

En el párrafo tercero del artículo 13 de la Proposición de Ley 122/000133 para la igualdad real y efectiva de las personas trans, presentada por los Grupos Parlamentarios Republicano y Plural, publicada en el BOCG el 26 de marzo de 2021 se dice «*El Ministerio del Interior adoptará las medidas necesarias para que lo documentos oficiales de identificación recojan las opciones de hombre o mujer, persona no binaria y puedan omitir, a petición de la persona interesada, la mención relativa al sexo*»; pero lo cierto es que tampoco en este texto se incluye la modificación de la Ley del Registro civil para eliminar la mención del sexo en la inscripción de nacimiento, o para incluir en ella un tercer sexo o ningún sexo.

(12)

La Proposición 122/000104 de Ley Orgánica de igualdad social de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, de protección de la realidad trans y de no discriminación por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género o características sexuales, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, publicada en el BOCG el 4 de diciembre de 2020, cuyo artículo 3.1 n), define la palabra *Trans* de manera amplia al entender que es un término que agrupa de manera genérica a las personas transexuales, transgénero e intersexuales. A los efectos de esta Ley y sin prejuzgar otras acepciones sociales, el término trans ampara a las denominadas personas *queer, no binarias* o de *género fluido* y a todas aquellas que no definen su orientación sexual, identidad o expresión de género dentro de los estándares normativos, así como a quienes definen su género como «otro» o que prefieren describir su identidad en sus propias palabras. La Disposición Final cuarta incluye un nuevo apartado 5 en el artículo 49 de la Ley de Registro Civil que dice: «*En el caso de que el parte facultativo indicara la condición intersexual del nacido los progenitores, de común acuerdo, podrán solicitar que la mención del sexo figure en blanco*».

(13)

Su Disposición Adicional final vigésimo cuarta, añade un número párrafo al artículo 49 de la Ley de Registro Civil según el cual «*En el caso de que el parte facultativo indicara la condición intersexual del nacido, los progenitores, de común acuerdo, podrán solicitar que la mención del sexo figure en blanco por el plazo máximo de un año*»; se admite pues la omisión de la mención de sexo en la inscripción del nacido, pero solo de manera provisional y por el escaso plazo de un año.

(14)

No puedo profundizar en la crítica a la paupérrima técnica legislativa de las propuestas, que en ocasiones es sonrojante; mencionaré solo un ejemplo: el artículo 5.2 del Borrador trans del Ministerio de Igualdad y de la Proposición de Ley del Grupo Plural dice que «*Lo dispuesto en la presente ley se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en normativas específicas autonómicas o locales en cuanto resulten más*

favorables en los derechos reconocidos y la protección otorgada a las personas trans». No parece importar que en buena parte de los temas tratados (como los registrales y, en general, los civiles) ninguna administración local tenga competencias y tampoco las tengan todas o algunas de las Comunidades Autónomas.

(15)

Gete-Alonso, M.ª C., «Identidad e identificación...», *loc. cit.*, p. 141 entiende que desaparecido el sexo como estado civil en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, y la limitación que se derivaba, eliminado el requisito de la heterosexualidad para contraer matrimonio y admitidas, en situación de igualdad, todas las relaciones de filiación (con padres, madres, padre/madre: en la adopción y las técnicas de reproducción asistida), es injustificado mantener el sexo como dato de identificación de la persona, pues es intrascendente como tal, en general.

(16)

STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012.

(17)

Es la propuesta contenida tanto en la Disposición Final Primera, en su numeral uno, de la Proposición de Ley presentada por el Grupo Ciudadanos, como en el punto uno de la Disposición Final Primera del Borrador LGTBI.

(18)

Que, sin embargo, mantiene el Borrador LGTBI.

(19)

Lo que choca con la negativa del Tribunal Supremo a la admisión de las acciones de resarcimiento de daños morales en el seno del Derecho de familia, como sucede, por ejemplo, en las acciones ejercitadas por quien se había creído padre biológico y resultó no serlo (v. gr. STS 629/2018 de 13 de noviembre de 2018. Roj: STS 3700/2018 — ECLI:ES:TS:2018:3700).

