

## Una visión de las propuestas de regulación del género de las personas físicas desde el Derecho internacional privado (1)

**Santiago Álvarez González**

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad de Santiago de Compostela

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

**LA LEY 7815/2021**

### Resumen

Este trabajo analiza las posibles opciones sobre la ley aplicable a la determinación del sexo/género de una persona. Se estudian los problemas clásicos que el sexo / género puede plantear en situaciones internacionales a la luz de varias propuestas normativas de diferentes grupos políticos españoles y del Ministerio de Igualdad del Gobierno de España. El análisis diferencia los casos en los que el sexo / género aparece singularmente como asunto principal, aquellos en los que aparece como un asunto vinculado al Registro Civil y aquellos en los que el género aparece vinculado a otro tema principal para el que el sexo / género es un presupuesto, condición o elemento relevante. Como asunto principal y a la luz de las soluciones sustantivas de las propuestas estudiadas, el autor propone la aplicación de la ley española a menos que el interesado opte por su ley personal (en este momento, su ley nacional). Como cuestión directamente vinculada al Registro Civil, el autor destaca la exclusividad de la normativa registral y las dificultades que puede plantear el registro de menciones de identidad sexual desconocidas por la normativa registral española. Como cuestión vinculada a otra cuestión principal, no se propone ninguna nueva norma a la que ahora parece regir el Derecho internacional privado español, aunque sí se alerta de los problemas de adaptación, que pueden gestionarse mediante transposición o no, y de la fuerte presencia del orden público si el sujeto se rige por una ley extranjera.

### Palabras clave

Determinación legal del sexo/género, Derecho internacional privado, propuestas legislativas.

### Abstract

This paper analyzes the possible options on the law applicable to gender determination. It studies the classic problems that gender can pose in international situations according to several regulatory proposals put forward by Spanish political groups and the Spanish Ministry of Equality. The analysis differentiates the cases in which gender appears singularly as the main issue, those in which it appears as a matter of civil registry, and those where gender appears linked to another main issue for which it may be a presupposition, condition or relevant element. As a main issue, and in light of the substantive policies of the proposals considered, the author proposes the application of Spanish law unless the interested person opts for their personal law (at this time, their national law). As a matter directly linked to the civil registry, the author highlights the sole competency and constraints of the Spanish registry regulations within the country and the difficulties that the registration of sexual identities not known by the Spanish registry regulations may pose. As a matter linked to a main question, no new rule is proposed to the one that now seems to govern the Spanish Private international law, although it is alerted to the problems of adaptation, these can be managed by means of transposition (or lack thereof), and the strong presence of public order if the subject is governed by a foreign law.

### Keywords

Legal determination of gender identity, private international law, Spanish legal drafts on the subject.

### I. Presentación

El propósito de las reflexiones que siguen es hablar del *sexo*. Probablemente pronto —en este mismo escrito— eliminaremos o relegaremos esta palabra y asumiremos una nomenclatura menos confortable, pero más coherente con lo que ya comienza a ser el presente y va a determinar el futuro: hablaremos de *género*, un concepto que tiende a emanciparse de la realidad meramente biológica de las personas, incorporando nuevas nociones como la de *identidad de género* o *expresión de género*, junto a otros aspectos que inevitablemente modifican o modificarán la tradicional esfera jurídica personal de cada individuo. De hecho, el título de mi contribución en este monográfico ya asume lo que es o será la forma propia de referirse a una cualidad intrínseca de la identidad de cada persona, definida por su sentimiento, más que por la biología (identidad sexual) o sus preferencias relacionales en términos de atracción (orientación sexual). Pero, por el momento, en esta presentación hablaremos del sexo de las personas en una dimensión internacional, para lo que utilizaré ambos significantes, o uno u otro, según el contexto, pues, aunque el futuro seguro que pivota sobre aquellas dos realidades (identidad y expresión de género), nuestro sistema jurídico del presente aún está presidido por una vinculación cierta entre el sexo físico y un reconocimiento por el Derecho, que sigue girando más sobre la identidad sexual que sobre la identidad de género.

Lo que a las siguientes páginas interesa es cómo el Derecho gestiona esta realidad, tanto en singular, como elemento fundamental de la identidad de un individuo, como en plural, en su función de elemento condicionante o determinante de la interacción de ese individuo en la sociedad, cuando los

contactos, las conexiones de la persona o personas de que se trate, se refieren a más de un ordenamiento jurídico. Cuando hablamos del sexo/género de extranjeros en España, del de españoles en el extranjero, de extranjeros en el extranjero..., cuando hablamos de tomar decisiones aquí sobre el sexo/género de una persona y esas decisiones pueden tener repercusiones allende nuestras fronteras o cuando tenemos que tomar decisiones aquí sobre las repercusiones de decisiones que se han tomado allende nuestras fronteras, entre otras situaciones imaginables. Adelanto ya que la dimensión relativa al reconocimiento de actos y o situaciones consolidadas en el extranjero tendrá una menor presencia en mis reflexiones, como consecuencia de que también es menor (o nula) su presencia en los textos e iniciativas legislativas que sirven de excusa a mi contribución (2) . También dedicaré, cómo no, un espacio a las realidades jurídicas en las que el sexo ha venido desempeñando un papel relevante, como presupuesto o como parte integrante de las mismas: nombre, filiación, matrimonio... Porque resulta que el sexo/género no se limita a la *intraesfera* personal, sino que el Derecho apareja consecuencias a las posibles distinciones que puedan hacerse sobre el mismo. No me referiré a otras realidades que exceden del ámbito del Derecho internacional privado (DIPr) como puedan ser las repercusiones en las llamadas políticas de género o en materia penal.

La exposición será meramente explicativa de situaciones y problemas y raramente acudirá a disquisiciones teóricas o doctrina novísima. No espere el lector ninguna construcción, sino un par de ideas ilustradas con algún que otro ejemplo. La razón es, como adelanté, que contamos en estos momentos con una serie de iniciativas legislativas en España, que esencialmente versan sobre la dimensión individual del género de las personas y sobre solo algunas de sus consecuencias. Y en ellas la dimensión internacional del problema tiene un tratamiento parcial. Algo que no extraña, ciertamente, en las novedades normativas que se generan últimamente en nuestro país, pero que invita a una advertencia general, más que a una construcción sesuda de lo que, por otro lado, aún no es casi nada y nunca se sabe si llegará a ser algo (3) . En todo caso, no privaré al lector de alguna propuesta.

A la problemática general e hipotética de lo que puede suponer la determinación del sexo de una persona, su reasignación o mero cambio, la existencia de un tercer o cuarto o ningún género (aquí me parece ya más apropiado el uso de género), más allá de los tradicionales masculino y femenino, etc., uniré una referencia menos hipotética, más real, a las citadas proposiciones o borradores de proyectos que están sobre la mesa en esta primavera de 2021. De hecho, bien pudiera decirse que todo es una gran introducción a lo que no sabemos si llegará a ser una realidad. Pero creo que el ejercicio es positivo, pues imaginar potenciales problemas del futuro es más eficaz que darse de bruces con los del presente.

En esta tarea, de forma didáctica, presentaré la diferencia entre los aspectos relativos a la determinación (legal) del género de las personas (algo, como veremos, ya muy vinculado a su libertad, al derecho al libre desarrollo de su personalidad, a su intimidad y su identidad), su eventual constancia registral y las consecuencias que ello puede derivar respecto de los aspectos a los que más atrás me he referido, aunque no concretamente por este orden. A continuación, echaré un vistazo a cuál es la situación actual y concluiré con el análisis de los aspectos más relevantes, desde un punto de vista internacional, que presentan borradores y propuestas. Advierto desde ya que la tarea no tiene ni un camino claro ni un final cierto. Se trata de un camino no muy transitado y su destino está por hacer, por lo que mis conclusiones serán más provisionales que nunca.

## **II. Los problemas clásicos sobre la problemática del género desde el Derecho internacional privado**

Con carácter previo pienso que puede ser interesante adelantar que la dimensión internacional de todos estos aspectos puede requerir respuestas singulares o una combinación de todas. Son cuestiones típicas de DIPr.

Un primer acercamiento, muy clásico, es pensar que cuando una persona se enfrenta a aspectos que tienen que ver con su sexo/género lo que hay que hacer es determinar qué puede hacer, qué posibilidades y límites tiene o cuál es su estatus de conformidad con una *concreta ley estatal*. Es, podemos decir, la pregunta más recurrente que suele plantearse desde el DIPr, aunque no sea necesariamente ni la primera ni la más importante.

Y el mismo método (consultar una ley estatal) podríamos utilizar, por ejemplo, cuando una persona quiera cambiar su nombre como consecuencia de un cambio de sexo/género. Es más, en estos casos, no existe duda de que así debe ser. Es decir, si una persona ha cambiado su sexo, *una ley* (la que sea) nos determinaría la admisibilidad del cambio de nombre, en su caso, las condiciones o requisitos, etc. Esta sería la opción, por ejemplo, del Convenio número 19, de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), relativo a la Ley aplicable a los nombres y los apellidos, hecho en Múnich el 5 de septiembre de 1980, que vincula a España y que nos dice que «*Los nombres y apellidos de una persona se determinarán por la ley del Estado del cual dicha persona sea nacional*» (art. 1) (4) . Pero también es la *opción normal* cuando hemos de abordar problemas jurídicos para los que el sexo de las personas se configura como presupuesto, condición o factor importante (filiación, matrimonio, —antes — también capacidad...).

Esta aproximación, que podríamos llamar conflictual (una norma de conflicto nos dice cuál es la ley, nacional o extranjera, que a su vez nos dice cuál es el sexo/género de una persona), es probablemente la que rige en España (5) , aunque pienso que no es indefectible y que, como veremos, es posible que no sea la más apropiada si las soluciones de los borradores y proposiciones llegan a traducirse en Derecho positivo. Sí lo es, sin duda, en lo atinente al cambio de nombre como consecuencia de un cambio de sexo/género o de cualquier otra circunstancia relevante, a la determinación de la filiación (en la que el género puede tener alguna relevancia) o a la celebración del matrimonio.

Esta forma de abordar los problemas relativos al sexo/género de las personas y a otras cuestiones vinculadas, como por ejemplo el nombre, viene precedida (o puede venir precedida) por una pregunta previa sobre cuándo una autoridad nacional puede recibir una expresión de género, o debe resolver una solicitud de cambio de sexo/género, de cambio de nombre, de cambio de menciones relativas al sexo presentes en documentos o registros públicos, u otras situaciones en las que su género se vea involucrado. Este segundo acercamiento a la cuestión que nos ocupa podría abordarse en *términos*

*domésticos*, por ejemplo a través de determinar la posibilidad de recurrir a procedimientos registrales (normas registrales) o judiciales (normas sobre competencia judicial internacional, que podrían superponerse o condicionar las anteriores, o no), o en *términos de cooperación internacional*, como establece el Convenio relativo a los cambios de apellidos y de nombres, hecho en Estambul el 4 de septiembre de 1958 (6) , cuyo artículo 2 dice que «Cada Estado contratante se obliga a no conceder cambios de apellidos o de nombres a los súbditos de otro Estado contratante, salvo en el caso de que fueren igualmente súbditos suyos». Estaríamos hablando de competencia judicial internacional o de competencia internacional de nuestras autoridades no judiciales o, despersonalizando la idea, de competencia del registro, u obligaciones gubernativas respecto de extranjeros, u otra forma que indica que *el ordenamiento jurídico español se ve interpelado* a decir algo sobre el sexo/género de una persona: un extranjero transexual se quiere casar ante una autoridad española, dos extranjeros del mismo sexo/género quieren adoptar a un menor desamparado en España, un extranjero inscrito en el Registro Civil español quiere cambiar de nombre para adaptarlo a su identidad de género, un extranjero le pide a la Dirección General de Policía que expida tarjeta de identidad de extranjero con la mención de un nombre propio adaptado a su identidad de género, etc. (7) . Este problema suele ser cronológicamente el primero que se plantea.

Esta necesidad, que puede estar más o menos cubierta por la previsión del legislador, es común a cualquier otro tema. No obstante, la identificación de todas estas situaciones cobra, a mi juicio, una especial importancia en la materia que nos ocupa, pues no puede descartarse que puedan suponer una *delimitación indirecta del ámbito de aplicación de la ley española*. Obviamente esto, que vendría rechazar —o restringir grandemente— el descrito modelo conflictual, no es más que una posibilidad sobre la que volveré más adelante. La idea que quiero reflejar en este momento tampoco es nueva. Es realmente vieja. Digamos, por simplificar, que hay problemas en los que la fungibilidad de los derechos nacionales y de las jurisdicciones es más visible que en otros. Algunos en los que el peso conjunto de la regulación se deposita en mayor medida en la identificación de la ley aplicable y otros en los que ese centro de gravedad gira sobre la determinación de la autoridad. Resuelto el tema de la autoridad competente no es que el problema de la ley aplicable desaparezca, sino que se simplifica a favor de la ley de dicha autoridad. Con muchos matices es lo que podemos observar en torno a las medidas de protección de menores. Identificada la autoridad competente, ésta vendría a aplicar de forma primaria su propia ley. Pues bien, pienso que este acercamiento o modelo puede ser idóneo en la materia que nos ocupa, en la medida en que la filosofía de borradores y proposiciones termine por cuajar en el Derecho positivo.

