

OBSTÁCULOS DE GÉNERO A LA MOVILIDAD TRANSFRONTERIZA DE PERSONAS Y FAMILIAS

Dirección

Pilar Jiménez Blanco

Isabel Rodríguez-Uría Suárez

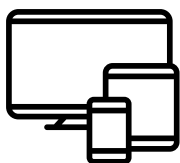




¡Gracias por confiar en nosotros!

La obra que acaba de adquirir incluye de forma gratuita la versión electrónica. Acceda a nuestra página web para aprovechar todas las funcionalidades de las que dispone en nuestro lector.

Funcionalidades eBook



**Acceso desde
cualquier dispositivo con
conexión a internet**



**Idéntica visualización
a la edición de papel**



Navegación intuitiva



Tamaño del texto adaptable

Síguenos en:



OBSTÁCULOS DE GÉNERO A LA MOVILIDAD TRANSFRONTERIZA DE PERSONAS Y FAMILIAS

OBSTÁCULOS DE GÉNERO A LA MOVILIDAD TRANSFRONTERIZA DE PERSONAS Y FAMILIAS

Dirección

Pilar Jiménez Blanco
Isabel Rodríguez-Uría Suárez



El presente libro se adscribe al Proyecto PID2021-123452OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE, en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (*BOE* n.º 131, 2-VI-2011).

COLEX 2024

Copyright © 2024

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial.

© Pilar Jiménez Blanco

© Isabel Rodríguez-Uría Suárez

© Editorial Colex, S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)

A Coruña, 15004, A Coruña (Galicia)

info@colex.es

www.colex.es

SUMARIO

PRÓLOGO

Pilar Jiménez Blanco e Isabel Rodríguez-Uría Suárez

Prólogo	17
---------------	----

PARTE I

LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN RELACIONES TRANSFRONTERIZAS

LA LARGA MARCHA EN POS DE LA AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO: EL PAPEL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Javier A. González Vega

(Pág. 25)

I. La lenta conformación de la autodeterminación sexual en la jurisprudencia del TEDH (1981-2002)	27
II. Una profundización en el contenido de los derechos asociados con la autodeterminación sexual (2003-2016)	30
III. <i>El gran salto adelante del Tribunal</i> : el asunto <i>A.P., Garçon y Nicot c. Francia</i> (2017)	33
IV. <i>Que nazcan cien flores</i> : cuestiones pendientes asociadas con otros colectivos <i>v. gra.</i> los supuestos intergénero	36
1. Las reclamaciones intersexuales/intergénero y el reconocimiento del género neutro	37
2. El derecho a la identidad de género y las normas en materia de derecho de asilo y política de extranjería	39
V. Las claves de la evolución: entre el consenso europeo y el voluntarismo jurisprudencial	39
VI. A modo de provisional conclusión: el TEDH y la paulatina construcción de unos «derechos personalísimos» asociados al art. 8 CEDH	43
VII. Bibliografía	46

ASPECTOS INTERNACIONALES DE LA AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO

Patricia Orejudo Prieto de los Mozos

(Pág. 51)

I. Cuestiones previas	52
II. Determinación del sexo legal	56
1. Asignación del sexo legal.	56
2. Reasignación del sexo legal.	60
III. La autodeterminación en situaciones internacionales	64
1. El obligado reconocimiento de categorías no binarias	64
A) Asignación de categoría no binaria con arreglo a una ley extranjera	64
B) Reconocimiento de la asignación de opción no binaria realizada con arreglo a una ley extranjera	66
2. Ejercicio del derecho a la autodeterminación ante autoridades españolas	68
A) Ejercicio del derecho a la autodeterminación de personas de naciona- lidad española	68
B) Ejercicio del derecho a la autodeterminación por personas extranjeras	72
IV. Conclusiones	75
VII. Bibliografía	76

IDENTIDAD PERSONAL, SEXUAL Y DE GÉNERO EN SITUACIONES TRANSFRONTERIZAS: ALGUNOS DESAFÍOS DE LA ERA DIGITAL

Ángeles Lara Aguado

(Pág. 79)

I. Introducción: la identidad personal como motor de disrupción del paradigma del reconocimiento en Derecho internacional privado en una sociedad globalizada	80
II. La identidad como derecho humano	89
1. Identidad personal, sexual y de género.	89
2. La más reciente faceta de la identidad: la identidad digital	95
A) Identidad digital y cartera europea de identidad digital	95
B) ¿Cómo afecta la cartera de identidad digital a las personas trans en situaciones transfronterizas?	100
III. Desafíos de la sociedad digital para promover la libertad de circulación de personas trans y la efectividad de su derecho a la vida privada y familiar	107
1. Viabilidad de la interoperabilidad digital de los Registros civiles de los Estados miembros de la Unión Europea	107
2. Otros retos: interoperabilidad de las plataformas digitales de las Administraciones públicas	113
IV. Conclusiones	114
V. Bibliografía	116

**IDENTIDAD DE GÉNERO Y TERCER GÉNERO EN ALEMANIA: NOVEDADES
Y DESAFÍOS TRAS LA NUEVA LEY DE AUTODETERMINACIÓN**

Rosa Miquel Sala

(Pág. 123)

I. Introducción	124
II. Una reforma necesaria	125
III. Panorámica de la nueva ley	127
IV. Principales desafíos	130
1. Voluntad unilateral como único requisito y cautelas para evitar precipita- ciones y fraudes	130
2. Declaración por menores de edad/personas incapaces.	132
3. Cuestiones relativas a la filiación y al derecho al nombre	134
4. El nuevo Art. 7a EGBGB	139
A) Antecedentes	139
B) ¿Una solución demasiado conservadora?	143
V. Conclusiones.	147
VI. Bibliografía.	148

**SISTEMAS BIOMÉTRICOS Y CONTROL DE FLUJOS MIGRATORIOS.
EL GÉNERO COMO OBSTÁCULO A LA MOVILIDAD TRANSFRONTERIZA**

Olaya Fernández Fernández

(Pág. 153)

I. Introducción	154
II. El uso de inteligencia artificial por las Administraciones públicas.	154
1. Las características de los sistemas de inteligencia artificial basados en algoritmos de aprendizaje automático. Riesgos y oportunidades para las Administraciones Públicas	157
2. En particular, la discriminación algorítmica	159
III. Sistemas biométricos en el control fronterizo del Espacio Schengen	162
1. El régimen de entrada de nacionales extracomunitarios	163
2. El empleo de inteligencia artificial en las labores de inspección fronteriza.	165
IV. Consideraciones finales a la luz del Reglamento (UE) 2024/1689 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial	168
V. Bibliografía	170

**SEXO, IDENTIDAD DE GÉNERO Y ORIENTACIÓN SEXUAL EN
EL CONTRATO DE TRABAJO TRANSFRONTERIZO**

Noelia Fernández Avello

(Pág. 173)

I. Planteamiento: incidencia del sexo, la identidad de género y la orientación sexual en el régimen del contrato de trabajo transfronterizo.	174
---	-----

SUMARIO

II. Protección en la fase de selección	177
III. Protección tras la celebración del contrato	180
1. Protección de la mujer trabajadora frente a una ley del contrato discrimi- natoria	180
2. Efectos del cambio de sexo de la persona trabajadora	185
3. Personas trabajadoras de tercer sexo/género: adaptación de la ley del contrato	187
4. Orientación sexual y derechos laborales derivados del estatuto familiar . .	189
IV. Aplicación de las medidas resultantes de la negociación colectiva	191
1. Aplicación de las medidas protectoras de los convenios colectivos	191
2. Aplicación de los planes de igualdad	193
V. Conclusiones	195
VI. Bibliografía	197

PARTE II

GÉNERO, ORIENTACIÓN SEXUAL Y MATRIMONIOS TRANSFRONTERIZOS

EL MATRIMONIO IGUALITARIO DESDE LAS LÓGICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ángel Espiniella Menéndez

(Pág. 203)

I. Introducción: la intersectorialidad del matrimonio igualitario transfronterizo . .	204
II. Lógica de Derecho internacional en el matrimonio igualitario	206
1. Derechos humanos y matrimonio igualitario	206
A) Ausencia de un derecho humano al matrimonio igualitario e irrele- vancia del elemento transfronterizo	206
B) El derecho humano a la vida privada y familiar en las relaciones igua- litarias: la atenuación del orden público en casos transfronterizos.	208
2. Integración europea y matrimonio igualitario	209
A) La libre circulación de personas y los cónyuges del mismo sexo o género	209
B) Configuración legal de la libertad fundamental	210
C) La idoneidad del método del reconocimiento para los matrimonios igualitarios.	211
3. Impacto de la lógica internacional en los sistemas constitucionales	213
III. Lógica de Derecho privado en el matrimonio igualitario transfronterizo . .	214
1. Validez y eficacia del matrimonio transfronterizo igualitario	214
A) La despreocupación de la UE por la celebración del matrimonio transfronterizo igualitario	214
B) El reconocimiento del matrimonio igualitario celebrado por autoridad extranjera.	216

SUMARIO

C) Patologías de las acciones de nulidad de matrimonio igualitario transfronterizo	218
2. La tutela judicial en casos de separación, divorcio y régimen económico del matrimonio transfronterizo igualitario	220
A) Inhibición de tribunales de Estados miembros para el matrimonio igualitario	220
B) Foro de necesidad y matrimonio igualitario vinculado a terceros Estados	221
C) Interacciones con la tutela judicial ejecutiva	222
3. Hacia la equiparación de derechos personales y patrimoniales de los cónyuges del mismo sexo o género.	223
A) Nacionalidad e identidad los cónyuges del mismo sexo o género	223
B) Derechos alimenticios y sucesorios del cónyuge del mismo sexo o género	224
IV. Conclusiones	226
V. Bibliografía	227

L'UNIONE DI COPPIE DEL MEDESIMO SESSO IN ITALIA: UN PROBLEMA ANCORA APERTO

Marco Rizzuti y Giacomo Pailli

(Pág. 233)

I. Profili di diritto interno	234
II. Profili di diritto internazionale privato	243
III. Bibliografia	256

EL CASO COMAN ENTRE EL TJUE Y EL TEDH: LA IDENTIDAD NACIONAL COMO LÍMITE ¿ILÍCITO? A LA PRÁCTICA DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN LA UE

Lucas Andrés Pérez Martín

(Pág. 259)

I. Coman-Hamilton, el cuento de nunca acabar	260
1. Los hechos, el conflicto de derechos	261
2. La resolución	262
3. Rumanía «en rebeldía».	264
II. La libertad de circulación y la identidad nacional en la UE	267
1. La libertad de circulación y residencia	268
2. La identidad nacional.	270
3. El TJUE y la identidad nacional	271
III. El interés nacional ante la interpretación del derecho a la vida privada y familiar en el CEDH.	273
1. El CEDH	274
2. La jurisprudencia reciente	275
3. Conclusiones jurisprudenciales	279

SUMARIO

IV. Coman, el TEDH y la identidad nacional rumana	280
1. Posible sentido final de la resolución del caso Coman en el TEDH	280
2. Desafíos del caso Coman al TEDH, al TJUE y a Rumanía.	282
3. Posible resultado práctico final de la resolución.	283
V. Conclusiones prospectivas.	284
VI. Bibliografía.	285

PARTE III FILIACIÓN Y RESPONSABILIDAD PARENTAL DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

LA INCIDENCIA DE LA AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FILIACIÓN

Isabel Rodríguez-Uría Suárez

(Pág. 291)

I. Introducción	292
II. La provisionalidad del contexto actual	293
1. La autodeterminación de género: una materia en construcción	293
A) El derecho a la autodeterminación de género	293
B) La ley aplicable a la autodeterminación de género	295
2. La filiación: una materia en transformación	296
A) La irrupción de nuevos modelos familiares	296
B) La ley aplicable a la filiación	298
III. La incidencia de la autodeterminación de género en la filiación	300
1. La interrelación entre la autodeterminación de género y la filiación	300
2. Problemas de Derecho aplicable.	303
A) La delimitación de estatutos.	303
B) El juego del orden público	307
IV. La dimensión registral: un problema añadido.	309
1. El molde legeforista del Registro Civil.	309
2. Eficacia registral de la aplicación del Derecho extranjero	310
V. Conclusiones.	312
VI. Bibliografía.	313

ADOPCIÓN INTERNACIONAL, ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO. PERSPECTIVAS DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Antonia Durán Ayago

(Pág. 317)

I. Contexto.	318
----------------------	-----

SUMARIO

II. Entre el derecho a ser adoptado y la posibilidad de poder adoptar.	323
1. Adopción y derecho del niño a vivir en familia, pero ¿qué familia?	323
2. Derecho a la vida privada y familiar y su relación con la orientación se- xual y la identidad de género	327
III. Perspectivas desde la jurisprudencia del TEDH	328
1. Adopción monoparental	329
A) <i>Fretté c. Francia</i> , de 26 de febrero de 2002	329
B) <i>E. B. c. Francia</i> , de 22 de enero de 2008	330
2. Adopción coparental	331
A) <i>Gas y Dubois c. Francia</i> , de 15 de marzo de 2012	331
B) <i>X y otros c. Austria</i> , 19 de febrero de 2013 (Gran Sala).	332
C) <i>Boeckel y Gessner-Boeckel c. Alemania</i> , 7 de mayo de 2013	332
3. Adopción conjunta	333
IV. Acceso a la adopción internacional, Derecho aplicable y reconocimiento. .	333
1. Fase previa y constitución de la adopción internacional. Derecho aplicable	333
2. Reconocimiento de adopciones internacionales con elemento LGTBIQ. . .	335
V. Conclusiones.	338
VI. Bibliografía.	339

LA CO-MATERNIDAD EN ESPAÑA Y SU RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO ITALIANO. A PROPÓSITO DE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO (UE) SOBRE FILIACIÓN

Natalia Vígano Martínez

(Pág. 341)

I. Introducción.	342
II. La co-maternidad en el ordenamiento jurídico español. Evolución y esta- do actual de la cuestión	343
III. Reconocimiento de la doble maternidad en el ordenamiento jurídico ita- liano	347
IV. La propuesta de Reglamento (UE) sobre filiación	351
V. Conclusiones.	354
VI. Bibliografía.	355

O RECONHECIMENTO EM PORTUGAL DO ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO NO ESTRANGEIRO. O CASO DA FILIAÇÃO SÓCIO-AFECTIVA MULTIPARENTAL BRASILEIRA

Helena Mota

(Pág. 359)

I. O estabelecimento da filiação sócio-afectiva no Brasil.	360
1. Conceito, efeitos e delimitação de figuras afins	360
2. Modalidades e requisitos.	361

SUMARIO

II. O reconhecimento em Portugal da filiação sócio-afetiva estabelecida no Brasil	363
1. A posição dos tribunais portugueses e a invocação da ordem pública internacional do Estado português	363
2. O estabelecimento da filiação em Portugal: da «verdade biológica» à «afetividade»	369
3. A multiparentalidade e a aquisição da nacionalidade portuguesa.	373
III. Observações conclusivas.	375
IV. Bibliografia	376

PARENTHOOD AND THE PRINCIPLE OF RECOGNITION: WHAT IS THERE TO RECOGNIZE?

Konrad Duden

(Pág. 379)

I. Introduction	380
II. The principle of recognition	381
1. Recognition of companies and names	381
2. Recognition of family relationships	382
3. Similarities to recognition	384
III. Hallmarks of procedural recognition	385
1. Object of recognition	385
2. Extension of legal effects	386
3. Prohibition of révision au fond.	387
4. Precedence of recognition over autonomous determination.	388
IV. Object of recognition	389
1. Legal situation as such.	389
2. Register entry	390
3. The registration as such.	392
V. Justification of recognition	393
VI. Bibliography	395

CUSTODIA/VISITA, VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LA SALVAGUARDIA DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS EN SITUACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES

Carmen Ruiz Sutil

(Pág. 397)

I. Introducción	398
II. Mecanismos de derechos humanos e interés superior de las niñas y de los niños expuestos a la violencia de género	402
III. Competencia judicial internacional para la custodia/visita en situaciones con violencia de género	409

SUMARIO

1. Juzgado mixto español	409
2. Independencia del foro de la residencia habitual de los hijos e hijas.	410
3. Modulación de otros foros del Reglamento 2019/1111 ante situaciones con violencia de género	420
IV. Derecho aplicable a las medidas civiles de custodia/visita cuando existe violencia de género.	424
1. Derecho aplicable conforme al CLH de 1996	424
2. Respuestas del ordenamiento jurídico español	425
3. Medidas provisionales o de urgencia	430
V. Conclusiones.	434
VI. Bibliografía.	436

UN PASO EN LA ERRADICACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LA UE: ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA 2024/1385 Y SU IMPLEMENTACIÓN EN ESPAÑA

Beatriz Vázquez Rodríguez

(Pág. 441)

I. Introducción.	442
II. La Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.	445
1. La propuesta de la Comisión: Un primer paso en la erradicación de esta lacra.	446
2. Las posiciones de las instituciones colegisladoras: una rebaja —con matices— de su contenido.	450
III. El impacto de la Directiva en el ordenamiento jurídico español	456
IV. Un compromiso incompleto, pero en la dirección correcta	461
V. Bibliografía	462

PRÓLOGO

1. Una Jornada, y este libro colectivo derivado de ella, sobre «Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza» se justifica y se explica con su mismo título. Estos trabajos se adscriben al Proyecto de I+D+i PID2021-123452OB-I00, «Retos jurídicos para una sociedad inclusiva: obstáculos de género a la vida privada y familiar en casos de movilidad transfronteriza» (GENDERMOB). El proyecto busca identificar y reducir las fronteras legales a la movilidad de las personas y de sus familias que se producen por razón del género, con el fin de lograr que las sociedades de acogida de las personas migrantes sean más inclusivas e igualitarias, especialmente en lo referente a mujeres, personas transexuales o de género no binario y matrimonios/parejas entre personas del mismo sexo. Para ello, se requiere un estudio jurídico sobre las barreras existentes a la vida privada y familiar vinculados al género —con propuestas de solución— en casos de movilidad transfronteriza de personas y de sus familias. Las situaciones paradójicas son conocidas, a saber: personas con diferente género en función de cada país con las dificultades derivadas de una doble identidad; matrimonios del mismo sexo o hijos reconocidos en la documentación administrativa, pero sin eficacia civil, lo que les impide acceder, por ejemplo, al derecho de alimentos o a derechos sucesorios.

Los ejes temáticos se estructuran sobre la base de la identidad de género en las relaciones transfronterizas; el género, orientación sexual y matrimonios transfronterizos; y la filiación y responsabilidad parental desde una perspectiva de género. Se ha combinado el enfoque individual —partiendo de la autodeterminación de género y todas sus implicaciones en situaciones internacionales— y el enfoque familiar, considerando el impacto que el género puede tener dependiendo de la concepción estatal del matrimonio y del modo de establecimiento de la relación de filiación. En torno a estos ejes, los estudios se realizan a partir de una confluencia de instrumentos normativos que conforman las realidades jurídicas actualmente existentes, que incluye la protección desde la perspectiva de los derechos humanos, la configuración constitucional, las divergencias de modelos en Derecho comparado y la incidencia del Derecho de la Unión Europea a través de la libre circulación de personas cuando las leyes nacionales se convierten en frontera.

2. La dimensión individual comienza con el estudio de J. GONZÁLEZ VEGA, sobre el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a partir de una interpretación marcadamente evolutiva del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que ha ido consolidándose a lo largo de cuatro décadas, aunque el derecho a la vida privada siga siendo un derecho «en construcción» sobre la base de la propia evolución de los Derechos nacionales.

Sobre esta base, y considerando las tendencias presentes en algunos Estados, cabe apreciar la dimensión que la autonomía de la voluntad de las personas va adquiriendo en este ámbito, vinculando la autodeterminación de género al libre desarrollo de la personalidad y eliminando requisitos o condicionantes que la limite. Los ejemplos se visibilizan en el Derecho español con la Ley 4/2023, analizada por P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, y en el Derecho alemán, estudiado por R. MIQUEL SALA. No obstante, la atención frente a los retos que plantean las situaciones transfronterizas no es la misma: la normativa ha española las ha desatendido, sin dar una adecuada respuesta a las personas extranjeras que se encuentran en España y desconociendo soluciones diferentes de Derecho comparado. La normativa alemana, sin embargo, ha introducido en el art. 7a EGBGB una norma de conflicto específica para la identidad de género, según la cual las personas extranjeras residentes en Alemania pueden elegir la ley alemana para su cambio de sexo, manteniéndose la nacionalidad como punto de conexión aplicable en defecto de elección válida.

La evolución normativa sigue dejando también diferencias sustantivas significativas. Frente al modelo binarista —que mantiene, entre otros, el Derecho español— numerosos países —entre ellos, nuevamente el Derecho alemán— reconocen el género neutro, lo que genera nuevamente problemas de doble identidad vinculada a los casos de movilidad internacional que no tienen, hasta la fecha, una solución armonizada, ni siquiera desde la perspectiva de un reconocimiento jurisprudencial por parte del TEDH.

En todo este contexto, la incidencia de la libre circulación de personas está siendo esencial para tratar de minimizar —hasta donde el Derecho UE pueda alcanzar— estos obstáculos a la movilidad. En el reciente caso *Mirin* (asunto C-4/23), el TJUE ha extendido el criterio de reconocimiento mutuo a la identidad de género, extrapolando a este ámbito la doctrina *García Avello*, aplicable al régimen del nombre y de los apellidos. Según el TJUE, este reconocimiento debe tener, además, su reflejo en el Registro civil de los Estados miembros lo que refuerza la tendencia hacia una identidad única en la UE.

En esta línea de evitar obstáculos no justificados a la movilidad europea, son importantes los trabajos desarrollados en torno a la cartera europea de identidad digital, tal y como muestra la contribución de A. LARA AGUADO. Su finalidad es promover el reconocimiento de la identificación de las personas en los Estados Miembros de la Unión Europea, así como de las declaraciones de atributos sobre su identidad, entre los que se encuentra el relativo al sexo y nombre de las personas trans y otros elementos de su estado civil y

filiación, estableciendo un modelo que permite presumir la validez de tales atributos, lo que puede ser un paso para avanzar hacia una libertad de circulación más efectiva.

También en el contexto europeo, se presta atención, en el análisis de O. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, al sistema de gestión de control de fronteras exteriores en el espacio Schengen, en el que preocupan las novedosas formas de empleo de los sistemas de inteligencia artificial (IA), en la medida en que puedan encubrir una discriminación algorítmica basada en el género y la raza.

Finalmente, en este bloque dedicado a la dimensión individual, se incluye el trabajo de N. FERNÁNDEZ AVELLO, que analiza la incidencia que, sobre el régimen de contrato transfronterizo, puede tener el hecho de que la persona trabajadora sea mujer, transexual o de tercer género/sexo, así como su orientación sexual. El estudio se centra en las condiciones laborales igualitarias desde la fase de selección hasta la aplicación de las disposiciones resultantes de la negociación colectiva.

3. La segunda parte del libro analiza la incidencia del género de las personas para el matrimonio, dependiendo de la configuración que este tenga en los Derechos nacionales y, fundamentalmente, la admisión o no del matrimonio entre personas del mismo sexo. Nuevamente la cuestión se analiza con un esquema «descendente» que va desde el alcance del derecho humano a contraer matrimonio hasta los obstáculos existentes a la movilidad familiar en la UE, partiendo de la diversidad de regulaciones en Derecho comparado. Precisamente, el estudio de A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, dedicado al matrimonio igualitario, concluye con la necesidad de atenuar el orden público de los Estados contrarios al matrimonio entre personas del mismo sexo. Esto resultará especialmente útil para afrontar cuestiones relacionadas con la separación legal, divorcio y régimen económico, así como la identidad, la nacionalidad y los derechos alimenticios y sucesorios del cónyuge del mismo sexo o género.

En este contexto, tampoco es casual la elección del Derecho italiano como modelo de Derecho comparado. Así, en el trabajo de M. RIZZUTI y G. PAILLI, se visibiliza la doble vertiente de su regulación que se mueve entre no admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo para situaciones internas, pero sí establecer un sistema de reconocimiento para matrimonios celebrados en el extranjero.

Cabe preguntarse qué ha hecho el Derecho UE hasta la fecha considerando el evidente obstáculo a la movilidad derivado de las diferentes regulaciones estatales. El caso *Coman* (asunto C-673/16) ha sido paradigmático, pero presenta debilidades. Por una parte, como muestra L. A. PÉREZ MARTÍN, la Sentencia del TJUE aún no ha sido ejecutada, y el señor Coman no ha podido residir nunca en Rumanía con Hamilton, lo que ha motivado un procedimiento de incumplimiento de la Comisión ante el TJUE y una demanda

ante el TEDH. En este contexto, está pendiente además la cuestión prejudicial *Wojewoda Mazowiecki* (asunto C-713/23), en relación con el Derecho polaco, manifiestamente contrario al matrimonio entre personas del mismo sexo. Es una incógnita saber cuál va a ser la decisión del TJUE pero, considerando la ausencia de competencia de la UE en materia civil, parece poco probable una extensión directa del planteamiento sostenido en *Mirin*: primero, porque la autodeterminación de género está directamente vinculada a la identidad y es un hecho, además, en el que no es fácilmente escindible una dimensión civil y una dimensión administrativa a diferencia de lo que ocurre con el tratamiento del matrimonio; segundo, porque en el asunto *Mirin*, el TJUE refuerza su fallo a partir de la posición del TEDH sobre la clara vulneración del art. 8 CEDH por parte del Derecho rumano, sin que se dé un contexto semejante en el caso de la jurisprudencia del TEDH para el ámbito matrimonial.

4. La tercera parte del libro aborda la incidencia del género en las relaciones familiares, considerando el establecimiento de la filiación biológica y adoptiva y extendiendo el análisis a nuevos modelos familiares. En este ámbito, también se valora el impacto que las situaciones de violencia de género pueden tener sobre las decisiones sobre familia.

El objetivo se ilustra claramente con la frase de URSULA VON DER LEYEN en su discurso sobre el estado de la Unión del año 2020, donde afirmó que «si usted es madre o padre en un país, también lo es en todos los demás países». Su consecución, no obstante, no resulta tan sencilla porque, tal como muestra I. RODRÍGUEZ-URÍA, la autodeterminación de género y la filiación son estatutos distintos, pero necesariamente interrelacionados, lo que obliga a una delimitación entre diferentes leyes aplicables. En esta ecuación es necesario tener en cuenta, además, el orden público y la normativa registral del foro que condiciona claramente las soluciones de Derecho aplicable.

También presenta su singularidad la perspectiva de género en el régimen jurídico de la adopción transfronteriza, analizada por A. DURÁN AYAGO. El interés superior del niño en una adopción internacional obliga a las entidades públicas de los Estados implicados a proporcionarle la familia más idónea, sin que la orientación sexual o la identidad de género de los adoptantes deban desempeñar un papel decisivo, pero constatando que no todos los Estados abren la adopción a las personas o parejas LGTBIQ.

Todo ello se ve envuelto en un cambio de paradigma en el establecimiento de la filiación, en la introducción de modelos familiares mucho más allá de vínculos biológicos y en una propuesta de Reglamento europeo de resultado aún incierto. Se valora, en el trabajo de N. VIGANO MARTÍNEZ, la viabilidad del reconocimiento de la doble maternidad mediante técnicas de reproducción asistida en España e Italia, considerando dadas las notables diferencias que caracterizan su regulación en ambos sistemas jurídicos y cómo, en su caso, el futuro Reglamento puede acoger la diversidad de modelos de familia.

También se estudia, por H. MOTA, el reconocimiento en Portugal del establecimiento de la filiación socio-afectiva multiparental brasileña, y la pro-

blemática que ello ha suscitado en la práctica judicial. La invocación de la cláusula de excepción del orden público, la supuesta desviación del principio de «verdad biológica» y los problemas inherentes a la multiparentalidad son cuestiones comunes que aparecen en las decisiones de los tribunales portugueses.

¿Qué ha hecho la UE en este escenario? Nuevamente, el principio de reconocimiento mutuo expuesto en *Coman* aparece en la Sentencia en el caso *Pancharevo* (asunto C-490/20). Sobre esta base, K. DUDEN sostiene que el citado principio es una institución de reconocimiento procesal, en el que se da efectos al acto formal de registro de un estatuto en un Estado miembro, pero, dado que los registros civiles generalmente no tienen carácter vinculante, los Estados miembros no quedan vinculados por el contenido sustancial del registro. Esto conllevaría la aplicación, en cada caso, de las normas de conflicto de cada Estado y mantendría, de hecho, una divergencia de soluciones. Un reconocimiento, por tanto, con una eficacia limitada.

Finalmente, el tratamiento de la violencia contras las mujeres se realiza desde una doble perspectiva. Por una parte, C. RUIZ SUTIL, examina la relevancia del enfoque de género en los procesos sobre responsabilidad parental, tanto para el ámbito de la competencia judicial internacional como para el sector del Derecho aplicable, tratando de establecer pautas para la concreción del interés superior del niño y de la niña que cohabitan con la violencia de género/doméstica. Por otra parte, B. VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, analiza la Directiva (UE) 2024/1385 sobre la lucha contra la violencia contras las mujeres y la violencia doméstica, cuyo propósito es garantizar un nivel mínimo de protección contra este tipo de violencia en toda la Unión Europea que, aunque haya sufrido una rebaja de sus contenidos con respecto de la propuesta inicial de la Comisión, obligará al legislador a realizar reformas para ajustarse a su contenido jurídico.

5. No pueden buscarse en este libro, porque no se encontrarán, respuestas a todas las cuestiones planteadas, pero sí a algunas y la evidencia de situaciones que los legisladores, y los tribunales, deberán ir resolviendo. Más allá —y al margen— de posicionamientos ideológicos, las contribuciones incluidas en este libro muestran cómo los diferentes estadios de regulaciones estatales determinan una barrera importante a la movilidad de personas y de familias. Está inevitablemente presente el equilibrio entre el derecho individual al libre desarrollo, la tendencia hacia una identidad única y la concepción identitaria como argumento estatal para defender sus propios modelos sobre la autodeterminación de género o las relaciones familiares generadas en torno a personas del mismo sexo. La jurisprudencia del TEDH ha ido avanzando hacia un núcleo duro armonizador, que atenúa las divergencias, pero sin alcanzar a nivelar la respuesta en relación con el tercer género o el matrimonio igualitario. Por su parte, la ausencia de competencia de la UE en materia de Derecho civil determina una respuesta a medias, siempre inacabada, y causante de importantes incongruencias en torno a matrimonios o

filiaciones que pueden ser, a la vez, válidos para la movilidad, pero nulos para desplegar efectos sustantivos. En todo caso, se está recorriendo el camino hacia una identidad única, al menos en el ámbito europeo, que tarde o temprano acabará llegando.

En Oviedo, a 21 de octubre de 2024

Pilar Jiménez Blanco e Isabel Rodríguez-Uría Suárez

PARTE I

**La identidad de género en
relaciones transfronterizas**

LA LARGA MARCHA EN POS DE LA AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO: EL PAPEL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS*/**

Javier A. González Vega

*Catedrático de Derecho internacional público
Universidad de Oviedo*

Sumario: I. La lenta conformación de la autodeterminación sexual en la jurisprudencia del TEDH (1981-2002). II. Una profundización en el contenido de los derechos asociados con la autodeterminación sexual (2003-2016). III. *El gran salto adelante* del Tribunal: el asunto *A.P., Garçon y Nicot c. Francia* (2017).

* La publicación se adscribe al Proyecto PID 2021-123452OB-I00, «Retos jurídicos para una sociedad inclusiva: obstáculos de género a la vida privada y familiar en casos de movilidad transfronteriza» financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE).

** Conviene destacar —y de ahí el objeto de la presente ponencia— que no sólo el art. 8 CEDH plantea cuestiones desde la perspectiva de la identidad de género. De hecho, como revelan los asuntos sometidos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estos conciernen obviamente al art. 12, pero también al artículo 3 (derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes), al 6 (derecho a un juicio justo), al 14 (derecho a no ser discriminado), e incluso al art. 1 del Protocolo 1 (derecho de propiedad). Por otra parte, es precisa una aclaración sobre la metáfora presente en el título. Alude no a la obra homónima de 1979 de STEPHEN KING (alias Richard Bachman), sino al episodio de la guerra civil china (1934-1935) que supuso no sólo un largo periplo del ejército rojo sino al mismo tiempo una estrategia para sortear su debilidad en aquel momento frente a las fuerzas nacionalistas. Esta y otras metáforas del «gran timonel» aflorarán en este trabajo. Señalemos, no obstante, que el que esto escribe no se identifica con el maoísmo, aunque tiene gran querencia por el pensamiento del Profesor Ch. CHAUMONT, que sí flirteó con él en su célebre curso de la Academia de Derecho internacional de La Haya de 1970, «*Cours général de droit international public*», *RCADI*, 1970, t. 129, pp. 333-528 (al respecto *vid.* JOUANNET, E., «The legal theory of Charles Chaumont»; texto accesible en: https://etourmejouanet.wordpress.com/wp-content/uploads/2014/10/the_legal_theory_of_c-chaumont.pdf, así como MOUTON, J. D. y SIERPINSKI, B., «La pensée juridique de Charles Chaumont», *Civitas Europa*, n.º 35, 2015, pp. 197-223). Finalmente, llamo la atención sobre el hecho de que las fuentes electrónicas consultadas lo han sido por última vez el 2 de julio de 2024.

gran salto adelante del Tribunal: el asunto *A.P., Garçon y Nicot c. Francia* (2017). IV. *Que nazcan cien flores*: cuestiones pendientes asociadas con otros colectivos *v. gra.* los supuestos intergénero: 1. *Las reclamaciones intersexuales/intergénero y el reconocimiento del género neutro*. 2. *El derecho a la identidad de género y las normas en materia de derecho de asilo y política de extranjería*. V. Las claves de la evolución: entre el consenso europeo y el voluntarismo jurisprudencial. VI. A modo de provisional conclusión: El TEDH y la paulatina construcción de unos «derechos personalísimos» asociados al art. 8 CEDH. VII. Bibliografía.

Resumen: La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha desempeñado un papel fundamental para establecer un derecho a la autodeterminación de género fundado en su interpretación marcadamente evolutiva del art. 8 de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH). El proceso, no obstante, se ha revelado arduo y ha requerido de más de 40 años para su consolidación, articulándose en sucesivas etapas sucesivamente superadas por el propio Tribunal. Con todo, sus resultados son aún limitados dado que las reivindicaciones de algunos colectivos LGTBIQ+ aún no han encontrado acogida en la jurisprudencia del TEDH como es el caso de las personas intergénero (género neutro). Por otra parte, el análisis de la fundamentación de la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal revela una utilización en ocasiones poco rigurosa de las propias técnicas ideadas por él: en concreto, conceptos como el consenso europeo y el correlativo margen de apreciación de los Estados no son aplicados de manera uniforme en algunas de sus decisiones, pareciendo reflejar su puntual abandono un activismo judicial compasivo con algunas de las afflictivas situaciones denunciadas por los recurrentes.

Palabras clave: CEDH – TEDH - Autodeterminación de género – LGTBIQ+ - Transexualidad – Transgénero – Intersex - Intergénero

Abstract: The jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) has played a fundamental role in establishing a right to gender self-determination based on its markedly evolutionary interpretation of art. 8 of the European Convention on Human Rights. The process, however, has proven arduous and has required more than 40 years to consolidate through successive steps surpassed by the own Court. On one hand, its results are still limited given that the claims of some LGTBIQ+ groups have not yet found acceptance in the Court's jurisprudence, as is the case of intergender persons (neutral gender). On the other hand, the analysis of the foundation of the jurisprudence developed by the ECtHR reveals a sometimes lax use of the techniques devised by the Court itself: specifically, concepts such as the European consensus and the correlative margin of appreciation of the States are not applied uniformly in some of their decisions. In fact, their punctual abandonment seems to reflect a compassionate judicial activism aligned with some of the afflictive situations denounced by the appellants.

Keywords: ECHR – ECtHR – Gender self-determination – LGTBIQ+ - Transexuality – Transgender – Intersex – Intergender

I. La lenta conformación de la autodeterminación sexual en la jurisprudencia del TEDH (1981-2002)

A la hora de abordar el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con las cuestiones de la autodeterminación de género es conveniente no perder de vista el contexto socio-histórico en el que se ha venido conformando su jurisprudencia sobre el particular. En tal sentido lo primero que ha de destacarse es que el punto de partida en la jurisprudencia de Estrasburgo —como no podía ser de otra manera— revelaba una patente hostilidad hacia las cuestiones planteadas por parte de las denominadas antaño «minorías sexuales». En tal sentido, a propósito de la homosexualidad, como destacara P. HILT:

«jusqu'au milieu des années 70, la Commission européenne des droits de l'Homme manifestait un véritable mépris à l'égard de la cause homosexuelle. Elle rejetait en effet toutes les requêtes individuelles par lesquelles certains homosexuels se plaignaient de dispositions nationales incompatibles à leurs yeux avec la Convention et plus particulièrement avec son article 8. Cette position extrêmement sévère ne pouvait cependant perdurer. Les nombreuses réformes engagées par les États membres du Conseil de l'Europe dans le domaine familial incitaient directement la Commission à une évolution¹».

La cuestión ciertamente cambió y en tal sentido hubo ciertos hitos que conviene recordar pues dan testimonio de la paulatina acomodación de los, entonces, órganos de control de la Convención europea a las nuevas realidades. En primer término, conviene consignar, dada su transcendencia, la despenalización de la homosexualidad masculina, abordada en el emblemático asunto *Dudgeon c. Reino Unido*², a la que seguirán luego toda una serie de desarrollos que han venido a confortar un creciente reconocimiento

1 Cfr. HILT, P., *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, pp. 339-364; cit. en GUTIÉRREZ CASTILLO, V., «Ciudadanía europea y protección de la vida familiar. Especial referencia a los nuevos modelos de familia», *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n.º 1, 2021, pp. 22-23, n.º 21.

2 Sentencia TEDH de 22 de octubre de 1981, *Dudgeon c. Reino Unido*, demanda n.º 7525/76, ECLI:CE:ECHR:1981:1022JUD000752576. Al respecto vid. DUBIN, A., «Forty Years Since Dudgeon. The impact of this Historic Case on the LGBTQIA+ Rights Movement», en ADROHER BIOSCA, S. y CLARO QUINTÁNS, I. (dirs.), *El derecho internacional público en la frontera de los derechos humanos: libro homenaje a la profesora Dra. Cristina J. Gortázar Rotaeché*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2023, pp. 433-446.

de los derechos asociados con este colectivo³, aun cuando suscite discusión su efectivo alcance respecto de grupos afines⁴.

Sin embargo, respecto de la transexualidad la cuestión se demoró un tanto⁵, pese a que ya en la década de los 90 alguna decisión había prefigurado un

- 3 De este modo ha llegado incluso a reconocerle derechos paternofiliales, como el derecho de custodia (Sentencia TEDH de 21 de diciembre de 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, demanda n.º 33290/96, ECLI:CE:ECHR:1999:1221JUD003329096) o el derecho a la adopción (Sentencia TEDH (Gran Sala) de 22 de enero de 2008, *E.B. contra Francia*, demanda n.º 43546/02, ECLI:CE:ECHR:2008:0122JUD004354602). Asimismo, se han protegido los derechos patrimoniales (Sentencia TEDH de 24 de julio de 2003, *Karner c. Austria*, demanda n.º 40016/98, ECLI:CE:ECHR:2003:0724JUD004001698) o asistenciales (Sentencia TEDH de 22 de julio de 2010, *P.B. y J.S. c. Austria*, demanda n.º 18984/02, ECLI:CE:ECHR:2010:0722JUD001898402) en el marco de uniones civiles y/o de hecho, garantizando así la vida familiar en el marco de los nuevos modelos de familia. Asimismo, se ha reforzado la protección de los miembros del colectivo LGTBQ+ frente a ataques y acosos sancionando la negligencia de la prevista cobertura policial (Sentencia TEDH de 16 de diciembre de 2021, *Women's Initiatives Supporting Group and Others c. Georgia*, demandas n.º 73204/13 y n.º 74959/13, ECLI:CE:ECHR:2021:1216JUD007320413; Sentencia TEDH de 17 de mayo de 2022, *Oganezova c. Armenia*, demandas n.º 71367/12 y n.º 72961/12, ECLI:CE:ECHR:2022:0517JUD007136712). Sobre el particular *vid.* BORILLO, D., «De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual», en *Revista Estudios Jurídicos*. Segunda Época, 2012, n.º 11; texto accesible en <https://revistaselectronicas.ujae.es/index.php/rej/article/view/629>. Esta evolución, no obstante, se ha detenido por el momento respecto al *ius connubii*. En tal sentido, en el asunto *Schalk y Kopf c. Austria*, el TEDH recuerda que todas las parejas precisan un reconocimiento jurídico y protección, aunque el tribunal no reconoció un derecho fundamental a contraer matrimonio en estos casos, pues estimó que el «margen de apreciación» garantizaba su competencia exclusiva para establecer los modos y las formas en los que aquel podría llevarse a cabo [cfr. Sentencia TEDH (Gran Sala) de 26 junio 2010, *Schalk y Kopf c. Austria*, demanda n.º 30141/04, ECLI:CE:ECHR:2010:0624JUD003014104].
- 4 Existen, sin embargo, planteamientos críticos con esta valoración. En tal sentido, desde una perspectiva «interseccional feminista» que valora especialmente la dimensión de género en las demandas relacionadas con la orientación sexual se ha sostenido que las reclamaciones lesbianas han sido invisibilizadas y marginadas por el Tribunal (Cfr. HODSON, L., «Sexual orientation and the European Convention on Human Rights: What of the «L» in LGBT?», *Journal of Lesbian Studies*, vol. 23, 2019, pp. 383-396).
- 5 De hecho, a diferencia de la extinta Comisión, el Tribunal siempre se había mostrado comprensivo con las políticas y legislaciones nacionales en relación con este fenómeno, aludiendo a la dispar legislación de los Estados en la materia y la consiguiente falta de unidad de criterio entre ellos, de lo que se derivaba un amplio «margen de apreciación», que el TEDH había de respetar. En tal sentido, Sentencia TEDH de 6 de noviembre de 1980, *Van Oosterwijck c. Bélgica*, demanda n.º 7654/76, ECLI:CE:ECHR:1980:1106JUD000765476; Sentencia TEDH de 10 de octubre de 1986, *Rees c. Reino Unido*, demanda n.º 9532/81, ECLI:CE:ECHR:1986:1017JUD000953281; Sentencia TEDH de 27 de septiembre de 1990, *Cossey c. Reino Unido*, demanda n.º 10843/84, ECLI:CE:ECHR:1990:0927JUD001084384; Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 30 de junio de 1993, *D.N. c. Francia*, demanda n.º 17557/90, ECLI:CE:ECHR:1993:0630DEC001755790; Sentencia TEDH (Gran Sala) de 22 de abril de 1997, *X., Y. y Z. c. Reino Unido*, demanda n.º 21830/93, ECLI:CE:ECHR:1997:0422JUD002183093; Sentencia TEDH (Gran Sala) de 30 de julio de

enfoque novedoso del tema. En este sentido, merece destacarse el asunto *B. c. Francia* toda vez que, en él, el Tribunal adoptaba una argumentación ciertamente muy diferente de la sustentada por el Estado demandado. De hecho, abstrayéndose del principio del Derecho civil francés relativo a la indisponibilidad de la persona, el TEDH se centraba obviamente en el individuo como objeto de protección para advertir que, de acuerdo con el art. 8 CEDH, éste posee un derecho al respeto de su vida privada y familiar que entraña —en una interpretación juzgada por algún autor como «muy creativa»— el derecho a un desarrollo personal no sólo en su vida privada sino en su vida social, el cual se ve afectado cuando el Estado le impide cambiar de estado civil⁶. La solución apuntada, sin embargo, aparecía transida de particularismo y no parecía —de hecho, así fue— transpolable a casos semejantes.

Pero sin duda respecto del tema que concretamente nos ocupa el acontecimiento fundamental lo constituyen las decisiones dictadas por el Tribunal en 2002. En efecto, con los pronunciamientos del TEDH en los asuntos *Christine Goodwin c. Reino Unido* e *I. c. Reino Unido*⁷, lo que exige en lo sucesivo el Tribunal de Estrasburgo es que si una legislación nacional admite la posibilidad de proceder a operaciones de conversión sexual, el Estado debe ser luego coherente con tal medida, de modo que ha de facilitar a los interesados la posibilidad de proceder al cambio de datos sobre su estado civil, ha de conferirse igualmente a éstos la facultad de contraer matrimonio con una persona de su sexo originario y ha de admitirse la posibilidad de asumir los roles sociales reconocidos al nuevo sexo en relación a la paternidad o maternidad⁸.

Ciertamente, esta nueva jurisprudencia contrasta vivamente con la que el TEDH había mantenido hasta ese momento. De hecho, desde hacía más de 2 décadas los órganos de la Convención habían venido abordando asuntos sobre transexualidad y nunca, hasta entonces se había llegado a las conclu-

1998, *Sheffield y Horsham c. Reino Unido*, demandas n.º 22985/93 y n.º 23390/94, ECLI:CE:ECHR:1998:0730JUD002298593. Sobre el particular *vid.* SANZ CABALLERO, S., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: Historia de un cambio de criterio», *American University International Law Review*, vol. 29, 2014, pp. 831-868.

6 Sentencia TEDH de 25 de marzo de 1992, *B. c. Francia*, demanda n.º 13343/87, ECLI:CE:ECHR:1992:0325JUD001334387. De hecho, ante la condena la sala de lo civil de la *Cour de Cassation* se avino a tal solución en sus decisiones de 22 de diciembre de 1992. Al respecto *vid.* asimismo el comentario de FRISON ROCHE, M.A., accesible en: <https://mafr.fr/fr/article/cour-europeenne-des-droits-de-lhomme-6/>.

7 Sentencias TEDH de 11 de julio de 2002, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, demanda n.º 28957/95, ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002895795 e *I. c. Reino Unido*, demanda n.º 25680/94, ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002568094.

8 Sobre el contenido de estas decisiones *vid.* el análisis coetáneo en nuestra contribución «Derecho a la identidad sexual: la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 1, mayo de 2003.

siones planteadas en los asuntos *Goodwin* e *I*⁹. Obviamente, consciente del «giro jurisprudencial¹⁰», el tribunal justifica sus pronunciamientos aludiendo a que la Convención es un «instrumento vivo» que ha de interpretarse siempre atendiendo a las circunstancias específicas de cada momento histórico, y a que sólo recientemente ha empezado a vislumbrarse un «consenso europeo» favorable al reconocimiento de la transexualidad con todas sus consecuencias¹¹. Por cierto, sobre este «*constructo* jurisprudencial» y sus avatares incidiremos más adelante.

II. Una profundización en el contenido de los derechos asociados con la autodeterminación sexual (2003-2016)

Franqueado el Rubicón en el año 2002, las decisiones posteriores del Tribunal han ido cimentando los derechos asociados con la autodeterminación de género. En tal sentido, tan sólo un año después el asunto en el asunto *Van Kück v. Alemania* llevaba al TEDH a sostener que el artículo 8, relativo a la protección de la vida privada y familiar, protege el derecho al desarrollo personal y la autodeterminación de las personas, de suerte que, si la esencia de la Convención es proteger la dignidad humana, entonces los Estados europeos deben garantizar la seguridad física y moral de las personas transexuales¹². Ya en 2006, el TEDH en el asunto *Grant c. Reino Unido*, reiteraba sus nuevos planteamientos al rechazar el «margen de apreciación» invocado por el Estado para desestimar las pretensiones del recurrente transexual¹³. También, un año más tarde, el art. 8 CEDH es la referencia en el asunto

9 Al respecto *vid.* las reflexiones al respecto formuladas en su día por RIGAUX, F., «Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme: une suite d'occasions manquées», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1990, pp. 130 y ss.

10 Indiscutible desde la perspectiva de los antevistos casos *Rees* y *Cossey* donde el matrimonio era expresamente rechazado. En concreto, en este último supuesto el Tribunal consideraba que la protección del matrimonio tradicional era un valor tan importante para la sociedad que justificaría que el Estado siguiera empleando el criterio biológico a la hora de decidir quiénes pudieran ser contrayentes (párr. 46). Línea igualmente asumida por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Decisión de 9 de noviembre de 1989, *Eriksson y Goldschmidt c. Suecia*, demanda n.º 14573/89, ECLI:CE:ECHR:1989-1109DEC001457389.

11 Precisamente la falta de «consenso europeo» al respecto había justificado sus respuestas negativas a tales pretensiones por parte de los demandantes en los asuntos *B. c. Francia* (párr. 44), *X. y Y. c. Reino Unido* (párr. 44) y *Sheffield y Horsham c. Reino Unido* (párrs. 55 y 57).

12 Sentencia TEDH de 12 de junio de 2003, *Van Kück c. Alemania*, demanda n.º 35968/97, ECLI:CE:ECHR:2003:0612JUD003596897.

13 Sentencia TEDH de 23 de mayo de 2006, *Grant c. Reino Unido*, demanda n.º 32570/03, ECLI:CE:ECHR:2006:0523JUD003257003.

L. c. Lituania, pues en él tras desestimar supuestas violaciones del art. 3 y 12 CEDH, el tribunal destacaba en su sentencia la violación del derecho a la vida privada de la recurrente puesto que las autoridades no habían cumplido con su obligación positiva de proceder al cambio de los datos relativos al estado civil de una persona que ya había comenzado su proceso quirúrgico de cambio de sexo¹⁴. En cambio, el derecho a la vida familiar —también garantizado por el art. 8 CEDH— puede experimentar ciertas limitaciones en atención a otros principios en juego como el interés superior del menor, tal como reveló el asunto *P.V. c. España*¹⁵.

En cuanto al art. 12 CEDH la determinación de su alcance y sus consiguientes límites se trasluce en posteriores asuntos. Así, en 2006 en el caso *Parry c. Reino Unido* la decisión del TEDH refrenda la negativa británica a permitir el mantenimiento de un matrimonio entre personas del mismo sexo, situación derivada del proceso de conversión sexual —constante matrimonio— de uno de los cónyuges. En tal sentido, el tribunal advierte que tras la sentencia en el asunto *Christine Goodwin*, el Reino Unido ha reformado su legislación a fin de reconocer legalmente de modo completo la nueva identidad sexual de los transexuales. Sin embargo, destaca el TEDH, ello no obliga al Estado —se encuentra pues en el ámbito de su «margen de apreciación»— a tener que aceptar el matrimonio homosexual, aunque otros países europeos sí lo admitan¹⁶. De hecho, esta solución era reiterada 6 (8) años más tarde en el asunto *Hamalainen c. Finlandia*, dado que el Tribunal —nuevamente— se negaba a atender las pretensiones de la recurrente orientadas a preservar la previa unión conyugal, cuya vigencia se veía alterada por la circunstancia de la conversión sexual de uno de sus miembros. En suma, se planteaba la disyuntiva en ver reconocida la nueva identidad sexual o ver garantizado el derecho al matrimonio, en los términos concebidos por el TEDH¹⁷.

Desde entonces, la jurisprudencia del TEDH ha venido consolidando los principios sentados en precedentes decisiones. En tal sentido, el TEDH ha

14 Sentencia TEDH de 11 de septiembre de 2007, *L. c. Lituania*, demanda n.º 27527/03, ECLI:CE:ECHR:2007:0911JUD002752703, párrs. 57 y 60. El paralelismo del caso con el resuelto en la Sentencia TEDH de 17 de enero de 2019, *X c. Antigua República de Macedonia*, demanda n.º 29683/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0117JUD002968316, es evidente, pese a que en esta última el Tribunal mencione constantemente la Sentencia *Hamalainen c. Finlandia* (vid. *infra*).

15 Sentencia TEDH de 30 de noviembre de 2010, *P.V. v. España*, demanda n.º 35159/09, ECLI:CE:ECHR:2010:1130JUD003515909.

16 Decisión TEDH de 28 de noviembre de 2006, *Parry c. Reino Unido*, demanda n.º 42971/05, ECLI:CE:ECHR:2006:1128DEC004297105.

17 Sentencia TEDH (Gran Sala) de 16 de julio de 2014, *Hamalainen c. Finlandia*, demanda n.º 37359/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0716JUD003735909. La decisión de la Sala dictada en 2012 era confirmada por la Gran Sala en 2014. Sobre esta decisión vid. CHASSIN, C.A., «Heurs et malheurs du mariage des transexuels (obss, Cour eur. Dr. h. Hamalainen c. Finlande, 16 juillet 2014)», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, pp. 463-480.

definido los requisitos para acceder a una cirugía de conversión sexual¹⁸, así como la asunción por el Estado de los costes financieros asociados a aquella¹⁹. Con posterioridad la jurisprudencia ha profundizado en el alcance de las obligaciones positivas a cargo del Estado: rechazando restricciones abusivas por parte de éste de los derechos parentales del transexual²⁰, así como insistiendo en su deber de facilitar procedimientos ágiles, transparentes y accesibles para el reconocimiento legal del nuevo género²¹. Aunque al mismo tiempo ha refrenado peticiones exorbitantes (v. *gra.* expedición de nueva partida de nacimiento), apelando excepcionalmente al «margen de apreciación» de los Estados²².

Quedaba, no obstante, un valladar por demoler y era éste el de la exigencia de la irreversibilidad de la conversión sexual como *conditio sine qua non* para el disfrute de los derechos garantizados a las personas transexuales y el consiguiente reconocimiento de los derechos de las personas transgénero. El avance se producirá en 2017 con una decisión no exenta de polémica.

-
- 18 Sentencia TEDH de 10 de marzo de 2015, *Y.Y. c. Turquía*, demanda n.º 14793/08, ECLI:CE:ECHR:2015:0310JUD001479308, donde apreciaba la violación del art. 8 CEDH por denegársele al demandante el acceso a una cirugía de conversión sexual al reputársele fértil.
 - 19 Sentencia TEDH de 8 de enero de 2009, *Schlumpf c. Suiza*, demanda n.º 29002/06, ECLI:CE:ECHR:2009:0108JUD002900206, donde aprecia una violación por la rigidez del procedimiento suizo de autorización de las operaciones de conversión sexual financiadas por los seguros médicos; Decisión TEDH de 7 de febrero de 2017, *D.Ç. c. Turquía*, demanda n.º 10684/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0207DEC001068413. En este caso, pese a la inadmisibilidad del asunto por no agotamiento de los recursos internos, el Tribunal se muestra proclive a reconocer en una futura demanda el derecho a reembolso de los gastos asociados a la conversión sexual del recurrente.
 - 20 Sentencia TEDH de 6 de julio de 2021, *A.M. y otros c. Rusia*, demanda n.º 47220/19, ECLI:CE:ECHR:2021:0706JUD004722019.
 - 21 Sentencia TEDH de 1 de diciembre de 2022, *A.D. y otros c. Georgia*, demandas n.º 57864/17, 79087/17 y 55353/19, ECLI:CE:ECHR:2022:1201JUD005786417.
 - 22 Sentencia TEDH de 17 de febrero de 2022, *Y. c. Polonia*, demanda n.º 74131/14, ECLI:CE:ECHR:2022:0217JUD007413114. En el caso, el TEDH reconocía que, como manifestaban las autoridades polacas, el documento era prácticamente confidencial, por lo que los derechos del recurrente no se veían afectados por los datos consignado en él. Por otra parte, el TEDH acordaba el archivo de los casos en su decisión TEDH de 6 de septiembre de 2011, *P. c. Portugal*, demanda n.º 56027/09, ECLI:CE:ECHR:2011:0906DEC005602709, y en su decisión TEDH de 9 de julio de 2013, *Cassar c. Malta*, demanda n.º 36982/11, ECLI:CE:ECHR:2013:0709DEC003698211, al haberse satisfecho extrajudicialmente las pretensiones de los recurrentes. En el primero, tras la entrada en vigor de la Ley portuguesa n.º 7/2011, de 15 de marzo de 2011 que posibilita la modificación registral del nuevo sexo; en el segundo, por cuanto mediante composición amistosa el Gobierno maltés se avenía a modificar su legislación para permitir el matrimonio de transexuales, objeto de la demanda.

III. *El gran salto adelante del Tribunal: el asunto A.P., Garçon y Nicot c. Francia (2017)*²³

Será el asunto *A.P., Garçon et Nicot c. Francia* el que aborde la cuestión en un contexto en el que parece interesante detenerse²⁴. En él los recurrentes invocaban, de un lado, el art. 8 CED conforme al cual —según su interpretación— se garantizaría el derecho a definir su identidad de género, sin subordinar su ejercicio al diagnóstico de una patología psiquiátrica o a un tratamiento médico o quirúrgico²⁵, pero, de otro, invocaban en conexión con aquel, el art. 14 toda vez que, a su juicio, la exigencia del Estado francés de condicionar el cambio registral a acreditar la irreversibilidad de la transformación operada resultaba discriminatorio al limitar el acceso al registro sólo a los «verdaderos» transexuales, vedándolo a otras personas transgénero que no pudieran o quisieran seguir un tratamiento de consecuencias irreversibles.

En esta nueva tesitura, el TEDH adopta una decisión que imprime un nuevo giro a la cuestión, dado que —aun admitiendo el «margen de apreciación» en manos del Estado a la hora de exigir ciertos controles médicos— determina que los requisitos no pueden suponer la exigencia de acreditar la irreversibilidad de la conversión sexual. De hecho, el tribunal insiste en que el «margen de apreciación» venía aquí restringido por la circunstancia de que «un aspect essentiel de l'identité intime des personnes, si ce n'est de leur existence, se trouve au cœur même des présentes requêtes²⁶». Es importante destacar que para fundamentar su argumentación el TEDH recuerda —en línea con lo sentado en el asunto *Van Kück*— que el art. 8 CEDH establece un derecho a la autodeterminación en el que «la liberté de définir son appartenance sexuelle est l'un des éléments les plus essentiels (*Van Kück*, § 73)²⁷», siendo la identidad sexual un elemento de la identidad personal inserto en el derecho al respeto de la vida privada²⁸.

23 Seguimos con las metáforas acuñadas por Mao Zedong. En este caso la imagen evoca el pretendido proceso de modernización de la economía china —impulsado entre 1958 y 1962— que condujo a la muerte de millones de personas. Con ello llamamos la atención sobre la arriesgada maniobra emprendida por el Tribunal con esta decisión y que encontrará un eco expreso en la opinión del Juez Ranzoni (*vid. infra*).

24 Sentencia TEDH de 6 de abril de 2017, *A.P., Garçon et Nicot c. Francia*, demandas n.º 79885/12, 52471/13 y 52596/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0406JUD007988512.

25 *Ibid.*, párr. 103.

26 *Ibid.*, párr. 123.

27 *Ibid.*, párr. 93.

28 *Ibid.*, párr. 95. Esta argumentación en base a previas decisiones resulta en extremo controvertida, toda vez que el Tribunal manipula el tenor de aquellas con miras a cimentar su inesperada decisión (*Cfr.* MORON-PUECH, B., «L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées», *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 2017; texto accesible en: <https://journals.openedition.org/revdh/3049>).

En esta tesitura, la decisión trastoca sobremanera la previa concepción acerca de las obligaciones positivas del Estado en la materia pues a partir de ahora éstas se precisan y refuerzan pues ya no se trata sólo de que éste disponga de un procedimiento que permita el reconocimiento jurídico del cambio de sexo, sino que éste se desarrolle sin que la persona tenga que demostrar su esterilidad. En consonancia con ello, el margen de apreciación del Estado se reduce en este ámbito²⁹.

La transcendencia de la decisión suscitó obviamente opiniones encontradas. Por de pronto, en el propio Tribunal donde el juez Ranzoni en su opinión disidente reprochaba que:

«Depuis l'affaire Rees en 1986 jusqu'à l'affaire Y.Y. en 2015, la Cour a constamment développé sa jurisprudence dans ce domaine, mais elle l'a fait de manière judicieuse et « peu à peu » ou, autrement dit, « pas à pas ». Or, avec le présent arrêt, *la chambre n'a pas fait un simple pas mais un véritable bond*, et ce sur un sujet hautement sensible, sur un aspect nouveau du transsexualisme ou, plus précisément, du transgendérisme, en l'absence de consensus entre les États membres sur cet aspect spécifique, et en conscience de l'ampleur de la marge d'appréciation qui découle de tous ces éléments»³⁰.

No faltando quienes advertían en ella una concesión a la ideología *queer* y un exponente del subjetivismo imperante, corrosivo de las instituciones y del Derecho y agravante de la creciente desestructuración del Derecho de familia³¹. Algunas de estas afirmaciones no están alejadas de la realidad pues lo cierto es que, dejando a un lado la carga negativa de tales reproches, las implicaciones de la decisión eran saludadas por parte de autores proclives a esta teoría. En tal sentido, D. A. GONZÁLEZ-SALZBERG veía en ella un involuntario reconocimiento por parte del TEDH de esta orientación, al abandonar el Tribunal su precedente «jurisprudencia genitocrática» que en los 15 años anteriores habría cimentado a la postre una visión binaria, heterosexual y homofóbica del fenómeno del transexualismo³².

29 CHANUT, M., «La condamnation de la France par la Cour européenne: la condition d'irréversibilité en matière de transsexualisme viole l'article 8 de la Convention», *Journal d'Actualité de Droit International et Européen*, n.º 5, 2017, p. 3.

30 Opinión disidente del Juez Ranzoni, párr. 19. Cursivas añadidas.

31 KULCZICK, P., «Vers un droit fondamental à "choisir son sexe"?», *European Centre for Law and Justice*, 2017; accesible en: <https://eclj.org/family/echr/towards-a-fundamental-right-to-choose-ones-sex?lng=fr>, así como MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., «Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIV, 2018, p. 651.

32 GONZÁLEZ-SALZBERG, D.A., *Sexuality & Transsexuality under the European Convention on Human Rights. A Queer Reading of Human Rights Law*, Hart. Oxford, 2020, pp. 49-56.

En todo caso, tras alguna vacilación³³, el Tribunal confirmó este «giro jurisprudencial» a partir del año 2021³⁴.

Por otra parte, nuestro Tribunal Constitucional ha asumido con prontitud las implicaciones de la jurisprudencia elaborada por el TEDH en esta materia. En tal sentido, tal como afirma la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019:

«Este nexo entre decidir sobre la identidad de uno mismo y el goce por la persona de autonomía para organizar su propia vida y sus relaciones personales es reconocido y afirmado por diversas instituciones de nuestro entorno jurídico, lo que muestra que sobre este vínculo existe un extendido consenso y así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia tiene un valor hermenéutico especial para este Tribunal, al abordar reclamaciones en que es relevante la situación de transexualidad alude expresamente a la protección del desarrollo personal y la pone en relación con «el derecho a establecer y consolidar relaciones con otros seres humanos y con el entorno que le rodea» (por todas, STEDH de 10 de marzo de 2015, asunto Y.Y. c. Turquía, § 57). En el mismo sentido el Tribunal ha destacado en numerosas ocasiones que el concepto de “vida privada” incluye no solo la integridad física y mental de la persona, sino que también puede en ocasiones comprender aspectos de la identidad física y social del individuo. Elementos tales como la identidad de género, el nombre, la orientación y la vida sexuales caen dentro de la esfera personal protegida por el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH). Esto ha conducido a reconocer, en el contexto de la aplicación de este principio a las personas transgénero, que ello implica un derecho a la autodeterminación, que la libertad de definir la propia identidad sexual es uno de los elementos esenciales más básicos y que el derecho de las personas transgénero a su desarrollo personal y a la seguridad física y moral está garantizado en el art. 8 (STEDH asunto A.P. Garçon y Nicot contra Francia, de 6 de abril de 2017)³⁵».

33 En concreto, en un caso sobre reclamación de una persona transgénero que invocaba su derecho a la autodeterminación de género al margen del proceso quirúrgico, donde tanto el reclamante como las ONGs intervinientes invocaban expresamente la decisión *A.P. Garçon y Nicot*, el Tribunal eludía su consideración y se remitía a la jurisprudencia anterior menos controvertida (*Hamalainen c. Finlandia*) para condenar al Estado. En puridad, en este caso el Tribunal se abstuvo de apreciar la conformidad al Convenio de las exigencias de irreversibilidad del proceso de conversión, evitando estatuir categóricamente sobre la cuestión, como reacción a las numerosas críticas suscitadas por su Sentencia de 2017 (Cfr. Sentencia TEDH de 17 de enero de 2019, *X c. Antigua República de Macedonia*, demanda n.º 29683/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0117JUD002968316, párrs. 63, 66-67 y 69).

34 *Vid. infra*, 5.

35 Fdto. Jco. 4.º, BOE, n.º 192, 12 de agosto de 2019, ECLI:ES:TC:2019:99. La decisión vendría a conferir una progresiva efectividad al derecho a la identidad sexual (o de género), pese a su no reconocimiento formal en nuestro ordenamiento (Cfr. SALAZAR BENÍTEZ, O., «El derecho a la identidad sexual de las personas menores de edad. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019», *Revista de Derecho Constitucional europeo*, n.º 32, 2019, pp. 189-222, en p. 191; accesible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE32/ReDCE_32_

IV. *Que nazcan cien flores: cuestiones pendientes asociadas con otros colectivos v. gra. los supuestos intergénero*³⁶

La diversificación del colectivo LGTBQ+ -del que da cuenta el cada vez más largo acróstico- hace que la jurisprudencia del TEDH se vea obligada a atender nuevas reclamaciones planteadas desde la perspectiva de la autode-terminación sexual, como es el caso de las personas no binarias³⁷. Por otra

Pdf%20Impresion.pdf>); asimismo, su fundamentación venía a dar respuesta afirmativa al interrogante que formulara 30 años antes algún autor (Cfr. VIDAL MARTÍNEZ, J. «¿Se incluye el “cambio de sexo” (transsexualidad) en el ‘libre desarrollo de la personalidad’ al que se refiere al artículo 10.1 de la Constitución Española?», *Revista General de Derecho*, n.º 534, 1989, pp. 987-1029). No obstante, pese a éste y pronunciamientos anteriores del TC (v. *gra.* STC 176/2008, de 22 de diciembre, BOE, n.º 21, 24 de enero de 2009, ECLI:ES:TC:2008:176), así como los desarrollos legislativos producidos a nivel estatal y autonómico, algunos autores insisten en las persistentes limitaciones del Derecho español en la materia en razón de su «enfoque binario» y las restricciones impuestas a su disfrute por parte de los extranjeros (Cfr. RODRÍGUEZ RUIZ, B., «What is at stake in the Recognition of non-normative identities?», *The Age of Human Rights Journal*, n.º 18, June 2022, pp. 39-58). Por otra parte, la decisión ha encontrado reflejo en el preámbulo de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (BOE, n.º 51, 1 de marzo de 2023); sin embargo, confirmando las imprecisiones e inexactitudes de la norma, no ocurre lo mismo con la jurisprudencia del TEDH en examen que es minusvalorada e inexactamente apreciada al vincularla con el art. 14 CEDH y no con el art. 8 CEDH.

- 36 Apuramos las metáforas de Mao Zedong con la adoptada para promover una supuesta campaña de liberalización ideológica del PCCh entre 1956 y 1957 que habría de facilitar la libre crítica al régimen, con los resultados que cabe imaginar. La expresión proviene de un poema chino y exalta la diversidad. En el contexto en que nos movemos la cita entronca con el planteamiento de la académica y activista LGTBQ+ FAUSTO-STERLING, A. que sostiene la existencia de al menos 5 sexos y refuta el binarismo, en el que ve «un mito de la cultura patriarcal y virilista» [Cfr. *Les cinq sexes. Pourquoi mâle et femelles ne sont pas suffisants?*, Payot, París, 2013; cit. en BRAUNSTEIN, J. F., *La religión woke. Anatomía del movimiento irracional e identitario que está poniendo en jaque a Occidente*, (trad. I. García Olmos), La Esfera de los Libros, Madrid, 2024, pp. 93-94].
- 37 El carácter novedoso de estas reclamaciones y su precedente ausencia en la jurisprudencia del TEDH estriba, entre otras circunstancias, en que la intersexualidad es «una cuestión de horas», dado que la «cirugía normalizadora» tiende a erradicar la «anomalía» intersexual al poco del nacimiento (Cfr. GONZÁLEZ-SALZBERG. *Sexuality & Transsexuality under the European Convention...*, cit., p. 30). De hecho, antes de 2023 sólo 2 demandas habían sido examinadas por el Tribunal, aunque ambas fueron desestimadas por defectos procesales (Cfr. Decisión TEDH de 11 de junio de 2019, *P. c. Ucrania*, demanda n.º 40296/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0611DEC004029616; Decisión TEDH de 26 de abril de 2022, *M. c. Francia*, demanda n.º 42821/18, ECLI:CE:ECHR:2022:0426DEC004282118). La consiguiente invisibilidad de este colectivo no ha de extrañar: la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reprochado a la Comisión Interamericana que ésta no incluyera en una solicitud de opinión consultiva a las personas intersex; laguna que la propia Corte colmó de oficio (Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022 solicitada por la Comisión Interamericana de

parte, también se ha planteado la cuestión acerca de si la política migratoria debe tomar en consideración las cuestiones asociadas con el derecho a la autodeterminación sexual y si en suma el derecho consagrado en el art. 8 CEDH puede ser violado cuando se dictan medidas de expulsión a extranjeros incursos en procesos de conversión sexual.

1. Las reclamaciones intersexuales/intergénero y el reconocimiento del género neutro

Por el momento, e insistimos en la precisión temporal, el TEDH no ha acogido sin embargo las reivindicaciones de las personas intersexuales/intergénero, tal como ha revelado el asunto *Y. c. Francia*³⁸. En su decisión el Tribunal reconoce el «margen de apreciación» del que disfrutaban las autoridades francesas al rechazar la pretensión del recurrente de asignársele un género neutro, introduciendo la oportuna rectificación en el registro civil. Los procedimientos desarrollados en Francia habían culminado ante la *Cour de Cassation* que en su Sentencia de 4 de mayo de 2017 había rechazado frontalmente la petición del recurrente de desvirtuar los términos de la legislación francesa en materia de Registro Civil introduciendo la figura del género neutro. La suprema jurisdicción gala, además, consideraba expresamente en su decisión que su negativa era plenamente conforme con el derecho al respeto de la vida privada consagrado en el art. 8 de la Convención³⁹.

En su decisión, el TEDH repara por de pronto en la ausencia de consenso europeo en la cuestión de la intersexualidad, razón por la cual reconoce al Estado un margen de apreciación más amplio que el establecido usualmente en su jurisprudencia. De hecho, el Tribunal advierte que las cuestiones planteadas por la reclamación afectan a cuestiones de interés general por lo que ha de reconocérsele al Estado encartado la capacidad para establecer el ritmo y el alcance de las posibles reformas a introducir en su sistema jurídico con miras a atender a las demandas del colectivo

Derechos Humanos. Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad, p. 83, párr. 224; texto accesible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf.

38 Sentencia TEDH de 31 de enero de 2023, *Y. c. Francia*, demanda n.º 76888/17, ECLI:CE:E-CHR:2023:0131JUD007688817.

39 Sentencia CS Civil, 1, de 4 de mayo de 2017, n.º 16-17.189, FS-P+B+R+I, rechazo. Al respecto *vid.* el comentario de GOUTTENORE, A., «Le refus bien compris de la Cour de cassation de créer un sexe neutre», *La lettre juridique*, n.º 700, 1 de junio de 2017; texto accesible en: <https://www.lexbase.fr/revues-juridiques/41153542-cite-dans-la-rubrique-droit-des-personnes-b-titre-nbsp-ile-refus-bien-compris-de-la-cour-de-cassati>.

intersexual⁴⁰. Por otra parte, en el examen del asunto el Tribunal se centra en determinar la posible violación de las obligaciones positivas a cargo del Estado en relación con la protección del derecho reconocido en el art. 8 CEDH. Al respecto, se afirma:

«la Cour considère qu'il y a lieu d'examiner l'affaire sous l'angle de l'obligation positive des États parties à la Convention de garantir aux personnes relevant de leur juridiction le respect effectif de leur vie privée plutôt que sous l'angle de leur obligation de s'abstenir de toute ingérence dans l'exercice de ce droit. Elle relève en effet que, par son grief fondé sur l'article 8, le requérant ne se plaint pas d'un acte d'une autorité publique le visant mais dénonce une lacune du droit français qui aurait entraîné une situation attentatoire à sa vie privée»⁴¹.

Llegando a la conclusión de que no ha existido tal violación.

Este planteamiento —que coincidía con el sustentado por el Estado demandado—, sin embargo, ha sido cuestionada en el seno del propio Tribunal. En tal sentido, en su opinión disidente la jueza Simackova entendía que era una obligación negativa la que estaba en juego; a saber, la de no interferir en el disfrute de los derechos garantizados por el art. 8 CEDH, asumiendo igualmente una consiguiente reducción del margen de apreciación del Estado⁴². Desde la perspectiva doctrinal tampoco han faltado las críticas, denunciando la supuesta impostura de la obligación positiva retenida por el Tribunal⁴³, así como la falacia del derecho a la autodeterminación —en puridad, indeterminación— de género sustentado previamente por su jurisprudencia trans y que ahora se vería limitado respecto de las personas intergénero, «víctimas colaterales» de una prudente interpretación dictada con el ánimo de tranquilizar a los Estados contratantes frente a una deriva jurisprudencial acaso excesivamente liberal⁴⁴.

40 Sentencia TEDH de 31 de enero de 2023, *Y. c. Francia*, cit., párr. 91.

41 *Ibid.*, párr. 69.

42 *Ibid.*, opinión disidente de la Jueza Simackova, párr. 9.

43 Apoyando esta interpretación se ha sugerido que la imposición de la legalidad binaria se concreta en prácticas quirúrgicas y tratamientos farmacológicos que vulneran las obligaciones negativas ínsitas en el art. 8 CEDH (Cfr. DEHELEAN, D. y OUREDNIKOVA, S., «The Forgotten I in LGBTQIA+: ECtHR Turns its Back on Intersex People», en el blog *Oxford Human Rights Hub*, 22 de febrero de 2023; texto accesible en: <https://ohrh.law.ox.ac.uk/the-forgotten-i-in-lgbtqia-ecthr-turns-its-back-on-intersex-people/>).

44 Cfr. BUI-XUAN, O., «L'absence de reconnaissance juridique à l'état civil des personnes intersexes ne viole pas l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La prudence de la Cour Européenne des droits de l'homme face au dépassement de la bica-tégorisation des mentions de sexe à l'état civil», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2023, p. 1139.

2. El derecho a la identidad de género y las normas en materia de derecho de asilo y política de extranjería

Finalmente, concluyamos advirtiendo que también el Tribunal tiene ante sí la cuestión de determinar en qué medida la expulsión de un extranjero en curso de conversión sexual, que ve interrumpido por ello el proceso, es víctima de una violación de su derecho a la identidad de género. En el asunto pendiente *L.B. c. Francia* se plantea esta cuestión respecto de un ciudadano marroquí que tras retornar a su país se ve impedido para afirmar su identidad de género, alegando infracción de los arts. 3 y 8 CEDH⁴⁵.

V. Las claves de la evolución: entre el consenso europeo y el voluntarismo jurisprudencial

Como tuvimos ocasión de destacar hace ya varios años «la idea de consenso europeo ha determinado la evolución de la jurisprudencia en materia de autodeterminación sexual»⁴⁶. Empero conviene advertir que se trata de un concepto acuñado por la propia jurisprudencia del Tribunal y que no se corresponde con la noción al uso en el Derecho internacional público⁴⁷. En concreto, en él la práctica de los Estados contratantes se erige en el criterio decisivo para determinar las pautas conforme a las que interpretar la evolución en el contenido de los derechos garantizados por el Convenio Europeo. No obstante, como se ha señalado, el concepto no requiere:

«que se produzca un comportamiento uniforme y unánime, sino que es suficiente con la presencia de ciertos elementos comunes en la mayoría de los sistemas jurídicos de los Estados europeos, que pueden ser inferidos, amén de la práctica estatal, de los progresos que se vayan produciendo en el contexto internacional. Adquieren así gran relevancia los nuevos instrumentos jurídicos en la

45 Asunto *L.B. v. Francia*, demanda n.º 67839/17 de abril de 2021 comunicada al Estado.

46 Cfr. nuestra aportación «Interpretación, Derecho internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: A propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual», *REDI*, vol. LVI, n.º 1, 2004, p. 173.

47 Sobre esta noción en el Derecho internacional público *vid.* el clásico estudio de FERRER LLORET, J., *El consenso en el proceso de formación institucional de normas en el Derecho internacional*, Atelier, Barcelona, 2006, así como la más reciente aportación de FAJARDO DEL CASTILLO, T., «Consenso defectuoso, mayorías automáticas y *soft law*: de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa a una futura conferencia de paz sobre Ucrania», en DE FARAMIÑÁN GILBERT, J., ROLDÁN BARBERO, J. y DEL VALLE GÁLVEZ, A., (coords.), *Unión Europea, principios democráticos y Orden internacional. Liber Discipulorum en homenaje al Profesor Diego J. Liñán Noguera*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 87-124.

materia, entre los que hay que destacar en los últimos tiempos la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea... (que) se convirtió, desde el primer momento, en un elemento de referencia para los jueces del TEDH...»⁴⁸.

A lo largo de su desarrollo, sin embargo, la noción ha experimentado fluctuaciones, tanto en su contenido como en cuanto en su exigibilidad a la hora de determinar las respuestas del Tribunal. En tal sentido, tal y como señaláramos hace varios años, el supuesto carácter objetivo de la noción se habría visto contrariado por apreciaciones contradictorias del mismo. Así, entre 1986 y 1992 los hechos que para el conjunto del Tribunal eran reveladores de una práctica heterogénea de los Estados parte, eran contemplados de otro modo por parte de algunos de los jueces que veían no «ciertos desarrollos» —como afirmaba el grueso de sus miembros— sino «claros desarrollos» en la materia⁴⁹. De hecho, tras la minusvaloración de los exponentes de la práctica de los Estados europeos que los jueces disidentes advertían se encontraría la «prudencia extrema» del conjunto del Tribunal ante las cuestiones de la familia y la sexualidad que llevaría a éste a relegar la noción de consenso en aras de una cuasi unanimidad requerida del conjunto de los Estados parte⁵⁰. Es cierto, sin embargo, que la evolución posterior orilló esta interpretación extrema de la noción.

Conviene destacar, sin embargo, que en los casos *Christine Goodwin* e / la noción de consenso europeo fue abandonada puntualmente por el Tribunal en aras de una construcción —fugaz a la postre— pero decisiva para cimentar su respuesta en estos asuntos, pues en ellos la solución acordada derivaba no de la consideración de la práctica de los Estados parte, sino de:

«l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant *une tendance internationale continue* non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés»⁵¹.

La acogida de este nuevo constructo, tal como destacáramos en su día, respondía ante todo a la creciente heterogeneidad de miras de los Estados contratantes, proponiendo una aproximación a la práctica cualquiera que fuere su ámbito geográfico⁵². Sin embargo, tal y como augurábamos su papel

48 MARTÍNEZ PÉREZ, E., «La actualización de los derechos fundamentales en Europa: la incidencia de la Carta en la jurisprudencia de Estrasburgo», *RDCE*, n.º 44, Madrid, enero/abril 2013, pp. 157-158.

49 Cfr. Opinión disidente de los Jueces McDonald y Spielmann a la Sentencia *Cossey*, párr. 2.

50 En tal sentido, en su opinión disidente en el mismo asunto el juez Martens sostenía que el Tribunal «dans de telles cas elle paraît avoir pour ligne de conduite de n'adapter son interprétation à l'évolution en cause que si presque tous les États membres ont accueilli les nouvelles idées» (Cfr. párr. 5.6.3).

51 Sentencia TEDH de 11 de julio de 2002, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, cit., párr. 85. 85. Cursivas añadidas.

52 GONZÁLEZ VEGA, «Interpretación, Derecho internacional y Convenio Europeo...», cit., p. 178.

en la materia estaba por ver y lo cierto es que la noción fue abandonada de inmediato por el Tribunal volviendo la noción de consenso a encontrar reflejo en su jurisprudencia, tendencia en la que abundaban los desarrollos de la década posterior⁵³.

Sin embargo, más recientemente algunas decisiones del Tribunal han vuelto a prescindir de la noción del consenso europeo. En tal sentido, en el ya mencionado asunto *A.P., Garçon et Nicot c. Francia*, la noción misma no parece ser decisiva pues la respuesta afirmativa del TEDH se produce pese a que el mismo asume «la ausencia de consenso» entre los Estados miembros sobre la exigencia de irreversibilidad de la conversión sexual, contentándose con constatar «la existencia de una tendencia» al abandono de tal exigencia por aquellos desde el año 2009⁵⁴. No obstante, ausente el consenso europeo y el consiguiente enfoque contractualista, en su análisis nuevamente aflora la aproximación internacional —aunque no en sentido «interestatal» como en 2003— a través de la relevancia que el Tribunal confiere a los «numerosos actores institucionales europeos e internacionales de promoción y defensa de los derechos humanos» que «han adoptado una clara postura en pro del abandono del criterio de la esterilidad, que juzgan contrario a los derechos fundamentales»⁵⁵.

53 Así en el año 2012 el TEDH insistía en que la falta de consenso europeo no permitía responder positivamente a ciertas cuestiones. En tal sentido, en su Sentencia de 2012 en el asunto *Hamalainen c. Finlandia*, demanda n.º 37359/09, el TEDH recordaba que, aunque algunos Estados europeos han extendido el derecho al matrimonio a las personas homosexuales, ello sólo refleja su propia visión sobre el rol del matrimonio en la sociedad (*Ibid.*, párr. 38). De hecho, como hemos reseñado *ut supra* (n.º 4) desde el año 2010 el TEDH ha venido insistiendo en que el art. 12 CEDH no contempla el matrimonio homosexual (Sentencia TEDH de 22 de noviembre de 2010, *Schalk y Kopf c. Austria*, cit.), aunque admite que el art. 8 CEDH impone a los Estados la obligación positiva de establecer un estatuto jurídico específico para las parejas del mismo sexo (*cfr.* Sentencia TEDH (Gran Sala) de 17 de enero de 2023, *Fedotova y otros c. Rusia*, demandas n.º 40792/10, 30538/14 y 43439/14, ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD004079210, que confirma la decisión anterior de 13 de julio de 2021 de la Sala 3.ª del Tribunal, ECLI:CE:ECHR:2021:0713JUD004079210). Sobre el particular *vid.* LAMARCHE, M., «Pluralisme des statuts de conjugalité imposé aux plus récalcitrants des européens», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2022, pp. 183-196, así como RENCHON, J. L., «Le statut des couples du même sexe dans la jurisprudence strasbourgeoise», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2024, pp. 397-521.

54 Dice el Tribunal que «les États parties sont partagés sur la condition de stérilité ... Il n'y a donc pas consensus en la matière» (párr. 122), aunque al tiempo afirma que: «cette condition a disparu du droit positif de onze États parties entre 2009 et 2016, dont la France, et que des réformes dans ce sens sont débattues dans d'autres États parties. Cela montre qu'une tendance vers son abandon, basée sur une évolution de la compréhension du transsexualisme, se dessine en Europe ces dernières années» (párr. 124), Sentencia TEDH de 6 de abril de 2017, *A.P., Garçon et Nicot c. Francia*, cit.