(20)

Noticia que puede consultarse en <https://www.lavanguardia.com/vida/20201020/484202906531/jueza-anula-matrimonio-multa-ocultar-esposa-homosexualidad.html>.

(21)

Vuelvo a resaltar que en el caso referido el matrimonio cuya nulidad se acuerda ya estaba disuelto por el divorcio, lo que no debe pasar desapercibido a los efectos de interpretar el interés legítimo en la acción de nulidad.

(22)

En el ordenamiento inglés y galés la *Matrimonial Causes Act* impone una obligación legal a la persona transgénero que desee casarse de comunicar al otro esa condición, exigencia que Sharpe, I., «Transgender Marriage and the Legal Obligation to Disclose Gender History», *The Modern Law Review* (2012) 75(1) MLR, pp 33-53, *passim*, crítica de manera rotunda por considerarla, entre otras cosas, discriminatoria y contraria al derecho a la vida privada y, en consecuencia, a los arts. 14 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Vid.* también Herring, J., *Family Law*, 9ª ed., Harlow, Pearson, 2019, p. 98.

(23)

Scharpe, I., «Transgender Marriage..», *loc.cit.*, p. 34, para quien «the creation of the gender history ground is the legal and broader cultural assumption that non-disclosure of gender history to a prospective marriage partner constitutes some form of harm». Herring, J, *Family Law, op. cit.*, pp. 111-112.

(24)

Supuesto ejemplificativo: mujer trans que ya consta en el Registro Civil como mujer y que ha ocultado a la persona con quien se va a casar su historial de cambio de sexo.

(25)

Parece insinuarlo, Cerdeira Bravo de Mansilla, G., «La propuesta de nueva Ley «trans»: ¿Mucho ruido y pocas nueces?, ¿De minimis non curat lex?», *Diario La Ley, Sección Tribuna*, 8 marzo 2021.

(26)

Se podría incluso pensar en una acción de nulidad posterior a la muerte del cónyuge trans, pues según los párrafos dos y tres del citado artículo 84 LRC, en los datos especialmente protegidos como la rectificación de sexo, si el inscrito ha fallecido, la autorización para acceder a esos datos sólo podrá efectuarla el Juez de Primera Instancia del domicilio del solicitante, siempre que justifique interés legítimo y razón fundada para pedirlo; se presume que ostenta interés legítimo el cónyuge del fallecido, pareja de hecho, ascendientes y descendientes hasta el segundo grado. Esto es, de seguir la tesis de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia citada en el texto en relación con la ocultación de la condición de homosexual a su cónyuge, y de la que discrepo, si el cónyuge de la persona trans descubre esta condición tras la muerte de esta y por esta vía, la disolución del matrimonio, en este caso por fallecimiento de uno de los cónyuges, no quedaría excluido el interés legítimo para el ejercicio de la acción de nulidad.

(27)

Otra vez como mero ejemplo: mujer trans que todavía no ha rectificado la mención registral del sexo y le oculta su identidad de género al cónyuge, quien cree casarse con un hombre cuando a partir del momento en que aquella toma la decisión autónoma de cambiar su sexo, lo cierto es que ha estado casado con una mujer.

(28)

Entiende que para que el error en las cualidades personales del otro cónyuge sea causa de nulidad es preciso que fueran desconocidas en el momento de contraer matrimonio por el cónyuge que la solicita. Fernández-Gil Viega,I., «La nulidad del matrimonio», *Derecho de Familia*, G. Díez-Picazo Giménez (Coord.), Cizur Menor, Civitas Thomson-Reuters, 2012, p. 1308. Para Linacero de la Fuente, M., *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 155, el error debe recaer en cualidades personales de cierta entidad que hayan sido decisivas para el contrayente que erró en ellas y que sean previas o coetáneas a la celebración del matrimonio; en la misma línea Crespo Mora, M.ª C., «La celebración del matrimonio», *Derecho de Familia*, G. Díez-Picazo Giménez (Coord.), Cizur Menor, Civitas Thomson-Reuters, 2012, p. 421.