Un tercer tipo de problemas es el del reconocimiento. Podría y debería articularse un mecanismo para conceder eficacia a un cambio de sexo intervenido en el extranjero, bien a través de legislación interna (que podría ser registral o no), bien a través de cooperación internacional (8) . Hablaríamos de reconocer algo que ya existe en el extranjero sometiéndolo a determinadas condiciones que nuestro sistema impondría, sin necesidad de abordar el problema del género de una persona como si fuese la primera vez, recurriendo a una norma de conflicto o aplicando directamente las soluciones domésticas. Esta idea de reconocimiento o, más bien, aceptación (9) , es también una dimensión clásica del DIPr que, precisamente en relación con la esfera personal y familiar del individuo, está cobrando cada vez más y más protagonismo (10) como una alternativa a la dimensión conflictual a la que antes me he referido. La idea sería algo así como: no busquemos una ley aplicable para saber cuál es el sexo de esta persona, sino que aceptemos el sexo que tiene «reconocido» o consolidado o cristalizado (la terminología es tan imprecisa como el propio método) en el extranjero (realmente, por un ordenamiento jurídico extranjero). Como he citado, el Convenio relativo al reconocimiento de las resoluciones por las que se constata un cambio de sexo es una manifestación clara de esta dimensión, aunque a mi juicio contiene soluciones «fáciles» desde un punto de vista técnico, al contar precisamente con la preexistencia de una «resolución» (11) . Hoy, en la Unión Europea, el respeto de las libertades le proporciona una potencialidad que aún no ha desplegado, a mi juicio, toda su fuerza, pero que está llamada a hacerlo (12) . En todo caso, adelante que ni es un acercamiento lo suficientemente desarrollado: por ejemplo, ¿cuáles son las concretas condiciones del reconocimiento?; ni es suficiente para cubrir todas las hipótesis: por ejemplo, tras el reconocimiento/aceptación de un tercer sexo/género que una persona ha consolidado en el extranjero, ¿cuáles son los requisitos o condiciones para un nuevo cambio de sexo/género en España? (13) En definitiva, el método del reconocimiento puede desempeñar un papel importante pero no es una real alternativa al método conflictual (14) .

Por último, podría optarse por ver estos asuntos como una cuestión exclusiva de *atribución unilateral de derechos* por parte del ordenamiento jurídico estatal que delimite unilateralmente su ámbito de destinatarios y haga abstracción de lo que puedan establecer otras leyes extranjeras (15) . Es la variante unilateral de la conflictual a la que antes me refería. Como veremos, esta posibilidad es la preferida de las propuestas y borradores que analizaremos (aunque no sé si de forma consciente), y en otros sistemas ha sido utilizada como punto de partida para construir o proponer a partir de ella una opción conflictual (16) . Esta delimitación unilateral podría ser expresa, o derivar del carácter internacionalmente imperativo de las disposiciones nacionales sobre identidad de género y expresión de género, por ejemplo. En mi opinión, el importante soporte axiológico de alguna de las propuestas que analizaremos puede justificar esta aproximación, que, en todo caso, suele convivir con la aproximación conflictual, y que, como unos párrafos más atrás señalé, revitaliza la importancia de una delimitación de la competencia de nuestras autoridades para decidir.

### **III. El estado de cosas dividido en tres dimensiones: personal, relacional y registral**

#### **1. El sexo/género de las personas singularmente considerado: estado civil, simplemente estado, estatuto personal, estatuto individual...**

Tradicionalmente, la escasa atención que el Derecho sustantivo ha dedicado al sexo de las personas singularmente considerado (es decir, a saber, constatar, determinar o lo que sea, cuál es el sexo/género de una persona) se ha proyectado de igual manera sobre el DIPr (17) . El DIPr se preocupaba de cuál sería la mejor ley aplicable a la filiación natural o a la adopción, al nombre o a las condiciones para contraer matrimonio, pero la importancia que tales leyes dieran al sexo se resolvía en términos fácticos. Tampoco se preocupaba por el sexo singularmente considerado hasta, quizá, cuando comenzaron a ser naturales las situaciones de cambio de sexo. Ello, sin embargo, no significa que los

problemas que nos ocupan hayan estado ayunos de regulación, siquiera, inconsciente o durmiente.

Desde la primera perspectiva que adelantaba en el epígrafe anterior, la relativa a la ley aplicable, el sexo/género se ha venido construyendo (se constituye aún en la mayoría de los sistemas (18) , incluido el nuestro) como una *realidad binaria* que durante un tiempo ha formado parte integrante de una realidad, esta sí exclusivamente artificial, con cierto peso en la historia del Derecho, el *estado civil*. Aunque el variopinto contenido del estado civil (filiación, matrimonio, emancipación, nacionalidad, vecindad civil, sexo...) ha motivado que cada uno de estos elementos haya adquirido progresivamente una importancia singular e individualizada, es decir una cierta independencia dogmática —y práctica— respecto del envoltorio «estado civil», todavía existen manifestaciones de ese pegamento invisible (o no tanto) en torno al concepto de estado de la persona que perviven en algunas normas y que, a su vez, las condicionan. Una de ellas, en lo que a nosotros nos puede interesar en las presentes reflexiones, es la tradicional existencia de normas sobre la determinación de la ley aplicable al estado, al estado civil, al estatuto personal, a la persona, etc., en los sistemas estatales de DIPr. En el nuestro, por ejemplo, el artículo 9.1 CC establece que «*La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil*».

Cuando esta norma se dicta en 1974 había poca conciencia de que pudiera extenderse a la determinación del sexo de las personas, pero probablemente también pocas dudas al respecto si el tema se hubiera planteado. Más allá de una interpretación depurada de los conceptos de *capacidad, estado civil, derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte*, la solución contemplaba «el imperio de la ley nacional en todo lo concerniente a la persona y a las relaciones jurídicas donde tienen acogida los derechos inherentes a ella» (19) , por lo que, en general, se ha venido considerando que comprende aspectos tan heterogéneos como el comienzo y extinción de la personalidad, los derechos de la personalidad, el nombre de las personas físicas, la determinación y el cambio de sexo en particular (20) o el sexo en general (21) , u otros, asumiendo una amplia comprensión del llamado «estatuto personal».

Es posible que hoy podamos cuestionar esta relación y decir que el sexo/género de una persona es esencialmente una cuestión de identidad o, más descriptivamente, una circunstancia de la persona o, simplemente algo diferente, pues poco comparte con las otras realidades igualmente consideradas como parte integrante del estado civil (22) . Pero lo cierto es que ese pegamento al que me refería con anterioridad sigue teniendo una cierta presencia, alrededor de conceptos como su carácter indisponible de orden público interno y, potencialmente, de orden público internacional (23) , o su presencia en registros sustantivos (como el Registro Civil), y otros. Probablemente lo que esté en crisis no sea la clasificación del sexo como estado civil, sino el propio concepto de estado civil. Pero, en cualquier caso, el tratamiento del sexo de las personas físicas por el Derecho ha venido participando, probablemente de forma *durmiente* durante mucho tiempo, de un contexto similar al de esas otras realidades en tanto que estado civil, a pesar de su singularidad (24) .

Hoy creo que podría defenderse que *todavía* existe un cierto acuerdo doctrinal y de Derecho comparado en que todo lo relativo a la determinación del sexo/género de una persona lo determinará su ley nacional, o la ley de su residencia habitual u otra. En definitiva, una ley personal, tal como establece en nuestro sistema el mencionado artículo 9.1 CC, por ejemplo. Es una visión tradicional que vincula el sexo/género de una persona a una ley personal que presente un grado de estabilidad más o menos alto (25) .

Que, como regla, en Derecho comparado no haya (aún) calado la exigencia de una norma *específica* sobre ley aplicable al sexo, no significa que tal acercamiento no sea plausible (realmente, lo es), pero atestigua que el sexo/género de las personas ya (o siempre) ha estado regulado por normas de conflicto. En Alemania, por ejemplo, se considera aplicable por analogía la norma de conflicto prevista para la capacidad (art. 7 EGBGB), que vendría a ser la homóloga de nuestro art. 9.1 CC (26) . En otros sistemas, la primitiva ausencia de mención a estos temas en soluciones relativamente modernas se condujo a la aplicación de la solución prevista para el *estado civil*: el art. 35 ter del *Code belge de droit international privé* prevé que «*La reasignación sexual se regirá por la ley contemplada en el artículo 34.1, párrafo 1*» («...el estado y capacidad de una persona se regirá por su ley nacional»). Si bien a continuación establece que las prohibiciones de reasignación sexual previstas por la ley nacional no serán de aplicación (27) . Recientemente, en Suiza, la modificación del Código civil operada por ley de 18 de diciembre de 2020 (cuya entrada en vigor, aún por determinar, podría estar prevista para el 1 de enero de 2022) introduce un nuevo artículo 40a en su ley de Derecho internacional privado en el que se establece que «los artículos 37 a 40 se aplicarán por analogía al sexo de una persona». Dichos artículos son los relativos al *nombre* de las personas físicas, al *cambio de nombre* y a su inscripción en el registro civil.

Estos dos últimos ejemplos ilustran, a su vez, otras tantas ideas. Por un lado, la *singularidad* del problema del sexo/género: realmente no se considera que quede sujeto de forma natural a la norma de determinación de ley aplicable propia de las cuestiones de capacidad o estado civil; se trata de *algo distinto* a lo que se le aplica aquella norma de DIPr por analogía o remisión. Por otro lado, la *proximidad* entre ambos temas (capacidad/estado civil y sexo/género), al menos desde una perspectiva de ley aplicable. Realmente, en términos de calificación, bien podríamos decir a la luz de los ejemplos señalados que, en ausencia de una norma positiva específica que posibilitase una calificación específica, la *calificación funcional* de los problemas relativos al género habría de ser la vinculada al estado de la persona (28) .

Este probablemente sea el estado de la cuestión en lo que atañe a la dimensión individual del sexo/género de una persona. Un estado de la cuestión en el que el tema se resuelve de forma clásica y, en principio, neutra, en función de lo que determine una ley personal: en los tres ejemplos que he utilizado (español, alemán y belga) la ley nacional de la persona. Pero esto no tiene por qué ser necesariamente así.

Efectivamente, que una persona se sienta hombre, o mujer, o diverso, o ninguno de esos sentimientos, y que eso sea admitido o no por una ley con trascendencia en la esfera personal y familiar probablemente no modifique, en España y por ahora, el hecho de que estemos hablando en todos los casos de la aplicación del art. 9.1 CC y la ley nacional de esa persona. Pero, como adelanté, pienso que este tipo de respuesta conflictual ni es satisfactoria ni es suficiente, y que cada vez en mayor medida

va a estar excepcionada por la evolución imparable del Derecho sustantivo, cuyo ejemplo palpable son los borradores y proposiciones que nos ocupan, y por la también imparable impronta de los derechos humanos. Cuando un aspecto pasa de ser de libérrima regulación estatal a estar fortísimamente condicionado por el respeto a la vida personal y familiar, la dignidad de la persona, el libre desarrollo de su personalidad, la igualdad de trato... la vía conflictual clásica hace aguas (29) .

## **2. El sexo o el género como factor condicionante o determinante de otros aspectos vinculados a la esfera personal del individuo**

En el párrafo anterior he intentado poner de manifiesto que el tema del sexo/género de la persona *tiene ya* una regulación vinculada al llamado estatuto personal, del que quizá no se era consciente en el origen de las reglas que he citado y otras. No ocurre lo mismo con la dimensión que ahora quiero describir. Es posible que no se haya sido consciente de que existía una ley aplicable al sexo, pero siempre se ha sabido qué es lo que regula la norma de conflicto sobre, por ejemplo, filiación natural, la capacidad para contraer matrimonio, la filiación adoptiva... En la presentación he utilizado ya algunos ejemplos en los que el sexo es, o puede ser un presupuesto para otros aspectos directamente vinculados a la esfera personal o familiar del individuo. Por ejemplo —y esto es quizá lo más visible en los borradores y proposiciones de ley que nos sirven de referencia— para el *nombre de la persona* (hasta ahora, nombres significadamente masculinos o femeninos), o para el matrimonio de la persona (en el caso del matrimonio heterosexual, pero también para el matrimonio homosexual que parte de *dos hombres o dos mujeres*), o para la filiación de las personas (en este último caso, como una realidad de, al menos, dos, progenitor y descendiente, donde se suele hablar de *paternidad o maternidad* como la relación entre un padre o una madre y sus hijos).

Cualquiera que sea la aproximación o el modelo que sigamos para saber en términos jurídicos cuál es el sexo de una persona (bien directamente, o bien a través de su ley nacional como hemos visto en el anterior epígrafe, o de cualquier otra forma), es necesario volver a recordar que estas otras cuestiones suelen tener «su propio régimen jurídico», su propia ley aplicable, en la que el presupuesto del sexo puede quedar subsumido, o no, pues eso es precisamente lo que nos podemos cuestionar: si la ley aplicable a la filiación, por ejemplo, determina la cualidad de «madre» o de «padre» de un progenitor transexual, o si eso se determina por otra ley —por ejemplo, la ley nacional del padre/madre—, o de otra forma —por ejemplo, directamente por la legislación del Registro Civil (30) —. Si la ley aplicable al nombre, por ejemplo, determina o no el sexo como un presupuesto de qué nombre propio puede llevar una persona o si esa cuestión viene determinada por otra ley, o de otra forma.

Esta separación posible entre el régimen de determinación legal del género y sus potenciales consecuencias puede generar fricciones cuando uno y otras están reguladas por ordenamientos jurídicos distintos, aunque no solo en estos casos. También las generará cuando, en temas tan sensibles, las concepciones de las leyes aplicables y nuestras propias concepciones (las concepciones del foro) estén insoportablemente alejadas. Los borradores se centran fundamentalmente en la primera dimensión: cuál es el género de una persona, qué papel tiene la persona en su determinación (prácticamente todo) y cómo se manifiesta externamente a través de menciones en registros y documentos. También se refieren al nombre de la persona en relación al cambio de sexo (cambio de nombre como consecuencia de un cambio de sexo) o, a veces, simplemente a su identidad y expresión de sexo (cambio de nombre sin necesidad de un cambio de sexo para adaptarlo a la identidad de sexo). Son las cuestiones más mediáticas y las que más interesan a sus proponentes. Y la nueva regulación (cada borrador o proposición a su manera) considera el tema del nombre como una especie de consecuencia necesaria o potencial del género. Pero las implicaciones son mucho más plurales.

Tales propuestas y borradores no modifican el artículo 9.1 CC sobre ley aplicable al estado civil, en los términos vistos en el epígrafe anterior; ni el artículo 9.4 CC sobre ley aplicable a la determinación de la filiación, por más que en alguno de ellos se incorporan normas sobre —al menos— la constancia de la paternidad, maternidad o «adrenidad», si se me permite el palabro que construyo a partir del palabro original (31) , o cambios terminológicos significativos en la regulación sustantiva de la filiación en el Código civil (32) . Tampoco contemplan reglas sobre las condiciones para contraer matrimonio. Ni, obviamente, pueden modificar el contenido de los convenios sobre reconocimiento de los cambios de sexo o sobre nombre y apellidos de las personas físicas; ni el Convenio de La Haya sobre adopción (33) , cuya aplicación a la adopción por dos personas del *mismo sexo* puede ser legítimamente discutida (34) ; ni el Reglamento europeo sobre sucesiones, que puede conducir a la aplicación de una ley en la que el sexo de los beneficiarios pueda ser relevante... ni tantas otras normas que de forma indirecta hacen que nos preguntemos por el sexo o el género de una persona para derivar algún tipo de consecuencia jurídica. No se vea esta descripción como una crítica mordaz. En algunos de estos casos, el legislador español no tiene nada que decir, aunque la impresión es que tampoco ha tenido imaginación para imaginar (35) .