55 *Ibid.*, párr. 125. La cuestión de la castración que aparece implícita es sin duda relevante, tal como confirmará la jurisprudencia posterior (*vid infra*, asunto *X. e Y. c. Rumanía*, 2021). De hecho, el TEDH tuvo presentes una serie de documentos sobre el particular. En concreto, Document thématique intitulé «droits de l'homme et identité de genre» du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe de octubre de 2009; Recommandation

Es comprensible que esta inflexión haya sido cuestionada en el seno del mismo Tribunal. De hecho, equivale a imponer a los Estados miembros del Consejo de Europa una visión que la abrumadora mayoría no comparte, aunque el Tribunal haya constatado la ausencia de consenso europeo al respecto. En concreto, en 2017 —tal como advertía el juez Ranzoni en su opinión disidente en el caso que nos ocupa— sólo 18 de 47 Estados miembros no condicionaban el reconocimiento de la nueva identidad de género a la esterilización del solicitante, mientras que 22 imponían esta condición y 7 no preveían ningún reconocimiento de la legalidad de la transexualidad⁵⁶.

Como se avanzara entonces, las consecuencias de la decisión planteaban de cara al futuro la posibilidad de que 29 Estados sufrieran sus consecuencias, exponiéndose a futuras condenas en el caso de no modificar su legislación; aunque tales implicaciones, paradójicamente, no afectarían a Francia, pues aunque condenada en este caso, había adoptado entretanto la ley de 12 de octubre de 2016 sobre la modernización de la justicia para el siglo XXI insertando en el Código Civil un artículo 61-6 relativo a la modificación de la mención del sexo en el estado civil precisando que «...el hecho de no haber sido sometido a un tratamiento médico, a una operación quirúrgica o a una esterilización no puede justificar la negativa a acceder a la solicitud⁵⁷».

Y, en efecto, aunque hubo de esperarse 4 años de jurisprudencia vacilante⁵⁸, lo que se aventuraba ocurrió, tal como confirmó el asunto *X. e Y. c.*

du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe «sur les mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre» (CM/Rec(2010)5) de 31 de marzo de 2010; Résolution 1728(2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la «discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre» de 29 de abril de 2010; Résolution 1945(2013) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe intitulée «mettre fin aux stérilisations et castrations forcées» de 26 de junio de 2013; Résolution 2048(2015) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe intitulée «la discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe» de 22 de abril de 2015; Rapport (A/HRC/19/41) du Haut-Commissaire des Nations unies aux droits de l'homme au Conseil des droits de l'homme intitulé «lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre» de 17 de noviembre de 2011; Rapport (A/HRC/22/53) du rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants au Conseil des droits de l'homme des Nations unies de 1 de febrero de 2013; Déclaration commune de l'OMS, l'UNICEF, le Haut-Commissariat aux droits de l'homme, ONU Femmes, ONU Sida, le PNUD et le Fonds des Nations unies pour la population, Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization, de mayo de 2014.

56 Opinión disidente..., *cit.*, párrs. 7-8 y 10.

57 *Cit.* en GOUTTENOIRE, A., «Le refus bien compris de la Cour de cassation...», *cit.*

58 *Vid. supra*, asunto *X c. Antigua República de Macedonia*. Otros asuntos examinados en este periodo evocaban la decisión entre otras muchas, sin utilizarla como fundamento de sus fallos, todos ellos condenatorios: así, Sentencia TEDH de 11 de octubre de 2018, *S.V. c. Italia*, demanda n.º 55216/08, ECLI:CE:ECHR:2018:1011JUD005521608, párrs. 55, 62 y 65; Sentencia TEDH de 9 de julio de 2020, *Y. T. c. Bulgaria*, demanda n.º 41701/16, ECLI:CE:ECHR:2020:0709JUD004170116, párrs 61, 63, 68 y 70 o la Sentencia TEDH

Rumanía. En él, además, encontró plena confirmación la idea de que la castración inherente a los procedimientos de conversión sexual era contraria a las exigencias del Convenio Europeo, al advertir que «cualquier ambigüedad en los procedimientos legales de reconocimiento de género es problemática cuando la integridad física de la persona está en juego en virtud del artículo 8 del Convenio»⁵⁹. Con ello, como se afirmará entonces, se asistía a:

«otra confirmación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de su voluntad de ir en la dirección de una efectiva y real protección del derecho a la autodeterminación en materia de identidad sexual, después de unos años en los que muchos llegamos a echar en falta la aplicación de la valiosa (y valiente) jurisprudencia inaugurada en la sentencia *A.P. y otros*»⁶⁰.

Ha de advertirse, sin embargo, que la tendencia descrita ha sido descartada por el momento —e insistimos en la precisión temporal⁶¹— en desarrollos posteriores. En tal sentido, la ya mencionada Sentencia *Y. c. Francia* retoma de nuevo con énfasis la noción de consenso europeo —inexistente a su juicio en torno a las cuestiones de la intersexualidad— y sobre la base de la cual cimenta su negativa a reconocer las pretensiones del recurrente intergénero, admitiendo consecuentemente el más amplio margen de apreciación en manos de las autoridades francesas.

VI. A modo de provisional conclusión: el TEDH y la paulatina construcción de unos «derechos personalísimos» asociados al art. 8 CEDH

Es indiscutible la relevancia que posee la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la conformación de los derechos asociados con las reivindicaciones del colectivo LGTBIQ+. De hecho, como se ha destacado, ante la ausencia de previsiones específicas tanto en la propia Conven-

de 16 de julio de 2020, *Rana c. Hungría*, demanda n.º 40888/17, ECLI:CE:ECHR:2020-0716JUD004088817, párr. 39.

59 Sentencia TEDH de 21 de enero de 2021, *X. e Y. c. Rumanía*, demandas n.º 2145/16 y 20607/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000214516, párr. 161. En la misma línea normalizadora se sitúa la posterior Sentencia TEDH de 1 de diciembre de 2022, *A.D. y otros c. Georgia*, demandas n.º 57864/17, 79087/17 y 55353/19, ECLI:CE:ECHR:2022-1201JUD005786417.

60 Cfr. ROMBOLI, S., «El Tribunal Europeo vuelve a recorrer el camino en la dirección de una efectiva protección de la identidad sexual», en el blog *Do Better by esade*, 3 de mayo de 2021; accesible en: <https://dobetter.esade.edu/es/identidad-sexual>.

61 No nos resistimos a mencionar que el académico y reconocido activista LGTBIQ+, O'FLAHERTY, M., antiguo director de la Agencia de Derechos fundamentales de la UE y coautor de los Principios de Yogyakarta es desde el 1 de abril de 2024 comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa.

ción, como en las constituciones nacionales y en los textos internacionales, ha sido el Tribunal de Estrasburgo quien con sus decisiones ha ido configurando «un marco normativo propio de enorme calado», como atestiguan los desarrollos precedentemente descritos⁶². Es más, aunque algunos planteamientos formulados desde el colectivo no hayan encontrado aún una respuesta favorable, es evidente que no existen límites para el desarrollo de una jurisprudencia que se ha revelado especialmente dinámica en este ámbito, tal como hemos puesto de manifiesto en la precedente exposición.

Por otra parte, se ha afirmado que «the social construction of gender is arguably the most effective mechanism of socio-political control⁶³». De ser así es indudable que la labor desarrollada por el TEDH en la jurisprudencia analizada en el presente trabajo está contribuyendo a desactivar tal mecanismo, al desaprobar paulatinamente al Estado de tal instrumento, imponiéndole en cambio crecientes obligaciones a su cargo. En esta dinámica, lo cierto es que los desarrollos recientes en este ámbito revelan inequívocamente una creciente afinidad con las estrategias desarrolladas por el movimiento LGTBQ+ y una significativa coincidencia con los planteamientos voluntaristas inherentes a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No por casualidad esta ya había adoptado en 2017 una opinión consultiva en plena sintonía con los desarrollos producidos más recientemente en la jurisprudencia del TEDH⁶⁴.

No obstante, lo anterior ¿Quiere ello decir que se han eliminado todas las barreras para la efectiva realización del derecho a la autodeterminación sexual? Hay quienes sostienen que pese a los avances introducidos por la jurisprudencia *A.P., Garçon y Nicot c. Francia*, el Tribunal aún se resiente de enfoques en los que perviven los estereotipos de género⁶⁵. En suma, el TEDH no habría franqueado todavía resueltamente el umbral de la cisnormatividad/heteronormatividad y seguiría anclado en un enfoque binario de su jurisprudencia en la materia⁶⁶.

62 MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. M., «La identidad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXXVIII, 2022, p. 108.

63 VÁZQUEZ GARCÍA, R., «Making Sense of it: Why Democracy and Feminism needs to go Beyond Binary Citizenship», *The Age of Human Rights Journal*, n.º 18, June 2022, pp. 5-18, en p. 6.

64 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica, identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo; texto accesible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Sobre la cuestión ha vuelto en su posterior Opinión consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022 ya mencionada *ut supra*.

65 HANSEN, C., «Dismantling or Perpetuating Gender Stereotypes. – The Case of Trans Rights in the European Court of Human Rights' Jurisprudence», *The Age of Human Rights Journal*, vol. 18, 2022, pp. 143–161; accesible en: <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/TAHRJ/article/view/7022>; GONZÁLEZ-SALZBERG, *Sexuality & Transsexuality under the European Convention...*, cit., p. 193.

66 También se argüía que las resoluciones emanadas del Tribunal de Estrasburgo estarían sólo paulatinamente acercándose a la teoría de la autodeterminación de género, dejando

En todo caso conviene advertir contra los riesgos que entraña la nueva dinámica presente en la jurisprudencia del Tribunal en esta concreta materia⁶⁷, merced a esta interpretación «ultraevolutiva». Al respecto como se señalara hace años:

«por mucho que sea conveniente, no deben imponerse, por medio de la interpretación evolutiva, nuevas obligaciones a los Estados contratantes, pues la función del TEDH debe ceñirse a la protección de los derechos humanos ya consagrados en el Convenio. De lo contrario, como han apuntado algunos jueces, perdería toda su credibilidad como jurisdicción a los ojos de los Estados Contratantes. La lectura dinámica del Convenio debe estar suficientemente anclada en una transformación de la sociedad en los Estados Contratantes, de modo que debe ser muy prudente cuando lleva a cabo una ampliación del contenido de los derechos protegidos, sobre todo en aquellos supuestos en los que el propio Convenio deja el reconocimiento de ciertos derechos particulares a la discreción de las Partes contratantes. Consideramos, por lo demás, que el Tribunal, respecto a los instrumentos que no son jurídicamente vinculantes, debe mantener una explicación coherente de las razones que le llevan a recurrir a ellos como indicios capaces de favorecer una orientación dinámica, para evitar así que su jurisprudencia pueda ser tachada de arbitraria»⁶⁸.

De hecho, llama la atención que el evidente cercenamiento del «margen de apreciación» de los Estados que revela la jurisprudencia relacionada con el colectivo LGTBIQ+, discurra en paralelo al reforzamiento de aquel en el marco general del Convenio, máxime tras la entrada en vigor del Protocolo n.º 15.

Acaso la explicación se halle en el carácter «personalísimo» que el Tribunal parece atribuir a los derechos en liza. De hecho, en la argumentación tanto del Tribunal como de los jueces aflora en muchos casos la evocación de la

atrás la lectura patologizante de la realidad trans (cfr. RAVETLLAT BALLESTÉ, I., VIVAS TESÓN, I., CABEDO MALLOL, V., «La realidad de la infancia y la adolescencia trans* en España a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional español 99/2019, de 18 de julio: avances y retrocesos», *Revista Ius et Praxis*, Año 26, n.º 1, 2020, pp. 310-325, en p. 321; accesible en <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v26n1/0718-0012-iusetp-26-01-310.pdf>). Sobre esta última cuestión *vid.* RAVETLLAT BALLESTÉ, I., «El derecho a la identidad (de género) de la infancia y la adolescencia: del paradigma de la patología a la autodeterminación», *Actualidad Civil*, 2017, n.º 3, pp. 42-62). Tal afirmación, sin embargo, creemos que no tomaba en consideración los avances presentes en la jurisprudencia *A.P., Garçon y Nicot c. Francia*.

67 Adviértase que esta dinámica no beneficia a todos los derechos garantizados por el Convenio, como revela la jurisprudencia en materia migratoria. Al respecto *vid.* nuestra contribución «¿Un difícil equilibrio? La sentencia TEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. c. España*, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 52, octubre 2020.

68 Cfr. MARTÍNEZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 184-185.

situación de sufrimiento de los demandantes, ante la cual incluso las mismas razones jurídicas —por poderosas que sean— deberían ceder en aras de una aproximación compasiva por parte del Tribunal. En tal sentido, la ya mencionada opinión disidente de la jueza Simackova en el asunto *Y c. Francia* reflejaría meridianamente esta tendencia cuando concluye que:

«...l'on ne peut pas faire abstraction de la situation concrète d'un être humain concret – ici, le requérant et ses conditions de vie. Nous nous penchons sur les humiliations et les souffrances physiques subies par un être humain né avec un corps qui ne présente des caractères sexués ni féminins ni masculins. Pour cette raison, et pour que son corps ressemble davantage à un corps masculin, le requérant a été soumis à une médication. Et l'État l'a amené, par le biais de sa réglementation, à ce qu'il se déclare homme, alors que ni son corps ni ses sentiments n'y correspondaient. Et quels sont les arguments de l'État ? Tu n'es né ni homme ni femme, certes, mais la loi ne le permet pas. C'est pourquoi tu dois adapter ton corps (même si tu en souffriras) et ton âme (même si tu te sentiras humilié) pour correspondre aux lois adoptées par l'État. Je trouve cette ingérence tellement grave qu'elle emporte selon moi violation du droit du requérant au respect de sa vie privée.

...la Cour n'aurait pas dû en l'espèce permettre la perpétuation de la souffrance d'une personne que l'État a mise de force dans une case qui ne convient ni à son corps ni à son âme»⁶⁹.

VII. Bibliografía

BORILLO, D., «De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual», en *Revista Estudios Jurídicos*. Segunda Época, 2012, n.º 11; texto accesible en: <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/629>.

BRAUNSTEIN, J.F., *La religión woke. Anatomía del movimiento irracional e identitario que está poniendo en jaque a Occidente*, (trad. I. GARCÍA OL-MOS), La Esfera de los Libros, Madrid, 2024.

BUI-XUAN, O., «L'absence de reconnaissance juridique à l'état civil des personnes intersexes ne viole pas l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La prudence de la Cour européenne des droits de l'homme face au dépassement de la bicatégorisation des mentions de sexe à l'état civil», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2023, pp. 1117-1141.

69 Sentencia TEDH de 31 de enero de 2023, *Y. c. Francia*, cit., opinión disidente de la jueza Simackova, párrs. 1 y 10.

- CHANUT, M.**, «La condamnation de la France par la Cour européenne: la condition d'irréversibilité en matière de transsexualisme viole l'article 8 de la Convention», *Journal d'Actualité de Droit International et Européen*, n.º 5, 2017.
- CHASSIN, C.A.**, «Heurs et malheurs du mariage des transexuels (obss, Cour eur. Dr. h. Hamalainen c. Finlande, 16 juillet 2014)», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, pp. 463-480.
- DEHELEAN, D., OUREDNIKOVA, S.**, «The Forgotten I in LGBTQIA+: ECtHR Turns its Back on Intersex People», en el blog *Oxford Human Rights Hub*, 22 de febrero de 2023; texto accesible en: <https://ohrh.law.ox.ac.uk/the-forgotten-i-in-lgbtqia-ecthr-turns-its-back-on-intersex-people/>.
- DUBIN, A.**, «Forty Years Since Dudgeon. The impact of this Historic Case on the LGBTQIA+ Rights Movement», en ADROHER BIOSCA, S. y CLARO QUINTÁNS, I. (dirs.), *El derecho internacional público en la frontera de los derechos humanos: libro homenaje a la profesora Dra. Cristina J. Gortázar Rotaecche*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2023, pp. 433-446.
- FAJARDO DEL CASTILLO, T.**, «Consenso defectuoso, mayorías automáticas y *soft law*: de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa a una futura conferencia de paz sobre Ucrania», en DE FARAMIÑÁN GILBERT, J., ROLDÁN BARBERO, J. y DEL VALLE GÁLVEZ, A., (coords.), *Unión Europea, principios democráticos y Orden internacional. Liber Discipulorum en homenaje al Profesor Diego J. Liñán Nogueras*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 87-124.
- FAUSTO-STERLING, A.**, *Les cinq sexes. Pourquoi mâle et femelles ne sont pas suffisants?*, Payot, París, 2013.
- FERRER LLORET, J.**, *El consenso en el proceso de formación institucional de normas en el Derecho internacional*, Atelier, Barcelona, 2006.
- FRISON ROCHE, M. A.**, accesible en: <https://mafr.fr/fr/article/cour-europeenne-des-droits-de-lhomme-6/>.
- GONZALEZ-SALZBERG, D. A.**, *Sexuality & Transsexuality under the European Convention on Human Rights. A Queer Reading of Human Rights Law*, Hart. Oxford, 2020.
- GONZÁLEZ VEGA, J. A.**, «Derecho a la identidad sexual: la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 1, mayo de 2003.
- *Id.*, «Interpretación, Derecho internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: A propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVI, n.º 1, 2004, pp. 162-184.

- *Id.*, «¿Un difícil equilibrio? La sentencia TEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. c. España*, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 52, octubre 2020.
- GOUTTENOIRE, A.**, «Le refus bien compris de la Cour de cassation de créer un sexe neutre», *La lettre juridique*, n.º 700, 1 de junio de 2017; texto accesible en: <https://www.lexbase.fr/revues-juridiques/41153542-cite-dans-la-rubrique-bdroit-des-personnes-b-titre-nbsp-ile-refus-bien-compris-de-la-cour-de-cassati>.
- GUTIÉRREZ CASTILLO, V.**, «Ciudadanía europea y protección de la vida familiar. Especial referencia a los nuevos modelos de familia», *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n.º 1, 2021, p. 15-28.
- HANSEN, C.**, «Dismantling or Perpetuating Gender Stereotypes. – The Case of Trans Rights in the European Court of Human Rights’ Jurisprudence», *The Age of Human Rights Journal*, vol. 18, 2022, pp. 143–161; accesible en: <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/TAHRJ/article/view/7022>.
- HILT**, *Le couple et la Convention européenne des droits de l’homme*, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2004.
- HODSON, L.**, «Sexual orientation and the European Convention on Human Rights: What of the «L» in LGBT?», *Journal of Lesbian Studies*, vol. 23, 2019, pp. 383-396.
- JOUANNET, E.**, «The legal theory of Charles Chaumont»; texto accesible en: https://etourmejouannet.wordpress.com/wp-content/uploads/2014/10/the_legal_theory_of_c-chaumont.pdf.
- KULCZICK, P.**, «Vers un droit fondamental à “choisir son sexe”?», *European Centre for Law and Justice*, 2017; accesible en: <https://eclj.org/family/echr/towards-a-fundamental-right-to-choose-ones-sex?lng=fr>.
- LAMARCHE, M.**, «Pluralisme des statuts de conjugalité imposé aux plus récalcitrants des européens», *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2022, pp. 183-196.
- MARTÍ SÁNCHEZ, J. M.**, «Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIV, 2018, pp. 617-652.
- MARTÍNEZ PÉREZ, E.**, «La actualización de los derechos fundamentales en Europa: la incidencia de la carta en la jurisprudencia de Estrasburgo», *RDCE*, n.º 44, Madrid, enero/abril 2013, pp. 157-158.

- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. M.**, «La identidad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXXVIII, 2022, pp. 105-136.
- MORON-PUECH, B.**, «L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées», *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 2017; texto accesible en: <https://journals.openedition.org/revdh/3049>.
- MOUTON, J. D. y SIERPINSKI, B.**, «La pensée juridique de Charles Chaumont», *Civitas Europa*, n.º 35, 2015, pp. 197-223
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I.**, «El derecho a la identidad (de género) de la infancia y la adolescencia: del paradigma de la patología a la autodeterminación», *Actualidad Civil*, 2017, n.º 3, pp. 42-62
- Id.*, **VIVAS TESÓN, I. y CABEDO MALLOL, V.**, «La realidad de la infancia y la adolescencia trans* en España a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional español 99/2019, de 18 de julio: avances y retrocesos», *Revista Ius et Praxis*, Año 26, n.º 1, 2020, pp. 310-325.
- RENCHON, J. L.**, «Le statut des couples du même sexe dans la jurisprudence strasbourgeoise», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2024, pp. 397-521.
- RIGAUX, F.**, «Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme: une suite d'occasions manquées», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1990, p. 130 y ss.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B.**, «What is at stake in the Recognition of non-normative identities?», *The Age of Human Rights Journal*, n.º 18, June 2022, pp. 39-58.
- ROMBOLI, S.**, «El Tribunal Europeo vuelve a recorrer el camino en la dirección de una efectiva protección de la identidad sexual», en el blog *Do Better by esade*, 3 de mayo de 2021; accesible en: <https://dobetter.esade.edu/es/identidad-sexual>.
- SALAZAR BENÍTEZ, O.**, «El derecho a la identidad sexual de las personas menores de edad. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019», *Revista de Derecho Constitucional europeo*, n.º 32, 2019, pp. 189-222.
- SANZ CABALLERO, S.**, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: Historia de un cambio de criterio», *American University International Law Review*, vol. 29, 2014, pp. 831-868.
- VÁZQUEZ GARCÍA, R.**, «Making Sense of it: Why Democracy and Feminism needs to go Beyond Binary Citizenship», *The Age of Human Rights Journal*, n.º 18, June 2022, pp. 5-18.

VIDAL MARTÍNEZ, J., «¿Se incluye el “cambio de sexo” (transexualidad) en el ‘libre desarrollo de la personalidad’ al que se refiere al artículo 10.1 de la Constitución Española?», *Revista General de Derecho*, n.º 534, 1989, pp. 987-1029.

ASPECTOS INTERNACIONALES DE LA AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO

Patricia Orejudo Prieto de los Mozos

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid*

Sumario: I. Cuestiones previas. II. Determinación del sexo legal. *1. Asignación del sexo legal. 2. Reasignación del sexo legal.* III. La autodeterminación en situaciones internacionales. *1. El obligado reconocimiento de categorías no binarias.* A) Asignación de categoría no binaria con arreglo a una ley extranjera. B) Reconocimiento de la asignación de opción no binaria realizada con arreglo a una ley extranjera. *2. Ejercicio del derecho a la autodeterminación ante autoridades españolas.* A) Ejercicio del derecho a la autodeterminación de personas de nacionalidad española. B) Ejercicio del derecho a la autodeterminación por personas extranjeras. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

Resumen: La regulación española de la asignación o reasignación del sexo legal en situaciones internacionales revela dos dificultades. En primer lugar, dado el anclaje del sistema al binarismo sexual, se generarán conflictos con otros Derechos que aceptan una tercera categoría, sin que se haya previsto ninguna solución al respecto. En segundo lugar, en lo relativo al ejercicio del derecho a la autodeterminación de género (ya limitado de por sí por el anclaje al sistema binario), faltan normas de competencia judicial internacional, así como normas relativas a la intervención de las autoridades consulares; y, además, lo establecido en relación con las solicitudes que puedan presentar personas extranjeras plantea demasiados interrogantes. El presente estudio se dirige a explicar la regulación y a proponer soluciones para esos puntos oscuros o que, a juicio de la autora, no han sido abordados de la forma más adecuada.

Palabras clave: Género – Derecho internacional privado - autodeterminación – transexualidad – transgenerismo – intersexualidades.

Abstract: The Spanish regulation of the assignment or reassignment of legal sex in international situations reveals two difficulties. In the first place, given the anchoring of the system to sexual binarism, conflicts will be generated with other rights that accept a third category, without any rule having been provided to resolve them. Secondly, with regard to the exercise of the right to gender self-determination (already limited in itself by the said anchoring to the binary system), there is a lack of rules of international judicial competence in

this area, as well as rules relating to the intervention of consular authorities; and, in addition, the provisions in relation to the applications that may be submitted by foreigners raise too many questions. The aim of this study is to explain the regulation and to propose solutions for the obscure points and for the issues that, in the author's opinion, have not been addressed in the most appropriate way.

Keywords: Gender – Private international law – self-determination – transsexuality – transgenderism – intersexualities.

I. Cuestiones previas¹

1. El sexo que se asigna a cada persona con arreglo a lo establecido en un determinado ordenamiento, esto es, el sexo legal, es un elemento jurídico integrante de la identidad de esa persona². Tanto, que suele condicionar de manera decisiva toda su vida. A partir de esa asignación no solo se despliegan

1 Este trabajo relabora otro de mi autoría, publicado en la *Revista Española de Derecho Internacional* bajo el título «La identidad de género en el Derecho internacional privado español» [*REDI*, vol. 72, 2023 (2), pp. 343-366]. Mientras el trabajo de la *REDI* pretendía analizar críticamente la reciente normativa española, este busca aportar una visión del tema más amplia y actualizada. De esta manera, además, mi aportación resulta fiel a los contenidos del Congreso, recogidos en el presente volumen, cuyas organizadoras velaron por que se tratasen las principales cuestiones que surgen en torno a los «Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza» y que se expusieran en el orden más adecuado.

2 Creo que son convincentes los argumentos en contra de considerar al sexo legal un estado civil: cf. MAYOR DEL HOYO, M. V., «El sexo de la persona: ¿un estado civil en el Derecho español», *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 139, 2016, pp. 31-56. También coincido con quienes rechazan que sea un elemento fáctico (como sería el color de los ojos o la altura, que son datos que aparecen en algunos documentos oficiales, como el pasaporte francés) y apuntan a que tiene naturaleza jurídica: así, DUTTA, A. y PINTENS, W., «Private International Law Aspects of Intersex», *The Legal Status of Intersex Persons. Intersentia*, 2018, pp. 415-426, esp. p. 416; y GÖSSL, S.L., «From Question of Fact to Question of Law to Question of Private International Law», <https://www.academia.edu/>. Además, que es un elemento integrante de la identidad de la persona se pone de manifiesto en la jurisprudencia del TC español, cuando indica que «la propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad»: STC 99/2019, de 18 de julio, *BOE*, n.º 192, de 12 de agosto de 2019. La normativa registral española, no obstante, cuando se refiere a las menciones que debe contener el Registro civil en relación con cada persona, diferencia identidad (nombre y apellidos) y sexo: *vid.* arts. 44.2, 49 y 50.2 de la Ley del Registro Civil (Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, *id.*, n.º 175, de 22 de julio de 2011, en adelante LRC). El Reglamento del Registro civil (correspondiente a la anterior Ley, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, *id.* n.º 296, de 11 de diciembre de 1958, vigente en tanto no se apruebe un nuevo reglamento para la LRC de 2011) ni siquiera incluye el sexo entre las «menciones de identidad»: *vid.* art. 12 RRC.

efectos jurídicos³ (de ahí su dimensión pública: *vid. infra* §2) sino también, y principalmente, sociales. El sexo se vincula al género, entendido como el constructo que en cada sociedad se teje entorno a qué significa que la persona pertenezca a un sexo en concreto⁴. Y más allá de que quepa disputar, no aceptar, los estereotipos y roles que impone el género, lo cierto es que cada persona se identifica o conforma, o no, con el sexo legal asignado. Esta identificación es la que constituye la dimensión privada o íntima del elemento, esto es, el hecho de que forme parte de la identidad de la persona (*vid. infra* §3).

2. La dimensión pública comporta que la determinación del sexo se realice conforme a lo previsto en normas de naturaleza imperativa; que se imponga alguna forma de registro del sexo que se asigna a cada persona desde el momento del nacimiento, por lo general con arreglo a criterios médicos. Así, en principio es la observación de los genitales tras el parto lo que permite concluir si la persona es de sexo femenino o masculino, o de ninguno de los dos, esto es, si es intersexual o *intersex*⁵. Cada sistema jurídico, pues, dispone las

3 Solo con atender al Código civil, ya se evidencia que hay normas que se refieren específicamente a la mujer (por ejemplo, para reconocerle legitimación activa en la impugnación de la maternidad, como el art. 139 Cc, o para precisar que tiene que tener este sexo la persona nombrada judicialmente para verificar la realidad del parto de la viuda encinta en el art. 961 Cc), normas que se refieren al hombre y a la mujer (art. 44 Cc) y normas que cuando emplean el término «hombre» lo hacen como sinónimo de persona (arts. 532, 552, 658, 1271, 1936 Cc). Por poner otro ejemplo, la existencia de una violencia estructural específica contra las mujeres ha hecho necesaria la adopción de normas en todos los ámbitos (tratamiento integral) a través de normas como la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, *BOE*, n.º 313, 29/12/2004.

4 La categoría género empieza a manejarse por las teóricas feministas a partir de que, en 1949, Simone de Beauvoir pusiera de manifiesto que la mujer se forma culturalmente («no se nace mujer: llega una a serlo»), y lo hace con arreglo a parámetros que conforman un tipo especial de personalidad sometida a la tradición y al patriarcado. A través del género la mujer se sume en un estado de subordinación y aceptación de las imposiciones tradicionales del mundo masculino: el sistema-género construye dos sexos diferentes, para concentrar el poder en los hombres (DE BEAUVOIR, S., *El segundo sexo*, Madrid, Cátedra, 2017). Algunos años más tarde (1970), Kate Millet impulsaría el empleo de la categoría género, que define como «estructura de la personalidad conforme a la categoría sexual» para fundamentar que el patriarcado es una institución política y un sistema de dominación cruel, para más señas el más universal y longevo de los que existe: *vid. MILLET, K., Política sexual*, Madrid, Cátedra/Univ. de Valencia/Instituto de la Mujer, 1995. Así, muy sintéticamente cabe afirmar que mientras el sexo sería una categoría (legal) referida a diferencias biológicas, el género constituye un constructo social de lo femenino y lo masculino, desarrollado a través de procesos de socialización que conforman al sujeto desde la infancia. Ello, no obstante, a principios de los 90, Judith Butler ha tratado de cuestionar esta división asentada entre género (cultura) y sexo (naturaleza), advirtiendo que el sexo es ya de por sí una categoría dotada de género; que el género es «el medio discursivo/cultural a través del cual la «naturaleza sexuada» o «un sexo natural» se forma y establece como «prediscursivo»»: BUTLER, J., *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Barcelona, Paidós, 2007, esp. pp. 54-56.

5 Sobre las intersexualidades, que plantean dificultades añadidas en esta tarea visual de determinación del sexo, *vid. infra*, § 5.

normas por las que se registrará la asignación (§§ 4-7), como también establecerá qué posibilidades hay de cambiarla, esto es, de reasignación (§§ 8-12). En todo caso, interesa indicar en este punto que en la asignación del sexo la autonomía de la voluntad suele tener un papel escaso, cuando no nulo⁶.

La posibilidad de elección tiene un mayor reconocimiento en lo que respecta al otro elemento que integra la identidad de la persona, esto es, al nombre y, en menor medida, los apellidos. En particular, en el ordenamiento español, por ejemplo, la libre elección del nombre propio se eleva a principio, y si bien hay algunos (pocos) límites⁷, entre ellos ya no está la necesaria concordancia con el sexo legal⁸. Pero que no tengan que imponerse nombres conformes al sexo por mandato legal, no impide que siga vigente el imperativo de género⁹.

En lo que respecta a los apellidos, en la ley española las normas para su determinación tienen carácter imperativo¹⁰, por lo que la intervención de la autonomía de la voluntad está mucho más limitada¹¹, adicionalmente también por consideraciones de género¹². Solo en determinadas situaciones internacionales tiene entrada, en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal

6 Con alguna excepción, como la que precisamente se da en la actualidad en la ley española, como se pone de manifiesto más adelante.

7 Solo se permite imponer dos nombres propios o uno compuesto; no pueden elegirse nombres contrarios a la dignidad de la persona, ni que hagan confusa la identificación; y no pueden imponerse nombres que ostente uno de sus hermanos o hermanas con idénticos apellidos, a no ser que hubiera fallecido: *vid.* art. 51 LRC.

8 Hasta hace poco no se permitía imponer un nombre «que indujera a confusión en cuanto al sexo». Como se verá más adelante, esta norma se ha eliminado recientemente.

9 Es el género lo que determina que haya nombres que se consideran femeninos, que otros se califiquen de masculinos, y haya incluso nombres «neutros» porque se emplean de forma indistinta. Por ello la propia calificación de lo femenino, masculino o neutro difiere de unas culturas a otras. Por ejemplo, mientras Rosario, Carmen y Andrea son nombres «de mujer» en España, son considerados masculinos en México, EEUU e Italia respectivamente. El caso es que es algo común que se impongan nombres «femeninos» a las niñas, y «masculinos» a los niños. En algunos países, además, como más adelante se indica, también se atiende al sexo legal en la forma que adquiere el apellido.

10 Sintéticamente, en la ley española así se consideran los principios de duplicidad (dos apellidos) e infungibilidad de líneas (se determinan por la filiación): Instrucción de la DGRN de 23 de mayo de 2007, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español, *BOE* n.º 159, 4/7/ 2007.

11 Cabe únicamente elegir el orden de los apellidos antes de la inscripción registral de la persona (art. 49 LCR), al menos para el primer hijo/a, pues los siguientes ya tienen que llevar el mismo (art. 109.2 Cc). Con la mayoría de edad, cualquier persona puede alterar ese orden (art. 109.3 Cc). Y hay, además, algunos (pocos y tasados) motivos para solicitar el cambio (arts. 52 y 53 LRC).

12 Aunque desde hace años sea posible imponer a hijas e hijos en primer lugar el apellido materno, las estadísticas son de todo punto reveladoras del mantenimiento de una institución abiertamente patriarcal, cual es la imposición del apellido paterno: las parejas

de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que obliga al reconocimiento en un EM de los apellidos determinados con arreglo a la ley de otro EM, salvo contrariedad con el orden público¹³. Así, permite optar por la ley del EM de cualquiera de las nacionalidades de EEMM que pueda tener la persona (desplazando con ello, en España, las soluciones de los arts. 9.9 Cc y 9.10 Cc)¹⁴ o incluso la ley de otro EM con el que la persona esté vinculada¹⁵. Además, en otro plano, dado que en algunos ordenamientos el apellido, en lugar de ser un elemento inmutable, se determina a partir del nombre propio del progenitor o la progenitora, con una desinencia diferente por sexo¹⁶, la normativa registral española permite conservar si así se desea esta forma diferenciada (art. 200 RRC).

que optan por que el primero sea el de la madre no llegan al 1 %. *Vid.* https://www.eldiario.es/sociedad/apellido-materno-no-despega-0-5-bebes-nacidos-padre-no-automatizado-co-lleva_1_7875692.html.

- 13 En una suerte de aplicación del principio de reconocimiento mutuo, que explica y defiende DURÁN AYAGO, A., en *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, *passim*. La jurisprudencia del TJUE en materia de nombre y apellidos se explica detalladamente en pp. 97-121. En lo que respecta al orden público, en su Sentencia de 22 de diciembre de 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806, estimó legítima la inaplicación la ley de otro EM (Alemania) que alteraba el apellido de una noble, con base en la protección de la no discriminación garantizada por una ley de la abolición de la nobleza (austriaca). Y adopta una solución similar en la Sentencia del TJUE de 2 de junio de 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14, ECLI:EU:C:2016:401). Nota de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., en *REDI*, vol. LXII, 2011, pp. 236-239.
- 14 Sentencia TJCE de 2 de octubre de 2003, *García Avello*, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539. Al respecto, *vid.* REQUEJO ISIDRO, M., «Estrategias para la «comunitarización»: Descubriendo el potencial de la ciudadanía europea», *Diario La Ley*, n.º 5903, 28 de noviembre de 2003, XXIV, edición electrónica; y LARA AGUADO, Á., «Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos (Caso *García Avello* y el avance irresistible de la autonomía de la voluntad)», *Diario La Ley*, n.º 6107, 15 de octubre de 2004, XXV, edición electrónica.
- 15 La opción, por ejemplo, por la forma de establecer los apellidos de la ley del EM del lugar del nacimiento y la residencia habitual de la persona, que en el caso era la ley danesa, fue avalada en aras de garantizar la libertad de circulación y el principio de no discriminación por el TJUE, obligando a las autoridades de su nacionalidad (alemanas) a reconocer esta forma en la STJUE de 14 de octubre de 2008, *Grunkin y Paul*, C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559). Con base en la protección de idénticas libertades y derechos, también obligó a las autoridades alemanas a reconocer el cambio de apellidos operado en Rumanía respecto de un alemán que también tenía la nacionalidad rumana en la STJUE de 8 de junio de 2017, *Freitag*, C-541/15, ECLI:EU:C:2017:432. Al respecto, FORNER, I. y DELAYGUA, J. J., «Ciudadanía de la Unión Europea: cambio de apellidos, doble nacionalidad y adecuación del Derecho nacional al Derecho de la UE», *La Ley Unión Europea*, n.º 52, 2017, edición electrónica.
- 16 Así, por ejemplo, en Islandia. A partir del nombre propio de la madre o del padre, las personas de sexo femenino llevarán como «apellido» ese nombre con la desinencia *-dóttir* (hija de), las personas de sexo masculino, con la desinencia *-son* (hijo de), y las de sexo neutro o tercero, *-bur* (descendiente de).

3. La dimensión privada del sexo legal conecta con un elemento íntimo de la persona: la identificación (o no) con ese elemento de la identidad que le ha sido impuesto, condicionando el derecho a la vida privada¹⁷. Mientras en las personas cisgénero se da una coincidencia entre el sexo atribuido y el género sentido, las personas trans sienten que el sexo que tienen asignado no se ajusta al género autopercebido¹⁸. La identificación quiebra. Por ello, mientras el sexo legal de una persona cis permite el pleno ejercicio de su derecho a la identidad y a la vida privada, éste se ve vulnerado en las personas trans que no pueden reasignarlo. La posibilidad de cambio del sexo legal, en el que lógicamente entra de lleno la autonomía de la voluntad, se revela así indispensable para garantizar el derecho a la identidad y a la vida privada¹⁹. Lo es, en primer lugar, para las personas transexuales, que han logrado una apariencia física conforme al género autopercebido (y diversa al asignado), y respecto de las cuales ha indicado el TEDH que la discrepancia entre el sexo aparente y el sexo legal las coloca «*en una situación incompatible con el respeto a su vida privada*». Y en la medida en que las alteraciones físicas a que se someten (voluntariamente) las personas transexuales (cirugías de reasignación, tratamientos hormonales) no pueden imponerse a todas las que deseen una reasignación del sexo legal sin contravenir al derecho a la integridad física²⁰, también es preciso amparar el derecho a la vida privada de las personas transgénero, con el reconocimiento de su derecho a la auto-determinación de género.

II. Determinación del sexo legal

1. Asignación del sexo legal

4. La asignación del sexo responde en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos a un esquema binario, según el cual una persona (solo) puede (y tiene que) ser hombre (o varón) o mujer.

Este esquema, como decía, ampliamente generalizado, y al que aún se adscribe el Derecho español²¹, genera dos problemas: el primero es que, en lo

17 Según el TEDH «La identidad sexual y de género es uno de los aspectos más íntimos de la vida privada de una persona»: *Van Kück c. Alemania*, n.º 35968/97, párr. 51, TEDH 2003.

18 Sobre la cuestión, *vid.* por todos APARICIO GARCÍA, M. E. y GARCÍA NIETO, I., *Identidades trans. Una aproximación psicosocial al conocimiento sobre lo trans*, Madrid, Egales, 2021.

19 *B. c. Francia*, n.º 13343/87, TEDH 1992, párr. 59.

20 *A.P., Garçon y Nicot c. Francia*, n.º 79885/12, TEDH 2017. Sobre la jurisprudencia del TEDH en este ámbito, extensamente, véase el trabajo del Dr. Javier González Vega en este mismo volumen.

21 Expresamente, art. 170 RRC.

que respecta a la asignación, no se adapta a todas las personas *intersex*²²; el segundo es que no garantiza plenamente el derecho a la identidad sexual de quienes, sin ser intersexuales, no se autoperciben como mujer o como hombre, como ocurre con las personas no binarias y las personas de género fluido.

5. En lo tocante a las personas *intersex*, los sistemas que se mantienen en el binarismo sexual aplican el «principio de mayor similitud» al sexo masculino o al femenino²³, para asignarlo como el legal. Además, a continuación, suele ser habitual que se permita intervenir quirúrgicamente a la persona recién nacida para que se adapte en lo posible a esa elección, y que después se la someta a tratamientos hormonales durante su infancia, juventud y, ocasiones, su vida entera, por lo que pueden arrastrar problemas físicos y psicológicos derivados de estos tratamientos «normalizadores». No extraña así, que el TEDH haya indicado que, en la medida en que esta «normalización» se realiza sin necesidad terapéutica y sin el consentimiento libre e informado del paciente, puede ser constitutiva de maltrato en el sentido del artículo 3 CEDH²⁴. De hecho, son numerosas las llamadas de organismos de defensa de los derechos humanos a prohibir estas prácticas²⁵; que es lo que hace la ley española, desde fechas

-
- 22 La intersexualidad o DSD (desarrollo sexual diferente) es diversa en sus manifestaciones: hay diferencias cromosómicas, gonadales, genitales, hormonales, de sexo interno, fenotipo... *Vid.* GHATTAS, D.C., «Human Rights between the Sexes: A preliminary study in the life of inter* individuals», *Heinrich Böll Stiftung: Publication Series on Democracy*, vol. 34, p. 10. De hecho, dado que lo único común es que las personas en que se producen esas diferencias no guardan identidad absoluta con las que son calificadas de sexo masculino o de sexo femenino, es probable que resulte preferible referirse a intersexualidades o estados intersexuales. Además del estudio mencionado, resultan esclarecedores los de GARCÍA, D. J., *Sobre el derecho de los hermafroditas*, Melusina, 2015 y GREGORI FLOR, N., *Intersexualidades. Emergencias y debates en torno a personas con características sexuales diversas*, Libros de la Catarata, 2024.
- 23 TUMANISHVILI, G. G., «Topical Issues on Equality before the Law for Intersex and Transgender Persons», VEČERA M. *et. al.* (eds.), *Dny Práva 2015 – Days of Law 2015*, Masarykova univerzita, Brno, 2016, pp. 132-144.
- 24 *M. c Francia*, n.º 42821/18, TEDH 2022. El Tribunal inadmite la demanda con base en la falta de alegación previa por el reclamante de la vulneración del art. 3 CEDH ante las autoridades estatales (principio de subsidiaridad) y la ausencia de agotamiento de todos los recursos internos, pero no pierde ocasión para indicar que «*a medical procedure carried out in the absence of any therapeutic necessity and without the free and informed consent of the patient could be qualified as ill-treatment*» (§61), lo que no deja de ser una advertencia a los Estados contratantes en los que se realizan estas prácticas, tal y como ponen de manifiesto DERAIVE, C. y OUHNAOUI, H., «*M. v. France: recognising the existence of intersex persons, but not (yet) their bodily integrity*», *Strasbourg Observers*, <https://strasbourgobservers.com/2023/02/14/m-v-france-recognising-the-existence-of-intersex-persons-but-not-yet-their-bodily-integrity/>.
- 25 El Comité de Derechos del Niño de la ONU instó a nuestro país (como a muchos otros) a prohibir tales prácticas (CRC/C/ESP/CO/5-6). También el Comité contra la Tortura ha manifestado su preocupación en reiteradas ocasiones sobre el sometimiento de los niños intersexuales a operaciones innecesarias y a veces irreversibles, sin su consentimiento informado: así, por ejemplo: CAT/C/FRA/CO/7, de 4 de mayo de 2016; CAT/CE/DNK/CO/6-

recientes a nivel estatal, con la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (en adelante, Ley trans o Ley 4/2023)²⁶.

6. La ley española prohíbe las prácticas de «normalización» de las personas *intersex* hasta que no adquieran una edad razonable: 12 años (art. 19.2 Ley 4/2023)²⁷. Pero en lo tocante a la asignación de sexo legal, la única respuesta que se da al hecho de que una persona no pueda ser determinada como de sexo masculino o de sexo femenino al nacer, es que quepa la posibilidad de dejar en blanco la mención al sexo legal en la inscripción del nacimiento, si ambas/os progenitoras/es están de acuerdo, y únicamente durante el primer año de vida (art. 49 LRC, tras la reforma operada por la Ley trans: *vid.* arts. 74.2 y disp. final undécima de la Ley 4/2023). Transcurrido ese año, la persona se asignará al sexo masculino o femenino.

Esta solución se defiende por quienes consideran que la otra posibilidad, que es articular una mención superadora del binarismo (una tercera categoría, a la que me refiero enseguida), confunde la intersexualidad con una cuestión de identidad, puede estimular un mayor número de reasignaciones quirúrgicas apresuradas para evitar que la persona quede fuera del sistema binario, y que no solo es estigmatizante sino, incluso, *una forma de violencia*²⁸. Pero incluso quienes sostienen esta idea advierten, no sin razón, que la solución española no está exenta de problemas. En el plazo establecido (un año) puede

7, 30 de noviembre de 2015. Y el Relator Especial contra la Tortura, en un informe de 2013 consideró que las cirugías «normalizadoras» efectuadas sin el consentimiento informado del menor podían considerarse trato inhumano y degradante (A/HRC/22/53, párrafo 77, p. 18). El Experto Independiente sobre Violencia y Discriminación por Orientación Sexual e Identidad de Género afirmó que las cirugías correctoras son una forma de violencia de género y que pueden ser consideradas como tortura o tratamiento cruel, inhumano y degradante (A/HRC/50/27, párrafo 26); y la Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, que «*Aunque durante la infancia (y más tarde en la edad adulta) las personas intersexuales pueden tener múltiples problemas, el más acuciante es la práctica actual de la mutilación genital intersexual, que constituye una notable violación de los derechos humanos y que debe cesar*» (A/HRC/50/28, párrafo 59). Cf. Dictamen del Consejo de Estado 907/2022 sobre el Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, Documento CE-D-2022-90.

26 BOE, n.º 51, de 1 de marzo de 2023.

27 Aunque lo cierto es que este precepto lo que establece es que «*se prohíben todas aquellas prácticas de modificación genital en personas menores de doce años, salvo en los casos en que las indicaciones médicas exijan lo contrario en aras de proteger la salud de la persona*», con lo cual no deja de abrir posibilidades en función de la interpretación que se haga por los facultativos de esa «*necesidad de protección de la salud de la persona*». Las/os médicas/os que creen que la preservación de la salud mental de la persona pasa por la cirugía de reasignación, pueden tratar de persuadir a las/os progenitoras/es de la necesidad de intervenir en edades tempranas, tal y como se venía haciendo, como advierte GREGORI FLOR, N., *op. cit.*, p. 230.

28 *Ibidem.*, pp. 278-281, esp. p. 280.

perfectamente ocurrir que no se haya podido determinar con mayor precisión si la persona puede adscribirse a alguno de los sexos binarios, o no al menos sin someter al bebé a tratamientos hormonales que en algunos de los ordenamientos autonómicos están prohibidos²⁹. Yo añadiría, además, un problema previo no resuelto convenientemente, que es qué ocurre si ese acuerdo de no asignación temporal no se da, esto es, cómo hay que proceder en caso de que una/o de las progenitoras/es desee hacer uso del plazo, pero la otra o el otro prefiera que la asignación se realice sin dilaciones³⁰.

7. Algunos ordenamientos, como los de Países Bajos³¹ y Malta³², contemplan la posibilidad de dejar en blanco la asignación hasta que la propia persona elija, y mientras tanto en los documentos oficiales la mención sea «X»; lo que no deja de ser una forma de reconocimiento de una tercera opción. Otros países han dado un paso más allá en esta dirección, permitiendo el registro de personas *intersex* con arreglo a una categoría no binaria. Así, por ejemplo, en nuestro entorno, Alemania ha introducido la posibilidad de asignar al sexo «diverso»³³, como también lo ha hecho Austria³⁴. Islandia ha optado por un

29 Como la inducción hormonal con testosterona en la ley canaria: cf. *ibidem*, p. 281.

30 Para el caso de desacuerdos de este tipo, la normativa vigente permitiría instar un expediente de jurisdicción voluntaria por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 86 y ss. de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE, n.º 158, de 3 de julio de 2015, en adelante LJV) y que sea un Juzgado el que determine cuál de las/os progenitoras/es decide. Pero el hecho de que la posible mención en blanco solo dure un año deja sin sentido práctico esta opción, pues cabe pensar que, al no haber acuerdo inicial, será asignado un sexo (cabe insistir en que no se hace ninguna indicación de criterios para determinar cuál) mientras se sustancia el procedimiento. El desarrollo reglamentario de la nueva LRC, aún pendiente, podría dar una solución a esta cuestión.

31 A raíz de la Sentencia del *Rechtsbank Limburg* de 28 de mayo de 2018: *vid.* el informe de la FRA (Fundamental Rights Agency), *The fundamental rights situation of intersex people*, 2015, pp. 4-5.

32 *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act* de 2015 disponible en: <https://legislation.mt/eli/cap/540/eng/pdf>. *Vid.* SCIBERRAS DEBONO, N., «Malta's Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act — A Shift from A Binary Gender To A Whole New Spectrum?», *Elsa Malta Law Review*, ed. V, 2016, disponible en: <https://mt.elsa.org/emlr/edition-v>.

33 *Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben*, de 18 de diciembre de 2018, *Bundesgesetzblatt* I 2018, n.º 48, de 21 de diciembre de 2018 (www.bgbl.de). La ley se promulgó por mandato del Tribunal constitucional, que amparó a una persona intersexual en su solicitud de ser, precisamente, reconocida como «persona diversa». El BvG alemán estimó que, en efecto, la asignación al sexo femenino de esta persona había vulnerado sus derechos garantizados por el art. 2.1 (libre desarrollo de la personalidad) en relación con el art. 1.1 (dignidad humana) y el art. 3.3 (no discriminación por razón de sexo), todos ellos de la Constitución alemana: Sentencia de 10 de octubre de 2017, ECLI:DE:B-VerfG:2017:rs20171010.1bvr201916. *Vid.* DUNNE, P. y MULDER, J., «Beyond the Binary: Towards a Third Sex Category in Germany», *German Law Journal*, vol. 19, 3, 2018, pp. 627-648.

34 El origen de la norma es también jurisprudencial: *vid.* Sentencia de 15 de junio de 2018 del Tribunal Constitucional austriaco, No. G 77/2018, VfGH G 77/2018. *Vid.* GESLEY, J., «Austria:

sexo «neutro»³⁵. La superación del binarismo también ha tenido lugar, entre otros lugares, en el continente oceánico, en Nueva Zelanda y Australia³⁶.

Finalmente, también interesa indicar los pioneros en reconocer categorías no binarias fueron países asiáticos (Nepal, India y Bangladesh)³⁷, si bien esta opción se aplica a las *hijras*, que son personas transgénero, no necesariamente intersexuales.

2. Reasignación del sexo legal

8. El Derecho comparado muestra cuatro grandes opciones a la hora de abordar la modificación del sexo legal asignado³⁸: hay países donde está prohibida; en otros es posible el cambio, siempre que la persona se haya sometido a ciertos cambios físicos (cirugías y tratamientos hormonales) y en un tercer grupo de países únicamente se exigen ciertos requisitos médicos y legales; la cuarta posibilidad es aceptar la reasignación con arreglo al principio de autodeterminación de género, es decir, sin otra condición que no sea la propia declaración de la persona de querer una reasignación a otro sexo.

9. La prohibición de cambio del sexo legal es la respuesta aún más extendida: no en vano, el reconocimiento de la reasignación es un fenómeno relativamente nuevo³⁹. En la mayor parte de los ordenamientos no se ha contado nunca, de hecho, con esta posibilidad⁴⁰. En otros, tras periodos de reconoci-

Court Allows Intersex Individuals to Register Third Gender Other Than Male or Female», 2018, disponible en <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2018-07-06/austrian-court-allows-intersex-individuals-to-register-third-gender-other-than-male-or-female/>.

35 Vid. art. 6 de la *Act on Gender Autonomy 80 /2019 as amended by Act 159/2019, 152/2020 and 154/2020*. La ley puede consultarse traducida al inglés en: https://www.government.is/library/04-Legislation/Act%20on%20Gender%20Autonomy%20No%2080_2019.pdf. Al respecto, vid. ALAATTINOGLU, Daniela, «Intersex Rights in the Icelandic Gender Autonomy Act», 2022, disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4252270>.

36 GHATTAS, D.C., *loc. cit.*, pp. 48-50.

37 Así, Nepal, considerado primer país del mundo en permitir el registro de personas con este «tercer género», vid. UNDP, WILLIAMS INSTITUTE, *Surveying Nepal's Sexual and Gender Minorities: An Inclusive Approach*, Bangkok, UNDP, 2014, disponible en: <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Nepal-SGM-Mar-2014.pdf>. En relación con el reconocimiento de las hijras como «tercer género» en Bangladesh, vid. HOSSAIN, A., «The paradox of recognition: hijra, third gender and sexual rights in Bangladesh», *Culture, Health & Sexuality*, 2017, vol. 19, n.º 12, pp. 1418-1431, <https://doi.org/10.1080/13691058.2017.131783>. Sobre India, vid. VARMA, V. y NAJAR, N., «India's Supreme Court Recognizes 3rd Gender», *The New York Times*, 15 de abril de 2014, <https://archive.nytimes.com/india.blogs.nytimes.com/2014/04/15/indias-supreme-court-recognizes-3rd-gender/>.

38 Sigo en este punto la información recogida en <http://equaldex.com/changing-gender>.

39 Cerca de 100 países del mundo no lo permiten, tal y como se recoge en <http://equaldex.com/changing-gender>.

40 Por ejemplo, en el continente africano solo dos países reconocen la autodeterminación

miento legal de alguna forma de reasignación, esto es, con más o menos facilidades, la prohibición expresa se ha introducido recientemente. Así, sumidos en una ola reaccionaria frente a la evolución de los derechos de las personas y familias LGBTIQ+, lugares donde las personas transexuales (e incluso las transgéneros) podían obtener el cambio, y se ha cerrado toda posibilidad son Estados de los EEUU como Idaho⁴¹, Tennessee⁴², Montana⁴³ o Kansas⁴⁴; otros como Irak⁴⁵ o Rusia⁴⁶; y también Estados de la UE como Bulgaria o Hungría⁴⁷. El problema que tienen estos últimos es que están vinculados por el CEDH, y no parece que la jurisprudencia del TEDH avale semejante retroceso.

10. Cuando la reasignación es posible, puede sujetarse uno de dos niveles de requisitos: algunas leyes demandan algún tipo de certificación médica sobre el sentimiento permanente de pertenencia de la persona (trans) al género contrario, su duración e irreversibilidad e, incluso, sobre su adecuación a lo que el sexo opuesto normalmente determina en lo relativo a ciertas características físicas como el vello facial (barba) o la musculación en hombres o como pechos o «formas femeninas» en el caso de transicionar a mujer, como ocurre, por ejemplo, en Austria⁴⁸ o en Italia⁴⁹, donde (en ambos países) se ha suprimido la exigencia de cirugías de reasignación, pero aún no han acogido el derecho a la autodeterminación de forma completa. Otros ordenamientos van más lejos, condicionando el reconocimiento de la reasignación a la prueba de haber completado cambios físicos más drásticos, esto es, haberse sometido a tratamientos hormo-

(Botsuana y Mozambique) y cinco más articulan otras posibilidades (Namibia, Egipto, Túnez, Zimbabue, Angola y Sudáfrica): del resto, ninguno ha previsto nunca ninguna norma: <http://equaldex.com/changing-gender>.

41 Que en el momento en el que se redacta este estudio aún reconoce el derecho a la autodeterminación, pero ha aprobado una ley, que entrará en vigor el 1 de julio de 2024, prohibiendo todo cambio: *vid.* <https://www.equaldex.com/region/idaho>.

42 Donde hasta julio de 2023 cabía la posibilidad, sujeta a ciertas condiciones: <https://www.equaldex.com/region/montana> <https://www.equaldex.com/region/tennessee>.

43 <https://www.equaldex.com/region/montana>.

44 <https://www.equaldex.com/region/kansas>.

45 <https://www.equaldex.com/region/iraq>.

46 <https://www.equaldex.com/region/russia>.

47 Hungría aprobó una ley en 2020 para prohibir toda posibilidad de reasignación, que el Tribunal constitucional habría avalado, de manera que no cabe sino para las personas que hubieran solicitado antes de la entrada en vigor de esa norma. Lógicamente, la decisión se llevará al TEDH: *Vid.* KNIGHT, K. y GALL, L., «Hungary Court Closes Door on Transgender Legal Recognition», <https://www.hrw.org/news/2023/02/09/hungary-court-closes-door-transgender-legal-recognition>. Bulgaria ha modificado también sus leyes en sentido restrictivo: si antes cabía, con ciertas condiciones, desde febrero de 2023 está totalmente prohibido: <https://www.equaldex.com/region/bulgaria>.

48 <https://www.equaldex.com/region/austria>.

49 <https://www.equaldex.com/region/italy>.

nales y a cirugías de adecuación de los genitales al sexo al que se transiciona (y cuyo reconocimiento se pretende); cirugías cuya obligatoriedad previa al reconocimiento del cambio de sexo legal, como se indicó anteriormente, ha sido declarada por el TEDH contraria al derecho a la integridad física que garantiza el art. 3 CEDH⁵⁰. Por ello, algunos de los Estados que aún limitan la posibilidad de reasignación a las personas transexuales (y que no la extienden, por tanto, a personas transgénero) como Rumanía⁵¹, o Turquía⁵², entre otros Estados contratantes del CEDH, deberán modificar sus leyes para no infringir la CEDH. La República Checa lo ha hecho recientemente, tras una resolución de su propio tribunal constitucional en la que reconocía que la exigencia de cirugías de reasignación vulneraba ese derecho a la integridad física⁵³.

11. La última posibilidad, que es la más garante de los derechos de las personas trans, es el reconocimiento de la autodeterminación de género. Los sistemas que la han acogido renuncian a exigir a la persona cualquier cambio que no desee hacer: tanto los que comportan mutilaciones, como los que se limitan a esa adecuación física externa que por lo general pasa por el sometimiento de la persona a tratamientos hormonales. Se permite que el sexo legal se modifique con arreglo al género autopercebido. Es lo que hacen, por ejemplo, las leyes de algunos países europeos, como Malta⁵⁴, Islandia⁵⁵ o, recientemente, Alemania⁵⁶. Y es lo que también permite, desde inicios del 2023, la ley española⁵⁷.

12. Centrándonos en el sistema español, interesa indicar que la Ley trans, además, ha eliminado la exigencia de cambio del nombre propio cuando se solicita el cambio de la mención registral del sexo legal (art. 44.4 Ley 4/2023). La modificación del nombre *puede* realizarse, incluso con carácter previo a la reasignación del sexo legal⁵⁸, pero ya no es obligado imponer nombres acor-

50 *A.P., Garçon y Nicot c. Francia*, n.º 79885/12, TEDH 2017.

51 <https://www.equaldex.com/region/romania>.

52 <https://www.equaldex.com/region/turkey>.

53 <https://www.equaldex.com/region/zchech-republic>.

54 Art. 3 de la *Gender identity Act maltesa*.

55 Art. 4 de la Ley n.º 80 de 1 de julio de 2019, que puede consultarse traducida al inglés en: https://www.government.is/library/04-Legislation/Act%20on%20Gender%20Autonomy%20No%2080_2019.pdf.

56 *Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag*, de 12 de abril de 2024, BGBl 2024 I n.º 206 de 21.06.2024. Sobre esta ley, *vid.* el estudio de Rosa Miquel Sala publicado en este volumen.

57 El art. 44.3 Ley 4/2023 establece que «el ejercicio del derecho a la rectificación registral de la mención relativa al sexo en ningún caso podrá estar condicionado a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole».

58 El art. 48 de la Ley trans reconoce este derecho incluso a las personas menores de edad,

des con lo que se entiende adecuado según el sexo legal, esto es, nombres «femeninos» para mujeres y «masculinos» para hombres.

La ley española prevé dos procedimientos diferentes, ante distintas autoridades, para lograr la reasignación del sexo legal, en función de la edad de la persona. Antes de los doce años no cabe reasignación con rectificación registral, aunque, como se ha indicado, sí es posible modificar el nombre propio y exigir y obtener un trato acorde al género autopercibido⁵⁹. Entre los doce y los catorce años para que se acuerde el cambio de mención registral resulta obligado acudir a un(a) juez(a), ante el/la que se tramitará un expediente de jurisdicción voluntaria⁶⁰. Si la persona trans tiene más de catorce años, deberá acudir al Registro civil (arts. 43 y ss. Ley 4/2023), asistida de sus representantes legales o con defensor judicial si no ha cumplido aún dieciséis años, o por sí misma a partir de esta edad (art. 43 Ley 4/2023). En la oficina del Registro civil (cualquiera resulta competente, indica la norma: art. 45 Ley 4/2023) tendrá lugar, cuando sea citada la persona interesada, una comparecencia en la que pueda manifestar su disconformidad con el sexo asignado en la inscripción de nacimiento y su deseo de reasignación, y elegir, si lo estima preciso, como se indicó, otro nombre propio. Trasladada cierta información por parte del encargado del Registro, se suscribirá la solicitud. Transcurridos tres meses, la persona será citada de nuevo a comparecencia para ratificarse en la solicitud, tras lo cual el encargado dictará la correspondiente resolución (art. 44 Ley 4/2023).

Además, el art. 47 de la Ley 4/2023 garantiza la reversibilidad de la rectificación de la mención registral, de manera que cabe recuperar la mención al sexo inicial, transcurridos al menos seis meses desde la rectificación,

hayan iniciado o no el procedimiento de la reasignación del sexo registral. Además, cuando no ha reasignado aún el sexo legal, pero una persona menor de edad ha modificado su nombre, tiene derecho que las Administraciones públicas, las entidades privadas y cualquier persona natural o jurídica con la que se relacionen expidan todos los documentos de la persona menor de edad con constancia de su nombre tal como aparezca inscrito por la rectificación operada en el Registro Civil (art. 51.1 Ley 4/2023). Además, también se reconoce el derecho a que esas Administraciones públicas, entidades y personas dispensen a la persona menor de edad que haya cambiado su nombre en el Registro Civil el trato que corresponda a las personas del sexo con el que se identifica, sin que pueda producirse discriminación alguna por tal motivo y debiendo prevalecer siempre el principio de igualdad de trato (art. 51.2 Ley 4/2023).

59 El recién mentado art. 51.2 Ley 4/2023 reconoce, pues, efectos a la autodeterminación al margen y con carácter previo a la reasignación registral. Si un(a) menor declara su condición trans, tiene derecho a que se le trate con arreglo al género autopercibido por las Administraciones públicas y por cualesquiera entidades privadas y personas físicas y jurídicas.

60 La disposición final decimotercera de la Ley 4/2023 introduce un capítulo I *bis* en la LJV, titulado «De la aprobación judicial de la modificación de la mención registral del sexo de personas mayores de doce años y menores de catorce», que establece un procedimiento al efecto.

siguiendo el mismo procedimiento dispuesto para la rectificación registral. En caso de que se trate de rectificar una rectificación, lo cual también es posible, la solicitud se tramitará obligatoriamente a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria ante la correspondiente autoridad judicial⁶¹.

Como se indicó anteriormente, la posibilidad de reasignación se limita a las opciones propias del binarismo sexual: una persona a la que se asignó como sexo legal «hombre» puede solicitar el cambio a «mujer», y quien fue registrada como «mujer» puede instar la reasignación a «hombre». Así, ya desde el punto de vista de las situaciones internas, la regulación no resultaría del todo garante con el derecho a la identidad de género de todas las personas, al dejar fuera a las no binarias. Pero, además, la normativa se revela bastante inadecuada en lo que respecta a las situaciones internacionales. En primer lugar, porque no se ha previsto en ningún momento la posibilidad de que sea obligado el reconocimiento de categorías no binarias, cuando, según se indica a continuación, es bastante probable que tal obligación surja (§§13-17). En segundo lugar, porque incluso en el marco de lo binario, la autodeterminación podría complicarse para algunas personas españolas por no haberse previsto las normas que resultaban necesarias (§§18-21) y para muchas extranjeras, a la luz de las normas que sí se han dispuesto, pero con poco acierto, a mi entender (§§ 22-24).

III. La autodeterminación en situaciones internacionales

1. El obligado reconocimiento de categorías no binarias

A) Asignación de categoría no binaria con arreglo a una ley extranjera

13. Cuando una persona extranjera nace en territorio español, para la correspondiente inscripción en el Registro español (art. 9 LRC) es obligado que tanto en lo que respecta al nombre y los apellidos como para la asignación del sexo se aplique la ley del Estado de su nacionalidad. Para la primera de las cuestiones existe una norma de conflicto que lo prevé⁶²; y para el sexo

61 Art. 48 Ley 4/2023. En este caso, se tramitará el expediente específico previsto en el capítulo I *ter* LJV, también introducido por la Ley 4/2023.

62 Art. 1 del Convenio n.º 19 de la CIEC relativo a la ley aplicable al nombre y los apellidos, hecho en Múnich el 5 de septiembre de 1980, *BOE* n.º 303, de 19 de diciembre de 1989.

legal, en defecto de tal norma específica, será necesario estar a la regla general del art. 9.1 Cc⁶³.

Así pues, si una persona al nacer en España es certificada por el equipo médico como intersex y tiene la nacionalidad de un país con arreglo al cual esa condición de intersexual impone una asignación con arreglo a una tercera categoría (por ejemplo, la persona recién nacida tiene nacionalidad islandesa), resultará preciso registrarla como tal (sexo «neutro», «indeterminado» o «X»), pues no creo que haya motivos para considerar que la ley extranjera, aplicable como se ha indicado, según la norma general rectora del estatuto personal, es contraria al orden público español y, por tal razón, rechazar su aplicación (ex art. 12. 3 Cc). No desconozco, a este respecto, que el orden público estaría detrás de la negativa de Francia a reconocer como de sexo «neutro» o como «intersexual» a una persona intersexual cuyo sexo asignado en la inscripción de nacimiento fue «varón» y que solicitó la reasignación en ese sentido; y que esta negativa ha sido considerada compatible con el derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) por el TEDH⁶⁴. No obstante, al margen de que seguramente del TEDH —y pese a lo apuntado en esa misma sentencia⁶⁵—, no quepa esperar que imponga opciones no binarias⁶⁶

63 Son de la misma opinión ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Una visión de las propuestas de regulación del género de las personas físicas desde el Derecho internacional privado», *La Ley Derecho de Familia*, n.º 30 de 1 de abril de 2021 (consultada versión disponible en academia.edu), p. 8 y p. 24; y DUTTA, A. y PINTENS, W., *loc. cit.*, p. 419. Ello, a pesar de que art. 9.1 Cc se refiere concretamente a «el estado y la capacidad de la persona», y, como se ha indicado, el sexo no es capacidad ni estado civil, sino una categoría jurídica constitutiva de la identidad de la persona. Pero no cabe duda de que se trata, el sexo, de una cuestión vinculada estrechamente a la persona física, y que conforma la condición jurídica como sujeto de Derecho, por lo que pertenece a las instituciones propias del estatuto personal, cuya ley aplicable pretende regular dicho precepto. Sobre el sentido actual de la noción «estatuto personal», *vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Derecho de la persona», en GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. *et. al.*, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6.ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 37-97, p. 39.

64 *Y. c Francia*, n.º 76888/17, TEDH 2023. El TEDH entiende que hay una vulneración del derecho, pero que es proporcionada, a la luz de las diferencias legales que persisten en el sistema francés basadas en el binarismo, como, por poner dos ejemplos, entre muchos otros, el deportivo o el profesional (piénsese en las pruebas físicas de acceso a determinados puestos, como los de miembros de las fuerzas de seguridad del Estado o los de bomberos/as) y la necesidad de una tarea de revisión normativa que pueda tener presente las consecuencias de introducir el tercer sexo.

65 El TEDH creo que apunta a una dirección cuando afirma que «*il convient donc de laisser à l'État défendeur le soin de déterminer à quel rythme et jusqu'à quel point il convient de répondre aux demandes des personnes intersexuées, tel que le requérant, en matière d'état civil, en tenant dûment compte de la difficile situation dans laquelle elles se trouvent au regard du droit au respect de la vie privée en particulier du fait de l'inadéquation entre le cadre juridique et leur réalité biologique*» (§ 91).

66 Pese a que ello no resulte satisfactorio, tal y como pone de relieve THEILEN, J. T., «Beyond the Gender Binary: rethinking the Rights to Legal Gender Recognition», *EHRLR*, 2018, 3. pp. 249-257.

en una situación interna, no se obliga a que se conceda una reasignación a un sexo que no está aún previsto normativamente (orden público interno). Pero creo que es diferente si lo que se da es la negativa a reconocer un sexo ya dispuesto con arreglo a otra ley, porque en este caso hay discrepancia en la identidad de la persona con arreglo a diferentes ordenamientos (orden público internacional).

B) Reconocimiento de la asignación de opción no binaria realizada con arreglo a una ley extranjera

14. Una segunda situación en que debería inscribirse una categoría no binaria en el Registro civil se producirá en un caso en particular de conflicto móvil, que se produce cuando, al ser aplicable la ley correspondiente a la nacionalidad, tal nacionalidad cambia. En concreto, si la adquirida es la nacionalidad española, será obligado realizar la correspondiente inscripción de la persona en el Registro civil español. Y si bien para el nombre y los apellidos existe una solución específica⁶⁷, como no la hay con carácter general, ni para esta materia en particular, la cuestión queda abierta: ¿se seguirá aplicando la ley de la nacionalidad previa, o se aplicará, como en el caso del nombre y los apellidos, la nueva?

Cierto es que no será frecuente que con el conflicto móvil en esta materia se produzca un auténtico conflicto de leyes, dado que la mayor parte de los sistemas jurídicos, como se ha indicado, siguen anclados en el binarismo. Si la ley nacional anterior y la posterior no conocen otro sexo que el femenino o el masculino, seguramente coincida el sexo asignado (o que se asignaría) con arreglo a una y otra: a lo sumo se planteará el problema del reconocimiento en uno de los Estados de una reasignación producida en el otro. Pero, por más que aún no sea muy habitual, puede darse el caso —y se dará con frecuencia creciente a medida que haya, como es previsible, más leyes que admitan opciones no binarias⁶⁸— de que una persona que conste con sexo «X», «neutro» o «indeterminado» (por ejemplo, una persona intersex alemana) adquiera la nacionalidad de un Estado con arreglo cuya ley solo puede ser designada como hombre o mujer, que es lo que ocurriría si esa persona extranjera se naturaliza española. En estas situaciones lo más conveniente es continuar aplicando la ley previa, e inscribir a la persona con el sexo legal asignado (o reasignado) con arreglo a la nacionalidad anterior. La seguridad jurídica, el respeto al derecho a la identidad y a la no discriminación exigen evitar disparidades en la determinación del sexo legal. Y, como ya he adver-

67 A favor de la aplicación de la nueva ley: art. 1.1. *in fine* del Convenio de Múnich de 1980, *cit.*

68 AVGERI, M., «Non-binaries identities and the Elan-Cane case», *Academia Letters*, Article 2093, julio de 2021, DOI:20.20935/AL2093.

tido, no se me ocurren motivos para considerar que el binarismo en España sea cuestión de orden público internacional.

15. De hecho, la toma en consideración de la estabilidad en la identidad de la persona y de la ley personal (art. 9.1 Cc) han sido los principales argumentos empleados por el TSJ de Andalucía para admitir el recurso de una persona alemana cuyo sexo legal había sido anotado en el Registro central de Extranjeros (RCE) como «mujer», pero que en su país de origen tenía reconocida la mención X, y que quería constar, en consecuencia, en dicho RCE, con una categoría no binaria⁶⁹. Aunque esta sentencia sugiere que quizás el sentido de la decisión habría sido otro de afectar a una inscripción del Registro civil, a mi entender, nada debería cambiar. Se impone habilitar la tercera casilla también en el Registro civil español.

16. Ello es así, porque la obligación de inscribir un sexo no binario se hará patente si se proyecta la jurisprudencia del TJUE relativa al otro elemento integrante de la identidad, esto es, al nombre y los apellidos, entendiendo que la garantía de la libre circulación de personas y la no discriminación obliga al reconocimiento del sexo establecido con arreglo a la ley de otro EM del que esa persona también nacional (aunque sea no binario): por ejemplo, una persona que tiene las nacionalidades española y austriaca, cualquiera que sea el lugar de nacimiento, cuyas progenitoras optan por la categoría «X» cuando el equipo médico que asiste al parto y postparto indica que es intersex⁷⁰. Y ocurrirá otro tanto, además, en caso de que la persona con nacionalidad española sea asignada u obtenga la reasignación a esa tercera categoría en otro EM con el que guarda vinculación (por ejemplo, una persona española residente en Berlín, Alemania, que en este Estado es reasignada de «mujer» a «no binaria»)⁷¹. La incompatibilidad de una denegación del reconocimiento del cambio de sexo con el Derecho de la UE (art. 21 TFUE y arts. 7 y 45 CDFUE ha sido, de hecho, advertida por el TJUE en su sentencia de 4 de octubre de 2024, Asunto C-4/23, *Mirin*⁷².

69 Vid. STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) n.º 83/2023, de 23 de enero, ECLI:ES:TSJAND:2023:792, y mi comentario en la «Crónica de Jurisprudencia de DIPr», *REEI* n.º 46, 2023, pp. 623-628 (DOI: 10.36151/reei.46.20).

70 Tendrían tal posibilidad de elección a la luz de la jurisprudencia resultante del asunto *Garbía-Avello*, cit. *supra*, nota 14.

71 En este punto, claro está, se proyectarían *Grunkin-Paul y Freitag*, cit. *supra*, nota 15.

72 Un hombre trans de origen rumano (que conserva esta nacionalidad) obtiene el cambio de sexo legal en el Reino Unido habiendo obtenido la ciudadanía británica. Las autoridades rumanas deniegan la inscripción de este cambio legal, alegando que conforme a la ley rumana es obligado contar con una resolución judicial. El TJUE advierte de la contrariedad de esta respuesta con los arts. 20 TFUE y 21.1 TFUE, a la luz de los arts. 7 y 45 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Y lo hace poniendo invocando la jurisprudencia sobre el nombre y los apellidos (fundamentalmente, la recaída en las sentencias *Freitag* y *Bogendorff von Wolffersdorff*, antes citadas), y poniendo de manifiesto que las obligaciones de los EEMM al amparo de la CEDH a la luz de la jurisprudencia del TEDH son de

17. La penetración de una categoría no binaria parece irremediable, sin que exista previsión normativa al respecto. Ciertamente, habría resultado extraño que la Ley trans hubiera atendido a las situaciones internacionales, esto es, que hubiese previsto la posibilidad de un tercer sexo solo para algunos supuestos transfronterizos, sin ampliar la protección del derecho a la identidad de género a *todas* las personas, habilitando con carácter general una opción no-binaria que dé acomodo a las identidades diversas: a las personas intersex que no deseen ser identificadas como mujeres o como hombres, pero también a quienes no se autodeterminan en ninguna de estas categorías. A tal fin, resultará obligada una revisión en profundidad de todo el sistema⁷³.

2. Ejercicio del derecho a la autodeterminación ante autoridades españolas

A) Ejercicio del derecho a la autodeterminación de personas de nacionalidad española

18. Las personas trans que se encuentran entre los doce y los catorce años que deseen que su sexo legal sea rectificado, deben incoar un procedimiento específico de jurisdicción voluntaria ante un JPI. Y también existe otro procedimiento para el caso de que lo que se solicita sea una rectificación de una reasignación previa, del que debe conocer igualmente un JPI. Resulta, pues, poco explicable, y problemático, que no se hayan previsto normas que precisen cuándo puede conocer estas autoridades españolas en situaciones internacionales.

Al no haberse establecido un foro específico, la normativa general, que es la aplicable⁷⁴, obliga a una declaración de oficio de la incompetencia en

índole negativa (no injerencia en el derecho, en este caso el garantizado en el art. 8 CEDH) y positiva, lo que significa que tienen que contar con procedimientos eficaces y accesibles que garanticen el respeto efectivo de su derecho a la identidad sexual, y recordando que «habida cuenta de la especial importancia de este derecho, los Estados solo disponen de un margen de apreciación limitado en este ámbito».

- 73 Sobre los efectos que el cambio de sexo, y específicamente también sobre la posibilidad de que sea a una opción no binaria, *vid.* GARCÍA RUBIO, M. P., «Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares», *La Ley. Derecho de familia*, n.º 30, 1 abril 2021 (consultada edición electrónica).
- 74 Pues, con carácter general, la LJV remite a la LOPJ en lo que respecta la regulación de la competencia internacional (en el art. 9.2 LJV, tras recordar la posible aplicación de los tratados internacionales en el art. 9.1 LJV), lo cual resulta razonable en aras de evitar un fraccionamiento innecesario de la regulación de la materia, tal y como ha puesto de relieve DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «Ley de la Jurisdicción Voluntaria y Derecho internacional privado», *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 147-197, esp. p. 153.

cualquier situación que no sea meramente interna (persona española con residencia habitual y domicilio en España), en aplicación de lo dispuesto en el art. 22.octies.2 LOPJ, pues no resultan operativos los foros de la sumisión (a los órganos jurisdiccionales españoles, art. 22.bis.3 LOPJ) y del domicilio de la parte demandada (en territorio español ex art. 22.ter.1 LOPJ) y el JPI resultaría incompetente, al no existir ninguna atribución de competencia por otra vía (art. 22.octies.1 LOPJ). Así pues, la falta de una previsión expresa de foros de competencia judicial internacional provoca que solo puedan conocer de forma indubitada las autoridades españolas en caso de que la solicitante sea persona española con residencia en España. En cualquier otra situación, la única posibilidad es que se articule el *forum necessitatis* previsto en el art. 22.octies.3 LOPJ, que, como es sabido, exige que se pruebe que la situación está vinculada con España y que los órganos jurisdiccionales de los Estados con los que esté conectada hayan declinado su competencia.

19. De esta forma, en lo que respecta, en primer lugar, a la solicitud de reasignación de menores de catorce años, cabe preguntarse qué sentido tiene que una persona española residente en el extranjero y toda persona extranjera con residencia habitual en territorio español tengan que acudir primero a los órganos jurisdiccionales de los Estados extranjeros con los que tengan vinculación (el de su residencia en el primer caso, el de la nacionalidad en el segundo, por ejemplo), para ver admitida a trámite la solicitud por el JPI español solo si prueban que esas otras autoridades han rechazado su competencia. La respuesta, claramente, es ninguno. Como en seguida se pondrá de manifiesto, las autoridades registrales españolas serán competentes para tramitar toda solicitud de reasignación de personas españolas, tengan o no residencia y domicilio en España, por lo que es poco probable que sea intencionado el no haber previsto la posibilidad de que conozcan los JPI en idénticas circunstancias (con o sin residencia en España). La diferencia de edad de la persona puede justificar que intervenga una autoridad jurisdiccional en lugar de una registral, pero no explica que en principio no pueda conocer precisamente un JPI si la persona española reside en el extranjero, cuando sí podría obtener la reasignación ante una autoridad registral. También parece que no se ha reflexionado (al menos no suficientemente) en lo que respecta a las personas extranjeras, pues como mínimo debería haberse previsto la competencia para tramitar las solicitudes de las residentes en nuestro país que tienen reconocido el estatuto de asilo, tal y como deriva de la sentencia del TEDH en el asunto *Rana c. Hungría*⁷⁵.

75 El TEDH consideró que Hungría (que por entonces no había prohibido la reasignación de sexo) había infringido este derecho a la vida privada del art. 8 CEDH, al no permitir un cambio de mención del sexo a un asilado iraní que precisamente había alegado como motivo de persecución en Irán su condición de transexual. La solicitud fue denegada en un primer momento por falta de competencia de las autoridades húngaras, y posteriormente invocando un vacío legal, esto es, ante la falta de previsión de la posibilidad de cambio para personas que no contaran con un certificado de nacimiento húngaro. El TEDH, advir-

20. Si de lo que se trata es de rectificar una reasignación, la ausencia de foro de competencia plantea el mismo problema: solo si la situación es meramente interna, al no haber necesidad de acudir a las normas de la LOPJ, la competencia de los JPI españoles está fuera de toda cuestión. Pero ¿por qué sujetar la competencia de los JPI españoles en toda situación internacional a la posibilidad de articular un foro de necesidad, esto es, incluso si la internacionalidad es sobrevenida a la primera reasignación? Piénsese, por ejemplo, en una persona que tenía nacionalidad y residencia en España cuando obtuvo la reasignación, pero ha trasladado posteriormente su residencia a otro Estado (o que, además, en su caso, ahora tiene que ser considerada nacional de este otro Estado)⁷⁶.

A mi juicio, resultaría preciso introducir tres foros de competencia en materia de rectificación del sexo legal (como en seguida explico, no solo a efectos registrales). Para la reasignación, en primer lugar, un foro para la rectificación registral basado en la previa inscripción, que posibilitara el cambio ante las autoridades españolas siempre que la persona se encuentre inscrita en el Registro civil español. Ello ya englobaría las personas con nacionalidad española y a las que hayan nacido en España, tengan o no residencia en territorio español. El segundo foro sería el de la residencia habitual (en España), y no debería limitarse a la rectificación del Registro civil: se trataría de poder ejercer el derecho también para rectificar la mención en otros, como el Registro Central de Extranjeros o el padrón municipal. Es un foro que otros países de nuestro entorno, como Alemania⁷⁷ y Bélgica⁷⁸ han acogido, en aras de

tiendo que los derechos que el CEDH otorga deben ser efectivos, y no teóricos, apunta a la necesidad de facilitar la reasignación de sexo y el cambio de nombre cuando no resulta razonable esperar que la persona extranjera los promueva u obtenga en el país de su nacimiento: *vid. Rana c. Hungría*, n.º 40888/17, TEDH 2020.

76 Así ocurrirá en la mayor parte de los casos en que la persona tenga doble nacionalidad contemplada por las leyes españolas; por ejemplo si la persona es mexicana y española. Mientras resida en España, su nacionalidad prevalente será la española, pero un traslado de residencia habitual a México provocará que la nacionalidad española quede latente (art. 9.9 Cc; para las situaciones previstas en convenios de doble nacionalidad, la solución será la dispuesta en el convenio) por lo que tendrá que ser considerada mexicana y residente en el extranjero. Quizás una pérdida de la nacionalidad española podría justificar la incompetencia (sobrevenida) de las autoridades españolas, pero creo que en este caso expuesto, carece de lógica.

77 Al respecto, véase el artículo de la Dra. Rosa Miquel Sala en el presente volumen.

78 *La Loi réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets*, de 10 de julio de 2007, permite a las personas extranjeras (con residencia en el país) presentar de solicitudes para modificar el sexo en el «registro de población» (que es el de residentes): el nuevo art. 62bis del Cc belga establece en el apartado 1.º que «*Tout Belge majeur ou Belge mineur émancipé ou tout étranger inscrit aux registres de la population qui a la conviction que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement, peut faire déclaration de cette conviction à l'officier de l'état civil*».

garantizar también a las personas extranjeras el ejercicio del derecho a la autodeterminación⁷⁹. El tercer foro sería para el caso de la rectificación de la reasignación, un foro basado en la previa intervención de las autoridades españolas, esto es, que prevea la competencia para la rectificación si las autoridades españolas (registrales o jurisdiccionales) se han pronunciado previamente sobre la reasignación.

Mientras tanto, cabe realizar interpretaciones *pro actione* del *forum necessitatis*, de forma que no se exija probar que se ha interpuesto una demanda previa ante autoridades extranjeras, que han declinado conocer, al menos a las personas españolas⁸⁰ y a las refugiadas con residencia en España. En el primer caso porque, de no entender que pueden acceder a los tribunales españoles, aunque tengan residencia en el extranjero, se daría un trato discriminatorio a las personas de entre doce y catorce años, con respecto a las de más edad, carente de toda justificación. En el segundo caso, porque su condición de persona perseguida por el Estado de su nacionalidad ya constituye suficiente prueba de la imposibilidad de cambio del sexo por parte de sus autoridades.