(29)

Fernández-Gil Viega,I., «La nulidad del matrimonio», *op. cit.*, 2012, p. 1308.

(30)

Ex artículo 98 CC, en el caso de los matrimonios sometidos a este; de no resultar aplicable, se podría acudir a la cláusula general de responsabilidad del artículo 1902 CC, con todas las dificultades que la jurisprudencia del Tribunal Supremo plantea a esta opción.

(31)

A «defectos sexuales» «desviaciones sexuales» o «falta de virginidad», se refiere, aludiendo a autores anteriores, Linacero de la Fuente, M., *Tratado de Derecho de Familia...*, *op. cit.*, pp. 155-156; la autora cita algunas sentencias de tribunales menores donde se estima la nulidad por el desconocimiento por la parte de la mujer de la orientación sexual del marido o porque este había dado positivo en la prueba del VIH. Otras resoluciones, con y sin connotaciones sexuales, en Crespo Mora, M.ª C., «La celebración del matrimonio», *loc.cit.*, p. 422.

(32)

Elimino conscientemente la referencia a la identidad de la persona, para evitar alguna tentación de incluir en ella la identidad sexual o la identidad de género.

(33)

Una reflexión interesante sobre el consentimiento, que puede ser aplicable también al llamado consentimiento matrimonial, Calleja, R. «El mito del consentimiento», Blog *Almacén de Derecho*, 4 marzo 2021, puede consultarte <https://almacenederecho.org/el-mito-del-consentimiento>

(34)

Con una aproximación similar, Herring, J «Is Law too sexy?», *Modern Believing*, 2017, 58, 361 entiende que el sexo ha dejado de pertenecer al corazón del concepto de matrimonio, para ser sustituido, a su entender, por la idea de cuidado, que además tiene un enorme valor social que no tiene la relación puramente sexual.

(35)

*Orden JUS/568/2006, de 8 de febrero, sobre modificación de modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia, en concreto, en su artículo 4. Leyes posteriores han sustituido en el Código Civil diversas referencias al padre y a la madre por progenitor o progenitores, opción criticada por algunos en la medida en la que el nuevo término, que hace referencia a los genes, no se identificaba necesariamente con la paternidad y la maternidad (así, por ejemplo, Izquierdo Tolsada, M., «Sr. legislador: hay padres que son progenitores, padres que no son progenitores y progenitores que no son padres», blog *Hay Derecho*, 2 febrero 2017).* No obstante, siguen siendo numerosas las alusiones al padre y/o a la madre, y también al término padres como inclusivo de los dos, singularmente, como veremos, en materia de filiación y de relaciones paternofiliales.

(36)

Término que adopto por su neutralidad desde el punto de vista del género, consciente de las críticas que merece por su inexactitud semántica, mencionadas en la nota precedente.

(37)

X e Y constituían una pareja estable, habían obtenido el permiso de las autoridades para un tratamiento de inseminación artificial por un donante anónimo; X había realizado un reconocimiento de paternidad de acuerdo con la legislación sobre inseminación artificial en vigor que establecía que «cuando un hombre, que no está casado con la madre, es parte en el tratamiento que resulta en la colocación de espermatozoides en la mujer, será considerado padre del hijo». Cuando X había querido registrarse como padre del hijo en el acta de nacimiento, la administración le había denegado la inscripción con el argumento de que sólo un hombre biológico podía ser registrado como tal. Desde su nacimiento el hijo vivía con X e Y y X asumía públicamente el papel de padre.

(38)

Considera más que dudosa la vigencia actual de las conclusiones de esta sentencia, por haber sido dictada antes de la paradigmática *Christine Goodwin c. el Reino Unido* Ruiz-Risueño Montoya, F.M. «Los derechos de las personas LGTBI en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Matia Portilla, F.J./Elvira Perales, A./Arroyo Gil, A (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 101-193, espec. p. 121. Sin embargo, es justo reconocer que la decisión X, Y and Z ha sido citada por la corte de Estrasburgo en fechas posteriores a la decisión, en concreto, en *Hamalainen v Finland* (2014) 37 BHRC 55, en particular pars. 67 y 75.