Ilustraré estas fricciones a las que me he referido, y que este panorama puede suscitar, con tres ejemplos simples. Uno relativo al nombre de las personas físicas, donde realmente no se produce conflicto alguno, debido a la heterodoxia de la solución positiva (y a la casualidad); otro a la filiación y otro al matrimonio. A ellos sumaré un muy reciente y significativo caso real extraído de la práctica judicial alemana.

En lo que atañe al nombre, ya anteriormente ejemplifiqué con la primera regla del artículo 1 del Convenio de Múnich para poner de manifiesto, simplemente, que el nombre de una persona física se rige por su ley nacional. El texto completo de aquel precepto es el siguiente:

«Los nombres y apellidos de una persona se determinarán por la ley del Estado del cual dicha persona sea nacional. *Sólo a este efecto, las situaciones de que dependan los nombres y apellidos se apreciarán según la ley de dicho Estado.*».

Me interesa ahora poner el acento en la proposición resaltada en cursiva. La segunda frase hace alusión a lo que en DIPr se denomina «cuestión previa» y que, contrariamente a lo que resulta más habitual (36) , este Convenio resuelve aplicando la misma ley que regula el nombre. Esto significa, por ejemplo, que en España el nombre y apellidos de un italiano que resida en nuestro país se regirá por la ley italiana y que esa misma ley determinará, por ejemplo, la filiación del interesado, si está en cuestión su filiación a los efectos de determinar el o los apellidos que ha de ostentar... y *la ley italiana*

determinará también el sexo del interesado si está en cuestión su sexo a los efectos del nombre propio que puede ostentar. La ley italiana determinará, pues, si tiene que haber correlación entre sexo/género de la persona y género del nombre (nombre masculino, femenino o neutro) (37) y también, a estos solos efectos, el propio sexo/género de la persona. Como he señalado, no es esta solución la más extendida con carácter general para la solución de las cuestiones previas. En España (38) se suele defender que cada singular aspecto (en este caso nombre por un lado y sexo/género por otro) se rijan por su propia ley y que esa ley venga definida por las normas de conflicto del foro (incluyendo las de origen europeo o internacional). De no existir la regla segunda del artículo 1 del Convenio citado, el nombre se regularía por la ley nacional, mientras que el sexo de la persona se regularía por el artículo 9.1 CC. Sí, en este caso la solución última no cambiaría, aunque sí el camino: en vez partir del Convenio para ambos aspectos, aplicaríamos la ley italiana a dos títulos distintos.

Vayamos con el ejemplo de la filiación. En España, la filiación de una persona se rige, en principio, por la ley de su residencia habitual (39). Imaginemos a una mujer transexual española cuyos gametos masculinos han servido para procrear, junto a su esposa gestante, un hijo nacido en Francia (o en el Reino Unido o en Alemania). E imaginemos que a la hora de inscribir en el Registro Civil el nacimiento y la filiación pretende aparecer como *madre*, pues al fin y al cabo es un progenitor, genéticamente masculino, pero de sexo femenino. Lo cierto es que el hecho de ser mujer desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico (incluso desde el punto de vista del ordenamiento francés) no necesariamente tendrá como consecuencia que en la forma de constar la filiación del hijo aparezca como *madre*. De acuerdo con la ley francesa aplicable a la filiación debería aparecer como *padre* (40). Recordemos que, de prosperar la Proposición de ley de los Grupos Republicano/Plural, la mención en este caso sería la de «madre», solicitada por la madre que aportó los gametos masculinos, siempre, claro está, que consideráramos aplicable la ley española (41). Aunque, precisamente, lo que nos cuestionamos es cuál es la ley aplicable, y al respecto auguro que la *vis atractiva* de la normativa registral probablemente determine que la mención inscrita sea la de *madre*. Volveré sobre esta idea en el siguiente epígrafe. Lo que ahora me interesa es poner de manifiesto la potencial discrepancia entre la ley rectora de la filiación y la rectora del género de uno de los progenitores (cualquiera que fuere, y a la que se puede unir la del Registro Civil en el caso de que esté en cuestión la inscripción).

El ejemplo del matrimonio no precisa ser imaginativo, pues fue uno de los primeros síntomas de que la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (42), había omitido (como es costumbre) la regulación de los aspectos internacionales. El nuevo artículo 44 del Código civil anunciaba ufano la posibilidad de que en el matrimonio ambos contrayentes fuesen del mismo sexo con igualdad de requisitos y efectos. ¿También cuando uno de ellos o ambos fuesen extranjeros? ¿Con independencia de que su o sus leyes nacionales no contemplasen tal posibilidad de la misma manera? Obviamente, la duda teórica no tardó más que unos pocos días en convertirse en una práctica heterogénea que obligó a actuar a los poderes públicos. La respuesta no la dio desgraciadamente una norma legal, sino (como es costumbre) una Resolución Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 (43), que resolvió el problema señalando que, cuando una autoridad española posea competencia para la celebración del matrimonio, éste se podrá celebrar con independencia del sexo de los contrayentes y con independencia de su nacionalidad. Problema resuelto a costa de obviar o retorcer o manipular el sistema de DIPr (44). Aquí el problema no radica en la determinación del sexo/género, sino en cómo se integran consecuencias de la distinta concepción que puedan tener dos leyes de una institución, el matrimonio, en relación a uno de sus presupuestos: el género de los contrayentes. En lo que ahora interesa, el caso es que los problemas resueltos en términos de homosexualidad pueden reaparecer en términos de la trascendencia de un tercer sexo.

Es cierto que el progresivo reconocimiento del matrimonio entre dos personas del mismo sexo, debería conducir de forma natural a la concepción del matrimonio como la unión entre dos (o más) personas con independencia de su sexo (45). Pero lo cierto es que, en sentido estricto, el matrimonio homosexual en España sigue partiendo de la existencia de dos sexos. Se sigue considerando formalmente como la unión entre un hombre y una mujer, dos hombres o dos mujeres. Esta circunstancia puede plantear problemas en relación con el reconocimiento de un tercer sexo. Recordemos la base constitucional: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» y nuestro art. 44 CC, poniendo el énfasis en el primer párrafo en «el hombre y la mujer», ciertamente matizado por el segundo, que habla de «contrayentes [que] sean del mismo o de diferente sexo».

La cuestión existe. Y aunque pienso que la carga constitucional (hombre y mujer) es irrelevante y que en los casos internacionales en los que resulte de aplicación la ley española, la adaptación de un tercer sexo no habría de plantear mayores problemas (46) no puedo descartar lo contrario.

Por último, el ejemplo reciente y real de esta concurrencia normativa nos lo proporciona la Sentencia *Kammergericht* de 12 de enero de 2021 (47), que resolvió que un *transexual austriaco de mujer a hombre*, cuyo nombre había sido cambiado en Austria y cuyo género había sido corregido en el Registro Central del Estado Civil austriaco, debía ser considerado, en sentido legal, la *madre* del niño que parió en Alemania, e inscribirse en el Registro Civil alemán como la *madre* del niño con su nombre actual (masculino) y el género «masculino».

La embajada de Austria había facilitado un documento de nacimiento como Madre/Progenitor y su nombre masculino, mientras que su esposo de nacionalidad alemana, el padre genético del nacido, aparecía como Padre/Progenitor. En un primer momento, en el Registro Civil alemán se inscribió el nacimiento figurando el progenitor austriaco —gestante y paridor— como «*madre*», con sexo femenino y con nombre igualmente femenino. Los interesados (ambos cónyuges y —también formalmente— el hijo) solicitaron que apareciese el «nombre actual» masculino y dentro de lo posible las menciones de «progenitor1» o bien «padre 1». El resultado señalado al que llegó el *Kammergericht* se basó en la aplicación conjunta de la ley austriaca al nombre del interesado, como consecuencia de la norma de conflicto alemana relativa al nombre de las personas físicas (48), lo que conducía al nuevo nombre masculino reconocido por el derecho austriaco; la aplicación de la ley austriaca al sexo, esta vez en virtud del art. 7 EGBGB (49), que conducía a la aceptación del nuevo sexo masculino; y en la ley aplicable a la filiación (50), según la cual, el *Kammergericht* consultó tanto la ley alemana de la residencia habitual del hijo como la austriaca de la nacionalidad de la madre/padre. Ambas conducían al mismo resultado: debía figurar como «madre».

De este ejemplo no me interesa tanto el resultado concreto (madre de sexo y nombre masculinos) cuanto el procedimiento. Primero destacaría que la solución huyó del método del reconocimiento al que más atrás hice alusión (51). La solución final fue la misma, pero a través de un acercamiento distinto: un acercamiento *conflictual* basado en *tres leyes potencialmente aplicables*, la ley aplicable al nombre, la ley aplicable a la determinación del sexo y la ley aplicable a la filiación, que al final fueron dos, pero que pudieron haber sido tres (imaginemos que los interesados tuviesen una residencia habitual en Ibiza). Y algo fundamental: cualquiera de las aproximaciones posibles se habría visto favorecida en este caso por el hecho de que las menciones pretendidas eran perfectamente posibles desde el punto de vista del *Registro Civil* alemán.

Todos estos ejemplos, hipotéticos y real, son viva muestra de que tomar decisiones legislativas sobre el sexo/género de las personas no tiene la misma trascendencia que cambiar un plazo para hacer la declaración de la renta. Los ejemplos de los que me he ayudado ponen de manifiesto la fuerza expansiva de tales decisiones sobre otros aspectos del Derecho de la persona o de la familia (52), pero incluso al margen de estos aspectos, para los que el sexo/género puede ser una cuestión previa, la mera confrontación entre una ley extranjera aplicable al sexo/género y el *Registro Civil* ya puede plantear problemas de desajuste de importancia: ¿cómo se inscribe en el Registro Civil español un niño alemán nacido en España cuya ley nacional le permite constar como «divers» (53) cuando ello, a mi juicio, no es contrario al orden público, pero cuando la normativa del Registro Civil sólo contempla las menciones de «varón» o «mujer»? (54)

### 3. Las exigencias del Registro Civil

Estado civil o identidad o demás circunstancias de la persona (55) (el sexo y el cambio de sexo, entre ellas) y Registro Civil (procedimientos registrales de cambio de sexo, o mera constancia del sexo de la persona en el Registro Civil) son dos dimensiones que no necesariamente van siempre unidas, pero que lo hacen frecuentemente. Son visiones o aproximaciones clásicas, a veces —no siempre— complementarias y, como veremos, mientras que la primera (ley aplicable al sexo/género o aceptación de un determinado sexo/género) pienso que cada vez deberá tener menos presencia directa sobre la determinación del género de las personas, la segunda, la dimensión «registral», sigue siendo capital y, a mi juicio, un tanto perturbadora de un tratamiento coherente del género como elemento esencial de la esfera personal del individuo vinculada a derechos los fundamentales tantas veces citados. Ambos planos deben separarse convenientemente, al menos para entender sus peculiaridades y los puntos de intersección.

El Registro Civil es competencia exclusiva de cada Estado. Cada Estado posee competencia exclusiva sobre su existencia, su estructura, su contenido, su alcance y, uno de los extremos que más nos va a interesar, las menciones concretas que puedan aparecer en él y las que no. Y esta organización suele ser (lo lógico es que lo sea) una traslación formal (subrayo el calificativo) de lo que contempla su Derecho sustantivo. O, dicho de otra forma, la regulación del sexo/género, los presupuestos de su determinación o cambio, la terminología que a él se asocie por el Derecho en un determinado sistema, tendrá que tener su traslación allí donde el Registro Civil exista y tales hechos o circunstancias sean inscribibles. En los sistemas binarios, si el Derecho sustantivo sólo prevé dos sexos, masculino y femenino, lo más normal es que en el Registro Civil sólo quepan ambas posibilidades, y no una tercera que, hipotéticamente pudiera prever un Derecho extranjero aplicable al estado civil de un extranjero en virtud de aquella norma de conflicto aludida o del simple reconocimiento de tal (56). Pero incluso aunque el registro pudiera prever alternativas no contempladas en su referente primario (propio Derecho sustantivo), dichas alternativas podrían ser un freno real a la recepción de realidades jurídicas distintas contempladas por otros sistemas. No hay, por ejemplo, una correlación necesaria entre aceptar un tercer sexo/género no contemplado por la ley del foro (y sí por una ley extranjera), o un cambio de sexo por mera declaración de voluntad no contemplado por la ley del foro (y sí por una ley extranjera) y aceptar paralelamente su constancia registral. Porque uno es hombre, mujer u otra condición con independencia de que conste así en el Registro Civil. Esta cierta resignación a la exclusividad de la organización del Registro Civil ha estado presente incluso en la doctrina del TEDH sobre este tema (57). Y es un punto de partida difícilmente evitable. Antes me he referido a la *vis atractiva* de la legislación registral. Pero abordar todo lo relativo a la identidad de género, expresión de género o cambio de sexo desde la exclusiva perspectiva registral, o hacer depender estos aspectos de la realidad registral sí puede afectar directamente a derechos humanos.

Me permitiré recurrir de nuevo al TEDH para ilustrar lo problemático que puede ser coordinar dimensión personal y dimensión registral. El caso *Rana v. Hungría* (58) es suficientemente ilustrativo de los peligros de una visión de reconocimiento de derechos limitada a los procedimientos vinculados al Registro Civil. En este caso el TEDH consideró que Hungría había violado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al no acceder al cambio de sexo y nombre de un refugiado transexual iraní por el solo motivo de que el procedimiento interno solo lo contemplaba para el caso de solicitantes inscritos en el Registro Civil. El tribunal constitucional húngaro ya había constatado la existencia de una laguna legal en relación con el procedimiento para el cambio de nombre de los extranjeros, incluyendo aquellos cuyo país de origen no les permitía tal procedimiento, remitiendo al legislador la tarea de colmar dicha laguna. El legislador estatal no lo hizo. El TEDH declaró la violación del Convenio (59).