21. Como indicaba antes, para recibir las declaraciones de voluntad de las personas trans mayores de catorce años lo que la normativa española establece es que las solicitudes de reasignación pueden tramitarse en cualquier oficina registral (art. 45 Ley 4/2023), y que están legitimadas para presentarlas, en principio, solo las personas españolas (art. 43.1 Ley 4/2023) (en el siguiente apartado se analizan las excepciones previstas para las extranjeras). Así pues, la residencia fuera de España no es impedimento para obtener la rectificación del sexo registral, pues toda persona mayor de catorce años puede solicitarla, sin ningún género de dudas, en cualquier oficina del territorio español. Pero la normativa española no aclara si cuando se refiere a «cualquier oficina de registro» (art. 44.2 Ley 4/2023) incluye también a las consulares.

79 No creo que limitar este derecho se justifique en el hecho de que podría no tener reconocimiento en el Estado de la nacionalidad de la persona. Tampoco todas las personas extranjeras que celebran un matrimonio en España con otra de su mismo sexo ven reconocido el matrimonio, pero se entiende que es preferible que pueda ejercitar aquí su *ius nubendii*. A este respecto, me parece positivo que España sea «Estado refugio» de personas y familias LGBTIQ+; la presión que posteriormente puede ejercer en otros países al reconocimiento de las situaciones del estado civil es una punta de lanza perfecta para extender derechos.

80 Además, la inexistencia de foro de competencia territorial plantea un problema de inadaptación, ya que solo se prevé la competencia del JPI del domicilio y, en su defecto, la residencia habitual de la persona solicitante (art. 26 *ter* LJV). Si se entiende que las autoridades españolas deberían conocer (al menos) siempre que la persona solicitante tenga nacionalidad española, en caso de que no tenga residencia ni domicilio en territorio español, deberá considerarse territorialmente competente el JPI (cuya competencia funcional regula el art. 85.1 LOPJ) ante el que se presente la solicitud.

La posible intervención de los cónsules, de un lado, puede defenderse apelando al *ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*. «Cualquier oficina» incluye las oficinas consulares. Entre las funciones de las autoridades consulares, además, se encuentra también la de «recibir y documentar declaraciones de conocimiento y de voluntad en materias propias de su competencia» (art. 24.3.º LRC). Pero, de otro lado, y precisamente atendiendo a esta cuestión de la competencia, resulta más que dudoso que cualquier autoridad consular, a elección de la persona interesada, deba conocer⁸¹. Además, quizás el hecho de que la Ley trans haya introducido normas referidas a las autoridades consulares (art. 36 Ley 4/2023) silenciando en todo momento su posible participación en materia de reasignación del sexo legal, sea indicativo de que no se ha querido extenderla.

A mi juicio, no obstante, sí convendría atribuir competencia expresamente a las oficinas consulares, cuando la persona española tenga residencia en su demarcación consular, de modo similar a lo que ocurre con el expediente previo al matrimonio (arts. 58.9 LRC y 238 RRC).

B) Ejercicio del derecho a la autodeterminación por personas extranjeras

22. Una última cuestión que la normativa española no aborda de forma adecuada, a mi entender, es la referida a la posibilidad de que personas extranjeras puedan ejercitar el derecho a la autodeterminación de género ante las autoridades españolas.

En lo referido a las solicitudes de menores de catorce años, ya se ha puesto de manifiesto que la inexistencia de foros de competencia judicial internacional comporta que en principio no la haya para que un JPI decida cuando la persona tiene nacionalidad extranjera. Reitero en este punto que la normativa española debería incluir en la LOPJ un foro basado en la previa inscripción, que posibilitaría que los menores extranjeros inscritos en el Registro civil español (por haber nacido en España) puedan instar la rectificación; otro que permita que la rectificación en cualquier otro registro o documento se solicite por personas residentes en territorio español, y un tercero que habilite la competencia para la rectificación de reasignaciones previas, con independencia de la nacionalidad y la residencia de la persona en el momento en que solicita.

81 La regla general de competencia del RC es que no importa el lugar donde se producen los hechos o actos: cualquier oficina puede recibir cualquier solicitud y practicar la inscripción que corresponda (art. 10 LRC), pero el criterio de competencia de las oficinas consulares en particular (que, conforme al art. 10 LRC comparten con las generales) es que el hecho inscribible acaezca en el extranjero: ¿cuándo cabe considerar que un cambio de sexo ha operado en el extranjero?

23. En lo que la reasignación ante autoridades registrales respecta, como se ha indicado, la ley restringe, en principio, la legitimación para solicitarla a las personas españolas (art. 43.1 Ley 4/2023). Seguramente, con ello, persigue una correlación *forum-ius*, esto es, que la autoridad competente, que por medio de esta norma implícitamente será la de la nacionalidad⁸², aplique su propia ley (la Ley trans)⁸³. Además, en la medida en que solo cabe rectificar registralmente lo que está inscrito, que en términos generales serán los hechos y actos referidos a personas de nacionalidad española, tiene cierto sentido que así sea. Pero claro, si fuera esa la finalidad de la restricción, esto es, que la solicitud de reasignación tenga efecto registral, ya se evidencia una primera inconsistencia en el hecho de que no se permita la solicitud de reasignación a personas extranjeras inscritas en el Registro civil español (por ejemplo, las nacidas en España)⁸⁴. Ello, a salvo de la posibilidad de interpretar en este sentido la norma referida a las personas extranjeras, que es el art. 50 Ley 4/2023.

24. El art. 50 Ley 4/2023 establece que, si acredita que no puede efectuar la rectificación registral relativa al sexo y, en su caso, al nombre, en su país de origen, por imposibilidad legal o fáctica, la persona trans extranjera puede interesar la rectificación del sexo y el cambio de nombre en los documen-

82 Esta competencia de las autoridades españolas para conceder cambios solo a nacionales se defiende también doctrinalmente, en defecto de norma específica, en materia de nombre y apellidos. Ciertamente es que existe una disposición que establece una obligación negativa: con arreglo al Convenio de Estambul de 4 de septiembre de 1954 (BOE n.º 15, de 18 de enero de 1977) los Estados contratantes (además de España, Alemania, Bélgica, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Suiza y Turquía) se comprometen a no conceder cambios de nombres y apellidos a nacionales del resto de los Estados contratantes, excepto si tienen a la vez la nacionalidad del foro (art. 2). Por tanto, lo único que está claro es que las autoridades españolas no pueden autorizar cambios de nombre y apellidos a personas de nacionalidades alemana, belga, francesa, luxemburguesa, neerlandesa, suiza y turca, salvo que además tengan la nacionalidad española. El Convenio avala la teoría tradicional de que, en tanto que acto vinculado a la soberanía de los Estados y en atención a la dimensión de Derecho público (o institución de policía) que tiene (o tenía) el régimen de nombre y apellidos, el cambio se considera de competencia exclusiva de los Estados con relación a sus propios nacionales (cf. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Derecho de la persona», *loc. cit.*, p. 83). Conforme a esta teoría, las autoridades españolas solo deben autorizar cambios a personas con nacionalidad española, o a apátridas y refugiadas con residencia habitual en España. Además, en principio no reconocerán los cambios que hubieran concedido a españolas/es autoridades extranjeras, salvo que fueran a la vez nacionales de los Estados contratantes del Convenio de Estambul y sin perjuicio de la obligación que deriva de la jurisprudencia del TJUE.

83 La inexistencia de normas de conflicto en esta materia debería remediarse, a través de la introducción de una disposición que inequívocamente disponga que las autoridades españolas aplicarán en todo caso la ley española en lo que respecta a la reasignación o a la rectificación de la reasignación, tal y como expongo en el trabajo de la REDI *cit. supra*, en nota 1.

84 Coincido también en este punto con lo que afirma sobre la regulación similar de la Ley 3/2007, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Una visión de las propuestas...», *loc. cit.*, p. 18.

tos que se le expidan, ante la autoridad competente, cumpliendo todos los requisitos de legitimación a que se refiere el art. 43 de la Ley 4/2023, salvo la nacionalidad española. A estos efectos, no exige que esa persona tenga ninguna vinculación específica con el Estado español⁸⁵. Además, a continuación dispone que la autoridad competente deberá solicitar al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación que recabe la información disponible en la representación exterior de España que corresponda sobre si en el país de origen (que cabe interpretar que es el de la nacionalidad) de la persona existen impedimentos legales o de hecho para llevar a cabo dicha rectificación registral; información que deberá transmitir a la autoridad solicitante en el plazo máximo de un mes.

Así, para empezar, es evidente que de este trámite cabría haber eximido a las solicitudes por apátridas o refugiadas con residencia en España, dado que la imposibilidad legal o fáctica de modificación de la mención del sexo en cualquier otro Estado puede presumirse. Además, la norma no precisa a qué autoridad se refiere cuando menciona «la autoridad competente». Podría ser al Encargado del RC (autoridad competente según el mencionado art. 45 Ley trans), aunque lo que pretenda la persona extranjera sea una modificación de la mención al sexo en documentos o en un registro diferente al RC, como, por ejemplo, el padrón municipal⁸⁶. O podría ser a la autoridad que esté a cargo del registro en particular, como por ejemplo el Director General de la Policía si lo que se desea es un cambio en la mención del sexo en el Registro Central de Extranjeros. Cualquiera que sea la lectura, en todo caso, y a pesar de que la norma habla de «adecuación de los documentos» y no, específicamente, de rectificación registral, con arreglo a este artículo el encargado de una oficina general del Registro Civil debería atender a la solicitud de cambio en la mención registral del sexo, si la persona extranjera es mayor de catorce años y está inscrita en el RC español, previa comprobación de que no puede hacerlo el país de su nacionalidad, siguiendo el trámite de información indicado en la norma. Y de ella misma deriva que el requisito de legitimación de la nacionalidad española no se exigirá; que cabe acceder a la rectificación si la persona cumple el resto.

IV. Conclusiones

El Derecho español ha dado un gran paso para garantizar el derecho a la identidad de todas las personas al posibilitar que las trans soliciten una reasignación del sexo legal con arreglo al principio de autodeterminación de género, esto es, con la mera manifestación de la disconformidad del sexo

85 El art. 50.2 se refiere a la necesidad de que el extranjero tenga residencia legal en España, pero para la solicitud de reconocimiento del cambio de mención al sexo efectuado en el extranjero, tal y como se expone más abajo. No creo, pues, que este requisito sea extensible a la vía que proporciona el aptdo. 1.º

86 Así lo prevé, por ejemplo, según se indicó anteriormente, el art. 62 *bis* del Cc belga.

asignado con el género autopercebido, y sin necesidad de probar cambios físicos o presentar informes médicos de ningún tipo. Pero este derecho se pone en entredicho desde el momento en que el sistema se mantiene en el binarismo sexual. La falta de previsión para las situaciones internas de una tercera categoría comporta que no pueda ejercitarse por quienes no se auto-perciben como hombres o mujeres, ya sea por una diversidad sexual desde el nacimiento (algunas personas intersexuales), ya por cuestión de género (como las personas no binarias o las de género fluido).

Además, la regulación de las situaciones internacionales no puede considerarse adecuada, no solo porque ha obviado que puede resultar obligado reconocer esa tercera categoría en varios supuestos, sino porque ha omitido foros de competencia internacional y normas específicas para las autoridades consulares y porque, a mi juicio, se ha quedado corta en la garantía del derecho a la autodeterminación de las personas extranjeras con vínculos con España.

Resultaría preciso que, para los supuestos en que intervienen juzgados y tribunales, se incluyesen en la LOPJ al menos un foro basado en la existencia de inscripción de la persona en el Registro civil español, un foro basado en la residencia habitual de la persona en territorio español, y —para el caso específico de la rectificación de una reasignación previa— un tercer foro basado en la previa rectificación en el Registro civil español.

Además, para que las personas trans españolas residentes en el extranjero mayores de catorce años no tengan que acudir a una oficina del Registro civil en territorio español, resultaría conveniente introducir normas que atribuyeran competencia específica a las autoridades consulares correspondientes a la demarcación consular.

Finalmente, interesa clarificar la regulación en lo que respecta a la rectificación del sexo legal de personas extranjeras con residencia habitual en territorio español, a fin de que no quepa duda de que pueden rectificar la inscripción registral si están inscritas en el Registro civil, y de que pueden obtener en cualquier otro caso la reasignación en el resto de los registros y documentos oficiales.

V. Bibliografía

AVGERI, M., «Non-binaries identities and the Elan-Cane case», *Academia Letters*, Article 2093, julio de 2021, DOI:20.20935/AL2093.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Nota a Sentencia del TJUE de 2 de junio de 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14», *REDI*, vol. LXII, 2011, pp. 236-239.

— «Una visión de las propuestas de regulación del género de las personas físicas desde el Derecho internacional privado», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 30 de 1 de abril de 2021.

- APARICIO GARCÍA, M.E. y GARCÍA NIETO, I.**, *Identidades trans. Una aproximación psicosocial al conocimiento sobre lo trans*, Madrid, Egales, 2021.
- BUTLER, J.**, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Barcelona, Paidós, 2007.
- DE BEAUVOIR, S.**, *El segundo sexo*, Madrid, Cátedra, 2017.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A.**, «Ley de la Jurisdicción Voluntaria y Derecho internacional privado», *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 147-197.
- DERAVE, C. y OUHNAOUI, H.**, «M. v. France: recognising the existence of inter-sex persons, but not (yet) their bodily integrity», *Strasbourg Observers*, <https://strasbourgobservers.com/2023/02/14/m-v-france-recognising-the-existence-of-intersex-persons-but-not-yet-their-bodily-integrity/>
- DUNNE, P. y MULDER, J.**, «Beyond the Binary: Towards a Third Sex Category in Germany», *German Law Journal*, vol. 19, 3, 2018, pp. 627-648.
- DURÁN AYAGO, A.**, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.
- DUTTA, A. y PINTENS, W.**, «Private International Law Aspects of Intersex», *The Legal Status of Intersex Persons*. Intersentia, 2018, pp. 415-426.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.**, «Derecho de la persona», en GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. et. al., *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6.ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 37-97.
- FORNER I DELAYGUA, J.J.**, «Ciudadanía de la Unión Europea: cambio de apellidos, doble nacionalidad y adecuación del Derecho nacional al Derecho de la UE», *La Ley Unión Europea*, núm. 52, 2017, edición electrónica.
- FRA** (Fundamental Rights Agency), *The fundamental rights situation of inter-sex people*, 2015.
- GARCÍA, D.J.**, *Sobre el derecho de los hermafroditas*, Melusina, 2015.
- GARCÍA RUBIO, M.P.**, «Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares», *La Ley. Derecho de familia*, núm. 30, 1 abril 2021.
- GESLEY, J.**, «Austria: Court Allows Intersex Individuals to Register Third Gender Other Than Male or Female», 2018, disponible en: <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2018-07-06/austria-court-allows-inter-sex-in-dividuals-to-register-third-gender-other-than-male-or-female/>.

- GHATTAS, D.C.**, «Human Rights between the Sexes: A preliminary study in the life of inter* individuals», *Heinrich Böll Stiftung: Publication Series on Democracy*, vol. 34, p. 10.
- GÖSSL, S.L.**, «From Question of Fact to Question of Law to Question of Private International Law», <https://www.academia.edu/>.
- GREGORI FLOR, N.**, *Intersexualidades. Emergencias y debates en torno a personas con características sexuales diversas*, Libros de la Catarata, 2024.
- HOSSAIN, A.**, «The paradox of recognition: hijra, third gender and sexual rights in Bangladesh», *Culture, Health & Sexuality*, 2017, vol. 19, n.º 12, pp. 1418-1431, <https://doi.org/10.1080/13691058.2017.131783>.
- KNIGHT, K. y GALL, L.**, «Hungary Court Closes Door on Transgender Legal Recognition», <https://www.hrw.org/news/2023/02/09/hungary-court-closes-door-transgender-legal-recognition>.
- LARA AGUADO, Á.**, «Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos (Caso *García Avello* y el avance irresistible de la autonomía de la voluntad)», *Diario La Ley*, núm. 6107, 15 de octubre de 2004, XXV.
- MAYOR DEL HOYO, M.V.**, «El sexo de la persona: ¿un estado civil en el Derecho español», *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 139, 2016, pp. 31-56.
- MILLET, K.**, *Política sexual*, Madrid, Cátedra/Univ. de Valencia/Instituto de la Mujer, 1995.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.**, «La identidad de género en el Derecho internacional privado español», *REDI*, vol. 72, 2023 (2), pp. 343-366.
- «Crónica de Jurisprudencia de DIPr», *REEI* n.º 46, 2023, pp. 623-628 (DOI: 10.36151/reei.46.20).
- REQUEJO ISIDRO, M.**, «Estrategias para la «comunitarización»: Descubriendo el potencial de la ciudadanía europea», *Diario La Ley*, n.º. 5903, 28 de noviembre de 2003, XXIV, edición electrónica.
- SCIBERRAS DEBONO, N.**, «Malta's Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act — A Shift from A Binary Gender To A Whole New Spectrum?», *Elsa Malta Law Review*, ed. V, 2016, disponible en <https://mt.elsa.org/emlr/edition-v>.
- THEILEN, J.T.**, «Beyond the Gender Binary: rethinking the Rights to Legal Gender Recognition», *EHRLR*, 2018, 3. pp. 249-257.
- TUMANISHVILI, G.G.**, «Topical Issues on Equality before the Law for Intersex and Transgender Persons», VEČERA M. et. al. (eds.), *Dny Práva 2015 – Days of Law 2015*, Masarykova univerzita, Brno, 2016, pp. 132-144.

UNDP, WILLIAMS INSTITUTE, *Surveying Nepal's Sexual and Gender Minorities: An Inclusive Approach*, Bangkok, UNDP, 2014, disponible en: <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Nepal-SGM-Mar-2014.pdf>.

VARMA, V. y NAJAR, N., «India's Supreme Court Recognizes 3rd Gender», *The New York Times*, 15 de abril de 2014, <https://archive.nytimes.com/india.blogs.nytimes.com/2014/04/15/indias-supreme-court-recognizes-3rd-gender/>

IDENTIDAD PERSONAL, SEXUAL Y DE GÉNERO EN SITUACIONES TRANSFRONTERIZAS: ALGUNOS DESAFÍOS DE LA ERA DIGITAL*

Ángeles Lara Aguado

*Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad de Granada*

Sumario: I. Introducción: la identidad personal como motor de disrupción del paradigma del reconocimiento en Derecho internacional privado en una sociedad globalizada. II. La identidad como derecho humano. *1. Identidad personal, sexual y de género. 2. La más reciente faceta de la identidad: la identidad digital.* A) Identidad digital y cartera europea de identidad digital. B) ¿Cómo afecta la cartera de identidad digital a las personas trans en situaciones transfronterizas? III. Desafíos de la sociedad digital para promover la libertad de circulación de personas trans y proteger su derecho a la vida privada y familiar. *1. Viabilidad de la interoperabilidad digital de los Registros civiles de los Estados miembros de la Unión Europea. 2. Otros retos: interoperabilidad de las plataformas digitales de las Administraciones públicas.* IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

Resumen: La identidad sexual, en cuanto elemento del derecho a la identidad de las personas, ha sido vinculada por la Ley 4/2023 (Ley trans) al derecho a la vida privada y familiar, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad y tiene una gran potencialidad para modular el Derecho internacional privado, promoviendo su reconocimiento mutuo y continuidad transfronteriza, en especial en la Unión Europea. La cartera europea de identidad digital promueve el reconocimiento de la identificación de las personas en los Estados Miembros de la Unión Europea, así como de las declaraciones de atributos sobre su identidad, entre los que se encuentra el relativo al sexo y nombre de las personas trans y otros elementos de su estado civil y filiación, estableciendo un modelo que permite presumir la validez de tales atributos, lo que puede ser un paso para avanzar

* Trabajo realizado en el Proyecto I+D+i: El derecho al respeto a la vida familiar transfronteriza en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica. Referencia: PID2020-113061GB-I00 financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033, IP's: M.ª Victoria Cuartero Rubio y José Manuel Velasco Retamosa. Y en el marco del Proyecto I+D+I PID 2019-108526RB-I00/AEI/10.13039/501100011033 Violencias de género y subordinación estructural: implementación del principio del gender mainstreaming, IP: Juana María Gil Ruiz.

hacia una libertad de circulación más efectiva, que elimine por completo las trabas jurídicas para el reconocimiento de tales hechos y actos, aunque ello requiera la unificación del Derecho privado sobre el fondo.

Palabras clave: identidad sexual y de género, identidad digital, cartera europea de identidad digital, portabilidad del estatuto personal, interoperabilidad de los registros electrónicos

Abstract: Sexual identity, as an element of the right to personal identity, has been linked by Law 4/2023 (Trans Law) to the right to private and family life, dignity and the free development of personality, and it has great potential to modulate private international law, promoting its mutual recognition and cross-border continuity, especially in the European Union. The European digital identity wallet promotes the recognition of the identification of people in the Member States of the European Union, as well as the declarations of attributes about their identity, among which is that related to the sex and name of trans people and other elements of their marital status and filiation, establishing a model that allows the validity of such attributes to be presumed, which can be a step to move towards a more effective freedom of movement, which completely eliminates the legal obstacles for the recognition of such facts and acts, although this requires the unification of private law applicable to the substance of the matter.

Keywords: sexual and gender identity, digital identity, European digital identity wallet, portability of personal status, interoperability of electronic records

I. Introducción: la identidad personal como motor de disrupción del paradigma del reconocimiento en Derecho internacional privado en una sociedad globalizada

Dos grandes hitos caracterizan la sociedad del siglo XXI y marcan el devenir del Derecho internacional privado (DIPr.), redefiniendo nuestra disciplina¹ y desdibujando los Derechos materiales nacionales hacia una uniformidad normativa que se abre paso y se afianza de modo cuasi natural a medida que se imponen soluciones de continuidad en el sector de la eficacia extra-territorial de decisiones, documentos y actos. El primero de estos hitos es la globalización, promotora de la movilidad internacional de las personas, que no es un fenómeno nuevo, pero que ha alcanzado una extensión planetaria suficiente como para que las sociedades sean cada vez más homogéneas en su conjunto, o, si se prefiere, muy heterogéneas individualmente. En este contexto, conservar e imponer la singularidad de los Derechos materiales

1 *Vid.* ESTEBAN DE LA ROSA, G., «Identidad personal transfronteriza y Derecho internacional privado europeo», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, p. 166; GUZMÁN ZAPATER, M., «Matrimonio entre personas del mismo sexo y derecho a la libertad de circulación (sobre la STJ, Gran Sala, 5 de junio de 2018, en el As. c-673/16, Coman)», *REEI*, vol. 36, 2018, p. 11.

nacionales se convierte en una labor de resistencia heroica que parece abocada al fracaso. A los tradicionales motivos económicos, laborales, políticos, educativos, turísticos, sanitarios o al deseo de formar o conservar una familia, hay que unir los desplazamientos provocados por los conflictos armados, el cambio climático o la huida de diversas formas de violencia de género (como la mutilación genital femenina, los matrimonios forzados, la violencia sexual, etc.), así como los vinculados al tráfico de inmigrantes y a la trata de personas con diversos fines (explotación sexual, laboral, reproductiva, tráfico de órganos, adopción ilegal, inducción a la mendicidad...). Sea cual sea el motivo que explique estos desplazamientos internacionales, proliferan las relaciones de tráfico externo a las que el DIPr. debe dar una respuesta a la altura de lo que se espera de esta rama jurídica en este milenio²; respuesta que, en todo caso, debería considerar las razones de dicha movilidad internacional, para aportar soluciones normativas que atiendan óptimamente a las circunstancias que rodean a las personas implicadas. Como consecuencia de estos avatares, el DIPr. tiene una presencia progresivamente creciente en la sociedad, por la multiplicación de situaciones privadas transfronterizas. Pero, de manera inversamente proporcional a este protagonismo, la soberanía estatal va menguando en un contexto de multiculturalismo uniforme, provocando la rebelión de algunos Estados en un intento desesperado por mantener su idiosincrasia nacional³. La globalización multicultural nos va acercando a un ideal de continuidad jurídica de los estatutos pese a la diversidad normativa, a una particular armonía internacional de soluciones por la vía del reconocimiento —quizás muy lejos de la que propugnara Savigny—, que baila al son del capitalismo neoliberal, aunque, a veces, disfrazada de imperativo exigido por los derechos humanos.

Garantizar una solución no obstaculizadora de la movilidad internacional de las personas se ha convertido en un objetivo a alcanzar a toda costa; como si fuera una especie de derecho constituyente —no constituido—, que nadie osa limitar para no toparse con el estandarte de los derechos humanos. Pero, la promoción de esta libertad de circulación al mismo tiempo beneficia al capitalismo más voraz, que se extiende por un mercado de dimensiones mundiales sin necesidad de emplear ninguna estrategia para su imposición, más aún si, para acomodar las situaciones puramente internas a las de tráfico externo, se acaban modificando los Derechos materiales para dar cabida a las soluciones normativas hasta entonces no existentes en ese país. En este contexto promocional del derecho a circular, la neutralidad de la técnica

2 Vid. las que ofrece RUIZ SUTIL, C., *Las violencias de género en entornos transfronterizos. Interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y del derecho internacional privado*, Madrid, Dyckinson, 2023.

3 Muestras de ello —pero no las únicas— son la salida de Reino Unido de la Unión Europea (UE) o los pulsos que echan algunos Estados Miembros de esta Organización de integración, defendiendo lo que consideran su identidad nacional, aunque ello les cueste sanciones diarias millonarias.

internacional privatista utilizada es pura apariencia, pues el DIPr. no puede sustraerse a los valores materiales propios de cada época, condicionados por los intereses de los grupos de presión económica⁴. Todo ello sucede mientras nos acercamos inevitablemente a un modelo de justicia marcado por la fuerza expansiva de los derechos humanos, cada vez más influenciados por una perspectiva subjetivista e individualista, en la que prima el «yo individual» por encima de cualquier otra consideración. Entre tales derechos humanos, la identidad, con todos los elementos que lo integran, se ha erigido en el estandarte a proteger. Bajo el paradigma de ese derecho a la identidad se va modulando el ordenamiento jurídico de todos los países afectados por la movilidad transfronteriza, ninguno de los cuales impondrá límites que puedan parecer sospechosamente incompatibles con los derechos humanos, lo que acaba provocando una relajación de sus normativas o de la aplicación de las mismas en los contextos transfronterizos, coadyuvando así a la uniformidad de soluciones en las relaciones privadas internacionales, primero por vía de la eficacia extraterritorial y, más adelante, por la reforma de sus Derechos materiales, pues en el contexto global multicultural, cada vez tiene menos sentido un ordenamiento jurídico diferenciado en función de la internacionalidad de la relación privada.

El segundo gran hito que ha empezado a transformar el DIPr. es la digitalización imparable de la sociedad, que se ha convertido en una herramienta imprescindible para lograr el cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS). La sociedad digital está originando nuevos modos de comunicación, de participación en la sociedad, de hacer negocios y de interactuar y relacionarse los individuos entre sí —en las relaciones P2P y en las asimétricas—, y también los ciudadanos con las Administraciones Públicas (AAPP), incluso, entre las AAPP, todo ello, en el plano puramente interno, pero, progresivamente también a nivel internacional. Muestra de este proceso irrefrenable es el *Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas 2021-2025*⁵, que forma parte del proyecto de modernización de las Administraciones, emprendido en el marco del *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de 16 de julio de 2021*⁶ y dentro de la iniciativa *España Digital 2026*⁷. En este marco, la *Estrategia de Inteligencia Artificial 2024* fue apro-

4 En este sentido, LARA AGUADO, Á., «Neutralidad del Derecho internacional privado en cuanto al género, una forma de violencia de género institucional», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Protocolo II. Balances y compromisos institucionales frente a la violencia de género*, 2022, pp. 293-326.

5 Disponible en: https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Estrategias/Plan_Digitalizacion_AAPÁGS.html [todos los enlaces han sido consultados el 30 de junio de 2024].

6 Disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/160621-Plan_Recuperacion_Transformacion_Resiliencia.pdf

7 Disponible en https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/estrategias/paginas/00_espana_digital.aspx

bada por el Consejo de Ministros el 14 de mayo de 2024⁸, para impulsar el uso de la inteligencia artificial (IA) tanto en el sector público (para mejorar la prestación de servicios a los ciudadanos detectando necesidades, facilitando la automatización de los procedimientos y prestando servicios públicos personalizados), como en el sector privado (incorporando nuevas tecnologías emergentes para aumentar la productividad, generar nuevas oportunidades de negocio, mejorar la toma de decisiones y automatizar los procesos negociales)⁹. En esta apuesta por ocupar un puesto puntero en la geopolítica mundial, España opta por mejorar las capacidades de supercomputación y el almacenamiento sostenible de datos y su procesamiento, así como por desarrollar aplicaciones que utilicen modelos de lenguaje en castellano y en lenguas cooficiales (ALIA), frente al modelo inglés de lenguaje dominante, para liderar un uso de la «IA transparente, ético, responsable y humanista»¹⁰. Este paquete está en consonancia con la *Brújula digital de la Unión Europea 2030*¹¹, que establece el marco de referencia de la transformación digital de la Unión Europea (UE) hasta 2030 y en cuya adopción jugó un papel decisivo el Discurso sobre el Estado de la Unión pronunciado por la presidenta de la Comisión en septiembre de 2020, en el que abogó por un mercado único digital en la UE, con unas «infraestructuras de datos, superordenadores y conectividad sumamente mejoradas»¹².

Todas estas medidas están orientadas a digitalizar sectores estratégicos, como la Administración de justicia (configurando el expediente judicial electrónico, digitalizando los documentos aportados en los procesos judiciales o automatizando la gestión de asuntos judiciales), los servicios públicos de empleo (gestionando a través de sistemas informáticos las políticas activas de empleo, mejorando los sistemas de información en los que se basa el sistema de prestaciones por desempleo, digitalizando los servicios que se prestan a trabajadores y empresarios, reduciendo trámites a los empresarios para la contratación de trabajadores o utilizando la IA y el análisis de datos para luchar contra el fraude), el ámbito sanitario (desarrollando la teleme-

8 Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública, *Estrategia de Inteligencia Artificial 2024*, disponible en https://portal.mineco.gob.es/es-es/digitalizacionIA/Documents/Estrategia_IA_2024.pdf

9 Sobre el alcance y riesgos de la IA, *vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «La Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea: un modelo para innovaciones radicales, responsables y transparentes basadas en el riesgo», *La Ley Unión Europea*, n.º 124, año XI, abril 2024, pp. 1-69.

10 Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública, *Estrategia de Inteligencia Artificial 2024...cit.*, p. 4.

11 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el Decenio Digital*, COM(2021) 118 final, de 9/3/2021, disponible en <https://espanadigital.gob.es/sites/espanadigital/files/2022-06/Br%C3%BAjula%20Digital%202030.pdf>.

12 *Ibid.*, p. 1.

dicina o el acceso al historial médico electrónico), el sistema de seguridad social (mediante la automatización de los sistemas de afiliación y cotización o la tramitación de prestaciones), la gestión de consulados (intercambiando documentación electrónica, potenciando el acceso a servicios digitales por españoles residentes en el exterior y por extranjeros que tengan que tramitar procedimientos telemáticamente, así como facilitando el uso de sistemas de identificación biométrica y de la e-firma), el sector de las migraciones (digitalizando y homogeneizando la tramitación electrónica de expedientes o la obtención de visados de residencia y trabajo), el sistema de asilo (utilizando bases de datos para controlar los flujos de personas y de recursos disponibles) y la Administración territorial del Estado (agilizando los tiempos de espera mediante los sistemas de cita previa y gestión de turnos, reforzando los registros electrónicos, mejorando la accesibilidad al Portal de Transparencia de la AGE, potenciando canales de tramitación a través de AppMóvil...). La digitalización de estos sectores pretende mejorar el acceso de los ciudadanos a los servicios públicos digitales, gracias a la automatización inteligente de la gestión administrativa y a la transformación de las AAPP hacia un modelo basado en la gestión de datos, dejando a un lado la gestión de documentos y haciendo frente a la brecha digital, para que esta no sea un obstáculo práctico para el acceso a tales servicios públicos. Esta evolución desde una sociedad de documentos a otra de datos es importante, porque implica el almacenamiento de la información en bases de datos que deben estar protegidas frente a ataques cibernéticos y posibles manipulaciones, garantizando la seguridad y privacidad de los datos que, posteriormente, serán procesados y analizados, asegurando su veracidad y legalidad, para poder extraer de ellos la información relevante a través de sistemas y algoritmos de IA que automatizan las tareas y toman decisiones relevantes para las relaciones privadas transfronterizas.

Dado que los grandes gigantes tecnológicos generan con toda esta digitalización un capital superior al PIB de algunos países¹³, la cuarta revolución industrial —la cibernética—, no solo ha llegado, sino que ha venido para quedarse y transformar todos los sectores, incluyendo el DIPr., que no solo resulta afectado, sino profundamente transformado. Dos aspectos, al menos, de todo este proceso, interesan a este trabajo: por un lado, muchos de los datos que son almacenados y tratados afectan a elementos relevantes de la identidad de las personas (nombre, sexo, estado civil, filiación...) constituidos conforme a la normativa de otro Estado o determinados por autoridades competentes de otro país, debiendo surtir efecto en otro Estado

13 Según publica Omri Wallach en Visual Capitalist, la capitalización de mercado de Apple es mayor que el PIB de Italia, Brasil, Canadá y Rusia; el valor de Microsoft supera el PIB de Brasil, Canadá, Rusia y Corea del Sur; el gigante tecnológico chino Tencent es mayor que el PIB de Suiza o Polonia. WALLACH, O., «The World's Tech Giants, Compared to the Size of Economies», *Visual Capitalist*, 7 de julio de 2021, disponible en: <https://www.visualcapitalist.com/the-tech-giants-worth-compared-economies-countries/>

con vinculación mayor o menor con la persona, lo que plantea el problema de la «portabilidad»¹⁴ de tales menciones de identidad y de los límites que a la misma puede oponer el país en el que se pretenden hacer valer¹⁵. Por otro lado, cada vez cobra más importancia la identidad digital, identidad virtual o identidad 2.0, versión de la identidad física o analógica que proyectamos en internet y que se va conformando por toda la información que consta de nosotros online, a partir de los datos que vamos proporcionando en la red de manera consciente o inconsciente. Cuando hacemos un comentario en un blog, o twitteamos alguna noticia, buscamos algo en un motor de búsqueda, dejamos un rastro que constituye nuestra huella digital, con nuestros gustos, pasiones, aficiones o intereses, que también forman parte de nuestra identidad. A partir de esta información o biografía digital pública las estructuras de poder que manejan el Big Data van moldeando y orientando nuestros intereses y comprometen nuestra intimidad y la soberanía sobre nuestra identidad digital¹⁶. Todos estos elementos de información personal, junto con nuestros datos de identidad individual, características, cualidades, permisos, derechos (atributos), así como las certificaciones académicas, permisos de conducir, títulos de idiomas, certificados de antecedentes penales, etc., que se incorporarán a nuestra cartera digital o *European digital wallet* (*EUDI wallet* o *EUDIW*) nos caracterizan y diferencian frente a los demás. El reconocimiento transfronterizo de nuestra identidad digital es imprescindible para facilitar el acceso a los servicios públicos y privados, digitales y *off line* por parte de los ciudadanos y empresas de cualquier Estado, especialmente de la UE, y también para no obstaculizar las relaciones de los particulares en el sector privado. Para ello, debe avanzarse hacia la interoperabilidad (habilidad de los sistemas para trabajar juntos, adoptando estándares) nacional e internacional de los dispositivos, aplicaciones y sistemas electrónicos que utilicen las AAPP, pero también los particulares, para facilitar a los ciudadanos el acceso a servicios transfronterizos y reducir costes y tiempo cuando tengan que hacer valer los elementos relativos a su identidad ante cualquier AAPP o ante otros particulares. En esta línea se está trabajando en la UE, desarrollando «instrumentos que apoyan la interoperabilidad, es decir, herramientas, marcos, directrices y especificaciones, que son necesarias para lograr la interoperabilidad a nivel nacional y transfronterizo, como es el caso de la clasificación ESCO, que determina y categoriza las capacidades, competen-

14 PFEIFF, S., *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruselas, Bruylant, 2017.

15 JIMÉNEZ BLANCO, P., «El derecho de los españoles a residir en España con sus cónyuges extranjeros», en CUARTERO RUBIO, M. V. y VELASCO RETAMOSA, J. M. (dirs.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 349.

16 ORTEGA PUENTE, G., «La identidad de la persona en la era digital ¿Es la identidad digital una proyección de la identidad de la persona?», *Actualidad Civil*, n.º 1, enero de 2024, LA LEY, pp. 8-9.

cias, cualificaciones y ocupaciones pertinentes para el mercado laboral y la educación y formación en la UE, el *Single Digital Gateway* o el intercambio de evidencias a nivel europeo»¹⁷.

El DIPr. se ve profundamente afectado como consecuencia de esta cuarta revolución industrial, en la que han irrumpido nuevas tecnologías, internet, la IA, la robótica, el internet de las cosas (IoT), *Blockchain*, la computación en la nube, o las tecnologías de verificación de la identidad, como la biometría, la verificación electrónica de documentos, la autenticación de dos factores (2FA) o la autenticación multifactor (MFA), entre otras. Aparte de que las transacciones electrónicas transfronterizas reclamen del DIPr. soluciones adaptadas a las exigencias de las transacciones y servicios electrónicos, nuevas formas de resolución de los conflictos, una determinación de la ley aplicable acorde con la deslocalización de las transacciones en un mundo cada vez más interconectado digitalmente¹⁸, garantías en la verificación de la identidad en línea y de los sistemas de identificación biométricos¹⁹, interesa destacar la necesidad cada vez mayor de mecanismos que hagan factible la portabilidad del estatuto personal (incluido el digital) allí donde tenga que surtir efecto y que faciliten la libertad de circulación de las personas en el espacio físico y en el digital.

Elemento conector de estos dos hitos es el derecho a la identidad, cuya fuerza disruptiva en nuestra disciplina es reseñable. Nunca como hasta ahora se había dotado a un derecho humano de tal poder transformador no solo del DIPr., sino del Derecho material de los EEMM de la UE, y, por extensión, a nivel internacional. Esto se debe en gran medida a la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, que a veces se arrogan una potestad cuasi legislativa: no solo son legisladores negativos, que ayudan a eliminar de los ordenamientos jurídicos aquellos elementos incompatibles con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) o con el Derecho de la UE, sino que, al ir solucionando problemas no resueltos por los legisladores nacionales, sirven de motor impulsor del cambio en las normativas de los Estados Parte del Consejo de Europa y de los EEMM de la UE. Ambos Tribunales, al ir perfilando el contenido y alcance del derecho a la identidad, estrechamente unido a la dignidad humana y al libre desarrollo de

17 Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Componente 11. Modernización de las Administraciones Públicas, septiembre 2023, p. 74. Disponible en https://planderecuperacion.gob.es/sites/default/files/2023-10/0310203_adenda_plan_de_recuperacion_componente11.pdf

18 Vid. BURRI, M., «Digital trade: in search of appropriate regulation», en AA. VV (eds.), *Justice, Trade, Security, and Individual Freedoms in the Digital Society*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2021, pp. 213-247; SÁNCHEZ LORENZO, S., «Click-wrap international contracts», en AA. VV (eds.), *Justice, Trade...op. cit.*, pp. 259-285.

19 DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho privado de internet*, 6.ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters/Civitas, 2022.

la personalidad, están originando una especie de «*ius commune europeo*»²⁰. La vinculación entre el derecho a la identidad y la dignidad humana confiere al primero una indiscutible capacidad promocional de la continuidad en el espacio de los elementos que integran la identidad, al menos, de aquellos más estrechamente vinculados a la vertiente personal o individual de este derecho y que se han constituido de conformidad con la normativa de otro Estado. Este es el caso del nombre, la filiación o el matrimonio, pero también de la identidad sexual y de lo que se ha dado en llamar «identidad de género»²¹. Este último elemento constitutivo de la identidad ha ido evolucionando desde su patologización hasta su configuración como un derecho, cuando en 2018 la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud, en su undécima revisión (CIE-11), eliminara la transexualidad del capítulo relativo a trastornos mentales y del comportamiento y la trasladara al de «condiciones relativas a la salud sexual». Con ello se ha dado un impulso a la revisión de las normativas nacionales que están permitiendo el cambio de sexo basado en la libre autodeterminación del individuo, dando por hecho que despatologización equivale a plena autonomía y ausencia total de controles²². Más específicamente, la identidad de género o autodeterminación de género se ha convertido en un «derecho» emergente, que, sin estar expresamente reconocido a nivel constitucional, se ha insertado en el contenido mismo de principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

Precisamente, facilitar la continuidad de las relaciones en el espacio es la función clásica de nuestra disciplina; función que ha cobrado un protagonismo inusitado en nuestros días, al vincularse el derecho a la identidad con la libertad de circulación en el espacio europeo y con el derecho a la vida privada y familiar a nivel internacional, hasta el punto que se reclama «el respeto al derecho subjetivo a la permanencia del estatuto jurídico personal y familiar de las personas en el espacio»²³, esto es, la continuidad o

20 OLLERO, A., «Diálogo de tribunales en el marco europeo», en DE LUCAS MARTÍN, J., VIDAL GIL, E., FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. y BELLVER CAPELLA, V. (Coords.), *Pensar el tiempo presente. Homenaje al Profesor Jesús Ballesteros Llompарт*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 928.

21 DURÁN AYAGO, A., *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, p. 121.

22 Sobre el proceso de despatologización de la transexualidad, *vid.* PERES DÍAZ, D., «Biopolítica, ser trans y Derecho: una cartografía del cuerpo doliente», en PERES DÍAZ, D. (dir.), *El gobierno de los cuerpos disidentes. Un estudio de la cuestión trans desde las fronteras del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 37-43.

23 DURÁN AYAGO, A., *Derechos humanos y método de reconocimiento... op. cit.*, p. 163. En el mismo sentido, ESTEBAN DE LA ROSA, G., «Identidad personal, de género y patriarcado: reconocimiento de la filiación resultante de la gestación subrogada en el ordenamiento europeo», en LARA AGUADO, Á. (dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas:*

portabilidad del estatuto personal en los casos de movilidad internacional de las personas²⁴. Pero esta continuidad no puede ser automática en todos los casos²⁵. La clave radica en determinar si la portabilidad de los elementos de la identidad de la persona es lo suficientemente relevante para el derecho a la vida privada y familiar y para las libertades de circulación en la UE, como para que su consecución se imponga a toda costa: es decir, se trata de verificar si no permitir la continuidad de los elementos del estatuto personal de la persona restringe el ejercicio de las libertades de circulación, pues en la UE lo relevante es garantizar estas libertades, y para lograrlo, se protege el derecho a la identidad y la vida privada y familiar²⁶. Si la portabilidad de tales elementos fuera relevante para la libertad de circulación, el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones, documentos y actos debería dar paso a un reconocimiento mutuo directo; quizás este debería haber sido siempre el papel del DIPr., o quizás no y solo es legítimo reclamar la continuidad en el espacio de los elementos de identidad de la persona cuando estos no se hayan constituido fraudulentamente o sin sustrato real, como sucede en casos de matrimonios fraudulentos o gestaciones por sustitución llevadas a cabo en el extranjero²⁷. En cualquier caso, cada vez se está extendiendo más el alcance del derecho a la identidad como potenciador de las libertades de circulación y, si esta es la tendencia, poco futuro habrá que augurarle a la especificidad de los Derechos sustantivos propios y, por ende, el DIPr. deberá redefinirse en las relaciones intra UE. Por otro lado, si la digitalización está indisolublemente unida a la eliminación de fronteras físicas y tecnológicas, también la mayor efectividad de las libertades de circulación y el máximo respeto al derecho a la identidad en su vertiente de derecho a la vida privada y familiar van de la mano de la eliminación de las

análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de la infancia y de los derechos humanos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 243-271.

- 24 FRANZINA, P., «Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad», *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 5, n.º 3, 2011, pp. 609-616; JIMÉNEZ BLANCO, P., «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional Privado», *REEI*, n.º 35, 2018, p. 3.
- 25 GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La filiación en Derecho internacional privado: en la encrucijada entre la protección de los derechos humanos y el reconocimiento mutuo», en CAMPUZANO DÍAZ, B., DIAGO DIAGO, P. y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A. (dirs.), *De los retos a las oportunidades en el Derecho de familia y sucesiones internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 237.
- 26 En este sentido, ARENAS GARCÍA, R., «El reconocimiento de las situaciones familiares en la Unión Europea», en CUARTERO RUBIO, M. V. y VELASCO RETAMOSA, J. M. (dirs.), *La vida familiar internacional...op. cit.*, p. 57; LARA AGUADO, Á. «Derecho a la identidad y a la vida privada de los menores nacidos por gestación por sustitución en la jurisprudencia del TEDH y del TJUE y en las proyectadas normativas reguladoras de la filiación», en SALES PALLARÉS, L., y ZURILLA CARIÑANA, M. A. (coords.), *Vida familiar e infancia en una sociedad globalizada con perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 163-253.
- 27 En este sentido, ARENAS GARCÍA, R., «El reconocimiento de las situaciones familiares...», *cit.*, p. 57; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La filiación en Derecho internacional privado...», *cit.*, p. 237.

fronteras jurídicas²⁸. El cúmulo de todos estos requerimientos parece conducir inexorablemente a un mundo feliz para el capitalismo neoliberal, en el que solo impera una única cultura jurídica, la que ponga menos trabas a la movilidad internacional (¿de personas o de capitales?).

En este trabajo se aborda la identidad sexual como elemento integrante de la identidad en las situaciones transfronterizas y el camino que está abriendo la sociedad digital hacia un reconocimiento de pleno derecho de este elemento de la identidad. El objetivo es determinar el modo en que la sociedad digital puede promover la efectividad de la libertad de circulación de las personas que no se identifican con los estereotipos de género que, según su percepción psicológica o la social, se asocian a su sexo biológico.

II. La identidad como derecho humano

1. Identidad personal, sexual y de género

Según el Diccionario de la RAE, identidad es un «conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás»; y también lo es la «[c]onciencia que una persona o colectividad tiene de ser ella misma y distinta a las demás»²⁹. Esta definición es más amplia que la que ofrece el Diccionario Panhispánico del español jurídico, que la restringe a los «Datos básicos que permiten identificar a una persona por su nombre, filiación, lugar de nacimiento y número de documento nacional de identidad»³⁰. La identidad tiene una doble vertiente: los rasgos y atributos en sí propios e inherentes a la persona y la conciencia que el individuo tiene de sí mismo como distinto de los demás y, al mismo tiempo, como perteneciente a un grupo social y cultural; por tanto, requiere el reconocimiento por los demás de la individualidad de cada uno, su aceptación como miembro del grupo, lo que le confiere una vertiente de relación. Este «ser uno mismo»³¹,

28 Sobre el reconocimiento de decisiones, documentos y actos como forma de facilitar la movilidad jurídica en las relaciones privadas internacionales, *vid.* LARA AGUADO, Á., «Movilidad internacional jurídica y física de las niñas y los niños nacidos de contratos de gestación por sustitución desde una perspectiva de género», en DURÁN RUIZ, F.J. (dir.) y CUESTA REVILLA, J. y NAVARRO ORTEGA, A. (coords.), *Retos de las migraciones de menores, jóvenes y otras personas vulnerables en la UE y España: respuestas jurídicas desde la perspectiva de género*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 165-223.

29 Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, disponible en: <https://dle.rae.es/identidad?m=form>.

30 Real Academia Española, Cumbre Judicial Iberoamericana, Asociación de Academias de la Lengua Española, *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, disponible en: <https://dpej.rae.es/>.

31 DE CUPIS, A., *El derecho a la identidad personal. Primera Parte: el derecho a un nombre*, Milán, Giuffrè editore, 1949.

en el sentido de que la identidad venga determinada por la propia consciencia del yo y que sea reconocida por los demás, permite hablar del principio de identificación psicológica, social y familiar de la persona con todos los componentes de su identidad³²; principio que está actuando como impulsor de un cambio de paradigma en relación con los métodos del DIPr., pues está desplazando sus técnicas y priorizando el resultado de la continuidad de la identidad como equivalente al respeto a los derechos humanos, lo que, a su vez, permite que el DIPr. cumpla su función de facilitar la continuidad de las relaciones privadas en el espacio³³.

Aun teniendo la identidad un poder disruptivo como motor de transformación jurídica (internacional privatista), e interesando su estudio a distintas ramas del saber (Psiquiatría, Psicología, Biología, Filosofía, Sociología), no existe un reconocimiento constitucional específico de este derecho, pero ha sido encajado en nuestro ordenamiento jurídico por vía legislativa y jurisprudencial a partir de su vinculación con la dignidad humana, con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y con el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE). Además, la menciona el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN), refiriéndose a distintos elementos que la integran, entre los que se incluyen la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, sin que se trate de un *numerus clausus*, sino de una enumeración abierta, lo que autoriza la integración de otros elementos, atributos y cualidades que permiten individualizar a la persona, identificarla, distinguirla de los demás³⁴ y que aquella se reconozca a sí misma como un ser independiente y distinto de todos. Entre tales elementos, aparte del nombre, la nacionalidad y las relaciones familiares (filiación), podría incluirse la voz, la edad, la raza, la imagen, las huellas dactilares, el origen biológico, la identidad digital, el sexo e, incluso, el género³⁵. Algunos de estos atributos tienen carácter permanente, como la raza o las huellas dactilares, pero la mayoría cambian con el tiempo, como la edad, la voz, la imagen o el estado civil. Y lo mismo es predicable de la autopercepción del individuo, que se va formando y modulando en función de las vivencias individuales y del contexto social y cultural

32 Específicamente referido al derecho al nombre, desarrollé este principio en LARA AGUADO, Á., *El nombre en Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1998.

33 BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., «El derecho al nombre y la identidad personal como interés superior del menor en situaciones transfronterizas», en LARA AGUADO, Á. (dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas...op. cit.*, pp. 209-241.

34 SALVADOR GUTIÉRREZ, S., «Derecho a la identidad», *Actualidad civil*, n.º 4, 1999, pp. 1469-1497.

35 El Tribunal Constitucional califica al sexo y al género como «elementos identitarios que pueden llegar a definir el derecho a la autodeterminación personal o a desarrollar, con pleno respeto a la dignidad humana (art. 10 CE), la propia identidad personal». STC 67/2022, de 2 de junio de 2022, BOE n.º 159, de 4 de julio de 2022, ECLI:ES:TC:2022:67

en el que aquel desenvuelve su vida³⁶. Esta idea ha sido expresada por Berger y Luckman cuando afirman que «las identidades son productos de la acción recíproca del organismo, la conciencia individual y la estructura social»³⁷. Y en la misma línea se expresa Gete-Alonso, para quien la persona es un ser social, que se integra en un contexto geográfico, histórico, cultural y social, de modo que recibe las influencias de quienes lo rodean³⁸. Tan relevante es la identidad social de la persona, su reconocimiento por los demás como miembro del grupo, «como individuo integrado en este por sí y sin reproche alguno porque su ser único coincide con los valores que aquel admite y practica»³⁹, que, en ocasiones, el sujeto trata de ocultar su verdadera identidad cuando alguno de sus atributos no se corresponde con el que la sociedad espera de él, con tal de ser aceptado. Y es que varios distintivos de la identidad como el sexo, la edad, la raza, la etnia o la orientación sexual continúan siendo bases de discriminación en todo el mundo, a pesar de que son características inherentes que no están bajo el control del individuo.

Bajo el paraguas de la identidad también se empiezan a incluir desde las últimas décadas las llamadas «identidad sexual» y la «identidad de género». Estos términos, que no son sinónimos, tienden a emplearse indistintamente por influencia de los *Principios Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*⁴⁰, elaborados por la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos. Aunque no son jurídicamente vinculantes, han alcanzado un eco que desborda fronteras. Según su Preámbulo, la identidad de género es «la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales»⁴¹. En esta definición amplia se mezcla la identidad sexual y

36 ERIKSON, E., «El problema de la identidad del yo», *Journal of the American Psychoanalytic Association*, vol. IV, 1956, pp. 56-121.

37 BERGER, P.L. y LUCKMAN, T., *The Social Construction of Reality*, Nueva York, Doubleday, 1966, p. 235.

38 GETE-ALONSO y CALERA, M.C., «Identidad e identificación de la persona», en TORRES GARCÍA, T. (dir.) y INFANTE RUIZ, F., OTERO CRESPO, A. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. (coords.), *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 83-144.

39 *Ibid.*, p. 85.

40 Principios Yogyakarta, disponibles en: https://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf

41 Esta definición es reproducida literalmente en el art. 3 de la Ley 2/2014, de 8 de julio, inte-

la expresión de género. A esta última se refirió la STC (Pleno) 67/2022, de 2 de junio, cuando afirmó que «el modo en que una persona exterioriza su género, en el contexto de las expectativas sociales, en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética, forman parte integrante del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE)»⁴².

En términos estrictos, la identidad sexual se circunscribe a la vivencia personal acerca del propio cuerpo y del sexo biológico (que ha dado en llamarse «asignado al nacer»), al margen de los estereotipos asociados al sexo masculino y femenino. Se trataría de la propia percepción de su sexo que tiene una persona, coincida o no con su sexo biológico [el determinado por «la genética (cromosomas XX o XY), la genitalidad (órganos sexuales) y las gónadas o glándulas sexuales (los órganos reproductores: ovarios o testículos) y, en general, las demás características sexuales de la persona referentes al sistema hormonal»⁴³], cromosómico y endocrino, tanto si está en consonancia con los estereotipos de género que se asocian a ese sexo como si no.

A diferencia de la terminología que se maneja en la jurisprudencia del TEDH y a nivel internacional y comparado, así como en las leyes autonómicas⁴⁴, que hablan de «identidad de género», la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (Ley trans) ha optado por el término «identidad sexual» (vivencia interna e individual del sexo, tal y como cada persona la siente y autodefine), que completa con el de «expresión de género», para referirse a la manifestación que cada uno hace de su identidad sexual, con lo cual, acaba identificando sexo y género. Para el legislador español, la expresión de género está íntimamente relacionada con el libre desarrollo de la personalidad y con el derecho a la propia imagen y la extrae del ámbito puramente privado del individuo, acercándola al nivel de la identidad con efecto social, pero, al confundir género y sexo, acaba priorizando los intereses de las personas transgénero, por encima de los de los intersexuales y otros miembros del colectivo LGTBIQA+⁴⁵.

gral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía, *BOE* n.º 193, de 9 de agosto de 2014.

42 *BOE* n.º 159, de 4 de julio de 2022, ECLI:ES:TC:2022:67

43 GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., «Identidad e identificación de la persona...», *cit.*, p. 94.

44 Para un estudio de las leyes autonómicas, *vid.* GARCÍA GARNICA, M. C., «El tratamiento de la identidad de género de las personas menores de edad en el ordenamiento jurídico español», en LARA AGUADO, Á. (dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas...op. cit.*, pp. 305-353.

45 Sobre sus repercusiones en las situaciones de tráfico externo, *vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Una visión de las propuestas de regulación del género de las personas físicas desde el Derecho internacional privado», *La Ley Derecho de familia*, n.º 30, Sección A Fondo, Segundo trimestre de 2021, Wolters Kluwer, pp. 1-20; LARA AGUADO, Á., «La identidad

Desde posiciones feministas no se entiende que se haya elevado el género a la categoría de identidad, pues el género es algo por cuya erradicación viene luchando el feminismo⁴⁶; y tampoco se acepta que se hable indistintamente de sexo y género⁴⁷. El género —descrito por Kate Millett⁴⁸ partiendo del lema acuñado por Simone de Beauvoir, «*no se nace mujer, se llega a serlo*»⁴⁹—, es para el feminismo un constructo social, que viene determinado por los estereotipos o roles que el sistema patriarcal asigna al sexo femenino y masculino para perpetuar la discriminación que sufre la mujer. El feminismo radical trata de erradicar tales estereotipos, liberando de ellos a las mujeres y generando nuevas masculinidades. Por eso, se extraña de que las personas transgénero deseen consolidar las expectativas culturales acerca de cómo deben ser las mujeres o lo que aquellas consideran que es la idea de feminidad⁵⁰, esto es, se critica que por esta vía se pretenda imponer la idea masculina de lo que es la feminidad⁵¹ y se cuestiona si las leyes trans sirven realmente al desarrollo personal integral y beneficioso (especialmente de la infancia y la adolescencia)⁵² y a avanzar hacia la igualdad real de mujeres y hombres o si, por el contrario, constituyen un obstáculo para lograr ese fin⁵³. Y es que, para el feminismo, el transgenerismo y la transexualidad son promovidos por una sociedad patriarcal que alimenta los roles sexuales y agita el deseo de cuerpos y genitales que encarnan la «esencia» de la feminidad

de las personas trans en Derecho internacional privado español: lagunas e interrogantes abiertos», en SERRANO SÁNCHEZ, L. (dir.), *Litigios familiares y patrimoniales en las relaciones transfronterizas iberoamericanas: un análisis jurídico desde las dos orillas*, Cizur Menor, Aranzadi (en prensa); OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «La identidad de género en el Derecho Internacional Privado Español», *REDI*, vol. 75, n.º 2, 2023, pp. 343-346.

- 46 Confluencia Movimiento feminista, Webinar *Un año de vergüenza. Un año de la ley trans*. 28 de febrero de 2024. Disponible en <https://movimientofeminista.org/2024/02/25/aniversario-ley-trans-un-ano-de-verguenza/>
- 47 Ocho feministas sobre la ley trans, ZADIC España (Zero Abjection Democratic International Group), 24 junio 2021, disponible en <https://zadigespana.com/2021/06/24/ocho-feministas-sobre-la-ley-trans/>
- 48 MILLETT, K., Política sexual, *Sexual Politics*, Urbana, University of Illinois Press, 2000.
- 49 DE BEAUVOIR, S., *El segundo sexo*, Valencia, Cátedra, 2019.
- 50 CASTAÑO, A., «Gender hurts: el género daña. Retomando el saber feminista», *Revista de Estudios de Antropología sexual*, vol. 1, N.º 12, 2021, pp. 191-197, disponible en: <https://www.revistas.inah.gob.mx/index.php/antropologiasexual/article/view/18951/20294>.
- 51 RAYMOND, J.G., *The Transsexual Empire. The Making of the She-Male*, Teachers College Press, Nueva York/Londres, 1994, p. 88.
- 52 ERRASTI, J. y PÉREZ ÁLVAREZ, M., *Nadie nace en un cuerpo equivocado. Éxito y miseria de la identidad de género*, Deusto, 2022.
- 53 GONZALO VALGAÑÓN, A., «La protección de la infancia y adolescencia en las leyes trans», en LARA AGUADO, Á. (dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas...op. cit.*, pp. 273-303.

anhelada⁵⁴. Más aún, para el feminismo, la masculinización de las mujeres o la feminización de los hombres mediante las cirugías de reasignación de sexo y los tratamientos hormonales trasponen a esos cuerpos los estereotipos acerca de lo que debe ser una mujer o un hombre de acuerdo con lo que la sociedad llama género⁵⁵. Con todo, el feminismo defiende que cada persona se exprese, se comporte, se vista, hable y se sienta como le plazca, en el marco del respeto a los derechos de todas las personas, incluyendo los de las mujeres y los de la infancia, pero, considera que la «expresión de género» debería ser una cuestión individual de cada uno, sin más trascendencia social que la prohibición de discriminación (obligación negativa de los Estados), por ser la autopercepción del individuo algo íntimo o privado, como la fe.

De la esfera privada ha sido sacada esta vertiente de la identidad por la Ley trans, que obliga a asumir de manera acrítica la identidad sexual —pero también la identidad de género, pese a no mencionarla expresamente— como manifestaciones del ser, entendido este ontológicamente. Y, en coherencia con el TEDH, se elevan estos elementos de la identidad al rango de condiciones vinculadas al derecho a la vida privada («SSTEDH de 11 de julio de 2002, asunto *Christine Goodwin c. Reino Unido [GC]*, § 71-93; de 12 de junio de 2003, asunto *Van Kück c. Alemania*, § 69; de 23 de mayo de 2006, asunto *Grant c. Reino Unido*, § 39-44; de 6 de abril de 2017, asunto *A.P. Garçon y Nicot c. Francia*, § 72 y 139, y de 8 de enero de 2009, asunto *Schlumpf c. Suiza*, § 100)), así como al «desarrollo personal y a la seguridad física y moral (SSTEDH *Van Kück c. Alemania*, 2003, § 69; *Schlumpf c. Suiza*, 2009, § 100; *Y.Y. c. Turquía*, 2015, § 58)⁵⁶». En la misma línea, el TC considera dichas identidades condiciones o estados con incidencia en el ejercicio de derechos fundamentales, por estar vinculadas directamente con el libre desarrollo de la personalidad y por ser manifestaciones del respeto a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE) y el Parlamento Europeo también las concibe como derechos humanos⁵⁷. La atribución a la vivencia y autopercepción del propio sexo (en términos generistas) de una importancia mayor que a la biología coincide con la extensión generalizada de la idea de que dicha vivencia es «un proceso mutable, dinámico y no encorsetado por categorías —culturales, políticas, incluso clínicas— que continúan obligándonos a definirnos en términos masculinos o femeninos»⁵⁸. Ya parece superada la etapa en la que el TS consideraba que un cambio registral de la mención relativa al sexo no implica un auténtico cambio de sexo,

54 RAYMOND, *The Transsexual Empire...op. cit.*, p. 16.

55 *Ibid.*, pp. 3-4.

56 STC (Pleno) 67/2022, de 2 de junio, *BOE* n.º 159, de 4 de julio de 2022, ECLI:ES:TC:2022:67

57 *Vid.* el punto 10 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de septiembre de 2011, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en las Naciones Unidas, disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2011-0427_ES.html.

58 SALAZAR BENÍTEZ, O., «La identidad de género como derecho emergente», *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, N.º 169, Madrid, julio-septiembre 2015, p. 78.

porque la rectificación de las menciones del RC no altera los cromosomas de la persona; en una época en la que el matrimonio entre personas del mismo sexo no estaba permitido en España, esto conducía a denegar la autorización para contraer matrimonio a personas del mismo sexo biológico y a exigir la reasignación quirúrgica para entender que el cambio de sexo se había producido. Este planteamiento se ha modificado a raíz de la jurisprudencia del TEDH, en cuyas sentencias de 11 de julio de 2002 (casos *Christine Goodwin c. Reino Unido*⁵⁹ e *I. c. Reino Unido*⁶⁰), el Tribunal de Estrasburgo calificó la denegación del derecho a contraer matrimonio a una persona transexual como violación del art. 12 CEDH, ya que, en su opinión, el sexo psicológico debe primar sobre el cromosómico. A raíz de esta jurisprudencia, ya antes de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo, en nuestro país se fue empezando a autorizar la celebración de matrimonios entre personas que habían cambiado de sexo, pues dicho cambio implicaba que los transexuales ya tenían otro (Resolución de 8 de enero de 2001)⁶¹».

La elevación de la identidad sexual a la categoría de elemento de la identidad vinculado a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la vida privada y familiar tiene implicaciones importantes en las relaciones privadas internacionales, pero el legislador español no ha sabido traducirlas en la Ley trans: se ha olvidado de conceder legitimación a los extranjeros para solicitar la modificación de su mención registral relativa al sexo y restringe a los que se encuentren en situación administrativa regular en España la posibilidad de acomodar el dato en la documentación española tras su rectificación registral en su país de origen (art. 50 de la Ley trans), lo que es incoherente con la configuración legal de la identidad sexual como un derecho humano⁶².

2. La más reciente faceta de la identidad: la identidad digital

A) Identidad digital y cartera europea de identidad digital

Un elemento de la identidad que cada vez cobra más importancia es la identidad digital, o «conjunto de informaciones y datos relevantes para una persona, física o jurídica, que se almacenan y se transmiten a través de los

59 ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002895795. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596>.

60 ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002568094. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-60595>.

61 STS de 2 de julio de 1987, FD 3.º, citada por CERVILLA GARZÓN, M.ª D., «Transexualidad, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio» (A propósito de la Resolución de la DGRN de 8 de enero de 2001)», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 4, 2001, pp. 1339-1346.

62 *Vid.* un análisis de estas cuestiones en LARA AGUADO, Á., «La identidad de las personas trans...», *cít.*, (en prensa).

sistemas electrónicos y se utiliza con el fin de identificar a una persona»⁶³. La identidad digital incluye una serie de datos biométricos inherentes al individuo en formato digital (rasgos físicos, grupo sanguíneo, huellas dactilares, ADN, iris, etc.), otros que se van acumulando (historial médico, expediente académico o metadatos de la comunicación, que conforman la huella digital a partir de nuestras interacciones en la sociedad digital)⁶⁴ y otros atribuidos (pasaporte, DNI...). Algunos autores distinguen la identidad digital —equiparada a la analógica— de la virtual, que se corresponde con lo que somos o con lo que pretendemos aparentar que somos, la cual depende del perfil creado, en el que la información compartida puede corresponder a la realidad o no⁶⁵. También cuando se habla de identidad digital se hace referencia al medio a través del cual nos identificamos en internet (por ejemplo, el DNI electrónico). Sin embargo, es más común hacer referencia a las facetas identificativa (determinar quién soy) y de autenticación (cómo pruebo quién soy) de la identidad digital, de gran importancia en el mundo virtual, donde es necesario acreditar que el individuo que participa en transacciones electrónicas existe en la vida real y es quien dice ser y no otro⁶⁶, dado el pseudo anonimato que permite la red.

Para mejorar la competitividad de la UE en la sociedad digital y reducir costes y riesgos es necesario ofrecer seguridad y confianza en la identidad de quienes realizan transacciones (usuarios) transfronterizas o no, en línea y *off line*, en el sector público o privado. Son innumerables las situaciones en que tenemos que acreditar nuestra identidad (celebrar contratos, adquirir acciones, registrar un título de propiedad, abrir una cuenta bancaria, hacer una reserva de hotel, comprar un billete de avión, solicitar una cita médica, presentar documentos electrónicos en los registros de las AAPP realizar trámites administrativos online...). Para facilitar la autenticación de la identidad, la UE ha aprobado el *Reglamento (UE) 2024/1183 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de abril de 2024* (eIDAS 2.0), *por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 910/2014* (eIDAS) *en lo que respecta al establecimiento del marco europeo de identidad digital*⁶⁷. Este Reglamento entró en vigor el 20 de mayo de 2024 y tiene como objetivo facilitar a los ciudadanos europeos y residentes en la UE identificarse digitalmente y autenticarse, firmar y pagar electrónicamente en sus transacciones digitales (y fuera de línea) públicas, privadas y transfronterizas (Cdos. 5 y 19) mediante una identidad

63 MERCHANT MURILLO, A., «Identidad digital Blockchain e Inteligencia Artificial: aspectos jurídicos de presente y futuro a debate», *Ius et Scientia*, vol. 7, N.º 1, 2021, p. 184.

64 SCHIAVI, P., «Reputación on line. ¿La identidad digital es tan importante como la real?», *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, año 1, n.º 6, 2019, pp. 153-185.

65 ROSALES DE SALAMANCA RORÍGUEZ, F., «Testamento Digital», en OLIVA LEÓN, R. y VALERO BARCELÓ, S. (coords.), *Testamento ¿Digital?*, Colección desafíos legales, 2016, p. 28.

66 MERCHANT MURILLO, A., «Identidad digital Blockchain...», *cit.*, p. 185.

67 *DOUE* n.º 1183, de 30 de abril de 2024.

digital «segura, fiable, fácil de usar, cómoda, accesible y armonizada en toda la Unión» (Cdo. 7), sin basarse en datos biométricos, sino en token (como el DNI, el pasaporte, los certificados electrónicos...), garantizando el reconocimiento mutuo en los EEMM de las identificaciones electrónicas que han sido autenticadas por otro EM⁶⁸ (Cdo. 3). Este aspecto es muy importante en cualquier transacción, pero especialmente cuando el usuario es una persona trans que ha cambiado de sexo y/o de nombre, ya que, si sus datos de identidad no coinciden con los que el sistema tiene registrados, no se le habilitará la transacción, aunque su identidad sea real. El Reglamento también persigue que los prestadores de servicios en línea o fuera de línea puedan «contar con soluciones de identidad digital reconocidas en toda la Unión, independientemente del Estado miembro en el que se proporcionen» (Cdo. 10).

De gran interés para las situaciones privadas internacionales es la posibilidad de hacer valer determinados atributos de la identidad a través de una especie de credenciales verificables, certificaciones o testimonios, que son las declaraciones electrónicas de atributos expedidas por los prestadores de servicios de confianza (o proveedores de servicios de identidad), cualificados o no, firmadas digitalmente por el emisor y válidas y reconocidas legalmente en toda la UE (Cdo. 7), ya que tienen el mismo valor jurídico en todo el espacio europeo (Cdo. 10). Las declaraciones de atributos son certificados en formato electrónico que permiten la autenticación de atributos (art. 3.44); siendo un atributo una «característica, cualidad, derecho o permiso de una persona física o jurídica o de un objeto» (art. 3.43). Los EEMM están obligados a reconocer tanto los medios de identificación electrónica de las personas físicas y jurídicas expedidos por sistemas de identificación electrónica notificados de otro EM (art. 1.a), como las firmas y sellos electrónicos y las declaraciones electrónicas de atributos (art. 1.c). Para facilitar su funcionamiento, el Reglamento crea una cartera de identidad digital (*European digital identity wallet. EUDI wallet o EUDIW*), que contendrá en forma electrónica toda la documentación validable relativa a la identificación de cada persona y que esta quiera incorporar a la cartera (pasando el documento analógico a digital).

Aunque ya disponemos de algunos elementos de identidad digital (tarjeta sanitaria, Cl@ve, DNI electrónico, certificado digital de la FNMT, MiDGT...), todos estos documentos electrónicos los tenemos de manera fragmentaria, solo nos permiten relacionarnos con las AAPP (salvo excepciones) y para utilizarlos necesitamos claves y contraseñas diferentes. El modelo cambia con la *EUDIW*, que es una aplicación para móviles gratuita para las personas físicas (art. 5 *bis* 13), que estará plenamente operativa en unos años para ser utilizada de forma voluntaria por los particulares (art. 5 *bis* 15) y de aceptación obligatoria para los proveedores o prestadores de servicios digitales y no digitales, públicos o privados de la UE (art. 5 *septies* 1, 2 y 3).

68 MERCHANT MURILLO, A., «Identidad digital Blockchain...», *cit.*, p. 196.

El Reglamento eIDAS 2.0 supone un gran avance en el camino iniciado por el Reglamento (UE) 910/2014 «eIDAS» al que reforma, solucionando los problemas detectados con su aplicación. Este último pretendía facilitar la acreditación de la identidad digital en los servicios en línea ofrecidos por las AAPP en las relaciones transfronterizas y obligaba a los EEMM a reconocer los medios de identificación notificados por los EEMM que tuvieran un nivel de seguridad alto y, potestativamente, los de seguridad bajo. Sin embargo, no ha tenido éxito por varios motivos: por la libertad concedida a los Estados para tener sistemas de identidad digital y para elegir el método de identificación para emitir certificados cualificados; porque no todos los EEMM comunicaron sus medios de identificación electrónica y los niveles de seguridad en cada EM eran diferentes, sin que hubiera confianza respecto a los procedentes de otro EM; por la complejidad a la que tenía que hacer frente el nodo eIDAS para facilitar la interoperabilidad de sistemas técnicos de identificación y de seguridad tan diferentes; porque se limitaba su utilización solo ante las AAPP... Para hacer frente a estos problemas, se ha diseñado el ARF (*Architecture Reference Framework*)⁶⁹, que proporciona el marco de referencia de las normas técnicas que tienen que seguir los EEMM para crear la cartera digital, que permitirá el reconocimiento en todos los EEMM de los medios de identificación y autenticación electrónica contenidos en la cartera a efectos de autenticación transfronteriza para ese servicio en línea (art. 6 del Reglamento). La cartera digital europea deberá ser aceptada por los EEMM cuando la identificación y autenticación electrónicas sean necesarias para acceder a un servicio en línea prestado por un organismo del sector público (art. 5 *septies* 1 del Reglamento eIDAS), o por partes usuarias privadas que prestan servicios, entre otros supuestos (art. 5 *septies* 2 y 3) y también los EEMM deben reconocer las firmas y sellos electrónicos cualificados expedidos en EEMM (art. 24 *bis*).

Para generar confianza respecto a las entidades que expiden las declaraciones electrónicas de atributos, basta constatar que aquellas están habilitadas para emitir las declaraciones, por constar en un Registro verificable de entidades acreditadas o de confianza. Las entidades acreditadoras pueden ser prestadores de atributos cualificados (como las AAPP), prestadores de atributos no cualificados (del sector privado), servicios de confianza que emiten certificados (como la FNMT), y el Ministerio de Interior, que emitirá la PID (*Personal Identification Data*), que contendrá los datos de identificación básicos de la persona, que solo podrá expedir el Estado de su nacionalidad.

69 *European Digital Identity Architecture and Reference Framework*, 22 de febrero de 2022, disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/european-digital-identity-architecture-and-reference-framework-outline> y *The Common Union Toolbox for a Coordinated Approach Towards a European Digital Identity Framework*, enero de 2023, disponible en: <https://www.intesigroup.com/en/wp-content/uploads/sites/4/2023/02/ARF-v1.0.0-final.pdf>.

A la preservación de la privacidad se otorga gran importancia, para acabar con la situación actual en la que no conocemos quiénes tienen nuestros datos, ni qué hacen con ellos, por eso, la cartera incorpora el listado de todos los proveedores a los que se haya proporcionado información y permite que el interesado retire la autorización para que los organismos y entidades conozcan esa información en el futuro, si no se desea que sigan disponiendo de esos datos. El consentimiento se retira a través de un nodo de *Blockchain* con la clave acordada y queda grabada en un *hash* relativo a la información que se ha proporcionado al proveedor de servicios; el borrado de datos, así como su no eliminación son confirmados por esta misma tecnología, para que se pueda reclamar responsabilidad a la entidad por incumplir su obligación.

En la misma línea de identidad soberana o auto gestionada propuesta por la presidenta de la Comisión Europea el 16 de septiembre de 2020⁷⁰, se traslada la gestión de los datos y atributos a sus titulares. Estos decidirán con quién comparten sus datos y el elemento de su identidad que proporcionan: se puede aportar información concreta sin revelar ningún otro dato personal e indicar para qué se debe utilizar el dato y cuándo tiene que dejar de utilizarlo el proveedor de servicios. No se dejará rastro de la utilización de las declaraciones de atributos ante la entidad emisora, porque esta no tendrá contacto con el prestador del servicio; la veracidad del dato se comprueba verificando que la declaración ha sido emitida por una entidad certificadora habilitada incluida en la lista. Por otro lado, el interesado decide qué declaraciones de atributos incorpora a la cartera de identidad digital. Algunos datos pueden cambiar (como el sexo, el nombre, la nacionalidad, la cuenta corriente...) y la declaración descargada en la cartera digital puede revocarse por el emisor, por lo que habrá que saber cuál es su plazo de caducidad. Lo lógico sería que las declaraciones electrónicas de atributos se pudieran descargar inmediatamente antes de hacerlas valer, para no comprometer la confiabilidad del dato. Sin embargo, no será así, pues quedará descargada en la cartera digital, con una fecha de validez inicial y final (Anexo V e) del Reglamento) y cuando sea revocada, perderá su validez y no se podrá recuperar su estado en ninguna circunstancia (art. 45 quinquies 4).

Para poner en práctica el modelo se han subvencionado varios programas piloto de diferentes consorcios: *Potential for European Digital Identity*⁷¹ (habilitado para recetas electrónicas, permiso de conducir electrónico, firma electrónica, apertura de cuentas, registro electrónico de tarjetas SIM y servicios de gobierno electrónico), NOBID⁷² (habilitado para emitir carteras y

70 https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-digital-identity_es

71 <https://www.digital-identity-wallet.eu/>.

72 <https://www.nobidconsortium.com/>.

medios de pago y aceptar medios de pago), DC4EU⁷³ (*Digital Credentials for Europe*, encargado de cualificaciones profesionales, acreditaciones académicas, Seguridad Social) y *EU Digital Wallet Consortium*⁷⁴ (centrado en credenciales digitales de viaje, pagos e identificación organizativa). Este sistema requiere resolver problemas técnicos para que la cartera funcione y alcanzar un consenso sobre cuestiones como qué títulos académicos pueden descargarse o los conceptos que se deben emplear para que exista interoperabilidad semántica (formatos, tamaños, tipos, campos), morfológica y sintáctica (orden, forma, disposición de los elementos)⁷⁵, pues no solo se necesita intercambiar los datos, sino que hay que ser capaz de entender la información que se intercambia. Aunque la mayor complejidad es jurídica.

B) ¿Cómo afecta la cartera de identidad digital a las personas trans en situaciones transfronterizas?

El Reglamento eIDAS 2.0 no tiene una estructura acostumbrada en DIPr. Aunque afirma que establece el marco jurídico para la firma, el sello y los documentos y las declaraciones electrónicas de atributos, así como para el reconocimiento mutuo en los EEMM de los medios de identificación electrónica expedidos en otro EM, no especifica cuál es el marco jurídico (en términos conflictuales) que debe respetarse para facilitar ese reconocimiento mutuo. El Reglamento es una norma centrada en especificaciones técnicas, de protección de datos, de garantía de privacidad y de protección frente a los ciberataques (Anexos V y VII) y no se ocupa de los requisitos para la eficacia extraterritorial de las declaraciones a todos los efectos. La conformidad con los requisitos que deben satisfacer los medios electrónicos de identificación y las carteras europeas de identidad digital para poder ser reconocidos en toda la UE son controlados por los organismos acreditados de evaluación de la conformidad designados por los EEMM (Cdo. 23) y, en esos controles de conformidad no se incluye ninguna disposición sobre la constatación de que los datos vinculados al estado civil objeto de las declaraciones electrónicas se hayan conformado válidamente de acuerdo con las normas de DIPr. de tales autoridades, ni que puedan oponerse motivos de orden público para denegar el reconocimiento. Se da por sentado que estos organismos constatan lo que ya es un hecho (se tiene tal sexo, estado civil o vínculos familiares) en el EM de expedición.

73 <https://www.dc4eu.eu/>.

74 <https://eudiwalletconsortium.org/>.

75 SOLANO GADEA, M., «Conceptos generales de la nueva Identidad europea ampliada y auto-gestionada. La Cartera Digital o Wallet», *XIII Congreso Nacional de Innovación y Servicios Públicos*, Madrid, 10 y 11 de octubre de 2023.

Por lo que interesa al DIPr., el *EUDIW* —que está inspirado por el principio de «solo una vez» y trata de «reducir la carga administrativa que recae sobre los ciudadanos de la Unión y los residentes en la Unión, así como sobre las empresas de toda la Unión y apoyar su movilidad transfronteriza» (Cdo. 11)—, tiene una ventaja para la libertad de circulación de estas personas en el espacio europeo: permite presentar en cualquier EM las declaraciones de atributos que acrediten elementos de la identidad a los efectos de identificarse para el acceso a los servicios digitales y fuera de línea en toda la UE. Los atributos son como mínimo los enumerados en el Anexo VI del Reglamento (dirección, edad, sexo, estado civil, composición familiar, nacionalidad o ciudadanía, cualificaciones, títulos y licencias académicas y profesionales, facultades o mandatos para representar a personas físicas o jurídicas, permisos y licencias públicos y, en el caso de personas jurídicas, sus datos financieros y sociales). Aunque no se mencionan los elementos identificativos en el ámbito de la salud, el historial sanitario también se incluye en la cartera digital. De hecho, el Cdo. 54 habla de las credenciales de seguridad social. Todos los proyectos piloto que se han subvencionado para ir viendo su viabilidad están centrados en la vertiente administrativa de la identidad (ámbito sanitario, educativo o profesional, básicamente), aunque se quiere extender también a los procesos de asilo, lo que entra dentro de la lógica del sistema, al estar armonizada la coordinación de estos procesos desde la UE⁷⁶. En definitiva, son datos cuya admisión en otro EM no plantea problemas, porque constatan circunstancias fácticas (la edad es la misma en cualquier lugar, el historial sanitario es el mismo en cualquier país...). En cambio, es más problemática la inclusión en la cartera digital de ciertos atributos como el sexo, el estado civil o la composición familiar; esta última no se define en el Reglamento, por lo que abre la duda sobre si se refiere a la acreditación de familia numerosa o monoparental, o, por el contrario, al dato de la filiación. El problema de la inclusión de estos datos es jurídico, no técnico, porque la utilidad del Reglamento es facilitar la identificación y autenticación de la identidad (acreditar que se es quien se dice ser para poder acceder a los servicios en cuestión), pero, más allá de esta funcionalidad, el Reglamento no alcanza a otros aspectos de la eficacia jurídica de las declaraciones electrónicas que son muy importantes en DIPr.

No cabe duda de que, en virtud del principio de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica, no puede privarse a estas declaraciones electrónicas de sus efectos jurídicos ni de su admisibilidad como prueba en los procedimientos judiciales (art. 45 *ter* 1 y 2), por lo que tienen el mismo valor que los documentos analógicos en papel. El Cdo. 10 del Reglamento así lo

76 Vid. FAGGIANI, V. (dir.) y GARRIDO CARRILLO, F.J. (coord.), *La necesaria reconfiguración del Derecho de asilo: entre la dimensión interna y externa de la política migratoria de la UE*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023; LÓPEZ AGUILAR, J.F., «Pacto Unión Europea de Migraciones y Asilo, en la recta final de la presidencia española», *Temas para el debate*, n.º 353 (mayo), 2024 (ejemplar dedicado a: Europa y sus futuros), pp. 30-32.

aclara: «Tanto los usuarios como los prestadores de servicios deben poder beneficiarse de que se confiera el mismo valor jurídico a las declaraciones electrónicas de atributos en toda la Unión». Pero, el problema es a qué valor jurídico se está refiriendo el Reglamento, pues los atributos tienen efectos jurídicos más allá de la mera identificación de la persona, pues forman parte de la identidad, que es también un componente de la vida privada y familiar y aquellos pueden ser la base para reclamar derechos derivados de la normativa de la UE o para ejercer otros derechos: la identificación es el primer paso para ejercer derechos o consolidarlos en las relaciones jurídicas transfronterizas a través de la continuidad jurídica del estatuto en todos los EEMM⁷⁷. Por tanto, interesa saber a efectos de qué se expiden las declaraciones de estos atributos en concreto (sexo, estado civil, composición familiar) y en qué sentido deben ser reconocidos en los EEMM, pues para su eficacia extraterritorial plena en otro EEMM debe acreditarse conforme al sistema de DIPr. la existencia y validez de la relación jurídica documentada en el Estado de origen de la declaración electrónica.