(39)

La solución también habría cambiado, a día de hoy, en el Derecho inglés, según reconoce explícitamente la *Court of Appeal* en la decisión citada en la nota 4 de este trabajo; en concreto, en el apartado (48) de esta resolución se dice que como resultado de los cambios legislativos producidos desde que se resolvió este caso, X hubiera sido registrado como *parent* o como *father*, si X e Y estuvieran casados entre sí o fueran *civil partners*.

(40)

Karaian, L., «Pregnant Men: Repronormativity, Critical Trans Theory and the Re(conceive)ing of Sex and Pregnancy in Law», *Social & Legal Studies*, 2013, 22(2), pp. 211-230, espec., p. 212; la autora cita un caso canadiense de hace ya más de diez años en el que Jay Wallace fue inscrito como padre del hijo gestado por él.

(41)

<https://www.lavanguardia.com/vida/20210502/7423854/da-a-luz-primer-hombre-embarazado-espana-ruben-castro.html>

(42)

Considera la corte que «*imposer au transsexuel MtF un retour à l'ancien sexe, même par le détour limité au rétablissement de la présomption de paternité, reviendrait (...) à la contraindre à renoncer partiellement à l'identité sexuelle qui lui a été reconnue et constituerait une ingérence dans le droit au respect de sa vie privée*».

(43)

A diferencia de lo que sucede en nuestro ordenamiento, en la que la situación de doble maternidad se admite, por ejemplo, en el artículo. 7.3 LTRHA.

(44)

Rechaza también la corte de apelación la opción por la adopción que había propuesto el tribunal de instancia, al considerar que «*l'adoption serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, comme ses frères, a le droit de voir reconnaître la réalité de son lien biologique avec le transsexuel MtF et non pas la fiction d'une filiation élective*».

(45)

Hilger, J., «Intersexualité et parenté: l'office du juge à l'épreuve de l'exceptionnalité de la situation de l'enfant né après le changement de sexe de son parent», *Petites affiches*, 23 jan. 2019, pp. 1-11, espec. p. 7, consultado en <https://www.actu-juridique.fr/civil/personnes-famille/intersexualite-et-parente-loffice-du-juge-a-lepreuve-de-lexceptionnalite-de-la-situation-de-lenfant-ne-apres-le-changement-de-sexe-de-son-parent/>

(46)

Entiende que con ello la corte de apelación crea una suerte de parentalidad intersexuado o neutra y consagra la existencia de un vínculo de filiación no específico que reposa sobre la realidad biológica. Hilger, J., «Intersexualité...», *loc. cit.*, p. 8.

(47)

Arrêt n.º 519, de 16 de septiembre 2020, Cour de cassation. Première chambre civile, ECLI:FR:CCASS:2020:C100519.

(48)

<https://www.theguardian.com/society/2020/nov/16/trans-man-loses-uk-legal-battle-to-register-as-his-childs-father>

(49)

[2019] EWHC 2384 (Fam). Case No: FD18F00035.

(50)

[2020] EWCA Civ 559. Case Nos: C1/2019/2730. C1/2019/2767.

(51)

GRA. Section 9 General (1) Where a full gender recognition certificate is issued to a person, the person's gender becomes for all purposes the acquired gender (so that, if the acquired gender is the male gender, the person's sex becomes that of a man and, if it is the female gender, the person's sex becomes that of a woman)».

(2) «Subsection (1) does not affect things done, or events occurring, before the certificate is issued; but it does operate for the interpretation of enactments passed, and instruments and other documents made, before the certificate is issued (as well as those passed or made afterwards)».

Section 12 Parenthood:

«The fact that a person's gender has become the acquired gender under this Act does not affect the status of the person as the father or mother of a child».