Volveré más adelante sobre las implicaciones y los peligros de un cierto «registrocentrismo», si se me permite la licencia lingüística, al abordar estos temas.

### 4. Matizaciones a las consecuencias nocivas del conflicto de leyes: el orden público

Ciertamente, he planteado unos posibles conflictos de leyes que admiten más soluciones o unas soluciones distintas a las que he descrito; mi propósito era, y es, ejemplificar. El caso del matrimonio es paradigmático: la DGRN reaccionó ante los resultados potencialmente contrarios a la filosofía de la reforma de 2005 a los que podía conducir una *aplicación normal de la ley nacional del conyugado extranjero* a su capacidad, aptitud, o comoquiera que entonces se calificase para casarse con una persona de su mismo sexo. Había que aplicar a toda costa la ley española. Y a tales efectos una de las actuaciones era eludir, por ejemplo, la aplicación del citado artículo 9.1 CC o sus resultados: bien por métodos ortodoxos, como considerar que la ley extranjera que no permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo era contraria al orden público español; bien por métodos más

«imaginativos», como plantearse una inconstitucionalidad parcial del art. 9.1 CC, la existencia de una laguna axiológica, o considerar que esa aptitud matrimonial basada en el sexo no tenía nada que ver con el estado civil (60).

También en materia de nombre o de filiación podemos echar mano del orden público. No de forma burda, como lo hizo la DGRN en relación con la celebración de matrimonio. Pero sí valorando si los efectos de aplicar las soluciones de la ley extranjera son compatibles con los principios superiores que gobiernan nuestras soluciones. Pienso que, por ejemplo, una ley extranjera que no permita cambiar de nombre a una persona que ha cambiado legítimamente de sexo/género en nuestro país, para adaptar el nombre a su nuevo sexo, es contraria a nuestro orden público. No se aplica y punto. La excepción de orden público en esta materia puede ser, si se me permite el juego de palabras, poco excepcional. A pesar de lo cual creo que es preciso resaltar una dimensión particular: el balance entre los derechos de la persona de cuyo sexo/género se trata y los de las personas de su entorno a las que puede afectar.

Efectivamente, la intervención del orden público a partir de visiones tan liberales como las que proponen borradores y propuestas no es tan evidente cuando podemos estar ante una confrontación similar de valores. Por ejemplo, no veo clara la situación en la que la ley extranjera (aplicable a la filiación) no admita el cambio del «título» personal de filiación paterna/materna, cuando la ley española sí lo haga. En este caso, como en la citada sentencia británica se reflejaba (61), además de la identidad y/o expresión de género del padre o madre (con cambio o no en el extranjero) está involucrada también (cuando no de forma principal) la filiación del hijo: el derecho a su identidad y al libre desarrollo de su personalidad. Una persona que, en los casos de cambio de sexo y nombre de uno de los progenitores posterior a su nacimiento, pasaría de ser hijo de su madre, Pepita Pérez, y su padre, Pepito Pérez, a serlo de su madre, Pepita Pérez, y su madre/padre/ o lo que fuere, Josefa Pérez.

Creo que, en un ámbito parcialmente distinto, cambio de sexo, matrimonio (filiación) y nombre, la Sentencia TEDH de 16 de julio de 2014, *Hämäläinen* contra Finlandia (62) puede ser aleccionadora: el cónyuge que cambió de sexo tras unos años de matrimonio del que nació una hija no podía cambiar su número de identidad «masculino» por otro «femenino» sin el consentimiento de su esposa, de conformidad con la ley finesa (los interesados tampoco querían convertir el matrimonio en pareja registrada). Ciertamente el TEDH no basó su decisión final de *no violación* del derecho a la vida personal y familiar en las relaciones bilaterales entre la demandante y su mujer y su hija, pero sí estuvo muy presente la situación de ambas (puntos 82 y 86) en relación con la solicitud.

Volviendo al ejemplo de la inscripción de nacimiento, sí pienso que una prohibición potencial de la ley extranjera en relación con el concepto del progenitor (madre, padre u otro) sobre la inscripción del recién nacido podría no ser compatible con el orden público de un Derecho del foro que sí lo permitiera: no encuentro en este caso el contrapeso en los intereses de una persona que acaba de nacer. Recordemos la hipótesis: la ley extranjera aplicable a la filiación no permite la constancia como «madre» (o «padre») de conformidad con el nuevo sexo del progenitor y la ley del foro (la española por hipótesis) sí. La ley extranjera podría considerarse contraria al orden público español sin ningún tipo de contrapeso basado en la intimidad (e identidad) del *recién nacido*.

En todo caso, de prosperar la filosofía de borradores y proposiciones, lo que sí creo es que, aparte de esta dimensión de ponderación de derechos de las personas implicadas, el orden público llegaría a ser más ejecutivo, menos sujeto a matizaciones clásicas, como la necesidad de un vínculo más o menos relevante con España, o como la idea de orden público atenuado que permitiera aceptar regulaciones extranjeras menos respetuosas con los derechos reconocidos. No veo cómo aceptar una ley extranjera que no permita la autodeterminación de género cuando aquí la reconozcamos como consecuencia inmediata del libre desarrollo de la personalidad *porque la situación no tenga un contacto suficiente con nuestro ordenamiento jurídico*. El mero hecho de que tengamos que decidir debería ser suficiente para rechazarla.

#### **IV. La atención de la ley española a las situaciones internacionales y la «registrodependencia»**

Como he adelantado, la normativa española sobre el tema que nos ocupa está muy condicionada, incluso creo que podría decirse contaminada, por la legislación del Registro Civil y por sus exigencias. Es una tendencia que he denunciado en numerosas ocasiones respecto de otros temas (adopción internacional, gestación por sustitución, régimen de apellidos...), que demuestra una cierta miopía y que no es exclusiva de la problemática relativa al género de las personas, sino que, en general, afecta a numerosos aspectos que pueden ser objeto de inscripción o anotación en el Registro Civil. De entre los supuestos que he citado, creo que la situación de la gestación por sustitución es buena prueba. El *registrocentrismo* al que me he referido con anterioridad no permite ver que la filiación existe más allá del Registro Civil. Que en realidad soy hijo de mi padre, aunque no esté inscrito. Y por referirme al tema que nos ocupa, que soy varón o mujer (o lo que sea) con independencia de que así conste o no en el Registro Civil (o lo era).

Ahora bien, en este proceso de liberación del género respecto de la biología parecería perfectamente asumible que el género se haga depender de su inscripción en el registro, declarando esta inscripción como *constitutiva* (63). Así lo prevé, por ejemplo, el artículo 5 de la Ley 3/2007 y alguno de los borradores y proposiciones que analizaré someramente más adelante (64). Adelantando mi opinión, esta regla no me parece muy coherente con la filosofía general de las reformas, que parten de que la identidad de género es un sentimiento y la expresión de género una manifestación externa de ese sentimiento. Si se me permite la simplificación, con su formulación actual, las propuestas defenderían que uno es lo que siente (por libertad, por dignidad, por libre desarrollo de la personalidad), pero no lo es hasta que no se inscribe en el registro lo que siente. Raro. Y vuelvo a repetir que mi valoración se limita estrictamente a la coherencia de las propuestas y no la una visión global de la problemática, donde, sin duda, algún tipo de seguridad jurídica para las personas primariamente interesadas y para terceros debe imperar.

En todo caso, lo cierto es que esta tendencia a construir una regulación en torno al Registro Civil tiene indudable importancia, puesto que, en cierto modo, determina hasta donde quiere el legislador que lleguen sus normas. Es una implícita (y, añadido, inconsciente (65)) decisión sobre el ámbito de aplicación de nuestras soluciones normativas. Por ejemplo, construir la regulación de nuevos derechos

o de su ejercicio en torno al registro civil implica limitarlos a los casos que realmente pueden acceder al Registro Civil. La LRC de 1957 los limitaba a «los hechos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros» (66) . Solución que con muy ligeras matizaciones recoge la LRC 2011 (67) . En el tema que nos ocupa, este punto de partida impondría una necesaria valoración de lo que se ha de considerar hecho inscribible en el caso de las personas extranjeras para determinar si accede o no al registro: ¿lo es que un extranjero le pida a la autoridad competente el cambio de nombre en su documentación para adecuarlo a su identidad de género? ¿O esto juega en una «segunda división»: la de la documentación ordinaria? ¿Y es lo mismo que el extranjero esté inscrito en el Registro Civil español qué que no lo esté?

La actual Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la *rectificación registral* de la mención relativa al sexo de las personas lleva implícita en su título esta limitación, amén de otras, derivadas del momento en que se dictó (68) . Y, además, la limitación se recrudescer cuando en su artículo 1 restringe su alcance a los transexuales *de nacionalidad española*, mayores de edad y con capacidad suficiente. Aunque el requisito de la mayoría de edad fue objeto de censura por el Tribunal Constitucional para los casos de los menores de edad con «suficiente madurez» y en una «situación estable de transexualidad» (69) , la exclusión de los extranjeros sigue estando vigente. Una situación que, por otro lado, apenas tuvo una presencia en la tramitación parlamentaria, más orientada a cuestiones de identificación documental que a la tutela de derechos fundamentales y, en todo caso, sin reflejo en el texto final (70) . Ni siquiera la ilegal Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales (71) , que había modificado *de facto* las exigencias del artículo 1 (en lo atinente a los menores) y 4 de la Ley, dijo nada sobre los extranjeros (72) . Estos tendrán que seguir recurriendo al peregrinaje judicial. No alcanzo a ver la razón. Entre nosotros se ha justificado sobre la base de una «competencia exclusiva» que posee cada Estado para hacer constar los datos relativos a sus correspondientes nacionales en sus Registros Civiles (73) . Tal competencia exclusiva, simplemente, no existe. En el Registro Civil español constan datos relativos a extranjeros y en registros civiles extranjeros constan datos relativos a españoles, sin ningún problema. Cosa distinta es que, como más atrás señalé, cada Estado posee competencia exclusiva sobre su Registro Civil.

Una exclusión similar, aunque de menor intensidad (74) , estaba prevista por los §§ 1 y 8 de la Ley alemana sobre el cambio de nombre y la determinación de la pertenencia sexual en especiales casos (*Transsexuellengesetz-TSG*) y ya había sido declarada inconstitucional poco tiempo antes de la promulgación de nuestra Ley 3/2007 por el Tribunal Constitucional alemán, sobre la base de un razonamiento que pienso que puede ser en parte trasladable a la normativa española actual (75) . Condicionar la concesión del cambio de sexo y nombre a una determinada vinculación de la persona con el foro (en nuestro caso, con España) vulneraría, según el Tribunal Constitucional alemán, el principio de igualdad de todas las personas ante la ley, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la obligación de proteger la dignidad humana como derecho intangible (76) .

En pocas palabras, la Ley 3/2007, anticuada por otros múltiples motivos, ha mantenido una restricción de su ámbito personal de aplicación a nacionales españoles (que por definición tienen que estar inscritos en el Registro Civil). Su naturaleza registral excluía ya a los extranjeros no inscritos, pero su doble restricción también excluye, por ejemplo, a extranjeros transexuales nacidos en España e inscritos en nuestro Registro Civil. Algo incomprensible que no se sostiene, aunque éstos tengan abierta la vía judicial.

## **V. La regulación de las proposiciones y los borradores**

### **1. Planteamiento: el coste del pionero**

En estos momentos, España se encuadra dentro de los países en los que el sexo de las personas obedece a un sistema binario mujer/hombre, aunque alguna de las propuestas que hay sobre la mesa parece que aboga por modificar tal situación. Tanto los borradores como la Proposición de Ciudadanos no abren el abanico a un género distinto del masculino y el femenino. Todos se esfuerzan, más bien, en cómo determinarlos o, mejor, en el derecho de la persona a su identidad de género y *a su libre expresión de género*: la persona decide si es varón o mujer, con independencia de cualquier otro factor distinto a su sentimiento y a su expresión, pero no ningún otro género, salvo que consideremos que el *no género* es un tercer género (que es una posibilidad). En este último sentido, la mención de su género en el Registro Civil podrá quedar en blanco, en el caso *de las personas intersexuales*, bien con carácter indefinido (77) , bien durante el plazo de un año (78) . Dando un paso más, la Propuesta de los grupos Republicano/Plural prevé que la mención de sexo registral «podrá ser elegida entre una de las cuatro opciones: hombre, mujer, *no binaria* o se podrá dejar en blanco» (79) . En el caso de esta Proposición, la posibilidad de dejar en blanco la mención del sexo no se limita (como en las propuestas anteriores) a las personas intersexuales.

Ciertamente, estas posibilidades se circunscriben a la inscripción en el Registro Civil, algo que, como adelanté más atrás y desarrollaré a continuación, plantea algunas cuestiones no suficientemente asimiladas, como el excesivo protagonismo del registro en un tema que sin duda va más allá. Pero lo cierto es que podría defenderse que, si se reconoce una inscripción *no binaria* de sexo/género, se está reconociendo un tercer sexo/género.

Como he señalado, los mayores o menores problemas que la determinación del género puede provocar en la vida internacional de las personas dependen de las soluciones particulares de cada sistema y su mayor o menor similitud con los demás sistemas. Si, por simplificar, reducimos tales problemas a las dimensiones «exportadora» e «importadora» de situación o calificación jurídica, podríamos concluir que, en la actualidad, las soluciones sustantivas más abiertas, más flexibles y amplias serán más difícilmente exportables (importables por otros sistemas) que las contrarias. Por ejemplo, las que separan de forma absoluta la correlación biología/género, permiten una determinación del género de la persona en función de su mera voluntad y la posibilidad de optar entre una variedad de géneros (masculino, femenino, diverso, no género...) serán menos propensas a poder tener una eficacia internacional que las que se limiten al tradicional sistema binario.

Y, además, tales posiciones más abiertas, más flexibles y más amplias no necesariamente serán más receptivas a las soluciones más tradicionales o menos «aperturistas» de otros sistemas. De nuevo me

permitiré recurrir al ejemplo del matrimonio homosexual para ilustrar esta idea. Cuando en España se reconoció el derecho a que dos hombres o dos mujeres contrajeran matrimonio entre sí, la posibilidad de que ese matrimonio tuviera plenos efectos en otros países era sensiblemente menor que hoy, cuando ya muchos más sistemas reconocen tales derechos (80). Pero, como hemos visto más atrás, la recepción de leyes extranjeras que no admitían dicho matrimonio pronto se consideró que chocaba con el orden público español. Los derechos humanos que estaban detrás de la nueva regulación de 2005 eran demasiado intensos para admitir matizaciones. Con otras palabras, ser pionero jurídico puede levantar muros en una doble dirección: nuestros productos jurídicos tendrán (al menos durante un tiempo) menos recorrido internacional y también tendrán menos posibilidades de ser recibidos por nosotros los productos jurídicos extranjeros: las leyes potencialmente llamadas a ser aplicadas (81). Obviamente, la contrapartida en términos de reconocimiento de derechos puede merecer la pena.