El Reglamento eIDAS 2.0 no ha previsto un control de DIPr. a este nivel, ni tiene competencia para hacerlo, ya que solo contiene requisitos técnicos y de garantía de protección de datos y de ciberseguridad que el Reglamento estima suficientes para garantizar la corrección de lo certificado y deja a salvo las reglas de los EEMM sobre eficacia extraterritorial de los documentos públicos o certificaciones registrales, aunque lo dice de forma muy escueta. Podría entenderse incluida tal referencia en el art. 2.3, cuando dispone que «El presente Reglamento no afecta al Derecho de la Unión o nacional relacionado con la celebración y validez de los contratos, otras obligaciones jurídicas o de procedimiento de índole formal o requisitos sectoriales de índole formal». Obsérvese que no se mencionan expresamente las normas reguladoras de las cuestiones de estado civil vinculadas con la identidad de la persona que son objeto de declaraciones de atributos, lo que pone de manifiesto que la preocupación fundamental del eIDAS 2.0 es economicista: la acreditación de la identidad a efectos patrimoniales (contratos). Otra referencia proporciona el Cdo. 46, según el cual, el Reglamento «no debe afectar a los requisitos nacionales de índole formal correspondientes a los registros públicos, en particular los registros mercantiles y de la propiedad», lo que vuelve a evidenciar el deseo de salvaguardar los intereses patrimoniales, más que los vinculados al interés público en la llevanza ordenada del RC. En todo caso, la advertencia del Cdo. 46 significa que para practicar la inscripción de los atributos de identidad en los Registros de los EEMM habrá que estar a las normas nacionales registrales correspondientes (que, en el caso de los documentos y certificaciones registrales de actos y hechos de estado

77 En este sentido, PÉREZ MARTÍN, L., «¿Y si el TJUE hubiera reconocido la homoparentalidad? Hipótesis, retos, problemas y oportunidades», en CAMPUZANO DÍAZ, B., DIAGO DIAGO, P. y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A. (dirs.), *De los retos a las oportunidades...* op. cit., pp. 304-305.

civil son los arts. 97 o 98 LRC), por lo que cabe entender que una posible eficacia registral de la declaración electrónica de atributos se condiciona al cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa registral específica. Y también el Cdo. 55 dispone que «Deben establecerse requisitos generales para asegurar que una declaración electrónica cualificada de atributos tenga un efecto jurídico equivalente al de las declaraciones legalmente emitidas en papel. Sin embargo, tales requisitos deben aplicarse sin perjuicio de que el Derecho de la Unión o nacional defina requisitos de índole formal adicionales específicos del sector con efectos jurídicos subyacentes, y, en particular, el reconocimiento transfronterizo de la declaración electrónica cualificada de atributos, cuando corresponda».

El Reglamento eIDAS 2.0 garantiza, pues, la «aceptación» de la declaración, con su eficacia probatoria plena (a efectos identificativos y de autenticación), al ofrecer garantías suficientes de autenticidad del documento (declaración) y de la veracidad y corrección del atributo (acto o hecho de estado civil) certificado, al menos, si la declaración no resulta impugnada. De este modo, el atributo en cuestión producirá su efecto acreditativo de la identidad de la persona y también permitirá a su titular beneficiarse de los derechos que lleve asociada la titularidad de ese atributo y de los derechos que la normativa de la UE vincule a esas cuestiones de estado civil, en tanto no sea impugnada la validez de la declaración: el extranjero trans podría acreditar que es cónyuge de un ciudadano de la UE a efectos de reagrupación, o podría demostrar que lo es a efectos de reclamar alimentos, etc., mientras nadie impugne la validez de ese matrimonio al que se refiere la declaración de atributos. Es la misma filosofía que se desprende, entre otras, de la STJCE de 2 de diciembre de 1997, C-336/94, *Dafeki*⁷⁸. Sin embargo, para la eficacia jurídica plena del acto (atributo) documentado, deben seguirse las reglas generales de eficacia extraterritorial de documentos o certificaciones registrales. Así, si ese mismo extranjero trans deseara inscribir su matrimonio celebrado en el extranjero con una persona española en el RC español, la normativa registral impone el control de validez del acto que se pretende inscribir como condición para su eficacia registral. Ahí no llega el Reglamento eIDAS 2.0, que tiene la misma funcionalidad que el Reglamento (UE) 2016/1191, del Parlamento europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016. Este último permite acreditar la autenticidad del documento público, liberándolo de la exigencia de legalización y de traducción; obliga a su aceptación, pero no alcanza al reconocimiento de los efectos jurídicos vinculados al contenido (acto incorporado) de los documentos públicos expedidos por las autoridades de un EM, de modo que las autoridades del EM ante el que se quiere hacer valer el efecto jurídico no están obligadas a reconocer las situaciones personales o familiares documentadas; es decir, el Reglamento (UE) 2016/1191 no prevé el reconocimiento mutuo o el automático de la situación familiar o de estado civil reflejada en el certifi-

78 ECLI:EU:C:1997:579

cado de estado civil: su eficacia alcanza al *instrumentum*, no al *negotium*⁷⁹. Esto no impide que, mientras no sea impugnado el documento o certificado, sirva de base para el ejercicio de derechos derivados de la normativa de la UE y de las libertades comunitarias, como en el caso *Coman*⁸⁰, de modo que, si estuviera en juego el ejercicio de una libertad de circulación, el acto documentado deberá considerarse probado⁸¹. Así funciona también el Reglamento eIDAS 2.0.

Sin embargo, en un espacio de integración plena, esta solución resulta insuficiente: las personas (y entre ellas, las trans) demandan en sus relaciones transfronterizas la extensión, a todos los efectos, de la eficacia identificativa de los aspectos de su identidad vinculados al estado civil y del sexo, aportando declaraciones electrónicas de atributos expedidas por los prestadores de servicios de confianza, de forma tal que dichas declaraciones puedan surtir toda su eficacia jurídica como si fueran documentos nacionales, incluyendo la eficacia registral y no meramente la probatoria o acreditativa de la identidad. Es decir, la plena libertad de circulación en la sociedad actual avanza hacia la inclusión de los datos de identidad vinculados al estado civil en la *EUDIW*, no solo para ser objeto de aceptación-validez extrínseca o eficacia del documento (declaración de atributos), sino también para la validez intrínseca (eficacia) del negocio o acto jurídico contenido en el documento electrónico⁸² a todos los efectos, incluso el registral. La cartera es el principio de un camino en esa dirección. Podría argumentarse que estamos a las puertas de lograrlo, porque la cartera de identidad digital europea incorpora una presunción de autenticidad y una presunción de validez de los atributos acreditados —mientras no sean revocados—, por el hecho de haber sido certificados por una autoridad habilitada para ello y cualificada⁸³, lo que se

79 Vid. DIAGO DIAGO, P., «La circulación de documentos públicos en situaciones transfronterizas: la tensión entre la seguridad jurídica y la reducción de las cargas para el ciudadano», en *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2019, pp. 125-126; NORD, N., «La circulation des actes de l'état civil au sein de l'Union Européenne», en CUARTERO RUBIO, M.V. y VELASCO RETAMOSA, J.M. (dirs.), *La vida familiar internacional... op. cit.*, p. 89.

80 STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, C-673/16 [ECLI:EU:C:2018:385].

81 NORD, N., «La circulation des actes de l'état civil...», *cit.*, p. 90.

82 Como acertadamente refiere respecto a ciertos documentos públicos en el marco de los Reglamentos europeos de sucesiones, el de parejas registradas o el de régimen económico matrimonial, JIMÉNEZ BLANCO, P., «Valor probatorio de los documentos públicos en la Unión Europea», en FONT MÁS, M. (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, Bosch editor, 2014, pp. 446-447.

83 De modo similar a la presunción de validez del matrimonio que se desprende de la certificación de matrimonio expedida por la autoridad competente prevista en el art. 10 del Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 relativo a la celebración y al reconocimiento del matrimonio, no en vigor para España. Así lo entiende también, JIMÉNEZ BLANCO, P., «Valor probatorio de los documentos públicos...», *cit.*, p. 450.

completa con varios preceptos que hacen referencia a la validez, como el art. 3.41) del Reglamento, que define «validación», como el «proceso consistente en verificar y confirmar que los datos en formato electrónico son válidos de conformidad con el presente Reglamento»; o el art. 5 *bis* 5 a), según el cual, las carteras europeas de identidad digital admitirán protocolos e interfaces comunes «ii) para que las partes usuarias soliciten y validen datos de identificación de la persona y declaraciones electrónicas de atributos, [...], viii) para que las partes usuarias verifiquen la autenticidad y la validez de las carteras europeas de identidad digital [...]». Asimismo, el art. 5 bis 8 también dispone que los Estados miembros proporcionarán mecanismos de validación gratuitos a fin de: «a) garantizar que se pueda verificar la autenticidad y validez de las carteras europeas de identidad digital; [...] b) permitir que los usuarios verifiquen la autenticidad y validez de la identidad de las partes usuarias registradas de conformidad con el artículo 5 *ter*». Además, el art. 24.1 del Reglamento EIDAS 2.0. dispone que «Al expedir un certificado cualificado o una declaración electrónica cualificada de atributos, el prestador cualificado de servicios de confianza verificará la identidad y, si procede, cualquier atributo específico de la persona física o jurídica a la que se expida el certificado cualificado o la declaración electrónica cualificada de atributos».

Es decir, el Reglamento parte de la premisa de que el emisor debe comprobar la identidad y el atributo que va a certificar, lo que, como mínimo se refiere a la «corrección y la exactitud de los atributos declarados» (Cdo. 74). Exactitud que, aunque no lo mencione el Reglamento, deriva de su conformidad con un ordenamiento jurídico (el que resulte aplicable conforme a las normas de DIPr. que vinculen a esa autoridad), pues no son datos fácticos que no dependan de ningún ordenamiento jurídico para nacer al mundo del Derecho y la autoridad acreditante no puede certificar lo que no tiene validez en su país. Y ello, pese a que el art. 45 *quinquies* 3 dispone que «Las declaraciones electrónicas cualificadas de atributos no estarán sometidas a ningún requisito obligatorio además de los requisitos establecidos en el anexo V», porque este anexo solo se refiere a cuestiones formales y técnicas; nada dispone de cuál es el ordenamiento jurídico conforme al cual se ha constituido el atributo que la declaración electrónica certifica.

De momento, el éxito de la extensión a estos atributos vinculados al estado civil de la eficacia transfronteriza plena que en un futuro podría atribuir a las declaraciones de atributos otro Reglamento eIDAS con competencia para ello, —si es que así se planteara—, queda eclipsado por la dificultad de llegar a un consenso jurídico sobre las cuestiones de DIPr. vinculadas a la eficacia extraterritorial de estas «credenciales»: una cosa es la «aceptación» de la declaración electrónica de atributos a efectos de acreditar la identidad de la persona para acceder al servicio de que se trate, e incluso para ejercer derechos derivados de la normativa de la UE o vinculados a los derechos humanos y otra cosa diferente es la validez a todos los efectos (básicamente, el registral) del atributo que se pretende acreditar. Para hacer factible la incor-

poración a una cartera digital de aquellos atributos con plena eficacia jurídica, tendría que haberse llegado a un nivel de confianza comunitaria o a un nivel de unificación jurídica material en los EEMM respecto a la constitución del acto en sí, que hiciera posible el reconocimiento de pleno derecho de estos atributos en todos los EEMM, al no estar en discusión entre los EEMM la válida constitución del atributo (acto de estado civil en cuestión)⁸⁴. Pero no existe esa unificación normativa: no habría nada que objetar si la autoridad que certifica reuniera todas las garantías de habilitación y cualificación para expedir la declaración electrónica de atributos y el Derecho aplicado a la constitución del acto fuera el mismo que aplicaría la autoridad del foro. En ausencia de estas normas comunes, de todos modos, cuando esté implicado el ejercicio de alguna libertad comunitaria o esté en juego el derecho a la vida privada y familiar (tal y como la define el TEDH)⁸⁵, hay que prestar atención a la presunción de validez del atributo en el Estado de origen (donde el dato de estado civil está inscrito en el RC de un EM) y a la verificación de la declaración por un prestador de servicios de confianza cualificado. Estos dos factores, presunción de validez del atributo y verificación de la declaración, a lo que quizás podría añadirse la ausencia de fraude en la constitución de la relación jurídica que se pretende hacer valer, así como su efectividad⁸⁶, podrían descartar la aplicación de las reglas generales de eficacia extraterritorial de las certificaciones registrales, poniendo en marcha el principio de reconocimiento mutuo, con la finalidad de no limitar injustificadamente el ejercicio de una libertad comunitaria. Por ejemplo, si se presenta una declaración electrónica del atributo relativo al sexo, habiéndose cambiado este en un EM y pretendiendo el ciudadano trans de la UE o residente en la UE que dicho cambio surta efecto en otro EM a los efectos de acceder a un servicio digital u *off line*, no podrá dudarse en dicho EM de la aptitud de la declaración electrónica de atributos para acreditar el sexo de la persona. Por otro lado, si con una declaración electrónica de atributos se acredita el sexo en un EM a otros efectos (para contraer matrimonio o para dejar constancia de su identificación a efectos de determinar la filiación de su hijo o simplemente para que se modifique su mención registral en cuanto al sexo en el Registro Civil español), la negativa a atribuir eficacia a ese atributo por no cumplir los requisitos de validez del acto jurídico de conformidad con la normativa del

84 En este sentido, GUZMÁN ZAPATER, M., «La libre circulación de los documentos públicos en materia de estado civil en la UE», en FONT MAS, M. (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea: Estudios sobre las características y efectos del documento público*, Barcelona, Bosch, 2014, p. 107.

85 LARA AGUADO, Á., «El interés superior de la niñez, adolescencia y juventud en situaciones transfronterizas desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia: algunos casos concretos», en LARA AGUADO, Á., (dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas... op. cit.*, pp. 164-207.

86 En este sentido, ARENAS GARCÍA, R., «El reconocimiento de las situaciones familiares...», cit., p. 57; JIMÉNEZ BLANCO, P., «Movilidad transfronteriza de personas...», cit., pp. 17 y 18.

EM en cuestión, podría conllevar una vulneración de la libertad de circulación del ciudadano trans afectado, si el límite que se opone al reconocimiento del atributo no estuviera justificado suficientemente y no fuera proporcional (¿contrario al orden público?), además de vulnerarse también el derecho a la vida privada y familiar de la persona trans en tal caso. Por tanto, habrá que buscar un equilibrio entre la defensa de la idiosincrasia de los Derechos materiales nacionales de los EEMM y el interés de las personas en hacer efectiva su libertad de circulación y en que no se les vulnere su derecho a la vida privada y familiar.

De momento, si cumplen los requisitos técnicos establecidos en el Reglamento eIDAS 2.0, las declaraciones electrónicas de atributos incorporadas al *EUDIW* tendrán que surtir efectos jurídicos en los demás EEMM (probatorio y la presunción de validez mientras no sean impugnadas), sin que sea necesaria la legalización de las mismas, puesto que la autenticidad deriva de la habilitación del emisor para emitir esa declaración electrónica, que podrá ser comprobada por el prestador del servicio (parte usuaria), porque está acreditado por el organismo de verificación de la conformidad y consta en la lista de prestadores cualificados de servicios de confianza (art. 22 Reglamento eIDAS). Especialmente habrá que confiar en la veracidad del atributo acreditado cuando la declaración haya sido expedida por un emisor cualificado, como puede ser la fuente auténtica del atributo. El Reglamento cumple, en este sentido, un papel importante a efectos de simplificar la normativa aplicable, porque para todos estos elementos de la identidad de las personas (trans) que entran en el ámbito de aplicación material del Reglamento eIDAS 2.0, no será necesaria la aplicación del Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016, ni del resto de convenios internacionales que contienen reglas sobre legalización u otras formalidades de autenticación, aligerando aún más los requisitos para la eficacia de los actos documentados, pues técnicamente es posible descargar la declaración en el idioma requerido para su presentación, sin más trámites ni gastos.

III. Desafíos de la sociedad digital para promover la libertad de circulación de personas trans y la efectividad de su derecho a la vida privada y familiar

1. Viabilidad de la interoperabilidad digital de los Registros civiles de los Estados miembros de la Unión Europea

La sociedad digital puede facilitar la libertad de circulación de las personas en el marco de la UE y hacer posible la continuidad de su identidad más allá de las fronteras. La cuestión radica en saber si la tecnología emergente, que

busca la competitividad de la UE en la prestación de los servicios públicos y privados, será capaz de dar un vuelco a los Derechos materiales, logrando la unificación normativa del Derecho civil de los EEMM que no ha sido posible alcanzar por otra vía y, de paso, hacer efectiva la plena libertad de circulación⁸⁷. En esta investigación se defiende la idea de que la garantía efectiva de la libertad de circulación en la UE requiere otorgar una nueva dimensión a la clásica portabilidad de los elementos integrantes del estatuto personal de los individuos en sus relaciones transfronterizas: no basta hacer valer en un EEMM de la UE el nombre, sexo, filiación o estado civil tal y como ha sido establecido en un EM, sometiendo el documento al control de los requisitos que en dicho EM se exijan para la validez extraterritorial de los documentos y actos; ni siquiera basta con el reconocimiento mutuo, que permitiría dar continuidad al estatuto personal establecido conforme a la normativa del Estado de origen del acto, dejando a salvo siempre la necesidad de compatibilidad con el orden público del EM en el que se pretenda dar efecto a dicho elemento de identidad. La nueva dimensión de la libertad de circulación en la era digital requiere que los elementos que componen la identidad personal del individuo se puedan hacer valer en sus relaciones con otros particulares y ante las AAPP de los EEMM sin ningún tipo de traba jurídica, técnica o administrativa, al igual que dichos elementos circulan por todo el territorio español gracias a la interconexión e interoperabilidad digital: se precisa que circulen los elementos de identidad (y no solo los documentos) plenamente como si los documentos en los que constan fueran nacionales.

Podría decirse que este es el objetivo de la cartera europea de identidad digital o *EUDI wallet*, si bien solo con respecto a los elementos de la identidad que se han conformado de acuerdo con normativas de Derecho público (pasaporte, DNI, permiso de conducir, certificados académicos, vida laboral...) y también con respecto a los datos sanitarios, experiencia laboral, habilidades...En el ámbito sanitario no hay dificultad para conseguir esa interconexión electrónica, incluso la interoperabilidad, de modo que se está avanzando para permitir a los ciudadanos europeos el acceso y control de su historial médico electrónico en toda la UE, siendo este un objetivo a cumplir para el año 2030. Para ello se están realizando una serie de «especificaciones técnicas comunes para el intercambio de datos sanitarios, la interoperatividad, el desarrollo de una infraestructura segura» y se están adoptando «medidas para facilitar la aceptación pública del intercambio de información sanitaria con la comunidad médica»⁸⁸. Lograr este objetivo no presenta espe-

87 GUZMÁN ZAPATER, M., «La falta de una noción común de matrimonio. ¿Una anomalía del Derecho internacional privado europeo?», en CUARTERO RUBIO, M.V. y VELASCO RETAMOSA, J.M. (dirs.), *La vida familiar internacional...op.cit.*, p. 131.

88 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el Decenio Digital, COM(2021) 118 final, de 9/3/2021, p. 13. disponible en: <https://espanadigital.gob.es/sites/espanadigital/files/2022-06/Br%C3%BAjula%20Digital%202030.pdf>.

ciales dificultades, pues hay consenso entre la comunidad científica respecto a los aspectos médicos y sanitarios relativos a la persona. Y lo mismo ocurre con los documentos nacionales que permiten la identificación de sus súbditos con validez internacional, una vez que se ha normalizado el diseño de los pasaportes a utilizar (con sus microchips, hologramas, fotos biométricas y códigos de barras) siguiendo las directrices de la Organización de Aviación Civil Internacional. En relación con los certificados académicos, hay convergencia respecto a las exigencias académicas para obtener las titulaciones universitarias en el espacio europeo y se confía en la aptitud de las autoridades de los EEMM que expiden los títulos y constan en el listado de emisores cualificados para expedirlos. Sin embargo, todavía es necesario el reconocimiento profesional de los títulos obtenidos en otro EM para poder trabajar plenamente en un EM diferente y se tienen que superar exámenes habilitantes⁸⁹ para acceder a profesiones reguladas, no por un problema técnico, pues la cartera digital europea ofrece un medio idóneo que habilitaría la libre circulación de la documentación que incorpora, si fuera factible a nivel jurídico su eficacia extraterritorial a todos los efectos.

Respecto a los elementos de identidad de la persona relativos al nombre, filiación, estado civil, sexo..., que son cuestiones de muy diferente regulación en cada EM, su circulación plena aún no es factible. A nivel interno, si una persona tiene inscrito su nacimiento en el RC español, la interconexión registral que se está completando en las distintas Oficinas del RC permite que los datos registrales estén disponibles en cualquier Oficina General del RC, cualquiera que sea el domicilio o residencia habitual del interesado, incluso cualquiera que sea su nacionalidad, pues los hechos de estado civil que tienen lugar en España deben inscribirse en el RC español, aunque afecten a extranjeros (art. 9 de la LRC). Esto es posible porque el RC español es único y electrónico, de modo que los datos «son objeto de tratamiento automatizado» y están integrados «en una base de datos única» (art. 3.2 LRC), bajo la dirección del Ministerio de Justicia y cuyo acceso es descentralizado. Los interesados pueden «solicitar en cualquiera de las Oficinas del Registro Civil o por medios electrónicos el acceso a la información contenida en el mismo» (art. 10.2 LRC), pudiendo promover también electrónicamente «la rectificación o modificación de los asientos registrales en los casos legal o reglamentariamente previstos» (art. 11 LRC). Además, todas «las Administraciones y funcionarios públicos, en el ejercicio de sus competencias y bajo su responsabilidad, tendrán acceso a los datos que consten en el Registro Civil único con las excepciones relativas a los datos especialmente protegidos»

89 Sobre las distintas vías para poder ejercer la profesión de abogado en España, *vid.* MORENO CORDERO, G., «De profesión, abogado: movilidad intraeuropea mediante el establecimiento o la prestación temporal u ocasional de un servicio en España», en RUEDA VALDIVIA, R. (dir.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 643-668.

(art. 8.2 LRC). Las antiguas reglas de competencia territorial del RC han quedado superadas y el interesado puede solicitar ante cualquier Oficina del RC la práctica del asiento, dondequiera que haya ocurrido el hecho (art. 10 LRC).

La cuestión radica en decidir si los derechos que tiene la ciudadanía en el espacio territorial de un EM concreto (a relacionarse con las AAPP por vía electrónica, a no aportar datos de los que ya disponen las AAPP, a que se le reconozcan en todo el territorio nacional los cambios de estado civil, filiación, nombre o sexo establecidos ante una autoridad nacional...), deben verse condicionados por el hecho de cruzar las fronteras. La respuesta deberá ser negativa, si buscamos una libertad de circulación real y plena y no solo una mera libertad de circulación sin trabas en las fronteras (antesala de la auténtica libertad de circulación), es decir, si queremos realmente avanzar hacia la plena integración europea. La tecnología hace posible esa plena integración. De hecho, en el marco de la CIEC se han realizado algunos esfuerzos para crear una *Plataforma para la comunicación internacional de datos de estado civil por medios electrónicos*, a través del Convenio n.º 33, firmado en Roma el 19 de septiembre de 2012⁹⁰. Esta plataforma, financiada con fondos de la UE, es un instrumento técnico que permite la interoperabilidad de los RC de los Estados Parte, con el propósito de que puedan intercambiarse en forma electrónica documentos en materia de estado civil, sin generar ninguna obligación nueva de intercambio de tal información, sino habilitar la puesta en práctica de las obligaciones de intercambio ya asumidas por los Convenios de la CIEC. La plataforma ofrece garantías de seguridad de la transmisión, de integridad del contenido de la transmisión y de autenticidad de la firma del emisor, que firmará electrónicamente para que sea imposible modificar o alterar el contenido de la información transmitida y el receptor deberá usar unas claves privadas y públicas para acceder a esa información. El Convenio n.º 33 prevé igualmente que los ciudadanos no tengan que dirigirse a las autoridades extranjeras para obtener la información que necesiten⁹¹. Sin embargo, no ha sido firmado por España y el proyecto quedó paralizado por falta de financiación⁹².

A pesar de que técnicamente es posible, la interconexión registral, hoy por hoy, solo puede alcanzar hasta un máximo: permitir a las autoridades de un EEMM comprobar la existencia de un acto (nombre, sexo, filiación, estado civil...), así como la autenticidad del documento que le da soporte o, incluso, comunicar actos o hechos de estado civil que hayan ocurrido en el territorio

90 <https://www.ciec1.org/convention-33-presentation-fr>

91 Commission internationale de l'état civile, *Rapport explicatif*, adopté à Strasbourg le 2 février 2012, disponible en <https://www.ciec1.org/convention-33-rapport-explicatif-fr>.

92 Vid. el análisis de esta Plataforma realizado por PALAO MORENO, G., «La digitalización de los Registros Civiles y la circulación internacional de sus certificaciones: regulación internacional y europea», en RUEDA VALDIVIA, R. (dir.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional... op. cit.*, pp. 405-408.

de un EM y que deban constar también en el RC de otro EM, cumpliendo los compromisos asumidos internacionalmente o que le vengan impuestos por la normativa de la UE. Sin embargo, aún no se ha alcanzado un nivel de confianza comunitaria suficiente como para superar la diversidad normativa vigente en los EEMM en todos los aspectos y dar paso a la interoperabilidad registral, de modo que una autoridad de un EEMM pueda realizar una rectificación de una mención registral relativa a la identidad de las personas (como el cambio de sexo) en el RC de otro EEMM o como para que solo exista un único RC en la UE y que la inscripción practicada por un encargado del RC en un EM pase a tener la fe pública registral en toda la UE. No me refiero a que se comuniquen las modificaciones de las menciones de identidad que se hayan autorizado en otro EEMM a fin de actualizar los datos del RC de los EEMM —que ya sería un gran paso—, sino a avanzar hacia la existencia de un único RC interoperable para toda la UE. Esto es técnicamente posible, pero jurídicamente inalcanzable para las cuestiones de estado civil que tienen acceso al RC⁹³.

En relación con los cambios de sexo y/o nombre de extranjeros trans que se hayan llevado a cabo en España, el cambio se producirá ante autoridades españolas solo cuando no sea posible llevarlo a cabo en el país de origen de la persona trans (art. 50 de la Ley trans). Si el cambio se ha llevado a cabo en el EM cuya nacionalidad ostenta el particular, no habrá problema para adecuar la mención registral relativa al sexo de la persona en el RC español donde conste inscrito su nacimiento, o su matrimonio, o si está declarado en desamparo en España. Del mismo modo que el art. 30.2 del Reglamento Bruselas II ter admite la «actualización de los datos del Registro civil de un Estado miembro sobre la base de las resoluciones en materia de divorcio, separación legal o nulidad matrimonial dictadas en otro Estado miembro que ya no admitan recurso con arreglo a la legislación de este último», también podría darse el paso a la actualización de datos registrales relativos al sexo cuando este ha sido cambiado en otro EEMM, incluso aunque no exista armonización normativa conflictual ni material. Dada la generosidad de opciones para el cambio de sexo previstas por la Ley trans, no habrá motivo para negarse a aceptar en España esos cambios de sexo efectuados en otro EEMM, pues basta la autodeterminación del individuo (y seguir el procedimiento registral previsto), si confiamos en la competencia de la autoridad del otro EM que

93 Lo más que se ha logrado ha sido en el ámbito de los testamentos, gracias a la labor de la ARERT (Asociación de la Red Europea de Registro de Testamentos), que permite, una vez que el testamento ha sido registrado en el Registro nacional de actos de última voluntad, consultar los testamentos inscritos en dichos Registros de los Estados vinculados, gracias a la interconexión de tales Registros. SAN ROMÁN CUTANDA, J. M., «De la ARERT al Registro europeo de actos de última voluntad. Una carencia en el Reglamento europeo de sucesiones (650/2012)», en LARA AGUADO, Á. (dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el reglamento (UE) 650/2012: Problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 395-408.

certifica el cambio de sexo. Podría plantear algún problema la mención relativa a un «tercer género», «género binario», «X», «otro», etc.; situación que ya ha sido resuelta positivamente por la jurisprudencia menor en relación con el Registro Central de Extranjeros⁹⁴. Por tanto, en los EEMM que admiten el cambio de sexo no habría obstáculos técnicos para la adecuación de los datos registrales de modo automático en todos los EEMM, con ayuda de la tecnología adecuada del *Blockchain*, que permite dejar un registro de todas las modificaciones de los asientos registrales que se hayan efectuado, indicando quién y cuándo se ha realizado el apunte. Esto se podría hacer con una intervención proactiva, de modo que, detectado el cambio de sexo de la persona inscrita en uno de los bloques de la cadena, el sistema estuviera programado para efectuar el cambio en el resto de los asientos registrales practicados en los RC de los EEMM donde conste ese dato de la persona. O bien, podría efectuarse con intervención del funcionario correspondiente, que firmaría y sellaría la entrada practicada, siendo la última que se haya realizado la que quedaría accesible a todas las autoridades que tuvieran que disponer o verificar ese dato, así como la que generaría el certificado registral o declaración electrónica de atributos que el interesado quisiera hacer valer. En el hipotético caso de que se produjera una entrada simultánea no coordinada en el RC de autoridades de diferentes EEMM para dejar constancia del cambio de sexo en los asientos registrales de los RC de los EEMM (o del Registro único interconectado e interoperable), existen también mecanismos técnicos para resolver el problema, bloqueando la entrada de un intento de modificación, mientras que el primero no se haya cerrado y sellado. Especialmente factible sería esta posibilidad de practicar el cambio de sexo automáticamente en los RC interconectados e interoperables de los EEMM, si el cambio fuera autorizado por las autoridades del EEMM de la nacionalidad de la persona, habida cuenta de la vinculación al ordenamiento jurídico competente de la nacionalidad de las cuestiones relativas al sexo o al nombre. En cambio, en los EEMM que no admiten el cambio de sexo, esta posibilidad es aún más lejana y debería materializarse a partir de la jurisprudencia del TJUE o del TEDH. Sin embargo, aunque técnicamente sea posible un RC interoperable en los EEMM, aún no lo es jurídicamente, por la desconfianza hacia la diversidad normativa subyacente al acto de estado civil cuya mención accede al RC. Estas exigencias nacionales previsiblemente irán cediendo ante el peso abrumador de la libertad de circulación en el espacio europeo y la fuerza expansiva del derecho a la identidad y a la vida privada y familiar⁹⁵, que tienen gran incidencia patrimonial también. Queda por ver si cederán los obstáculos políticos.

94 Sentencia del TSJA n.º 792/2023, de 23 de enero de 2023, ECLI:ES:TSJAND:2023:792

95 BUCHER, A., «La migration de l'état civil», en *The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, A Commitment to Private International Law, Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, pp. 102-103.

2. Otros retos: interoperabilidad de las plataformas digitales de las Administraciones públicas

Otro reto es la interoperabilidad de las plataformas digitales de las AAPP para acomodar el dato relativo al cambio de sexo y/o nombre en las distintas bases de datos en las que conste esta mención. Tras la emisión del NIE por el Ministerio de Interior, a través de la Dirección General de la Policía o la Comisaría General de Extranjería y Fronteras con el cambio de sexo y/o nombre del extranjero trans para acomodarlo a la documentación española en los supuestos en que no puedan obtener tal cambio en sus países de origen (art. 50 de la Ley trans), o tras la autorización de la acomodación del cambio documental del sexo en vía judicial a través de un proceso de jurisdicción voluntaria (dependiendo de qué opción se considere más adecuada)⁹⁶, es necesario acomodar ese dato de identidad en el resto de documentos, como la TIE, la tarjeta de residencia, la tarjeta sanitaria, los certificados académicos, permiso de conducir... Este cambio no tendría que solicitarlo el propio interesado⁹⁷, sino que se deberá hacer automáticamente en todas las bases de datos en las que consten estas menciones (Registro Central de Extranjeros, Instituto Nacional de la Seguridad Social, SEPE, sistema VioGén, registros escolares y universitarios, DGT...).

A falta de desarrollo reglamentario, la solicitud telemática plantea un problema para los extranjeros que se encuentren en España de forma irregular (a quienes también debería legitimarse para solicitar tal adecuación documental, dada la vinculación de su identidad sexual con el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad, que se predica de todos), pues no tendrán el certificado digital para acceder electrónicamente a los servicios de las AAPP, a no ser que recurran a un profesional que acceda a través de Mercurio. Lo ideal para salvaguardar el derecho a la intimidad y a la protección de los datos de estas personas sería la interoperabilidad de las plataformas de todas las AAPP, para que el cambio se realizara en todas las bases de datos de manera automática, utilizando la tecnología *Blockchain*. Una vez autorizado el cambio, la autoridad competente (DGP o Juez de Primera Instancia) firmaría digitalmente la credencial verificable usando algoritmos criptográficos, garantizando que no va a ser falsificada y preservando la identidad e intimidad de la persona. El propio sistema actualizaría automáticamente los datos verificados en todos los puntos de la red donde ese dato constara y el interesado podría solicitar telemáticamente la nueva documentación. Para esta interconexión

96 Vid. LARA AGUADO, Á., «La identidad de las personas trans...», *cit.* (en prensa). Para una posible aplicación analógica de los foros relativos a los títulos nobiliarios propuesta por Rodríguez Benot, *vid.*, RODRÍGUEZ BENOT, A., «Los títulos nobiliarios en Derecho internacional privado», en RUEDA VALDIVIA, R. (dir.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional...*, p. 42.

97 En este sentido, CIDH, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, p. 59, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

de las bases de datos de las AAPP habría que adoptar medidas de seguridad muy potentes para evitar fugas de seguridad y el acceso a los datos por *hackers*. Habría que utilizar la tecnología *Blockchain* con datos encriptados, cerrada solo para las AAPP, para garantizar la seguridad de la transmisión de datos. Para obtener el certificado en un formato específico, como el requerido para las tarjetas sanitarias, autorizaciones de residencia y trabajo, permiso de conducir, etc., aparte de habilitarse máquinas expendedoras en las dependencias de las AAPP, donde poder recogerlas tras su solicitud online, para anonimizar todo lo posible el proceso, podrían descargarse electrónicamente tales documentos en el móvil, en consonancia con la EUDIW, siempre que aquel tuviera las utilidades necesarias para que la aplicación funcione con garantías de seguridad, incluso en casos en que el dispositivo no sea de gama alta. Pero, la interoperabilidad o incluso la interconexión de las bases de datos de todas las AAPP plantea un problema político-jurídico, pues las AAPP (general, autonómica y local) no están interconectadas entre sí; diferente es que se pueda acceder para la consulta de algún dato. Además, la interconexión de una red a la que se van incorporando y ampliando cada vez más AAPP y más datos no es ecológicamente sostenible, pues genera un gran consumo de energía. Habría que diseñar una plataforma digital que permita la interoperabilidad de todas las AAPP *ab initio*, pero el gasto económico que ya se ha empleado en el sistema es demasiado elevado como para que se plantee como opción factible abandonar lo ya existente para crear algo *ex novo*.

IV. Conclusiones

La Ley trans, en coherencia con la jurisprudencia del TEDH y del TC, vincula la identidad sexual con la dignidad de los seres humanos, su libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la vida privada y familiar. Los problemas a que se enfrentan las personas trans en situaciones transfronterizas alcanzan una nueva dimensión en la sociedad digital, pues el sexo, al igual que el nombre, el estado civil o la composición familiar son atributos que el Reglamento eIDAS 2.0 permite certificar a través de declaraciones electrónicas por parte de prestadores de servicios de confianza e incorporar a la cartera europea de identidad digital para hacerlos valer en el resto de EEMM con fines identificativos y de autenticación de la identidad, con el mismo valor jurídico que si se tratara de documentos analógicos. Con ello se avanza hacia un espacio de integración europea en el que prima el principio de confianza comunitaria, que coadyuva a facilitar al máximo la libertad de circulación de las personas, sin descuidar su derecho a la vida privada y familiar, mejorando la competitividad de la UE para prestar servicios digitales y fuera de línea públicos y privados.

En este contexto de integración, la procedencia de las declaraciones electrónicas de atributos contenidos en la EUDIW de prestadores de servicios de confianza habilitados y cualificados para emitir tales declaraciones permite presumir que aquellas tienen un alto nivel de seguridad y de confiabilidad, permitiendo su reconocimiento mutuo y la continuidad transfronteriza de los

atributos. El Reglamento eIDAS 2.0 solo afecta a la eficacia probatoria extrínseca de las declaraciones electrónicas, pero incorpora una presunción de validez de los datos certificados, que permite hacerlos valer más allá del simple efecto probatorio, pudiendo utilizarse para ejercer derechos derivados de la normativa europea y de los derechos humanos, mientras las declaraciones no sean impugnadas, al estilo del caso *Coman o Dafeki*.

Pero la plena integración y ejercicio de las libertades europeas reclaman la eliminación de todas las formalidades administrativas, técnicas y jurídicas que impiden que los documentos, certificaciones, actos... procedentes de EEMM sean tratados como si fueran nacionales. Para lograr este objetivo, la «aceptación» de la declaración electrónica de atributos no solo debería implicar la admisión de su autenticidad, sino la de la veracidad de su contenido y la validez del acto que documenta; las declaraciones electrónicas tendrían que producir todos los efectos jurídicos (no solo el probatorio, para acreditar la identidad), incluyendo el registral, mientras no sean impugnadas. De momento, esta plena eficacia no es posible, dada la diversidad normativa subyacente en los EEMM en relación con los hechos y actos como el sexo, el estado civil, la filiación; diversidad normativa que exige seguir manteniendo los sistemas nacionales de control de la eficacia extraterritorial de las decisiones, documentos y actos referentes a los elementos de la identidad, especialmente cuando se pretende su efecto registral.

La jurisprudencia del TJUE y la del TEDH están atribuyendo una fuerza expansiva a la identidad de la persona, condicionando el ejercicio de las libertades de circulación y el respeto al derecho a la vida privada y familiar a la salvaguarda de la continuidad de las situaciones jurídicas ya constituidas y consolidadas en otro EM, al menos, a los efectos de la libertad de circulación y del respeto al derecho a la vida privada y familiar; así sucede cuando no existe fraude en la constitución de esas situaciones y las mismas están consolidadas. Esta fuerza expansiva del derecho a la identidad en contextos transfronterizos y en la sociedad digital, que no entiende de trabas físicas ni jurídicas, hará avanzar hacia el pleno reconocimiento transfronterizo de efectos jurídicos a las declaraciones electrónicas de atributos, en un proceso imparable, en el que se irá admitiendo la presunción de validez de estas declaraciones a todos los efectos en los demás EEMM, puesto que, al imponerse el reconocimiento transfronterizo de las situaciones jurídicas vinculadas a la identidad de la persona a los efectos de la libertad de circulación, poco a poco se irán armonizando los Derechos materiales para no tener situaciones divergentes en el plano nacional y en el transfronterizo. De este modo, se irán sentando las bases para un avance significativo en la «libertad de circulación de los documentos sin documento» en la UE. Es previsible que este sea el futuro que nos depara la sociedad digital, aunque la portabilidad de estos elementos de la identidad no sea un derecho, sino un deseo, y tal continuidad venga frenada por el límite hasta donde esté dispuesto a estirar y hacer ceder su orden público internacional el EM de destino. La elasticidad del orden público es cada vez mayor, pues la balanza se

va inclinando progresivamente hacia el derecho de la persona a su identidad (visión subjetiva de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad), en detrimento del derecho del Estado a preservar su visión de la dignidad (visión colectiva); evolución auspiciada por los intereses económicos de grupos de poder favorecidos por la potenciación de la libertad de circulación y por la conversión de los deseos individuales en supra derechos. Se esgrime el respeto a la identidad de la persona, pero ¿tiene autonomía la persona para configurar su identidad, puede el individuo elegir su nombre con total libertad, deciden los menores acerca de su filiación; existe la autonomía de la voluntad o es el régimen normativo del Estado cuya legislación se aplica quien decide? ¿Qué identidad y qué interés es el que queremos proteger cuando abanderamos la defensa del derecho a la identidad? Ante estas tensiones e interrogantes, el DIPr. se muestra como canal de comunicación que permite la continuidad de los elementos de identidad de la persona vinculados a los derechos humanos, sin renunciar a los valores superiores del ordenamiento jurídico propios de un Estado democrático de Derecho, que no deben ceder ante los intereses económicos de algunos grupos de presión.

V. Bibliografía

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.**, «Una visión de las propuestas de regulación del género de las personas físicas desde el Derecho internacional privado», *La Ley Derecho de familia*, n.º 30, Sección A Fondo, Segundo trimestre de 2021, Wolters Kluwer, pp. 1-20.
- ARENAS GARCÍA, R.**, «El reconocimiento de las situaciones familiares en la Unión Europea», en CUARTERO RUBIO, M. V. y VELASCO RETAMOSA, J. M. (dirs.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 47-79.
- BERGER, P. L.** y **LUCKMAN, T.**, *The Social Construction of Reality*, Doubleday, Nueva York, 1966.
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I.**, «El derecho al nombre y la identidad personal como interés superior del menor en situaciones transfronterizas», en LARA AGUADO, Á. (dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 209-241.
- BUCHER, A.**, «La migration de l'état civil», en *A Commitment to Private International Law, Essays in honour of Hans van Loon*, The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, pp. 101-112.
- BURRI, M.**, «Digital trade: in search of appropriate regulation», en AA.VV (eds.), *Justice, Trade, Security, and Individual Freedoms in the Digital Society*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2021, pp. 213-247.

- CASTAÑO, A.**, «Gender hurts: el género daña. Retomando el saber feminista», *Revista de Estudios de Antropología sexual*, vol. 1, n.º 12, 2021, pp. 191-197, disponible en: <https://www.revistas.inah.gob.mx/index.php/antropologiasexual/article/view/18951/20294>
- CERVILLA GARZÓN, M.ª D.**, «Transexualidad, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 4, 2001, pp. 1339-1346.
- DE CUPIS, A.**, *El derecho a la identidad personal. Primera Parte: el derecho a un nombre*, Milán, Giuffrè editore, 1949.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.**, *Derecho privado de internet*, 6.ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters/Civitas, 2022.
- DIAGO DIAGO, P.**, «La circulación de documentos públicos en situaciones transfronterizas: la tensión entre la seguridad jurídica y la reducción de las cargas para el ciudadano», en *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2019, pp. 81-133.
- DURÁN AYAGO, A.**, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.
- DUTTA, A. y PINTENS, W.**, «Private International Law Aspects of Intersex», en SHERPE, J. M., DUTTA, A. y HELMS, T. (eds.), *The Legal Status of Intersex Persons*, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Chicago, 2018.
- ERIKSON, E.**, «El problema de la identidad del yo», *Journal of the American Psychoanalytic Association*. vol. IV, 1956, pp. 56-121.
- ERRASTI, J. y PÉREZ ÁLVAREZ, M.**, *Nadie nace en un cuerpo equivocado. Éxito y miseria de la identidad de género*, Deusto, 2022.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G.**, «Identidad personal, de género y patriarcado: reconocimiento de la filiación resultante de la gestación subrogada en el ordenamiento europeo», en LARA AGUADO, Á. (dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de la infancia y de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 243-271.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G.**, «Identidad personal transfronteriza y Derecho internacional privado europeo», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74/2, julio-diciembre 2022, pp. 157-179.
- FAGGIANI, V.** (dir.) y **GARRIDO CARRILLO, F. J.** (coord.), *La necesaria reconfiguración del Derecho de asilo: entre la dimensión interna y externa de la política migratoria de la UE*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.**, «La Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea: un modelo para innovaciones radicales, responsables y transparentes basadas en el riesgo», *La Ley Unión Europea*, n.º 124, año XI, abril 2024, pp. 1-69.
- FRANZINA, P.**, «Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad», *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 5, núm. 3, 2011, pp. 609-616.
- GARCÍA GARNICA, M. C.**, «El tratamiento de la identidad de género de las personas menores de edad en el ordenamiento jurídico español», en LARA AGUADO, Á. (dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de la infancia y de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 305-353.
- GETE-ALONSO CALERA, M. C.**, «Identidad e identificación de la persona», en TORRES GARCÍA, T. (dir.) e INFANTE RUIZ, F., OTERO CRESPO, A. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. (coords.), *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 83-144.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C.**, «La filiación en Derecho internacional privado: en la encrucijada entre la protección de los derechos humanos y el reconocimiento mutuo», en CAMPUZANO DÍAZ, B., DIAGO DIAGO, P. y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A. (dirs.), *De los retos a las oportunidades en el Derecho de familia y sucesiones internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 229-252.
- GONZALO VALGAÑÓN, A.**, «La protección de la infancia y adolescencia en las leyes trans», en LARA AGUADO, Á. (dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 273-303.
- GUZMÁN ZAPATER, M.**, «La falta de una noción común de matrimonio. ¿Una anomalía del Derecho internacional privado europeo?», en CUARTERO RUBIO, M. V. y VELASCO RETAMOSA, J. M. (dirs.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 129-145.
- GUZMÁN ZAPATER, M.**, «Matrimonio entre personas del mismo sexo y derecho a la libertad de circulación (sobre la STJ, Gran Sala, 5 de junio de 2018, en el As. c-673/16, Coman)», *REEI*, vol. 36, 2018, pp. 9-16.
- GUZMAN ZAPATER, M.**, «La libre circulación de los documentos públicos en materia de estado civil en la UE», en FONT MAS, M. (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea: Estudios sobre las características y efectos del documento público*, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 85-122.

- JIMÉNEZ BLANCO, P.**, «El derecho de los españoles a residir en España con sus cónyuges extranjeros», en CUARTERO RUBIO, M.V. y VELASCO RETAMOSA, J.M. (dirs.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 347-365.
- JIMÉNEZ BLANCO, P.**, «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional Privado», *REEI*, n.º 35, 2018, pp. 1-49.
- JIMÉNEZ BLANCO, P.**, «Valor probatorio de los documentos públicos en la Unión Europea», en FONT MÁZ, M. (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, Bosch editor, 2014, pp. 431-473.
- LARA AGUADO, Á.**, «La identidad de las personas trans en Derecho internacional privado español: lagunas e interrogantes abiertos», en SERRANO SÁNCHEZ, L. (dir.), *Litigios familiares y patrimoniales en las relaciones transfronterizas iberoamericanas: un análisis jurídico desde las dos orillas*, Cizur Menor, Aranzadi (en prensa).
- LARA AGUADO, Á.**, «Derecho a la identidad y a la vida privada de los menores nacidos por gestación por sustitución en la jurisprudencia del TEDH y del TJUE y en las proyectadas normativas reguladoras de la filiación», en SALES PALLARÉS, L., y ZURILLA CARIÑANA, M. A. (coords.), *Vida familiar e infancia en una sociedad globalizada con perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 163-253.
- LARA AGUADO, Á.**, «El interés superior de la niñez, adolescencia y juventud en situaciones transfronterizas desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia: algunos casos concretos», en LARA AGUADO, Á., (dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 164-207.
- LARA AGUADO, Á.**, «Neutralidad del Derecho internacional privado en cuanto al género, una forma de violencia de género institucional», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Protocolo II. Balances y compromisos institucionales frente a la violencia de género*, 2022, pp. 293-326.
- LARA AGUADO, Á.**, «Movilidad internacional jurídica y física de las niñas y los niños nacidos de contratos de gestación por sustitución desde una perspectiva de género», en DURÁN RUIZ, F. J. (dir.) y CUESTA REVILLA, J. y NAVARRO ORTEGA, A. (coords.), *Retos de las migraciones de menores, jóvenes y otras personas vulnerables en la UE y España: respuestas jurídicas desde la perspectiva de género*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 165-223.
- LARA AGUADO, Á.**, *El nombre en Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1998.

LÓPEZ AGUILAR, J. F., «Pacto Unión Europea de Migraciones y Asilo, en la recta final de la presidencia española», *Temas para el debate*, n.º 353 (mayo), 2024 (ejemplar dedicado a: Europa y sus futuros), pp. 30-32.

MERCHANT MURILLO, A., «Identidad digital Blockchain e Inteligencia Artificial: aspectos jurídicos de presente y futuro a debate», *Ius et Scientia*, vol. 7, n.º 1, 2021, pp. 183-203.

MORENO CORDERO, G., «De profesión, abogado: movilidad intraeuropea mediante el establecimiento o la prestación temporal u ocasional de un servicio en España», en RUEDA VALDIVIA, R. (dir.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 643-668.

NORD, N., «La circulation des actes de l'état civil au sein de l'Union Européenne», en CUARTERO RUBIO, M. V. y VELASCO RETAMOSA, J. M. (dirs.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 81-100.

OLLERO, A., «Diálogo de tribunales en el marco europeo», en DE LUCAS MARTÍN, J., VIDAL GIL, E., FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. y BELLVER CAPELLA, V. (coords.), *Pensar el tiempo presente. Homenaje al Profesor Jesús Ballesteros Llompart*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 911-928.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «La identidad de género en el Derecho Internacional Privado Español», *REDI*, vol. 75, núm. 2, 2023, pp. 343-346.

ORTEGA PUENTE, G., «La identidad de la persona en la era digital ¿Es la identidad digital una proyección de la identidad de la persona?», *Actualidad Civil*, n.º 1, enero de 2024, Editorial LA LEY, pp. 1-27.

PALAO MORENO, G., «La digitalización de los Registros Civiles y la circulación internacional de sus certificaciones: regulación internacional y europea», en RUEDA VALDIVIA, R. (dir.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 395-419.

PERES DÍAZ, D., «Biopolítica, ser trans y Derecho: una cartografía del cuerpo doliente», en PERES DÍAZ, D. (dir.), *El gobierno de los cuerpos disidentes. Un estudio de la cuestión trans desde las fronteras del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 17-48.

PÉREZ MARTÍN, L., «¿Y si el TJUE hubiera reconocido la homoparentalidad? Hipótesis, retos, problemas y oportunidades», en CAMPUZANO DÍAZ, B., DIAGO DIAGO, P. y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A. (dirs.), *De los retos a las oportunidades en el Derecho de familia y sucesiones internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 301-313.

- PFEIFF, S.**, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Bruselas, 2017.
- RAYMOND, J.G.**, *The Transsexual Empire. The Making of the She-Male*, Teachers College Press, Nueva York/Londres, 1994.
- RODRÍGUEZ BENOT, A.**, «Los títulos nobiliarios en Derecho internacional privado», en RUEDA VALDIVIA, R. (dir.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 39-55.
- ROSALES DE SALAMANCA RORÍGUEZ, F.**, «Testamento Digital», en OLIVA LEÓN, R. y VALERO BARCELÓ, S. (coords.), *Testamento ¿Digital?*, Colección desafíos legales, 2016, pp. 26-38.
- RUIZ SUTIL, C.**, *Las violencias de género en entornos transfronterizos. Interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y del derecho internacional privado*, Madrid, Dyckinson, 2023.
- SALAZAR BENÍTEZ, O.**, «La identidad de género como derecho emergente», *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 169, Madrid, julio-septiembre 2015, pp. 75-107.
- SALVADOR GUTIÉRREZ, S.**, «Derecho a la identidad», *Actualidad civil*, núm. 4, 1999, pp. 1469-1497.
- SÁNCHEZ LORENZO, S.**, «Click-wrap international contracts», en AA. VV. (eds.), *Justice, Trade, Security, and Individual Freedoms in the Digital Society*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2021, pp. 259-285.
- SAN ROMÁN CUTANDA, J.M.**, «De la ARERT al Registro europeo de actos de última voluntad. Una carencia en el Reglamento europeo de sucesiones (650/2012)», en LARA AGUADO, Á. (dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el reglamento (UE) 650/2012: Problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 395-408.
- SCHIAVI, P.**, «Reputación on line. ¿La identidad digital es tan importante como la real?», *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, año 1, n.º 6, 2019, pp. 153-164.
- WALLACH, O.**, «The World's Tech Giants, Compared to the Size of Economies», *Visual Capitalist*, 7 de julio de 2021, disponible en: <https://www.visualcapitalist.com/the-tech-giants-worth-compared-economies-countries/>

IDENTIDAD DE GÉNERO Y TERCER GÉNERO EN ALEMANIA: NOVEDADES Y DESAFÍOS TRAS LA NUEVA LEY DE AUTODETERMINACIÓN

Rosa Miquel Sala

*Wissenschaftliche Mitarbeiterin
Universität Bayreuth**

Sumario: I. Introducción. II. Una reforma necesaria. III. Panorámica de la nueva ley. IV. Principales desafíos. 1. *Voluntad unilateral como único requisito y cautelas para evitar precipitaciones y fraudes.* 2. *Declaración por menores de edad/personas incapaces.* 3. *Cuestiones relativas a la filiación y al derecho al nombre.* 4. *El nuevo art. 7a EGBGB.* A) Antecedentes. B) ¿Una solución demasiado conservadora? V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

Resumen: La nueva Ley alemana sobre autodeterminación en relación con la inscripción sobre el sexo reconoce, en la línea de las actuales tendencias a nivel internacional, la posibilidad de alterar la mención al propio sexo y el nombre tan solo con una declaración de voluntad ante la oficina del Registro civil. Su regulación de los efectos del cambio de sexo por lo que respecta a la filiación se verá afectada por la anunciada reforma del BGB en materia de filiación. Se ha introducido en el art. 7a EGBGB una norma de conflicto específica para la identidad de género según la cual determinados extranjeros residentes en Alemania pueden elegir el derecho alemán como ley aplicable a su cambio de sexo, manteniéndose la nacionalidad como punto de conexión aplicable en defecto de elección válida. Esto representa un paso en la dirección correcta, aunque tal vez hubiera sido posible una redacción más simple del nuevo artículo e incluso se hubiera podido optar por establecer el derecho de la residencia habitual como aplicable, a falta de una elección del derecho de la nacionalidad.

Palabras clave: derecho alemán, autodeterminación de género, filiación, derecho aplicable

* Esta publicación se adscribe al Proyecto PID 2021-123452OB-I00, «Retos jurídicos para una sociedad inclusiva: obstáculos de género a la vida privada y familiar en casos de movilidad transfronteriza» financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE).

Todos los enlaces fueron revisados por última vez el día 5 de julio de 2024.

Abstract: Following the current trends on an international level, the new German Self-Determination Act allows the modification of the gender marker and the name by means of a simple declaration at the registry office. Its regulation of the effects of the gender modification on parentage will be affected by the pending reform of the BGB regarding this matter. A specific conflict of laws rule has been introduced in Art. 7a EGBGB. It allows certain non-nationals with habitual residence in Germany to choose German law as the law applicable to the gender modification while maintaining nationality as the main connecting factor in the absence of a valid choice. Even if this is a step in the right direction, it seems that the wording of the new article could have been simpler and that the legislator could even have opted for the applicability of law of the habitual residence in the absence of a valid choice of the national law.

Keywords: German law, Gender self-identification, parentage, applicable law

I. Introducción

La Ley alemana sobre autodeterminación en relación con la inscripción sobre el sexo¹ y de modificación de otras normas de 19 de junio de 2024 (*Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag und zur Änderung weiterer Vorschriften*, en lo sucesivo SSBG)² entrará en vigor en su totalidad el día 1 de noviembre del mismo año, aunque los procedimientos para la modificación de la mención de sexo y del nombre podrán incoarse ya durante el mes de agosto. La presente contribución se propone realizar un primer recorrido por este flamante instrumento legislativo, el cual al dar preferencia a la voluntad de los sujetos interesados ha generado por supuesto muchas opiniones positivas, pero también considerables recelos. La exposición se iniciará con una breve retrospectiva sobre el marco legislativo anterior —especialmente sobre las condiciones debían cumplirse para modificar la mención de sexo y del nombre— prestando atención a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (II.), va a continuar con una visión panorámica de la nueva ley (III.) y por último va a tratar con algo más de detalle de cuatro cuestiones que se consideran especialmente interesantes por los desafíos que planteaban y plantean (IV.), observándose que las soluciones propuestas tal vez serán susceptibles de mejora en un futuro. Se trata de los concretos requisitos para el ejercicio de la autodeterminación en materia de género en sus distintas variantes y de las cautelas para evitar abusos (1.), del ejercicio de este derecho por menores de edad o personas incapaces³ (2.), de las repercusiones de la reforma en cuestiones que afectan a la filiación y al derecho al nombre (3.) y, por último, de la inclusión de una nueva norma de conflicto en el Art. 7a EGBGB (4.). Todo ello permitirá elaborar una serie de conclusiones (V.).

1 En el idioma alemán no existe distinción entre «sexo» y «género».

2 BGBl. 2024 I n.º 206 de 21 de junio de 2024.

3 Se ha optado por traducir literalmente el término «*Geschäftsunfähige Person*».

II. Una reforma necesaria

En 1978, El Tribunal Constitucional Federal afirmó que debía ser legalmente posible el cambio de sexo⁴. Como consecuencia de ello, la Ley de Transexuales (*Transsexuellengesetz*, en lo sucesivo TSG) entró en vigor el 1 de enero de 1981. Entre tanto, esta ley ha sido «laminada» hasta en seis ocasiones por el Tribunal Constitucional Federal⁵. Ello se aplica muy especialmente a los requisitos que originariamente debían cumplirse para lograr el cambio de la mención registral relativa al nombre o relativa al género: ausencia de matrimonio, obligación de adaptar las características físicas externas a través de intervenciones quirúrgicas y prueba de la incapacidad duradera para procrear. El BVerfG declaró inconstitucional el primer requisito en 2008⁶ y afirmó que era incompatible con el derecho al reconocimiento de la identidad sexual determinada de forma autónoma, así como con el interés en el mantenimiento del matrimonio protegido en el Art. 6.1 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*, en lo sucesivo GG). Con respecto a los otros dos requisitos, el BVerfG declaró igualmente su inconstitucionalidad en Sentencia de 11 de enero de 2011⁷ al vulnerar los mismos tanto el libre desarrollo de la personalidad (Art. 2.1 GG) y como la dignidad de la persona (Art. 1.1 GG). Como consecuencia de ello subsistía como requisito para la modificación la obligación de aportar dos dictámenes de peritos que «estén suficientemente familiarizados con este ámbito y que actúen independientemente el uno del otro».

En 2013 se reformó el art. 22.3 de la Ley del estatuto personal (*Personenstandsgesetz*, en lo sucesivo PStG) para permitir que se dejara en blanco la mención al sexo si no era posible asignar sexo masculino o femenino en el momento del nacimiento⁸. En 2017, el Tribunal Constitucional Federal indicó que el derecho general de la personalidad (art. 2.1 en relación con el art. 1.1 GG) protege la identidad de género y en particular a quienes no se puede asignar de forma duradera género masculino o femenino, y que estas personas

4 Beschluss vom 11. Oktober 1978 – 1 BvR 16/72 –, BVerfGE 49, pp. 286-304.

5 Beschluss vom 16. März 1982 – 1 BvR 983/81, BVerfGE 88, pp. 87-103, Beschluss vom 26. Januar 1993 – 1 BvL 38/92, 40/92, 43/92, BVerfGE 60, pp. 123-135, Beschluss vom 6. Dezember 2005 – 1 BvL 3/03, ECLI:DE:BVerfG:2005:ls20051206.1bvl000303; Beschluss vom 18. Juli 2006 – 1 BvL 1/04 y 12/04; ECLI:DE:BVerfG:2006:ls20060718.1bvl000104.

6 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Mai 2008 – 1 BvL 10/05 – ECLI:DE:BVerfG:2008:ls20080527.1bvl001005.

7 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11. Januar 2011 – 1 BvR 3295/07 – ECLI:DE:BVerfG:2011:rs20110111.1bvr329507.

8 Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz – PStRÄndG) de 7 de mayo de 2013 – BGBl. I 2013, Nr. 23 de 14 de mayo de 2013, p. 1122; corrección de erratas de 12 de julio de 2013– BGBl. I 2013, Nr. 38 de 18 de julio de 2013, p. 2440b.

no pueden ser objeto de discriminación (art. 3.3 GG). Ello supuso la declaración de inconstitucionalidad del art. 21.1 n.º 3 PStG porque no contemplaba la posibilidad de inscribir ningún otro género que no fuera el masculino o el femenino⁹. El legislador reaccionó en 2018 con una reforma que permitió la inscripción de la modalidad «divers» o simplemente dejar en blanco la mención del sexo. Con ello la República Federal Alemana se convirtió en uno de los Estados pioneros a la hora de reconocer la existencia de un tercer género. Adicionalmente, se introdujo el art. 45b PStG, que permitía a las personas con una «variante del desarrollo sexual» (expresión que se incluyó también, en 2021, en el nuevo art. 1631e BGB y que fue acuñada por asociaciones de especialistas médicos)¹⁰ declarar ante la oficina del Registro civil que la mención al sexo debía dejarse en blanco o cambiarse por una (de las tres) permitidas según el art. 22.3 PStG. La supresión de la mención o la inscripción «divers» puede ir acompañada de un cambio de nombre y requiere probar la existencia de una variante del desarrollo sexual, para lo cual es suficiente un certificado médico que no tiene por qué contener un diagnóstico¹¹. El ámbito de aplicación del art. 45b PStG se limita, según el BGH, a las personas cuya intersexualidad ha sido determinada médicamente y no a las personas que «simplemente se sienten intersexuales». A estas últimas debe aplicárseles por analogía la TSG¹² y por tanto también necesitan presentar, mientras no entre en vigor la SBBG, dos dictámenes médicos¹³.

En la Exposición de motivos del Proyecto de ley, el legislador expone de forma convincente cuáles son las razones de la reforma. Sintetizando, por un lado, se hace hincapié en que el transexualismo ha dejado de ser considerado un trastorno psíquico y que la presentación de dictámenes es denigrante para las personas afectadas, requiriendo a veces entrevistas de entre 8 y 12 horas. Por otro lado, el procedimiento actual puede ser relativamente

9 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Oktober 2017 - 1 BvR 2019/16 - ECLI:DE:BVerfG:2017:rs20171010.1bvr201916.

10 Cfr. SCHWEDLER, BGB § 1631e «Behandlung von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung», en GSELL, B., KRÜGER, W., LORENZ, S., REYMANN, C. y WELLENHOFER, M. (eds.), *beck-online. GROSSKOMMENTAR*, estado: 01.03.2023, Rn. 10.

11 Cfr. al respecto Deutscher Bundestag Drucksache 19/4669 19. Wahlperiode 01.10.2018 Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben, p. 11.

12 BGH, Beschluss vom 22. April 2020 - XII ZB 383/19, ECLI:DE:BGH:2020:220420BXI-IZB383.19.

13 Considerando que ello es potencialmente discriminatorio JÄSCHKE, M. L., «Zur Verfassungskonformität des § 4 Abs. 3 TSG im Spiegel gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume – Zugleich Anmerkung zu BGH 22.4.2020 – XII ZB 383/19», *Das Standesamt* n.º 11, 2020, pp. 338-346 (345). Cfr. con opinión crítica también MANGOLD, A. K., «Menschenrechtlich gebotene geschlechtliche Selbstbestimmung», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2022, pp. 180-183 (181).

largo y costoso¹⁴. Finalmente, el legislador se refiere tanto a las recomendaciones internacionales¹⁵ como a la jurisprudencia del TEDH¹⁶ para dar cobertura legal a la autodeterminación en materia de sexo.

III. Panorámica de la nueva ley

La SBBG consta de 13 artículos y con su entrada en vigor deroga la TSG. El primer artículo contiene, a su vez, los 15 artículos de la *Selbstbestimmungsgesetz* propiamente dicha. Los siguientes artículos sirven a la modificación de distintas leyes como la ya citada PStG, la Ley de Introducción al Código civil (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, en lo sucesivo EGBGB) o la Ley sobre el proceso en asuntos de familia y sobre la jurisdicción voluntaria. Se ha criticado con razón que las nuevas normas, que desde luego afectan al estatuto personal, no se hayan incluido en el BGB¹⁷.

La SBGG tiene por objetivo, en palabras del Gobierno, unificar y desburocratizar las normas sobre la mención del sexo y el nombre en los supuestos de discordancia entre la inscripción del sexo y la identidad de género y regular una modificación autónoma de la identidad de género. Se pretende cumplir los mandatos contenidos en los arts. 2.1 y 1.1 GG e implementar las recomendaciones internacionales sobre mejora del reconocimiento de la identidad de género¹⁸.

En su art. 1 ello se concreta y se enfatiza también la voluntad de verificar el derecho de toda persona a que se tenga en cuenta su identidad de género y a recibir un trato respetuoso con respecto a la misma. También trata este artículo, en su apartado tercero, de su ámbito personal de aplicación, cuestión que se tratará en el apartado dedicado al art. 7a EGBGB. En el art. 2 se trata de la declaración necesaria para la modificación, que requiere únicamente

14 Deutscher Bundestag Drucksache 20/9049 20. Wahlperiode 01.11.2023 Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag und zur Änderung weiterer Vorschriften, p. 19 s.

15 Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género de 31 de marzo de 2010; Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1728 (2010) Final version «*Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity*» o los Principios de Yogyakarta, entre otros.

16 SSTEDH n.º 17488/90 de 27 de marzo de 1996 (Goodwin contra Reino Unido); TEDH, n.º 35968/97 de 12 de septiembre de 2003 (Van Kück c. Alemania).

17 DUTTA, A., «Geschlechtsidentität statt Körper - Die Freiheit zur Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem geplanten Selbstbestimmungsgesetz –», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2023, pp. 993-999 (999).

18 Deutscher Bundestag Drucksache 20/9049 20. Wahlperiode 01.11.2023 Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag und zur Änderung weiterer Vorschriften, p. 26.

una declaración de la persona interesada, y el art. 3 se refiere a las declaraciones realizadas por menores y personas con curador. Los arts. 4 y 5 hacen referencia, respectivamente, al preceptivo anuncio de la voluntad de realizar la declaración, que debe tener lugar tres meses antes de la misma, y al plazo mínimo de un año para una posterior modificación. Por su parte, los arts. 6 y 7 tratan, respectivamente, de los efectos de la modificación de la mención de sexo y del nombre y de las reglas sobre cuotas. Conviene detenerse brevemente sobre ambas cuestiones:

En relación con la primera de ellas, el art. 6 establece para empezar una regla general que sin embargo se excepciona en algunos artículos posteriores: la respectiva mención de sexo y el nombre actualmente inscritos son los relevantes en el tráfico jurídico. Y luego añade una regulación sobre una cuestión especialmente polémica en los medios de comunicación y redes sociales durante el debate legislativo: por lo que respecta al acceso a instalaciones y espacios, o la participación en acontecimientos, la libertad contractual y el derecho a reservar la admisión del respectivo propietario o poseedor así como el derecho de las personas jurídicas a regularse por sus estatutos no se ven afectados. Por tanto, no parece que en un futuro las usuarias de saunas destinadas a mujeres vayan a encontrarse con una horda de individuos físicamente masculinos, pero con presunta identidad de género femenina exigiendo con éxito la entrada y convirtiendo las mismas en «campos de batalla»¹⁹. Asimismo, la valoración de resultados deportivos puede regularse con independencia de la mención de sexo. Finalmente, tampoco es relevante la mención de sexo en relación con cualesquiera medidas o prestaciones relativas a la salud.

Por lo que respecta a las cuotas en órganos colegiados, de acuerdo con el art. 7 y a falta de normas específicas es relevante la mención al sexo en el momento de la renovación/constitución del órgano. Una modificación de la mención de sexo de uno de los miembros del órgano después de la constitución/renovación del mismo (por ejemplo, cambiando uno de sus miembros su mención por la del género masculino, de modo que pasa a haber más mujeres que hombres) debe tenerse en cuenta en el nombramiento subsiguiente. Si como consecuencia el número de plazas que deben cubrirse no es suficiente para cumplir con las cuotas legales, deben cubrirse esas plazas solo con miembros del sexo menos representado para aumentar su proporción de forma sucesiva. Cabe preguntarse, en este punto, cómo se aplica esta norma si pasasen a ser miembros de estos órganos personas del tercer sexo. Puesto que no existen cuotas legales, parece que simplemente no se deberían tener en cuenta y que debería continuar siendo relevante únicamente la correlación entre hombres y mujeres.

19 Cfr. por ejemplo <https://www.bild.de/politik/inland/politik-inland/selbstbestimmungsgesetz-duerfen-maenner-bald-in-die-frauensauna-85152976.bild.html> o <https://www.tichyseinblick.de/meinungen/selbstbestimmungsgesetz-frauensauna/>.

El art. 8 establece que, en relación con leyes y reglamentos sobre el embarazo, la posibilidad de concebir, la inseminación artificial o la transmisión de óvulos o de embriones se aplican sin consideración de la mención registral a la persona que está o quiere estar embarazada/apta para concebir, que ha tenido un hijo o está amamantando o que ha sido objeto de inseminación artificial o a transmitido/recibido óvulos o embriones. Lo mismo rige para las normas sobre la extracción o el uso de espermatozoides para la inseminación artificial que se refieren al padre biológico o a un hombre que ha cohabitado con la madre de un niño en el momento de su concepción.

Los arts. 9 y 10 tratan, respectivamente, de la modificación de la mención relativa al sexo en las situaciones bélicas y prebélicas para evitar cambios con el objetivo de no cumplir con la obligación de defender a Alemania con las armas y de la modificación de otros registros o documentos. Sigue el art. 11, que trata de las relaciones paterno-filiales y del que se tratará acto seguido con más detalle. El art. 12 por su parte, añade que las normas que se dirigen a hombres y mujeres y contemplan las mismas consecuencias jurídicas para ambos se aplican con independencia de la mención de sexo que conste en el registro, también cuando se ha dejado en blanco.

Finalmente, los arts. 13 y 14 tratan de la prohibición de facilitar o investigar el contenido de anteriores menciones en el Registro sin el consentimiento de la persona concernida. Esta prohibición rige en general con la excepción de la necesaria gestión de datos en registros públicos, los supuestos en los que existen motivos especiales de interés público (en especial, el cumplimiento de los deberes de las autoridades de investigación de delitos, de seguridad o de otras autoridades con funciones de seguridad) o si se acredita un interés jurídicamente relevante en estos datos. Por otro lado, el cónyuge actual o anterior, parientes en línea recta y el otro progenitor del hijo de la persona que ha realizado las modificaciones solamente están obligados a utilizar los datos que constan tras la modificación de la mención registral cuando ello sea necesario para la llevanza de libros públicos o de registros o en el tráfico jurídico. En los demás casos, la prohibición no les afecta salvo que actúen con ánimo de perjudicar. Así, por poner un ejemplo citado en la Exposición de Motivos del Proyecto, los hijos de la persona que ha modificado sus datos no están obligados a utilizar o comunicar el nuevo nombre de su progenitor o progenitora en el ámbito escolar²⁰. La excepción descrita no rige para el cónyuge en caso de matrimonio posterior al cambio de la mención al sexo y del nombre, el hijo nacido o adoptado después del cambio de sexo o de nombre, ni para el otro progenitor del el hijo nacido o adoptado después del cambio de sexo o de nombre. La contravención de la prohibición supone la comisión de una *Ordnungswidrigkeit*. Sin embargo, parece que en la práctica

20 Deutscher Bundestag Drucksache 20/9049 20. Wahlperiode 01.11.2023 Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag und zur Änderung weiterer Vorschriften, p. 56.

estas sanciones no serán aplicadas prácticamente nunca puesto que debe acreditarse en todo caso el ánimo de perjudicar (art. 14)²¹. Para terminar, el art. 15 contiene disposiciones transitorias.

IV. Principales desafíos

1. Voluntad unilateral como único requisito y cautelas para evitar precipitaciones y fraudes

De acuerdo con el art. 2.1 SSBG, toda persona cuya identidad de género (*Geschlechtsidentität*) difiera de la mención al sexo en el Registro de estados civiles puede declarar ante la oficina del Registro civil que la mención a su sexo en una inscripción alemana de su estatuto personal debe ser modificada sustituyéndose por otra de las menciones previstas en el art. 22.3 PStG o siendo suprimida. Si no existe ninguna inscripción alemana —y suponiendo que la ley sea aplicable de acuerdo con el art. 1.3—, la persona puede declarar ante la oficina del Registro civil cuál de las menciones del art. 22.3 PStG es pertinente para ella o si se renuncia a la mención del sexo. A diferencia de lo que ocurriría conforme al régimen anterior, no es posible una alteración aislada del nombre sin cambiar la mención al sexo.

Al igual que en otros Estados, la elevación de la voluntad individual a única condición para el cambio del sexo registral ha generado polémica. Si, por un lado, el propio legislador y gran parte de la doctrina han considerado que ello era necesario²², hay quien ha profetizado, incluso, que «si esta tendencia legislativa iniciada con la SSBG se mantiene, en un futuro el fundamento de las leyes ya no será la verdad objetiva obtenida a través de hechos, observación o experiencia, sino que se determinará a través de ilusiones subjetivas de grupos de por sí marginales, quienes a través del derecho construyen su mundo como a ellos les gusta. (...) lo que supone una ruptura de la civilización con la cultura jurídica de Occidente con consecuencias imprevisibles»²³. Por otro lado, también se ha analizado la cuestión desde el punto de vista de

21 DUTTA, A., «Geschlechtsidentität statt Körper - Die Freiheit zur Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem geplanten Selbstbestimmungsgesetz -», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2023, pp. 993-999 (997).

22 Cfr. por ejemplo DUTTA, A., «Geschlechtsidentität statt Körper - Die Freiheit zur Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem geplanten Selbstbestimmungsgesetz -», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2023, pp. 993-999 (994). MANGOLD, A. K., «Menschenrechtlich gebotene geschlechtliche Selbstbestimmung», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2022, pp. 180-183.

23 KRUSCHKE, A., «Der Entwurf eines Selbstbestimmungsgesetzes. Wie viel Irrationalität verträgt der Rechtsstaat?», *Neue Juristische Online-Zeitschrift*, 2023, pp. 992-996 (996).

la libertad de expresión²⁴ y se ha afirmado que cuando el art. 2 SSBG abre la posibilidad de una declaración cuando la identidad de género no se corresponde con el sexo inscrito, está presuponiendo que la primera inscripción es la que se corresponde con la realidad, y que sexo no debería ser objeto de determinación legal²⁵.

El apartado segundo del art. 2 SSBG añade que quien formula la declaración debe asegurar con la misma que la mención elegida o la supresión de la mención anterior es lo que mejor se corresponde con su identidad de género y que es consciente del alcance y de las consecuencias de su declaración. Con la inclusión de esta obligación —que se ha considerado innecesaria²⁶ y que parece algo paternalista— se pretende que quien realiza la declaración tome conciencia de las consecuencias de la nueva ley y sobre todo se pretende desincentivar una aplicación fraudulenta de la misma, por ejemplo para beneficiarse de medidas de discriminación positiva de las mujeres. A ello se suma que, como ya se ha indicado, el art. 4 requiere que la declaración vaya precedida de una comunicación oral o escrita al Registro civil, a realizar tres meses antes de la propia declaración. La comunicación pierde su objeto si la declaración no se realiza durante los seis meses posteriores. Esta cautela se adopta con el fin de evitar declaraciones irreflexivas²⁷. Seguramente también con el fin de evitar fraudes²⁸, el art. 5 establece que la declaración no se puede volver a realizar hasta que haya transcurrido un año a no ser que se trate de menores de edad o incapaces sometidos a tutela; y que como consecuencia se recuperará forzosamente el nombre que se utilizaba antes de solicitar la primera modificación.

Si hubiera indicios de fraude de ley, la oficina del Registro civil puede denegar la modificación, lo que se podría impugnar judicialmente. Sin embargo, no se trata de un juramento (*eidesstaatliche Versicherung*) cuyo incumplimiento pudiera acarrear consecuencias penales. Ahora bien, si existiese un ánimo fraudulento o meramente «polemizante» en la declaración (la Exposi-

24 SCHINKELS, B., «Personenstandsrechtlicher Sprechakt über die eigene Genderidentität Reform von § 45 b PStG und Meinungsäußerungsfreiheit», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2022, pp. 222-226.

25 KELLERMANN, «Das Selbstbestimmungsgesetz als juristische Korrektur», *Kritische Justiz*, n.º 56 (1), 2023, pp. 93-105 (104 s.).

26 DUTTA, A., «Geschlechtsidentität statt Körper - Die Freiheit zur Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem geplanten Selbstbestimmungsgesetz -», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2023, pp. 993-999 (994).

27 Deutscher Bundestag Drucksache 20/9049 20. Wahlperiode 01.11.2023 Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag und zur Änderung weiterer Vorschriften, p. 40.

28 DUTTA, A., «Geschlechtsidentität statt Körper - Die Freiheit zur Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem geplanten Selbstbestimmungsgesetz -», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2023, pp. 993-999 (995).

ción de Motivos habla, por ejemplo, de un ánimo concienciar sobre el tema en el debate público, como en el famoso caso de los 37 policías y funcionarios ceutíes), deberán pechar con los efectos positivos y negativos de la misma durante el periodo en que tenga vigencia²⁹.

Finalmente, el art. 2.4 contiene una norma para evitar que la modificación de la mención de sexo se utilice para evitar la deportación en aquellos casos en los que el Estado de origen pudiera denegar la admisión de personas si observase divergencias entre el contenido del Registro alemán y el de los documentos de identidad emitidos previamente por dicho país.

2. Declaración por menores de edad/personas incapaces

El art. 3 SSBG trata de los requisitos de validez de la declaración realizada por menores de edad o incapaces personas incapaces. Su primer apartado se refiere a los menores de edad mayores de 14 años³⁰ y establece que pueden realizar la declaración por sí solos, pero es necesario el consentimiento del representante legal. Esta posibilidad no estaba expresamente prevista en la TSG porque su versión primitiva (también declarada inconstitucional en este punto por Auto de 16 de marzo de 1982) no permitía el cambio de la mención a menores de 25 años. Sin embargo, el art. 45b PStG sí establece que los mayores de 14 años con variantes del desarrollo sexual podrán realizar por sí mismos la declaración prevista en el art. 22 PstG.

Si el mayor de 14 años no obtuviera el consentimiento de sus representantes legales, el Juzgado de Familia puede suplirlo si considera que la modificación no contradice el interés superior del menor. Resulta llamativo que se ha utilizado «no contradecir» en lugar de «no perjudicar»³¹. Aunque el menor puede dirigirse directamente al Juzgado, el Registro Civil está obligado, de todos modos, a notificar al Juzgado de Familia la ausencia del consentimiento

29 Deutscher Bundestag Drucksache 20/9049 20. Wahlperiode 01.11.2023 Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag und zur Änderung weiterer Vorschriften, p. 36.

30 Cuestionando si 14 años es una edad suficiente teniendo en cuenta que, por ejemplo, no lo es para testar, contraer matrimonio o concluir und compraventa DUTTA, A., «Geschlechtsidentität statt Körper - Die Freiheit zur Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem geplanten Selbstbestimmungsgesetz -», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2023, pp. 993-999 (1996). Observando que en la mayoría de países con regulaciones análogas la declaración se puede realizar a partir de los 16 años DETHLOFF, N., MAURER, M., «Selbstbestimmung des rechtlichen Geschlechts aus europäischer Perspektive: Minderjährige im Fokus», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2023, pp. 254-260 (257-259.).

31 Cfr. con postura crítica KRUSCHKE, A., «Der Entwurf eines Selbstbestimmungsgesetzes. Wie viel Irrationalität verträgt der Rechtsstaat?», *Neue Juristische Online-Zeitschrift*, 2023, pp. 992-996 (1993).

del representante legal y el Juzgado va a actuar de oficio dando audiencia al menor, a los padres y a los servicios sociales (*Jugendamt*) y puede incluso encargar un informe pericial que trate por ejemplo sobre los efectos de la modificación en el entorno del menor. El Juzgado debe averiguar si el menor dispone de la suficiente madurez para comprender el significado y las repercusiones de su decisión y es capaz de decidir en consecuencia. Si los padres no se ponen de acuerdo, el Juzgado puede decidir, en interés del menor, si atribuye la potestad para decidir a uno solo de ellos o, si los padres están separados, puede atribuir la custodia a uno de ellos. Si el menor está sometido a tutela, puede llevar a cabo igualmente la declaración y el Juzgado intervendrá si el tutor no presta su consentimiento³².

Uno de los puntos polémicos del proyecto legislativo era que no establecía expresamente un deber de asesoramiento previo del menor de edad o de sus representantes legales antes de prestar la declaración. El Gobierno Federal es consciente de que la oferta pública es limitada y se compromete a aumentarla³³. El Grupo parlamentario CDU/CSU insistió mucho en esta cuestión³⁴ y en particular cuestionó que el asesoramiento no fuera obligatorio. En la versión final de la ley, el menor mayor de 14 años debe declarar, cuando realice la declaración prevista en el art. 2.2, que ha recibido asesoramiento. Según la ley este asesoramiento puede ser prestado, en particular, por personas que disponen de una calificación profesional en psicología, psicoterapia infantil o juvenil o psiquiatría infantil o juvenil o por entidades públicas o privadas que prestan servicios de atención a la infancia o la juventud³⁵. Se ha observado con razón que la declaración tiene importantes repercusiones en el plano legal (especialmente, aunque no solo, en materia de filiación o del derecho al nombre), por lo que el asesoramiento, imprescindible, también debería ser de carácter jurídico³⁶. Asimismo, se ha puesto de relieve que la ley trata de la intervención judicial cuando la negativa de los padres o tutores a realizar

32 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und des Bundesministeriums der Justiz. Entwurf eines Gesetzes über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag und zur Änderung weiterer Vorschriften (23 de agosto de 2023), p. 38.

33 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und des Bundesministeriums der Justiz. Entwurf eines Gesetzes über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag und zur Änderung weiterer Vorschriften (23 de agosto de 2023), p. 37.

34 Deutscher Bundestag, Drucksache 20/9885, 20. Wahlperiode 20.12.2023, Kleine Anfrage der Fraktion der CDU/CSU. Maßnahmen der Bundesregierung zur Umsetzung des sogenannten Selbstbestimmungsgesetzes, p. 2.

35 Cfr. temiendo que ello sirva para someter a asesoramiento psiquiátrico a menores de edad <https://www.bundesverband-trans.de/self-determination-act-passed-german-parliament/>.

36 DUTTA, A., «Geschlechtsidentität statt Körper - Die Freiheit zur Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem geplanten Selbstbestimmungsgesetz –», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2023, pp. 993-999 (995).

la declaración o a consentir la declaración del mayor de catorce años contradice el interés superior del menor, pero no cuando lo perjudica. En este caso, sin embargo, sería posible también una actuación de oficio del Juzgado para dejar sin efecto la declaración en virtud del art. 1666 BGB³⁷.

Si se trata de un menor de 14 años o de un menor de edad incapaz, el apartado segundo del art. 3 SSBG establece que la declaración relativa al cambio de la mención de sexo o al nombre la debe realizar el representante legal. En la versión final de la ley se ha añadido que será necesario el consentimiento del menor si es mayor de cinco años. Aquí también puede intervenir el Juzgado de Familia de oficio o a instancia de los interesados o de terceros (por ejemplo, de los servicios sociales) sustituyendo a uno o a los padres si se observa que de otro modo se vería amenazado el interés superior del menor. Si el menor está sometido a tutela, la declaración del tutor requerirá la autorización del Juzgado de familia, que la otorgará teniendo en cuenta los derechos del tutelado si ello no contradice el interés superior del menor. Al llevar a cabo la declaración prevista en el art. 2.2 SSBG, el representante legal también debe declarar que ha recibido asesoramiento.

En tercer lugar, de acuerdo con el art. 3.3 SSBG, si se trata de personas mayores de edad incapaces a las que se ha atribuido un tutor en este asunto, las declaraciones a las que se refiere el art. 2 solamente puede realizarlas el tutor, requiriendo para ello la autorización del Juzgado de Tutela. La autorización tendrá lugar cuando la declaración se corresponda con el deseo a respetar o con la voluntad presunta del tutelado.