(52)

De modo que considera que el contenido de la Sección 12, reproducida en la nota anterior, se aplica tanto si el hijo o hija ha nacido antes del *Gender Recognition Certificate* (lo único que admitía el apelante) (efecto retrospectivo), como si lo ha hecho después (efecto prospectivo).

(53)

La decisión de *Court of Appeal* reconoce que hay un caso pendiente ante el Tribunal de Estrasburgo procedente de Alemania a partir de unos hechos muy similares a los planteados en este caso. El Tribunal Supremo Alemán en decisión de 6 de septiembre de 2017 registro al hombre trans que alumbró al hijo como madre, afirmando que el esquema legislativo exige el registro de una «madre», poniendo el énfasis en el derecho del hijo o hija de una persona trans a conocer sus orígenes y el amplio margen de apreciación que tienen los Estados en este tema ante la falta de consenso, si bien reconoce que la futura decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no tiene por qué coincidir con la del Tribunal Supremo alemán.

(54)

Respectivamente, en 5 Disposición Final Tercera del Borrador trans, Disposición Final Primera, número Tres y Disposición Final Décimo Sexta del Borrador LGTBI que se destinan a la Modificación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

(55)

Compárese con la norma francesa contenida en la Ley de 18 noviembre 2016 que ha introducido en el *Code civil* el artículo 61-8, que siguiendo la jurisprudencia anterior reconoce que «la modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet sur les obligations contractées à l'égard de tiers ni sur les filiations établies avant cette modification» (Binet, J-R., «Transsexualisme et filiation: brouillage de (re)pères!», *Droit de la Famille*, n.º 12, dic. 2018, pp. 1-2).

(56)

Conviene recordar que según el artículo 3.1. Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

(57)

Artículo 8. 1. CNUDN «Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas». Y conforme al 8.2. «Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad».

(58)

Lege ferenda se deberían distinguir ambas situaciones, con el fin de minimizar los problemas interpretativos que se ha dado, por ejemplo, en el Derecho francés, donde como se ha visto, solo se contempla la situación de los hijos nacidos antes del cambio de sexo del progenitor, pero no de los nacidos después, lo que critica, Vauthier, J.—Ph., «Matres Semper certae sunt? Un pluriel bien singulier», *Recueil Dalloz*, 6 juillet 2017, n.º 24, pp. 1373-1374.

(59)

Minter, Sh. P., «Transgender Family Law», *Family Court Review*, Vol. 56 No. 3, July, 2018, pp. 410-422, espec., p. 419, reflexionando en el ámbito del Derecho norteamericano, considera que el uso de los términos *father*, *mother* o *parent* es especialmente sensible con una persona trans que ha mostrado recientemente a su hijo o hija que lo es; algunas de estas personas pueden sentirse a gusto con que se les llame madre o padre incluso cuando tales términos ya no se corresponden con su identidad de género. Otros pueden preferir evitar una referencia con connotación de género. Pero en todo caso lo que debe prevalecer es el menor interés de los menores.

(60)

Entre otros, los reconocidos en el artículo 5 CNUDN referente al derecho de los progenitores a impartir la orientación apropiada a sus hijos para que ejerzan los derechos reconocidos en la Convención; en el artículo 7.1. («El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos»; artículo 9.1 (derecho a que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño); artículo 12 (derecho del niño a expresar su opinión en función de su edad y madurez y a ser escuchado), art. 18 (responsabilidad de ambos progenitores en la crianza el niño).

(61)

De hecho, tanto en el inglés como en el alemán, como bien se explica en la resolución de la *Court of Appeal* citada en la nota 45, a día de hoy la regla general según la cual la persona trans pasa a tener los derechos y obligaciones del nuevo género, está sujeta a la expresa excepción de las relaciones con sus hijos e hijas que permanece inalterada, tanto retrospectiva, como prospectivamente, fundamentando la decisión legislativa en el derecho del hijo o hija a conocer sus orígenes.

(62)

Clarke, J.A., «They, Them and Theirs», *loc. cit.*, p. 942.