Algo parecido puede suceder con la determinación del género. La libre expresión de género que, en su caso, llegue a admitir nuestra ley, por ejemplo, quizá no sea eficaz para el ordenamiento jurídico extranjero con el que la persona interesada esté estrechamente vinculada (por su nacionalidad, por su residencia habitual, o por cualquier otra circunstancia). Y de igual manera, la aplicación de esas mismas leyes extranjeras estrechamente vinculadas con la persona, que sean más restrictivas, probablemente no se admita en un sistema aperturista, como el que proyectan los borradores y las proposiciones que nos sirven de referencia.

Ahora bien, esta ecuación puede verse condicionada, precisamente, por las normas que definan el ámbito de aplicación de las soluciones domésticas (a quién o a qué situaciones se extienden las soluciones nuevas) y las que definan las condiciones de recepción (mediante, por ejemplo, la aplicación de normas extranjeras a extranjeros) o reconocimiento (mediante la admisión de los efectos de actos perfeccionados en el extranjero). Me ocupo de las primeras: ¿qué ámbito de aplicación tienen las normas españolas sobre determinación legal del sexo/género de las personas? ¿Son generosas con cualquier persona o restrictivas delimitando estrictamente un grupo de casos estrechamente vinculados con nuestro ordenamiento jurídico?

## 2. Soluciones particulares en cuanto al ámbito de aplicación de borradores y proposiciones

De conformidad con el discurso que traemos hasta el momento, nos corresponde ahora establecer el alcance del régimen de tutela de la identidad de género, expresión de género y el eventual cambio de sexo que ello puede conllevar en los textos más atrás citados. Como antes señalé, tenemos una buena batería de borradores y proposiciones que esencialmente cambian la regulación actual atribuyendo derechos sobre estos aspectos. ¿A quiénes?

Advierto que mi análisis va a ser parcial, pues me detendré exclusivamente en los aspectos que me interesan en torno a la internacionalidad de las situaciones, que son pocos.

En una primera lectura podríamos pensar que la potencial futura regulación (en sus diversas propuestas) se extiende a *todos* (o a todas las personas, si nos ajustamos a la terminología de las propuestas). Así se desprendería de lo que las propuestas anuncian bajo la rúbrica de «ámbito de aplicación». La proposición del Grupo de Ciudadanos (art. 2) nos dice que:

«El ámbito de aplicación de esta Ley engloba a todas las personas físicas o jurídicas, tanto en el sector público como en el privado, con independencia de su nacionalidad, residencia, domicilio o vecindad civil, de conformidad con el conjunto del ordenamiento jurídico».

Si prescindimos de lo que no nos interesa (la apelación a las personas jurídicas), a todas las personas... de conformidad con el conjunto del ordenamiento jurídico.

La Proposición de los Grupos Republicano/Plural (art. 2), que coincide literalmente con el Borrador trans, es un poco más selectiva (pero poco):

«La presente Ley será de aplicación a toda persona física que *se encuentre* en territorio español y a las personas de *nacionalidad española residentes en el exterior*, cualquiera que fuera su edad, nacionalidad, origen racial o étnico, religión, residencia, estado civil o situación administrativa, en los términos y con el alcance que se contemplan en esta ley y en el resto del ordenamiento jurídico».

Simplificando, a los españoles y a los extranjeros que se encuentren en territorio español (82), *en los términos y con el alcance que se contemplan en esta ley y en el resto del ordenamiento jurídico* (83). Pero, por ejemplo, no a los extranjeros que se encuentren en el extranjero. La verdad es que parecería razonable esta «exclusión» implícita. Es más, puede llamar la atención la diferencia que existe entre las exposiciones de motivos de estos dos textos y el articulado, pues en aquellas se habla de «extranjeros con residencia estable» en España (una vinculación fuerte), mientras que en el texto reproducido vale la mera presencia («que se encuentren»). Realmente ¿qué interés puede tener un extranjero trans que se encuentre en el extranjero en recabar los derechos que le pudiera concederle la ley española? Pues lo tiene. Siguiendo con el tono ejemplificador que vengo utilizando, lo puede tener en inscribir su matrimonio consular con un español o española (o con una persona de nacionalidad española, cualquiera que sea su género) conforme al sexo/género que siente y con el nombre que elija. Lo puede tener, por ejemplo, cuando como progenitor de un español nacido en el extranjero cuyo nacimiento se inscribe en el Registro Civil español (sí, en el Registro Civil español) pretenda que su nombre —masculino, femenino u otro— y su posición relativa de filiación respecto del nacido —madre, padre, *adre*, u otro— figuren de conformidad con lo que siente y es. Seguro que hay más casos que merecerían su inclusión dentro del ámbito de aplicación de la ley (la que sea si es que llega a ser).

Ahora bien, la *dependencia registral* a la que he hecho alusión a lo largo de las presentes reflexiones puede limitar este aparente imperialismo de derechos.

Desde el punto de vista de la inscripción del sexo del nacido, ya vimos que existe una limitación implícita derivada de la propia competencia del Registro Civil. Pienso pues que normas como la que permite que la mención del sexo del nacido figure en blanco, de forma temporal o indefinida (84), se referirán tanto a españoles, nacidos no importa dónde, como a extranjeros nacidos en España. Se trata de algo que se ajusta a la legislación del Registro Civil y que no contraría el ámbito de aplicación

declarado de las propuestas. Como antes indiqué, no veo que una ley nacional más restrictiva (que, por ejemplo, exija la constancia de sexo masculino o femenino) pudiera imponerse. No tengo claro, sin embargo, que la posibilidad de constancia de un *sexo no binario* prevista por la Proposición de los grupos Republicano/Plural sirva en este momento de la inscripción del nacimiento dentro de plazo. De hecho, sistemáticamente es una previsión que la Proposición inserta dentro del *procedimiento de rectificación registral* del sexo al que me referiré a continuación. Sin embargo, quizá pudiese ser operativo en expedientes de inscripción de nacimiento fuera de plazo o en la inscripción subsiguiente a la adquisición de la nacionalidad española.

En cuanto a la expresión de género y su trascendencia formal, con un eventual cambio de sexo, los textos analizados se mueven entre el continuismo registral y las novedades fuera del Registro Civil.

Como en la regulación actual, tres textos (85) prevén expedientes de rectificación de la mención registral del sexo, reproduciendo el modelo registral de la Ley 3/2007:

«Toda persona de *nacionalidad española* [...] podrá solicitar [...] la rectificación de la mención registral del sexo» (86) .

«Toda persona con *nacionalidad española* podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo» (87) .

Doy por reproducidas todas las carencias que esta visión tiene y vuelvo a recordar que en el Registro Civil español hay muchos extranjeros inscritos por haber nacido en España y que se practican inscripciones que afectan a numerosos extranjeros, residentes en España y en el extranjero, en relación con otros actos o hechos de estado civil que tienen lugar en España o que afectan a españoles (88) . Pienso que la exigencia de nacionalidad española no es de recibo y que puede haber cierta contradicción entre esta regulación continuista, por un lado, y normativa registral como la propuesta modificación del artículo 93.2 LRC 1957 (89) por la Proposición de Ciudadanos, por otro:

[pueden rectificarse previo expediente gubernativo] «La indicación equivocada del sexo cuando igualmente no haya duda sobre la identidad del nacido por las demás circunstancias, así como la mención registral relativa al sexo de las personas *en los casos de discrepancia con la identidad o expresión de género*».

*Con independencia de la nacionalidad del inscrito*, debería ser. Sé que ello fricciona con la idea de un procedimiento de rectificación *ad hoc*, que no es una interpretación muy ortodoxa y que una aproximación sistemática nos haría leer «en los casos de discrepancia con la identidad o expresión de género... según lo dispuesto en la Ley 3/2007» (90) . Entiendo que tampoco se puede considerar un lapsus, teniendo en cuenta el precedente de la Ley 3/2007 e, incluso, la reiteración implícita que se hace cuando se regula la adecuación de la documentación de personas extranjeras, donde se alude a las que «no pudieren o no hubieren rectificado la mención registral relativa al sexo y el cambio o el cambio de nombre «en su país de origen»» (91) .

Pero no alcanzo a ver la razón de fondo para que sea de otra manera. Mi impresión fue y es que la limitación del procedimiento de rectificación registral de la mención de sexo (y, correlativa o eventualmente, nombre) a los nacionales españoles, excluyendo a los extranjeros inscritos, es un desajuste no justificado e incoherente con este tipo de regulación, mucho más visible en los textos que ahora analizamos: textos que reconocen directamente derechos de importancia capital, donde la nacionalidad de las personas no debería tener ninguna relevancia.

En los tres textos se hace también alusión al cambio de nombre, aunque con distinto alcance. Mientras que la Proposición de Ciudadanos contempla una norma imperativa según la cual la rectificación del sexo conllevará el cambio del nombre propio de la persona en el caso de que resulte discordante con su sexo registral (es decir, nombres masculinos versus femeninos) (92) , la Proposición de los grupos Republicano/Plural y el Borrador trans establecen que «*en la solicitud de rectificación registral se deberá incluir la elección de un nuevo nombre propio, salvo cuando la persona quiera conservar el que ostente*». Las limitaciones implícitas de estas reglas, limitadas a nacionales españoles, no plantean problemas de delimitación entre estatutos (ley aplicable al estado y ley aplicable al nombre) que no casualmente conducirían a la misma ley.

Las novedades están fuera del Registro Civil, y se abren al cambio de las menciones de sexo y nombre en los documentos expedidos a personas extranjeras por autoridades españolas. De nuevo aquí, la coletilla «de conformidad con el ordenamiento jurídico» (o similar) que veíamos más atrás en torno al ámbito de aplicación de las propuestas viene a *limitar* aquella primera aproximación en la que consideramos destinatarios de las nuevas reglas a *todas las personas* (93) o a todas las personas que se encuentren en territorio español (94) .

Por un lado, nos encontramos con los paralelos textos de la Proposición de los grupos Republicano/Plural y el Borrador trans, que expresamente contemplan la extensión de los derechos reconocidos en sus textos a personas trans extranjeras o apátridas «*que se encuentren en España con independencia de su situación administrativa*» (95) , mientras que a la hora de llevar estos derechos a la rectificación de sus menciones de sexo y/o nombre en la tarjeta de identidad de extranjero y otros documentos identificativos o de viaje expedidos por autoridades españolas se les exige «*residencia legal*» en España. Además, el Borrador trans les exige adicionalmente que acrediten la notoriedad de la imposibilidad legal o de hecho de llevar a cabo la modificación registral en su país de origen o que no lo hayan hecho por estar en riesgo su propia vida o su integridad. No me queda claro qué entienden los textos analizados por «país de origen», ni si exigen «residencia legal» o no para acceder al cambio de menciones de identidad (96) ; ni cuál es el régimen para los apátridas. La Proposición de los grupos Republicano/Plural no exige la prueba de imposibilidad de rectificación «en su país de origen» (97) .

Por otro, la Proposición de Ciudadanos plantea una solución sustancialmente similar a la del Borrador trans, con la diferencia de que alude específica y restringidamente a dos documentos: la *tarjeta de residencia* y, en su caso, el *permiso de trabajo*.

En todas estas normas que pretenden delimitar su ámbito de aplicación se aprecia un cierto desajuste; una especie de solución de brocha gorda que, es previsible, la tramitación parlamentaria, si llega a producirse, pulirá.

## VI. Algunas conclusiones y una propuesta

Tras estas reflexiones, más dilatadas, impresionistas y tentativas de lo que merece el lector, y en función del espacio asignado me toca concluir. Lo haré de forma sintética y advirtiéndole de que algunas de las propuestas que hago no son —no lo son aún y puede que no lleguen a serlo nunca— lo suficientemente sólidas. Son, podría decirse, conclusiones provisionales sobre expectativas racionales, de quien se acerca por primera vez (o por segunda) a este tema.

Tenemos varios borradores y proposiciones que se orientan a dar respuesta a los deseos de las personas en cuanto a su identidad sexual, identidad de género y expresión de género (esto, obviamente no es ninguna conclusión). Y lo hacen, en general, sin condiciones accesorias al mero sentimiento y expresión. Como una manifestación exclusiva de autodeterminación. Este hecho me parece capital como punto de partida, con independencia de mi opinión al respecto. Mis valoraciones y propuestas sobre las situaciones internacionales tienen como presupuesto esta idea, aunque valen también para soluciones que sin ser tan incondicionadas se muevan dentro de una cierta prevalencia de autodeterminación de género.

Ninguno de los textos aborda de forma razonable los problemas que pueden surgir cuando identidad de género y expresión de género aparecen en una dimensión internacional; a ellos me he referido en los primeros epígrafos de estas reflexiones. Es más, pienso que el tratamiento que hacen, desde el ámbito de aplicación de sus normas, es en parte continuista con la Ley 3/2007 y en parte inconsciente de la mayoría de los problemas que he ejemplificado (y de otros muchos).

Existe un reconocimiento de la identidad de género y la expresión de género en términos de derechos de la persona que no fija claramente sus destinatarios. En concreto, no sabemos a quién se reconocen los derechos que borradores y proposiciones consagran. Mi opinión es que, a la luz de los derechos fundamentales implicados, los destinatarios deberían ser todas las personas. Obviamente en aquellos supuestos en que exista una necesidad real de respuesta por parte de nuestro ordenamiento jurídico. Es decir, en los casos en que nuestro ordenamiento jurídico se vea interpelado.