3. Cuestiones relativas a la filiación y al derecho al nombre

De acuerdo con el art. 1591 BGB, la madre de un niño es la *mujer* que lo ha parido. De acuerdo con el art. 1592 BGB, el padre de un niño es el *hombre casado* con la madre en el momento del nacimiento (n.º 1); el que ha reconocido la paternidad (n.º 2) o el hombre cuya paternidad ha quedado determinada judicialmente (n.º 3). De ello se deriva que, mientras que la maternidad solamente puede tener un fundamento biológico (parto), la paternidad puede establecerse también a favor de quien no ha aportado material genético. La regulación actual está en este momento pendiente de reforma puesto que por ejemplo no permite que una mujer no gestante pueda ser considerada madre legal y no tiene en cuenta los supuestos en los que se ha recurrido a la maternidad subrogada³⁸. En particular, el Tribunal Federal Supremo

37 DUTTA, A., «Geschlechtsidentität statt Körper - Die Freiheit zur Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem geplanten Selbstbestimmungsgesetz –», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2023, pp. 993-999 (995).

38 Bundesministerium der Justiz, Eckpunkte des Ministeriums der Justiz für eine Reform des

ha negado la posibilidad de atribuir la maternidad a la madre no gestante casada con otra mujer en virtud de una aplicación por analogía del art. 1592 n.º 1 BGB³⁹. Si se niega esta aplicación analógica, tampoco es posible llegar al mismo resultado por la vía de una interpretación teleológica de los arts. 1591 y 1592 BGB según la cual sería madre la persona que alumbró y padre la persona que tuviera una especial relación con la madre del niño⁴⁰.

A la vista del derecho actualmente vigente, no debe extrañar que se hayan generado litigios relativos a la inscripción como padre o madre de personas transexuales. El Tribunal Federal Supremo determinó que una mujer biológica que había pasado a ser un hombre en virtud del art. 8 TSG y que había alumbrado un hijo siendo ya firme la resolución en ese sentido debía considerarse *madre* en el sentido del art. 1591 BGB y debía ser inscrita con su nombre femenino anterior. Adicionalmente, se afirmó que «madre es la persona que ha alumbrado al niño, padre es la persona que, desde un punto de vista típico a la vista de sus relaciones sociales con la madre o debido a una verificación judicial puede presumirse o afirmarse que es el progenitor genético del niño. Con esta atribución la ley cumple con el mandato constitucional derivado del art. 6.2 GG, según el cual la atribución jurídica de la paternidad por filiación debe basarse en principio en el origen biológico del niño y lograr con ello en la medida de lo posible una identidad entre la paternidad por naturaleza y la paternidad legal»⁴¹. También se consideró que una mujer que solamente había solicitado la inscripción de un nombre masculino y que tras casarse con un hombre había alumbrado un hijo debía considerarse como *madre* y debía ser inscrita como tal en el registro de nacimientos con su nombre femenino anterior⁴². Asimismo, se determinó que una mujer que previamente había sido hombre y que tras el cambio legal de sexo había tenido

Abstammungsrechts (16 de enero de 2024), disponible en: https://www.bmj.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2024_Reform_Abstammungsrecht.html

- 39 BGH, Beschluss vom 10.10.2018 – XII ZB 231/18, NJW 2019, 153; ECLI:DE:BGH:2018:101018BXIIZB231.18.0.; cfr. al respecto, considerando que una doble maternidad sería discriminatoria si una doble paternidad solamente pudiera lograrse mediante adopción SCHMIDT, C., «Einführung einer Co-Mutterschaft im Abstammungsrecht – Rechtspolitisch sinnvoll, verfassungsrechtlich geboten?», *Neue Zeitung für Familienrecht*, 2022, pp. 909-914 (910 s.); a favor de una analogía CHEBOUT, L. y XYLANDER, B., «Das eheliche Kind und sein zweiter rechtlicher Elternteil», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2021, pp. 2472-2477.
- 40 Interpretación defendida en un principio por GÖSSL, S. L., «Abstammung und Geschlecht», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2018, pp. 174-177 (176).
- 41 BGH, Beschluss vom 6.9.2017 – XII ZB 660/14, NJW 2017, p. 3379; ECLI:DE:BGH:2017:060917BXIIZB660.14.0.; cfr. considerando que ello podría vulnerar la dignidad de la madre y que posiblemente no beneficiaba al hijo TOLMEIN, O., «Eintragung eines Frau-zu-Mann-Transsexuellen als Mutter im Geburtenregister, Anmerkung zum BGH, Beschluss vom 6.9.2017 – XII ZB 660/14», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2017, pp. 3383-3384 (3384).
- 42 BGH Beschluss vom 26.1.2022 – XII ZB 127/19, NJW 2022, p. 1531; ECLI:DE:BGH:2022:260122BXIIZB127.19.0

un hijo con los gametos masculinos que había conservado solamente podía ser considerada *padre* de su hijo⁴³. En esta ocasión, el Tribunal aprovechó para recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal según la cual «es un objetivo legítimo asignar también jurídicamente a los hijos a sus padres biológicos de manera que su filiación no provenga —en contradicción con su concepción biológica— de dos madres o de dos padres»⁴⁴. Por otro lado, se había admitido la inscripción como *padre* de un hombre que anteriormente había sido mujer y que estaba casado con una mujer que alumbró a un niño en el momento del nacimiento de este último⁴⁵.

En el Proyecto de ley, el art. 11.1 establecía que la mención del sexo en el Registro era irrelevante para la relación existente o futura entre una persona y sus hijos según los arts. 1591 y 1592 n.º 3 BGB. Para las relaciones constituidas o por constituir entre una persona y sus hijos sobre la base del art. 1592 núms. 1 y 2, debía estarse a la mención obrante en el momento del nacimiento del hijo. A esto último, en la versión final de la ley se le ha añadido «a no ser que esta persona manifieste, en el momento de inscribir la filiación del hijo en el Registro civil, que debe constar la mención existente antes de la declaración según el art. 2 SSBG.» En la Exposición de motivos del Proyecto, la exclusiva toma en consideración de la mención obrante en el momento del nacimiento se justificaba alegando que si una persona cuya identidad de género difiere del sexo inscrito modifica su mención registral de masculina a femenina pudiera constar como padre, ello la privilegiaría en relación con mujeres que no han llevado a cabo ningún cambio, ya que a ellas les estaría vedada una paternidad basada en los arts. 1592 n.º 1 o n.º 2 BGB. También se indica que el § 11 SBBG contiene ahora una regulación provisional, a la espera de que se regulen «los supuestos en los que una persona con mención registral femenina pueda ocupar la otra posición como progenitora en base a los arts. 1592 n.º 1 o n.º 2 BGB»⁴⁶.

De este marco legal, y mientras no culmine el proceso de reforma del derecho de la filiación actualmente en estado incipiente⁴⁷, se deriva que si una mujer pasa a ser hombre o deja su mención en blanco y alumbró un hijo, el cambio de sexo no podrá repercutir en su consideración legal como *madre*. Si se casa con una mujer, solamente se la podrá considerar madre a ella y

43 BGH, Beschluss vom 29.11.2017 – XII ZB 459/16, NJW 2018, p. 471; ECLI:DE:BGH:2017:-291117BXIIZB459.16.0.

44 BVerfG, Beschl. v. 11. 1. 2011 – 1 BvR 3295/07, NJW 2011, 909, n.º 72; ECLI:DE:BVerfG:2011:rs20110111.1bvr329507.

45 AG Regensburg, Beschluss vom 04.02.2022 – UR III 19/UR Jahr 2019, S. 21; ECLI:DE:AGREGEN:2022:0204.URIII19.21.0A.

46 Deutscher Bundestag Drucksache 19/4669 19. Wahlperiode 01.10.2018 Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben, p. 53.

47 https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2024_Reform_Abstammungsrecht.html.

no a su pareja. Lo mismo se derivaba antes del art. 11 TSG⁴⁸. Por otro lado, si un hombre es considerado en un primer momento *padre* porque su paternidad biológica ha sido establecida en un proceso judicial (art. 1592 n.º 3), no dejará de serlo porque posteriormente pase a ser mujer. En la Exposición de motivos del Proyecto también se indica que una mujer que aporte óvulos no podrá ser nunca considerada *padre* en el sentido del art. 1592.3 BGB⁴⁹.

Si la paternidad se pretende establecer porque el hombre estaba casado con la madre en el momento del nacimiento o porque, sin estar casado con ella, ha reconocido voluntariamente su paternidad (es decir, sin tener en cuenta el aspecto biológico, art. 1592 n.º 1 y 2 BGB), es posible que un hombre que antes estaba registrado como mujer pueda ser padre si está casado con la mujer que alumbró al hijo o reconoce la paternidad del hijo que ha alumbrado su pareja⁵⁰. Ahora bien, si el cambio de sexo se produjera después del nacimiento, no podría constar como padre (ni como madre). Una mujer que antes estaba registrada como hombre no podría ser padre sin aportación biológica a no ser que en el momento de inscribir el nacimiento solicite que conste la mención al sexo anterior. En esta línea se ha observado que el marido de una mujer embarazada podría evitar ser considerado padre de acuerdo con el art. 1592 n.º 1 si realizase la declaración el art. 2 SBBG antes del nacimiento. Asimismo, también podría «desactivar» con el cambio de sexo un reconocimiento prenatal de la paternidad. Como consecuencia, se concluye, el art. 11 SBBG perjudica a la mujer casada, quien no podrá ya confiar en la presunción de paternidad, y, en su caso, a la mujer soltera, que no podrá confiar en un reconocimiento prenatal de la paternidad, y ello podría suponer una discriminación de la mujer (art. 3.2 GG)⁵¹. La inclusión de la posibilidad de solicitar que se tenga en cuenta el sexo anterior no elimina este riesgo, puesto que al fin y al cabo la solicitud es un acto voluntario. De todos modos, el «oportuno» cambio de sexo para eludir responsabilidades parentales tal vez podría considerarse un supuesto de fraude de ley.

Teniendo en cuenta que los arts. 1591 y 1592 BGB están pensados para su aplicación a personas binarias, se plantea cómo conjugar estas normas y el art.

48 WIEPEN, M., «Der Frauenbegriff des § 1591 BGB», *Neue Zeitung für Familienrecht*, 2024, pp. 97-104 (98 s.).

49 Deutscher Bundestag Drucksache 19/4669 19. Wahlperiode 01.10.2018 Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben, p. 51.

50 Crítico al respecto, pues considera que con ello se evita tener que recurrir a la adopción, que se podría impedir al verdadero progenitor lograr el reconocimiento de su paternidad (especialmente si no se puede impugnar la paternidad de acuerdo con el art. 1600 BGB), que se contradice la jurisprudencia del BGH y que además la declaración de cambio de sexo se puede revocar transcurrido el plazo legal SCHMIDT, C., «Selbstbestimmungsgesetz und Abstammungsrecht», *Neue Zeitung für Familienrecht*, 2024, pp. 49-52 (50).

51 SCHMIDT, C., «Selbstbestimmungsgesetz und Abstammungsrecht», *Neue Zeitung für Familienrecht*, 2024, pp. 49-52 (50 s.).

11 SSBG en el supuesto de que una persona sin mención de género alumbró o engendró a un niño o quiera constar como progenitora sin vínculo biológico. Se ha puesto de relieve que ello no puede conducir a negar a estas personas la posibilidad de ser consideradas progenitoras, puesto que ello supondría una vulneración del art. 6.2 GG⁵². Si la persona sin mención de género hubiera alumbrado al niño, la pareja de sexo masculino podría constar como padre en virtud del art. 1592 n.º 1 o 2 BGB. La pareja de sexo femenino no podría constar como madre. Si la pareja fuera transexual y en el momento del nacimiento se tratase de un hombre que antes era mujer, de acuerdo con el art. 11 SSBG podría ser declarado padre en virtud del art. 1592 n.º 1 o 2 BGB; en caso contrario (mujer que antes era hombre) solamente podría obtenerse la paternidad si se optara por pedir que constase el género anterior. Pero si, en este caso, hubiera vínculo biológico, podría obtener la paternidad simplemente en virtud del art. 1592 n.º 3 BGB puesto que de acuerdo con el art. 11 SSBG la mención registral al sexo es irrelevante a estos efectos⁵³. En cualquier caso, se considera que una reforma de las normas de filiación que se apartara del modelo binario sería deseable para lograr mayor claridad en relación con el tercer género⁵⁴.

La declaración prevista en el art. 2 SSBG debe ir acompañada de los nombres propios que la persona quiere adoptar y que deben corresponderse con la nueva mención de género (art. 2.3). Se ha observado que un cambio de nombre tras la modificación de la mención de género puede no ser necesaria si el nombre preexistente ya se podría corresponder con la nueva mención⁵⁵. El cambio de un nombre masculino a femenino o viceversa vendrá acompañado de los cambios necesarios asociados a antiguos títulos nobiliarios que forman parte del apellido (*Freiherr/Freifrau, Graf/Gräfin*, etc.)⁵⁶ y de los sufijos pertinentes en apellidos de sorbios, legalmente reconocidos en el art. 1617f BGB tras la reciente modificación del derecho al nombre⁵⁷.

52 GÖSSL, S. L., «Abstammung und Geschlecht», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2018, pp. 174-177 (175).

53 Cfr. anteriormente LORENZ, A., «(Regenbogen-)Eltern werden», *Neue Zeitung für Familienrecht* 2021, pp. 1081-1088 (1087 s.).

54 REUSS, P., «BGB § 1591 Mutterschaft», en GSELL, B., KRÜGER, W., LORENZ, S., REYMAN, C., y KRAFKA, A. (eds.), *beck-online.GROSSKOMMENTAR*, 01.11.2023; Rn. 15.

55 Deutscher Bundestag Drucksache 20/9049 20. Wahlperiode 01.11.2023 Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag und zur Änderung weiterer Vorschriften, p. 36.

56 PRINZ V. SACHSEN GESSAPHE, K. A., «Anh. § 1618: Das Recht des Kindesvornamens», en SCHWAB, D. (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Tomo 10, 9.ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2024, Rn. 20.

57 Gesetz zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts und des Internationalen Namensrechts de 11 de junio de 2024, BGBl 2024 I n.º 185 de 14 de junio. También se han contemplado las tradiciones de los daneses alemanes (posibilidad de usar un apellido doble, sin guion, constando la primera parte del apellido de un pariente próximo y la segunda del apellido de uno de los padres, art. 1617h BGB) y de los frisios orientales (posibilidad de usar

La necesaria correspondencia del nombre a la mención adoptada se ha criticado puesto que se observa que el Tribunal Constitucional Federal ya no exige que el nombre se asocie inequívocamente a un determinado género⁵⁸. Lo cierto es que las afirmaciones del Tribunal Constitucional Federal se refieren a la primera asignación del nombre en el momento del nacimiento, nombre que —salvo en los supuestos de cambio de sexo— posteriormente no se puede alterar más que para corregir su ortografía⁵⁹. En este contexto, se ha dictaminado que del derecho vigente no se deriva una limitación de la libertad de elección de los padres a nombres que remitan a un sexo concreto y que el límite se alcanza cuando se pone en riesgo el interés superior del menor porque el nombre elegido de forma manifiesta no permite que el niño se identifique con su sexo a través de su nombre de ninguna manera estando en vigor la TSG, la jurisprudencia había negado la posibilidad de asumir un nombre que continuase remitiendo al sexo anteriormente ostentado⁶⁰. En relación con la inscripción de nombres de personas que en el momento del nacimiento son consideradas de sexo indeterminado («niños con variantes del desarrollo sexual») o que posteriormente quieren cambiar su mención a «diverso» o dejarla en blanco, la legislación anterior no establecía qué requisitos debía cumplir el nombre, y en la jurisprudencia se había negado a una persona intersexual la posibilidad de utilizar alternativamente un nombre femenino y uno masculino⁶¹. En cualquier caso, está claro que en este supuesto puede asumirse un nombre neutro.

4. El nuevo Art. 7a EGBGB

A) Antecedentes

Una de las principales novedades de la ley es sin duda la inclusión de una norma de conflicto específica para determinar el derecho aplicable a la

como apellido un patronímico pasado en el nombre del padre o de la madre, art. 1617g BGB). Cabe remarcar que el nuevo art. 1617f BGB regula también la adaptación del nombre de nacimiento a tradiciones extranjeras (por ejemplo, la rusa) si ello está previsto en el derecho de otro Estado y ello se corresponde con el origen del niño o si se trata de un nombre que pertenece tradicionalmente al ámbito lingüístico de ese Estado.
BGBI. 2024 I n.º 206 de 21 de junio de 2024.

- 58 DUTTA, A., «Geschlechtsidentität statt Körper - Die Freiheit zur Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem geplanten Selbstbestimmungsgesetz –», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2023, pp. 993-999 (998).
- 59 PRINZ V. SACHSEN GESSAPHE, K. A., «Anh. § 1618: Das Recht des Kindesvornamens», en SCHWAB, D. (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Tomo 10, 9.ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2024, Rn. 19.
- 60 LG Saarbrücken, Beschluss vom 15.09.2011 - 5 T 306/11; ECLI:DE:LGSAAR-B:2011:0915.5T306.11.0A.
- 61 VGH München (5. Senat), Beschluss vom 30.06.2015 – Aktenzeichen 5 BV 15.456; ECLI:DE:BAYVGH:2015:0630.5BV15.456.0A.

identidad de género. Ya desde hace algún tiempo se había puesto de relieve que, no pudiéndose considerar la identidad de género como una mera cuestión de hecho y descartando también su naturaleza procesal, debía darse respuesta a la cuestión relativa al derecho aplicable a su determinación⁶². Había cierto consenso en el sentido de que cabía considerar dicha cuestión como relativa al estatuto personal⁶³, aunque también se ha considerado que sería igualmente posible su aislamiento (concreción) en un estatuto específico (*Geschlechtsstatut*)⁶⁴ cuyo alcance debería ser debidamente determinado, quedando fuera del mismo, por ejemplo, los efectos de las modificaciones del sexo inscrito en la filiación⁶⁵. Adicionalmente, también se observó que la cuestión relativa al derecho aplicable a la identidad de género puede plantearse como cuestión principal pero que es susceptible de plantearse como cuestión previa⁶⁶, por ejemplo, para determinar la posibilidad de contraer matrimonio o para determinar la filiación⁶⁷. En los supuestos en los que

62 DUTTA, A. y PINTENS, W., Private International Law Aspects on Intersex, en SCHERPE, J. M., M., DUTTA, A. y HELMS, T. (eds.), *The Legal Status of Intersex Persons*, intersentia, Cambridge, 2018, pp. 415-419.

63 LIPP, V., «Art. 7 EGBGB», en V. HEIN, J., (ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Tomo 12, 9.ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2024, Rn. 30; MÜNSTER, L., *Personals-tatut und gewöhnlicher Aufenthalt*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2023, p. 245; HAUSMANN, R., «EGBGB Art 7», en HAUSMANN, R., MAGNUS, U. y ALTHAMMER, C. (eds.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch IPR Artikel 7-12, 47, 48 EGBGB: (Internationales Recht der natürlichen Personen und der Rechtsgeschäfte)*, Otto Schmidt —De Gruyter, Colonia— Berlín, 2024, Rn. 40; a favor de la aplicación del art. 7 EGBGB por analogía BAETGE, D., «Art. 7 EGBGB» en HERBERGER, M., MARTINEK, M., RÜSSMANN, H., WETH, S. y WÜRDINGER, M., *jurisPK-BGB*, 10. ed., (online, estado: 16 de febrero de 2024); STÜRNER, M., «Art. 7 BGBEG», en WESTERMANN, H.-P., GRUNEWALD, B y MAIER-REIMER, G., *Erman BGB, Kommentar*, 17.ª ed., Otto Schmidt, Colonia, 2023, Rz. 17.

64 SCHULZ, A., *Geschlechtliche Selbstbestimmung*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2024, p. 159 ss.; o «Geschlechtsänderungsstatut», cfr. PARTINGTON, C., «Das Geschlecht im Internationalen Privatrecht», *Neue Zeitung für Familienrecht*, 2024, pp. 433-439 (435). En el mismo sentido DUTTA, A. y PINTENS, W., Private International Law Aspects on Intersex, en SCHERPE, J. M., M., DUTTA, A. y HELMS, T. (eds.), *The Legal Status of Intersex Persons*, intersentia, Cambridge, 2018, pp. 421.

65 DUTTA, A., «Geschlechtsidentität statt Körper - Die Freiheit zur Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem geplanten Selbstbestimmungsgesetz →», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2023, pp. 993-999 (999).

66 SCHULZ, A., *Geschlechtliche Selbstbestimmung*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2024, p. 135 ss.

67 Cfr. sobre en la determinación de la paternidad del hijo de la esposa en Alemania en el supuesto de un cambio del sexo femenino al masculino acontecido en Noruega OLG Schleswig, Beschluss vom 04.06.2019 - 2 Wx 45/19, ECLI:DE:OLGS-H:2019:0604.2WX45.19.00. Sobre el sexo con el que debía inscribirse en Alemania un progenitor que antes de alumbrar a su hijo había pasado al sexo masculino en Austria KG, Beschluss vom 12.1.2021 - 1 W 1290/20, ECLI:DE:KG:2021:0112.1W1290.20.00, ambas sentencias citadas en SCHULZ, A., *Geschlechtliche Selbstbestimmung*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2024, p. 136.

la cuestión previa se plantea en relación con una cuestión principal sometida a un derecho material que sigue un esquema puramente binario, puede ser necesario recurrir a una adaptación (concretamente, transposición) si de acuerdo con el derecho aplicable a la identidad de género se ha reconocido que una de las personas concernidas es intersexual⁶⁸.

El Tribunal Constitucional alemán se había pronunciado de forma muy clara sobre esta cuestión cuando resolvió dos cuestiones de inconstitucionalidad (*konkrete Normenkontrolle*) consecuencia de la limitación de la inscripción de un cambio de género a nacionales alemanes, apátridas, personas con derecho de asilo o refugiados de acuerdo con el art. 1.1 n.º 1 TSG. En una decisión de 18 de julio de 2006⁶⁹ afirmó que dicha limitación era discriminatoria en aquellos supuestos en los que el derecho de la nacionalidad del solicitante no contenía normas comparables a las alemanas. El Tribunal Constitucional Federal afirmó que:

«sin embargo con la limitación del círculo de personas legitimadas para presentar solicitudes a alemanes y a personas con estatuto personal alemán el legislador ha perseguido un interés legítimo orientado en el principio de nacionalidad, que reserva a cada uno de los Estados de origen del transexual extranjero la decisión sobre su nombre e identidad sexual. Esto se basa en el respeto a los ordenamientos jurídicos de los Estados a los que pertenecen los afectados y debe servir para evitar la inseguridad jurídica que puede resultar de una atribución jurídica distinta del sexo y del nombre de una misma persona por el Estado de su nacionalidad por un lado y por el su Estado de residencia por el otro. También el derecho internacional privado alemán sigue en esencia el principio de la nacionalidad. Se basa en el respeto de la individualidad de otros ordenamientos jurídicos y en la suposición de que se corresponde con el interés del extranjero ser juzgado conforme al derecho del Estado de su nacionalidad en asuntos personales, puesto que en general la nacionalidad documenta una vinculación personal duradera con el Estado de la nacionalidad y porque el propio derecho nacional es aquel que resulta más conocido. Estas consideraciones justifican, en principio, permitir que el derecho al nombre y la determinación de la identidad de género sigan al derecho de la nacionalidad de un extranjero. La originaria limitación de la posibilidad de realizar la solicitud a la que se refiere el art. 1 TSG se explicaba por el derecho aplicable a estas cuestiones»⁷⁰.

68 GöSSL, S. L., «Intersexuelle Menschen im internationalen Privatrecht», *Das Standesamt*, n.º 66, 2013, pp. 301-305 (303); DUTTA, A. y PINTENS, W., Private International Law Aspects on Intersex, en SCHERPE, J. M., M., DUTTA, A. y HELMS, T. (eds.), *The Legal Status of Intersex Persons*, intersentia, Cambridge, 2018, p. 424.

69 BVerfG, Beschluß vom 18. 7. 2006 - 1 BvL 1/04 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2006:ls20060718.1 bvl00010.

70 Deutscher Bundestag, 8. Wahlperiode. Gesetzesentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transexuellengesetz – TSG). Drucksache 8/2947, 06.06.1979, p. 13, n.º 3.1.1.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional Federal consideró que la remisión incondicionada al derecho de la nacionalidad discriminaba de forma no justificada a aquellas personas cuyo derecho nacional no conoce normas comparables sobre cambio del nombre e identidad de género, y que esta discriminación era especialmente grave porque afectada a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad. Adicionalmente, se afirmó que, aunque desde el punto de vista del derecho constitucional no podía objetarse a que el principio de la nacionalidad se haya plasmado en el derecho internacional privado alemán, ni el derecho constitucional ni el derecho internacional público requieren la aplicación del derecho de la nacionalidad, permitiendo la aplicación del derecho del domicilio o de la residencia habitual. Además, se mencionó que la aplicación de un derecho extranjero que vulnerase los derechos fundamentales justificaría el recurso a la excepción de orden público (art. 6 EGBGB). Estas afirmaciones del Tribunal Constitucional Federal alemán motivaron una modificación de la TSG (art. 1.1. n.º 3 d), permitiendo también las solicitudes de personas extranjeras con permiso de residencia indefinido o prorrogable, siempre que el derecho de su nacionalidad no contemplara «una regulación comparable». Una norma análoga se introdujo en el § 45b.1 n.º 4 PStG para las personas «con variantes del desarrollo sexual». La comparabilidad no existía si el derecho extranjero supeditaba por ejemplo la posibilidad del cambio de sexo a la realización de una intervención quirúrgica o la imposibilidad duradera de procrear⁷¹.

A la vista de esta norma, surgió la duda sobre si la norma de conflicto aplicable a la determinación de la identidad de género y al derecho al nombre era el art. 7 EGBGB por analogía, con posible corrección y aplicación del derecho alemán en virtud del art. 6 EGBGB (funcionando tal vez el art. 1.1. n.º 3 d) TSG// art. 45b.1 n.º 4 PStG como una mera herramienta para determinar la existencia de una vulneración del orden público alemán), o si, por el contrario, el art. 1.1 n.º 3 d) TSG tenía contenido conflictual por sí solo, determinando en su caso la aplicación del derecho del Estado de la residencia habitual⁷². También se ha optado por considerar al art. 1.1 n.º 3 TSG una especie *de forum necessitatis*⁷³. La residencia habitual como requisito para la aplicabilidad de la ley también podría explicarse para garantizar que no se produzca «turismo legal»⁷⁴.

71 BGH, Beschluss vom 29. November 2017 – XII ZB 346/17, ECLI:DE:BGH:2017:291117BXI-IZB346.17.0.

72 Cfr. resumiendo ROSSBACH, S., «Kollisionsrecht und Geschlecht im Wandel – Die internationalprivatrechtliche Behandlung der Geschlechtszugehörigkeit de lege lata und de lege ferenda», en DUDEN, K. (ed.), *IPR für eine bessere Welt*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2022, p. 136.

73 DUTTA, A. y PINTENS, W., «Private International Law Aspects on Intersex», en SCHERPE, J. M., DUTTA, A. y HELMS, T. (eds.), *The Legal Status of Intersex Persons*, intersentia, Cambridge, 2018, pp. 422.

74 Cfr. en sentido parecido las consideraciones de lege ferenda en BASEDOW, J. y SCHERPE, J.M., *Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2004, p. 163.

Lo más lógico sería atribuir una doble finalidad al art. 1.3 TSG: por un lado, como norma que simplemente determinaba unilateralmente el ámbito de aplicación personal de la TSG y por ende la competencia de las oficinas registrales alemanas; por otro lado, como una concreción del orden público alemán que servía para aplicar este último, en tanto que *lex fori*, si la rectificación registral era potencialmente posible en atención a la residencia habitual en Alemania del sujeto que la solicitaba y si la aplicación del derecho extranjero vulneraba los derechos fundamentales del solicitante debido a la ausencia de comparabilidad con el derecho alemán. No cabía considerar, pues, que el art. 1.3 TSG determinase directamente el derecho aplicable, sino que simplemente excepcionaba la aplicación del resultado de la norma de conflicto general en determinados supuestos a raíz de la jurisprudencia del BVerfG, concretando el art. 6 EGBGB⁷⁵. La regla general era, sin embargo, que la aplicación del derecho alemán (y del procedimiento previsto en la TSG) dependía de la nacionalidad y que solamente de forma excepcional podía aceptarse su aplicación a solicitantes extranjeros con residencia habitual en Alemania. Fuere como fuere, la necesidad determinar la comparabilidad del derecho de la nacionalidad del solicitante con el derecho alemán hacía más farragoso el procedimiento y, en ciertos casos, impredecible su resultado⁷⁶.

B) ¿Una solución demasiado conservadora?

Según el nuevo art. 7a EGBGB, la identidad de género de una persona se rige por el derecho del Estado de su nacionalidad. Se trata de una remisión que admite el reenvío (*Gesamtverweisung*)⁷⁷. Sin embargo, una persona con residencia habitual en Alemania puede elegir derecho alemán modificar su identidad de género y lo mismo rige para una modificación del nombre «bajo las condiciones o en el contexto de una modificación de la identidad de género». La remisión al derecho alemán fruto de una elección del derecho no admite reenvío⁷⁸. Estas elecciones deben constar de forma fehaciente en escritura pública o deben ser compulsadas o recogidas por escrito en la

75 En el mismo sentido SCHULZ, A., *Geschlechtliche Selbstbestimmung*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2024, p. 197 s.

76 Resumiendo el debate anterior SCHULZ, A., *Geschlechtliche Selbstbestimmung*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2024, p. 194-199.

77 HAUSMANN, R., «EGBGB Art 7», en HAUSMANN, R., MAGNUS, U. y ALTHAMMER, C. (eds.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch IPR Artikel 7-12, 47, 48 EGBGB: (Internationales Recht der natürlichen Personen und der Rechtsgeschäfte)*, Otto Schmidt —De Gruyter, Colonia— Berlín, 2024, Rn. 43c.; SCHULZ, A., «Geschlechtliche Selbstbestimmung im IPR - Auf dem Weg zu einem neuen Art. 7a EGBGB», *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2024, pp. 28-32 (30).

78 SCHULZ, A., «Geschlechtliche Selbstbestimmung im IPR - Auf dem Weg zu einem neuen Art. 7a EGBGB», *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2024, pp. 28-32 (30).

oficina del Registro civil. El art. 7a EGBGB se debe poner en relación con el art. 1.3 SSBG, según el cual si una persona ha llevado a cabo una elección del derecho en virtud del art. 7a.2 EGBGB, la modificación de la mención de sexo y del nombre solamente es admisible si se trata de un extranjero que disponga de un derecho de residencia indefinido, que posea un permiso de residencia prorrogable y que resida de forma legal en territorio alemán o que posea una Tarjeta azul UE.

No puede dudarse que el régimen vigente es heredero del anterior en tanto que continúa contemplando la posibilidad de que el cambio de la mención registral pueda llevarse a cabo por extranjeros. Ahora bien, por un lado, se crea una norma de conflicto específica para el *Geschlechtsstatut* y, por otro lado, se amplían los supuestos de posible aplicación de la ley a extranjeros al desaparecer el requisito de la comparabilidad, lo cual ha sido objeto de valoración positiva⁷⁹. Si un extranjero con residencia habitual en Alemania desea que se cambie allí su mención registral (que ya existía, por ejemplo como consecuencia de un matrimonio inscrito en Alemania) o que se inscriba por primera vez, podrá hacerlo aunque el derecho de su nacionalidad contenga una norma comparable a la SSBG. De otro modo, tendría que realizar obligatoriamente el trámite ante el órgano competente del Estado de la nacionalidad y solicitar, a los efectos oportunos, el reconocimiento de este cambio de identidad en Alemania. El extranjero cuyo derecho de la nacionalidad no contiene normas comparables no tiene abierta la vía del reconocimiento, pero puede elegir el derecho alemán si cumple con los requisitos subjetivos de la misma.

En este contexto, resulta destacable que, a diferencia de lo que ocurría en el primer borrador legislativo (*Referentenentwurf*), el recurso a la autonomía de la voluntad solamente es posible para elegir el derecho alemán y no «el derecho del Estado de su residencia habitual». En la Exposición de motivos del primer borrador, ello se justificaba porque permitía tener en cuenta un estatuto obtenido en un Estado de residencia habitual (distinto de Alemania) si ello no estaba previsto en el derecho de la nacionalidad⁸⁰. Habiéndose suprimido la multilateralidad, parece que el único modo en que un juez alemán podría tener en cuenta una modificación realizada en virtud del derecho de un Estado de residencia habitual anterior (distinto del de la nacionalidad) sería por la vía del reconocimiento. Y también por la vía del reconocimiento

79 DUTTA, A., «Geschlechtsidentität statt Körper - Die Freiheit zur Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem geplanten Selbstbestimmungsgesetz →», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2023, pp. 993-999 (999); En relación con un proyecto legislativo anterior del año 2017 con análogo contenido GÖSSL, S.L., «Art. 10a EGBGB -Vorschlag: Kollisionsrechtliche Ergänzung des Vorschlags zum Geschlechtvielfaltsgesetz (GVlFG)», *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2017, pp. 339-343 (342).

80 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und des Bundesministeriums der Justiz Entwurf eines Gesetzes über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag und zur Änderung weiterer Vorschriften, p. 68.

se podría plantear, cuando menos teóricamente, la toma en consideración de una modificación de la identidad de género realizada en un Estado distinto al de la nacionalidad cuyas normas sobre la materia no requiriesen de residencia habitual para considerarse aplicables.

También parece una herencia del régimen anterior la supuesta necesidad de introducir una limitación del ámbito de aplicación de la ley material (art. 1.3 SSBG) que incide en la determinación del derecho aplicable (la elección del derecho según el art. 7a.2 EGBGB). A la vista de cómo se han redactado ambas normas, esta combinación genera algunos interrogantes. Según el art. 1.3 SSBG, el hecho de que la elección del derecho no la lleve a cabo una de las personas allí mencionadas implica que no será admisible el cambio de la mención al sexo ni del nombre. Aunque se ha dicho esta norma es de derecho material⁸¹, lo cierto es que difícilmente podrá sostenerse que por un lado sea válida la elección del derecho conforme al art. 7a.2 EGBGB pero inadmisibles las modificaciones fruto de una declaración en base al art. 2 SSBG. Por esta razón, tal vez hubiera sido mejor redactar el art. 1.3 SSBG afirmando la aplicabilidad de la ley a los sujetos allí mencionados siempre que hayan elegido de forma válida derecho alemán conforme al art. 7a.2 EGBGB y afirmarse en el art. 7a.2 EGBGB que los sujetos mencionados en el art. 1.3 SSBG pueden elegir el derecho alemán.

Por otro lado, debe plantearse qué requisitos de capacidad son necesarios para poder llevar a cabo la elección del derecho prevista en el art. 7a.2 EGBGB. Con el fin de garantizar que efectivamente todos los sujetos contemplados por el art. 1.3 SSBG puedan beneficiarse de dicha ley, cabría entender que en los supuestos en los que el interesado no pudiera realizar la elección del derecho por sí mismo por ser incapaz o menor de 14 años, la elección del derecho la deberían poder realizar, siempre que el menor o incapaz fuera residente de acuerdo con los criterios del art. 1.3 SSBG, las personas que de acuerdo con el art. 3 SSBG están facultadas para solicitar en su nombre la modificación de las menciones registrales pertinentes, y ello con independencia de la nacionalidad o la residencia habitual de estas últimas. Por lo que respecta a los mayores de 14 años, deberían poder llevar a cabo la elección del derecho por sí mismos con las intervenciones de padres o tutores previstas por la ley para prestar la declaración del art. 2 SSBG. De someter esta cuestión al derecho de la nacionalidad, lo más probable es que el mismo no tuviera ninguna regla específica al respecto. En contra de la aplicación del derecho de la nacionalidad habla

81 Cfr. con referencia a la Exposición de motivos del Proyecto, que reza «El derecho material alemán se limita para las personas sin nacionalidad alemana en tanto que solamente aquellas con residencia legal pueden realizar las declaraciones de modificación según el art. 2 SSBG (en relación con una elección del derecho según el art. 7a.2 EGBGB). Esto se corresponde con el derecho vigente.» SCHULZ, A., «Geschlechtliche Selbstbestimmung im IPR - Auf dem Weg zu einem neuen Art. 7a EGBGB», *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2024, pp. 28-32 (30).

que de acuerdo con el nuevo art. 7.2 EGBGB⁸² la capacidad de obrar se rige por el derecho de la residencia habitual y que en particular las capacidades especiales (por ejemplo, la capacidad de testar, de contraer matrimonio o de otorgar capitulaciones matrimoniales) se rigen por *Wirkungsstatut*⁸³, que en este caso no es otro que el *Geschlechtsstatut*.

Por último, teniendo en cuenta que la elección del derecho debe realizarse en escritura pública o ser registrada o certificada por la oficina del Registro civil, no puede partirse de la base de que la propia solicitud de modificación del sexo registral y/o del nombre realizada por un extranjero contemplado en el art. 1.3 SSBG pueda considerarse simultáneamente una elección tácita del derecho aplicable. Tal vez el legislador persigue con ello garantizar que la elección del derecho sea una elección informada; sin embargo, de entender que la modificación registral conforme a la SSBG implica necesariamente la aplicación del derecho alemán como *Geschlechtsstatut*, la no admisión de una elección tácita del derecho alemán con la realización de la declaración por parte de los extranjeros contemplados en el art. 1.3 SSBG pierde ciertamente algo de sentido.

En cuanto al derecho aplicable en defecto de elección, no se han hecho esperar las voces que han considerado que el legislador hubiera podido ir más allá e invertir la regla adoptada estableciendo como regla general la aplicación del derecho de la residencia habitual con posibilidad de elegir el derecho de la nacionalidad⁸⁴, medida que como se ha visto no plantearía ningún problema de constitucionalidad. Parece que si el legislador mantiene aún la nacionalidad como punto de conexión en defecto de elección es más que nada por razones pragmáticas, pues en la exposición de motivos del Proyecto se afirma que al fin y al cabo el pasaporte se expide solamente por el Estado del que se ostenta la nacionalidad⁸⁵. A ello se podría añadir que el

82 Tras la reforma obrada por el artículo 2 de la Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts (VBRRefG k.a.Abk.) G. v. 04.05.2021 BGBl. I S. 882 (Nr. 21), en vigor desde el 1 de enero de 2023.

83 LIPP, V., «Art. 7 EGBGB», en V. HEIN, J., (ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Tomo 12, 9.ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2024, Rn. 69-76; MÄSCH, G., «EGBGB Art. 7 Rechts- und Geschäftsfähigkeit», en HAU, W. y POSECK, R., *BeckOK BGB*, 70.ª ed., estado: 01.05.2024, Rn. 12-14.

84 SCHULZ, A., *Geschlechtliche Selbstbestimmung*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2024, p. 271; ROSSBACH, S., «Kollisionsrecht und Geschlecht im Wandel – Die internationalprivatrechtliche Behandlung der Geschlechtszugehörigkeit de lege lata und de lege ferenda», en DUDEN, K. (ed.), *IPR für eine bessere Welt*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2022, p. 141 s.; DUTTA, A., «Geschlechtsidentität statt Körper - Die Freiheit zur Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem geplanten Selbstbestimmungsgesetz –», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2023, pp. 993-999 (999); considerando esta posibilidad. ya anteriormente BASEDOW, J. y SCHERPE, J. M., *Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2004, p. 163.

85 Deutscher Bundestag Drucksache 20/9049 20. Wahlperiode 01.11.2023 Gesetzentwurf

punto de conexión «nacionalidad» es, al menos, potencialmente más estable que la residencia habitual, por lo que los conflictos móviles parecen más probables de elegir este último punto de conexión para determinar el derecho aplicable en defecto de elección. De todos modos, debería partirse aquí de una continuidad, de modo que el sexo no cambiase simplemente con la modificación del derecho aplicable⁸⁶.

En cualquier caso, tanto la inclusión de la autonomía de la voluntad conflictual a favor del derecho del Estado de la residencia habitual como la propuesta aplicación del derecho de la residencia habitual en defecto de elección sirven como muestra del inexorable retroceso del principio de la nacionalidad, también en lo que concierne a las distintas facetas del estatuto personal. En el presente contexto, parece claro que la razón se encuentra en la necesidad de asegurar la preeminencia de intereses de derecho material⁸⁷. El precio a pagar es por supuesto la posibilidad de identidades claudicantes cuando el cambio no está permitido ni es reconocido en el Estado de origen, aunque esta posibilidad se pueda excluir simplemente efectuando una elección del derecho a favor del derecho de la nacionalidad.

Por último, también queda por ver cómo funcionará esta solución conflictual en relación con un posible deber de reconocimiento de identidades adquiridas en el extranjero derivado del art. 21 TFUE o del art. 8 TEDH⁸⁸. En este contexto, se ha puesto de relieve que, si Alemania hubiese ratificado 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, estaría obligada a reconocer decisiones procedentes de Estados parte con independencia de si estos siguen el principio de la nacionalidad o de si requieren (o no) residencia habitual⁸⁹.

V. Conclusiones

En general, la nueva ley merece una valoración positiva no solo por reconocer la autodeterminación de género y despatologizar a las personas no cis,

der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag und zur Änderung weiterer Vorschriften, p. 63.

86 Cfr. DUTTA, A., «Geschlechtsidentität statt Körper - Die Freiheit zur Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem geplanten Selbstbestimmungsgesetz -», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2023, pp. 993-999 (999).

87 Cfr. en un contexto desde luego muy distinto MANSEL, H.-P., *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität. Internationalprivat- und verfahrensrechtliche Untersuchung zu Mehrstaaten, einer Ausweichsklausel für die Staatsangehörigkeitsanknüpfung und zum innerdeutschen Kollisionsrecht*, C. H. Beck, München, 1988, p. 51 (Rn. 42) y 82 (Rn. 79).

88 V. al respecto de forma sintética SCHULZ, A., *Geschlechtliche Selbstbestimmung*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2024, pp. 210-240.

89 SCHERPE, J.M., «Anmerkung zu BVerfG, Beschluss v. 18.7.2006 - 1 BvL 1/04», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2007, pp. 270-272 (272).

sino también porque, por primera vez, el legislador ha actuado en este ámbito sin haber recibido previamente estímulos jurisprudenciales por parte del Tribunal Constitucional Federal⁹⁰. Dicho esto, la presente contribución permite augurar que determinados aspectos de la nueva ley serán probablemente objeto de revisión (o deberían serlo) como muy tarde dentro del plazo de 5 años previsto en la propia SSBG. Ello afecta principalmente a las relaciones entre modificación de la mención registral y la filiación, cuyo carácter provisional ha reconocido el propio legislador. Adicionalmente, es posible que el art. 7a EGBGB se termine reformando en el sentido anteriormente expuesto, es decir, estableciendo la residencia habitual como el punto de conexión que opere en defecto de una elección del derecho de la nacionalidad.

VI. Bibliografía

- BAETGE, D.**, «Art. 7 EGBGB» en HERBERGER, M., MARTINEK, M., RÜSSMANN, H., WETH, S. y WÜRDINGER, M., *jurisPK-BGB*, 10. ed., (online, estado: 16 de febrero de 2024).
- BASEDOW, J. y SCHERPE, J.M.**, *Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationale Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2004.
- CHEBOUT, L. y XYLANDER, B.**, «Das eheliche Kind und sein zweiter rechtlicher Elternteil», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2021, pp. 2472-2477.
- DETHLOFF, N., MAURER, M.**, «Selbstbestimmung des rechtlichen Geschlechts aus europäischer Perspektive: Minderjährige im Fokus», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2023, pp. 254-260.
- DIESSELHORST, P.**, *Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen*, Springer Verlag, Berlín-Heidelberg, 2023.
- DUTTA, A. y PINTENS, W.**, Private International Law Aspects on Intersex, en SCHERPE, J. M., M., DUTTA, A. y HELMS, T. (eds.), *The Legal Status of Intersex Persons*, intersentia, Cambridge, 2018.
- DUTTA, A.**, «Geschlechtsidentität statt Körper - Die Freiheit zur Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem geplanten Selbstbestimmungsgesetz -», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2023, pp. 993-999.
- GÖSSL, S. L.**, «Intersexuelle Menschen im internationalen Privatrecht», *Das Ständesamt*, núm. 66, 2013, pp. 301-305.

90 <https://www.bundesverband-trans.de/self-determination-act-passed-german-parliament/>

- 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*, Vol. 12, n.º 2, 2016, pp. 261-280.
- GÖSSL, S. L.**, «Art. 10a EGBGB -Vorschlag: Kollisionsrechtliche Ergänzung des Vorschlags zum Geschlechtervielfaltsgesetz (GVielfG)», *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2017, pp. 339-343.
- GÖSSL, S. L.**, «Abstammung und Geschlecht», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2018, pp. 174-177.
- GÖSSL, S. L., DANNECKER, S. y SCHULZ, A.**, «Was sollte nach der Einführung des "dritten Geschlechts" weiter geregelt werden? Eine erste Bestandsaufnahme», *Neue Zeitung für Familienrecht*, 2020, pp. 145-150.
- HAUSMANN, R.**, «EGBGB Art. 7», en HAUSMANN, R., MAGNUS, U. y ALTHAMMER, C. (eds.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch IPR Artikel 7-12, 47, 48 EGBGB: (Internationales Recht der natürlichen Personen und der Rechtsgeschäfte)*, Otto Schmidt - De Gruyter, Colonia - Berlín, 2024.
- JÄSCHKE, M. L.**, «Zur Verfassungskonformität des § 4 Abs. 3 TSG im Spiegel gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume – Zugleich Anmerkung zu BGH 22.4.2020 – XII ZB 383/19», *Das Standesamt* n.º 11, 2020, pp. 338-346.
- KELLERMANN**, «Das Selbstbestimmungsgesetz als juristische Korrektur», *Kritische Justiz*, núm. 56 (1), 2023, pp. 93-105.
- KRUSCHKE, A.**, «Der Entwurf eines Selbstbestimmungsgesetzes. Wie viel Irrationalität verträgt der Rechtsstaat?», *Neue Juristische Online-Zeitschrift*, 2023, pp. 992-996.
- LIPP, V.**, «Art. 7 EGBGB», en V. HEIN, J., (ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Tomo 12, 9.ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2024.
- LORENZ, A.**, «(Regenbogen-)Eltern werden», *Neue Zeitung für Familienrecht* 2021, pp. 1081-1088.
- MANGOLD, A. K.**, «Menschenrechtlich gebotene geschlechtliche Selbstbestimmung», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2022, pp. 180-183.
- MANSEL, H.-P.**, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität. Internationalprivat- und verfahrensrechtliche Untersuchung zu Mehrstaaten, einer Ausweichsklausel für die Staatsangehörigkeitsanknüpfung und zum innerdeutschen Kollisionsrecht*, C. H. Beck, Múnich, 1988.
- MÄSCH, G.**, «EGBGB Art. 7 Rechts- und Geschäftsfähigkeit», en HAU, W. y POSECK, R., *BeckOK BGB*, 70.ª ed., estado: 01.05.2024.

- MÜNSTER, L.**, *Personalstatut und gewöhnlicher Aufenthalt*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2023.
- PARTINGTON, C.**, «Das Geschlecht im Internationalen Privatrecht», *Neue Zeitung für Familienrecht*, 2024, pp. 433-439.
- PRINZ V. SACHSEN GESSAPHE, K. A.**, «Anh. § 1618: Das Recht des Kindesvornamens», en SCHWAB, D. (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Tomo 10, 9.^a ed., C.H. Beck, München, 2024.
- REUSS, P.**, «BGB § 1591 Mutterschaft», en GSELL, B., KRÜGER, W., LORENZ, S./REYMANN, C., y KRAFKA, A. (eds.), *beck-online.GROSSKOMMENTAR*, 01.11.2023.
- ROSSBACH, S.**, «Kollisionsrecht und Geschlecht im Wandel – Die internationalprivatrechtliche Behandlung der Geschlechtszugehörigkeit de lege lata und de lege ferenda», en DUDEN, K. (ed.), *IPR für eine bessere Welt*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2022.
- SCHERPE, J.M.**, «Anmerkung zu BVerfG, Beschluss v. 18.7.2006 - 1 BvL 1/04», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2007, pp. 270-272.
- SCHINKELS, B.**, «Personenstandsrechtlicher Sprechakt über die eigene Genderidentität Reform von § 45 b PStG und Meinungsäußerungsfreiheit», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2022, pp. 222-226.
- SCHMIDT, C.**, «Einführung einer Co-Mutterschaft im Abstammungsrecht – Rechtspolitisch sinnvoll, verfassungsrechtlich geboten?», *Neue Zeitung für Familienrecht*, 2022, pp. 909-914.
- SCHMIDT, C.**, «Selbstbestimmungsgesetz und Abstammungsrecht», *Neue Zeitung für Familienrecht*, 2024, pp. 49-52.
- SCHULZ, A.**, *Geschlechtliche Selbstbestimmung*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2024.
- SCHULZ, A.**, «Geschlechtliche Selbstbestimmung im IPR - Auf dem Weg zu einem neuen Art. 7a EGBGB», *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2024, pp. 28-32.
- SCHWEDLER**, BGB § 1631e Behandlung von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, en GSELL, B., KRÜGER, W., LORENZ, S./REYMANN, C., y WELLENHOFER, M. (eds.), *beck-online.GROSSKOMMENTAR*, estado: 01.03.2023.
- STÜRNER, M.**, «Art. 7 BGBEG», en WESTERMANN, H.-P., GRUNEWALD, B y MAIER-REIMER, G., *Erman BGB, Kommentar*, 17.^a ed., Otto Schmidt, Colonia, 2023.

TOLMEIN, O., «Eintragung eines Frau-zu-Mann-Transsexuellen als Mutter im Geburtenregister, Anmerkung zum BGH, Beschluss vom 6.9.2017 – XII ZB 660/14», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2017, pp. 3383-3384.

WIEPEN, M., «Der Frauenbegriff des § 1591 BGB», *Neue Zeitung für Familienrecht*, 2024, pp. 97-104.

SISTEMAS BIOMÉTRICOS Y CONTROL DE FLUJOS MIGRATORIOS. EL GÉNERO COMO OBSTÁCULO A LA MOVILIDAD TRANSFRONTERIZA*

Olaya Fernández Fernández

Investigadora predoctoral FPI

Universidad de Oviedo

Sumario: I. Introducción. II. El uso de inteligencia artificial por las Administraciones Públicas: *1. Las características de los sistemas de inteligencia artificial basados en algoritmos de aprendizaje automático. Riesgos y oportunidades para las Administraciones Públicas. 2. En particular, la discriminación algorítmica.* III. Sistemas biométricos en el control fronterizo del Espacio Schengen: *1. El régimen de entrada de nacionales extracomunitarios. 2. El empleo de inteligencia artificial en las labores de inspección fronteriza.* IV. Consideraciones finales a la luz del Reglamento (UE) 2024/1689 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial. V. Bibliografía.

Resumen: El espacio Schengen supone la reconfiguración de las fronteras de Europa, que han evolucionado hacia un régimen de libre circulación, la supresión de controles internos y el establecimiento de una frontera exterior única que, en pleno contexto de disrupción tecnológica, afronta una remodelación de sus políticas de gestión. Entre las preocupaciones que suscitan las novedosas formas de empleo de los sistemas de inteligencia artificial (IA) en la gestión fronteriza, destaca la posible discriminación algorítmica basada en el género y la raza.

Palabras clave: Sistemas biométricos, Discriminación algorítmica, Inteligencia Artificial de las emociones, Gestión fronteriza, Fronteras inteligentes.

Abstract: The establishment of the Schengen area has involved the reconfiguration of Europe's borders, the evolution of a free movement regime, the

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «Herramientas algorítmicas para ciudadanos y administraciones públicas» cuyo Investigador Principal es el Prof. Alejandro Huergo Lora (ref. MCIU-PID2021-126881OB-I00).

abolition of internal controls and the establishment of a single external border. In this era of technological disruption, new forms of border control are being implemented. Multiple concerns have been raised, especially about the potential for algorithmic discrimination based on gender and race.

Keywords: Biometric Systems, Algorithmic discrimination, Emotional AI, Border control, Smart borders.

I. Introducción

En los últimos años hemos asistido al nacimiento de un nuevo concepto de frontera inteligente (*smart border*). Las fronteras soberanas de los Estados han evolucionado para dar lugar a la creación de un espacio europeo de libre circulación (Espacio Schengen) que ha traído consigo el establecimiento de una frontera exterior única y la supresión de las fronteras interiores. Esto requiere un compromiso de refuerzo de la frontera exterior por parte de los Estados firmantes que compense la pérdida de soberanía experimentada por los Estados interiores. Con el objetivo de reforzar estos controles, y en un contexto de plena disrupción tecnológica, las Administraciones Públicas han implementado sistemas automatizados de reconocimiento mediante biometría en las labores de inspección fronteriza, tradicionalmente desempeñadas por operadores humanos.

Este trabajo tiene por objeto analizar uno de los múltiples riesgos que derivan del uso de este tipo de herramientas de IA, concretamente su potencial efecto discriminatorio. Para ello, estructuramos el trabajo en dos partes. Primero, discutiremos qué es un sistema de IA y cómo se diferencia de otras figuras, sus principales rasgos y ámbitos en que las Administraciones Públicas hacen uso de este tipo de herramientas. A su vez, expondremos algunos de los desafíos que presenta su empleo, con especial referencia al fenómeno de la discriminación algorítmica. En la segunda parte, analizaremos escuetamente en qué consiste la actividad de inspección fronteriza y daremos cuenta de dos herramientas de IA que se han implementado en el desarrollo de estas labores operativas: los sistemas de cotejo biométrico y los sistemas de inteligencia artificial de reconocimiento de emociones. Finalmente, exponemos unas breves conclusiones a la luz del recién aprobado Reglamento (UE) 2024/1689, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.

II. El uso de inteligencia artificial por las Administraciones Públicas

Para explicar los sesgos de género presentes en los sistemas de IA empleados en los controles fronterizos del Espacio Schengen, es necesario comenzar por explicar qué es la inteligencia artificial. Durante largo tiempo esta es

una cuestión sobre la que no podíamos pronunciarnos con determinación debido, esencialmente, a la falta de consenso entre los agentes implicados y la constante evolución del progreso tecnológico¹. Esto nos lleva a que, en la actualidad, podemos encontrar más de quinientas definiciones de inteligencia artificial, si bien en este trabajo partimos de la definición que da el recién aprobado Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, comúnmente llamado Ley de Inteligencia Artificial o *Artificial Intelligence Act* (AIA). El Reglamento recoge una definición lo suficientemente amplia para aglutinar aquellos sistemas que existen y los que se prevé que serán desarrollados en los próximos años. Así, el AIA describe un sistema de IA en su artículo tercero como aquel «sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales»².

De su lectura puede desprenderse que el legislador europeo ha querido dejar fuera del concepto aquellos sistemas que automatizan tareas o se limitan a la aplicación de unas reglas predeterminadas³, siendo necesario que los sistemas actúen con cierto grado de independencia respecto de la acción humana. Estos grados de actuación autónoma pueden mantener un alcance distinto y, en coherencia, será tanto más necesario que el modelo garantice una explicación de su información de salida cuanto mayor sea la capacidad de autoaprendizaje que presenta el modelo. Entre los enfoques técnicos

1 PÉREZ-UGENA, M. «La inteligencia artificial: definición, regulación y riesgos para los derechos fundamentales.», *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, Vol. 72, N.º 1, 2024, pp. 307-337, p. 310.

2 Artículo 3 (1) AIA.

3 Este sería, por ejemplo, el caso del algoritmo utilizado en el desempeño de tareas auxiliares (automatización de procesos) como es el Sistema Bosco, un programa informático diseñado para tramitar la aprobación o denegación de ayudas al bono social eléctrico, que en última instancia depende del cumplimiento de una serie de requisitos reglados (de consumo, sociales y de poder adquisitivo) que hacen que se cumplan (o no) las condiciones para ser considerado consumidor vulnerable. En este caso, el uso algoritmos en la tramitación de la ayuda no tiene mayor trascendencia en comparación a si esta es llevada a cabo por una persona física, más allá, como es evidente, del ahorro de tiempo y recursos; ya que el interesado podrá conocer en todo momento el alcance de la resolución que penderá del cumplimiento de esos requisitos reglados, sin que en ningún caso pueda producirse una indefensión derivada del uso de algoritmos en su tramitación. Sobre esta cuestión *vid.* HUERGO LORA, A. «El derecho de transparencia en el acceso a los códigos fuente», *Anuario de Transparencia Local*, n.º 5, 2022, pp. 35-66; y HUERGO LORA, A. 10 de mayo de 2024. Por qué aciertan las sentencias sobre el «algoritmo» del bono social eléctrico. *Almacén de derecho* (acceso: <https://almacenederecho.org/por-que-aciertan-las-sentencias-sobre-el-algoritmo-del-bono-social-electrico>).

actuales más destacados de la inteligencia artificial, distinguimos el aprendizaje automático (*machine learning*) que es el que plantea la mayoría de los desafíos abordados por la Ley de IA.

A grandes rasgos, el aprendizaje automático o autoaprendizaje consiste en la elaboración de modelos basados en datos de muestra o entrenamiento (*datasets*) que se emplearán para crear una frontera de decisión del modelo clasificador⁴, con intención de que el modelo pueda realizar predicciones y recomendaciones sobre datos nuevos de entrada distintos a los suministrados en su entrenamiento. Dicho de otra forma, el modelo construye sus propias reglas de funcionamiento. Una característica común de estos sistemas es la *generalización*, que podemos definir como la característica que permite predecir con precisión los métodos de aprendizaje automático, si bien buscando en todo momento reducir el error de generalización⁵. Esta generalización se refiere a la capacidad de adaptación del modelo para encontrar soluciones en escenarios no planteados en el entrenamiento, o lo que es lo mismo, que funcione datos distintos a aquellos con los que ha sido entrenado.

A su vez, podemos distinguir tres clases de sistemas de autoaprendizaje: el aprendizaje automático tradicional, el aprendizaje automático avanzado basado en aprendizaje profundo mediante redes neuronales (*deep learning*) y el aprendizaje profundo a gran escala entrenado con grandes cantidades de datos. Todos estos tienen en común tres puntos: la capacidad de razonamiento y autoaprendizaje, la fuerte dependencia respecto a los datos suministrados al modelo y la naturaleza estocástica de sus resultados⁶. Cuanto mayor es la capacidad de aprendizaje del modelo, mayores exigencias de transparencia deberá cumplir, ya que significa que el resultado de salida emitido por el sistema de IA se debe en mayor medida al trabajo realizado por el modelo y no a las instrucciones suministradas por su programador.

En definitiva, estos sistemas persiguen emular facultades humanas prediciendo escenarios futuros sobre la base de datos pasados, y las Administraciones Públicas, al igual que el sector privado, hacen uso de estas herramientas bien sea en la elaboración de perfiles de potenciales defraudadores al objeto de iniciar inspecciones, la evaluación de riesgos de riadas o incendios, la detección de irregularidades, fraudes y casos de corrupción o la realiza-

4 PUJOL VILA, O. «Aspectos tecnológicos y empresariales de la inteligencia artificial» en GARCÍA MEXÍA, P. (dir.) *Claves de inteligencia artificial y derecho*, La Ley, 2022, pp. 15 y ss.

5 Debemos recordar que siempre habrá un componente de error en los resultados, si bien el objetivo del modelo será reducir ese error hasta márgenes aceptables.

6 JUNKLEWITZ, H., HAMON, R., ANDRÉ, A., EVAS, T., SOLER GARRIDO, J. & SANCHEZ MARTIN, J. *Cybersecurity of Artificial Intelligence in the AI Act*. Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2023, doi:10.2760/271009, p. 6.

ción de evaluaciones de desempeño⁷, como también en la lucha contra el terrorismo y en el ámbito de la policía predictiva⁸. La Estrategia española de I+D+i en inteligencia artificial distingue cuatro áreas principales de uso en el sector público⁹:

1. Interacción de las Administraciones Públicas con los ciudadanos, por ejemplo, mediante el uso de *chatbots*.
2. Gestión asistencial, diagnóstico y tratamiento en el ámbito sanitario.
3. Seguridad, vigilancia, movilidad, tráfico y urbanismo.
4. Prevención y lucha contra el fraude y la corrupción.

1. Las características de los sistemas de inteligencia artificial basados en algoritmos de aprendizaje automático. Riesgos y oportunidades para las Administraciones Públicas

El uso de herramientas de IA por el sector público presenta ventajas más que evidentes en términos de optimización de la gestión de recursos, ahorro de tiempos y asistencia en el desempeño de tareas repetitivas y alienantes, lo que se traduce en la mejora en la eficacia y la eficiencia de la actividad administrativa y, en última instancia, de la atención a los interesados. Sin embargo, y como señala la OCDE, esto sólo es posible en tanto en cuanto se haga un uso responsable de la IA. Entre las ventajas señaladas por la Organización, el uso de herramientas de inteligencia artificial puede ayudar a los gobiernos a aumentar su productividad con operaciones internas más eficientes y políticas más eficaces. Además, la IA permite contribuir a diseñar y prestar políticas y servicios públicos más inclusivos y que respondan a las necesidades cambiantes de los ciudadanos. Finalmente, la IA puede reforzar la rendición de cuentas de los gobiernos facilitando la supervisión y apoyando a las instituciones de control independientes¹⁰.

7 CERRILLO MARTÍNEZ, A. «El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades?» *Revista general de derecho administrativo*, n.º 50. 2019. p. 7.

8 Sobre esto: DÍAZ GONZÁLEZ, G.M. «Algoritmos y actuación policial: la policía predictiva» en HUERGO LORA, A (dir.) y DÍAZ GONZÁLEZ, G.M. (ed.) *La regulación de los algoritmos*, Navarra, Aranzadi, 2020, pp. 181 y ss.

9 MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACION Y UNIVERSIDADES. 2019. *Estrategia española de I+D+i en inteligencia artificial*, pp. 29 y ss.

10 OECD. 2024. «Governing with Artificial Intelligence: Are governments ready?», OECD Artificial Intelligence Papers, n.º 20, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/26324bc2-en>, p.4.

Sin embargo, su uso también presenta importantes amenazas y riesgos para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En primer lugar, la *opacidad* en una de las características de los sistemas de IA de la que se derivan los riesgos en materia de transparencia. La falta de transparencia de algunos sistemas de IA dificulta la monitorización, identificación, seguimiento y prueba de incumplimientos legales, incluyendo los derechos fundamentales¹¹. Esta opacidad no sólo deviene de la falta de acceso al código fuente del algoritmo, algo que las empresas desarrolladoras de estos sistemas rechazan desvelar amparándose en sus intereses comerciales¹², sino también de la falta de capacidad para interpretar los resultados (de nada sirve acceder al código si no se posee el conocimiento necesario para interpretar su contenido). Un problema añadido en este punto lo constituyen las técnicas de aprendizaje automático más avanzadas. Señalábamos antes la existencia de sistemas de autoaprendizaje profundo a gran escala (*deep learning*) útiles en la resolución de problemas más complejos, pero que a su vez necesitan un entrenamiento con cantidades masivas de datos para que el modelo aprenda correctamente. Estos modelos, que funcionan mediante capas que conforman una red compleja, a menudo resultan indescifrables incluso para los propios desarrolladores, lo que imposibilita dar una explicación de la secuencia lógica que ha llevado al sistema hasta dar un concreto resultado (el problema de las *black boxes*).

Presentan también una capacidad de *adaptación continua*, en tanto que los sistemas de IA basados en algoritmos de autoaprendizaje tienen la capacidad de aprender y adaptarse continuamente a lo largo de su ciclo de vida, lo que puede llevar a resultados impredecibles (por ejemplo, la revelación de datos sensibles) y nuevos riesgos no regulados en la legislación¹³. Este proceso continuo de adaptación de los sistemas de IA es fruto de su *conducta autónoma*,

11 EBERS, M. «Standardizing AI: The Case of the European Commission's Proposal for an 'Artificial Intelligence Act'» en DIMATTEO, A., PONCIBÒ C. & CANNARSA, M. (edit.) *The Cambridge handbook of artificial intelligence*. Cambridge University Press, 2022, pp. 321 y ss, p. 323.

12 La sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (T-158/19) de 15 de diciembre de 2021 (ECLI:EU:T:2021:902) desestimó las pretensiones de Patrick Breyer (miembro del Parlamento Europeo) que impugnó la decisión de la Agencia Ejecutiva Europea de Investigación que denegaba el acceso a determinados documentos del proyecto *iBorderCtrl* amparándose en el interés legítimo en la protección de los intereses comerciales de los miembros del consorcio que participaban en el proyecto, y que el recurrente había solicitado para analizar la posible vulneración de DDFF que podía implicar el proyecto, que consistió en el empleo de un sistema de IA de reconocimiento de emociones a través de datos biométricos (a través de ROMANO, A. «Derechos fundamentales e inteligencia artificial emocional en iBorderCtrl: retos de la automatización en el ámbito migratorio». *Revista catalana de derecho público*, n.º 66, 2023, pp. 237-252). La sentencia fue recurrida en casación ante el Tribunal de Justicia (C-135/22) que resuelve el 7 de septiembre de 2023 (ECLI:EU:C:2023:640) desestimando el recurso y confirmando la sentencia del Tribunal General.

13 EBERS, 2023, p. 323.

por la cual los algoritmos de autoaprendizaje pueden generar resultados sin intervención ni supervisión humanas, lo que puede derivar en incumplimientos legales en materia de seguridad y la quiebra de derechos fundamentales, e incluso, pueden darse escenarios en los que estos que estos pasen desapercibidos. Aquí no sólo estaríamos refiriéndonos a los problemas relativos a la protección del derecho a la privacidad y la protección de datos personales, sino a los intentos de terceros de corromper los sistemas mediante técnicas de ciberataque automatizadas o la dificultad de atribuir responsabilidades. El problema alcanza mayor magnitud si tenemos en cuenta su *complejidad e interoperabilidad*: los sistemas de IA están interconectados y son cada vez más complejos, lo que se acrecienta la dificultad para identificar posibles incumplimientos legales, su seguimiento y su prueba¹⁴.

Finalmente, los resultados de los sistemas de IA se basan en la *correlación en vez de causalidad*. La mayoría de las técnicas de extracción de datos realizan una inferencia en búsqueda de patrones y correlaciones estadísticas en lugar de relaciones de causalidad. Esta inferencia de correlaciones sobre los datos de entrada puede reforzar sesgos y errores sistémicos causando problemas de discriminación algorítmica, que abordaremos con mayor detenimiento en el siguiente apartado. Podemos ilustrar este peligro mediante un ejemplo paradigmático del uso de estas tecnologías, concretamente el uso de la inteligencia artificial en el ámbito sanitario. CARUANA *et. al.* desarrollaron un algoritmo cuyo resultado buscado era tomar la decisión de hospitalizar o no a pacientes con neumonía, y todo ello sobre la base de indicadores de riesgo de fallecimiento de los pacientes. Se detectó que el modelo clasificaba a los pacientes asmáticos en la categoría de riesgo bajo, lo que evidenciaba un error del modelo que se explicaba dados los buenos resultados de supervivencia en los casos de pacientes con asma. En realidad, esto respondía a que los centros de salud siguen protocolos especiales cuando se trata de pacientes con asma, siendo generalmente enviados a la unidad de cuidados intensivos de los hospitales donde recibían cuidados especiales. Esta era la verdadera causa del descenso de riesgo de muerte y no la condición de asmáticos de algunos pacientes¹⁵. Sirva este ejemplo para ilustrar los peligros que pueden resultar del uso de estos sistemas sin la correspondiente labor de supervisión humana.

2. En particular, la discriminación algorítmica

En el anterior apartado analizamos las principales propiedades de los sistemas de IA basados en algoritmos de aprendizaje automático y algunos de

14 EBERS, 2023, p. 323.

15 Cfr. LACÓZ MORATINOS, G. «Análisis jurídico de la toma de decisiones algorítmica en la asistencia sanitaria» en HUERGO LORA, A (dir.) y DÍAZ GONZÁLEZ, G.M. (ed.) *La regulación de los algoritmos*, Navarra, Aranzadi, 2020, pp. 283 y ss., p. 295.

los retos que ha planteado su uso en los últimos años, relacionados con la transparencia, la trazabilidad y atribución de responsabilidades o la seguridad en las redes. A continuación, abordaremos de manera específica la problemática de la discriminación algorítmica o la discriminación causada por algoritmos.

En 2021 la Agencia Europea de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea (FRA), publicó en un informe sus conclusiones sobre la afección de los derechos fundamentales a consecuencia del uso de sistemas de IA en el sector público y privado, sobre la base de los trabajos desarrollados en años anteriores (que evaluaban la tecnología de reconocimiento facial en el ámbito policial, la calidad de los datos de la IA y su influencia sobre los sesgos y errores, y la discriminación en la toma de decisiones con soporte en datos) junto al estudio de campo llevado a cabo en España, Estonia, Finlandia, Francia y los Países Bajos. El informe concluye que el uso de IA afecta a varios derechos fundamentales, siendo los más afectados el derecho a no ser discriminado, el derecho a la protección de datos personales y el derecho a un recurso efectivo y a un juicio justo¹⁶.

Señalábamos que los modelos de aprendizaje automático presentan una gran dependencia de los datos suministrados al modelo, porque sobre estos datos el sistema va a extraer correlaciones y definir sus normas de funcionamiento a efectos de realizar predicciones futuras (e irá introduciendo modificaciones a medida que se le suministren otros nuevos)¹⁷. Hablar de algoritmos discriminatorios en este punto no tiene sentido porque la propia naturaleza del algoritmo impide que pueda discernir lo considerado discriminatorio y no discriminatorio. Estas son categorías con un componente ético que escapan a las capacidades que presentan actualmente los sistemas de IA. Sin embargo, sí pueden darse situaciones discriminatorias a consecuencia de la aplicación de algoritmos de autoaprendizaje y, en consecuencia, podemos hablar de discriminación algorítmica. Un ejemplo lo encontramos en el algoritmo SyRI (*System Risk Indication*) utilizado por el gobierno holandés en búsqueda de potenciales defraudadores de prestaciones sociales, subsidios y a la hacienda pública, al objeto de crear perfiles de riesgo entre sus beneficiarios. Consecuencia del empleo de este algoritmo 20.000 familias se vieron obligadas a devolver sus prestaciones sin derecho a ulterior recurso. Entre los indicadores de riesgo de fraude del algoritmo se encontraba el hecho de

16 AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, 2021, *La inteligencia artificial y los derechos fundamentales*, p. 12.

17 La referencia a los datos sesgados no es más que una manera simplificada de aludir al problema. Realmente los datos no reflejan más que la realidad existente, que sin embargo pueden representar una realidad discriminatoria que hoy día es deseable corregir. Podemos pensar en un algoritmo al que se le suministren datos de profesiones STEM, en las que las mujeres tradicionalmente cuentan con una baja representación, lo que puede llevar a resultados indeseados del algoritmo.

ser madre soltera con un hijo y tener una pareja que vive en el extranjero¹⁸. Al objeto de cumplir con las garantías exigidas en la normativa de protección de datos, los utilizados por el algoritmo se anonimizaban y se eliminaban a las cuatro semanas de su uso¹⁹. El Tribunal de Distrito de la Haya consideró que se trataba de un sistema de aprendizaje profundo que no contaba con un grado de supervisión humana suficiente para entender que se respetaban las garantías de los ciudadanos, lo que llevó a fallar que el uso del algoritmo SyRI vulneraba el artículo 8.2 del CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar)²⁰. El Tribunal consideró insuficiente la supervisión humana llevada a cabo sobre el sistema de inteligencia artificial que, de haber existido, considera que habría detectado los falsos positivos emitidos por el programa²¹.

El riesgo de discriminación proviene de un algoritmo con sesgos que a su vez puede tener su origen en la deficiente calidad de los datos o una mala calidad del diseño del algoritmo, si por ejemplo los parámetros no están correctamente ajustados o si olvidamos trasladar al modelo todas las variables que influyen en un determinado resultado. A su vez, cuanto mayor sea el número de parámetros a utilizar, mayor será la base de ejemplos que requerirá el algoritmo para un correcto ajuste, y mayor el coste computacional del predictor²². Como señala LLANO ALONSO, los algoritmos no dejan de ser instrucciones del programador carentes de voluntad, pero sus resultados no están exentos de riesgo: «si hay presencia de sesgos en la programación de algoritmos es consecuencia de que este proceso refleja los estereotipos y cánones dominantes dentro de un determinado contexto socio-político, ético e histórico». Las máquinas dejan de ser neutrales cuando son creadas, desarrolladas y utilizadas por diseñadores que, como cualquier persona, tienen

18 PÉREZ Y MADRID, A. & WRIGHT, C., *Trustworthy AI alone is not enough*. Madrid, Dykinson, 2023, pp. 62-63.

19 COTINO HUESO, L. «SyRI, ¿a quién sanciono?» Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020. *La Ley Privacidad, Wolters Kluwer*, n.º 4, mayo 2020, p. 9.

20 Como señala el profesor COTINO HUESO, el Tribunal no llega a pronunciarse de manera clara sobre si el algoritmo SyRI tiene carácter de aprendizaje profundo porque el propio Estado rehúsa dar información suficiente para comprender su funcionamiento. Por el contrario, el Tribunal se enfoca en las insuficientes garantías compensatorias que requiere el uso de este tipo de algoritmos, ya que la intervención humana (sostenida por la defensa) resultó insuficiente a ojos del Tribunal para detectar los falsos positivos generados por el programa.

21 Sobre los falsos positivos nos pronunciaremos más adelante, aunque conviene adelantar que son aquellos resultados que el modelo detectó como positivos (riesgo de fraude fiscal o fraude a la Seguridad Social) siendo en realidad negativos (no habían cometido fraude).

22 CASTRO PEÑA, J.L. «Inteligencia artificial aplicada a la seguridad», *Revista del Centro Universitario de la Guardia Civil*, n.º 1, 2023, pp. 35-104, p. 43.

sus propios prejuicios de los que a veces no son conscientes, a menudo por no haber reflexionado lo suficiente sobre esto²³.

La preocupación por el incesante desarrollo de nuevas tecnologías con capacidad de autonomía cada vez más desarrollada y la difusión de dispositivos conectados a la red, ha suscitado preocupaciones en el seno de la Unión Europea que desembocaron en la elaboración de distintas Directrices y Recomendaciones, al objeto de que las empresas y entes del sector público elaborasen códigos de conducta que garantizaran unos estándares mínimos de protección de los derechos fundamentales. Así, el Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre IA, desarrolló en el 2019 unas Directrices éticas para una inteligencia artificial fiable basada en los principios éticos de respeto de la autonomía humana, la prevención del daño, equidad y explicabilidad. A su vez, esto se concreta en el cumplimiento de siete requisitos, entre los que se encuentra la *diversidad, no discriminación y equidad de los sistemas de IA*. Estas directrices éticas, junto con la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital constituyen el germen de la Ley de Inteligencia Artificial y pusieron su foco sobre el problema de la discriminación algorítmica, señalando la necesidad de asegurar que los grupos vulnerables no sufran sesgos injustos, de discriminación y estigmatización, consecuencia del empleo de estas tecnologías, ya sea generando situaciones discriminatorias o intensificando otras situaciones ya existentes²⁴.

Como señala el Grupo independiente de expertos, los sesgos discriminatorios están presentes en los conjuntos de datos que utilizan los sistemas que presentan sesgos históricos lagunas o modelos de gestión incorrectos. Su incorporación al modelo puede causar perjuicios y discriminaciones incluso involuntarias, agravando la marginación y la propagación de estereotipos. También pueden presentar un origen intencionado, por ejemplo, en acciones pensadas sobre consumidores o de competencia desleal (provocando la homogeneización de precios mediante la colusión o la falta de transparencia en el mercado). Por esto, siempre que sea posible identificar esos sesgos, es necesario extirparlos en la misma fase de recopilación de información para el modelo²⁵.

III. Sistemas biométricos en el control fronterizo del Espacio Schengen

Vistos los principales atributos de los sistemas de IA basados en algoritmos de autoaprendizaje y el riesgo de discriminación algorítmica que plantea su

23 LLANO ALONSO, F. H. *Ética de la inteligencia artificial y Derecho digital ante el horizonte de la singularidad tecnológica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 186-187.

24 Considerandos 7 y 28 AIA.

25 GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL. *Directrices éticas para una inteligencia artificial confiable*. 2019, p. 23.

uso, vamos a pasar a analizar el empleo de estas tecnologías en el ámbito de las inspecciones fronterizas llevadas a cabo sobre nacionales extracomunitarios que desean viajar al Espacio Schengen. Para ello, partiremos de una breve introducción descriptiva del régimen de entrada de los nacionales de terceros Estados, aludiendo escuetamente a las labores que desarrolla el agente de fronteras en este punto, con el propósito de localizar los cambios que ha introducido el uso de sistemas biométricos y las implicaciones que esto tiene para los derechos de los viajeros esto para los derechos de los viajeros.

1. El régimen de entrada de nacionales extracomunitarios

Hoy día, un total de veintisiete países europeos conforman el Espacio Schengen²⁶, en el que las fronteras soberanas de estos Estados han evolucionado para dar paso al establecimiento de una frontera exterior única y a la supresión de los controles interiores, que los Estados podrán articular bajo determinadas premisas excepcionales de amenaza para el orden, la seguridad y la salud públicos. La supresión de los controles internos implicó una pérdida de soberanía para los países interiores del Espacio Schengen, que el Acervo de Schengen estipuló compensar a través del refuerzo de la frontera exterior, entre otras formas, mediante el empleo de controles complementarios como son las sanciones a transportistas o la cooperación interestatal. A su vez, se concretó la exigencia de unos requisitos de entrada comunes a todos los nacionales provenientes de terceros Estados.

Partiendo de la distinción de dos formas de control fronterizo (inspección y vigilancia) interesa centrar nuestra atención en la labor de inspección, actividad jurídica que consiste en el examen y verificación del cumplimiento de requisitos del artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Código de Fronteras Schengen (CFS en adelante) al objeto de autorizar la entrada de nacionales de terceros países por un tiempo inferior a 90 días dentro de un periodo de 180 (estancias cortas)²⁷.

Los viajeros que ostenten la condición de ciudadanos de un Estado miembro de Schengen (y sus familiares) gozarán de un privilegio de inspección mínima de acuerdo con el artículo 8.2 CFS, mientras que los nacionales de terceros Estados tendrán que pasar un control minucioso y exhaustivo (8.3 CFS). En pri-

26 En la actualidad, forman parte del Espacio Schengen: Bélgica, República Checa, Dinamarca, Alemania, Estonia, Grecia, España, Francia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Países Bajos, Austria, Polonia, Portugal, Eslovenia, Eslovaquia, Finlandia, Suecia y Croacia. Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza.

27 ACOSTA PENCO, T. «Vigilancia fronteriza extraterritorial y derecho de asilo en la UE. Cuando el desplazamiento de la frontera difumina la protección internacional», *Revista de estudios europeos*, N.º 75, 2020, pp. 135-151, p. 140.

mer lugar, habrá una fase de comprobación previa que desarrollará la empresa transportista a fin de comprobar la existencia y validez de los documentos de viaje²⁸. Tras esto, tendrá lugar el control de entrada en el puesto fronterizo por las autoridades competentes, en aras de expedir (o en su caso, denegar) la autorización de entrada, lo que constituye en puridad la actividad de inspección fronteriza. Para su autorización, el cruce se hará en un puesto habilitado y dentro del horario establecido, exhibiendo la documentación de identificación requerida y justificando suficiencia de medios económicos para sufragar la estancia y la vuelta, así como el objeto de la estancia. Tampoco se puede incurrir en prohibición expresa, ni incumplir los requisitos sanitarios. Las autoridades fronterizas velarán por el cumplimiento estricto de estos requisitos, que únicamente podrán dispensar por razones de índole humanitaria, interés público u otros compromisos internacionales adoptados por el país en cuestión²⁹. Si, por el contrario, se considera no acreditado el cumplimiento de estos presupuestos, se expedirá resolución administrativa de denegación de entrada que contendrá la orden de regreso al país de origen (artículo 60 LOEX)³⁰.

La función que realiza el policía de fronteras en este punto será investigar sobre la veracidad de lo que manifiesten los viajeros, mediante preguntas relativas al estado civil, la profesión, los recursos económicos, motivos del viaje o salario. Hasta ahora, la policía de fronteras podía asimilar la falsedad de un relato a la obtención de distintos indicios de sospecha, como es la estancia en determinados hoteles, el uso de cartas de invitación falsas o transportar únicamente dinero en efectivo³¹. Los artículos referidos a la inspección de fronteras del CFS establecen un marco jurídico o protocolo conforme al cual las autoridades competentes deben desarrollar la labor autorización o denegación de entrada. Sin embargo, la legislación de la UE no regula el comportamiento de los guardias fronterizos en lo que respecta, por ejemplo, a declaraciones inapropiadas, controles abiertamente prolongados o casos de elaboración de «perfiles raciales»³². Como en tantos ámbitos de la actividad de policía, resulta prácticamente imposible establecer un protocolo que limite la aplicación de este tipo de criterios subjetivos de forma efectiva y verificable.

28 La empresa transportista asumirá una sanción de entre 5.000 y 10.000 euros por cada viajero transportado si se demuestra una falta de diligencia en la comprobación de los documentos de viaje y asumirá los gastos de regreso del viajero al que se le deniegue la entrada en el Espacio Schengen, a tenor de lo dispuesto en los artículos 54.2.b) y 55.1.c) Ley Orgánica, 4/2000 de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX).

29 Artículo 6 CFS.

30 Se trata de una resolución motivada recurrible sin efectos suspensivos, por lo que se ordenará el regreso en un plazo inferior a 72 horas y, cuando esto no fuera posible, el ingreso en un Centro de Internamiento de Extranjeros hasta ejecutarse el regreso.

31 MARTÍN SANZ, L.V., *Movilidad, extranjería y nacionalidad*, Centro de Estudios Financieros, 5.ª edición, 2020, pp. 60-62.

32 THYM, D., *Border controls. European Migration Law*. Oxford University press, 2023, p. 373.

A continuación, se expone la evolución de esta actividad a raíz de la incorporación de las herramientas de IA en las labores de inspección fronteriza.

2. El empleo de inteligencia artificial en las labores de inspección fronteriza

Aunque fue un cúmulo de factores lo que disparó este proceso, tras los Atentados del 11 de septiembre de 2001 y la aprobación de la Ley US Patriot, en Europa se extendió el uso de Biometría en los pasaportes y visados³³. Los sistemas de control biométrico funcionan con algoritmos de aprendizaje automático que son alimentados con datos biométricos tales como huellas dactilares o imágenes faciales. Su uso principal es verificar si el viajero que trata de realizar el cruce fronterizo es la misma persona que el titular del documento de viaje (visado o pasaporte). Para ello, tras la creación de una base de datos, se entrena al algoritmo para distinguir si una cara o huella coincide con la registrada previamente en la base de datos, pudiendo dar dos resultados posibles: 0 (no pertenece o impostor) y 1 (pertenece o genuino). A su vez, el sistema puede incurrir en dos tipos de error, bien por falsa coincidencia (falso positivo) cuando los datos biométricos de dos personas distintas son identificados como una misma, o por falsa no coincidencia (falso negativo) cuando los datos biométricos pertenecen de facto a la misma persona sin que el sistema los identifique.