(63)

STC 176/2008, de 22 de diciembre.

(64)

García Rubio, M.ª.P., «Qué es y para qué sirve el interés del menor», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, agosto, 2020, pp. 2- 44; también «Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor» en, *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters. 2021, pp.1075-1090.

(65)

Como reconoce, Rosenblum, D., «Unsexing Mothering: toward a new culture of parenting», *Harvard Journal of Law & Gender*, vol. 35, 2012, pp. 58-116, espec. p. 60.

(66)

Entiendo que la alusión a los «padres» en el párrafo tercero de este mismo artículo 39 CE debe entenderse como genérico y comprensivo de padres y madres.

(67)

A las disposiciones citadas habría que añadir las homólogas de las Comunidades Autónomas con competencias efectivamente ejercidas en materia de determinación de la filiación, como Cataluña, Navarra o Aragón, que no voy a desglosar aquí, aunque dejo constancia de su «binarismo».

(68)

Del artículo 7, rubricado «Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida», destaco su apartado 3 conforme al cual «Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge». Del artículo 8, cuya rúbrica es «Determinación legal de la filiación», son relevantes, a los efectos que ahora nos ocupan, su apartado 1: «Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación» y su apartado 2, según el cual, Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad».

(69)

En palabras de Gete-Alonso y Calera, M.^a C, «la norma, tomado el presupuesto de la realidad biológica, ya por razones técnicas (la creación de la ciencia jurídica) ya de otro tipo (el valor o cultura de cada época, la influencia religiosa o política), en las diversas etapas, ha creado y delimitado la relación de filiación, la maternidad y la paternidad de distinta manera; magia de las normas a través de las que se admite y recrea la situación personal» («Prólogo», Gete-Alonso y Calera, M.^a C/Solé i Resina, J., *Filiación y potestad parental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 13).

(70)

En este caso, de conformidad con el artículo 44.7 3^a LRC «Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo».

(71)

Cf. especialmente el artículo 44.4 LRC sobre la necesaria constancia de la filiación materna y el artículo 46 LRC que obliga a los centros sanitarios a la comunicación del nacimiento, añadiendo que «El personal sanitario que asista al nacimiento deberá adoptar, bajo su responsabilidad, las cautelas necesarias para asegurar la identificación del recién nacido y efectuará las comprobaciones que establezcan de forma indubitada la relación de filiación materna, incluyendo, en su caso, las pruebas biométricas, médicas y analíticas que resulten necesarias para ello conforme a la legislación reguladora de las historias clínicas».

(72)

A diferencia de lo que sucede en algunos Estados norteamericanos en los que la persona casada con la mujer que da a luz o «madre natural», se presume padre o madre del nacido, de suerte que para hombres y mujeres la parentalidad deriva del matrimonio con la madre biológica, como reconoce Nejaime, D., «The nature of Parenthood», *Yale Law Journal*, 2017, pp. 2260- 2381, espec. p. 2295.

(73)

Presunción asentada en el principio de normalidad, tomando como base los derechos y deberes derivados del matrimonio, según Gete-Alonso y Calera, M.^a C/Solé i Resina, J., *Filiación y potestad parental... op. cit.*, p. 25. Estas mismas autoras (p. 31) advierten de que la presunción de paternidad no matrimonial solo opera para el Derecho catalán, aunque pueden obtenerse efectos similares lo previsto en el artículo 767.3 LEC).

(74)

Como explica Nejaime, D., «The nature of Parenthood», *loc. cit.*, pp. 2260, 2266 y 2272 ss., quien también resalta «With the gender-differentiated, heterosexual family continuing to structure marital parenthood, the law organizes the legal family around a biological mother».

(75)

Lo que se hace evidente en el artículo 8.1. LTRHA.

(76)

Aunque es cierto que también puede haber reconocimiento de la maternidad y que el acto de voluntad de reconocer el efecto de que con esa voluntad quede determinada la filiación es una derivación de la ley, como señalan Gete-Alonso y Calera, M.^a C/Solé i Resina, J., *Filiación y potestad parental... op. cit.*, p. 33.