Ante regulaciones como las propuestas, y desde la exclusiva perspectiva individual de determinación o aceptación del sexo/género de una persona (es decir, lo único que estaríamos valorando es si una persona es de sexo/género femenino o masculino o cualquier otro) el peaje de acudir a la ley nacional de la persona, que es el que hoy prevé nuestro DIPr, para encontrar en ella la respuesta, no me parece operativo. Si la filosofía de los borradores y proposiciones fructifica, cada persona, nacional o extranjera, debería tener el género que diga tener, al menos con la extensión reconocida en lo que puede ser la futura regulación española. En este sentido, ante la certeza de que esta no tiene por qué ser la eterna, la fetén, y ante la eventualidad de leyes extranjeras distintas a la nuestra (pienso, sobre todo, en leyes más aperturistas o generosas con las posibilidades de autodeterminación y expresión de género y no en las más «tradicionales»), creo que una solución satisfactoria pasaría por la posibilidad de aplicar la ley española u otra, a voluntad de la persona interesada. La aceptación de una autonomía de la voluntad limitada (autonomía conflictual o de elección de ley) en materia de estado civil (en general, de estatuto personal) es un lugar común, una posibilidad que ya desde hace décadas no puede tacharse de heterodoxa. Cuanta más autonomía de voluntad haya en el Derecho sustantivo más se justifica esa llamada autonomía conflictual en el DIPr. En este sentido y en términos prácticos pienso que la regla podría alterar los esquemas más tradicionales (se permite la elección de esta o aquella ley y en caso de ausencia de elección se aplicará tal o tal otra ley), y pasar a ser algo parecido a se aplica la ley española, salvo que la persona interesada opte por tal o tal otra ley (por ejemplo, opte por su ley nacional).

Esta solución tiene varias ventajas. Por un lado, se rebajarían los casos en los que una autoridad española estuviera obligada a aplicar una ley extranjera; la aplicación de la propia ley siempre es más fácil y de mejor factura que la aplicación de una ley extranjera. Por otro, se eliminan los engorros de alegación y prueba de la ley extranjera y las no siempre fáciles evaluaciones de su contrariedad al orden público español; un orden público que durante un tiempo (en espera de una evolución similar del Derecho comparado) estaría llamado a actuar de forma frecuente. Y como ventaja no menor, la consecuencia natural de la expresión de género, su constancia formal, se convierte en aproblemática tanto en lo que atañe al eventual acceso al Registro Civil como a cualquier otra documentación expedida por autoridades españolas.

En los casos en que la persona pretenda tener un tercer género previsto por una ley extranjera (su ley nacional, por el momento) o hacer valer el reconocido por un ordenamiento extranjero (donde se ha producido un cambio formal o no), si bien no creo que haya obstáculo para un reconocimiento teórico, su manifestación documental o registral implicaría una adaptación a las categorías locales. Y no me resisto a añadir que esta adaptación no sólo será importante en el ámbito del derecho privado en el que nos movemos, sino también en el de las políticas de género que puedan estar vigentes.

Y el mismo acercamiento pienso que debería promoverse cuando el sexo/género surja como cuestión previa en el seno de otra relación jurídica (nombre, filiación, matrimonio...).

Por otro lado, partiendo de que, en estos momentos, en el estado de cosas de nuestro sistema, junto con las normas registrales sobre cambio de sexo, es posible que la interpretación más plausible siga siendo la aplicación del artículo 9.1 CC para decidir estos temas, es decir, siga siendo que la ley nacional de la persona determinaría su sexo/género, las condiciones del cambio o la admisibilidad y efectos de la expresión de género (98), las novedades de los textos analizados son escasas. La única importante sería, como acabo de señalar, una revitalización de la excepción de orden público para excluir aquellas leyes extranjeras que se separasen significativamente de la española (recordemos, que hablo siempre en términos de los borradores y proposiciones). El avance en el plano interno sería importante, pero descuidado en el internacional y mi impresión es que el orden público estaría menos sujeto a limitaciones clásicas como la proximidad suficiente o su carácter atenuado.

Sin embargo, sí considero relevante, porque parece que lo es también en términos de derechos humanos, la ponderación de otras posibles leyes implicadas, singularmente las que atribuyan derechos a otras personas cuya esfera jurídica se vea afectada por un cambio de sexo/género de un tercero. Los ejemplos de la afectación del cambio de sexo de un padre/madre sobre la identidad del hijo, o sobre la relación que se mantiene con el cónyuge, me parecen muy ilustrativos. ¿Una libre expresión de género

del padre/madre puede cambiar un aspecto de la identidad del hijo, como es quién es su padre o su madre? ¿Una libre expresión de género del esposo/esposa, marido/mujer —no cambiaría nada si se tratase simplemente de cónyuge— cambia el estatus vis a vis del otro cónyuge?

Por otro lado, es razonable que el Registro Civil tenga un contenido adaptado a las reformas y que ese contenido, en cuanto a las menciones de identidad, incluyendo el sexo/género, sea rígido. Por la propia estructura y finalidad del Registro Civil no resulta operativo que deban acceder a él todos los géneros posibles previstos por todas las leyes extranjeras imaginables. En este sentido, podría preverse una especie de mención residual que pudiera incluir a «las otras identidades», que podría ser una mención a utilizar en los casos domésticos, pero especialmente operativa para dar cabida a las desconocidas provenientes sistemas extranjeros. De no tener esa deferencia registral con sistemas sustantivos extranjeros, podría ser interesante señalar expresamente —lo que creo que resulta ya de forma implícita— que prevalece la legislación registral sobre la ley aplicable (la que sea) en cuanto a las menciones inscribibles. Esto exigirá, como he señalado, una cierta labor de adaptación: cómo reconducir el sexo/género reconocido por una ley extranjera a los únicos previstos por la legislación del Registro Civil propio.

En todo caso, también esta afirmación está sujeta a una evolución incierta, sobre todo en función de lo que el TEDH vaya decidiendo. Me resulta ciertamente llamativo que el TEDH haya tenido que entrar a valorar la vulneración o no del artículo 8 del Convenio, no ya en relación con resultados derivados de un concreto sistema jurídico, sino en relación con concretos procedimientos para los que un sistema jurídico presenta alternativas fungibles. En concreto, me sorprende que se haya fiscalizado si el rechazo a la *inscripción* en un Registro Civil de una filiación determinada en el extranjero es o no conforme con el Convenio, cuando lo que está en tela de juicio no es el propio reconocimiento de dicha filiación, sino el modo de acreditarla (99). Por ello, no descarto que el resultado del citado caso *O.H. y G.H. contra Alemania*, pendiente ante el TEDH cuando redacto estas conclusiones, pueda convertirlas en obsoletas.

En definitiva, aunque no creo que los textos analizados hayan sido conscientes de la problemática que he descrito, su forma de unilateral delimitación del ámbito de aplicación de sus normas alerta de que sería posible pensar en aplicar la ley española con carácter general a supuestos internacionales. Como he señalado, a todas las personas. Ciertamente, no he hecho el análisis fino de aquellas reglas, pues no corresponde a lo que son meros borradores con ciertas incoherencias técnicas y, como también he puesto de manifiesto, no creo que sus redactores tuviesen conciencia de la mayoría de los matices que presentan (diferencias no siempre consistentes entre residencia, residencia legal, mera presencia, etc.). Es posible no obstante que existan razones, basadas en los mismos derechos fundamentales que dicen tutelar borradores y proposiciones, para no poder descartar la aplicación de leyes extranjeras más garantistas, que serían las que plantearían problemas de desajuste. La propuesta que más atrás hice cubre ambas posibilidades. Puede tomarse como una propuesta de futuro, pero no descarto que con un análisis más depurado pudiera también defenderse *de lege lata* (dentro de las propuestas, claro está).

En lo tocante al tema de las situaciones (géneros) consolidadas o cristalizadas o meramente existentes en el extranjero que una persona quiera hacer valer tal cual en España, cuyo «reconocimiento» o aceptación se pretenda en nuestro país, los problemas de inadaptación o desajuste son similares a los que describo en párrafos anteriores sobre aplicación de una ley extranjera.

Soy consciente de que optar por esta visión es una especie de renuncia a una cierta continuidad internacional de soluciones, que es esencial al DIPr pero que quizá pueda sacrificarse cuando se trata de la tutela de derechos humanos como los implicados en estos temas. Soy consciente también de que esta postura podría tacharse fácilmente de chauvinista, imperialista o con similares adjetivos. Sin embargo, desde el momento en que la aplicación de la ley española se supedita a la inexistencia de una opinión contraria del interesado, pienso que la tacha carece de sentido.

## VII. Bibliografía

Álvarez González, S., «Comentario al art. 12,1º del Código civil», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, T. I, vol. 2º, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 842-880.

Álvarez González, S., «La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y la legitimación restringida a nacionales españoles», *REDI*, 2007-1, pp. 441-445.

Álvarez González, S., «Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica», *Diario La Ley*, núm. 6629, Sección Doctrina, de 15 de enero de 2007.

Álvarez González, S., «Adopción internacional y orientación sexual», *La diversidad afectivo-sexual y los mecanismos establecidos por el Derecho Internacional para su protección*, Juan Soroeta Licerias (director), Cizur Menor, Navarra, 2015, pp. 49-68.

Álvarez González, S., «¿Qué norma de conflicto de leyes hay que adoptar para determinar la ley aplicable a las cuestiones previas a efectos de la sucesión?», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2017-1, pp. 19-48.

Audit, B. y L. D. Avout, *Droit international privé*, París, LGDJ, 2018.

Calvo Caravaca, A. L. y J. Carrascosa González, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución-circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2007, 2006, págs. 671-717.

Calvo Caravaca, A. L., y J. Carrascosa González, «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado», *Diario La Ley*, núm. 6391, de 2 de enero de 2006.

Calvo Caravaca, A. L. y J. Carrascosa González, *Tratado de Derecho internacional privado*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Castro y Bravo, F. de, *Derecho civil de España*, t. II, Madrid, Civitas, 1984, reproducción facsimilar de

la edición de 1952.

Bar, Ch. von y P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, Band II, Besonderer Teil, 2ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2019.

Davi, A., «Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato», *Rivista di diritto internazionale*, 2019, pp. 319-419.

Dutta, A. y W. Pintens, «Private International Law Aspects of Intersex», en *The Legal Status of Intersex Persons*, J. M. Scherpe, A. Dutta y T. Helms, eds., Intersentia, Cambridge — Antwerp — Chicago, 2018, pp. 415-426.

Esplugues Mota, C., J. L. Iglesias Buhígues y G. Palao Moreno, *Derecho internacional privado*, 14 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Fernández Rozas, J. C. y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 11ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2020.

Garcimartín Alférez, F. J., *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2019.

Gete-Alonso Calera, M. C., «Identidad e identificación de la persona», en *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho Privado*, T. Torres García (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 83-144, pp. 133-140.

Gössl, S.L., «From question of fact to question of law to question of private international law: the question whether a person is male, female, or...?», *Journal of Private International Law*, 2016, pp. 261-280.

Gössl, S.L., «Intersexuelle Menschen im Internationalen Privatrecht», *Das Standesamt*, 10, 2013, pp. 301-305.

Gössl, S.L., y B. Völzmann, «Legal Gender Beyond the Binary», *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2019, 33, pp. 403-429.

*Gutachten: Geschlechtervielfalt im Recht. Status quo und Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtervielfalt. Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität — Band 8.* Berlin, Deutsches Institut für Menschenrechte, Dr. Nina Althoff, Greta Schabram, Dr. Petra Follmar-Otto, que puede consultarse en la siguiente dirección: <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/114066/8a02a557eab695bf7179ff2e92d0ab28/imag-band-8>

Haftel, B., «Identité sexuelle et droit international privé», en *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, dir. S. Bollée y E. Pataut, París, IRJS, 2016, pp. 139-148.

Margarita, A., «Trans Men Giving Birth and Reflections on Fatherhood: What to Expect?», *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2020, 34, pp. 225—246.

Mosconi, F. y C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale, Vol. II, Statuto personale e diritti reali*, 3ª ed., Turín, UTET, 2011.

Romano, G. P., «Conflicts and Coordination of Family Statuses: Towards their Recognition within the EU?», *Adoption: Cross-border legal issues*, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens» Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs Petitions, Workshop, 1 December 2015, pp. 17-43.

## (1)

El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación «El Derecho de familia que viene. Retos y respuestas» [ref. PID2019—109019RB—I00], 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)

En concreto, 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 (BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie B, proposiciones de ley, núm. 132-1, de 4 de diciembre de 2020; en adelante, la proposición de Ciudadanos). La Proposición de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans, presentada por el Grupo Parlamentario Republicano y por el Grupo Parlamentario Plural (BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie B, proposiciones de ley, núm. 156-1, de 4 de 26 de marzo de 2021; en adelante la proposición de los grupos Republicano/Plural). El borrador de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans, de 2 de febrero de 2021 (en adelante, el Borrador trans). Y 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, también de 2 de febrero de 2021 (en adelante, el Borrador LGTBI). Estos dos últimos textos elaborados por el Ministerio de Igualdad que he recuperado a la página <https://www.newtral.es/>. El Borrador trans es reproducido de forma literal en una grandísima medida por la Proposición de los Grupos Republicano/Plural, con ligeras modificaciones. Ni siquiera se ha molestado la Proposición en adaptar la descripción del contenido: reproduce la del borrador, cuando la Proposición añade tres artículos más a partir del 36 que ya es diferente. Vamos que los dos anuncian 39 artículos, aunque la Proposición tiene 42. Son cosas de la nueva política que se reproducen en la nueva legislación.

## (3)

Concluido este escrito, por ejemplo, ha sido noticia la no admisión a trámite de la Proposición de los Grupos Republicano/Plural (18 de mayo de 2021). Ello no modificará mis desarrollos ni mis referencias a tal proposición.

## (4)

BOE, núm. 303, de 19 de diciembre de 1989.

## (5)

Expresamente, Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Tratado de Derecho internacional privado*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1270. Volveré sobre ello *infra* apartado 3.1.

## (6)

BOE núm. 15, de 18 de enero de 1977. Si bien hay que recordar que este convenio no es aplicable a los cambios concedidos por la Autoridad pública «que resultaren de una modificación del estado de las

personas o de la rectificación de un error» (lo cual puede ser especialmente importante en relación con el tema que nos ocupa).

(7)

La carencia de nuestro sistema sobre este aspecto se evidenció de forma notable en la Resolución DGRN de 24 de enero de 2005 (BOE, núm. 63, de 15 de marzo) sobre la posibilidad de autorizar en España el matrimonio de un transexual de varón a mujer costarricense con un varón español. El punto VIII de los Fundamentos de Derecho es muy significativo de una carencia (y de una interpretación de la DGRN más que forzada, por un lado, y extravagante, por otro) que hoy sigue siendo palmaria. Sobre esta resolución resulta especialmente interesante el comentario de Requejo Isidro, M., *REDI*, 2005, pp. 986-994.