No sólo es importante la calidad de los datos de entrenamiento que se suministran al modelo, ya que como adelantábamos, introducir datos sesgados implica que el modelo desarrollado estará sesgado y será potencialmente discriminatorio, existen otras vulnerabilidades que afectan a la precisión (*rectius*: exactitud) de los sistemas de IA, como puede ser que el modelo no esté correctamente balanceado. CASTRO PEÑA lo ilustra a través de un ejemplo: en un sistema binario con dos posibilidades de respuesta (tipo I y tipo II), si suministramos 10 ejemplos del tipo I (en los se cumple una hipótesis) y 100 ejemplos del tipo II (en los que no se cumple la hipótesis), el modelo se ajustará automáticamente buscando minimizar los errores, por lo que tratará de no equivocarse en los casos más abundantes (tenderá a reducir sus falsos positivos), pero a cambio permitirá más errores en los casos de tipo II (tenderá a tener más falsos negativos). Esto es consecuencia de que los algoritmos de aprendizaje buscan reducir el nivel de error del conjunto de datos de entrenamiento y no tienen en cuenta su distribución³⁴.

Este problema se ha manifestado en el ámbito de los sistemas biométricos utilizados en el control de fronteras, ya que estudios recientes demuestran

33 ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L., *Tecnologías biométricas, identidad y derechos fundamentales*, Navarra, Thomson Reuters, Aranzadi, 2015, pp. 252- 262.

34 CASTRO PEÑA, 2023, p. 44.

que la tasa de error que presentan estos sistemas varía en función de los rasgos asociados fundamentalmente a la etnia y el género, siendo las mujeres indias y asiáticas, las que padecen una mayor probabilidad de error³⁵. Al margen de las tasas de error, que se van reduciendo a medida que se desarrollan, combinan y corrigen tecnologías, los sistemas biométricos presentan otros problemas. Estos no reconocen cuerpos no normativos y reducen la identidad de un individuo a su apariencia física. Estas medidas penalizan a personas no binarias, transexuales y transgénero, cuyo aspecto y datos son susceptibles de variación, lo que ha sido criticado por académicos como la profesora FARALDO CABANA³⁶.

Sin entrar en un examen exhaustivo de las tecnologías biométricas implementadas (o en vías de implementación) que existen actualmente en las fronteras de los Estados Schengen, existen dos labores desempeñadas actualmente por herramientas de IA que son de acuciante interés: el cotejo biométrico y la detección de emociones. El cotejo biométrico se lleva a cabo a través del sistema ABC (*Automated Border Control*) que utiliza puertas electrónicas (*e-gates*) y que sustituye al guardia de fronteras en tres labores que antes desempeñaba sin asistencia de una máquina: validar la autenticidad del documento de viaje, evitar la práctica de fraudes documentales (para lo que verifica que el pasajero que trata de cruzar la frontera es el mismo que aparece en la fotografía del documento de viaje), y evaluar si el viajero tiene derecho a cruzar. Está pensado para desarrollar tareas simples y repetitivas, con lo que las tareas de inspección e interrogatorio las deja al guardia de fronteras³⁷.

Un paso más allá se dio con el proyecto *iBorderCtrl* (*Intelligent Portable Control System*), desarrollado en el marco del programa Horizonte 2020 de la Comisión Europea. Se trata de un proyecto piloto desarrollado entre los años 2016 a 2019 en las fronteras de Grecia, Hungría y Letonia, orientado a la detección de engaños y la evaluación de riesgos y la evaluación de riesgos mediante el uso de «IA emocional» o sistemas de inteligencia artificial de reco-

35 En este sentido se pronuncia el informe de 27 octubre 2020 del National Institute of Standards and Technology (acceso: https://pages.nist.gov/ifpc/2020/presentations/14_grother_exit_at_ifpc.pdf), *Una introducción a la IA y la discriminación algorítmica para movimientos sociales* (Algorace, 2022), que puede seguirse a través de la charla La IA en el contexto migratorio español ¿Cómo se vulneran derechos fundamentales?, de la Prof. A. Valdivia García en Área de Migraciones de UGT general de 16 de diciembre de 2023 (acceso: <https://poruntrabajodignougat.org/la-inteligencia-artificial-en-el-contexto-migratorio-espanol-como-se-vulneran-los-derechos-fundamentales/>).

36 FARALDO CABANA, P. «¿Tiene la biometría sesgos de género? Sobre la falsa neutralidad de los mecanismos biométricos de identificación» en BARONA VILAR, S. (ed.), *Justicia algorítmica y neuroderechos*, Valencia, Tirant lo blanch, 2021, pp. 229 y ss.

37 NOORI, S., «Suspicious infrastructures: Automating Border Control and Multiplication of Mistrust through Biometric e-gates», *Geopolitics*, n.º 27(4), 2022, pp. 1117-1139.

nocimiento de emociones³⁸ a través del software ADDS (*Automatic Deception Detection System*). También es un sistema de *machine learning*, que parte de unos datos de entrada denominados «biomarcadores de engaño» (micro-expresiones faciales no verbales que, según sus autores, constituyen predictores de la mentira, tales como el parpadeo, aumento del enrojecimiento de la cara, direcciones del movimiento de la cabeza, etc.). Estas prácticas se llevaron a cabo sobre viajeros extracomunitarios preguntándoles cuestiones como su identidad, medios económicos, motivos de viaje y otros aspectos relacionados. El sistema, en caso de detectar una determinada combinación de micro-expresiones que constituyan un biomarcador de engaño, emite una alerta para que el agente de fronteras realice las investigaciones adicionales pertinentes³⁹.

SÁNCHEZ-MONEDERO y DENCİK analizaron minuciosamente el desarrollo empírico de este proyecto piloto y cuestionan severamente sus resultados, llegando a la conclusión de que el modelo obtiene respuestas finales cuya capacidad de acierto es similar al azar, dada la escasa calidad de los datos de entrenamiento y la falta de evidencias empíricas de las premisas sobre las que se asienta el modelo. Aunque el dossier del proyecto *iBorderCtrl* (bastante optimista en cuanto a sus resultados en lo que respecta a la documentación que sus promotores publicaron) numera la muestra utilizada en el experimento en 86.856. Sin embargo, estas muestras son el resultado de las pruebas iniciales realizadas (que tenían como objetivo extraer las posibles combinaciones de micro-expresiones faciales que constituyen predictores de mentira) en el que participaron un total de 32 personas: 22 hombres y 10 mujeres (10 de estos de origen étnico asiático y árabe, frente al resto que origen europeo). Como vemos, los datos de entrada no sólo adolecen de una falta de representatividad acuciante si tenemos en cuenta la naturaleza de las poblaciones que cruzan Europa, además, los biomarcadores de engaño se constituyen sobre la base de un experimento en el que los participantes, algunos actuando como actores acordes al papel que les indicaron los desarrolladores, fueron sometidos a una serie de preguntas, lo que lleva a plantearse hasta qué punto es fiable la información extraída en unas condiciones tan artificiales y alejadas de la realidad⁴⁰.

Al margen de la infrarrepresentación femenina y étnica, el estudio parte de la premisa de que las personas reaccionan de una manera común a la mentira, con total ajenidad a las variables de origen o cultura de cada sujeto. Así,

38 Artículo 3 apartado 39 del AIA define un «sistema de reconocimiento de emociones» como un *sistema de IA destinado a distinguir o inferir las emociones o las intenciones de las personas físicas a partir de sus datos biométricos*.

39 ROMANO, 2023, p. 242.

40 SÁNCHEZ MONEDERO, J. Y DENCİK, L., *The politics of deceptive borders: 'biomarkers of deceit' and the case of iBorderCtrl*, Information, communication & society, volume 25, 2022, pp. 413-430.

parte de la asunción de que existen unos biomarcadores de engaño universales. Sin embargo, es cuestionable la posibilidad de encontrar un método científico que detecte mentiras con base en los estados de ánimo y las emociones, y que, de alguna forma, convierta esto en un modelo binario en el que las consecuencias sean el viajero es de buena fe (no miente) y el viajero es de no buena fe (miente). Es difícil encontrar una expresión que refleje esto mejor que las palabras de SÁNCHEZ-MONEDERO: *este deseo o voluntad política supera con creces la validez de la tecnología*.

IV. Consideraciones finales a la luz del Reglamento (UE) 2024/1689 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial

Las Administraciones Públicas han incorporado en su actividad ordinaria herramientas de inteligencia artificial basadas en algoritmos de aprendizaje automático que van más allá de la mera automatización de la actividad administrativa e incorporan un elemento de autonomía en su funcionamiento que era inexistente hasta la fecha. En concreto, en el ámbito de las inspecciones fronterizas el uso de sistemas biométricos de *machine learning* ha supuesto que, tareas que tradicionalmente desempeñaba el guardia de fronteras, sean actualmente desarrolladas por máquinas sin intervención humana. Sobre la base de los sistemas de cotejo biométrico, la interoperabilidad de los sistemas informáticos y la creación de perfiles de riesgo, asistimos a un momento de progresivo abandono de los métodos analógicos o tradicionales de inspección fronteriza y su sustitución por un sistema de gobernanza basada en datos.

Los estudios a los que aludimos en este capítulo muestran un efecto discriminatorio sobre mujeres y personas racializadas que deriva de la falta de representatividad en los datos suministrados al modelo y sus deficiencias de ajuste, lo que supone mayores niveles de error cuando las inspecciones fronterizas recaen sobre estos. A su vez, los proyectos piloto que se están desarrollando en las fronteras de la Unión Europea han incorporado estos sistemas a la práctica de reconocimiento de emociones, en búsqueda de indicios de falsedad en los relatos de los viajeros extracomunitarios, que son entendidos como indicios de peligro o riesgo para la seguridad e inmigración irregular.

La actividad de inspección fronteriza consiste en el ejercicio de potestades regladas, ya que la admisión depende del cumplimiento de una lista taxativa de criterios regulados en el artículo 6 CFS. Sin embargo, dentro de estos criterios existe un amplio margen de apreciación con que cuenta la Administración a la hora de interpretar y aplicar la norma. Así ocurre con conceptos como «orden público» o «amenazas a las relaciones internacionales» y, de forma aún más evidente, cuando se trata de evaluar indicios de falsedad de

los testimonios de los viajeros, aspecto en que la pericia profesional juega un importante papel, de la misma forma que el juez o policía conforma su propio criterio subjetivo sobre lo que, para sí mismo, constituyen elementos de sospecha de falsedad de un relato.

Frente a los primeros sistemas descritos (sistemas biométricos empleados en la actividad de inspección y cotejo de documentos), los sistemas de reconocimiento de emociones desarrollan tareas que requieren habilidades humanas propias como la empatía o la comprensión. El Reglamento (UE) 2024/1689 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, ha señalado la preocupación respecto de la base científica de los sistemas de IA de detección de emociones, y reconoce que la expresión de estas *varía de forma considerable entre culturas y situaciones, e incluso en una misma persona* y señala su potencial efecto discriminatorio⁴¹. Resulta cuando menos sorprendente que, tras esta reflexión (que encuentra apoyo entre los académicos que han estudiado la fiabilidad de estos sistemas y que concluyen que sus resultados no distan a los de un juego de azar), el Reglamento opte por prohibir su uso exclusivamente en los lugares de trabajo y en los centros educativos⁴², permitiéndolo en los restantes ámbitos y limitándose a calificarlos como sistemas de alto riesgo.

Bien es cierto que, a fin de garantizar el respeto por los derechos fundamentales, la salud y la seguridad de los ciudadanos, la Ley de IA impone el cumplimiento de unos requisitos imperativos a los sistemas de alto riesgo que deseen comercializarse en el mercado interior de la Unión Europea (en términos de calidad de los datos y gobernanza de datos, obligaciones de documentación técnica antes y durante la puesta en servicio o introducción en el mercado, el deber de conservación de registros automáticos que procuren un nivel de trazabilidad del funcionamiento de los sistemas de IA de alto riesgo, deberes de transparencia y comunicación que permitan interpretar y usar correctamente los resultados de salida por parte de los responsables de despliegue, incorporación en el diseño de estos sistemas de herramientas de supervisión humana y obligaciones de precisión, solidez y ciberseguridad),

41 Considerando 44 AIA: *Existe una gran preocupación respecto a la base científica de los sistemas de IA que procuran detectar o deducir las emociones, especialmente porque la expresión de las emociones varía de forma considerable entre culturas y situaciones, e incluso en una misma persona. Algunas de las deficiencias principales de estos sistemas son la fiabilidad limitada, la falta de especificidad y la limitada posibilidad de generalizar. Por consiguiente, los sistemas de IA que detectan o deducen las emociones o las intenciones de las personas físicas a partir de sus datos biométricos pueden tener resultados discriminatorios y pueden invadir los derechos y las libertades de las personas afectadas.*

42 Artículo 5 AIA, relativo a las prácticas prohibidas: *f) la introducción en el mercado, la puesta en servicio para este fin específico o el uso de sistemas de IA para inferir las emociones de una persona física en los lugares de trabajo y en los centros educativos, excepto cuando el sistema de IA esté destinado a ser instalado o introducido en el mercado por motivos médicos o de seguridad.*

pero estos requisitos presentan un alcance modulable en función del estado actual de la técnica generalmente reconocido en materia de IA y tecnologías relacionadas con esta. Habrá que esperar a su entrada en vigor para saber cómo se abordará la aplicación de este Reglamento y hacer una evaluación de su efectividad.

Juzgar la pertinencia del uso de estos sistemas no es una cuestión que pueda ventilarse en un trabajo tan breve como el expuesto, y requiere un juicio que tenga en cuenta numerosos elementos, algunos de los cuales ya hemos referido, como es la transparencia, la atribución de responsabilidades o la gestión de ciberamenazas. No podemos olvidar que los mismos sistemas a los que nos referimos constituyen una herramienta esencial en la lucha contra las amenazas a la seguridad, el fraude documental o la trata de personas, y todo ello en un contexto de creciente presión migratoria. En este sentido, esta labor requiere una ponderación de intereses y riesgos que, de abordarse, tendría que llevarse a cabo con intervención de todos los agentes interesados, que deberían (como punto de partida) reflejar en sus equipos la diversidad de los contextos en los que vaya a operar el sistema ya que, como hablábamos, el primer paso para corregir un error o prejuicio es ser conscientes del mismo.

V. Bibliografía

ACOSTA PENCO, T. «Vigilancia fronteriza extraterritorial y derecho de asilo en la UE. Cuando el desplazamiento de la frontera difumina la protección internacional», *Revista de estudios europeos*, n.º 75, 2020, pp. 135-151.

AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, 2021, *La inteligencia artificial y los derechos fundamentales*.

ALGORACE, *Una introducción a la IA y la discriminación algorítmica para movimientos sociales*, Informe 2022. (acceso en: <https://www.algorace.org/2023/10/27/informe-i-una-introduccion-a-la-ia-y-la-discriminacion-algoritmica-para-movimientos-sociales/>).

CASTRO PEÑA, J. L., «Inteligencia artificial aplicada a la seguridad», *Revista del Centro Universitario de la Guardia Civil*, n.º 1, 2023, pp. 35-104.

CERRILLO MARTÍNEZ, A. «El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades?», *Revista general de derecho administrativo*, n.º 50, 2019.

COTINO HUESO, L. «“SyRI, ¿a quién sanciono?” Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020». *La Ley Privacidad*, Wolters Kluwer, n.º 4, mayo 2020.

- EBERS, M.** «Standardizing AI: The Case of the European Commission's Proposal for an 'Artificial Intelligence Act'» en DIMATTEO, A., PONCIBÒ C. y CANNARSA, M. (edit.) *The Cambridge handbook of artificial intelligence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, p. 321 y ss.
- ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L.**, *Tecnologías biométricas, identidad y derechos fundamentales*, Navarra, Thomson Reuters, Aranzadi, 2015.
- FARALDO CABANA, P.** «¿Tiene la biometría sesgos de género? Sobre la falsa neutralidad de los mecanismos biométricos de identificación» en BARONA VILAR, S. (ed.), *Justicia algorítmica y neuroderechos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 229 y ss.
- GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL**, 2019, *Directrices éticas para una inteligencia artificial confiable*.
- HUERGO LORA, A.**, «El derecho de transparencia en el acceso a los códigos fuente», *Anuario de Transparencia Local*, n.º 5, 2022, pp. 35-66.
- Por qué aciertan las sentencias sobre el «algoritmo» del bono social eléctrico. *Almacén de derecho*, 10 de mayo de 2024. (acceso en: <https://almacenederecho.org/por-que-aciertan-las-sentencias-sobre-el-algoritmo-del-bono-social-electrico>).
- JUNKLEWITZ, H., HAMON, R., ANDRÉ, A., EVAS, T., SOLER GARRIDO, J. y SANCHEZ MARTIN, J.**, *Cybersecurity of Artificial Intelligence in the AI Act*. Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2023, DOI:10.2760/271009, JRC134461.
- LACÓZ MORATINOS, G.**, «Análisis jurídico de la toma de decisiones algorítmica en la asistencia sanitaria» en HUERGO LORA, A. (dir.) y DÍAZ GONZÁLEZ, G. M. (ed.) *La regulación de los algoritmos*, Navarra, Aranzadi, 2020, pp. 283 y ss.
- LLANO ALONSO, F. H.**, *Ética de la inteligencia artificial y Derecho digital ante el horizonte de la singularidad tecnológica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.
- MARTÍN SANZ, L. V.**, *Movilidad, extranjería y nacionalidad*, Centro de Estudios Financieros, 5.ª edición, 2020, pp. 60-62.
- MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES**. 2019. *Estrategia española de I+D+I en inteligencia artificial*.
- NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY**, *Measurement of performance in biometric exit*, 27 de octubre de 2020 (acceso en: https://pages.nist.gov/ifpc/2020/presentations/14_grother_exit_at_ifpc.pdf).

- NOORI, S.**, «Suspicious infrastructures: Automating Border Control and Multiplication of Mistrust through Biometric e-gates», *Geopolitics*, n.º 27(4), 2022, pp. 1117-1139.
- OECD**. 2024. «Governing with Artificial Intelligence: Are governments ready?», *OECD Artificial Intelligence Papers*, n.º 20, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/26324bc2-en>.
- PÉREZ-UGENA, M.** «La inteligencia artificial: definición, regulación y riesgos para los derechos fundamentales.», *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, vol. 72, n.º 1, 2024, pp. 307-337.
- PÉREZ Y MADRID, A. y WRIGHT, C.** *Trustworthy AI alone is not enough*. Madrid, Dykinson, 2023.
- PUJOL VILA, O.** «Aspectos tecnológicos y empresariales de la inteligencia artificial» en GARCÍA MEXÍA, P. (dir.) *Claves de inteligencia artificial y derecho*, La Ley, 2022, p. 15 y ss.
- ROMANO, A.** «Derechos fundamentales e inteligencia artificial emocional en iBorderCtrl: retos de la automatización en el ámbito migratorio». *Revista catalana de derecho público*, n.º 66, 2023, pp. 237-252.
- SÁNCHEZ MONEDERO, J. y DENCİK, L.**, *The politics of deceptive borders: 'bio-markers of deceit' and the case of iBorderCtrl*, Information, communication & society, vol. 25, 2022, pp. 413-430.
- THYM, D.** *Border controls*. European Migration Law. Oxford University press, 2023.
- VALDIVIA GARCÍA, A.** *La IA en el contexto migratorio español ¿Cómo se vulneran derechos fundamentales?*, Área de Migraciones de UGT general, 16 de diciembre de 2023 (acceso en: <https://poruntrabajodignoug.org/la-inteligencia-artificial-en-el-contexto-migratorio-espanol-como-se-vulneran-los-derechos-fundamentales/>).

SEXO, IDENTIDAD DE GÉNERO Y ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL CONTRATO DE TRABAJO TRANSFRONTERIZO

Noelia Fernández Avello*

*Profesora ayudante doctora de Derecho internacional privado
Universidad de Alcalá*

Sumario: I. Planteamiento: incidencia del sexo, la identidad de género y la orientación sexual en el régimen del contrato de trabajo transfronterizo; II. Protección en la fase de selección; III. Protección tras la celebración del contrato; *1. Protección de la mujer trabajadora frente a una ley del contrato discriminatoria; 2. Efectos del cambio de sexo de la persona trabajadora; 3. Personas trabajadoras de tercer sexo/género: adaptación de la ley del contrato; 4. Orientación sexual y derechos laborales derivados del estatuto familiar;* IV. Aplicación de las medidas resultantes de la negociación colectiva; *1. Aplicación de las medidas protectoras de los convenios colectivos; 2. Aplicación de los planes de igualdad;* V. Conclusiones. VI. Bibliografía

Resumen: El hecho de que la persona trabajadora sea mujer, transexual o de tercer género/sexo, así como su orientación sexual, puede incidir sobre el régimen del contrato de trabajo transfronterizo. En cada colectivo existen dificultades específicas para garantizar un tratamiento y unas condiciones laborales igualitarias y respetuosas con la identidad de género y la orientación sexual ya desde la fase de selección. Además, con carácter general, resulta problemática la aplicación de las disposiciones resultantes de la negociación colectiva que tienen el objetivo de garantizar la igualdad.

Palabras clave: contrato de trabajo transfronterizo – sexo – género – orientación sexual – orden público – libertad de circulación en la UE.

Abstract: The fact that the worker is a woman, transgender or third gender/sex, as well as the sexual orientation, can have an impact on the regime of the cross-border employment contract. In each category, there are specific

* El presente artículo se adscribe al Proyecto PID 2021-123452OB-I00, «Retos jurídicos para una sociedad inclusiva: obstáculos de género a la vida privada y familiar en casos de movilidad transfronteriza» financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE).

problems in ensuring equal treatment and working conditions that are respectful regarding gender identity and sexual orientation from the recruitment phase. In addition, the application of collective bargaining provisions aimed at ensuring equality is generally problematic.

Keywords: international employment contract – sex – gender – sexual orientation – public policy – freedom of movement within the EU.

I. Planteamiento: incidencia del sexo, la identidad de género y la orientación sexual en el régimen del contrato de trabajo transfronterizo

1. El sexo, la identidad de género y la orientación sexual tienen incidencia en el estatuto personal y familiar transfronterizo¹, pero también sobre los contratos de trabajo, pues en ocasiones será necesario activar mecanismos que permitan excluir la imposición de condiciones laborales discriminatorias o adecuar el régimen del contrato al estatuto personal y familiar de la persona trabajadora.

1 En ocasiones, las soluciones planteadas para las dimensiones personal y familiar del sexo y el género pueden proyectarse o inspirar las que se proponen en el ámbito del contrato de trabajo transfronterizo. En otros casos, sin embargo, es necesaria la búsqueda de soluciones específicas porque los problemas que se suscitan en la dimensión laboral son nuevos y diferentes. En estos casos, no obstante, el reconocimiento del sexo atribuido en otro Estado puede actuar como presupuesto en la dimensión laboral. *Vid.* sobre el tratamiento del sexo/género en Derecho internacional privado: S. Álvarez González, «Una visión de las propuestas de regulación del género de las personas físicas desde el Derecho internacional privado», *La Ley Derecho de Familia*, n.º 30, 2021, pp. 115-157; A. DUTTA, W. PINTENS, «Private International Law Aspects of Intersex», en J.M. SCHERPE, A. DUTTA y T. HELMS (eds.), *The Legal Status of Intersex Persons*, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Chicago, 2018, pp. 415-426; P. GUEZ, «Identité de genre et droit international privé», N. GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, LGDJ, Bélgica, 2012, pp. 115-137; S.L. GÖSSL, «From Question of Fact to Question of Law to Question of Private International Law: The Question Whether a Person is Male, Female, or...?», *JPIL*, vol. 12, n.º 2, 2016, pp. 261-280; B. Haftel, «Indentité sexuelle et droit international privé», S. BOLLÉE, E. PATAUT (dirs.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, Francia, IRJS, 2016, pp. 139-148; S. ROBBACH, «Kollisionrecht und Geschlecht im Wandel: Die internationalprivatrechtliche Behandlung der Geschlechtszugehörigkeit *de lege lata* und *de lege ferenda*», K. DUDEN (ed.), *IPR für eine bessere Welt*, Mohr Siebeck, Alemania, 2022, pp. 125-142. En cuanto a las lagunas y limitaciones que, desde la perspectiva del tratamiento de las personas extranjeras y las situaciones internacionales plantea la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (BOE n.º 51, de 1/3/2023), *vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, «La identidad de género en la movilidad transfronteriza: vertientes personal y familiar», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2024, vol. 16, n.º 2, 2024, pp. 985-999 y P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «La identidad de género en el Derecho internacional privado español», *REDI*, vol. 75, n.º 2, 2023, pp. 343-366.

En principio, estos mecanismos serán los que provea el régimen contractual resultante del art. 8 del Reglamento Roma I (RRI): de existir, serán los de la ley del Estado de trabajo habitual; en caso contrario, se aplicarán los del Estado en el que se encuentre el establecimiento contratante; pero ambas presunciones pueden decaer, aplicándose la ley de otro Estado que presente mayor vinculación; y si existe elección de ley, la protección mínima de la ley objetiva solo podrá ser elevada. No obstante, dada la probable vinculación de la reclamación con los derechos humanos y fundamentales de la persona trabajadora, es posible que deban aplicarse normas internacionalmente imperativas (art. 9 RRI) o que entre en juego el orden público del foro para evitar la aplicación de una ley discriminatoria o no protectora (art. 21 RRI)².

2. A pesar de tratarse de realidades diversas, se ha optado por un análisis conjunto de los problemas que pueden suscitarse en los contratos de trabajo transfronterizos de las mujeres³, las personas trans, de tercer sexo/género⁴ y con parejas del mismo sexo. Ello porque existen problemas comunes: el más evidente es el riesgo de que la ley del contrato contenga disposiciones discriminatorias o no contenga una protección suficiente; además, en los contratos de las personas trans, de tercer sexo/género y con parejas del mismo sexo, el reconocimiento de los cambios en el estatuto personal o

2 En situaciones de desplazamiento temporal [Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DO L 18/1 de 21 de enero de 1997)] la protección mínima de la ley del contrato podrá incrementarse con la aplicación de ciertas disposiciones del ordenamiento del Estado de acogida. Entre las materias incluidas en este «núcleo duro» de condiciones laborales del Estado de destino se encuentran las medidas de protección de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente y las disposiciones sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras en materia de no discriminación. Las cuestiones relativas a la resolución del contrato *a priori* quedan sometidas exclusivamente a la ley del contrato (generalmente la del Estado de origen, como Estado de trabajo habitual), con independencia de la duración del desplazamiento. No obstante, cabe plantear aplicación de las disposiciones antidiscriminatorias del Estado de destino al despido, pues se trataría de una materia incluida en el núcleo duro. En este sentido, sobre los despidos derivados del embarazo: D. OUDKERK, A. ROGERS, *International Employment Disputes*, Sweet&Maxwell, Reino Unido, 2019, p. 98.

3 Si bien suelen resultar problemáticas cuestiones relacionadas con el estatuto personal y familiar de la mujer, también es necesario un análisis con perspectiva de género en los contratos de trabajo transfronterizos. *Vid.* M. ŽUPAN, M. DRVENTIĆ, «Gender Issues in Private International Law», *Gender Perspectives in Private Law*, Springer, Suiza, 2023, esp. pp. 3 y 23.

4 Se emplea la expresión «tercer sexo/género» para evitar las dificultades terminológicas que la opción por una u otra palabra —«sexo» o «género»— podría generar [*vid.* STC 67/2022 de 2 de junio de 2022 (ECLI:ES:TC:2022:67)]. Con esta expresión *a priori* se hace referencia a las personas intersexuales (según el art. 2 de la Ley 4/2023, las nacidas con unas características biológicas, anatómicas o fisiológicas, una anatomía sexual, unos órganos reproductivos o un patrón cromosómico que no se corresponden con las nociones socialmente establecidas de los cuerpos masculinos o femeninos) y a aquellas que no se encuentran en la situación anterior, pero no se identifican con el sexo femenino ni con el masculino.

familiar operados en un determinado Estado actúa como presupuesto para que queden garantizados los derechos laborales correspondientes al nuevo sexo/género o situación familiar; e, igualmente, en este contexto es posible que el respeto a las libertades de las personas trabajadoras en la UE deba adquirir relevancia en varias situaciones.

3. Se parte de un planteamiento temporal, teniendo en cuenta la existencia de problemas comunes y particulares en cada uno de los colectivos tratados. Así, en primer lugar, se analiza una problemática común: la protección de las personas candidatas contra eventuales tratamientos o exclusiones discriminatorias durante los procesos de selección transfronterizos.

A continuación, se trata la situación particular de cada uno de los colectivos una vez se ha celebrado el contrato. En cuanto a las mujeres trabajadoras, el análisis se centra en los mecanismos que puedan activarse para garantizar su protección cuando la ley del contrato sea discriminatoria o poco protectora. En el caso de las personas trans, se examinan las dificultades que pueden darse para asegurar que el cambio de sexo tenga efectos sobre el régimen del contrato de trabajo, aplicándose las condiciones laborales correspondientes al nuevo sexo. En los contratos de trabajo de las personas de tercer sexo/género los problemas se suscitan en el caso probable de que la ley del contrato de trabajo sea binaria, es decir, que solo contemple dos sexos, excluyendo esta categoría, que aún existe en una minoría de Estados. En cuanto a la orientación sexual de la persona trabajadora, adquiere relevancia sobre el contrato de trabajo transfronterizo cuando los derechos laborales derivados de la paternidad/maternidad, el matrimonio o el registro de la pareja de hecho no se encuentran garantizados en el ordenamiento rector del contrato.

En último lugar, se trata la aplicación de las medidas resultantes de la negociación colectiva orientadas a garantizar la igualdad en los contratos de trabajo transfronterizos. Estas pueden introducirse en los convenios colectivos, en planes de igualdad entre mujeres y hombres o en los planes de igualdad LGBTI⁵. Sin embargo, en los contratos de trabajo transfronterizos su aplicación no se encuentra garantizada, siendo este un problema común a todos los colectivos con incidencia ya en la fase de selección y durante la ejecución del contrato.

5 Los planes de igualdad LGBTI han sido introducidos por la Ley 4/2023 que, no obstante, ha sido considerada una norma insuficiente por no contener medidas específicas que doten a las personas LGBTI de una protección sustantiva en el entorno laboral. *Vid.* M. Arrúe Mendizábal, «El derecho a la identidad sexual/de género y a la libertad de expresión de género. Los avances en la protección sociolaboral de las personas trans», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 473, 2023, pp. 125-173; C. Sáez Lara, «Orientación e identidad sexual en las relaciones de trabajo», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n.º 5, 2022, pp. 43-65.

II. Protección en la fase de selección

4. En la fase de selección pueden darse problemas si alguna de las personas candidatas es excluida por su sexo, identidad o expresión de género, o por su orientación sexual⁶. También si estas reciben cualquier otro trato discriminatorio durante el proceso⁷. En situaciones internas, la solución es sencilla: las normas laborales antidiscriminatorias se aplican ya en la fase de selección. Sin embargo, en situaciones transfronterizas no existen normas de conflicto que determinen expresamente qué ordenamiento rige estos procesos y, por tanto, el que determina la protección que debe garantizarse a las personas candidatas. Los procesos de selección no se encuentran sometidos a la ley del contrato de trabajo, pues en esta fase aún no existe ninguna relación contractual. Por el mismo motivo, aunque en las normas que previenen tratos discriminatorios durante la selección pueda concurrir un interés público, no son normas de policía del art. 9 RRI.

No obstante, la LO 3/2007⁸, la Ley 15/2022⁹ y la Ley 4/2023 («Ley trans») establecen la aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo¹⁰ y, atendiendo a la forma en que estas leyes delimitan su ámbito de aplicación (de forma similar, en el art. 2 de la Ley 3/2007¹¹, en

6 La discriminación en el acceso al empleo se ha considerado como uno de los principales problemas a los que se enfrentan las personas LGTBI y un aspecto al que, hasta ahora, no se había prestado suficiente atención. En problema se acentúa en el caso de las personas trans, pues como puede leerse en el preámbulo de la Ley 4/2023, las estadísticas revelan que experimentan mayores dificultades para acceder al empleo, así como mayores riesgos de padecer discriminaciones en esta fase.

7 Estos problemas se dieron en 2023 en un proceso de selección de auxiliares de vuelo celebrado en España. Una aerolínea extranjera seleccionaba auxiliares de vuelo a través de una agencia también extranjera. La Inspección de Trabajo inició una investigación de oficio porque algunas de las candidatas fueron excluidas por su aspecto personal y sufrieron tratos vejatorios (comentarios despectivos sobre su aspecto físico, requerimientos para retirarse prendas, exámenes corporales por parte de los reclutadores). *Vid.* El Diario: «La Inspección de Trabajo investiga a la empresa que obligó a quedarse en ropa interior a candidatas a azafatas» (https://www.eldiario.es/sociedad/inspeccion-trabajo-investiga-empre-saobligoquedarseropainteriorcandidatas-azafatas_1_9838253.html); Confilegal: «La Fiscalía de Madrid abre una investigación por las supuestas entrevistas de Meccti a azafatas en ropa interior para la aerolínea Kuwait Airways» (<https://confilegal.com/20230120-la-fiscalia-de-madrid-abre-una-investigacion-por-las-supuestas-entrevistas-de-meccti-a-azafatas-en-ropa-interior-para-la-aerolinea-kuwait-airways/>).

8 Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE n.º 71, de 23/3/2007)

9 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE n.º 167, de 13/7/2022).

10 Art. 5 Ley 3/2007, art. 14 a) «Ley trans» y arts. 3.1 a), 9 y 10 Ley 15/2022.

11 Art. 2 LO 3/2007: 1. *Todas las personas gozarán de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo.* 2. *Las obligacio-*

el art. 2 de la Ley 15/2022¹² y en el art. 2 de la «Ley trans»¹³), estas se aplican a los procesos de selección que tienen lugar en España, aunque la futura empleadora sea una sociedad extranjera, pero también en otros casos (por ejemplo, cuando las personas candidatas se encuentren en España pero el proceso de selección se lleva a cabo desde otro país utilizando medios digitales, o cuando la compañía reclutadora se encuentre en España y las personas candidatas participen desde otros Estados utilizando los mismos medios)¹⁴.

5. En caso de que sufra un trato discriminatorio durante el proceso de selección, la persona candidata podrá plantear una reclamación extracontractual por daños. La reclamación podrá plantearse en España cuando la demandada se encuentre domiciliada en este Estado [art. 4 Reglamento Bruselas I bis (RBIb)]¹⁵, o cuando el daño se haya producido en España (art. 7.2 RBIb)¹⁶. El foro del lugar de producción del daño generalmente conducirá a la competencia de los tribunales del Estado donde se lleve a cabo el proceso de selección, es decir, donde tienen lugar las entrevistas y las pruebas a las que se someta a las personas candidatas. No obstante, la localización del daño puede resultar compleja en algunos casos, por ejemplo, si se han utilizado medios digitales, o si el proceso lo lleva a cabo una agencia en un determinado Estado, pero la decisión excluyente la toma la potencial empleadora desde otro Estado¹⁷.

nes establecidas en esta Ley serán de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia.

12 Art. 2.4 Ley 15/2022: *Las obligaciones establecidas en la presente ley serán de aplicación al sector público. También lo serán a las personas físicas o jurídicas de carácter privado que residan, se encuentren o actúen en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia, en los términos y con el alcance que se contemplan en la presente ley y en el resto del ordenamiento jurídico.*

13 Art. 2 «Ley trans»: *Esta Ley será de aplicación a toda persona física o jurídica, de carácter público o privado, que resida, se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuera su nacionalidad, origen racial o étnico, religión, domicilio, residencia, edad, 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.*

14 Así, por ejemplo, con la aplicación de Ley 3/2007 debería quedar vetada la aplicación de una ley que eventualmente restrinja la capacidad para contratar de las mujeres en todas estas situaciones.

15 En cuanto al foro del domicilio del demandado, este puede dar la competencia a los tribunales del Estado del domicilio de la futura empleadora o, en su caso, de la agencia encargada del proceso de selección e, igualmente, puede entrar en juego el foro de los codemandados (art. 8.1 RBIb).

16 Si la demandada se encuentra domiciliada en un tercer Estado, la demanda podría plantearse en España con base en el art. 22 quinquies b) LOPJ.

17 Cabría plantear un hipotético desdoblamiento del foro, admitiendo la competencia de los tribunales del Estado miembro donde se encuentra la persona candidata, pero también de los tribunales del Estado miembro desde donde se lleva a cabo el proceso de selección

6. En cuanto a la ley aplicable, en primer lugar, debe determinarse es si estas reclamaciones se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma II (RRII). *A priori* no se encontrarían incluidas, pues se excluyen expresamente las reclamaciones por daños «*que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación*» [art. 1.2 g)]¹⁸. Sin embargo, el alcance de la exclusión del art. 1 RRII resulta controvertido: se desconoce qué debe entenderse exactamente por daños derivados de una violación de los «derechos relacionados con la personalidad» y ha de tenerse en cuenta que las razones de su introducción no guardan ninguna relación con esta materia¹⁹.

Si se asume que estas reclamaciones deben quedar excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento, se aplicará la norma de conflicto interna. Así, en caso de que la reclamación se plantee en España, la ley que regiría esta reclamación quedaría determinada por el art. 10.9 CC, es decir, se aplicaría «*la ley del lugar donde haya ocurrido el hecho del que deriven los daños*», en virtud del cual *a priori*, generalmente, la ley aplicable será la del Estado donde se haya llevado a cabo el proceso. No obstante, cuando se trate de una exclusión discriminatoria, atendiendo a la redacción del artículo, cabría argumentar a favor de la aplicación de la ley del Estado donde se haya tomado la decisión de excluir a la persona candidata si en el Estado en el que se ha llevado el proceso de selección únicamente se ha comunicado la exclusión.

Si estos daños se considerasen incluidos en el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma II, al tratarse de daños sufridos durante los tratos previos a la celebración del contrato de trabajo, podría tratarse de un supuesto de *culpa in contrahendo* (art. 12 RRII), de modo que el daño *a priori* quedaría sometido a la ley del futuro/hipotético contrato de trabajo²⁰. No obs-

utilizando medios digitales y/o se toma la decisión excluyente. No obstante, tendría poca relevancia práctica, porque el foro del domicilio del demandado ya garantizará la competencia de estos últimos.

18 Cf. Á. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *La relación laboral internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 35-36.

19 Los debates en torno a la introducción de esta exclusión durante el proceso de redacción del Reglamento Roma II se centraron exclusivamente en los daños por vulneraciones al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen por los medios de comunicación y no se tuvo en cuenta, al menos expresamente, que en esta exclusión podrían quedar incluidos también daños ajenos a este contexto. Por ello, algunos autores consideran aplicable el Reglamento Roma II para determinar la ley que rige los daños derivados de una exclusión discriminatoria. *Vid.* en este sentido O. DEINERT, *International Labour Law under the Rome Conventions*, Beck/Hart/Nomos, Alemania, 2017, p. 259, donde se sostiene la aplicación del Reglamento Roma II y el encaje en la noción de *culpa in contrahendo*.

20 La aplicación de esta regla puede favorecer o perjudicar a las personas candidatas. En virtud del art. 12 RRII puede resultar aplicable una ley que establezca una compensación menor que la del Estado donde se llevó a cabo el proceso de selección. Así, por ejemplo, si una compañía de tercer Estado lleva a cabo un proceso de selección en España para contratar a personas que prestarían servicios exclusivamente en el Estado de la compañía

tante, la aplicación del concepto de «*culpa in contrahendo*» en los contratos de trabajo resulta compleja, pues debe determinarse qué se considera como «tratos previos a la celebración del contrato» en este contexto. Así, cabría sostener que el art. 12 RRII resulta aplicable a cualquier reclamación derivada de los tratos sufridos durante el proceso de selección, solo porque el daño se produzca durante la fase previa a la celebración del contrato. No obstante, también podría exigirse una negociación real de los términos del contrato entre las partes o una expectativa razonable de la futura celebración del contrato de trabajo, en cuyo caso sus posibilidades de aplicación serían mucho más reducidas. Si se considerase que el daño no encaja en la noción de *culpa in contrahendo* del Reglamento, para determinar la ley aplicable debería recurrirse a la regla general del art. 4 RRII²¹. En cualquier caso, resultarán aplicables las normas de policía (art. 16 RRII) del Estado miembro donde se plantee la reclamación (en España podrían serlo las disposiciones dirigidas a excluir discriminaciones en el acceso al empleo de la LO 3/2007, la Ley 15/2022 o la «Ley trans») e, igualmente, puede entrar en juego el orden público del foro (art. 26 RRII).

III. Protección tras la celebración del contrato

1. Protección de la mujer trabajadora frente a una ley del contrato discriminatoria

7. Al contrario de lo que sucede, por el momento, con el resto de los colectivos tratados, un extenso entramado de normas de Derecho internacional, de Derecho de la UE y nacionales (incluidas normas autonómicas y acuerdos resultantes de la negociación colectiva) se ocupa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres y de la protección contra discriminaciones que las primeras puedan sufrir en el ámbito laboral²².

en caso de ser seleccionadas, la ley aplicable al daño sería la del tercer Estado, también cuando el contrato no llegue a celebrarse. Si no es posible identificar la ley aplicable al futuro/hipotético contrato, se aplicará la ley del Estado de la residencia habitual común de la persona candidata y de la demandada, y, en su defecto, la ley del Estado en el que se haya producido el daño, salvo vinculación más estrecha con otro Estado (art. 12.2 RRII).

- 21 La aplicación de la conexión de la residencia habitual común (art. 4.2 RRII) generalmente se encontrará descartada. En la mayor parte de los casos resultará aplicable la ley del Estado donde se produce el hecho dañoso (art. 4.1 RRII) que, ha de considerarse, será el país donde se celebra el proceso de selección o en el que se encuentra la persona candidata. La conexión de los vínculos más estrechos (art. 4.3 RRII) podrá llevar a la aplicación de la ley de otro Estado diferente, particularmente a la aplicación de la ley que rige el contrato csi este llega a celebrarse.
- 22 El objetivo de estas normas es remover los obstáculos que impiden o dificultan el acceso de la mujer al empleo y, una vez celebrado el contrato de trabajo, su mantenimiento en el puesto de trabajo en igualdad de condiciones respecto de los trabajadores hombres.

En la UE se han adoptado sucesivas Directivas con el objetivo de paliar el desequilibrio que presenta la situación de las mujeres trabajadoras respecto de la de los hombres²³. La protección mínima de estas Directivas se encontrará asegurada a través de la aplicación de las normas de transposición siempre que la ley objetiva o la elegida sea la de un Estado miembro²⁴, pero pueden darse distintas situaciones en las que, a pesar de que el contrato presente vinculación con la UE, no resulte aplicable el ordenamiento de un Estado miembro y, por tanto, tampoco la protección mínima de las Directivas: cuando la trabajadora haya sido captada en la UE para trabajar en un tercer Estado y el ordenamiento rector del contrato sea el de este Estado por ser el de trabajo habitual; cuando la trabajadora preste servicios en varios Estados miembros, no siendo posible identificar un Estado miembro de trabajo habitual, y el establecimiento contratante se encuentre en tercer Estado; o cuando el lugar de trabajo habitual o, en su defecto, el establecimiento contratante, se localizan en la UE, pero exista una vinculación más estrecha con un tercer Estado.

En estas situaciones, *a priori*, se aplicarán las normas tendentes a la igualdad de trato entre mujeres y hombres del ordenamiento de tercer Estado, en la medida en que estas existan. Si la trabajadora plantea una demanda en la UE, la aplicación de ciertas normas tendentes a la protección de la mujer

Como este objetivo no puede alcanzarse aplicando, simplemente, las mismas normas a trabajadores y trabajadoras, se introducen normas que contienen medidas específicas con las que se pretende garantizar la igualdad en las condiciones laborales (en particular, medidas para excluir la discriminación retributiva o cuotas en la promoción para el sexo menos representado) y medidas que se aplican exclusivamente en situaciones en las que —*a priori*— solo pueden encontrarse las trabajadoras mujeres (protección durante el embarazo, el postparto y la lactancia y para las trabajadoras víctimas de violencia de género).

- 23 Fundamentalmente, la Directiva 92/85/CEE relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (DO L 348/1 de 28/11/92), la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO L 204/23 de 26/7/2006), la Directiva (UE) 2019/1158 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores (DO L 188/79 de 12/7/2019) y la Directiva (UE) 2023/970 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento (DO L 132/21 de 17/5/2023). *Vid.* M. A. BALLESTER PASTOR, «El principio de igualdad de trato y no discriminación», en M. NOGUEIRA GUASTAVINO, O. FOTINOPOULOU BASURKO y J.M. MIRANDA BOTO (dirs.), *Lecciones de Derecho social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 139-155; C. ROMERO GARCÍA-ARANDA, *Mujer trabajadora en la Unión Europea: pasado y presente*, Aranzadi, Pamplona, 2023, esp. pp. 37-117.
- 24 Si existe elección de ley, la identificación del ordenamiento más protector continuará siendo determinante incluso cuando tanto el ordenamiento objetivo como el elegido sean los de Estados miembros, pues el nivel de protección de las normas de transposición de ambos ordenamientos puede presentar diferencias significativas.

trabajadora, sean normas de transposición de las Directivas o de origen interno, puede garantizarse bien sea a través de las normas internacionalmente imperativas (art. 9 RRI) o producto de la excepción de orden público (art. 21 RRI)²⁵. Igualmente, en este contexto cabe plantear la pertinencia un tratamiento conflictual específico que, en su caso, podrían recibir las normas de transposición de las Directivas²⁶.

8. En las normas que tienen por objetivo la protección de las mujeres trabajadoras concurre un interés general que justificaría su aplicación con carácter internacionalmente imperativo, pero la identificación de las concretas disposiciones que pueden ser aplicadas con tal carácter en cada ordenamiento nacional resulta compleja.

A priori la aplicación de las normas laborales de la LO 3/2007 con tal carácter no resulta problemática por la forma en que esta ley establece su ámbito de aplicación (en virtud de su art. 2 se aplica a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español). Parece claro que los derechos laborales contenidos en esta Ley podrán reconocerse, al menos, siempre que la demanda se plantee en España por ser el Estado en el que se encuentra domiciliado el empleador o en el que se localiza una sucursal del empleador (particularmente el centro de trabajo), y también siempre que la trabajadora haya ejecutado su trabajo en España, aunque el contrato se rija por la ley de otro Estado.

Sin embargo, la LO 3/2007 se limita a establecer el principio de igualdad de trato en la remuneración y el resto de las condiciones laborales (art. 5) que, en realidad, jugará como un principio de orden público, evitando la aplicación de una ley discriminatoria. Lo mismo sucede con la prohibición de discriminación de la mujer embarazada (arts. 3 y 8). Aunque se establece el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de trabajadoras y trabajadores, que debe reconocerse fomentando el reparto equilibrado de las responsabilidades familiares y excluirse cualquier discriminación basada en su ejercicio (art. 44), y esta sería una norma internacionalmente imperativa, esta previsión general se concreta y desarrolla en las disposiciones sobre el permiso de maternidad y de paternidad del ET²⁷.

25 Cf. Á. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *op. cit.*, p. 99.

26 En las Directivas laborales de la UE, incluidas las que tienen por objetivo la protección de las mujeres trabajadoras, no se especifica el carácter internacionalmente imperativo de ninguna de sus disposiciones. *Vid.* U. Liukkunen, *The Role of Mandatory Rules in International Labour Law: A Comparative Study in the Conflict of Laws*, Talentum, Helsinki, 2004, pp. 141 y ss. La única excepción sería la Directiva de desplazamiento temporal de trabajadores. Usualmente las disposiciones del núcleo duro del Estado de destino se han considerado como normas internacionalmente imperativas del art. 9 RRI.

27 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE n.º 255, de 24/10/2015). Por lo demás, la LO 3/2007 introdujo diversas modificaciones en el ET. Estas disposiciones, a su vez, en muchos casos han sido objeto de posteriores modificaciones.

El resto de las normas que protegen a las trabajadoras contenidas en el ET no establecen expresamente su ámbito de aplicación espacial. Su aplicación con carácter internacionalmente imperativo procedería si se admite una interpretación finalista²⁸, en virtud de la cual cabe sostener que las normas laborales que persiguen la protección de los derechos fundamentales deben aplicarse a todas las personas trabajadoras, aunque el contrato se rija por la ley de otro Estado. No obstante, la identificación de las concretas normas que deberían considerarse internacionalmente imperativas resulta controvertida. Por esta vía pueden considerarse como normas internacionalmente imperativas una gran cantidad de disposiciones que, de modo más o menos directo, afectan a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

9. Ninguna de las Directivas que persiguen la protección de la mujer trabajadora en la UE establece expresamente su ámbito de aplicación espacial, pero cabría sostener que la protección mínima que establecen debería encontrarse garantizada, al menos, siempre que la mujer ejecute el trabajo en la UE, incluso cuando la ley del contrato sea la de un tercer Estado. En principio, el asunto *Ingmar*²⁹ podría invocarse a favor de tal posición, pero el fallo del TJUE en este asunto se fundamenta en los objetivos de la Directiva 86/653/CEE³⁰. En aquel caso, el TJUE estableció que las disposiciones de la Directiva 86/653/CEE que protegen a los agentes tras la extinción del contrato deben aplicarse imperativamente siempre que el contrato se haya ejecutado en la UE. Ello porque tienen la finalidad de proteger la libertad de establecimiento y el buen funcionamiento del mercado interior³¹. De modo que la aplicación de las Directivas que protegen a la mujer trabajadora siempre que el trabajo se haya ejecutado en la UE debería fundamentarse en sus objetivos específicos³², y de estos objetivos, tal y como se recogen en las Directivas, no cabe deducir una aplicación imperativa siempre que el trabajo se haya ejecutado en la UE.

28 Vid. M. GARDEÑES SANTIAGO, «Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 132, 2017, p. 169. La aplicación como normas internacionalmente imperativas del art. 9 RRI de disposiciones que no establecen expresamente su carácter internacionalmente imperativo ha sido admitida implícitamente por el TJUE en el asunto *Unamar* (STJUE de 17 de octubre de 2013, asunto C-184/12).

29 STJUE de 9 de noviembre de 2000, C-381/98 (ECLI:EU:C:2000:605).

30 Directiva 86/653/CEE relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (DO L 382/17 de 31 de diciembre de 1986).

31 El objetivo consta expresamente en los considerandos de la Directiva. Ha de tenerse en cuenta que en el asunto *Ingmar* era la elección del Derecho de un tercer Estado la que privaba al agente de la protección de la Directiva 86/653/CEE, mientras que en los contratos de trabajo la elección de la ley de un tercer Estado no permite excluir la protección mínima de las Directivas.

32 Vid. U. LIUKKUNEN, *op. cit.*, pp. 143-144.

10. En cualquier caso, si las normas del ordenamiento rector del contrato son manifiestamente contrarias al principio de igualdad entre mujeres y hombres, procederá su inaplicación y su sustitución por la *lex fori*³³. Emergen las cuestiones habituales en torno a la exigencia de una vulneración manifiesta de los principios de esenciales del foro, así como en relación con la proximidad requerida. Como se ha visto, en ocasiones algunas disposiciones que *a priori* son normas internacionalmente imperativas no contienen medidas específicas sino un principio general antidiscriminatorio. Es lo que sucede con el principio de igualdad de trato de la LO 3/2007, cuya aplicación como principio de orden público no debería quedar restringida a los casos en los que se cumpla el ámbito de aplicación de esta Ley. No plantea dudas la existencia de una vulneración manifiesta de los principios esenciales del foro cuando se trate de una ley que, por ejemplo, permite o prevé expresamente una fijación discriminatoria del salario³⁴, el despido de la trabajadora embarazada³⁵, o que no asegura el disfrute de un permiso cuya extensión sea considerada suficiente para garantizar la salud de la madre tras el parto³⁶. En estos casos, cabe sostener que, para que la excepción opere, no debería exigirse mayor proximidad con el foro que la que ya venga implícita en la norma de competencia³⁷.

33 El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres también puede desempeñar un papel relevante en la aplicación del orden público del foro en reclamaciones planteadas por trabajadores varones. Así, el contrato puede regirse por una ley de un tercer Estado en la que no exista un permiso parental para el padre (excedencia por cuidado de hijos en Derecho español). La Directiva (UE) 2019/1158 vincula directamente la corresponsabilidad paterna en el cuidado de los hijos con la igualdad de trato para las mujeres trabajadoras. Por ello, en una hipotética reclamación planteada en España por un trabajador varón, la entrada en juego del orden público español, con la correspondiente inaplicación de la ley del contrato, podría fundamentarse en la igualdad de trato entre hombres y mujeres, que concurriría con otros valores esenciales, como la protección de la familia y el interés superior del menor.

34 El principio de igualdad de remuneración entre trabajadoras y trabajadores es un criterio de orden público que emana directamente del Derecho primario comunitario (art. 157 TFUE). Cf. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 12.ª ed., Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2022, p. 182.

35 En Derecho español, es nulo el despido de la trabajadora embarazada (art. 53 ET). Ello con independencia de que el empleador conociese o no el embarazo. Desde el punto de vista de los principios de orden público implicados, cabe considerar que el principio de igualdad llevaría a inaplicar la ley extranjera solo si el despido fuese con conocimiento. Cuando el despido se produzca sin conocimiento del embarazo por parte del empleador, podrían invocarse otros motivos de orden público, como la protección de la familia.

36 En lo relativo a la suspensión del contrato de trabajo de la madre tras el nacimiento de un hijo, cabe considerar que son contrarias al orden público español las leyes que no garanticen una suspensión mínima ininterrumpida durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, obligatorias por perseguir el objetivo de proteger la salud de la madre (art. 48.4 ET).

37 En otros casos, sin embargo, la determinación de la existencia de una vulneración manifiesta del orden público requerirá que el tribunal efectúe una valoración de las consecuencias de la aplicación de la ley del contrato en el caso. A efectos de determinar la existencia

2. Efectos del cambio de sexo de la persona trabajadora

11. El cambio de sexo (aquí ceñido a las categorías hombre/mujer) provoca una mutación del régimen del contrato: si el cambio es a mujer, pasarán a aplicarse las normas tendentes a la igualdad de trato y a la protección de la mujer trabajadora del ordenamiento rector del contrato; si el nuevo sexo es el masculino, estas normas dejarán de aplicarse y el contrato pasará a regirse únicamente por las disposiciones aplicables a los trabajadores hombres de este ordenamiento³⁸.

12. El previo reconocimiento del cambio de sexo operado en un determinado Estado actuará como presupuesto para que se produzca la mutación del régimen del contrato siempre que se plantee una demanda en un Estado diferente. Esta situación puede darse, por ejemplo, si una trabajadora trans ha cambiado de sexo en el Estado de su nacionalidad, pero presta servicios en otro Estado, cuyo ordenamiento rige el contrato³⁹. Si plantease una demanda reclamando la aplicación de una medida específica para las mujeres trabajadoras en el Estado en el que presta servicios, el reconocimiento incidental del cambio de sexo actuaría como presupuesto para la aplicación de tal medida⁴⁰.

Si la persona es nacional de la UE y ambos Estados —en el que se produjo el cambio de sexo y en el que se plantea la demanda— son Estados miembros, cabe plantear que el respeto de las libertades europeas impondría el reconocimiento del cambio de sexo y sus efectos sobre el contrato de trabajo. Esta sería una solución coherente con la doctrina del TJUE en los asuntos *García Avello*⁴¹ y *Grunkin Paul*⁴² y, más específicamente, en el asunto *Mirin*⁴³, que,

de una proximidad suficiente, podría adquirir relevancia el hecho de que el trabajo se haya desempeñado no solo en España, sino en el territorio de la UE. Cabe sostener que se produciría una vulneración del orden público cuando en determinadas materias la ley del contrato no garantice el disfrute de un nivel de protección comparable con el de las Directivas.

38 En este último caso, con carácter general, se aplicarán únicamente las disposiciones neutras del ordenamiento rector del contrato, que no distinguen en función del sexo de la persona trabajadora. Igualmente, resultarían aplicables las disposiciones antidiscriminatorias para las personas trans de ese ordenamiento.

39 En el caso de las personas de nacionalidad española con residencia en el extranjero, la Ley 4/2023 no establece expresamente la competencia de las oficinas consulares del Registro Civil para el cambio de sexo. *Vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 359-360.

40 Hasta el momento, el reconocimiento de decisiones extranjeras de reasignación sexual se ha analizado exclusivamente desde la perspectiva registral. *Vid.* entre otras: P. JIMÉNEZ BLANCO, *loc. cit.*, pp. 8-9.

41 STJUE de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02 (ECLI:EU:C:2003:539).

42 STJUE de 14 de octubre de 2008, asunto C-353/06 (ECLI:EU:C:2008:559).

43 STJUE de 4 de octubre de 2024, asunto C-4/23 (ECLI:EU:C:2024:845). En el asunto *Mirin* se planteó por primera vez ante el TJUE el reconocimiento del cambio de sexo operado en un -entonces- Estado miembro de la UE. El demandante, un hombre trans de nacionalidad rumana, inició los trámites para el cambio de sexo en Reino Unido cuando este aún era

no obstante, no pueden proyectarse directamente sobre los contratos de trabajo, pues en una reclamación laboral, los problemas no son los relativos a la identidad de la persona. En cualquier caso, el reconocimiento de los efectos del cambio de sexo sobre el contrato de trabajo resultaría necesario porque, de lo contrario, al igual que ocurría en aquellos casos, también se estaría obstaculizando la libre circulación en la UE. Resulta evidente que el hecho de que no se reconozca un régimen laboral acorde con el sexo adquirido puede desincentivar la movilidad laboral de personas trans en la UE.

En cualquier caso, este argumento solo podría invocarse cuando la persona sea nacional de la UE y el cambio de sexo se haya producido en un Estado miembro⁴⁴. En el resto de los casos, es probable que en los Estados miembros que no admiten el cambio de sexo el orden público del foro llevase a excluir los efectos del cambio de sexo sobre el contrato de trabajo.

13. Aunque el contrato se rija por la ley de un Estado que no admita el cambio de sexo, en principio la aplicación de las normas correspondientes al nuevo sexo de este ordenamiento no resultará problemática. No obstante, pueden plantearse dificultades en situaciones particulares. Por ejemplo, si la persona desea someterse a un tratamiento médico o quirúrgico de cambio de sexo que requiera que se ausente del trabajo, es posible que según la ley del contrato las ausencias por este motivo no se consideren justificadas. En el caso de los trabajadores hombres transexuales que conservan la capacidad de gestar, las posibilidades de que disfruten de los derechos laborales vinculados al embarazo y la maternidad se encontrarán igualmente sometidas a la regulación del ordenamiento rector del contrato, que pueden referirse expresa y exclusivamente a las mujeres⁴⁵. Si se plantea una demanda

un Estado miembro de la UE. Posteriormente, sobre la base de los documentos obtenidos en Reino Unido, solicitó que las menciones relativas al cambio de su nombre y sexo se inscribieran en su asiento de nacimiento en Rumanía. La solicitud fue denegada por las autoridades rumanas porque según la ley de este Estado es necesaria una resolución judicial firme. El TJUE ha establecido que debe reconocerse el cambio de sexo, así como el cambio de nombre derivado de este, y que no cabe obligar al nacional de la UE a iniciar un nuevo procedimiento de cambio de sexo en Rumanía.

44 Quedan excluidas las situaciones en las que la persona es nacional de tercer Estado y cuando el cambio de sexo se haya llevado a cabo en un Estado no miembro de la UE e, incluso cumpliéndose estas condiciones, podrían quedar excluidas algunas personas con contratos transfronterizos pero que no hayan ejercido la libertad de circulación en la UE.

45 En algunos casos es posible que las normas en esta materia se refieran solo a las mujeres, pese a tratarse del ordenamiento de un Estado en el que se admita el cambio de sexo. Lo que *a priori* es una exclusión de los hombres trans gestantes, podría, en realidad, no responder a tal voluntad del legislador, sino deberse a que estas situaciones inicialmente no estaban previstas y no se ha procedido a actualizar el texto de las normas incluyéndolos expresamente. En el ordenamiento español, por ejemplo, el art. 48.4 ET (suspensión del contrato por nacimiento) no se modificó hasta la entrada en vigor de la «Ley trans», previendo expresamente desde entonces que con el término «madre biológica» se alude también a las personas trans gestantes [disposición final decimocuarta (8)].

en un Estado que admita el cambio de sexo y cuyo ordenamiento garantice estos derechos, *a priori* podría entrar en juego el orden público del foro, con la consiguiente inaplicación de la ley del contrato⁴⁶.

14. Adicionalmente, ha de tenerse en cuenta la situación de las personas que deseen cambiar de sexo, pero no pueden porque no sea posible ni el Estado de su nacionalidad ni ningún otro. En esta situación, si se plantease una demanda en un Estado que admita la autodeterminación de género, *a priori* a la ley nacional que no permite el cambio de sexo le correspondería resolver la cuestión previa —la determinación del sexo—, pero esta ley sería contraria al orden público del foro. Por ello, cabría plantear la conveniencia de soluciones materiales que tiendan a garantizar unas condiciones laborales respetuosas con la identidad de género de la persona⁴⁷.

3. Personas trabajadoras de tercer sexo/género: adaptación de la ley del contrato

15. La situación de las personas trabajadoras de tercer sexo/género es problemática porque esta puede ser una categoría desconocida en el ordenamiento que rige el contrato y en el del foro. En la mayor parte de los casos se tratará de ordenamientos binarios, que solamente contemplan la existencia de dos sexos⁴⁸.

16. Si bien por el momento no es exigible que en los ordenamientos nacionales exista un tercer sexo/género, sí puede serlo el reconocimiento cuando este ya ha sido atribuido en otro Estado, particularmente si se trata de un Estado miembro⁴⁹.

Si el tercer sexo/género se ha atribuido en un Estado no miembro de la UE o la persona trabajadora es nacional de tercer Estado, en una reclamación laboral el respeto a los derechos humanos y fundamentales reconocidos en

46 Como se verá, situaciones similares pueden darse cuando se trata del reconocimiento de la filiación de personas trabajadoras con parejas del mismo sexo.

47 La misma solución cabe plantear para el caso de que sí exista la posibilidad de cambiar de sexo conforme a la ley nacional u otra, pero esta se condicione al sometimiento previo a un tratamiento médico o quirúrgico, y la persona no desee someterse a tal tratamiento.

48 Pueden plantearse problemas de adaptación desde un inicio, si la persona ya pertenece a tal categoría en el momento en el que se celebra el contrato, o posteriormente, si el cambio de hombre/mujer a tercer sexo/género se produce una vez el contrato ya se ha celebrado. En este último caso, se plantearán problemas relativos al reconocimiento del cambio de sexo, similares a los ya planteados respecto a las personas trans, pero con la especialidad de que la categoría cuyo reconocimiento se pretende generalmente no existirá en el foro.

49 Conforme a la doctrina del TEDH en el asunto *Y c. France*. Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *loc. cit.*, p. 987

los textos nacionales e internacionales *a priori* impondría el reconocimiento del tercer sexo/género. Ello puede suceder si en el foro existe tal categoría, pero también cuando no exista⁵⁰.

Si el tercer sexo/género se ha atribuido en un Estado miembro de la UE, el reconocimiento podría encontrarse reforzado por el respeto a las libertades europeas. Las limitaciones que presenta la proyección de la doctrina del TJUE en los asuntos *García Avello*, *Grunkin Paul* y *Mirin* serían similares a las que se han mencionado previamente en el caso de las personas trans: aunque aplicar una ley del contrato binaria implicaría que no se respete la identidad de género ya reconocida en otro Estado miembro, y ello pueda considerarse un obstáculo de la libre circulación de trabajadores en la UE, aquellos eran casos en los que resultaba afectada la identidad de la persona.

17. La aplicación de la ley del contrato requerirá una adaptación que puede consistir en aplicar las normas correspondientes a uno de los dos sexos existentes en esta ley, en la construcción de una solución material específica o en la toma en consideración de los caracteres del tercer sexo/género adquirido⁵¹.

La primera alternativa, *a priori* la más sencilla, consistiría en aplicar las normas correspondientes a uno de los dos sexos existentes en la ley binaria del contrato, de modo que la persona de tercer sexo/género será tratada como si se tratase de un/a trabajador/a de sexo masculino o de sexo femenino. Una primera solución consistiría en aplicar las disposiciones que no distinguen en función del sexo de la persona trabajadora del ordenamiento rector del contrato, partiendo del hecho de que generalmente en este ordenamiento existirán disposiciones neutras en cuanto al sexo y disposiciones aplicables exclusivamente a las mujeres. Dicho de otro modo, se excluiría la aplicación de las normas específicas para mujeres y se aplicarían las mismas que a los trabajadores hombres⁵². Otra solución consistiría en dar cabida a la autonomía de la voluntad, de manera que la persona trabajadora optase por ser tratada como hombre o como mujer en cuanto a sus condiciones laborales.

El problema es que estas soluciones en algunos casos no serían respetuosas con la identidad de género de la persona ya reconocida en otro Estado⁵³.

50 Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Tratado de Derecho internacional privado* (I), 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1294.

51 *Ibidem*.

52 Igualmente, resultarían aplicables las disposiciones antidiscriminatorias de ese ordenamiento que, aunque no contemple expresamente la categoría del tercer sexo, puede contener normas que protejan a las personas trabajadoras de tercer sexo.

53 Si bien en la mayoría de los casos la aplicación de las disposiciones neutras en cuanto al sexo del ordenamiento rector del contrato probablemente no resultará problemática, es posible que en algunos casos no baste simplemente con aplicar estas normas (piénsese, por ejemplo, en eventuales reclamaciones relacionadas con el uso de vestuarios, la indumentaria o el tratamiento que recibe la persona en las comunicaciones por parte de la empresa).

Podrían darse casos en los que, por motivos de orden público, *a priori* quedase vetada la aplicación de una ley del contrato binaria, que incluso puede ser la ley del foro. Esta situación podría darse, por ejemplo, si una persona trabajadora a la que se atribuyó el tercer sexo/género, ya sea en un Estado miembro (Alemania) o en un tercer Estado, presta servicios en España y plantea una reclamación en este mismo Estado. En esta situación, la única solución que permitiría respetar la identidad de género de la persona consistiría en la construcción de una solución material.

Adecuar la ley del contrato a los caracteres del tercer sexo/género adquirido en el caso concreto puede ser una solución viable en algunos casos, en función de los caracteres del tercer sexo/género en el ordenamiento del Estado en el que se atribuyó. En ocasiones, en esta categoría, en realidad, pueden quedar incluidas mujeres trans. En estos casos, el conocimiento del ordenamiento que atribuyó el tercer sexo/género podría excluir los problemas de adaptación, pues la aplicación de la ley del contrato binaria no resultaría problemática⁵⁴.

4. Orientación sexual y derechos laborales derivados del estatuto familiar

18. El disfrute de los derechos laborales derivados de la maternidad/paternidad, del matrimonio y del registro de la pareja puede no encontrarse garantizado cuando el ordenamiento que rige el contrato no admita la filiación de progenitores del mismo sexo o que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio o registrar la pareja. Esta situación podría darse, por ejemplo, si el matrimonio se ha celebrado, la pareja se ha constituido o la filiación se ha establecido previamente en un determinado Estado y posteriormente uno de ellos se comienza a trabajar en otro Estado⁵⁵. También si la persona se desplaza para contraer matrimonio en otro Estado, o la filiación se establece en otro Estado, donde, por ejemplo, resida el otro progenitor junto al menor. Además, pueden darse otro tipo de situaciones, cuando, a pesar de que la persona reside en el Estado en el que se celebra el matrimonio o se establece la filiación, el contrato queda regido por la ley de un Estado diferente (por la aplicación de la conexión del establecimiento contratante o de los vínculos más estrechos). En estos casos, el empleador podría negar, por ejemplo, el disfrute de un permiso por matrimonio, para el cuidado del cónyuge o la pareja enfermos, o la suspensión del contrato al progenitor no gestante tras

54 Por ejemplo, en la India, en la categoría de tercer sexo/género, en realidad también quedan incluidas las mujeres trans, de modo que la solución más adecuada podría consistir en aplicar las normas laborales como si la persona trabajadora fuese mujer. *Vid.* S. KHATRI, «Hijras: The 21st Century Untouchables», *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, vol. 16, 2017, pp. 387-410.

55 Estos problemas podrían darse en contratos de trabajo sin elementos de internacional. En el ejemplo, *a priori*, si la persona es nacional del segundo Estado y la empleadora se encuentra establecida en ese Estado.

el nacimiento del hijo. A pesar de que la ley del contrato contemple estos derechos, su disfrute se encontraría reservado a las personas trabajadoras con parejas de diferente sexo⁵⁶.

19. Que pueda plantearse una demanda reclamando estos derechos en un Estado que sí los garantice resultará determinante. Si el Estado de celebración del matrimonio de registro de la pareja o en el que se estableció la filiación es uno diferente de aquel en el que se presenta la demanda, deberán reconocerse con carácter previo. Una vez reconocidos, la primera alternativa consistiría en excluir la aplicación de la ley del contrato que reserve expresamente estos derechos a las parejas y progenitores de distinto sexo por resultar contraria al orden público del foro. Además de resultar discriminatoria, podrían concurrir otros motivos, como el interés superior del menor o la protección de la vida familiar. Otra opción podría consistir en adaptar la ley del contrato, aplicando los derechos previstos en las mismas situaciones en esta ley para las parejas y progenitores de distinto sexo.

20. En el resto de los casos, cuando la demanda solo pueda plantearse en un Estado que no admita el matrimonio o la filiación de personas del mismo sexo, *a priori* las posibilidades de disfrutar de estos derechos serán inexistentes. En cambio, si ambos Estados —el de celebración del matrimonio o en el que se estableció la filiación y el Estado donde se plantea la demanda— son Estados miembros, cabría plantear, de nuevo, la relevancia de las libertades europeas a estos efectos. Los asuntos *Coman*⁵⁷ y *Pancharevo*⁵⁸ presen-

56 Mientras que el establecimiento de derechos derivados del matrimonio y el registro de la pareja de hecho corresponde exclusivamente a las normas nacionales, los derechos laborales derivados de la paternidad/maternidad se regulan en Directivas europeas. No obstante, el TJUE ha establecido que en los Estados miembros donde las parejas del mismo sexo no tenían la posibilidad de contraer matrimonio y solo podían acceder al registro de la pareja, el establecimiento de derechos laborales solo para el caso de que se contraiga matrimonio resulta discriminatorio (STJUE de 12 de diciembre de 2013, asunto C-267/12 – *Hay*). Ello resulta ciertamente contradictorio, porque se garantiza la igualdad en estos Estados mientras que, al mismo tiempo, se asume que en los Estados miembros donde no existe la posibilidad de contraer matrimonio ni de registrar la pareja no se reconocerá ningún derecho laboral. *Vid.* J. CABEZA PEREIRO, J.F. LOUSADA AROCHENA, *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Bormazo, Albacete, 2014, pp. 64-67. En cuanto a la Directiva (UE) 2019/1158 (conciliación) prevé expresamente la competencia de los Estados miembros para definir el estado familiar y civil y, particularmente, para determinar quién puede ser considerado progenitor/padre/madre a los efectos de los derechos de la Directiva (considerando 18) y no se tienen en cuenta las situaciones transfronterizas.

57 STJUE de 5 de junio de 2018, asunto C-673/16 – *Coman y otros*. El TJUE estableció que debía reconocerse el matrimonio de dos personas del mismo sexo porque de lo contrario se obstaculizaría la libertad de circulación del cónyuge nacional de la UE, pero a los solos efectos de la concesión de un derecho de residencia al cónyuge de tercer Estado. En estos momentos se encuentra pendiente el asunto *Wojewoda Mazowiecki* (C-713/23) sobre la denegación de la inscripción en el Registro Civil polaco del matrimonio de un nacional de este Estado celebrado en Alemania.

58 STJUE de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20 – *Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*. El TJUE estableció la obligación de reconocer el certificado de nacimiento en el que

tan unas posibilidades de proyección también limitadas porque de ellos no puede deducirse que el matrimonio o la filiación de personas del mismo sexo deba reconocerse en todos los Estados miembros a todos los efectos. Hasta el momento, la jurisprudencia del TJUE se ha limitado a excluir la denegación del reconocimiento cuando ello impide directamente el ejercicio de las libertades europeas de los nacionales de la UE, ya sea porque el cónyuge nacional de tercer Estado no pueda obtener un permiso de residencia o porque la menor, hija de una nacional de la UE, no pueda obtener un pasaporte⁵⁹.

IV. Aplicación de las medidas resultantes de la negociación colectiva

1. Aplicación de las medidas protectoras de los convenios colectivos

21. Los problemas de aplicación de las medidas de los convenios colectivos difieren en función de que de si estas se dirigen a garantizar la igualdad en la fase de selección o posteriormente, una vez celebrado el contrato⁶⁰.

Las primeras pueden consistir en disposiciones en las que se establecen cuotas a favor de la contratación de mujeres⁶¹. Como ya se ha visto, no exis-

consta la filiación de dos personas del mismo sexo a los efectos de la expedición del pasaporte a la menor, con el objetivo de que la progenitora nacional de un Estado miembro y su hija —también potencial ciudadana de la UE— pudiesen ejercer el derecho a circular en la UE. En el asunto *Rzecznik* (Auto de 24 de junio de 2022, asunto C-2/21) se planteó un caso similar. El TJUE estableció que el certificado de nacimiento de un Estado miembro en el que constaba la filiación de dos personas del mismo sexo debía reconocerse a efectos de la expedición de un pasaporte al menor en el Estado de la nacionalidad y no podía exigirse la inscripción del nacimiento en el registro civil de este Estado.

59 Si la garantía de la libertad de circulación en la UE implicase el reconocimiento de la filiación a efectos laborales en los Estados miembros donde no se admite la filiación de personas del mismo sexo, podría producirse una situación ciertamente compleja, pero similar a la que se da en España en cuanto al reconocimiento de derechos laborales derivados de la filiación por gestación subrogada. *Vid.* I. A. RODRÍGUEZ CARDO, *La seguridad jurídica en el derecho del trabajo y de la seguridad social: ¿Un principio en decadencia?*, BOE, Madrid, 2024, pp. 230-236.

60 El art. 45.1 LO 3/2007 establece que todas las empresas deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, que deberán negociar con los representantes legales de los trabajadores. Se deduce que, cuando se trate de empresas que no tienen la obligación de negociar planes de igualdad, las medidas continúan siendo obligatorias y deberán introducirse en el convenio colectivo de la empresa.

61 En el art. 43 LO 3/2007 se establece que mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres.

ten normas de conflicto que determinen la ley aplicable a los procesos de selección, de cuya remisión al ordenamiento español resultaría la aplicación de las medidas dirigidas a la contratación de mujeres previstas en convenios colectivos firmados en España. Ante la inexistencia de normas de conflicto, cabe sostener la aplicación directa del convenio colectivo siempre que el (potencial) contrato se encuentre incluido en su ámbito de aplicación.

22. Una vez celebrado el contrato, la aplicación de las disposiciones de los convenios colectivos que tienen el objetivo de garantizar la igualdad de trato entre mujeres y hombres suscita los mismos interrogantes que, con carácter general, plantea la aplicación de los convenios, pues su articulación conflictual resulta controvertida.

Las medidas introducidas por la negociación entre los interlocutores sociales en el convenio colectivo elevarán y concretarán la protección de la ley, pero *a priori* su aplicación solo se encontrará garantizada cuando el convenio forme parte del ordenamiento que rige el contrato de trabajo y, además, se cumpla su ámbito de aplicación. Los problemas se suscitan porque, a pesar de que el contrato se encuentre incluido en el ámbito de aplicación del convenio, pueden darse situaciones en las que el convenio no forme parte del ordenamiento rector del contrato.

23. La aplicación de las disposiciones antidiscriminatorias de un convenio que no forma parte del ordenamiento rector del contrato, en cualquier caso, puede ser posible dentro de los márgenes concedidos a la autonomía de la voluntad material. La aplicación de estas medidas no será resultado de la aplicación de las normas de conflicto, sino del ejercicio de la autonomía material, quedaría restringida a las materias configuradas como disponibles en el ordenamiento rector del contrato y se aplicarán siempre que provean una protección superior⁶². No obstante, resulta controvertido el grado de exigibilidad del que gozarían las disposiciones del convenio en caso de que beneficien al trabajador, pero la empresa no las aplique. Para sostener una aplicación obligatoria de las medidas del convenio cabría argumentar que, al menos en los convenios de empresa, este es producto de la autonomía de la voluntad de las partes en la negociación colectiva y, una vez acordadas, estas disposiciones resultan de obligado cumplimiento para la empleadora que firma el convenio.

En este sentido, algunos autores sostienen que la autonomía de la voluntad de las partes en la negociación colectiva desempeñaría una función similar a la de la autonomía conflictual de las partes del contrato de trabajo en el art. 8 RRI. Al convenio colectivo en el que se encuentra incluido el contrato, le correspondería elevar la protección mínima de la ley objetiva⁶³. El problema

62 La aplicación resultante de la autonomía de la voluntad material de las partes puede encontrarse limitada a los casos en los que en el contrato de trabajo se haga una referencia expresa al convenio. En este sentido: A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOA GONZALEZ, *Tratado de Derecho internacional privado* (III), 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 3579.

63 En este sentido, *vid.* M. GARDEÑES SANTIAGO, *op. cit.*, p.165; Á. Espiniella, *op. cit.*, p. 88.

que presenta este planteamiento es que no parece compatible con la naturaleza normativa y fuerza legal atribuidos a los convenios colectivos en países como España. Desde una perspectiva técnicamente ortodoxa, la aplicación de un convenio colectivo con eficacia normativa solo procedería si este forma parte del ordenamiento objetivo o elegido en virtud del art. 8 RRI⁶⁴.

2. Aplicación de los planes de igualdad

24. La aplicación transfronteriza de los planes de igualdad para mujeres⁶⁵ y los nuevos planes LGTBI⁶⁶ puede quedar igualmente comprometida. En la LO 3/2007 y en la Ley 4/2023 solo se establece que, con carácter general, tienen la obligación de negociar los planes todas las empresas de más de cincuenta personas trabajadoras⁶⁷.

64 En ocasiones se ha planteado la aplicación de algunas de las disposiciones de los convenios colectivos como normas internacionalmente imperativas. *Vid.* A. VAN HOEK, «Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?», *ERL*, n.º 3, 2014, p. 165; U. LIUKKUNEN, *op.cit.*, pp. 121, 132; L. CARBALLO PIÑEIRO, *International Maritime Labour Law*, Springer, Reino Unido, 2015, p. 216. Por la materia, la aplicación como normas internacionalmente imperativas de las disposiciones antidiscriminatorias de los convenios *a priori* se encontraría justificada. Pero en contra de su aplicación con tal carácter cabría sostener que, al tratarse de materias configuradas como disponibles por la negociación colectiva por parte del legislador nacional, la concurrencia de intereses generales de orden público en su regulación podría encontrarse excluida.

65 Según el art. 45.2 LO 3/2007 en las empresas con más de cincuenta personas trabajadoras deberá elaborarse y aplicarse un plan de igualdad entre mujeres y hombres. También deberá elaborarse el plan cuando así se establezca en el convenio colectivo aplicable, aunque se trate de empresas que no superen ese número de trabajadores, y cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan. En el resto de los casos, cabe una elaboración e implantación voluntaria, previa consulta a la representación legal de los/as trabajadores/as. Los planes de igualdad entre mujeres y hombres han sido objeto de desarrollo con el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (BOE n.º 272 de 14/10/2020).

66 Art. 15.1 de la Ley 4/2023: *Las empresas de más de cincuenta personas trabajadoras deberán contar, en el plazo de doce meses a partir de la entrada en vigor de la presente ley, con un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que incluya un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI. Para ello, las medidas serán pactadas a través de la negociación colectiva y acordadas con la representación legal de las personas trabajadoras. El contenido y alcance de esas medidas se desarrollarán reglamentariamente.* Los planes LGTBI han sido objeto de desarrollo en el Real Decreto 1026/2024, de 8 de octubre, por el que se desarrolla el conjunto planificado de las medidas para la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI en las empresas (BOE n.º 244 de 9/10/2024).

67 En cuanto al contenido del plan de igualdad entre mujeres y hombres, con carácter previo se elaborará un diagnóstico sobre, al menos, las siguientes materias: proceso de

La LO 3/2007 resulta aplicable a todas las empresas que se encuentren o actúen en territorio español, mientras que la Ley 4/2023 resulta aplicable a todas aquellas que *residan*, se encuentren o actúen en territorio español, en ambos casos con independencia de su nacionalidad, domicilio o residencia. *A priori*, todas las empresas españolas con más de cincuenta personas contratadas estarían obligadas a negociar ambos planes de igualdad, porque se «encontrarían» o «residirían» en territorio español. No se tiene en cuenta que algunas de las personas que trabajan para la empresa española —incluso todas— pueden prestar servicios en otros Estados. En este caso el plan previsiblemente no formará parte del ordenamiento aplicable a los contratos de trabajo (Estado de trabajo habitual), de modo que, aunque en principio exista la obligación de negociar el plan, este no podrá aplicarse.

25. En cuanto a las empresas extranjeras, la obligación de negociar los planes alcanzaría a aquellas que «actúen» en España, lo que incluiría a las empresas con sucursales en España o que tengan personas trabajando en España. Se requiere una adaptación del cómputo⁶⁸: lo lógico sería que la obligación existiese siempre que la empresa tenga como mínimo cincuenta personas trabajando en España⁶⁹, en cuyo caso, previsiblemente, resultará aplicable la ley española y el plan negociado podrá aplicarse. Aunque la obligación de negociar el plan basada en el criterio de la sucursal en España —que podría ser un centro de trabajo— *a priori* sería razonable, el cómputo,

selección y contratación; clasificación profesional; formación; promoción profesional; condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres; ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral; infrarrepresentación femenina; retribuciones; prevención del acoso sexual y por razón de sexo (art. 7. RD 901/2020). El plan de igualdad contendrá las medidas que resulten necesarias en virtud de los resultados del diagnóstico (art. 8.3 RD 901/2020). Como se ve, de nuevo será necesario efectuar una delimitación: algunas de las medidas del plan de igualdad deberán aplicarse por la remisión al ordenamiento español del art. 8 RRI, por pertenecer al ámbito del contrato de trabajo individual. En cambio, la aplicación del resto del contenido del plan, incluidas las medidas que se aplican antes de la contratación, no será fruto de la remisión del art. 8 RRI, por tratarse de materias ajenas al contrato de trabajo individual. *A priori*, las medidas que tratan de garantizar el acceso al empleo en condiciones de igualdad para las mujeres contenidas en el plan resultarán aplicables directamente, siempre que la empresa española o extranjera que haya negociado el plan desarrolle un proceso de selección.

68 La adaptación del cómputo para las empresas internacionales, en cualquier caso, no es compatible con la literalidad de la norma. Según el art. 3 del RD 201/2020, *para el cálculo del número de personas que dan lugar a la obligación de elaborar un plan de igualdad, se tendrá en cuenta la plantilla total de la empresa, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral*.

69 Por este criterio opta A. SELMA PENALVA: «El plan de igualdad en la empresa internacional», *Revista Justicia & Trabajo*, n.º 1, 2022, pp. 35-42.

en todo caso, debería excluir a las personas que prestan servicios en otros Estados, porque de lo contrario no queda garantizado que la ley que rige los contratos sea la española⁷⁰.

26. En cualquier caso, la aplicación del criterio basado en la ejecución del trabajo en España también plantearía dificultades. Se requeriría una identificación del Estado de trabajo habitual, similar a la que debe realizarse a la hora de determinar la competencia o la ley aplicable. Las personas que trabajen habitualmente en otros Estados o que no trabajen habitualmente en ningún Estado no computarían y serían «inexistentes» a efectos de la obligación de negociar el plan. Resultarían problemáticos los cambios de Estado habitual de trabajo. Si en un momento dado el número de personas trabajando en España se reduce por debajo de 50, desaparecería la obligación de negociar el plan y ha de entenderse que también desaparecería la obligación de aplicar un plan ya negociado. Igualmente, no puede descartarse que, a pesar de que el trabajo se ejecute en España, resulte aplicable la ley de otro Estado con el que el contrato presente mayor vinculación (art. 8.4 RRI). Aunque estos contratos *a priori* computarían a efectos de la obligación de negociar el plan, sin embargo, el plan negociado no les resultaría aplicable, de modo que lo más conveniente es que quedasen excluidos del cómputo.