(77)

Ya se habían mostrado partidarios de la nulidad absoluta del reconocimiento de complacencia, años antes de la citada resolución judicial, Gete-Alonso y Calera, M.^a C/Solé i Resina, J., *Filiación y potestad parental... op. cit.*, p. 36 ss. Por el contrario, comparte el criterio del Supremo, aunque no todos sus argumentos, Martínez de Aguirre y Aldaz, C., *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, Madrid, BOE/Dykinson/Colegio de Registradores, 2017, pp. 347 ss.

(78)

Esta es la vía que ve obvia en los ordenamientos de los Estados norteamericanos, con alusión a la mención neutral de *parent* en las hipótesis de la paternidad biológica de las personas trans, Minter, Sh. P., «Transgender Family Law»... *loc.cit.*, p. 413.

(79)

Disposición Final Primera de la Proposición de Ley Orgánica de igualdad social de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, de protección de la realidad trans y de no discriminación por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género o características sexuales. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos.

(80)

Artículo 17, rubricado «Derechos sexuales y reproductivos», dice en su párrafo primero: «Todas las personas, con independencia de su estado civil, orientación sexual, identidad o expresión de género o características sexuales, tendrán garantizado el derecho de acceso en igualdad de condiciones, tanto individualmente como en pareja, a las técnicas de reproducción asistidas en los centros hospitalarios públicos que cuenten con unidad de reproducción humana en todo el territorio nacional, en los términos previstos en la ley». Más circunscritos son los artículos 29.1 del Borrador trans del Ministerio de Igualdad y de la Proposición de Ley de los Grupos Parlamentarios Republicano y Plural, que se limitan a establecer «Las personas trans con capacidad para gestar podrán ser receptoras o usuarias de las técnicas de reproducción humana asistida en los términos previstos en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida».

(81)

La Proposición de Ley del Grupo Parlamentario de Ciudadanos propone la modificación del artículo 116 CC en el siguiente sentido: «Se presumen hijos del cónyuge o pareja de hecho no gestante los nacidos después de la celebración del matrimonio o del inicio de la convivencia y antes de los trescientos días siguientes al cese de la convivencia o al divorcio o separación legal o de hecho de los cónyuges». Por su parte, la Disposición Final Primera del Borrador LGTBI redacta el mismo artículo 116 con este tenor: seis

«Se presumen hijos del marido o cónyuge no gestante las personas nacidas después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges».

(82)

Lo que debería significar la derogación del vigente artículo 7.3 LTRHA, que establece un régimen especial y, probablemente discriminatorio, para la determinación de la maternidad a favor de la mujer casada con otra mujer, derogación que debería acompañarse de la extensión en los términos expresados del artículo 6.3. LTRHA.

(83)

Concepto muy arraigado en la tradición anglosajona, pero mucho menos en la nuestra. Rosenblum, D., «Unseximg Mothering ...», *loc. cit.*, p. 60.

(84)

Insisten en esta idea, Fontana, D./ Schoenbaum, N. «Unseximg Pregnacy», *Columbia Law Review*, vol. 119, 2019, pp. 1-60, quienes afirman que dismantelar los estereotipos después del nacimiento es demasiado poco, porque es demasiado tarde.

(85)

Insiste en esta necesidad, Nejaime, D., «The nature of Parenthood», *loc.cit.*, 2017, pp. 2264 y 2268 ss.

(86)

Rosenblum, D., «Unseximg Mothering...», *loc. cit.*, p. 72.

(87)

Como hace la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario de Ciudadanos cuando propone la reforma del artículo 119 CC con este tenor: «El progenitor que figure como gestante podrá ejercitar la acción de impugnación de la filiación justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo o de la hija».

(88)

En las familias monoparentales, cuya inmensa mayoría están sustentadas por mujeres que son madres, ambos roles, el de cuidado y el de obtención de recursos económicos son ejercidos por ellas.