(8)

Por ejemplo, así lo establece el Convenio relativo al reconocimiento de las resoluciones por las que se constata un cambio de sexo, hecho en Viena el 12 de septiembre de 2000 (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2011). O el citado Convenio de Estambul para el reconocimiento de cambio de nombre.

(9)

Terminología que prefiere Gössl, S.L., «From question of fact to question of law to question of private international law: the question whether a person is male, female, or...?», *Journal of Private International Law*, 2016, pp. 261-280, pp. 261-262, que en esta materia me parece mucho más apropiada que la clásica de reconocimiento.

(10)

Entre la inmensa bibliografía sobre el tema me permito remitir al reciente y muy bien documentado estudio de Davi, A., «Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato», *Rivista di diritto internazionale*, 2019, pp. 319-419.

(11)

El método de reconocimiento se facilita grandemente cuando existe algún tipo de constancia formal (sentencia, acto administrativo, acto formal con trascendencia jurídica) frente a los supuestos en los que se pretende reconocer, por ejemplo, un estado de la persona que nunca ha sido objeto de evaluación por autoridad alguna o de manifestación de voluntad ante autoridad alguna, es decir, cuando no se cuenta con un soporte formal más allá de la propia ley extranjera.

(12)

Sobre los aspectos familiares y de estado civil es muy ilustrativo Romano, G. P., «Conflicts and Coordination of Family Statuses: Towards their Recognition within the EU?», *Adoption: Cross-border legal issues*, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs Petitions, Workshop, 1 December 2015, pp. 17-43; en relación con el tema que nos ocupa lo resaltan Dutta, A. y Pintens, W., «Private International Law Aspects of Intersex», en *The Legal Status of Intersex Persons*, J. M. Scherpe, A. Dutta y T. Helms, eds., Intersentia, Cambridge — Antwerp — Chicago, 2018, pp. 415-426, p. 425.

(13)

Aunque supongo que esto será objeto de alguna otra contribución en este monográfico, una de las consecuencias de entender la identidad de género como un sentimiento de la persona y vincular su género a su expresión de género es que los sentimientos cambian y su expresión puede legítimamente cambiar.

(14)

Lo que no significa que no sea necesario dar una solución a los problemas a los que se enfrenta. Un ejemplo (no frecuente en Derecho comparado) sería, en Malta, el proporcionado por la *Act for the recognition and registration of the gender of a person and to regulate the effects of such a change, as well as the recognition and protection of the sex characteristics of a person*, cuyo art. 9 se expresa en los siguientes términos: «9. (1) La decisión final sobre la identidad de género de una persona, que haya sido determinada por un tribunal extranjero competente o una autoridad responsable que actúe de conformidad con la ley de ese país, será reconocida en Malta. [...] (2) Una mención de género distinto del masculino o femenino, o la ausencia de este, reconocido por un tribunal extranjero competente o una autoridad responsable que actúe de conformidad con la ley de ese país, se reconocerá en Malta». Traducción propia libre. El texto en inglés puede consultarse en [https://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/04/Malta\\_GIGESC\\_trans\\_law\\_2015.pdf](https://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/04/Malta_GIGESC_trans_law_2015.pdf).

(15)

Por ejemplo, a través de una norma como el art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas: «Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo». Suponiendo que esta fuese la única norma sobre el tema. Volveré sobre este precepto más adelante.

(16)

La idea sería parecida a la siguiente: si establecemos este régimen de identidad y expresión de género con estas consecuencias para nuestros nacionales y para extranjeros en cuyos países de origen no puedan acceder a derechos similares, parecería lógico pensar que toda la materia se rige por la ley nacional. Así, por ejemplo, von Bar, Ch., y Mankowski, P., *Internationales Privatrecht*, Band II, Besonderer Teil, 2ª ed., C.H. Beck, München, 2019, p. 955, párrafo 154. La consecuencia la extrae de lo dispuesto en el § 1 (1) 3 de la *Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz — TSG)*, que tiene un contenido bastante parecido al de alguno de las propuestas españolas que vamos a analizar (*infra* 5). Lo cierto es que la propuesta me parece forzada, como creo que se pone de manifiesto por el otro indicio que los autores alemanes proponen ante la ausencia de una regla expresa: la aplicación analógica de la norma de conflicto sobre ley aplicable a la capacidad (art. 7.1 EGBGB). Ya antes planteaba las mismas consecuencias Gössl, S. L., «Intersexuelle Menschen im Internationalen Privatrecht», *Das Standesamt*, 10, 2013, pp. 301-305, pp. 302-303, con citas concordantes de otros autores. El punto de partida de esta visión es el § 1 de la TSG, a cuyo tenor: (1) Una persona podrá solicitar el cambio de su nombre a un tribunal cuando, [...] 1. Debido a su carácter transexual, ya no siente que pertenece al sexo especificado en su inscripción de nacimiento, sino al sexo opuesto, y desde al menos tres años y se ha vivido de acuerdo con sus ideas. [...] 2. es muy probable que su sentido de pertenencia al sexo opuesto ya no vaya a cambiar, y [...] 3. A) Tiene la nacionalidad alemana en el sentido de la Constitución alemana, B) en su calidad de extranjero apátrida tiene su residencia habitual en Alemania, C) en su calidad de asilado o refugiado tiene su domiciliado en Alemania o D) como extranjero cuya ley nacional no conoce ninguna regulación comparable a esta ley, aa) tiene un derecho de residencia en Alemania ilimitado o bb) tiene un permiso de residencia renovable y es residente legal en Alemania de forma permanente. (2) En la solicitud se especificarán los nombres que el solicitante quiere llevar en el futuro (traducción propia no estrictamente literal).

(17)

El poco o ningún espacio que todavía hoy los manuales dedican a este tema es muy significativo de esta importancia. Por otro lado, la idea de que se trataba de una cuestión casi de hecho (casi) universalmente estable, así lo promueve (*vid.* el clarificador ensayo de Haftel, B., «Identité sexuelle et droit international privé», en *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, dir. S. Bollée y E. Pataut, París, IRJS, 2016, pp. 139-148, p. 139).

(18)

Ciertamente hay ordenamientos donde se reconoce un tercer género, de forma explícita o implícita

mediante el tratamiento de los asientos registrales (*vid.* ya Haftel, B., *loc. cit.*, pp. 140-141, sobre la evolución reciente —de entonces— en algunos países, pero también con la significativa alusión a realidades más tradicionales como la de los *Hijra* en India, Pakistán o Bangladés, o los *Kathoey* en Tailandia); igualmente, Gete-Alonso Calera, M. C., «Identidad e identificación de la persona», en *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho Privado*, T. Torres García (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 83-144, pp. 133-140, con especial tratamiento de los casos alemán, australiano, uruguayo y argentino; Gössl, S. L., y Völzmann, B., «Legal Gender Beyond the Binary», *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2019, 33, pp. 403-429, pp. 404 y ss., con también un especial tratamiento del caso alemán y austriaco entre los europeos, junto a otros como Malta, Portugal, Países Bajos, Francia, Reino Unido (Inglaterra y Gales)...

(19)

Exposición de motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil.

(20)

Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado*, 11ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2020, p. 369.

(21)

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *op. cit.*, supra nota 4.

(22)

Aunque tradicionalmente el sexo se ha considerado parte del estado civil (de Castro y Bravo, F., *Derecho civil de España*, t. II, Madrid, Civitas, 1984, reproducción facsimilar de la edición de 1952, p. 75), esta clasificación es hoy menos taxativa («se ha debilitado», dice el ATS 1790/2016 de 10 de marzo de 2016: ECLI:ES:TS:2016:1790A, sin negarla) o simplemente se rechaza: Gete-Alonso Calera, M. C., *loc. cit.*, pp. 110-111.

(23)

Como digo, es esta una visión tradicional en vías de ser (o ya) sobrepasada por una visión más coherente. Me parece especialmente gráfica, en este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional español cuando afirma que «aspectos que tradicionalmente han quedado incluidos en ese orden público, como la estabilidad e indisponibilidad del estado civil o la seguridad que este sin duda aporta a las relaciones jurídicas y sociales, aunque conservan una cierta virtualidad, presentan ahora una importancia secundaria en relación al ejercicio de los derechos fundamentales» (fundamento 7 de la Sentencia 99/2019, de 18 de julio de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad 1595-2016, ECLI:ES:TC:2019:99).

(24)

En Francia, su inclusión en una norma aún más rancia, el art. 3.3 Code civil (*Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger*) es pacífica (Audit, B. y D'Avout, L., *Droit international privé*, París, LGDJ, 2018, p. 187, dentro de lo que los autores franceses califican como «estatuto individual»); en Italia, el reconocimiento jurídico del cambio de sexo se incluye dentro de la norma de conflicto relativa a los derechos de la personalidad (art. 24 *Legge 31 maggio 1995, n. 218, riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*: «L'esistenza ed il contenuto dei diritti della personalità sono regolati dalla legge nazionale del soggetto»). En tal sentido, Mosconi, F. y Campiglio, C., *Diritto internazionale privato e processuale, Vol. II, Statuto personale e diritti reali*, 3ª ed. (existe una 5ª, de 2019, a la que no he tenido acceso), Turín, UTET, 2011, pp. 25-26.

(25)

Gössl, S. L., «From question of fact...», *loc. cit.*, p. 270, cuyo tratamiento se basa en una consideración de «estado civil». Dutta, A. y Pintens, W., *loc. cit.*, pp. 420-421, como visión *de lege lata* en la mayoría de los sistemas, para su cuestionamiento posterior y la reclamación de una norma (de conflicto) específica (p. 423).

(26)

*Vid.* supra nota 15 con las citas y desarrollos que allí he hecho. Por otro lado, el Instituto Alemán para los Derechos Humanos, planteó en 2017 la introducción de la siguiente regla en la EGBGB: «Artículo 10 bis Género (1) El sexo de una persona se rige por la ley del estado al que pertenece la persona. (2) Si la persona tiene su residencia habitual en Alemania, puede determinar que la ley alemana es aplicable. La declaración debe ser autenticada públicamente. (3) Las personas con custodia pueden determinar ante la oficina de registro que el género del niño se basa en la ley alemana si uno de los padres tiene su residencia habitual en Alemania. Las declaraciones que se realicen después de la certificación del nacimiento deberán ser autenticadas públicamente». Traducción propia del texto que puede consultarse en *Gutachten: Geschlechtervielfaltim Recht.Status quo und Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtervielfalt. Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität — Band 8*. Berlin, Deutsches Institut für Menschenrechte, Dr. Nina Althoff, Greta Schabram, Dr. Petra Follmar-Otto, que puede consultarse en la siguiente dirección: <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/114066/8a02a557eab695bf7179ff2e92d0ab28/imag-band-8-geschlechtervielfalt-im-recht-data.pdf>

(27)

El *Code* belga es de julio de 2004, mientras que las reglas reproducidas se incluyeron en mayo de 2007.

(28)

Sobre esta idea no siempre bien entendida (o simplemente escurridiza por la utilización plural del concepto «calificación funcional») *vid.* mis desarrollos en «Comentario al art. 12,1º del Código civil», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, T. I, vol. 2º, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 842-880, pp. 868-874.

(29)

*Vid.* *infra*, punto 3.4.

(30)

Me referiré a esta dimensión en el siguiente epígrafe.

(31)

El art. 17 de la Proposición de los grupos Republicano/Plural señala que «Las personas trans serán inscritas como padres, madres o adres (*sic*), según el sexo registral actual sea hombre, mujer o no binario o en blanco, con efectos retroactivas sobre las partidas de nacimiento de su descendencia».

(32)

Así la Proposición de Ciudadanos (DF Primera) modifica los arts. 116, 117, 118, 120, 132, 136 y 139, tratando de eliminar la dupla padre/madre en favor de una terminología neutra.

(33)

Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (BOE núm. 182, de 1 de agosto de 1995).

(34)

*Vid.* mi trabajo «Adopción internacional y orientación sexual», *La diversidad afectivo-sexual y los mecanismos establecidos por el Derecho Internacional para su protección*, Juan Soroeta Licerias (director), Cizur Menor, Navarra, 2015, pp. 49-68, párrafo 21.

(35)

Tampoco puede obviamente cambiar la Constitución (me refiero al legislador ordinario u orgánico, claro),

pero seguro que los redactores de borradores y proposiciones no han tenido en cuenta sus efectos sobre el artículo 57.1 de la Constitución, que prefiere al varón sobre la mujer en la línea sucesoria. ¿Cambiaría el orden sucesorio si la Infanta Sofía hiciese una expresión de género declarándose varón?

(36)

Vid.. mi trabajo «¿Qué norma de conflicto de leyes hay que adoptar para determinar la ley aplicable a las cuestiones previas a efectos de la sucesión?», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2017-1, pp. 19-48, donde expongo diversas posibilidades (pp. 23-31), más allá de la problemática de las sucesiones. La más aceptada no es, precisamente, la acogida por el convenio citado.

(37)

Vid.. art. 35 D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (1). Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127. Hago aquí abstracción, a efectos meramente explicativos, de la posibilidad de *reenvío* de la ley nacional a otra ley (vid.. al respecto, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p.373).

(38)

Garcimartín Alférez, F. J., *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2019, p. 314; Esplugues Mota, C., Iglesias Buhigues, J. L. y Palao Moreno, G., *Derecho internacional privado*, 14 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 244.

(39)

Me permito una simplificación operativa del art. 9.4 CC, que realmente es bastante más complejo (y no en sentido positivo), como expongo en «La ley aplicable a la filiación por naturaleza», *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 91-109.