V. Conclusiones

27. Las mujeres, las personas trabajadoras trans, de tercer sexo/género y con parejas del mismo sexo son «partes aún más débiles» en los contratos de trabajo transfronterizos. En estos contratos afloran problemas generales (comunes a todos los contratos de trabajo internacionales), problemas compartidos y problemas específicos.

28. Los problemas generales, en cualquier caso, afectan de un modo particular a estas personas:

- En los procesos de selección transfronterizos existen lagunas normativas que impiden conocer la protección que deberá garantizarse durante el proceso, así como la ley que regirá una hipotética reclamación por daños, que puede derivarse de un tratamiento o una exclusión discriminatoria.
- La aplicación de las Directivas laborales, incluidas las que contienen medidas protectoras para las mujeres trabajadoras, en algunos casos no se encuentra garantizada, incluso aunque el trabajo se haya desempeñado íntegramente en la UE. En la actualidad, no existen criterios que justifiquen una aplicación imperativa de la protección de las Directivas en estos casos, lo que, en cualquier caso,

70 En este sentido: Á. ESPINIELLA, *op. cit.*, p. 216.

requeriría que la demanda pueda plantearse en la UE. La aplicación de las disposiciones que transponen las Directivas solo cabe si estas pueden calificarse como normas internacionalmente imperativas del art. 9 RRI.

En este sentido, la aplicación con carácter internacionalmente imperativo de las disposiciones vinculadas con los derechos humanos y fundamentales de los trabajadores, incluidas las antidiscriminatorias, requiere una identificación basada en una interpretación finalista y en una compleja valoración de su vinculación directa con estos derechos.

- En los contratos de trabajo transfronterizos, la aplicación de los convenios colectivos, incluidas las medidas que tratan de garantizar la igualdad de trato de las mujeres, no se encuentra garantizada. Hasta el momento no existen criterios técnicamente viables que permitan articular la aplicación de los convenios en los que el contrato se encuentre incluido en el sistema del art. 8 RRI en todos los casos.

29. Asimismo, se dan problemas comunes, que afectan a todos o varios de los colectivos tratados:

- El reconocimiento del cambio de sexo (ya sea a mujer, hombre o tercer sexo/género) y de la filiación, el matrimonio o la pareja registrada, puede actuar como un presupuesto para la adecuación del régimen de derechos laborales al estatuto personal o familiar creado en otro Estado. Este puede encontrarse sometido a regímenes diversos, en función de cuál sea el Estado donde se plantee la demanda y, asimismo, el orden público del foro puede llevar a la denegación del reconocimiento, bloqueando la adecuación de régimen laboral al estatuto personal o familiar. Atendiendo a la jurisprudencia del TJUE, por el momento, la relevancia de las libertades europeas en el reconocimiento entre países de la UE en las reclamaciones laborales es incierto. Cabría sostener que el reconocimiento del sexo, la filiación, el matrimonio o la pareja registrada en un Estado miembro sería la única respuesta coherente con la jurisprudencia que hasta el momento ha visto la luz.
- La aplicación de los planes de igualdad para mujeres y personas LGTBI plantea problemáticas específicas. Su regulación en la LO 3/2007 y en la Ley 4/2023 no se adapta a las empresas de dimensión internacional ni prevé su aplicación en los contratos de trabajo transfronterizos. El criterio de la ejecución del trabajo en España *a priori* es el único viable para garantizar que la obligación de negociar el plan se coordine con las posibilidades de que el plan negociado se aplique. No obstante, plantea problemas, particularmente cuando el trabajo no se ejecuta en España de forma estable.

30. La situación de las mujeres y de las personas de tercer sexo/género presenta particularidades que no se encuentran en el resto de los colectivos:

- Al contrario de lo que sucede con el resto de los colectivos, las mujeres trabajadoras generalmente cuentan con un régimen protector desarrollado en los ordenamientos nacionales. Sin embargo, la aplicación de estas medidas no siempre se encuentra garantizada en situaciones internacionales. El orden público se configura como el mecanismo más efectivo de entre los disponibles para garantizar cierta protección.
- En los contratos de trabajo de las personas de tercer sexo/género no solo se plantean problemas de reconocimiento, sino también de adaptación de la ley que rige el contrato. Las soluciones consistentes en la aplicación de las normas dirigidas a uno de los dos sexos de la ley del contrato y en la toma en consideración de los caracteres del tercer sexo/género adquirido no resultan eficientes en todos los casos, por lo que en ocasiones se requerirá la construcción de una solución sustantiva en cuanto al régimen de derechos laborales para garantizar el respeto a la identidad sexual/de género de la persona.

VI. Bibliografía

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Una visión de las propuestas de regulación del género de las personas físicas desde el Derecho internacional privado», *La Ley Derecho de Familia*, n.º 30, 2021, pp. 115-157.

ARRÚE MENDIZÁBAL, M., «El derecho a la identidad sexual/de género y a la libertad de expresión de género. Los avances en la protección sociolaboral de las personas trans», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 473, 2023, pp. 125-173.

BALLESTER PASTOR, M. A., «El principio de igualdad de trato y no discriminación», en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FOTINOPOULOU BASURKO, O. y MIRANDA BOTO, J. M. (dirs.), *Lecciones de Derecho social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 139-155.

CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Tratado de Derecho internacional privado* (tomos I y III), 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

CARBALLO PIÑEIRO, L., *International Maritime Labour Law*, Springer, Reino Unido, 2015.

DEINERT, O., *International Labour Law under the Rome Conventions*, Beck/Hart/Nomos, Alemania, 2017.

- DUTTA, A. y PINTENS, W.**, «Private International Law Aspects of Intersex», en SCHERPE, J. M., DUTTA, A. y HELMS, T. (eds.), *The Legal Status of Intersex Persons*, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Chicago, 2018, pp. 415-426.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á.**, *La relación laboral internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S.**, *Derecho internacional privado*, 12.^a ed., Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2022.
- GARDEÑES SANTIAGO, M.**, «Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 132, 2017, pp. 163-188.
- 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...?, *JPIL*, vol. 12, n.º 2, 2016, pp. 261-280.
- GUEZ, P.**, «Identité de genre et droit international privé», GALLUS, N. (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, LGDJ, Bélgica, 2012, pp. 115-137.
- HAFTTEL, B.**, «Indentité sexuelle et droit international privé», BOLLÉE, S. y PATAUT, E. (dirs.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, Francia, IRJS, 2016, pp. 139-148.
- HOEK, A. VAN**, «Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?», *ERL*, n.º 3, 2014, pp. 157-169.
- JIMÉNEZ BLANCO, P.**, «La identidad de género en la movilidad transfronteriza: vertientes personal y familiar», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2024, vol. 16, n.º 2, 2024, pp. 985-999.
- KHATRI, S.**, «Hijras: The 21st Century Untouchables», *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, vol. 16, 2017, pp. 387-410.
- LIUKKUNEN, U.**, *The Role of Mandatory Rules in International Labour Law: A Comparative Study in the Conflict of Laws*, Talentum, Helsinki, 2004.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.**, *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Bormazo, Albacete, 2014.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.**, «La identidad de género en el Derecho internacional privado español», *REDI*, vol. 75, n.º 2, 2023, pp. 343-366.
- OUDEKERK, D. y ROGERS, A.**, *International Employment Disputes*, Sweet&Maxwell, Reino Unido, 2019.
- RODRÍGUEZ CARDÓ, I. A.**, *La seguridad jurídica en el derecho del trabajo y de la seguridad social: ¿Un principio en decadencia?*, BOE, Madrid, 2024.

ROMERO GARCÍA-ARANDA, C., *Mujer trabajadora en la Unión Europea: pasado y presente*, Aranzadi, Pamplona, 2023.

ROBBACH, S., «Kollisionrecht und Geschlecht im Wandel: Die international-privatrechtliche Behandlung der Geschlechtszugehörigkeit *de lege lata* und *de lege ferenda*», DUDEN, K. (ed.), *IPR für eine bessere Welt*, Mohr Siebeck, Alemania, 2022, pp. 125-142.

SÁEZ LARA, C., «Orientación e identidad sexual en las relaciones de trabajo», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n.º 5, 2022, pp. 43-65.

SELMA PENALVA, A., «El plan de igualdad en la empresa internacional», *Revista Justicia & Trabajo*, n.º 1, 2022, pp. 29-55.

ŽUPAN, M., DRVENTIĆ, M., «Gender Issues in Private International Law», *Gender Perspectives in Private Law*, Springer, Suiza, 2023, pp. 1-28.

PARTE II

**Género, orientación sexual y
matrimonios transfronterizos**

EL MATRIMONIO IGUALITARIO DESDE LAS LÓGICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ángel Espiniella Menéndez*

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Oviedo*

Sumario: I. Introducción: la intersectorialidad del matrimonio igualitario transfronterizo. II. Lógica de Derecho internacional en el matrimonio igualitario: *1. Derechos humanos y matrimonio igualitario:* A) Ausencia de un derecho humano al matrimonio igualitario e irrelevancia del elemento transfronterizo. B) El derecho humano a la vida privada y familiar en las relaciones igualitarias: la atenuación del orden público en casos transfronterizos. *2. Integración europea y matrimonio igualitario:* A) La libre circulación de personas y los cónyuges del mismo sexo o género. B) Configuración legal de la libertad fundamental. C) La idoneidad del método del reconocimiento para los matrimonios igualitarios. *3. Impacto de la lógica internacional en los sistemas constitucionales.* III. Lógica de Derecho privado en el matrimonio igualitario transfronterizo: *1. Validez y eficacia del matrimonio transfronterizo igualitario:* A) La despreocupación de la UE por la celebración del matrimonio transfronterizo igualitario. B) El reconocimiento del matrimonio igualitario celebrado por autoridad extranjera. C) Patologías de las acciones de nulidad de matrimonio igualitario transfronterizo. *2. La tutela judicial en casos de separación, divorcio y régimen económico del matrimonio transfronterizo igualitario:* A) Inhibición de tribunales de Estados miembros para el matrimonio igualitario. B) Foro de necesidad y matrimonio igualitario vinculado a terceros Estados. C) Interacciones con la tutela judicial ejecutiva. *3. Hacia la equiparación de derechos personales y patrimoniales de los cónyu-*

* El presente artículo ha sido previamente sometido a publicación en la revista *Cuadernos de Derecho Transnacional*, en el número homenaje al Prof. A. CALVO CARAVACA. El autor agradece a los directores de la Revista su autorización para la difusión del artículo en este libro.

Asimismo, la publicación se adscribe al Proyecto PID 2021-123452OB-I00, «Retos jurídicos para una sociedad inclusiva: obstáculos de género a la vida privada y familiar en casos de movilidad transfronteriza» financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE).

ges del mismo sexo o género: A) Nacionalidad e identidad de los cónyuges del mismo sexo o género. B) Derechos alimenticios y sucesorios del cónyuge del mismo sexo o género. IV. Conclusiones. V. Bibliografía

Resumen: recientes casos han mostrado un interés renovado por el régimen jurídico de los matrimonios transfronterizos igualitarios, que puede abordarse desde las dos lógicas que informan el Derecho internacional privado. Desde una lógica de Derecho internacional, se analizará el matrimonio igualitario a la luz de los derechos humanos, del proceso europeo de integración y del impacto de ambos en los sistemas constitucionales de los Estados. La conclusión será que debe atenuarse el orden público de los Estados contrarios a este matrimonio. Desde una lógica de Derecho privado, la mencionada atenuación del orden público resultará una técnica especialmente útil para afrontar la validez y eficacia del matrimonio igualitario transfronterizo, cuestiones relacionadas con la separación legal, divorcio y régimen económico, así como la identidad, la nacionalidad y los derechos alimenticios y sucesorios del cónyuge del mismo sexo o género.

Palabras clave: matrimonio igualitario, TEDH, TJUE, separación legal, divorcio, nulidad matrimonial, cónyuge del mismo sexo, nacionalidad e identidad, derechos alimenticios y sucesorios

Abstract: recent cases have shown a renewed interest about the regulation of cross-border equal marriages, which can be analyzed from the logics that informs Private International Law. From a logic of International Law, equal marriage will be analyzed in light of human rights, the European integration process and the impact on the constitutional systems of States. As conclusion, it will be necessary to attenuate the public order of the States contrary to this marriage. From a logic of Private Law, the mentioned attenuation of public policy is a particularly useful technique for the validity and effectiveness of cross-border equal marriage, issues of legal separation, divorce and property regime, as well as identity, nationality. and maintenance and inheritance rights of the spouse of the same sex or gender.

Keywords: equal marriage, ECHR, CJEU, separation, legal divorce, marriage annulment, same-sex spouse, nationality and identity, maintenance and inheritance rights

I. Introducción: la intersectorialidad del matrimonio igualitario transfronterizo

1. Recientes casos han mostrado un interés renovado por el régimen jurídico de los matrimonios transfronterizos igualitarios¹. En este sentido, ante el TJUE está pendiente una cuestión prejudicial de 23 de noviembre de 2023 planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo polaco,

1 Se utilizará esta terminología para referirse a cualquier matrimonio sin impedimento de género o sexo, incluyendo tanto los matrimonios de personas del mismo sexo como los matrimonios en los que ha existido un cambio de sexo o género.

en el asunto *JC-T* y *MT*, en el que deberán abordarse los efectos civiles de un matrimonio igualitario celebrado en un Estado miembro en otro Estado miembro que solo contempla el matrimonio entre personas de distinto sexo². Además, el 2023 ha sido un año de especial importancia para los matrimonios igualitarios en el TEDH, con cuatro sentencias sobre la violación del respeto de la vida privada y familiar, en demandas contra Rusia³, Ucrania⁴, Rumania⁵, Bulgaria⁶ y Polonia⁷. La Sentencia contra Rusia es, sin duda, el caso de referencia a partir del cual la Gran Sala del TEDH construye su jurisprudencia, y ello sin perjuicio de que Rusia ha dejado de ser miembro del Consejo de Europa⁸. Pero la sentencias contra Rumania, Bulgaria y Polonia tienen una especial relevancia, al tratarse de Estados miembros de la UE y muchas veces en relación con casos transfronterizos.

2. Cabría pensar que el punto de partida debe ser una regulación general y genérica para todo matrimonio, sin consideración al sexo o género de los contrayentes. Pero el hecho de que algunos Estados miembros, principalmente de la Europa del Este, pero también en países tan emblemáticos como Italia o Grecia, todavía no reconozcan el matrimonio igualitario genera una problemática particular, caracterizada por su intersectorialidad. Efectivamente en ella convergen planteamientos de derechos humanos, Derecho de la UE y de Derecho de persona, familia y sucesiones. Por esta razón, y evocando el planteamiento de M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, se propone una metodología sobre dos lógicas, la internacional y la de Derecho privado⁹. En la primera se analizará el matrimonio igualitario desde las perspectivas de los derechos humanos, del proceso europeo de integración y del impacto de ambos en los sistemas constitucionales de los Estados. Como se verá, de esta lógica se deriva la obligación de atenuar el orden público de los Estados contrarios a este matrimonio. En la segunda se abordará cómo

2 Asunto C-713/23.

3 STEDH (Gran Sala) 17 de enero de 2023, *Fedotova and others v. Russia*, n.º 40792/10 y otros.

4 STEDH 1 de junio de 2023, *Maymulakhin and Markiv v. Ukraine*, n.º 75135/14.

5 STEDH 23 mayo 2023, *Buhuceanu and others v. Romania*, n.º 20081/19 y otros.

6 STEDH 1 septiembre 2023, *Koilova and Babulkova v. Bulgaria*, n.º 40209/20.

7 STEDH 12 diciembre 2023, *Przybyszewska and others v. Poland*, n.º 11454/17 y otros.

8 El Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la Resolución CM/Res(2022)2, de 16 de marzo de 2022, por la que la Federación de Rusia dejaba de ser miembro del Consejo de Europa. Por Resolución del TEDH, de 22 de marzo de 2022, se declaró que la Federación de Rusia dejaba de ser parte con efectos de 16 de septiembre de 2022. De hecho, el Gobierno ruso ya no se presentó a la audiencia en el asunto *Fedotova*, que finalmente fue cancelada.

9 Cf. «Estado de origen vs. Estado de destino: las diferentes lógicas del Derecho Internacional Privado», en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Edifer, vol. 2, 2005, pp. 1787-1813.

dicha atenuación es una técnica especialmente útil para afrontar la validez y eficacia del matrimonio igualitario, cuestiones relacionadas con la separación, divorcio y régimen económico, así como la identidad, la nacionalidad y los derechos alimenticios y sucesorios del cónyuge del mismo sexo o género.

II. Lógica de Derecho internacional en el matrimonio igualitario

1. Derechos humanos y matrimonio igualitario

A) Ausencia de un derecho humano al matrimonio igualitario e irrelevancia del elemento transfronterizo

3. El TEDH considera que no hay un derecho humano en el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH)¹⁰, a que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. Al respecto evita posicionarse sobre si existe una discriminación en ello y sobre la alusión del Convenio y de la propia Declaración de Derechos Humanos de las ONU a «hombres y mujeres»¹¹. En cualquier caso, el Tribunal de Estrasburgo añade que la ausencia de cualquier forma de reconocimiento y protección jurídica de las parejas del mismo sexo viola el respeto de la vida personal y familiar del artículo 8 del CEDH, siguiendo su doctrina previa en el asunto *Oliari*¹².

4. El desplazamiento del debate desde el derecho humano al matrimonio hasta el respeto a la vida personal y familiar permite al TEDH, además, reafirmarse en su concepción del CEDH como un texto vivo que requiere de una interpretación dinámica, actual y contextualizada, más sencilla en el concepto de «vida familiar» que en el de matrimonio. Con ello desmonta un argumento del Gobierno ruso en el asunto *Fedotova*, que, apelando al artículo 62 del Convenio sobre el Derecho de los Tratados, hecho en Viena el 23 de mayo de 1969, sostenía que había ratificado el CEDH en un momento en el que el matrimonio estaba claramente previsto entre hombre y mujer¹³.

10 *BOE* n.º 243, 10.10.1979.

11 Expresiones que han dado lugar a famosas relecturas como, por ejemplo, hizo el Tribunal Constitucional sobre que la conjunción «y» no es sinónimo de «entre» hombres y mujeres, cf. STC (Pleno) 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, *BOE* n.º 286, 28.11.2012. En el ámbito del TEDH, la falta de pronunciamiento sobre el principio de no discriminación en el matrimonio ha originado varias opiniones disidentes.

12 *Vid.* STEDH 21 de julio de 2015, *Oliari y otros v. Italy*, n.º 18766/11 and 36030/11.

13 Cf. apartado 110; y las opiniones disidentes de los Jueces WOJTYCZEK, POLÁČKOVÁ y LOBOV.

Por todo ello, el TEDH constata el consenso en una «tendencia clara y continua» a favor del reconocimiento legal y la protección de las parejas del mismo sexo¹⁴, junto con una convergencia de los organismos internacionales¹⁵, para promover la armonía de valores de la sociedad democrática, tales como el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura¹⁶. Frente a las opiniones disidentes que ven en la alusión a la «tendencia dominante» un criterio interpretativo ajeno al Derecho Internacional, la inclusión del debate político en el análisis jurídico encuentra una razón jurídica última: la dignidad de las personas. De ahí deduce la importancia de esta cuestión para su «identidad personal y social»¹⁷, un valor intrínseco por conferir a la pareja «existencia y legitimidad frente al mundo exterior»¹⁸.

5. De todo lo expuesto hay un dato especialmente llamativo en la jurisprudencia del TEDH a los efectos del DIPr: aunque los casos puedan responder a una situación transfronteriza y a la falta de efectos en un Estado del matrimonio celebrado en el extranjero, el TEDH se centra en un análisis de Dere-

14 De acuerdo con el estudio del TEDH en el asunto *Fedotova*, treinta Estados parte ofrecen actualmente a las parejas del mismo sexo la posibilidad de que su relación sea reconocida por ley. En particular, dieciocho Estados (Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Islandia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Noruega, Portugal, Eslovenia, España, Suecia, Suiza y el Reino Unido) permiten el matrimonio igualitario, mientras que otros doce Estados (Andorra, Croacia, Chipre, República Checa, Estonia, Grecia, Hungría, Italia, Liechtenstein, Mónaco, Montenegro y San Marino) permiten formas alternativas al matrimonio para uniones de parejas del mismo sexo. En la Federación de Rusia y los dieciséis Estados miembros restantes (Albania, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Georgia, Letonia, Lituania, Moldavia, Macedonia del Norte, Polonia, Rumania, Serbia, Eslovaquia, Turquía y Ucrania), las parejas del mismo sexo no tienen la posibilidad de que su relación sea reconocida por ley.

15 Apartado 177 del asunto *Fedotova*. Desde la perspectiva de las Naciones Unidas, se cita el Informe A/HRC/29/23 «Discriminación y violencia contra las personas por su orientación sexual e identidad de género» de 29 de mayo de 2015 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (<https://digitallibrary.un.org/record/797193?v=pdf>). Desde la perspectiva del Consejo de Europa y de su Consejo de Ministros: Recomendación CM/Rec(2010)5 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; Informe sobre la implementación de la Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros del Comité Directivo de Derechos Humanos (CDDH), 16.9.2020. En relación con la Asamblea Parlamentaria: Recomendación 1474 (2000) de 26.9.2000 relativa a la «Situación de lesbianas y gays en los Estados miembros del Consejo de Europa»; Resolución 2239 (2018) «Vida privada y familiar: lograr la igualdad independientemente de la orientación sexual», de 10.10.2018; Resolución 2417 (2022) «Combatir el creciente odio contra las personas LGBTI en Europa», de 25.1.2022. Todos los documentos citados del Consejo de Europa están disponibles en <https://www.coe.int/>.

16 Apartado 179 en el asunto *Fedotova*.

17 Apartado 185 en el asunto *Fedotova*.

18 Apartados 200 y 201 en el asunto *Fedotova*.

cho civil y en si las legislaciones de los Estados demandados deben permitir contraer estos matrimonios o establecer un régimen de uniones de hecho¹⁹.

B) El derecho humano a la vida privada y familiar en las relaciones igualitarias: la atenuación del orden público en casos transfronterizos

6. El TEDH concluye que el derecho a la vida privada y familiar requiere proporcionar un marco jurídico a las uniones del mismo sexo y prestar una protección efectiva a sus relaciones de pareja²⁰. Se muestra partidario de una acción positiva y concluye que no hay protección efectiva por omisión²¹. La protección efectiva exige conceder derechos concretos propios de una vida en pareja, y no orientarse a derechos teóricos, simbólicos o ilusorios²². Tampoco se considera suficiente el acceso a derechos únicamente por vía judicial con base en acciones genéricas de Derecho común, al margen de un reconocimiento oficial de la pareja.

Ello conduce a un margen de apreciación de los Estados significativamente reducido a la hora de reconocer las uniones de parejas del mismo sexo²³. No obstante, este margen se amplía a la hora de determinar el abanico de formas de protección. Existe una «elección de los medios» para cumplir con las obligaciones positivas en lo que respecta a la forma de reconocimiento y al contenido de la protección²⁴.

7. La necesidad de un mínimo reconocimiento de las parejas del mismo sexo como respeto a la vida privada y familiar precisa de una doble técnica propia del DIPr: la transposición de instituciones y la atenuación del orden público. Se trata de buscar una institución en el Estado de destino mínimamente equivalente a la del Estado de origen que se pretende reconocer: en este caso, la asimilación de un matrimonio de cónyuges del mismo sexo a parejas de hecho del mismo sexo, que deben tener una mínima protección²⁵.

19 Cf. DURÁN AYAGO, A., *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, p. 160.

20 Apartado 178 del asunto *Fedotova*. En la doctrina española, *vid.* ya tempranamente, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Dimensión internacional de matrimonios entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del legislador no vio», *Estudios de Derecho de familia y sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, 2009, pp. 9-37, pp. 32-33.

21 Apartado 179 en el asunto *Fedotova*.

22 Apartado 190 en el asunto *Fedotova*.

23 Apartados 186 y 187 en el asunto *Fedotova*.

24 Apartados 188 y 189 en el asunto *Fedotova*.

25 *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El impacto de la admisión del matrimonio de homosexuales en el Derecho español: perspectiva internacional», *Matrimoni homosexual i adopció/Matrimonio homosexual y adopción*, Madrid, Reus, 2006, pp. 45-73, pp. 58-60; FERNÁNDEZ

Esta equivalencia no se basaría en el desconocimiento de la institución matrimonial, sino en la atenuación del orden público y en el reconocimiento de unos mínimos efectos²⁶.

2. Integración europea y matrimonio igualitario

A) La libre circulación de personas y los cónyuges del mismo sexo o género

8. Desde la célebre Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 5 de junio de 2018 en el asunto *Coman* y otros²⁷, el matrimonio de personas del mismo sexo tiene una relevancia constitucional en el proceso de integración europea, de la que se derivan tres premisas. Primera, sin necesidad de un acto legislativo expreso, el TFUE²⁸ establece una serie de garantías y de derechos a los cónyuges del mismo sexo en tanto afecten a la libre circulación de personas. Segunda, sin el ejercicio de la competencia normativa por el legislador de la UE, el Tribunal de Justicia va a interpretar cuestiones de trascendencia constitucional relacionadas con los cónyuges del mismo sexo. Y, tercera, sin necesidad de normas de conflicto, esta interpretación se construirá sobre el método de reconocimiento de actos, con la atenuación del orden público de los Estados miembros contrarios y la obligación de reconocer unos mínimos efectos.

En este sentido, la negativa al reconocimiento del matrimonio del mismo sexo se convierte en un obstáculo ilegal a la libre circulación de personas y al ejercicio efectivo del derecho de entrada y residencia en un Estado miembro, garantizado en el artículo 21 TFUE²⁹. Afecta, además, a la Carta Europea de

ROZAS, J. C., «Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n.º 25, 2009, pp. 9-44, pp. 23-24; y SOTO MOYA, M., *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 167-172.

26 Cf. SOTO MOYA, M., *op. cit.*, pp. 178-188. Sobre la evolución de esta técnica en materia matrimonial, *vid.* AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «Matrimonio, igualdad conyugal y Derecho internacional privado», *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, vol. 1, 2001, pp. 33-51, esp. p. 51.

27 Asunto C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385. Se trataba de un matrimonio de persona del mismo sexo, celebrado en los Estados Unidos, de un hombre con doble nacionalidad estadounidense y rumana con otro hombre estadounidense, que solicita a la Inspección General de Inmigración de Rumanía el ejercicio del derecho de residencia del cónyuge de tercer Estado en dicho país.

28 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *DOUE* n.º 83, 30-III-2010.

29 Apartado 40. *Vid.* los artículos 2, punto 2, letra a), 3, apartados 1 y 2, letras a) y b), y 7, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, *DOUE* n.º L 158, 30.4.2004.

Derechos Fundamentales³⁰ y, en particular, al derecho al respeto de la vida privada y familiar de los cónyuges³¹, con el mismo sentido y alcance que los garantizados en el CEDH³² y en el marco de un diálogo armónico entre TJUE y TEDH³³.

9. Es cierto que la competencia para regular el estado civil es de los Estados miembros, pero el ejercicio de dicha competencia debe respetar las disposiciones del TFUE y las libertades de los ciudadanos de la UE³⁴ y, a este respecto, la entrada y la residencia de sus cónyuges de terceros Estado lo son³⁵. Que un ciudadano de la UE no pueda residir con su núcleo familiar en un Estado miembro es un elemento relevante de disuasión y, por tanto, un obstáculo a la libre circulación³⁶, que no es proporcional³⁷, ni atiende a razones de interés general, por no suponer una amenaza real y grave³⁸. Debe, por tanto, atenuarse el orden público de los Estados miembros contrarios al matrimonio igualitario y reconocerse unos mínimos efectos a este, al menos, los relacionados con la libre circulación de personas³⁹.

B) Configuración legal de la libertad fundamental

10. En la Sentencia *Coman* se enfatiza mucho en que la Directiva 2004/38, que concede el derecho de entrada y residencia a los cónyuges de ciudadanos de la UE, guarda silencio sobre el retorno de un ciudadano de la UE a su Estado miembro de origen. Por eso se apela al efecto útil de la libre

30 Apartado 47. *Vid.*, en otro contexto, STJUE de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, apartado 66.

31 Artículo 7 de la Carta y su cita en el apartado 48 de la Sentencia.

32 *Cf.* apartados 49 y 50.

33 *Vid.* JIMÉNEZ BLANCO, P., «La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18: *Coman*», *La Ley. Unión Europea*, n.º 61, 2018, § 14.

34 *Cf.* apartado 38.

35 *Cf.* apartado 39.

36 *Cf.* apartado 24.

37 *Cf.* apartado 41 y, previamente, entre otras, STJUE de 26 de febrero de 2015, *Martens*, C-359/13, EU:C:2015:118, apartado 34.

38 Apartados 44 y 45. Desde el momento en el que no se obliga a ningún Estado miembro a incluir el matrimonio del mismo sexo ni en su constitución ni en su legislación. *Vid.*, sobre esta doctrina, STJUE de 2 de junio de 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14, EU:C:2016:401, apartado 67.

39 *Cf.* ORTIZ VIDAL, M. D., «El derecho de residencia en la Unión Europea de matrimonios entre personas del mismo sexo», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 62, 2020, pp. 127-154, pp. 146-151.

circulación y a la evitación de discriminaciones inversas⁴⁰. El regreso del ciudadano de la UE al Estado de su nacionalidad no puede ser más perjudicial ni someterse a requisitos más estrictos que su movilidad a un Estado miembro distinto, conforme a la Directiva 2004/38, que tiene, en este sentido, una aplicación analógica⁴¹.

Pero la Sentencia rezuma que la cuestión trasciende a la legalidad ordinaria, de tal manera que la propia Directiva y cualquier otro acto derivado quedan compelidos por los límites derivados del TFUE. No obstante, a mi juicio no se trata exactamente de que el concepto de «cónyuge» sea autónomo del Derecho de la UE, como afirma el Tribunal⁴². Más bien se trata de un concepto que se somete a la legislación del Estado de celebración del matrimonio, sin que los Estados miembros puedan oponerse al reconocimiento de tal condición⁴³.

C) La idoneidad del método del reconocimiento para los matrimonios igualitarios

11. En el asunto *Coman*, el TJUE se refiere constantemente a que se trata de un matrimonio «*contraído en un Estado miembro de conformidad con su Derecho*»⁴⁴. Podría afirmarse que el TJUE da una trascendencia constitucional al método de reconocimiento de actos para garantizar la libre circulación de personas⁴⁵. Ello se explica por varias razones. En primer lugar, dicho método bebe de principios constitucionales, el del Estado de origen y el del reconocimiento mutuo⁴⁶, que no precisan, por tanto, de actos derivados. Se adecua, además, a la regulación de situaciones correlativas en el espacio,

40 Cf. apartados 20 y 21.

41 Cf. apartados 25, 54 y 55. Esta idea es contante en la jurisprudencia, *vid.* STJUE de 12 de marzo de 2014, *O. y B.*, C-456/12, EU:C:2014:135, apartado 50; STJUE de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vílchez y otros*, C-133/15, EU:C:2017:354, apartados 54 y 55; STJUE de 14 de noviembre de 2017, *Lounes*, C-165/16, EU:C:2017:862, apartado 61.

42 *Vid.* JIMÉNEZ BLANCO, P., «La movilidad transfronteriza de matrimonios...», *loc. cit.*, § 9.

43 *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE? A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto *Coman*, *La Ley. Unión Europea*, n.º 56, 2018, esp. §§ 9 y 10.

44 Idea que se repite insistentemente en los apartados 33, 35, 36, 39, 40, 45, 51, 52 y 56.

45 Cf. GUZMÁN ZAPATER, M., «Matrimonio entre personas del mismo sexo y derecho a la libertad de circulación (sobre la STJ, Gran Sala, 5 de junio de 2018, en el as. C-673/16, *Coman*)», *REEI*, n.º 36, 2018, pp. 9-16, esp. pp. 11 y ss.

46 *Vid.* GARDEÑES SANTIAGO, M., «Reconocimiento mutuo y principio del Estado de origen: su incidencia en el ámbito del Derecho aplicable», en *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional. Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional –AEPDIRI– celebradas en Madrid el 17 y el 18 de diciembre de 2007*, Madrid, AEPDIRI/Iustel, 2008, pp. 521-537.

merced al ordenamiento de integración, a diferencia de aquellas situaciones discontinuas en el espacio, que siempre han encontrado un método idóneo en la localización en un Estado de la relación jurídica.

En segundo lugar, el método de reconocimiento implica una circulación de actos entre dos Estados, y no su mera localización en un Estado⁴⁷. Por esta razón, este método se vincula operativamente a la libre circulación de personas, habida cuenta de que ambos conceptos presuponen un elemento necesariamente transfronterizo: la movilidad de personas y la portabilidad de su estado civil⁴⁸. Aparece con ello un título competencial claro del Derecho de la UE que justifica la intervención del TJUE y que no existiría si no se hubiera ejercido la circulación⁴⁹.

En tercer lugar, el TJUE encuentra ventajas importantes en la aplicación del método de reconocimiento, para no afectar el interés general ni el orden público de los Estados miembros y respetar el principio de proporcionalidad en la intervención de la UE⁵⁰. No se trata de obligar a incluir el matrimonio en sus órdenes constitucionales y legislaciones; solo de reconocer el acto jurídico de otro Estado miembro.

12. Afirmada las bondades del método del reconocimiento en el TFUE, en el asunto *Coman* se pasa de puntillas por la cuestión de qué hubiera ocurrido si el matrimonio se hubiera celebrado en un tercer Estado. Por ejemplo, si en lugar de un matrimonio de un rumano y un estadounidense celebrado ante autoridades belgas, el matrimonio se hubiera celebrado ante autoridades estadounidenses. Ya no opera el principio de Estado de origen ni con ello una presunción de validez de dicho matrimonio en el Estado de origen. Por

47 Vid. DURÁN AYAGO, A., *op. cit.*, pp. 45 y ss. Se evita, así, el conocido riesgo de un «efecto nacionalizador» o tratamiento de una situación heterogénea como si fuera interna de la *lex causae*. Vid. las indispensables reflexiones al respecto de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Objeto del DIPr y Especialización Normativa», *ADC*, 1993, pp. 1109-1151.

48 Vid. PFEIFF, S., *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruselas, Bruylant, 2017, pp. 347 y ss. En España, vid. SOTO MOYA, M., *op. cit.*, pp. 172 y ss.; DURÁN AYAGO, A., *op. cit.*, pp. 93 y ss. En términos más generales, son imprescindibles los trabajos de JAYME, E. y KOHLER, C., «Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?», *IPRax*, vol. 21, 2001, pp. 501-514, esp. pp. 501-503; id., «Europäisches Kollisionsrecht 2004: Territoriale Erweiterung und methodische Rückgriffe», *ibid.*, vol. 24, 2004, pp. 481-493, esp. pp. 483-484; LAGARDE, P., «La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé», *R. des C.*, t. 371, 2014, pp. 9-42, pp. 26-30; y LEQUETTE, Y., «Les mutations du droit international privé: vers un changement de paradigme?», *R. des C.*, t. 387, 2016, pp. 9-644, pp. 559 y ss.

49 De hecho, el Tribunal exige que se haya activado la libre circulación, es decir, que se haya ejercido en otro Estado miembro; por consiguiente, la afectación al Estado miembro de la nacionalidad se produce cuando existe una circulación de regreso. Vid. apartado 31 y precedentes como la STJCE de 7 de julio de 1992, *Singh*, C-370/90, EU:C:1992:296, apartados 21 y 23.

50 Apartado 45.

consiguiente, *prima facie* el Estado miembro de destino podría exigir un reconocimiento conflictual y exigir que el matrimonio fuera válido conforme a las normas de DIPr del Estado de acogida. Ahora bien, subsiste la obligación de atenuar el orden público del Estado de acogida y de no negar la eficacia por el único impedimento de que se trate de cónyuges del mismo sexo.

3. Impacto de la lógica internacional en los sistemas constitucionales

13. En la litigación internacional expuesta ante el TEDH y el TJUE, los Estados demandados se han defendido con vehemencia invocando la vulneración de su orden constitucional. Esto ha reabierto el debate clásico sobre conflictos de constituciones y la supremacía o primacía del Derecho internacional y de la UE; máxime cuando el TJUE no ha dudado en afirmar que la vocación del estatuto del ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros⁵¹. No es este el lugar para abordar esta cuestión, pero sí para recordar que el ordenamiento de la UE y los ordenamientos estatales son sistemas jurídicos autónomos que concurren en un mismo territorio⁵², pero que tienen un presupuesto de validez distinto y que, por ello, se entienden por relaciones de compatibilidad, por un binomio de cumplimiento-incumplimiento y por interacciones de *inputs* y *outputs*. Ciertamente, las autoridades estatales, que lo son a la vez de la UE, se enfrentan al dilema de cumplir con lo regulado en su constitución para el matrimonio igualitario o cumplir con el Derecho de la UE, incumpliendo uno de los dos⁵³.

51 Apartado 30 y previamente STJCE de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk, C-184/99, EU:C:2001:458, apartado 31; STJUE de 8 de marzo de 2011, Ruiz Zambrano, C-34/09, EU:C:2011:124, apartado 41.

52 El Tribunal de Justicia ha afirmado que, aunque el TCEE había sido concluido bajo la forma de un acuerdo internacional, no deja de ser la «*carta constitucional de una comunidad de Derecho*» [Dictamen 1/91 de 14 de diciembre de 1991, EU:C:1991:490, apartado 21], constituyendo un «*ordenamiento jurídico propio, integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros*» (STJCE de 15 de julio de 1964, *M. F. Costa c. ENEL*, 6/64, EU:C:1964:6). Ya con anterioridad la STJCE de 5 de febrero de 1963 [*van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, 26-62, EU:C:1963:1] se refería a un Derecho europeo independiente de las legislaciones de los Estados miembros. En España, la Declaración 1/2004 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 13 de diciembre de 2004 (*BOE* supl. al n.º 3, 4-I-2005) no dudó en calificar a la UE como un «*ente supranacional distinto, susceptible de crear un Ordenamiento propio*», en cuyo marco el Derecho europeo es «*un sistema normativo autónomo*» (FF.JJ. 2 y 4).

53 Nótese las serias dudas sobre el cumplimiento de la Sentencia *Coman* en Rumania, *vid.* Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2021, sobre los derechos de las personas LGBTIQ en la Unión Europea (2021/2679(RSP)) (2022/C 117/01). Este incumplimiento ha originado una demanda ante el TEDH. *Vid.* PÉREZ MARTÍN, L. A., «El caso *Coman* entre el TJUE y el TEDH: la identidad nacional como límite jilícito? a la práctica a la libertad

A este respecto, el Derecho internacional y el de la UE emiten una serie de *outputs*. A los más obvios —amenaza de sanciones que se deriven por el incumplimiento del ordenamiento de la UE e influencia y presión para reformar los sistemas constitucionales—, se une un tercer *output* posibilista: una invitación a que los Estados miembros atenúen su orden público y reduzcan, así, la tensión entre sistemas. Los Estados miembros pueden recoger esa invitación como un *input* y considerar que no hay lesión a su Constitución, porque no se obliga a celebrar matrimonios del mismo sexo, sino simplemente a reconocer los actos celebrados en otros Estados miembros. Dicha atenuación del orden público operaría de dos formas: bien a través de la transposición de instituciones y asimilación del matrimonio a una unión de hecho protegida en el Estado de acogida (modelo del TEDH); bien a través de la minimización de efectos y reconocimiento solo de aquellos efectos que permita el ejercicio de la libertad fundamental de circulación (modelo del TJUE). Con este planteamiento ya se pueden abordar las cuestiones propias al Derecho matrimonial y a una lógica de Derecho privado.

III. Lógica de Derecho privado en el matrimonio igualitario transfronterizo

1. Validez y eficacia del matrimonio transfronterizo igualitario

A) La despreocupación de la UE por la celebración del matrimonio transfronterizo igualitario

14. La UE se ha despreocupado de las cuestiones jurídicas relativas a la celebración de matrimonios en general y entre parejas del mismo sexo en particular. En supuestos puramente internos esto se explica por la ya aludida falta de una competencia normativa para la armonización de las legislaciones de los Estados miembros⁵⁴. A lo sumo, del CEDH se desprende ya una obligación para los Estados parte de regular de forma efectiva las parejas del mismo sexo. En cualquier caso, en supuestos transfronterizos esta despreocupación es menos justificable, pues puede defenderse una competencia de la UE para unificar las normas de DIPr sobre la celebración del matrimo-

de circulación en la UE», en JIMÉNEZ BLANCO, P. y RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza*, Madrid, Colex, en prensa (cortesía del autor).

54 Cf. apartado 37 de la Sentencia *Coman* antes citada y, en el mismo sentido, STJUE de 24 de noviembre de 2016, *Parris*, C-443/15, EU:C:2016:897, apartado 59. En la doctrina, entre otros, *vid.* REQUENA CASANOVA, M., «Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto *Coman* y otros», *RDCE*, n.º 62, 2019, pp. 41-79, pp. 49-52.

nio⁵⁵. Sorprenden, de hecho, los avances en la libre circulación de decisiones sobre crisis matrimoniales frente a la despreocupación por la libre circulación de matrimonios como actos jurídicos, sin reparar en que la portabilidad del estado civil afecta a la libre circulación de personas.

15. Esta situación da un margen de actuación amplio a los Estados miembros, para abordar fenómenos como el «turismo matrimonial» o aquella práctica en la que se busca la autoridad de un Estado miembro cuyo ordenamiento permite el matrimonio igualitario, aunque esté poco vinculada con las circunstancias de los contrayentes. En España, efectivamente se aplica la ley española a la posibilidad de celebrar el matrimonio igualitario, aunque no esté permitido por la ley de la nacionalidad de los contrayentes⁵⁶. No es tanto una cuestión de capacidad individual de los contrayentes, sino un aspecto consustancial al matrimonio a celebrar entre dos personas, que, además, expresa el ejercicio de un derecho fundamental y que, por ello, se somete a la ley española como ley de la autoridad de celebración⁵⁷. En este contexto

55 Ciertamente el artículo 81 del TFUE, al referirse a los conflictos de leyes, se refiere a la «cooperación judicial» en asuntos civiles. Pero no puede olvidarse que el DIPr aplicable a la celebración del matrimonio afecta de lleno a una acción judicial, la de nulidad matrimonial, como se verá después. Tampoco, que el legislador ya ha lanzado propuestas para unificar aspectos del estado civil al margen de su determinación por un órgano jurisdiccional. Así ocurre con la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo, COM(2022) 695 final, 2022/0402(CNS), Bruselas, 7.12.2022. Esta propuesta se aplicaría a la determinación de la filiación, sea en un contexto judicial o no, y a documentos públicos que pueden ser certificaciones registrales en las que no ha existido un proceso jurisdiccional.

56 Vid. la Resolución Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, *BOE* n.º 188, 8-VIII-2005. En la doctrina, vid. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Derecho internacional privado y matrimonios entre personas del mismo sexo», *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, n.º 23, 2005, pp. 11-70, esp. pp. 26 y ss.; ZABALO ESCUDERO, E., y DIAGO DIAGO, P., «Matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva internacional privatista», *Estudios de Derecho Judicial, Novedades legislativas en materia matrimonial*, n.º 130, Madrid, CGPJ, 2007, pp. 245-310, esp. pp. 277-285; y, desde una perspectiva más crítica, ABARCA JUNCO, P. y GÓMEZ JENE, M. «Nota sobre la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo», *REDI*, vol. LVIII, 2006-1, pp. 309-318, esp. pp. 314-315. Atendiendo a un análisis comparado, vid. IRIARTE ÁNGEL, J. L., «Capacidad para contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Problemas de Derecho Internacional Privado. Una visión comparada España-Canadá», *ADC*, t. LXIII, 2020, pp. 637-676, esp. pp. 644 y ss.

57 Vid. la citada Resolución Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 y, por todos, SÁNCHEZ LORENZO, S., «Nota a la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio», *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 509-515, esp. p. 513; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: Una lectura más crítica», *La Ley*, n.º 6629, 15.1.2007, pp. 1-15. Vid. ya tempranamente sobre la aplicación de la ley de la autoridad, Vid. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 90-96 y 178 y ss.

debe entenderse la demanda pendiente ante el TEDH por la no expedición de certificados de capacidad matrimonial por Estados de la nacionalidad contrayentes contrarios al matrimonio igualitario⁵⁸. Sorpresivamente se demanda a Polonia por no expedirlos, en lugar de a España por requerirlos, cuando es el propio ordenamiento español el que considera esta una cuestión regida por la ley española y ajena a un certificado de capacidad.

16. Sea como fuere, la eventual práctica de «turismo matrimonial» por celebrar matrimonios al margen de lo dispuesto por la ley nacional de los contrayentes se mitiga con la exigencia de que al menos uno de los contrayentes esté domiciliado en España para poder celebrar el matrimonio⁵⁹. En modo alguno cabe aplicar requisitos de competencia distintos a los de los matrimonios de distinto sexo⁶⁰. Tampoco parece existir un riesgo de «turismo matrimonial» en relación con el matrimonio celebrado por el cónsul o diplomático encargado del Registro Civil en el extranjero⁶¹. Es sabido que este matrimonio exige una vinculación relevante con el Estado del cónsul⁶² y, además, el Estado de recepción puede oponerse a la celebración de matrimonios del mismo sexo⁶³, si estos suponen una vulneración de su ordenamiento⁶⁴. Cabría, no obstante, evitar estos inconvenientes y permitir que el cónsul fuera simplemente instructor del expediente y delegara en otra autoridad española la celebración del matrimonio⁶⁵.

B) El reconocimiento del matrimonio igualitario celebrado por autoridad extranjera

17. El hecho de que en España se celebre el matrimonio igualitario con independencia de lo que disponga la ley nacional de los contrayentes puede suponer que el matrimonio sea claudicante y no susceptible de reconocimiento en algunos terceros Estados⁶⁶. En la UE, a día de hoy tampoco exis-

58 *Szypula v. Poland*, 78030/14 y 23669/16.

59 Artículo 51 Cc. *Vid.* la ya citada Resolución Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005.

60 *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 12.ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2022, § 335.

61 Artículo 51.2.3.º Cc.

62 Al menos uno de los contrayentes debe ser la nacionalidad del cónsul y al menos uno de los contrayentes debe estar domiciliado en la demarcación del cónsul, además de que ninguno de los contrayentes debe ser de la nacionalidad del Estado de recepción.

63 Artículo 5, apartado f) del Convenio de Viena de Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963; artículo 13.b) Convenio Europeo sobre las Funciones Consulares, hecho en París el 11 de diciembre de 1967.

64 Resolución Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 antes citada, § IX.

65 *Cf.* la citada Resolución Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005, § IX, si bien referido al antiguo artículo 57 Cc ya reformado, y al artículo. 250 RRC.

66 *Vid.* GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «El matrimonio entre personas del mismo sexo en el Dere-

ten normas europeas sobre el reconocimiento de matrimonios entre Estados miembros⁶⁷. En consonancia con lo señalado en el apartado anterior, en la agenda de la UE debería estar la unificación de las normas de DIPr sobre la celebración del matrimonio y su reconocimiento entre Estados miembros. Sea como fuere, está claro que el reconocimiento del matrimonio del mismo sexo ha sido hasta ahora una materia sometida al DIPr del Estado requerido y a sus consideraciones de orden público⁶⁸. Cuando este no admita los matrimonios del mismo sexo, el resultado podría ser *prima facie* la denegación de la inscripción.

18. No obstante, la cuestión es si la doctrina *Coman* es extensible en este punto, de tal manera que se deben reconocer los matrimonios, válidamente celebrados conforme al ordenamiento de otro Estado miembro, incluidas sus normas de DIPr. A tal efecto, y como ya se ha indicado, está pendiente una cuestión prejudicial de 23 de noviembre de 2023 planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo polaco, en el asunto *JC-T* y *MT*. Sin adelantar nada sobre el caso, es verdad que la Sentencia *Coman* insiste enormemente en su carácter excepcional y en su referencia únicamente al derecho de residencia de un cónyuge del mismo sexo de un ciudadano de la UE⁶⁹. A ello se une la jurisprudencia del TEDH que no eleva a derecho humano el matrimonio igualitario y, por tanto, no impide todavía invocar el orden público en contra.

Sea como fuere, también es cierto que, de forma embrionaria, la Sentencia *Coman* sentó dos bases muy útiles *pro futuro* para el DIPr sobre cómo afrontar la eficacia civil de un matrimonio igualitario, que pueden ser desarrolladas en la futura sentencia en el asunto *JC-T* y *MT*. La primera, la necesidad de que prime un método de reconocimiento del acto más que un método puramente conflictualista, sobre la base de la idea de la portabilidad del estado civil. Y ello sin perjuicio de exigir una vinculación real y significativa del acto jurídico con el Estado miembro de origen, sin amparar prácticas de «turismo matrimonial⁷⁰». La segunda premisa derivada del asunto *Coman* es la necesidad de atenuar el orden público nacional del Estado de la autoridad que

cho internacional privado», *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, Granada, Comares, 2009, pp. 69-80, esp. pp. 74-78; SOTO MOYA, M., «Matrimonio, orientación sexual e integración del extranjero», *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, Atelier, 2009, pp. 685-714 (versión consultada en www.digibug.ugr.es, pp. 1-36, esp. pp. 28 y ss).

67 Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El impacto de la admisión del matrimonio...», *loc. cit.*, pp. 63-64.

68 En España, artículo 98.1 LRC. Vid. ARTUCH IRIBERRI, E., «La libertad individual y las parejas ante el Derecho internacional privado», *REDI*, vol. LIV, 2002-1, pp. 41-63, pp. 58-63.

69 Cf. JIMÉNEZ BLANCO, P., «La movilidad transfronteriza de matrimonios...», *loc. cit.*, § 6; DURÁN AYAGO, A., *op. cit.*, p. 159.

70 Cf. JIMÉNEZ BLANCO, P., «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado», *REEL*, n.º 35, 2018, pp. 1-49, esp. pp. 39-40.

conozca del caso. Al menos, los matrimonios igualitarios tendrán que ser reconocidos como uniones de hecho protegidas⁷¹.

La interrogante es si el TJUE irá más allá en el caso pendiente *JC-T* y *MT*. No es descartable que el principio de no discriminación pueda ser invocado para obligar al reconocimiento de los matrimonios igualitarios celebrados en otros Estados y, con ello, reducir el principio de identidad nacional de los Estados miembros contrarios a estos, cosa que el TEDH ha evitado hasta este momento y que el TJUE no hizo en el asunto *Coman*⁷². Pero, sobre todo, es probable que el TJUE haga una lectura no solo desde el respeto a los derechos humanos. Hasta la fecha todos los casos en los que se han planteado cuestiones de portabilidad de identidad o de estado civil han sido resueltas a favor de un reconocimiento obligado en el Estado de destino por su vinculación a la libre circulación de personas⁷³. Así ha sucedido en materia de nombre, en los casos *García Avello*⁷⁴ y *Grunkin Paul*⁷⁵, en materia de filiación, en el asunto *Pancharevo*⁷⁶, y en materia de género, al menos en al menos en el asunto *Mirín*⁷⁷. Nada indica que no ocurra lo mismo con el matrimonio igualitario.

C) Patologías de las acciones de nulidad de matrimonio igualitario transfronterizo

19. La competencia judicial internacional para las acciones de nulidad matrimonial está recogida en el Reglamento (UE) 2019/1111⁷⁸, en los mismos términos y con la misma amplitud que el divorcio y la separación, sin reparar en que se tratan de acciones muy distintas, como se evidencia en los supuestos de matrimonios entre personas del mismo sexo. La pregunta es si los tribunales de un Estado miembro deben conocer de acciones de nulidad del matrimonio del mismo sexo constituido conforme a otro ordenamiento

71 Sobre la situación de las uniones registradas del mismo sexo, *vid.* apartado 36 de la Sentencia *Coman*, *cit.*

72 *Vid.* ESPINAR VICENTE, J. M., *El matrimonio, las familias y la protección del menor en el ámbito internacional*, Madrid, Dykinson, 2019, p. 37.

73 *Vid.*, en el mismo sentido, DURÁN AYAGO, A., *op. cit.*, p. 158.

74 *Vid.* STJCE (Gran Sala) de 2 de octubre de 2003, C-148/02, EU:C:2003:539. La doble identidad se produce por una situación de doble nacionalidad entre Estados miembros, un menor hispano-belga cuyo nacimiento debe inscribirse en ambos países.

75 *Vid.* STJCE (Gran Sala) 14 de octubre de 2008, C-353/06, EU:C:2008:559. En este caso, la doble identidad se produce por la necesaria inscripción en el Estado miembro de la nacionalidad y en el Estado miembro de nacimiento y residencia.

76 *Vid.* STJUE (Gran Sala) 14 de diciembre de 2021, C-490/20, EU:C:2021:1008.

77 *Vid.* STJUE (Gran Sala) de 4 de octubre de 2024, C-4/23, ECLI:EU:C:2024:845.

78 Del Consejo, de 25 de junio de 2019, *DOUE* n.º L 178, 2.7.2019.

a pesar de que en el Estado del foro no se reconozcan dichos matrimonios. Piénsese, por ejemplo, en el matrimonio igualitario español de dos polacos residentes en España; imagínese, incluso, que con el tiempo y antes de presentar la demanda regresan a Polonia donde fijan su residencia. ¿Deben los tribunales polacos conocer de una acción de la nulidad del matrimonio celebrado ante autoridad española?

20. Esta situación puede provocar patologías jurídicas. Por un lado, en la normativa actual nada impide anular matrimonios del mismo sexo totalmente válidos en el Estado de celebración, en lo que es una «exacerbación del orden público» de los Estados contrarios al matrimonio igualitario. Por otro lado, puede darse un conflicto de órdenes públicos: en el Estado del foro se anula el matrimonio del mismo sexo por ser contrario a su orden público; en el Estado de celebración no se reconoce dicha sentencia precisamente por vulnerar el orden público favorable al derecho a un matrimonio igualitario como derecho fundamental. Este conflicto se produce porque, bajo la noción de orden público, coexisten dos concepciones. Hay un orden público «portable», el del Estado de constitución del matrimonio, vinculado a la validez universal de sus propios actos, que tiene vocación de circular en otros Estados miembros⁷⁹. Por otra parte, hay un orden público estático, el de cualquier otro Estado miembro distinto, vinculado a la eficacia territorial de un acto extranjero y construido en términos defensivos de no reconocimiento de actos de otro ordenamiento en su territorio. Este orden público estático en modo alguno tiene vocación de circular en otros Estados miembros⁸⁰.

21. La normativa europea actual no aborda este problema. El Reglamento (UE) 1259/2010, sobre ley aplicable a la separación y divorcio⁸¹, expresamente excluye de su ámbito de aplicación la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio, así como la nulidad matrimonial⁸². El ya citado Reglamento (UE) 2019/1111, que sí incluye las acciones de nulidad a los efectos de la competencia judicial y el reconocimiento, tampoco soluciona estas patologías. De hecho, ni siquiera atribuye competencia a los tribunales del Estado miembro de celebración del matrimonio para las acciones de nulidad, los cuales garantizarían que el matrimonio no fuera anulado en ningún caso por un mero impedimento de género.

79 *Vid.*, destacadamente, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *op. cit.*, pp. 273 y ss., sobre la aplicación de la teoría del «ordenamiento competente» a estas cuestiones.

80 *Vid.*, sobre las distintas finalidades de la acción de nulidad matrimonial, ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales (Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español)*, Santiago de Compostela, De Conflictu Legum, 2004, pp. 179 y ss.

81 Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, *DOUE* n.º L 343, 29.12.2010.

82 Artículo 1.2, apartados b) y c).

2. La tutela judicial en casos de separación, divorcio y régimen económico del matrimonio transfronterizo igualitario

A) Inhibición de tribunales de Estados miembros para el matrimonio igualitario

22. Los Estados miembros contrarios al matrimonio igualitario se enfrentan a un dilema: prestar una tutela judicial efectiva a los cónyuges del mismo sexo en materias como separación, divorcio o régimen económico matrimonial, o permitir que sus órganos jurisdiccionales se inhiban respecto de un matrimonio que su ordenamiento no admite. En esta tesitura, atribuir competencia a los tribunales del Estado miembro de constitución del matrimonio del mismo sexo puede ser una solución óptima. Presentarán una proximidad jurídica relevante y el matrimonio será válido en ese ordenamiento, de forma que los cónyuges encontrarán en esos tribunales la mínima tutela judicial efectiva.

23. La inhibición está prevista en el Reglamento (UE) n.º 1259/2010, para la separación y el divorcio⁸³, y en el Reglamento (UE) n.º 2016/1103 para los regímenes económicos matrimoniales⁸⁴. Entre una y otra redacción hay diferencias en la técnica, en la formulación, en el margen de apreciación judicial, en el procedimiento⁸⁵. También hay diferencias en los Estados miembros participantes, ya que se trata de actos de cooperación reforzada en los que la mayoría de Estados miembros contrarios al matrimonio igualitario no ha participado, quizá con excepciones como la de Bulgaria o Rumania, en este último caso solo en relación con el Reglamento de 2010⁸⁶. Pero la diferencia

83 Cf. el artículo 13. El Preámbulo, en su apartado 26, es muy significativo cuando explica que un tribunal no considera válido un matrimonio a los efectos de la crisis matrimonial es tanto como interpretar que el matrimonio no existe. Al respecto, *vid.* MASEDA RODRÍGUEZ, J., «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Reglamento 2201/2003 regulador de la competencia judicial internacional en materia de separación judicial y/o divorcio: inclusión o exclusión», *Ius et Praxis*, n.º 1, vol. 24, 2018, pp. 207-242, p. 221.

84 Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, *DOUE* n.º L 183, 8.7.2016. *Vid.* su artículo 9, con una expresión un tanto errática: «en su DIPr no está reconocido el matrimonio en cuestión».

85 En la técnica, el primer reglamento regula el sector de la ley aplicable y el segundo regula los tres sectores y esta cuestión la ubica en el sector de la competencia judicial internacional. En la formulación, el primero lo señala en sentido negativo (no dictar sentencia) mientras que el segundo lo hace en sentido positivo (inhibirse). Por lo que respecta al margen de apreciación, el primero no se refiere a la excepcionalidad, cuando el segundo sí. En cuanto al procedimiento, el primero no fija ninguna obligación procesal, en tanto en cuanto el segundo exige que no haya una dilación indebida.

86 El Reglamento 1259/2010 se aplica a diecisiete Estados miembros; el 2016/1103 a dieciocho. Aplican únicamente el Reglamento de 2010: Estonia, Letonia, Lituania, Hungría y Rumania. Solo aplican el de 2016: Chipre, Chequia, Croacia, Finlandia, Países Bajos y

fundamental está en los efectos de una y otra normativa. En materia de separación y divorcio, podrían concurrir inhibiciones en cadena y el riesgo de que ningún otro tribunal prestase tutela judicial efectiva⁸⁷. Este riesgo concurre porque no está prevista en ningún caso la competencia de los tribunales del Estado de celebración. Ni siquiera parece posible recurrir a las legislaciones estatales para solucionar esta cuestión respecto de cónyuges requeridos que sean nacionales o residan en un Estado miembro⁸⁸.

Mucho más avanzado es el Reglamento 2016/1103. En él, para estos casos, se prevé la competencia los tribunales del Estado miembro de constitución del matrimonio del mismo sexo, que garantizan la tutela judicial efectiva, pues no encontrarán problemas de reconocimiento o validez de un matrimonio del mismo sexo creado al amparo de su propio ordenamiento. Esta solución se articula de dos formas: una, jerárquica, a través de una sumisión de las partes a dichos tribunales derogando la competencia de cualquier otro tribunal; otra, alternativa, en defecto de sumisión de las partes, en la que los tribunales del Estado miembro de celebración del matrimonio se presentan como una alternativa a la competencia de cualquier otro tribunal que pudiese encontrarse con el mismo problema de inhibición⁸⁹.

B) Foro de necesidad y matrimonio igualitario vinculado a terceros Estados

24. Hasta aquí se ha analizado el problema de la inhibición de tribunales de Estados miembros. Pero también puede ocurrir que el proceso sobre matrimonios del mismo sexo no pueda iniciarse en un tercer Estado con el cual el

Suecia. Aplican ambos: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Grecia, España, Eslovenia, Francia, Italia, Luxemburgo, Malta y Portugal.

87 Cf., en detalle y muy acertadamente, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, M. A., «Divorcio entre cónyuges del mismo sexo como paradigma de la ineludible incorporación del «forum necessitatis» al Reglamento Bruselas II «bis»», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 63, 2019, pp. 407-448, *passim*.

88 Artículo 6.2.

89 El considerando 38 expresamente lo recoge: «*todo órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda tras la inhibición, distinto de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la celebración del matrimonio, podrá asimismo verse excepcionalmente en la necesidad de declinar su competencia en las mismas condiciones*». Así ocurriría si existe una sumisión a los tribunales del Estado miembro cuyo ordenamiento rige el régimen económico matrimonial, pero que no necesariamente reconocen el matrimonio del mismo sexo. En defecto de sumisión, cabe estar a los tribunales de otros Estados miembros, según las reglas generales: residencia habitual común o última residencia común si al menos un cónyuge reside allí; residencia habitual del demandado o nacionalidad común de los cónyuges. El título del precepto y el considerando 38 da a entender que hay una relación de alternatividad entre estos tribunales. *Vid.*, al respecto y por todos, JIMÉNEZ BLANCO, P., *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 327-334.

asunto presenta conexiones estrechas precisamente porque el ordenamiento de ese tercer Estado no reconozca la validez de dichos matrimonios. Téngase en cuenta, además, que, como ya se ha indicado, algunos de los Estados miembros que no reconocen el matrimonio igualitario (p. ej. Letonia, Lituania o Polonia) son terceros Estados, pues no han participado en la cooperación reforzada de los Reglamentos (UE) 1259/2010 y 2016/1103.

En estos casos, si el matrimonio se ha celebrado en un Estado miembro, resulta oportuno que los tribunales de dicho Estado puedan conocer por razones de necesidad. Piénsese, a modo de ejemplo, en los dos rusos residentes en España que contraen matrimonio en España, sin que, en modo alguno exista «turismo matrimonial», pero que, después, regresan a Rusia donde fijan su residencia. Es muy probable que los tribunales rusos no presen tutela judicial a este matrimonio; los tribunales españoles, aunque no tienen competencia, deberían dar tutela judicial efectiva.

25. El Reglamento 2019/1111 no contempla un foro de necesidad en los términos expuestos ni, por tanto, habilita esta tutela judicial efectiva para el matrimonio del mismo sexo⁹⁰. No obstante, si el cónyuge requerido es nacional y residente de tercer Estado, puede aplicarse la ley interna⁹¹; y, en este caso, la LOPJ sí permitiría el juego de un foro de necesidad⁹². Respecto de los litigios económicos matrimoniales, el Reglamento (UE) n.º 2016/1103 afortunadamente sí regula un foro de necesidad, que tendría total operatividad en este caso⁹³. Por un lado, el proceso no puede iniciarse o resulta imposible en un tercer Estado con el cual el asunto presenta conexiones estrechas. Por otro, el asunto presenta una conexión suficiente con el Estado miembro del tribunal que va a conocer, la propia celebración del matrimonio.

C) Interacciones con la tutela judicial ejecutiva

26. Junto con la tutela judicial declarativa, deben mencionarse los aspectos relativos a la tutela por ejecución. En el ámbito estatal, cuando España sea el Estado requerido de reconocimiento, no habrá problema en reconocer resoluciones relacionadas con el matrimonio igualitario. En el ámbito convencional, apenas hay convenios que se apliquen estas materias, pero los Estados contratantes pueden negarse al reconocimiento de estas resoluciones si el matrimonio

90 *Vid.*, exhaustivamente, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, M. A., *loc. cit.*, pp. 416 y ss.

91 *Vid.*, por todos, DE SOUSA GONÇALVES, A. S., *Matérias matrimoniais e responsabilidades parentais na União Europeia*, Coimbra, D'Ideias, 2023, pp. 78-80.

92 Artículo 22.octies.3. Sería uno de los casos en los que «los tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia» y «el supuesto litigioso presente vinculación con España», dado que es el Estado de constitución del matrimonio.

93 Artículo 11. *Vid.*, por todos, MOTA, H., *Casamento e Património nas Relações Privadas Internacionais*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 131.

igualitario como cuestión previa no es reconocido. A lo sumo, el fallo de esas resoluciones podría ser adaptado y aminorado a los efectos que pudieran tener las uniones de hecho protegidas. Pero, sin duda, el mayor interés se encuentra en el ámbito de la UE. Los motivos de denegación de reconocimiento de las decisiones en materia de régimen económico matrimonial deben ser aplicados, según el Reglamento (UE) 2016/1103, con respeto a los derechos fundamentales y principios reconocidos en la Carta y, en particular, al principio de no discriminación⁹⁴. Parece una obviedad, aunque su inclusión también podría verse como una exigencia de atenuación del orden público de estos Estados miembros. De este modo, no se deja de reconocer un reparto judicial de bienes, por ejemplo, por el hecho de que el matrimonio igualitario no tenga efectos.

27. Curiosamente el Reglamento (UE) 2019/1111 para el reconocimiento de resoluciones de crisis matrimoniales no contiene una disposición semejante sobre el principio de no discriminación. Podría pensarse que no es necesario reconocer la separación, divorcio o anulación matrimonial si el matrimonio no produce efectos. Pero esta premisa admite dos matices. Por un lado, si, como se ha destacado, no es descartable que, en una futura sentencia sobre el asunto *JC-T y MT*, el TJUE exija el reconocimiento a los matrimonios igualitarios, a partir de ese momento será necesario también reconocer las resoluciones judiciales sobre crisis matrimoniales. Por otro lado, no conviene olvidar la interacción entre la tutela declarativa y por ejecución. Y es que la posibilidad de reconocer resoluciones de separación, divorcio o nulidad matrimonial precisamente obliga a dar tutela judicial declarativa para cuestiones económicas derivadas de aquellas. Así, el juez ya no puede inhibirse conforme al Reglamento (UE) 2016/1103, por mucho que su ordenamiento no admita el matrimonio igualitario⁹⁵.

3. Hacia la equiparación de derechos personales y patrimoniales de los cónyuges del mismo sexo o género

A) Nacionalidad e identidad los cónyuges del mismo sexo o género

28. La atenuación del orden público para reconocer ciertos efectos transfronterizos al matrimonio igualitario puede jugar con distinta intensidad. Así,

94 Artículo 38.

95 Artículo 9.3 del Reglamento (UE) 2016/1103. No parece que el Estado del juez contrario al matrimonio igualitario y que debe conocer de la litigación económica pueda negarse a reconocer la separación o divorcio. *Vid.* SOTO MOYA, M., «La aplicación de los Reglamentos 2201/2003 (Bruselas II bis) y 1259/2010 (Roma III) a los matrimonios del mismo sexo», *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20-22 de octubre de 2011, Valencia*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 595-605, esp. p. 598.

podría entenderse que la adquisición de la nacionalidad por matrimonio de un Estado miembro contrario a la institución igualitaria estaría vedada al cónyuge del mismo sexo, sin posibilidad de atenuar el orden público a una cuestión que sigue siendo competencia exclusiva de los Estados y expresiva de su identidad nacional. No parece que en el asunto pendiente y ya citado *JC-T* y *MT* se vaya a entrar en este tema.

Al contrario, cabría atenuar el orden público y reconocer como mínimo efecto la adquisición de apellidos entre cónyuges del mismo sexo, aunque el matrimonio no produzca efectos en el Estados de reconocimiento⁹⁶. Desde los conocidos asuntos *García Avello* y *Grunkin Paul*, ambos previamente citados, se ha consagrado un derecho europeo a la identidad única de rango constitucional, que debe ser reconocida por todos los Estados miembros; la invocación del orden público en sentido contrario no parece proporcional⁹⁷. A este respecto, la ya citada cuestión prejudicial pendiente en el asunto *JC-T* y *MT* evidencia que las autoridades polacas, pese a no reconocer los matrimonios igualitarios, sí reconocen la identidad de los cónyuges derivada del matrimonio.

B) Derechos alimenticios y sucesorios del cónyuge del mismo sexo o género

29. La pensión alimenticia y los derechos sucesorios del cónyuge del mismo sexo implican un planteamiento previo de la validez del matrimonio igualitario⁹⁸. El Protocolo de La Haya de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias⁹⁹ deja claro que las decisiones dictadas en aplicación del mismo no prejuzgan la existencia del matrimonio¹⁰⁰. En el mismo sentido debe interpretarse el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones, cuando excluye las relaciones de familia de su ámbito de aplicación¹⁰¹. La validez del matrimonio del mismo sexo se someterá, como cuestión previa, a las normas de DIPr del Estado del juez¹⁰². Si este Estado reconoce el matrimonio

96 Sobre esta problemática, *vid.* GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 178-180.

97 *Vid.*, sobre la proporcionalidad en este tema, STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, EU:C:2010:806; y STJUE de 2 de junio de 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff* antes citado.

98 *Vid.* C. González Beilfuss, *op. cit.*, pp. 172.185.

99 Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, *DOUE* n.º L 331, 16.12.2009.

100 Artículo 1.

101 Artículo 1.2.a).

102 *Cf.* § 31 del Informe explicativo de A. Bonomi del Protocolo de La Haya de 2007, publicado

del mismo sexo, se procederá a la determinación de la ley aplicable a los alimentos y a los derechos sucesorios, al margen de que esta ley no reconozca tal condición a los cónyuges del mismo sexo. Una conclusión, no obstante, que no ha quedado muy clara en el Informe explicativo del Protocolo de La Haya de 2007¹⁰³.

30. El problema se presenta cuando el Estado del juez no reconoce el matrimonio del mismo sexo conforme a sus normas de DIPr. Diecisiete años después del Protocolo de La Haya y doce después del Reglamento europeo de sucesiones, debe darse una lectura más allá de la mera negación de los derechos, por lo menos, en el ámbito de Estados contratantes del CEDH y, por extensión, de la UE¹⁰⁴. A día de hoy, el orden público debe atenuarse. La atenuación material se fundamenta en la jurisprudencia del TEDH e implica un reconocimiento funcionalmente equivalente a los derechos alimenticios o sucesorios de una pareja de hecho, a modo de sustitución¹⁰⁵. Es más, con una hipotética sentencia del TJUE en el asunto pendiente *JC-T* y *MT* favorable a la portabilidad del estado civil adquirido en otro Estado, la equiparación de derechos sería imparable entre ciudadanos de la UE. Si esto no fuera suficiente, y en particular para nacionales de terceros Estados, cabría una atenuación espacial del orden público. En este sentido, el orden público del Estado del juez no es necesariamente el más vinculado con el caso, como para negar la concesión *erga omnes* de derechos alimenticios o sucesorios¹⁰⁶. Así, para negar una pensión alimenticia al cónyuge del mismo sexo debería,

en <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=4898&dtid=3>. En él se señala que la pensión alimenticia entre cónyuges del mismo sexo fue una cuestión controvertida y objeto de un deliberado silencio, en un momento, 2007, donde existían «*oposiciones fundamentales*».

- 103 Cf. § 31 del citado Informe de A. BONOMI, cuando recuerda «*la posibilidad en un caso concreto de denegar, por razones de orden público, la aplicación de una ley extranjera que reconozca una obligación alimenticia derivada de dichas relaciones controvertidas*». Si la condición de cónyuge es una cuestión previa, ya no debería quedar sometida a la ley rectora de los alimentos como cuestión principal. Se trata, no obstante, de un defecto técnico quizá menor, porque en la práctica el orden público del foro que veta la cuestión previa es el que vetará la cuestión principal es el mismo.
- 104 En el Reglamento (UE) 650/2012 no puede pasar desapercibida la alusión a la prohibición de cualquier forma de discriminación en su aplicación, cf. el considerando 58 del Preámbulo.
- 105 Cf. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., «Los matrimonios entre personas del mismo sexo en el Derecho internacional privado español», *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, n.º 122, 2008, pp. 913-941, p. 938. El propio Informe al Protocolo de La Haya de 2007, en su § 31, permite cierta falta de uniformidad en el Protocolo por la falta de «*consenso necesario*» y señala que los Estados firmantes podrían aplicar a estas parejas de hecho el artículo 5, «*norma especial sobre cónyuges y excónyuges*» o los artículos 3 y 6, «*norma general sobre la ley aplicable*».
- 106 El Informe explicativo del Protocolo de La Haya no excluye del todo un debate clásico: si puede estarse a la validez del matrimonio conforme a las normas de DIPr del ordenamiento competente para regir los alimentos, cf. § 24.

al menos, ser contrario al orden público del Estado del foro y al orden público del Estado de residencia habitual común de los cónyuges, como ordenamiento más estrechamente vinculado al que se refiere el artículo 5 del Protocolo de La Haya¹⁰⁷. Para negar los derechos sucesorios, el matrimonio del mismo sexo debería ser contrario no solo al orden público del Estado del foro, sino también del Estado cuyo ordenamiento rige la ley sucesoria¹⁰⁸.

IV. Conclusiones

1.^a- El TEDH se muestra prudente al declarar que no existe un derecho humano al matrimonio del mismo sexo, pero sí a una protección efectiva como pareja por respeto a la vida familiar, concepto mucho más adecuado para una interpretación dinámica y actual del CEDH.

2.^a- Dicha protección efectiva se refiere genéricamente a la legislación civil, sin alusiones concretas al DIPr, pese a que muchos casos de los que han llegado al Tribunal sean transfronterizos.

3.^a- Por su parte, en el Derecho de la UE, hay unos derechos de los cónyuges del mismo sexo deducidos del propio TFUE —sin necesidad de acto derivado— por el TJUE —sin necesidad del legislador—, a partir del método de reconocimiento de actos —sin necesidad de normas de conflicto—.

4.^a- De lo expuesto, parece obligado que los Estados contrarios al matrimonio igualitario deben atenuar su orden público: bien a través de la transposición de instituciones y asimilación del matrimonio a una unión de hecho que debe protegerse en el Estado de acogida; bien a través del reconocimiento de unos mínimos efectos que permitan el ejercicio de la libertad fundamental de circulación. Incluso cabe pensar en una futura sentencia del TJUE en el asunto *JC-T* y *MT* que concluya que la portabilidad del estado civil de matrimonio igualitario se vincula directamente a la libre circulación de personas.

5.^a- La atenuación del orden público permite construir soluciones posibilistas desde la perspectiva del Derecho privado. A día de hoy sorprenden los avances en la libre circulación de decisiones sobre crisis matrimoniales y efectos económicos frente a la despreocupación por la libre circulación de matrimonios como parte de la portabilidad del estado civil.

107 Dejando al margen el impacto de una futura sentencia en el asunto pendiente *JC-T* y *MT*, piénsese en los dos rumanos residentes en España, donde contraen matrimonio, y en el regreso de uno de ellos a Rumania, donde fija su residencia habitual y solicita una pensión alimenticia. El orden público rumano no es el más vinculado; lo es el orden público español, que admite el matrimonio igualitario.

108 Imagínese el caso contrario al anterior: el matrimonio igualitario en España de dos españoles residentes en Rumania. El orden público rumano no es el más vinculado, si el causante ha elegido la ley española como rectora de su sucesión, donde el matrimonio igualitario está admitido.

6.^a- En este sentido, hay una competencia plena de los Estados para regular la celebración del matrimonio igualitario, pero debe defenderse una competencia de la UE para unificar las normas de DIPr en la materia y su reconocimiento entre Estados miembros.

7.^a- La falta de ejercicio de esta competencia de la UE provoca una patología y una exacerbación del orden público: los tribunales de un Estado miembro puedan anular matrimonios del mismo sexo totalmente válidos en el Estado de celebración. La normativa europea no prevé ni la posible inhibición de esos tribunales, ni tan siquiera la competencia de los tribunales del Estado de celebración del matrimonio.

8.^a- La competencia de los tribunales del Estado miembro de constitución del matrimonio igualitario tampoco está prevista para supuestos de separación y divorcio, a diferencia del Reglamento sobre regímenes económico matrimoniales, que garantiza la tutela judicial efectiva en caso de la inhibición de tribunales de Estados miembros contrarios a este matrimonio. Respecto de matrimonios vinculados a terceros Estados, si el proceso no puede iniciarse en dicho Estado, los tribunales del Estado miembro de celebración del matrimonio deben conocer con base en el foro de necesidad.

9.^a- El orden público parece jugar sin atenuación para impedir la adquisición de la nacionalidad del cónyuge del mismo sexo de Estados contrarios al matrimonio igualitario, aunque debe flexibilizarse en lo que respecta al reconocimiento de los apellidos que se hayan podido adquirir.

10.^a- Por su parte, la pensión alimenticia y los derechos sucesorios del cónyuge del mismo sexo deben, al menos, equipararse a los que tendrían como pareja de hecho protegida, en caso de que el juez considere, como cuestión previa, inexistente el matrimonio. Además, deberían reconocerse los derechos como cónyuge si el matrimonio es válido en el Estado de residencia habitual común de los cónyuges, a los efectos de la pensión alimenticia, o en el Estado cuyo ordenamiento rige la ley sucesoria.

V. Bibliografía

ABARCA JUNCO, P. y GÓMEZ JENE, M., «Nota sobre la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo», *REDI*, vol. LVIII, 2006-1, pp. 309-318.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «Matrimonio, igualdad conyugal y Derecho internacional privado», *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, vol. 1, 2001, pp. 33-51.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Objeto del DIPr y Especialización Normativa», *ADC*, 1993, pp. 1109-1151.

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.**, «El impacto de la admisión del matrimonio de homosexuales en el Derecho español: perspectiva internacional», *Matrimoni homosexual i adopció/Matrimonio homosexual y adopción*, Madrid, Reus, 2006, pp. 45-73.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.**, «Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: Una lectura más crítica», *La Ley*, núm. 6629, 15.1.2007, pp. 1-15.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.**, «Dimensión internacional de matrimonios entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del legislador no vio», *Estudios de Derecho de familia y sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, 2009, pp. 9-37.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.**, «¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE? A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto Coman», *La Ley (Unión Europea)*, *La Ley. Unión Europea*, n.º 56, 2018
- ARENAS GARCÍA, R.**, *Crisis matrimoniales internacionales (Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español)*, Santiago de Compostela, De Conflictu Legum, 2004.
- ARTUCH IRIBERRI, E.**, «La libertad individual y las parejas ante el Derecho internacional privado», *REDI*, vol. LIV, 2002-1, pp. 41-63.
- BONOMI, A.**, *Informe explicativo del Protocolo de La Haya de 2007*, publicado en: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=4898&dtid=3>.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.**, «Derecho internacional privado y matrimonios entre personas del mismo sexo», *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 23, 2005, pp. 11-70.
- DE SOUSA GONÇALVES, A. S.**, *Matérias matrimoniais e responsabilidades parentais na União Europeia*, Coimbra, D'Ideias, 2023.
- DURÁN AYAGO, A.**, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.
- ESPINAR VICENTE, J. M.**, *El matrimonio, las familias y la protección del menor en el ámbito internacional*, Madrid, Dykinson, 2019.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.**, «Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n.º 25, 2009, pp. 9-44.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.**, *Derecho internacional privado*, 12.ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2022.

- GARDEÑES SANTIAGO, M.**, «Reconocimiento mutuo y principio del Estado de origen: su incidencia en el ámbito del Derecho aplicable», en *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional. Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional —AEPDIRI— celebradas en Madrid el 17 y el 18 de diciembre de 2007*, Madrid, AEPDIRI/Iustel, 2008, pp. 521-537.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C.**, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C.**, «El matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho internacional privado», *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, Granada, Comares, 2009, pp. 69-80.
- GUZMÁN ZAPATER, M.**, «Matrimonio entre personas del mismo sexo y derecho a la libertad de circulación (sobre la STJ, Gran Sala, 5 de junio de 2018, en el as. C-673/16, Coman)», *REEI*, núm. 36, 2018.
- IRIARTE ÁNGEL, J. L.**, «Capacidad para contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Problemas de Derecho Internacional Privado. Una visión comparada España-Canadá», *ADC*, t. LXIII, 2020, pp. 637-676.
- JAYME, E. y KOHLER, C.**, «Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR», *IPRax*, vol. 21, 2001, pp. 501-514.
- JAYME, E. y KOHLER, C.**, «Europäisches Kollisionsrecht 2004: Territoriale Erweiterung und methodische Rückgriffe», *IPRax*, vol. 24, 2004, pp. 481-493.
- JIMÉNEZ BLANCO, P.**, «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado», *REEI*, n.º 35, 2018, pp. 1-49.
- JIMÉNEZ BLANCO, P.**, «La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18: *Coman*», *La Ley. Unión Europea*, n.º 61, 2018.
- JIMÉNEZ BLANCO, P.**, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021
- JIMÉNEZ BLANCO, P. y RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.**, *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza*, Madrid, Colex, en prensa.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, M. A.**, «Divorcio entre cónyuges del mismo sexo como paradigma de la ineludible incorporación del «forum necessitatis» al Reglamento Bruselas II «bis»», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 63, 2019, pp. 407-448.
- LAGARDE, P.**, «La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé», *R. des C.*, t. 371, 2014, pp. 9-42.

- LEQUETTE, Y.**, «Les mutations du droit international privé: vers un changement de paradigme?», *R. des C.*, t. 387, 2016, pp. 9-644, p. 559 y ss.
- MASEDA RODRÍGUEZ, J.**, «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Reglamento 2201/2003 regulador de la competencia judicial internacional en materia de separación judicial y/o divorcio: inclusión o exclusión», *Ius et Praxis*, n.º 1, vol. 24, 2018, pp. 207-242.
- MOTA, H.**, *Casamento e Património nas Relações Privadas Internacionais*, Coimbra, Almedina, 2020.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.**, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002.
- ORTIZ VIDAL, M. D.**, «El derecho de residencia en la Unión Europea de matrimonios entre personas del mismo sexo», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 62, 2020, pp. 127-154, pp. 146-151.
- PÉREZ MARTÍN, L. A.**, «El caso Coman entre el TJUE y el TEDH: la identidad nacional como límite ¿ilícito? a la práctica a la libertad de circulación en la UE», en JIMÉNEZ BLANCO, P. y RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza*, Madrid, Colex, en prensa (cortesía del autor).
- PFEIFF, S.**, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruselas, Bruylant, 2017.
- REQUENA CASANOVA, M.**, «Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto Coman y otros», *RDCE*, núm. 62, 2019, pp. 41-79.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A.**, «Los matrimonios entre personas del mismo sexo en el Derecho internacional privado español», *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, núm. 122, 2008, pp. 913-941.
- SÁNCHEZ LORENZO, S.**, «Nota a la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio», *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 509-515.
- SOTO MOYA, M.**, «Matrimonio, orientación sexual e integración del extranjero», *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, Atelier, 2009, pp. 685-714 (versión consultada en: www.digibug.ugr.es, pp. 1-36).
- SOTO MOYA, M.**, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

SOTO MOYA, M., «La aplicación de los Reglamentos 2201/2003 (Bruselas II bis) y 1259/2010 (Roma III) a los matrimonios del mismo sexo», *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20-22 de octubre de 2011, Valencia*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 595-605.

VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «Estado de origen vs. Estado de destino: las diferentes lógicas del Derecho Internacional Privado», en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Edifer, vol. 2, 2005, pp. 1787-1813.