(40)

En este sentido, Sent. *Cour de cassation* (Francia), núm 519, de 16 de septiembre de 2020 (ECLI:FR:CCASS:2020:C100519). Accesible en [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr). Y otro tanto, aunque en sentido inverso, ocurriría si la ley aplicable a la filiación fuese la británica. Vid.. la Sent. *Court of Appeal (civil division)* (Reino Unido) de 29 de abril de 2020 ([2020] EWCA Civ 559), que puede encontrarse en [www.judiciary.uk](http://www.judiciary.uk). El padre, que *había dado a luz a su hijo*, que lo había parido, reclamaba constar en el registro como «*father*», «*parent*» o «*gestationalparent*». La *Court of Appeal* rechazó la solicitud, haciendo, entre otras consideraciones, un análisis en términos de respeto del *derecho a la vida personal y familiar del hijo*, según el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El posterior recurso ante la *Supreme Court* fue no considerado. En el mismo sentido, Sent. *Bundesgerichtshof (XII ZB 660/14) de 6 de septiembre de 2017* (que puede consultarse en [uris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=79598&pos=0&anz=1](http://uris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=79598&pos=0&anz=1)) y que está pendiente de un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*O.H. y G.H. contra Alemania*, núms. 53568/18 y 54941/18, comunicados al gobierno alemán el 6 de febrero de 2019, según información de octubre de 2020 obtenida en la web del TEDH). Sobre esta problemática, con especial detenimiento en los dos últimos casos, Margarita, A., «Trans Men Giving Birth and Reflections on Fatherhood: What to Expect?», *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2020, 34, pp. 225–246.

(41)

Vid.. supra nota 30. La hipótesis parte, obviamente, de que la proposición citada fuese ley positiva. Y todo ello sin perjuicio de lo que diré a continuación sobre el contexto y la regulación del Registro Civil.

(42)

BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005.

(43)

BOE núm. 188, de 8 de agosto de 2005.

(44)

Vid.. mi crítica en «Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica», *Diario La Ley*, núm. 6629, Sección Doctrina, de 15 de enero de 2007, y doctrina que allí cito. La solución última me pareció correcta. La mayoría de los argumentos me parecen voluntaristas, irrelevantes o simplemente ilegales. De otra opinión Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado», *Diario La Ley*, núm. 6391, de 2 de enero de 2006; id., «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución-circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2007, 2006, págs. 671-717.

(45)

Que no es lo mismo (vid.. Gössel, S. L., «From question of fact...», *loc. cit.*, p. 277).

(46)

La Proposición de Ciudadanos eliminaría este obstáculo (que hoy ya me parece más formal que sustancial) mediante la modificación del primer párrafo del art. 44 CC, señalando que «*Toda persona* tiene derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código» (DF Primera, uno).

(47)

Que he descargado de <https://openjur.de/u/2317282.html>.

(48)

Art. 10.1 EGBGB. El nombre de una persona se rige por la ley de su Estado nacional.

(49)

Aplicable a la capacidad y que se estima aplicable por analogía a la determinación legal del sexo.

(50)

«Art. 19 EGBGB. La filiación de un hijo se rige por la ley del país en el que el hijo tiene su residencia habitual. También se puede determinar en relación con cada progenitor de acuerdo con la ley nacional del progenitor. Si la madre está casada, la filiación también puede determinarse de conformidad con la ley rectora de los efectos generales de su matrimonio de conformidad con el artículo 14, párrafo 2, en el momento del nacimiento; si el matrimonio ha sido previamente disuelto por muerte, se estará al momento de la disolución de este» (la traducción propia no es literal).

(51)

Supra 2, en el contexto de la nota 10. Cuando realmente era fácil utilizarlo: había habido un acto formal de cambio de sexo y nombre en Austria.

(52)

Que se ven afectados, aunque quizá no con tanta visibilidad como son afectadas la reglamentación de las medidas de favorecimiento de *acciones positivas* para combatir la discriminación (precisamente por razón de sexo/género) en ámbitos sociales, laborales, administrativos. O como puede verse afectado el Derecho penal, cuando hablamos, por ejemplo, de violencia de género, que se fundamenta en una radical distinción entre hombre y mujer que, hasta ahora, no parte, precisamente, de la autodeterminación de género por parte de víctimas y autores. El no sexo o el tercer sexo plantea problemas de cierta importancia (vid.., sobre este concreto aspecto Haftel, B., *loc. cit.*, p. 146 y ss.). Aunque esto no es objeto de mi tarea en estas reflexiones, los problemas de desajuste no solo se plantean entre normas de diversos países, sino entre normas de mismo ordenamiento jurídico que no están lo suficientemente coordinadas. Cambiar la forma de determinar el género/sexo sin tener en cuenta la cantidad de ámbitos jurídicos, económicos y sociales implicados también provocará inevitables situaciones de inadaptación y desajuste que, como

sucede en ocasiones en DIPr, puede que simplemente acaben vaciando de contenido alguna de las normas en conflicto (en relación con el ordenamiento jurídico alemán lo apuntan Dutta, A. y Pintens, W., *loc. cit.*, p. 424).

- (53) *Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben*, que modificó la *Personenstandsgesetz* (PStG) y que está en vigor desde el 22 de diciembre de 2018.
- (54) Art. 170 RRC.
- (55) Art. 4 LRC 2011, cuando habla de hechos y actos inscribibles.
- (56) Por ejemplo, en el art. 170 RRC (1958) se establece que en la inscripción de nacimiento constará especialmente «*Si el nacido es varón o mujer y el nombre impuesto*». Y no parece que prevea una tercera posibilidad. En el art. 44 de la LRC (2011) se hace alusión a que «*en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna*», con ulteriores alusiones a la paternidad y la maternidad.
- (57) *Vid.* sintéticamente y de forma muy ilustrativa Gössl, S. L., «From question of fact...», *loc. cit.*, pp. 273-274, con cita de sentencias y ciertamente matizaciones y límites, a las que debe añadirse la más reciente *Rana v. Hungría*.
- (58) Sentencia TEDH de 19 de julio de 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD004088817 (accesible en la web del Tribunal).
- (59) De hecho, la dimensión registral es la cuestión principal que se haya tras el caso *O.H. y G.H. contra Alemania*, núms. 53568/18 y 54941/18 (*supra* nota 39), pendiente ante el TEDH.
- (60) *Vid.* el análisis y la crítica de las distintas opciones en mi trabajo «Matrimonio entre personas del mismo sexo...», *loc. cit.*
- (61) *Cit.* *supra* nota 39.
- (62) ECLIECLI:CE:ECHR:2014:0716JUD003735909.
- (63) Distinguen muy correctamente ambas dimensiones (sustantiva y registral) Gössl, S. L. y Völmann, B., *loc. cit.*, pp. 417-418, entre otras.
- (64) Modificación del art. 91.2 de la LRC 2011, por la DF 24 del Borrador LGTBI; art. 14 Borrador Trans; art. 14 Proposición de los grupos Republicano/Plural.
- (65) Aunque no siempre: el citado *Code belge de droit international privé* introdujo en 2007 una norma vinculando la declaración de reasignación sexual y registro: «*Una declaración de reasignación sexual puede establecerse en Bélgica si el declarante es belga o está inscrito a título principal en Bélgica en los registros de la población o en los registros de los extranjeros*».
- (66) Art. 15 LRC 1957, donde se añade que también serán inscribibles «*los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el derecho español*».
- (67) Su art. 9 dispone que «*En el Registro Civil constarán los hechos y actos inscribibles que afectan a los españoles y los referidos a extranjeros, acaecidos en territorio español [...] Igualmente, se inscribirán los hechos y actos que hayan tenido lugar fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones sean exigidas por el Derecho español*».
- (68) En su día supuso un avance cierto orientado a la mejora de la situación de los transexuales, pero sus efectos seguían condicionándose al diagnóstico médico de disforia de género y a un tratamiento médico previo, que poco a poco han ido perdiendo sentido, conforme la transexualidad es una mera condición determinada por un sentimiento personal que no necesita de ningún «diagnóstico» ni «tratamiento».
- (69) Citada Sentencia 99/2019, de 18 de julio de 2019. Previamente a esta sentencia, la Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales), en interpretación de la normativa registral general sobre cambio de nombre, había admitido el cambio de nombre en función de la transexualidad de la persona incluso para menores de edad. Otra clara modificación legal por la vía administrativa que, sin embargo, no alcanzaba a los extranjeros.
- (70) *Vid.* mi trabajo «La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y la legitimación restringida a nacionales españoles», *REDI*, 2007-1, pp. 441-445, p. 442.
- (71) BOE, núm. 257, de 24 de octubre de 2018.
- (72) Y entiéndase que no es una crítica —la crítica es la existencia de la propia instrucción con disposiciones *contra legem*— sino más bien una sorpresa en el habitual actuar de la Administración. Aun estando limitada al ámbito registral, recordemos que hay extranjeros inscritos en el Registro Civil. Tampoco debe consolarnos que este tipo de proceder no sea exclusivo de nuestras autoridades: la *Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation* (circular del Ministerio de Justicia francés que puede leerse en <https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/34124>) también era ilegal (Haftel, B., *loc. cit.*, p. 145, que, no obstante, haciendo gala de la perspectiva práctica que suele estar detrás de estas circulares, termina por calificarla de ilegal, pero *acceptable*).
- (73) Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *op. cit.*, p. 1272.
- (74) «§ 1 Presupuestos. Los nombres de una persona, que con base en su identidad transexual se siente perteneciente a un sexo distinto a aquél con el que fue inscrita y que al menos durante tres años se ha

visto obligada a vivir... pueden a petición de la misma cambiarse judicialmente cuando [...] 1. *Tiene la nacionalidad alemana en el sentido de la Ley Fundamental o cuando posea en Alemania su residencia habitual en calidad de apátrida o extranjero sin patria o su domicilio en caso de tener derecho de asilo o ser refugiado* [...] § 8. A solicitud de una persona que, por motivos de su impronta transexual... el Juez determinará que debe ser considerada como del otro sexo cuando [...] 1. cumple los presupuestos del § 1 núm. 1 a 3...» (la cursiva es añadida).

- (75) BverfG, 1 BVL 1/04 18.7.2006. En cuanto a los borradores y proposiciones veremos que contienen algunas reglas, fuera del registro, similares a la que introdujo el legislador alemán tras esta sentencia.
- (76) Sobre cómo estaba el Derecho comparado en aquel momento respecto de la exigencia de mayor o menor vinculación del extranjero con el foro *vid.* mi trabajo «La Ley 3/2007...», *loc. cit.*, p. 444.
- (77) Nuevo art. 49.5 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, según la Disposición final cuarta de la Proposición: «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».
- (78) También nuevo art. 49.5 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, según la Disposición final vigésimo cuarta del Borrador LGTBI «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».
- (79) Art. 13.2 de la Proposición.
- (80) Sin que ello haya eliminado, aún, la nota de especialidad del matrimonio homosexual. Sigue siendo mucho más fácil el reconocimiento internacional de un matrimonio heterosexual que el de un matrimonio homosexual.
- (81) Cuando hablo de productos jurídicos extranjeros en este contexto me refiero a leyes y no al reconocimiento de actos o decisiones consolidados en el extranjero. Si al alguien no se le reconoce por una ley equis su libre expresión de género, nunca vamos a enfrentarnos a valorar la eficacia del acto extranjero que la rechaza (no tiene sentido), pero sí podemos enfrentarnos tener que decidir si admitimos una libre expresión de género ante una autoridad propia que en principio (volveré sobre esto) esté gobernada por una ley extranjera que no la admite.
- (82) A los efectos de este primer acercamiento, incluyo también a los españoles que se encuentren en el extranjero, aunque no sean *residentes en el exterior*. Me da la impresión de que en la mente de los hacedores de la Proposición no estaba esta distinción.
- (83) Ciertamente esta coletilla es o puede ser un Caballo de Troya del sistema: de conformidad con las normas sobre competencia de autoridades (que pueden ser más restrictivas); de conformidad con las normas (otras) sobre ley aplicable que pueden decir otra cosa; de conformidad con las normas sobre reconocimiento del género manifestado, adquirido, ostentado... en el extranjero, que pueden ser más o menos rúcanas a la hora de su admisión.
- (84) Citadas Proposición de Ciudadanos y Borrador LGTBI, *supra* nota 1.
- (85) El Borrador LGTBI se limita a modificar el citado art. 91.2 LRD 2011 para remitir al procedimiento registral de modificación de sexo y/o nombre.
- (86) Art. 9 de la Proposición de los grupos Republicano/Plural y del Borrador trans.
- (87) Disposición Final segunda de la Proposición de Ciudadanos que modifica, precisamente, el art. 1 de la Ley 3/2007.
- (88) En este segundo grupo de casos, no estamos hablando de procedimiento de rectificación, pero sí de cómo accede al registro el nombre, por ejemplo, en el caso de una persona extranjera trans cuya documentación (sexo/nombre) no se corresponde con su identidad de género. *Vid.* *supra* el ejemplo del matrimonio consular o simplemente los derivados de una relación de filiación respecto de un español o de un nacido en España (situación similar a la de la citada sentencia del *Kammergericht*).
- (89) Curiosamente no prevén ninguna modificación similar para la LRC 2011.
- (90) Recordemos que la Proposición de Ciudadanos lo que hace es renovar el expediente previsto por dicha Ley. También es la solución del art. 91 LRC 2011.
- (91) Art. 18 Proposición de los grupos Republicano/Plural; art. 18 del Borrador trans, del que se separa ligeramente en las condiciones; y nueva Disposición adicional tercera de la Ley 3/2007, añadida por la Disposición final segunda de la Proposición de Ciudadanos.
- (92) Se añade también una modificación del art. 54.2 LRC 1957, según la cual «No pueden imponerse nombres que objetivamente sean contrarios a la dignidad de la persona ni los que hagan confusa la identificación» (Disposición Final tercera).
- (93) Art. 2 de la Proposición de Ciudadanos.
- (94) Art. 2 de la Proposición de los grupos Republicano/Plural y art. 2 del Borrador trans.
- (95) Art. 8 de ambos textos.
- (96) En la norma general sobre goce de derechos, no. En el comienzo de la norma específica sobre menciones en la documentación de extranjería, sí; y la final de estas mismas reglas vuelven a pontificar que «Las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, velarán por que la documentación administrativa reconozca la identidad de género de las personas extranjeras [otra vez] con independencia de su situación administrativa» (art. 18.2 de ambos textos).
- (97)

Nótese la similitud entre estas condiciones y las previstas por el transcrito § 1 de la TSG (supra nota 15).

**(98)**

U otras leyes en virtud de cómo se resolviese la cuestión previa sobre el género en materia de nombre, o de filiación, o de matrimonio, etc. (*vid.* supra apartado 3.2).

**(99)**

Por ejemplo, Sentencia de 16 de julio de 2020, *D contra Francia*, recurso núm. 11288/18 (accesible en la web del TEDH).