ZABALO ESCUDERO, E. y DIAGO DIAGO, P., «Matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva internacional privatista», *Estudios de Derecho Judicial, Novedades legislativas en materia matrimonial*, n.º 130, Madrid, CGPJ, 2007, pp. 245-310

L'UNIONE DI COPPIE DEL MEDESIMO SESSO IN ITALIA: UN PROBLEMA ANCORA APERTO

Marco Rizzuti y Giacomo Pailli*

Investigadores de la Universidad de Florencia (Italia)

Sumario: I. Profili di diritto interno. II. Profili di diritto internazionale privato. III. Bibliografía

Resumen: El trabajo analiza, por un lado, el Derecho material italiano que regula la unión civil entre parejas del mismo sexo como la llamada «convivencia de hecho», recientemente introducida y regulada por ley. 76/2016. Por otro lado, también se examinan las normas de Derecho internacional privado que se han dictado para determinar la ley aplicable y la competencia sobre estas «nuevas» situaciones familiares, así como los efectos producidos en Italia por los estatutos familiares establecidos en el extranjero.

Palabras clave: matrimonio – unión civil – convivencia de hecho – Derecho internacional privado

Abstract: The paper analyses, on the one hand, the Italian substantive law that regulates civil unions between same-sex couples as the so-called «cohabitation», recently introduced and regulated by Law 76/2016. On the other hand, it also examines the rules of private international law that have been enacted to determine the applicable law and jurisdiction over these «new» family situations, as well as the effects produced in Italy by family statutes established abroad.

Keywords: marriage – civil union – cohabitation of life – private international law

* El presente artículo se adscribe al Proyecto PID 2021-123452OB-I00, «Retos jurídicos para una sociedad inclusiva: obstáculos de género a la vida privada y familiar en casos de movilidad transfronteriza» financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE). Marco Rizzuti es autor del apartado I; Giacomo Pailli es autor del apartado II.

I. Profili di diritto interno

L'ordinamento italiano è al momento l'unico sistema giuridico dell'Europa occidentale che continua a fare proprio quello schema di regolamentazione delle relazioni familiari, che sino a pochi anni fa era invece forse il più diffusamente accettato¹, e che si incentra su una bipartizione fra matrimonio, come istituto riservato alle coppie di persone di sesso diverso, e unione civile, riservata invece alle coppie di persone del medesimo sesso, configurati però come istituti largamente, e dichiaratamente, analoghi seppure non identici². Entrambi, infatti, conferiscono un grado di tutela molto più elevato di quello che le coppie dell'uno o dell'altro orientamento sessuale possono conseguire se si accontentano della convivenza, la cui rilevanza risulterà a sua volta variamente graduata a seconda che venga stipulato un contratto di convivenza, oppure si versi semplicemente nell'ipotesi della convivenza regolata dalla legge, oppure ancora in quella meramente fattuale che non risponde ai requisiti legali, ad esempio perché comprende più di due persone, ma può comunque vedersi riconosciuta una sua diversa giuridicità da una giurisprudenza che dei rapporti familiari di fatto aveva iniziato ad occuparsi ben prima del legislatore³.

Negli altri Paesi occidentali, invece, com'è noto, il matrimonio è ormai quasi ovunque configurato come egualitario, e quindi accessibile ad entrambe le categorie di coppie, e lo stesso vale in molti casi anche per le unioni civili. D'altra parte, al di fuori del mondo occidentale la maggior parte degli Stati nega ogni riconoscimento ai rapporti fra persone del medesimo sesso, salvo prenderli in considerazione a fini di repressione penale, oppure ammette forme di riconoscimento con effetti ben più limitati di quelli che derivano dalle unioni civili, comparabili semmai a quelli delle nostre convivenze. Il modello italiano

1 Una decina di anni fa era proprio questo il modello più diffuso a livello europeo, con la variante francese dei *Pacs* e quella germanica della *Lebenspartnerschaft* che più si avvicina al nostro istituto (cfr. PATTI, S., «Le unioni civili in Germania», *Famiglia e diritto*, 2015, p. 958 ss.), ed anzi rappresentava nella sostanza lo standard europeo cui ha fatto riferimento il legislatore interno quando ha dovuto introdurre le unioni civili con la l. 20 maggio 2016, n.° 76, al fine di ottemperare al *dictum* di Corte EDU, 21 luglio 2015, caso *Oliari & others vs. Italy*, che aveva condannato il nostro Paese non già per la mancata previsione del matrimonio *same-sex*, bensì per la radicale assenza di una qualche forma, anche differente, di riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali.

2 In effetti, la sussistenza di un vero e proprio rapporto di analogia tra i due istituti è espressa dall'art. 1, comma 28, della l. 76 del 2016, che, per indicare i rapporti familiari stranieri suscettibili di essere convertiti in unioni civili ai fini dell'ordinamento italiano, si riferisce appunto a «matrimonio, unione civile o altro istituto analogo». La norma fornisce così anche, come vedremo nel prosieguo, la chiave di volta per la soluzione di molte delle questioni che si potrebbero porre con riguardo ad una serie di discrepanze, determinate da una tecnica legislativa a dir poco approssimativa.

3 Sul punto sia consentito rinviare a RIZZUTI, M., «Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto», *giustiziacivile.com*, 12 maggio 2016.

del doppio binario di riconoscimento si ritrova invece soltanto in pochi altri sistemi giuridici, in area esteuropea e sudamericana.

Una siffatta opzione normativa impone dunque all'interprete anzitutto l'identificazione degli effettivi profili differenziali che continuano a dare un senso al mantenimento in vita di due diversi istituti, e quindi la valutazione della coerenza di tali distinzioni con il quadro assiologico dei parametri costituzionali e sovranazionali rilevanti. A tale fine occorre procedere ad un confronto della recente disciplina delle unioni civili con quella del matrimonio, che deriva da una storia millenaria e trova oggi i propri riferimenti fondamentali nella Costituzione⁴, nel Codice Civile e in varie leggi speciali, fra cui anzitutto quella sul divorzio. Per la maggior parte dei profili che possono venire in rilievo tale confronto conduce ad una rilevazione della sostanziale identità fra i due regimi. Da un lato, infatti, la legge sulle unioni civili espressamente sancisce che i richiami al matrimonio ovunque ricorrenti nella normativa extracodicistica devono essere intesi come riferiti anche all'unione civile, con l'unica eccezione di quanto attiene alla legge sulle adozioni⁵. Dall'altro, la gran parte della disciplina codicistica del matrimonio viene fatta propria dalla stessa legge sulle unioni civili o tramite espressi rinvii a singole norme o blocchi di norme, o per mezzo di, più o meno approssimative, riscritture o parafrasi di altri articoli del Codice. Le differenze risultano, dunque, come si anticipava, tendenzialmente residuali, ma non inesistenti⁶.

La più importante riguarda l'ambito della filiazione, in quanto le norme codicistiche sul matrimonio che la riguardano non vengono richiamate all'interno della nuova legge, che al tempo stesso, come abbiamo visto, esclude dal campo di operatività della clausola di equivalenza fra matrimonio e unione civile in ambito extracodicistico solo la legge sulle adozioni. Pertanto, mentre nel matrimonio il sistema delle presunzioni legali fa sì che non occorra procedere ad alcun atto di riconoscimento del figlio, di cui la moglie che lo ha partorito sarà automaticamente madre ed il di lei marito sarà automaticamente padre⁷, nell'unione civile invece non opera alcuna presunzione di genitorialità, per cui il nato da uno dei partner dovrà essere spontaneamente riconosciuto, o giudizialmente dichiarato, figlio extramatrimoniale senza che

4 Si allude, naturalmente, all'art. 29 Cost., in forza del quale: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare».

5 Il riferimento è all'art. 1, comma 20, della l. 76 del 2016.

6 Tra i primi commenti alla l. 76 del 2016 si possono vedere a tal proposito: SCHLESINGER, P. (a cura di), «La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze», *Famiglia e diritto*, 2016, p. 845 ss., nonché RESCIGNO, P., CUFFARO, V. (a cura di), «Unioni civili e convivenze di fatto: la legge», *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1771 ss.; AA. VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, p. 12 ss.

7 Il riferimento è, naturalmente, all'art. 231 c.c.

ciò possa di per sé coinvolgere la posizione dell'altro/a partner. Del pari, mentre una coppia coniugata può procedere all'adozione con efficacia piena di un minore dichiarato in stato di abbandono⁸, una coppia unita civilmente non ha questa possibilità.

Tutto ciò non esclude l'operare anche per i nati nell'ambito delle unioni civili delle altre regole generali in materia di filiazione che dal matrimonio prescindono. E, com'è noto, oggi i diritti e i doveri del figlio non dipendono più dall'eventuale status coniugale dei genitori⁹, per cui ovviamente anche il figlio di una persona unita civilmente, come ogni altro figlio extramatrimoniale, gode appieno degli effetti che derivano dal sorgere della responsabilità genitoriale. Del pari, anche nell'ambito di una coppia unita civilmente si può procedere all'adozione cosiddetta in casi particolari del figlio di un partner da parte dell'altro/a, non già in forza della norma che consente ad un coniuge l'adozione del figlio dell'altro¹⁰, di per sé inapplicabile alle unioni civili perché la legge sulle adozioni è esclusa dall'operatività della clausola di equivalenza, bensì in quanto la giurisprudenza aveva già interpretato in maniera estensiva la possibilità di ricorrere a tale meccanismo adozionale in tutti i casi in cui non si possa procedere con l'adozione piena, anche nei rapporti che riguardino meri conviventi di fatto¹¹, e la legge sulle unioni civili ha obliquamente voluto confermare tale esito¹².

8 Ai sensi dell'art. 6 della l. 4 maggio 1983, n.° 184: «L'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni».

9 Il principio, già proclamato dall'art. 30 Cost., ha trovato piena attuazione dapprima con la riforma di cui alla l. 19 maggio 1975, n.° 151, e poi con quella di cui alla l. 10 dicembre 2012, n.° 219.

10 Il riferimento è alla lett. b dell'art. 44 della predetta l. 184 del 1983.

11 Si tratta della cosiddetta *stepchild adoption*, una soluzione pretoria che la giurisprudenza (a partire dalla storica decisione del Trib. Min. Roma, 30 luglio 2014, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, 2, p. 109, con nota di J. Long, e poi con l'autorevole avallo di Cass., 22 giugno 2016, n.° 12962, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, I, p. 1135, con nota di G. FERRANDO) ha elaborato facendo leva sulla clausola dell'impossibilità di affidamento preadottivo di cui alla lett. d dell'art. 44 della stessa l. 184 del 1983.

12 Si allude all'art. 1, comma 20, della l. 76 del 2016, che, da una parte, esclude l'equiparazione tra unione civile omosessuale e matrimonio eterosessuale agli specifici fini della l. 184 del 1983, ma, dall'altra, fa salvo «quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». In proposito si possono vedere: CIPRIANI, N., «Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia dopo la l. n.° 76 del 2016», in HERNÁNDEZ-TRUYOL, B.E., VIRZO, R. (a cura di), *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori. Profili di diritto internazionale e di diritto comparato*, Napoli, 2016; FARINA, M., «L'adozione omogenitoriale dopo la legge 20 maggio 2016, n.° 76: *ubi lex voluit... tacuit?*», *Politica del diritto*, 2017, 1, pp. 71-96; BILOTTI, E., «Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni», *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2017, 3, p. 870 ss.; BARBA, V., «Unione civile e adozione», *Famiglia e diritto*, 2017, 4, pp. 381-395; BELLELLI, A., «Coppie omogenitoriali e tutela dei figli», in CONTE, G., LANDINI, S. (a cura di) *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Mantova, Universitas Studiorum 2017, t. I, pp. 521-527; SALVI, G., *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità*, Napoli,

A differenza che nell'adozione piena in questa ipotesi non vengono meno i rapporti familiari originari del minore, il che è un'ovvia conseguenza del fatto che egli non versa affatto in stato di abbandono, mentre ulteriori profili differenziali sono stati via via superati dalla giurisprudenza costituzionale, che ha dichiarato illegittima la normativa che restringeva gli effetti dell'adozione in casi particolari al rapporto fra adottato e adottante, estendendoli così anche ai parenti di quest'ultimo¹³, e da quella ordinaria che ha ritenuto necessaria, alla luce dei parametri costituzionali e sovranazionali, una interpretazione che renda la vicenda adozionale possibile, nell'interesse del minore, anche qualora in seguito alla rottura del rapporto di coppia il genitore abbia negato il proprio assenso all'adozione del figlio da parte dell'ex partner¹⁴. Resterà, invece, insuperabile il mancato consenso di quest'ultimo in quanto come in ogni adozione si tratta di una libera scelta, e non già dell'esito responsabilizzante di una presunzione legale che qui, per l'appunto, non opera. In ogni caso, anche laddove non si sia proceduto ad alcuna adozione, il partner del genitore potrà rientrare nella figura, anch'essa di conio pretorio, del cosiddetto genitore sociale, il cui rapporto fattuale con il minore può essere, sempre nell'interesse di quest'ultimo, preservato anche in caso di rottura della relazione familiare fra gli adulti¹⁵.

2018; EMILIOZZI, E.A. «L'adozione da parte di partners di unioni civili», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, 2, p. 799 ss.

- 13 Il riferimento è a Corte cost., 28 marzo 2022, n.° 79, in *Foro italiano*, 2022, 10, I, c. 2926. Tra i primi commenti si vedano quelli di: PACINI, G., «L'estensione dei legami di parentela tra adottato in casi particolari e parenti dell'adottante, alla luce della decisione della Corte costituzionale», *giustiziacivile.com*, 18 luglio 2022; CINQUE, M., «Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità», *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2022, p. 1013 ss.; SESTA, M., «Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali», *Famiglia e diritto*, 2022, p. 904 ss.; SENIGAGLIA, R., «Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n.° 79/2022», *Nuove leggi civili commentate*, 2022, p. 1333 ss.
- 14 All'ipotesi ha fatto riferimento, anche se solo a livello di *obiter dictum*, Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n.° 38162, in *Foro italiano*, 2023, 1, I, c. 83 ss. Più di recente, Trib. Min Trento, 11 giugno 2024, ha avuto occasione di statuire che l'intervenuto scioglimento dell'unione civile non osta all'adozione da parte dell'ex partner, anche se nella specie non si è posto il problema di come superare un mancato assenso, in quanto la rottura fra le due donne non era stata conflittuale e la madre biologica era pienamente consenziente alla procedura adozionale, appositamente avviata proprio per salvaguardare l'interesse dei minori coinvolti nella crisi familiare.
- 15 Corte Cost., 20 ottobre 2016, n.° 225, in *Foro italiano*, 2016, I, c. 3329 ss., ha infatti giudicato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 337 *ter* c.c., *in parte* qua non consentirebbe tale tutela, ritenendo che la normativa vigente, se interpretata sistematicamente, già salvaguarda il diritto del minore al mantenimento di un contatto con la ex partner della madre con cui lo stesso abbia instaurato una vita familiare di fatto, cioè per l'appunto con il cosiddetto «genitore sociale», per il tramite di un provvedimento atipico che il giudice emanerà ex art. 333 c.c., in quanto la condotta impeditiva di tale contatto può ben considerarsi come pregiudizievole per il minore ai fini di quest'ultima disposizione.

Al tempo stesso, per le coppie unite civilmente, come per ogni coppia di persone del medesimo sesso, continua ad operare la norma della legge sulla procreazione assistita che le esclude dall'accesso alle tecniche riproduttive, recentemente presa in esame dalla giurisprudenza costituzionale che l'ha considerata una ammissibile manifestazione di discrezionalità del legislatore¹⁶. Beninteso, tutto ciò non esclude che le coppie in questione si rechino all'estero per accedere a tali tecniche, dopodiché per l'ordinamento italiano i nati potranno essere riconosciuti, o giudizialmente dichiarati, figli extramatrimoniali di uno dei partners, mentre per l'altro/a si potrà parlare di genitorialità sociale ed eventualmente avviare un procedimento di adozione in casi particolari. Considerando, dunque, che gli sviluppi precedentemente ricordati hanno fatto in modo che si possa adeguatamente tutelare l'interesse dei minori coinvolti pure per il tramite di tali istituti, la giurisprudenza apicale ha sostanzialmente escluso che un siffatto assetto possa considerarsi lesivo della legalità costituzionale¹⁷.

L'altro ambito dove ricorre una significativa differenziazione fra i due istituti è quello dello scioglimento. Da una parte, per il matrimonio rimane in vigore una disciplina che ammette lo scioglimento immediato solo in casi tassativi, mentre l'ipotesi generale è ancora rappresentata dal divorzio come conseguenza di una pregressa separazione, sebbene l'intervallo temporale fra i due momenti sia stato progressivamente ridotto e con la più recente riforma processuale si sia perfino giunti ad ammettere l'avvio dei due procedimenti con un unico atto introduttivo¹⁸. Dall'altra parte, per l'unione civile la separazione non è prevista, per cui il divorzio è sempre immediato, se del caso anche nelle modalità degiurisdizionalizzate già introdotte con riferimento al matrimonio per le ipotesi consensuali ed esplicitamente richiamate anche dalla nuova legge¹⁹.

16 Corte Cost., 23 ottobre 2019, n.° 221, in *Corriere giuridico*, 2019, p. 1460, con nota di G. RECINTO, ha ritenuto legittima la norma dell'art. 5 della legge 19 febbraio 2004, n.° 40, che impedisce alle coppie omosessuali di accedere alla fecondazione eterologa, ritenendo che si tratti di una questione sostanzialmente rimessa alla discrezionalità del legislatore. Nemmeno a livello sovranazionale vi sono al momento appigli idonei ad imporre un esito diverso: Corte EDU, 8 febbraio 2018, *Charron & Merle-Montet vs. France*, n.° 22612/15, ha infatti dichiarato inammissibile, per mancato esaurimento dei rimedi interni, il ricorso proposto, per violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare e del principio di non discriminazione di cui agli artt. 8 e 14 Conv. EDU, da una coppia femminile francese contro l'art. L.2141-2 del *Code de la santé publique*, che all'epoca consentiva l'accesso alla procreazione medicalmente assistita soltanto alle coppie eterosessuali.

17 Sul punto la pronuncia di riferimento resta ad oggi Cass., sez. un., n.° 38162 del 2022, *cit.*

18 Com'è noto, il termine in questione è stato ridotto prima dalla l., 6 marzo 1987, n.° 74, e poi dalla l., 6 maggio 2015, n.° 55 (c.d. divorzio breve), mentre la possibilità di cumulare i due atti introduttivi si deve al nuovo art. 473 *bis* 49 c.p.c., introdotto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n.° 149 (c.d. riforma Cartabia).

19 Si allude alle norme di cui agli artt. 6 e 12 del d.l., 12 settembre 2014, n.° 132, convertito in l., 10 novembre 2014, n.° 162, che vengono esplicitamente richiamate dall'art. 1, comma 25, della l. 76 del 2016.

Conseguentemente nelle unioni civili non può nemmeno porsi un problema di addebito della separazione stessa, il che sdrammatizza il rilievo di un'altra distinzione normativa tra i due istituti, pure a suo tempo oggetto di una significativa attenzione politica e mediatica. La legge sulle unioni civili, infatti, nel disciplinare gli obblighi che sorgono nei rapporti fra le parti ha volutamente omesso il richiamo alla fedeltà, menzionando invece solamente l'assistenza morale e materiale, nonché la coabitazione²⁰. Si trattava con ogni probabilità di un tentativo di sminuire il valore morale del nuovo istituto, e forse anche la dignità delle persone coinvolte, ma le sue conseguenze giuridiche rimangono pressoché impalpabili. La violazione dell'obbligo di fedeltà può infatti rilevare giuridicamente ai fini dell'addebito della separazione, ma come abbiamo appena visto il problema non può porsi per le unioni civili, oppure ai fini del risarcimento del danno in quelle situazioni in cui essa arrivi a trasmodare in una lesione dei diritti della personalità della controparte²¹, esito cui ci sembra possibilissimo arrivare nei rapporti tra persone unite civilmente, facendo leva se del caso su quell'obbligo di assistenza morale cui anch'esse sono soggette, e che difficilmente potrebbe non risultare violato in casi del genere, nonché ad ogni modo considerando che la lesione dei diritti della personalità, di cui com'è ben noto ogni essere umano è titolare, dovrebbe di per sé risultare sufficiente ad attivare la tutela aquiliana.

Insomma, nonostante le intenzioni del legislatore storico, con riguardo al profilo in esame è difficile individuare una concreta discriminazione in danno degli uniti civilmente, laddove sarebbe semmai più agevole individuarne una a carico dei soggetti coniugati che, sia pure con un percorso assai meno accidentato che in passato, sono in linea di massima ancora soggetti all'onere di passare per la separazione se vogliono accedere al divorzio, come sono, del resto, soggetti anche ad un procedimento più complesso per costituire il rapporto stesso²². Invero, è evidente come quella sulle unioni civili sia una normativa più moderna, come in un diverso ambito possono testimoniare, ad esempio, anche la mancata previsione, neppure come ipotesi eccezionale, dell'ipotesi di un coinvolgimento nel rapporto del minore autorizzato²³,

20 Ai sensi dell'art. 1, comma 11, della l. 76 del 2016 «dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione», mentre ai sensi dell'art. 143 c.c. «dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione».

21 L'apertura della nostra giurisprudenza in tal senso risale a Cass., 15 settembre 2011, n.° 18853, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, p. 1540, con nota critica di M. RIZZUTI.

22 La l. 76 del 2016, infatti, non prevede un procedimento comparabile a quello delle pubblicazioni e delle connesse opposizioni al matrimonio.

23 L'art. 1, comma 2, della l. 76 del 2016 prevede senza eccezioni il requisito della maggiore età per la costituzione dell'unione civile, mentre l'art. 84 c.c. consente al giudice di ammettere al matrimonio chi abbia compiuto sedici anni se ricorrono «gravi motivi».

oppure la disciplina dell'eventuale cognome comune²⁴. Si tratta senz'altro di spunti che potrebbero essere raccolti per una eventuale riforma del diritto matrimoniale, ma che non sembrano affatto costituire ad oggi un *minus* della disciplina delle unioni civili.

Qualora, invece, lo scioglimento del rapporto dipenda dal decesso di una delle parti, troverà applicazione un diritto successorio che la legge sulle unioni civili ha largamente ripreso dalla disciplina codicistica del matrimonio²⁵. Vengono infatti espressamente richiamate le norme in tema di indegnità, di successione *ab intestato*, di tutela dei legittimari, di collazione e di patto di famiglia, di talché si può agevolmente concludere che l'unito civilmente gode del medesimo rango di erede legittimo e necessario che compete al coniuge, il che non è affatto poco se consideriamo che l'ordinamento italiano si caratterizza a livello comparatistico anche per una iper-protezione del coniuge a livello successorio. Non vengono invece espressamente richiamate alcune norme che riguardano il coniuge in materia di successioni testamentarie, per cui trattandosi di disposizioni codicistiche non può operare la più volte ricordata clausola di equivalenza. Con ogni probabilità, però, qui non abbiamo a che fare con una scelta consapevole del legislatore, come quelle che abbiamo incontrato nei casi della filiazione o dell'obbligo di fedeltà, bensì di mere dimenticanze, quasi inevitabili una volta che si sia optato per la farraginosa tecnica dei richiami puntuali, per cui dovrebbe essere possibile rimediare in via ermeneutica.

Così, sebbene la legge sulle unioni civili non abbia menzionato l'articolo codicistico dedicato all'istituzione in via testamentaria di premi di nuzialità, è la stessa rubrica di tale articolo ad aprire anche nei confronti di ipotesi ulteriori purché simili a quelle espressamente previste²⁶. Del pari, la legge sulle unioni civili non richiama la norma che fulmina di nullità le disposizioni testamentarie che vogliano imporre un divieto di nozze, ma la giurisprudenza aveva da tempo ampliato l'ambito applicativo di tale disposizione, inizialmente caratterizzata dalle specifiche finalità di politica demografica proprie del regime dell'epoca, ed era arrivata alla conclusione di considerare invalida ogni disposizione mirante a conculcare la libertà delle scelte personalissime del successore, per cui non vedremmo ragioni per escluderne l'applicabilità

24 Si allude all'art. 1, comma 10, della l. 76 del 2016.

25 Il riferimento è all'art. 1, comma 21, della l. 76 del 2016. Al riguardo si possono vedere: BONILINI, G., «La successione *mortis causa* della persona "unita civilmente", e del convivente di fatto», *Famiglia e diritto*, 2016, p. 980 ss.; VENUTI, M. C., «I diritti successorii della persona unita civilmente e del convivente di fatto: un confronto con il sistema tedesco», *Europa e diritto privato*, 2017, p. 1241 ss.; BARBA, V., «Norme applicabili agli uniti civili ed effettività della tutela successoria», *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2018, p. 13 ss.; PACIA, R., «Unioni civili e convenienze: profili di diritto successorio», *Rivista di diritto civile*, 2019, p. 409 ss.; BENNI DE SENA, A., «La legge sulle unioni civili e il diritto ereditario: aporie ed occasioni perdute», *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2021, p. 303 ss.

26 Si allude all'art. 699 c.c., rubricato «Premi di nuzialità, opere di assistenza e simili».

anche all'eventuale divieto di unione civile disposto da un testatore omofobo²⁷. Del resto, sono state con ogni probabilità dimenticate dalla legge sulle unioni civili anche certe norme codicistiche attinenti ai profili successori di un istituto ormai quasi scomparso dalla prassi, quale è l'interdizione, ma, qualora mai dovesse presentarsi un caso applicativo, riterremmo che, sebbene sia preclusa una loro applicazione diretta, non vi sarebbe alcuna plausibile ragione di denegare quella in via analogica²⁸.

Venendo ad altre ipotesi più specifiche di scioglimento, possiamo osservare come il legislatore che ha istituito le unioni civili abbia evitato di richiamare l'inconsumazione, trovando probabilmente imbarazzante dover definire cosa si intenderebbe per *copula perfecta* nei rapporti omosessuali²⁹, e d'altra parte anche con riferimento all'annullamento ha preferito tacere sugli errori attinenti alle anomalie sessuali, magari con l'*arrière-pensée* che altrimenti le avrebbe rese tutte annullabili³⁰. Ad ogni modo, la generale ammissibilità del divorzio immediato fa sì che ben difficilmente potrebbe presentarsi un problema di qualche rilevanza pratica. Del pari, la legge non prevede lo scioglimento dell'unione civile per avveramento di una condizione risolutiva o per scadenza di un termine finale, di talché la bizzarria rappresentata dal mancato richiamo fra quelle applicabili al nuovo istituto della norma codicistica che vieta l'apposizione di termini o condizioni all'atto di matrimonio parrebbe anch'essa destinata a rimanere priva di conseguenze³¹.

Eventuali accordi preventivi che mirino a disciplinare gli effetti dello scioglimento dell'unione risultano anch'essi non previsti né esplicitamente vietati, come del resto accade per il matrimonio, per cui con ogni probabilità prima di ritenerli ammissibili occorrerà attendere uno sblocco interpretativo, o una riforma legislativa, che finalmente apra a quelli prematrimoniali. Insomma, verrebbe fatto di dire che da questo punto di vista il nostro ordinamento è carente per tutti, in maniera non discriminatoria. Una possibile discriminazione attinente alla sfera della solidarietà postconiugale sarebbe semmai

27 Il riferimento è all'art. 636 c.c.: a proposito della sua interpretazione giurisprudenziale estensiva, e per un approccio critico al riguardo, si veda PARADISO, M., «Le disposizioni testamentarie che afferiscono a diritti e a libertà personali», in AA. VV., *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Napoli, 2017, pp. 225-254.

28 Si allude agli artt. 596 e 692 c.c.

29 L'art. 1, comma 23, della l. 76 del 2016, nel suo richiamo all'art. 3 della l. 1° dicembre 1970, n.° 898, omette il riferimento al caso di cui alla lett. f di tale norma: cfr. QUERZOLA, L., «Riflessioni sulla legge in materia di unioni civili», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016, p. 843 ss.

30 Il riferimento è all'art. 1, comma 7, della l. 76 del 2016, si possono vedere in proposito: LANDINI, S., «DDL su unioni civili e convivenze di fatto. Gli intenti del legislatore tra diritto vigente e diritto vivente», *Osservatorio sulle fonti*, 2016, 1, pp. 2-13; BARBA, V., «Unione civile e impugnazione per errore sulle qualità personali», *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, p. 315 ss.

31 Si allude all'anomalia del mancato richiamo all'art. 108 c.c. nella l. 76 del 2016.

potuta emergere con riguardo alla quantificazione dell'assegno divorzile, istituto esplicitamente richiamato anche dalla legge sulle unioni civili³², se fosse rimasto fermo l'orientamento che non riteneva che a tal fine potesse essere presa in considerazione la convivenza prematrimoniale, in quanto sino all'entrata in vigore di tale legge per le coppie di persone del medesimo sesso quella di limitarsi a convivere non era una scelta, come tale eventualmente valutabile in termini di autoresponsabilità, ma una necessità. Di recente, però, la giurisprudenza di legittimità ha superato una siffatta impostazione, riconoscendo la possibile rilevanza della convivenza pregressa ai fini dell'assegno divorzile per tutti, ex coniugi ed ex uniti civilmente, ed ha quindi risolto in radice il problema³³.

Un profilo di illegittimità costituzionale della disciplina delle unioni civili è invece emerso da ultimo con riguardo ad un'ulteriore ipotesi di scioglimento, solo apparentemente marginale, quella conseguente alla rettifica dell'attribuzione del sesso di una delle parti. In tal caso, il legislatore aveva previsto, in ossequio ai dettami di una precedente pronunzia costituzionale³⁴, che il matrimonio di quelle che sono divenute due persone del medesimo sesso possa, se costoro lo vogliono, essere convertito in unione civile senza soluzione di continuità³⁵. Per l'ipotesi inversa, però, era stato previsto il mero scioglimento dell'unione civile fra due persone divenute di sesso diverso, senza la possibilità di una sua conversione in matrimonio, di talché alle parti interessate non resterebbe che sposarsi successivamente *ex novo*³⁶. Può essere opportuno ricordare incidentalmente che si tratta di vicende meno estreme di come potrebbe sembrare, se si considera che, alla luce degli orientamenti sovranazionali e costituzionali ormai consolidati, la rettifica non presuppone più, neanche nel nostro ordinamento, un intervento chirurgico radicalmente demolitorio o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari, pur rimanendo ferma la necessità di un accertamento giudiziale tanto della serietà e univocità dell'intento, quanto dell'intervenuta oggettiva transizione dell'identità di genere³⁷.

32 L'art. 1, comma 25, della l. 76 del 2016 richiama, infatti, anche l'art. 5, comma 6, della l. 898 del 1970.

33 Il riferimento è rispettivamente a Cass., sez. un., 18 dicembre 2023, n.° 35385, per il matrimonio, e a Cass., sez. un., 27 dicembre 2023, n.° 35969, per l'unione civile.

34 Corte Cost., 11 giugno 2014, n.° 170, in *Genlus. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2014, 2, p. 232.

35 Si allude all'art. 1, comma 27, della l. 76 del 2016.

36 Il riferimento è all'art. 1, comma 26, della l. 76 del 2016.

37 Corte EDU, 10 marzo 2015, *Y.Y. c. Turquie*, n.° 14793/08, ha ritenuto lesiva dell'art. 8 Conv. EDU la disciplina turca che prevedeva come requisito per la transizione una condizione di sterilità. Di lì a poco, Cass., 20 luglio 2015, n.° 15138, in *Foro italiano*, 2015, I, c. 3137, ha ritenuto che la disciplina italiana in materia vada interpretata nel senso di non considerare imprescindibile la chirurgia ai fini della rettifica, e Corte Cost., 5 novembre 2015, n.° 221, in

Ad ogni modo, la questione del diverso trattamento delle due speculari ipotesi di scioglimento è stata portata, in più occasioni, all'attenzione della Corte Costituzionale³⁸, che non ha però ritenuto di estendere all'unione la disciplina dettata per il matrimonio, confermando quindi esplicitamente la legittimità del sistema che tiene distinti i due istituti, ma ha proceduto ad un intervento manipolativo della disciplina dettata per l'unione civile, con la previsione di una sospensione degli effetti dello scioglimento per un periodo semestrale, ritenuto adeguato alla luce della disciplina delle pubblicazioni matrimoniali, affinché le parti celebrino le loro nozze, sempre che esse abbiano manifestato tale volontà durante il giudizio di rettificazione del sesso. Insomma, la logica del «*separate but equal*» fra i due istituti sin qui esaminati parrebbe tuttora in grado di reggere al vaglio interno di costituzionalità.

II. Profili di diritto internazionale privato

Veniamo, ora, agli aspetti di diritto internazionale privato che riguardano la legittima aspirazione delle persone, ed in particolare delle coppie del medesimo sesso, a varcare i confini giuridici degli Stati non solo con la propria persona, ma portando con sé anche gli *status* giuridici ed i diritti dei quali godano altrove³⁹.

Foro italiano, 2015, I, c. 3758, ha quindi potuto evitare di dichiarare incostituzionale la normativa in discorso proprio in quanto il diritto vivente l'aveva già conformata in tal senso. Successivamente l'orientamento è stato confermato anche da Corte Cost., 13 luglio 2017, n.° 180, in *Foro italiano*, 2017, 12, I, c. 3555, e Corte Cost., 13 luglio 2017, n.° 185, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, p. 1724, nonché dalla recentissima Corte Cost., 23 luglio 2024, n.° 143, in www.biodiritto.org.

38 In un primo caso l'esito è stato in termini di inammissibilità per difetto di rilevanza (Corte Cost., 27 dicembre 2022, n.° 269), mentre la vicenda più recente ha portato alla pronunzia di cui si darà conto nel testo (Corte Cost., 22 aprile 2024, n.° 66).

39 Sul tema della continuità dello *status* vedi anche MARONGIU BUONAIUTI, F., «La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti», *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 49; e sul diverso tema legato all'incontro/scontro tra culture nella circolazione delle persone e delle famiglie, v. ID., «Immigrazione e circolazione degli status personali e familiari: la problematica dei c.d. *Conflicts de civilisations*», in CANAVESI, G. (a cura di), *Dinamiche del diritto, migrazioni e uguaglianza relazionale*, Macerata, EUM, 2019, pp. 163ss. Più in generale sul tema, ma prima dell'approvazione della legge 76/2016, TONOLO, S., *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2007. Dando continuità all'invito degli organizzatori del bel seminario dal quale traggono origine queste brevi pagine, ci concentreremo per lo più sugli aspetti relativi al vincolo matrimoniale ed ai rapporti patrimoniali, lasciando ai margini della trattazione le questioni relative alla filiazione che potranno essere oggetto di contributi successivi. Ciò appare, peraltro, coerente con la disciplina italiana di diritto internazionale privato che regola separatamente il rapporto affettivo (matrimonio o unione civile) e la filiazione, dettando regole e criteri differenti.

La legge n.º 76/2016 nell'introdurre nell'ordinamento non uno, ma tre nuovi *status* familiari rilevanti per l'ordinamento italiano, ha anche conferito delega al Governo italiano affinché regolasse gli aspetti di diritto privato internazionale ed altre questioni connesse allo stato civile⁴⁰. Così, quando si è trattato di determinare gli effetti prodotti in Italia da vincoli e *status* creati in altri ordinamenti, ed altri importanti aspetti di diritto internazionale privato (quali, ad esempio, la capacità giuridica a contrarre l'unione civile in Italia), il Legislatore italiano non ha voluto basarsi sul semplice e generale richiamo di equivalenza del comma 20 della legge n.º 76/2016⁴¹, ma nel delegare l'attività legislativa sul punto al Governo, ha individuato al comma 28 un criterio direttivo tanto laconico quanto chiaro nella finalità: prevedere «l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo». Come

40 Nel periodo previgente, la giurisprudenza prevalente militava nel senso di considerare i matrimoni di coppie omosessuali celebrati all'estero (ed in particolare quelli tra cittadini italiani), se non più come «inesistenti» o «invalidi», pur sempre come situazioni di mero fatto, «inidone[i] a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano». Ciò non significa che, in quanto situazioni di fatto, i «componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se —secondo la legislazione italiana— non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia —a prescindere dall'intervento del legislatore in materia— quali titolari del diritto alla “vita familiare” e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di “specifiche situazioni”, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza.», come tale improduttivo di effetti giuridici nell'ordinamento italiano; ciò non significa che non potessero essere garantiti alcuni puntuali diritti derivanti dalla «unione di fatto» oppure dalla «convivenza», Cass. civ., I sez., 15/03/2012, n.º 4184 in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, p. 747. La sentenza appena citata contiene un'ampia disamina sia della giurisprudenza costituzionale (in particolare C. Cost. n.º 138/2010) sia europea e, pur giungendo ad un risultato (*de jure condito*) restrittivo, contiene in realtà importanti aperture al mutamento giuridico in atto.

Per una panoramica della giurisprudenza e della prassi precedente alla l. 76/2016, vedi ad esempio, BOSCHIERO, N., «Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien», in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 50; PALMERI, G. e VENUTI, M.C., «La trascrivibilità del matrimonio tra identità personale e circolazione dello status coniugale», in *Gen/US*, 2015, 2, p. 92.

41 Comma 20: «Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso».

risulterà più evidente, l'obiettivo principale indicato dal Parlamento era di non assecondare quel c.d. «turismo matrimoniale» del cittadino italiano che tenti di ottenere in un altro paese *status* e diritti che l'Italia non gli riconosce, eludendo i limiti posti dalla disciplina di diritto materiale italiana⁴². Ciò non ha impedito, peraltro, al Legislatore delegato di scrivere norme modellate in gran parte sulla disciplina già prevista dagli artt. 26-30 della legge 218/1995 per il matrimonio, confermando così la sostanziale equiparazione tra unione civile e matrimonio che vede la più grande differenza, sul piano del diritto materiale, sul versante della filiazione⁴³.

Il Governo ha, dunque, attuato la delega conferita approvando il d.lgs. 9 gennaio 2017, n.° 7, che ha introdotto nella Legge italiana sul diritto internazionale privato (legge 31 maggio 1995, n.° 218 - di seguito LDIP) gli artt. 32 da *bis* a *quinquies* ed ha riscritto l'art. 45 sugli obblighi alimentari.

Precisiamo sin d'ora che l'ampia materia della legge applicabile ai rapporti patrimoniali, tanto tra coniugi quanto tra partner di un'unione civile, è ormai sottratta al Legislatore nazionale per effetto dei Regolamenti UE nn. 1103 e 1104 del 2016 i quali esprimono agli articoli 20 la loro «vocazione universale» e non restringono altrimenti la portata d'applicazione *ratione personae*⁴⁴. Su tali testi non ci soffermeremo, salvo porre il quesito se un rapporto matrimoniale di una coppia omosessuale contratto fuori dall'Italia, verrà esaminato dal Giudice italiano sulla scorta del Regolamento 1103 o 1104⁴⁵: domanda dal sapore non del tutto accademico, dato che i Regolamenti pur essendo molto simili, non sono identici (si pensi, su tutte, l'assenza —significativamente anti-elusiva— dell'opzione per i coniugi di scegliere la legge del luogo di costituzione del vincolo coniugale che è invece aperta ai partner di un'unione registrata, cfr. gli articoli 22 dei due Regolamenti). Parimenti, ed indipendentemente dal fatto che traggano origine dal matrimonio o dall'unione civile, sono sottratti al campo d'applicazione della l. 218/1995 sia il campo della legge applicabile alle obbligazioni alimentari (soggette al Regolamento

42 La legittimità della finalità anti-elusiva è stata affermata dalla Corte EDU nella sentenza 14 dicembre 2017, *Orlandi e altri c. Italia*, ric. nn. 26431/12; 26742/12; 44057/12, ed anche nella sentenza del 29 aprile 2008, *McDonald c Francia*, ricorso n.° 18648/04. V. DEANA, F., «Diritto alla vita familiare e riconoscimento del matrimonio *same-sex* in Italia: note critiche alla sentenza *Orlandi e altri contro Italia*», in *Rivista di diritti comparati*, 2019, pp. 170-171.

43 Ivi, p. 156.

44 Ciò rende, dunque, inapplicabili gli artt. 30 e 32 *ter*, 4 comma, LDIP, rilevando come quest'ultimo fosse già stato redatto in conformità al Regolamento 1104, al fine di anticiparne gli effetti, segno positivo dell'attenzione e della volontà di coordinamento espressa dal Legislatore italiano.

45 Dovendo sciogliersi anche il nodo se si tratti di rinvio alla legge nazionale o di un «rinvio di qualificazione», sul quale, ma in altro contesto, v. BIAGIONI G., «Unioni *same-sex* e diritto internazionale privato: il nuovo quadro dopo il d.lgs. n.° 7/2017», in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, 2, p. 500

4/2009)⁴⁶, sia il campo della legge applicabile ai diritti successori riservati a coniuge o *partner* (soggetti al Regolamento 650/2012).

Un «genuino» rinvio al diritto UE è invece quello che l'art. 32 *quater*, 2° comma, LDIP opera al Regolamento 1259/2010 sulla legge applicabile a separazione e divorzio, la cui applicazione *ratione materiae* viene estesa dal diritto italiano fino a comprendervi, oltre al matrimonio, anche lo scioglimento dell'unione civile⁴⁷.

Due delle nuove norme della LDIP riguardano gli effetti prodotti in Italia da un vincolo contratto all'estero tra persone del medesimo sesso ed attengono, quindi, al tema della circolazione di persone e *status* tra gli ordinamenti giuridici. L'art. 32 *bis* prevede che «[i]l matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana», mentre l'art. 32 *quinquies* stabilisce che «[l']unione civile, o altro istituto analogo, costituiti all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso abitualmente residenti in Italia produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana».

Attesa l'identità delle conseguenze (ossia che il vincolo estero «produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana»), è significativo che si sia voluto porre il riconoscimento degli effetti del matrimonio e dell'unione civile contratti all'estero, in due norme ben distanziate tra loro da un *ter* ed un *quater* del tutto eterogenei. In parte si potrebbe trattare di un'altra manifestazione simbolica della scelta di fondo di tenere ben distinti, quanto al *nomen*, matrimonio ed unione civile; in parte vi sono delle differenze di disciplina.

La più evidente riguarda l'ambito di applicazione *ratione personae*⁴⁸, giacché l'art. 32 *bis* parla di matrimonio contratto all'estero «da cittadini italiani con persona dello stesso sesso», espressione che (in spregio alla *rubrica*

46 Per questo BIAZIONI, Ivi, pp. 505 e 518 definisce «didascalico» il rinvio al Regolamento 4/2009 operato dall'art. 45 LDIP e, indirettamente, anche dall'art. 32 *ter*, 5° comma, LDIP in relazione alle obbligazioni alimentari derivanti dalle unioni civili.

47 Sollevando nuovamente il quesito se il rinvio operato sia «fisso» o «mobile», cioè se si possa estendere ai futuri *recast* del Regolamento 1259/2010 senza necessità di modificare la norma in questione. Si tratta di una questione che è stata molto discussa in relazione al simile rinvio che l'art. 3 della legge 218/1995 sulla giurisdizione del giudice italiano opera «ai criteri stabiliti dalle sezioni 2, 3 e 4 del titolo II della Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e protocollo, firmati a Bruxelles il 27 settembre 1968, resi esecutivi con la legge 21 giugno 1971, n.° 804 e successive modificazioni in vigore per l'Italia» e che, dopo un favore iniziale per il rinvio «fisso», la giurisprudenza sembra aver ormai risolto nel senso del rinvio mobile, cfr. Corte di cassazione, sez. un., ordinanza 28 febbraio 2024, n.° 5303.

48 LOPES PEGNA, O., «Riqualficazione del matrimonio *same-sex* estero in unione civile «italiana»: una soluzione irragionevole», in CONTE, G. e LANDINI, S., (a cura di), *Scritti in onore di Giovanni Furguele*, cit., t. II, p. 100.

*legis*⁴⁹⁾ sembra includere sia il caso della coppia omosessuale composta da due cittadini italiani, sia il caso di coppia omosessuale «mista» tra un cittadino italiano ed uno straniero⁵⁰. L'ambito della seconda norma pare, invece, più ristretto, dato che non ripete la medesima formula («da cittadini italiani con persona dello stesso sesso») ma adotta un'espressione («tra cittadini italiani dello stesso sesso») che pare inequivocabilmente dedicata al caso di unione civile (o istituto analogo) costituita da una coppia di cittadini italiani del medesimo sesso, peraltro solo nel caso in cui siano «abituamente residenti in Italia».

La *ratio* espressa dalle due norme viene letta da taluni come contraria: l'art. 32*bis* lancia un'ampia rete «anti-elusiva» onde assicurarsi che il matrimonio di una coppia omosessuale della quale faccia parte almeno un cittadino italiano non possa produrre in Italia altri effetti che quelli previsti dalla legge n.° 76/2006 (e segnatamente, aggiungiamo, non vi siano dubbi sulla inapplicabilità dell'istituto della adozione c.d. «piena», v. *supra* la prima parte); l'art. 32 *quinquies*, invece, eviterebbe che una coppia omosessuale di italiani abitualmente residenti in Italia possa, per il fatto di aver registrato la propria unione all'estero, godere di *meno* diritti rispetto a quelli previsti dalla legge n.° 76/2016 – ipotesi che acquista un sapore di scolasticità, dato che saranno poche o forse nulle le coppie di cittadini italiani residenti che desidereranno conseguire all'estero uno *status* inferiore a quello del quale godrebbero in Italia con l'unione civile o, volendo attenuare il catalogo di diritti ed obblighi, con il contratto di convivenza⁵¹. In realtà, anche in questo secondo caso la

49 In Italia è noto il canone «*rubrica legis non est lex*», che lascia l'interprete alquanto insoddisfatto.

50 Questa la lettura preferita anche da ZANNONI, D., «Gli effetti nell'ordinamento italiano delle unioni civili e dei matrimoni *same-sex* conclusi all'estero», in *DPCE online*, 2020, p. 237 e BIAGIONI, «Unioni same-sex», cit. n.° 45, p. 498 e quella accolta anche dalla Cass. civ., sez. I, 14/05/2018, n.° 11696, sulla quale v. anche WINKLER, M., «'A case with peculiarities': mixed same-sex marriages before the Supreme Court», in *The Italian Law Journal*, 2018, p. 273.

51 Nota RUOTOLO G., «Il diritto internazionale privato italiano delle «nuove» famiglie nel contesto europeo», in *Questione Giustizia*, 2019, 2, p. 63, che «nel caso delle [unioni civili concluse all'estero], ciò potrà comportare, in termini di diritti dei partner, effetti favorevoli (con un *upgrade*) o pregiudizievoli (con un *downgrade* analogo a quello che abbiamo visto verificarsi per il matrimonio) a seconda del contenuto del regime straniero «originario» e di quello italiano che si impone».

Forse quanto affermato nel testo non coglie la reale complessità e varietà delle aspirazioni umane. V. ad es. la giusta osservazione di Elisabetta Bergamini: «si pensi all'ipotesi di un soggetto, da ultimo residente in Italia ma che abbia concluso un PACS in Francia. La sua successione, in assenza di scelta circa la legge applicabile, sarebbe regolata dalla legge italiana che attribuisce diritti successori al partner, contrariamente a quanto prevede la legge francese per la quale il partner non ha diritti successori se non su base testamentaria, giungendo così ad un risultato che potrebbe essere in contrasto con la volontà del *de cuius* che, per ipotesi, aveva volontariamente escluso il partner dal proprio testamento», BERGAMINI, E., «Contratti di convivenza e unioni civili: la nuova sfida per il diritto interna-

ratio è antielusiva e mira ad evitare che cittadini italiani, residenti in Italia, possano eludere la legge nazionale comune⁵².

Dal punto di vista internazionalprivatistico, la tecnica prescelta dal legislatore italiano per regolare il modo di ingresso dai confini nazionali di un matrimonio estero di una coppia omosessuale sembra quella della riqualificazione del matrimonio in unione civile, tramite la tecnica della c.d. *downgrade recognition*⁵³. E' stato peraltro, e giustamente, osservato che più che davanti ad una mera riqualificazione, saremmo alle prese con qualcosa di più incisivo, ossia di una «classica norma di conflitto 'unilaterale' (introversa) diretta ad imporre l'applicazione della disciplina materiale stabilita dalla l. n.° 76 del 2016 a tutti gli effetti del matrimonio riqualificato come 'unione'⁵⁴».

E' noto che una tale tecnica di riqualificazione è ritenuta —almeno per il momento⁵⁵— compatibile con le regole della CEDU quando al cambio di *nomen* non segua un mutamento, sostanziale, nel livello di tutela che deve rimanere «analogo⁵⁶». Torniamo, però all'ampio ambito di applicazione dell'art. 32 *bis* per sottolineare, con la miglior dottrina, l'incoerenza di voler sottoporre al «degradamento» un matrimonio celebrato all'estero da una coppia omosessuale residente in altro stato, solo per il fatto che uno (o anche entrambi) i coniugi abbiano (anche) la cittadinanza italiana. Non solo si frustra la ragionevole aspettativa, l'affidamento potremmo dire, della coppia a mantenere il proprio *status*; non solo, non dovrebbe venire in applicazione la *ratio* antielusiva della quale si alimenta l'art. 32 *bis*; ma si pongono, senza appa-

zionale privato italiano e dell'Unione europea», in *Eurojus.it*, 2016, disponibile all'indirizzo <https://rivista.eurojus.it/contratti-di-convivenza-e-unioni-civili-la-nuova-sfida-per-il-diritto-internazionale-privato-italiano-e-dellunione-europea/>

52 Così la stessa relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, pag. 5: «L'art. 32-quinquies ... introduce la disciplina corrispondente alla *ratio* anti-elusiva che la delega sottintende». Il testo della relazione è reperibile all'indirizzo https://www.governo.it/sites/governo.it/files/relazione_illustrativa_80.pdf

53 LOPES PEGNA, «Riqualificazione», cit. n.° 48, p. 95.

54 Ivi, p. 102. Di diverso avviso ZANNONI, «Gli effetti», cit. n.° 50, p. 239 che predilige un'interpretazione restrittiva nel senso solo di consentire la riqualificazione del matrimonio in unione civile, lasciando poi la determinazione della legge applicabile ai criteri nazionali ed europei volta volta applicabili.

55 Paiono convincenti i rilievi di SCAFFIDI RUNCHELLA, L., «Il riconoscimento e la trascrizione dei matrimoni *same-sex* conclusi all'estero alla luce delle recenti decisioni del Tribunale di Perugia e della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Orlandi ed altri c. Italia*, in *GenJus*, 2018, 1, pp. 147-49.

56 V. Corte Edu, 16 luglio 2014, *Hämäläinen c. Finlandia*, ricorso n.° 37359/2009. Esprime dubbi RUOTOLO, «Il diritto internazionale privato», cit. n.° 51, p. 63. V. anche la sentenza *Orlandi* cit. n.° 42 e il commento DEANA, «Diritto alla vita», cit. n.° 42, p. 181 che sottolinea come *Orlandi* non entri nell'esame delle tecniche internazionalprivatistiche (e di trascrizione), «contentandosi» di richiedere usl piano materiale «tutele analoghe» e una certa continuità (almeno negli effetti) degli status consolidatisi in altri ordinamenti. V. anche SCAFFIDI RUNCHELLA, «Il riconoscimento», cit. n.° 55, pp. 136ss.

rente giustificazione, seri ed indebiti ostacoli alla circolazione degli individui per il solo fatto di avere la (s)ventura di possedere la cittadinanza italiana⁵⁷.

Questa attenzione ossessiva al criterio della cittadinanza, priva di ogni altra qualificazione atta a dare effettività al vincolo tra persona e territorio, milita contro la mobilità transfrontaliera delle famiglie e degli *status* e contro la ragionevole aspettativa di quei cittadini che si sono trasferiti (almeno per un certo periodo) all'estero e lì hanno creato delle vite di coppia e di famiglia sulla base di una cornice giuridica che l'Italia invece nega. Scenario reso tanto più grave dalla regola posta dal secondo comma dell'art. 19 LDIP, il quale stabilisce che nell'applicazione delle norme di conflitto se una persona ha più di una cittadinanza, quella italiana — se ovviamente presente — è sempre destinata a prevalere.

Non crea particolari problemi il caso di unione civile costituita da una coppia omosessuale nella quale o vi sia almeno straniero, oppure manchi il criterio di residenza abituale in Italia: la legge applicabile ai rapporti personali sarà quella determinata in applicazione dell'art. 32 *ter*, 4.° comma, LDIP ossia, non molto ragionevolmente, la *lex loci celebrationis*, salvo la possibilità o di concordare *ex ante* e per iscritto l'applicazione della legge di cittadinanza o residenza di una delle parti o, già in sede contenziosa, di chiedere al giudice di applicare la «legge dello Stato nel quale la vita comune è prevalentemente localizzata». Le parti possono convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno una di esse è cittadina o nel quale almeno una di esse risiede.

Tre casistiche rimangono, invece, fuori dall'ambito di applicazione delle nuove norme: cosa che, a dire il vero, appare ben poco comprensibile dato che non si tratta di ipotesi fantasiose o isolate, ma di situazioni che hanno una probabilità assai concreta di verificarsi.

Il primo insieme di casi è relativo alle coppie omosessuali sposate, nelle quali non figuri alcun cittadino italiano. Scartando l'opzione per cui l'ordinamento italiano potrebbe considerare non giuridicamente rilevante tale vincolo (che non era nemmeno prima della legge n.° 76/2016 ed esporrebbe all'Italia alla violazione già denunciata in *Orlandi e altri c. Italia*⁵⁸), le due opzioni concretamente sul tavolo sono quella di estendere a tale rapporto la regola posta dall'art. 32 *bis* LDIP e dunque far sì che anche il matrimonio tra stranieri produca in Italia «gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana», ovvero applicare *sic et simpliciter* l'art. 29 LDIP che regola i «rapporti personali tra coniugi».

La prima possibilità sembra esclusa tanto dalla lettera della norma (che appunto richiede la presenza di almeno «un cittadino italiano»), quanto — in

57 LOPES PEGNA, «Riqualificazione», cit. n.° 48, p. 101.

58 Cit. n.° 42.

modo evidente— dalla sua *ratio* antielusiva che perde di ogni senso quando si consideri una coppia straniera che abbia contratto il vincolo all'estero⁵⁹. Rimane allora aperta la seconda strada, avallata dalla lettura *a contrario* dell'art. 32*bis*, ossia quella di considerare un tale rapporto come «matrimonio» (pur di coppia omosessuale) ed applicarvi le norme di conflitto, interne o europee, previste per il matrimonio. Questa sembra la soluzione indicata, pur in un veloce *obiter dictum*, dalla Corte di cassazione: «La libertà di scelta del modello di unione omoaffettiva rimessa ai singoli Stati si estende, a fini antielusivi e di coerenza antisdiscriminatoria del sistema di regolazione interna, anche alla produzione degli effetti degli atti formati all'estero, salva l'ipotesi della totale transnazionalità di essi (matrimonio contratto all'estero da cittadini entrambi stranieri)»⁶⁰.

Del resto, il matrimonio contratto all'estero tra stranieri, e che quindi non coinvolga nemmeno un cittadino (anche) italiano, è da sempre visto con minore rigore, cosa che tende a produrre nei fatti una certa *reverse discrimination*. Esempio di tale impostazione è comunemente riscontrato nella decisione della Corte d'appello di Napoli dell'8 luglio 2015 (pronunciata a legislazione previgente) sul diritto di una coppia di donne francesi a vedere trascritto il proprio matrimonio ai sensi dell'art. 19 D.P.R. 396/2000⁶¹. Il tema

59 Di diverso avviso PESCE, F., «La legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato alla prova della nuova disciplina sulle unioni civili», in *Genlus*, 2017, 2, p. 93 che auspica un'applicazione estensivo/analogica della *downgrade recognition* anche in questo caso, soprattutto per evitare la c.d. *reverse discrimination*.

60 Cass. civ., 14 marzo 2018, n.° 11696. Ed anche BIAGIONI, «Unioni same-sex», cit. n.° 45, pp. 498 e 499. Al medesimo risultato era giunta anche almeno una sentenza di merito nel periodo precedente alla novella, cfr. Corte d'appello di Napoli, 13 marzo 2015, in *Foro italiano*, 2016, I, 297. Non manca, peraltro, chi propende per la riqualificazione in unione civile, cfr. ZANNONI, «Gli effetti», cit. n.° 50, pp. 239-250.

Sembra, però, che un tale matrimonio debba comunque essere trascritto nel registro delle unioni civili, ai sensi dell'art. 134 *bis* del r.d. 9 luglio 1939, n.° 1238 come modificato dal d.lgs. 5/2017 adottato su delega della l. 76/2016 secondo cui nella parte seconda del registro delle unioni civili, l'ufficiale di stato civile deve trascrivere, *inter alia*, «...gli atti dei matrimoni tra persone dello stesso sesso avvenuti all'estero». Ciò si pone in contrasto con il diverso trattamento che l'art. 32 *bis* LDIP riserva (o meglio, non riserva) al matrimonio della coppia omosessuale, v. SCAFFIDI RUNCHELLA, «Il riconoscimento», cit. n.° 55, pp. 141-42.

61 Corte d'Appello di Napoli del 13 marzo 2015 divenuta definitiva dopo che Cass. 31 gennaio 2017, n.° 2487, ha dichiarato improcedibile il ricorso proposto dall'Amministrazione comunale. Peraltro nel caso di specie una delle due donne aveva anche la cittadinanza italiana, cosa che però la Corte d'appello non sembra aver considerato. La decisione della CdA Napoli è disponibile all'indirizzo <https://www.articolo29.it/corte-appello-napoli-sentenza-13-marzo-2015/> Soluzione che LOPES PEGNA, «Riqualificazione», cit. n.° 48, p. 101 estenderebbe anche alle situazioni attuali, ossia trascrizione e produzione di effetti in Italia. V. anche il breve ma puntuale contributo di ARENA, S., «Ancora sull'art. 19 del DPR N. 396/2000 e la sua strana collocazione nell'ambito della realtà giuridica», in *Lo Stato civile italiano*, 2009, 105, p. 10, che critica l'orientamento giurisprudenziale che vede nella trascrizione ex art. 19 delle «semplici riproduzioni da collocarsi fuori del ... Ordinamento giu-

della c.d. *reverse discrimination* che l'ordinamento italiano praticerebbe in favore degli stranieri (con più diritti) ed a sfavore di chi abbia (anche) la cittadinanza italiana, è da un lato frutto della contemporanea ed inevitabile esistenza di più sistemi giuridici con i quali in qualche modo l'Italia ritiene di doversi coordinare; e dall'altro è il prodotto tangibile di precise scelte di politica che si riflettono negli istituti giuridici e come tali devono essere lette e trattate: non certo nel senso di negare anche agli stranieri quei diritti che vengono negati ai cittadini⁶².

La seconda casistica a rimanere del tutto esclusa è quella delle coppie eterosessuali che abbiano contratto all'estero un vincolo non qualificabile come matrimonio, ma affine all'unione registrata e ciò, direi, indipendentemente dalla nazionalità dei *partner*. Qui i problemi sono gravi e di non agevole soluzione. Non potendo imporre a chi non l'ha voluto una sorta di «*upgrade recognition*» che estenda alla coppia le importanti ed articolate conseguenze del vincolo matrimoniale, occorre prendere atto che la legge italiana ha operato la scelta, non obbligata e —nuovamente— politica, di non consentire alle coppie eterosessuali di accedere all'istituto dell'unione civile, ammettendo solo la scelta tra matrimonio e convivenza di fatto (eventualmente «rafforzata» dal contratto di convivenza). Ed allora, per quanto non la trovi affatto soddisfacente, l'unione registrata tra coppie eterosessuali sembrerebbe dover assumere per l'ordinamento italiano la qualificazione (ancora una volta con *downgrade*) di convivenza di fatto⁶³, con conseguente possibilità di una

ridico [italiano]» e che propende per la produzione di effetti. Spiega WINKLER, M., «Ancora sul rifiuto di trascrizione in Italia di same-sex marriage straniero: l'ennesima occasione mancata», in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2011, 3, p. 1239 (nota a Trib. Treviso, 19 maggio 2010): «La trascrizione ... non equivale ad introdurre in Italia un matrimonio same-sex. La trascrizione ha valore, invece, come manifestazione, o, meglio, pubblicizzazione —avente come destinataria la collettività italiana— della circostanza che i due interessati sono sposati in California, con efficacia di mezzo di prova del rapporto perfezionatosi all'estero». Ancora, la trascrizione assume importanza anche ai sensi della regola posta dall'art. 130 c.c. secondo cui «Nessuno può reclamare il titolo di coniuge e gli effetti del matrimonio, se non presenta l'atto di celebrazione estratto dai registri dello stato civile. 2. Il possesso di stato, quantunque allegato da ambedue i coniugi, non dispensa dal presentare l'atto di celebrazione».

62 Questa la principale critica che si potrebbe muovere a PESCE, «La legge», cit. n.° 59, p. 93 – v. *supra* la nota 59. Piuttosto, come nota SCAFFIDI RUNCELLA, «Il riconoscimento», cit. n.° 55, pp. 144-43, la *reverse discrimination* porrebbe la questione della violazione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost inducendo ad «elevare» la tutela anche per le coppie italiane o miste.

63 ZANNONI, «Gli effetti», cit. n.° 50, pp 253-55 nota la lacuna che porta a un mancato riconoscimento - e la definisce problematica alla luce del divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale. Propende per ulteriore downgrade a convivenza. PESCE, «La legge», cit. n.° 59, p. 96 auspica che, *de jure condendo*, venga introdotta una norma apposita tesa ad estendere all'unione civile di coppia eterosessuale le norme che la legge n.° 76/2016 detta per le coppie omosessuali. Lo stesso A. sottolinea come il mancato riconoscimento di effetti giuridici all'unione civile di coppia eterosessuale potrebbe portare al

perdita di diritti quando questi non trovino riscontro nel magro e casistico catalogo previsto dai commi 36-67 della legge n.º 76/2016 e dagli altri diritti che la giurisprudenza saprà volta volta attribuire alla convivenza di fatto. Tuttavia, in analogia con il riconoscimento e la trascrivibilità del matrimonio estero di coppia omosessuale tra stranieri, non vedo ostacoli nel considerare riconoscibile e trascrivibile in Italia l'unione registrata all'estero di coppia eterosessuale quantomeno laddove non vi siano cittadini italiani coinvolti.

Infine, non è regolata dagli artt. 32 *bis* e *quinquies* LDIP l'eventualità che la coppia omosessuale, ancorché composta da cittadini entrambi stranieri, una volta trasferitasi in Italia, e maturate le condizioni previste dalla legge 5 febbraio 1992, n.º 91 sulla cittadinanza, decida di acquistare la cittadinanza italiana. Cosa che potrebbe produrre la conseguenza di soddisfare, ma solo *ex post*, i criteri di applicazione della *downgrade recognition* che tramuta il matrimonio in unione civile, rispetto ad un rapporto che, tuttavia, l'ordinamento italiano avrebbe già riconosciuto come matrimonio; e che, nel diverso caso in cui la coppia straniera (o con un solo cittadino italiano, o comunque non residente) «trasferisca» in Italia un'unione registrata estera, potrebbe innescare la norma unilaterale ed introversa dell'art. 32 *quinquies*.

Nel caso della convivenza di fatto⁶⁴, la legge DIP (art. 30 *bis* introdotto direttamente dalla legge 76) si limita a prevedere norme per determinare la legge applicabile al solo contratto di convivenza, ma omette del tutto la questione della legge applicabile alla convivenza *tout court*, con ciò offrendo il fianco a facili e giustificate critiche⁶⁵.

Finora abbiamo visto le, non poche, ombre e gli ostacoli che la LDIP italiana pone alla circolazione delle persone per effetto del «degradamento» degli *status*. Non tutto ciò che è contenuto nelle nuove norme inserite nella LDIP esprime un orientamento restrittivo e di «ribasso». Si nota, ad esem-

risultato, per certi versi paradossale, di consentire una sorta di «bigamia» di fatto, poiché non considerare giuridicamente esistente la precedente unione dovrebbe portare a consentire ad uno dei *partner* di contrarre un vincolo con una terza persona, non esistendo cause giuridicamente ostative.

64 BIAGIONI, «Unioni same-sex», cit. n.º 45, p. 501, suggerisce che per discriminare tra unione civile e convivenza di fatto occorre valorizzare gli elementi previsti dalle norme europee che quindi sono (1) affinità del contenuto dell'unione al matrimonio in termini di diritti e obblighi e (2) registrazione dell'unione davanti ad un'autorità pubblica.

65 La norma in questione è l'art. 30 *bis* della legge 218/1995: «1. Ai contratti di convivenza si applica la legge nazionale comune dei contraenti. Ai contraenti di diversa cittadinanza si applica la legge del luogo in cui la convivenza è prevalentemente localizzata. 2. Sono fatte salve le norme nazionali, europee ed internazionali che regolano il caso di cittadinanza plurima». Cfr. ad es. la critica di BIAGIONI, «Unioni same-sex», cit. n.º 45, pp. 498-99 che, esaminando le norme italiane della legge 218/1995 e della legge 76/2016, arriva a dubitare della possibilità di qualificare la convivenza come «rapporto di famiglia» ai fini dell'applicazione delle norme di diritto internazionale privato, cosa che pone non pochi problemi in punto di legge applicabile, lvi a pag. 503 e 516.

pio, come il Legislatore sia passato in «un baleno» dall'impedire alle coppie omosessuali di contrarre alcun vincolo giuridicamente rilevante per l'Italia, al plasmare regole di ordine pubblico c.d. «positivo» che esprimono oggi un marcato *favor validitatis* per il vincolo e che impediscono l'ingresso in Italia di norme e valori che contrastino con la linea dettata dalla CEDU in *Oliari* e negli altri casi⁶⁶.

In tale ottica deve essere letta anzitutto l'art. 32 *ter*, 1.° comma, LDIP che nel sottoporre la «capacità e le altre condizioni per costituire unione civile» alla «legge nazionale di ciascuna parte al momento della costituzione dell'unione civile», dispone anche che «se la legge applicabile non ammette l'unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso si applica la legge italiana». Identica *ratio* è sottesa alla possibilità di sostituire il «nulla osta» previsto dall'art. 116 c.c. (ossia la libertà di stato) con una «dichiarazione sostitutiva⁶⁷» proveniente dalla parte interessata, in particolare quando «la produzione del nulla osta sia precluso in ragione del mancato riconoscimento, secondo la legge dello Stato di cui lo straniero è cittadino, dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o di analogo istituto».

Di contro, ma con continuità rispetto a quanto previsto per il matrimonio di coppia eterosessuale, l'art. 32 *ter* definisce di «applicazione necessaria» le norme dettate dal comma 4 dell'art. 1, l. 76/2016 relative alle «cause impeditive alla costituzione dell'unione civile»⁶⁸, chiarendo che la presenza di impedimenti sono ostacolo tanto alla concessione di un valido nulla osta, quanto

66 ZANNONI, «Gli effetti», cit. n.° 50, p. 250; BIAGIONI, «Unioni same-sex», cit. n.° 45, pp. 510ss.

67 Nell'ordinamento italiano si fa largo uso delle c.d. «autocertificazioni», ossia dichiarazioni delle persone interessate che affermano «stati, qualità personali e fatti» del dichiarante o di altri soggetti e che possono (o devono) essere prodotte alla pubblica amministrazione al posto dei relativi certificati pubblici (si tratta di una misura tesa a semplificare la burocrazia italiana). Eventuali «dichiarazioni mendaci» sono sottoposte a sanzione penale. V. Artt. 46-49 e 76 D.P.R. 28 dicembre 2000, n.° 445.

68 «4. Sono cause impeditive per la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso:

a) la sussistenza, per una delle parti, di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile tra persone dello stesso sesso;

b) l'interdizione di una delle parti per infermità di mente; se l'istanza d'interdizione è soltanto promossa, il pubblico ministero può chiedere che si sospenda la costituzione dell'unione civile; in tal caso il procedimento non può aver luogo finché la sentenza che ha pronunciato sull'istanza non sia passata in giudicato;

c) la sussistenza tra le parti dei rapporti di cui all'articolo 87, primo comma, del codice civile; non possono altresì contrarre unione civile tra persone dello stesso sesso lo zio e il nipote e la zia e la nipote; si applicano le disposizioni di cui al medesimo articolo 87;

d) la condanna definitiva di un contraente per omicidio consumato o tentato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l'altra parte; se è stato disposto soltanto rinvio a giudizio ovvero sentenza di condanna di primo o secondo grado ovvero una misura cautelare la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso è sospesa sino a quando non è pronunciata sentenza di proscioglimento».

alla riconoscibilità o trascrivibilità del vincolo estero. Con la precisazione che nel campo delle unioni registrate non vi è possibilità di dispensa giudiziarica dall'impedimento che si presenta dunque come assoluto⁶⁹.

Anche sull'importante profilo dello scioglimento del vincolo, sia esso matrimonio o unione registrata, si osserva un atteggiamento direi liberale della LDIP nel senso, da un lato e come già visto, di estendere all'unione civile le norme che il Regolamento 1259/2010 detta in punto di legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e che, rispetto a quest'ultimo, si impongono sulle norme italiane ormai inapplicabili⁷⁰; cosa che, dunque, estende anche all'unione civile il criterio residuale dettato dall'art. 10 del Regolamento e che porta all'applicazione della *lex fori* nel caso in cui la legge applicabile ai sensi degli artt. 5 e 8 del Regolamento o non consentisse lo scioglimento del vincolo, ovvero non concedesse alle parti «pari condizioni di accesso»⁷¹.

Dall'altro lato, la LDIP detta all'art. 32 *quater* un ampio catalogo di ipotesi nelle quali il giudice italiano ha giurisdizione a pronunciarsi sullo scioglimento o sull'eventuale domanda di annullamento o nullità dell'unione civile: ossia quando vi è giurisdizione in base all'art. 3 LDIP (che richiama ed estende i criteri di Bruxelles I), quando una delle parti è cittadina italiana o quando il vincolo è stato costituito in Italia. Criteri molto generosi, probabilmente esorbitanti e con margini di *forum shopping*, ma che comportano comunque un *favor* verso la possibilità di «dare» un giudice alle parti onde sciogliere un vincolo non più desiderato. Qui il Legislatore ha scelto di replicare, sostanzialmente⁷², il catalogo previsto dall'art. 32, norma la cui portata applicativa —tuttavia— è ormai del tutto compressa negli angusti limiti della «competenza residua» prevista dall'art. 6 del Regolamento 1111/2019 che regola, tra l'altro, la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale rendendo del tutto marginali le norme nazionali. In questo caso, dunque, il Legislatore delegato non ha percorso la strada del rinvio estensivo al diritto europeo, determinando una possibile scollatura tra matrimonio e unione civile dato che l'art. 3 del Regolamento 1111/2019

69 PESCE, «La legge», cit. n.° 59, p. 79.

70 Su scioglimento: TONOLO, S., «La tutela internazionale del diritto fondamentale alle relazioni interpersonali e l'introduzione nell'ordinamento italiano degli istituti delle unioni civili e degli accordi di convivenza», in AA.VV., *Diritto, economia e società. In ricordo di Luisa Cusina*, Trieste, EUT, 2018, p. 263-265

71 Inoltre osserva PESCE, «La legge», cit. n.° 59, p. 86-87: «divenuto ipso facto principio di ordine pubblico del sistema italiano con l'approvazione della legge sul divorzio, il principio della dissolubilità del matrimonio, oggi condiviso da tutti i Paesi membri dell'Unione europea, è ritenuto irrinunciabile e fondante a tal punto da determinare l'esclusione del richiamo internazionalprivatistico, qualora quest'ultimo conduca ad una radicale impossibilità (di diritto) di porre termine ad un'unione che non corrisponda più alla volontà di una o entrambe le parti».

72 Manca nell'art. 32 il richiamo che l'art. 32 *quater* opera all'art. 9 LDIP in materia di volontaria giurisdizione.

non dà alcuna rilevanza al *locus celebrationis* o alla cittadinanza di una sola delle parti, privilegiando criteri di collegamento tra giudice e controversia più oggettivi.

Dicevamo appunto che l'art. 32 *quater* detta criteri di giurisdizione non solo per lo scioglimento del vincolo, ma anche per eventuali azioni di annullamento o nullità dell'unione civile. La legge applicabile a queste domande, tuttavia, non fa riferimento correttamente al Regolamento 1259/2010 (che non detta norme in punto di annullamento o nullità) e, dunque, per determinare la legge applicabile dovrà farsi riferimento al vizio che viene dedotto (es. capacità, forma, impedimenti), unitamente ad eventuali limiti posti alla proponibilità di certe azioni.

Infine, sul versante del diritto dell'immigrazione e, soprattutto, della possibilità di poter ottenere il ricongiungimento del *partner* (coniuge o unito civilmente) è opportuno svolgere tre veloci considerazioni. Da un lato, ricordiamo che il comma 20 della l. 76/2016 estende ai *partner* dell'unione civile tutte le norme di legge che si riferiscono al «coniuge»⁷³. Ciò è sufficiente a porre le due situazioni sul medesimo piano e, dunque, consentire all'unito civilmente di godere dei medesimi diritti di ingresso e soggiorno dei quali godrebbe il coniuge: dunque, il diritto a ricongiungersi, ad ottenere la cittadinanza italiana con termini abbreviati, e via dicendo. Mi pare che si possa facilmente affermare come il livello, non elevatissimo, posto da *Coman* possa dirsi ormai pienamente soddisfatto⁷⁴ e, dunque, siano risolti anche i problemi individuati dalla Corte EDU in *Taddeucci e McCall c. Italia*⁷⁵.

Dall'altro, la tecnica del *downgrading* comporta in primo luogo un mutamento di *nomen*, e, come è stato efficacemente notato: «[i]l termine 'matrimonio' esprime in sé un valore apprezzabile sul piano sociale che non può essere realizzato da modelli giuridici che, sebbene affini o coincidenti sul piano delle conseguenze giuridiche, portino un *nomen iuris* diverso»⁷⁶. In terzo luogo, la tecnica in questione e l'imperfetta equiparazione sul piano della filiazione potrebbero comunque portare ad una possibile violazione del diritto europeo tanto sul piano della libertà di circolazione ex art. 21 TFUE, quanto della violazione della direttiva n.° 38/2004⁷⁷.

73 Con le eccezioni sottolineate *supra* alle note 5 e 12 e relativo testo.

74 CGUE, 5 giugno 2018, C-673/16, *Coman*, ECLI:EU:C:2018:385. Nota, però, RUOTOLO, «Il diritto internazionale privato», cit. n.° 51, n.° 11, «che la Carta lascia agli Stati membri un importante margine di discrezionalità: 'il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio'».

75 Corte EDU, sentenza 30 giugno 2016, *Taddeucci e McCall c. Italia*, ricorso n.° 51362/09.

76 SCAFFIDI RUNCHELLA, «Il riconoscimento», cit. n.° 55, p. 148.

77 Ivi, pp. 150-55.

III. Bibliografia

- AA. VV.**, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, p. 12 ss.
- ARENA, S.**, «Ancora sull'art. 19 del DPR N.° 396/2000 e la sua strana collocazione nell'ambito della realtà giuridica», in *Lo Stato civile italiano*, 2009, 105, p. 10.
- BARBA, V.**, «Unione civile e impugnazione per errore sulle qualità personali», *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, p. 315 ss.
- BARBA, V.**, «Unione civile e adozione», *Famiglia e diritto*, 2017, 4, pp. 381-395.
- BARBA, V.**, «Norme applicabili agli uniti civili ed effettività della tutela successoria», *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2018, p. 13 ss.
- BELLELLI, A.**, «Coppie omogenitoriali e tutela dei figli», in CONTE, G., LANDINI, S. (a cura di) *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Mantova, Universitas Studiorum 2017, t. I, p. 521-527.
- BENNI DE SENA, A.**, «La legge sulle unioni civili e il diritto ereditario: aporie ed occasioni perdute», *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2021, p. 303 ss.
- BERGAMINI, E.**, «Contratti di convivenza e unioni civili: la nuova sfida per il diritto internazionale privato italiano e dell'Unione europea», in *Eurojus.it*, 2016, disponibile all'indirizzo <https://rivista.eurojus.it/contratti-di-convivenza-e-unioni-civili-la-nuova-sfida-per-il-diritto-internazionale-privato-italiano-e-dell'unione-europea/>.
- BIAGIONI, G.**, «Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro dopo il d.lgs. n.° 7/2017», in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, 2, p. 500.
- BILOTTI, E.**, «Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni», *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2017, 3, p. 870 ss.
- BONILINI, G.**, «La successione *mortis causa* della persona "unita civilmente", e del convivente di fatto», *Famiglia e diritto*, 2016, p. 980 ss.
- BOSCHIERO, N.**, «Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien», in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 50.
- CINQUE, M.**, «Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità», *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2022, p. 1013 ss.
- CIPRIANI, N.**, «Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia dopo la l. n.° 76 del 2016», in HERNÁNDEZ-TRUYOL, B. E., VIRZO, R. (a cura di), *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori. Profili di diritto internazionale e di diritto comparato*, Napoli, 2016.

- DEANA, F.**, «Diritto alla vita familiare e riconoscimento del matrimonio *same-sex* in Italia: note critiche alla sentenza *Orlandi e altri contro Italia*», in *Rivista di diritti comparati*, 2019, pp. 170-171.
- EMILIOZZI, E. A.** «L'adozione da parte di partners di unioni civili», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, 2, p. 799 ss.
- FARINA, M.**, «L'adozione omogenitoriale dopo la legge 20 maggio 2016, n.º 76: *ubi lex voluit... tacuit?*», *Politica del diritto*, 2017, 1, p. 71-96.
- LANDINI, S.**, «DDL su unioni civili e convivenze di fatto. Gli intenti del legislatore tra diritto vigente e diritto vivente», *Osservatorio sulle fonti*, 2016, 1, p. 2-13.
- LOPES PEGNA, O.**, «Riqualificazione del matrimonio *same-sex* estero in unione civile «italiana»: una soluzione irragionevole», in CONTE, G., LANDINI, S. (a cura di) *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Mantova, Universitas Studiorum 2017, t. II, p. 100.
- MARONGIU BUONAIUTI, F.**, «La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti», *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 49.
- MARONGIU BUONAIUTI, F.**, «Immigrazione e circolazione degli status personali e familiari: la problematica dei c.d. *Conflicts de civilisations*», in CANAVESI G. (a cura di), *Dinamiche del diritto, migrazioni e uguaglianza relazionale*, Macerata, EUM, 2019, p. 163 ss.
- PACIA, R.**, «Unioni civili e convivenze: profili di diritto successorio», *Rivista di diritto civile.*, 2019, p. 409 ss.
- PACINI, G.**, «L'estensione dei legami di parentela tra adottato in casi particolari e parenti dell'adottante, alla luce della decisione della Corte costituzionale», *giustiziacivile.com*, 18 luglio 2022.
- PALMERI, G., VENUTI, M. C.**, «La trascrivibilità del matrimonio tra identità personale e circolazione dello status coniugale», in *GenIUS*, 2015, 2, p. 92.
- PARADISO, M.**, «Le disposizioni testamentarie che afferiscono a diritti e a libertà personali», in AA. VV., *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Napoli, 2017, pp. 225-254.
- PATTI, S.**, «Le unioni civili in Germania», *Famiglia e diritto*, 2015, p. 958 ss.
- PESCE, F.**, «La legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato alla prova della nuova disciplina sulle unioni civili», in *GenIus*, 2017, 2, p. 93.

- QUERZOLA, L.**, «Riflessioni sulla legge in materia di unioni civili», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016, p. 843 ss.
- RESCIGNO, P., CUFFARO, V.** (a cura di), «Unioni civili e convivenze di fatto: la legge», *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1771 ss.
- RIZZUTI, M.**, «Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto», *giustiziacivile.com*, 12 maggio 2016.
- RUOTOLO G.**, «Il diritto internazionale privato italiano delle “nuove” famiglie nel contesto europeo», in *Questione Giustizia*, 2019, 2, p. 63.
- SALVI, G.**, *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità*, Napoli, 2018.
- SCAFFIDI RUNCHELLA, L.**, «Il riconoscimento e la trascrizione dei matrimoni same-sex conclusi all'estero alla luce delle recenti decisioni del Tribunale di Perugia e della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Orlandi ed altri c. Italia*», in *GenJus*, 2018, 1, pp. 147-49.
- SENIGAGLIA, R.**, «Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n.° 79/2022», *Nuove leggi civili commentate*, 2022, p. 1333 ss.
- SESTA, M.**, «Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali», *Famiglia e diritto*, 2022, p. 904 ss.
- SCHLESINGER, P.** (a cura di), «La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze», *Famiglia e diritto*, 2016, p. 845 ss.
- TONOLO, S.**, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2007.
- TONOLO, S.**, «La tutela internazionale del diritto fondamentale alle relazioni interpersonali e l'introduzione nell'ordinamento italiano degli istituti delle unioni civili e degli accordi di convivenza», in AA.VV., *Diritto, economia e società. In ricordo di Luisa Cusina*, Trieste, EUT, 2018, p. 263-265.
- VENUTI, M.C.**, «I diritti successori della persona unita civilmente e del convivente di fatto: un confronto con il sistema tedesco», *Europa e diritto privato*, 2017, p. 1241 ss.
- WINKLER, M.**, «Ancora sul rifiuto di trascrizione in talia di same-sex marriage straniero: l'ennesima occasione mancata», in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2011, 3, p. 1239.
- WINKLER, M.**, «'A case with peculiarities': mixed same-sex marriages before the Supreme Court», in *The Italian Law Journal*, 2018, p. 273.
- ZANNONI, D.**, «Gli effetti nell'ordinamento italiano delle unioni civili e dei matrimoni same-sex conclusi all'estero», in *DPCE online*, 2020, p. 237.

EL CASO COMAN ENTRE EL TJUE Y EL TEDH: LA IDENTIDAD NACIONAL COMO LÍMITE ¿ILÍCITO? A LA PRÁCTICA DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN LA UE

Lucas Andrés Pérez Martín

*Profesor contratado doctor de Derecho Internacional Privado ULPGC**

Sumario: I. Coman-Hamilton, el cuento de nunca acabar. 1. *Los hechos, el conflicto de derechos.* 2. *La resolución.* 3. *Rumanía en «rebeldía».* II. La libertad de circulación y la identidad en la UE. 1. *La libertad de circulación y residencia.* 2. *La identidad nacional.* 3. *El TJUE y la identidad nacional.* III. El interés nacional ante la interpretación del derecho a la vida privada y familiar en el CEDH. 1. *El CEDH.* 2. *La jurisprudencia reciente.* 3.- *Conclusiones jurisprudenciales.* IV. Coman, el TEDH y la identidad nacional rumana. 1. *Posible sentido final de la resolución del caso Coman en el TEDH.* 2. *Desafíos de Coman al TEDH, al TJUE y a Rumanía.* 3. *Posible resultado práctico final de la resolución.* V. Conclusiones prospectivas. VI. Bibliografía.

Resumen: A pesar de la sentencia de 5 de junio de 2018 del TJUE Coman no ha podido residir nunca en Rumanía con Hamilton. ¿Cómo puede ser que el caso más paradigmático al que todos los juristas citamos como el que permite la libertad de circulación de parejas del mismo sexo en la UE no se cumpla? El presente trabajo expone los motivos procesales esgrimidos por Rumanía para no aplicar la citada doctrina y reflexiona sobre las causas por la que esto no haya provocado un procedimiento de incumplimiento de la Comisión ante el TJUE. La inacción ante esta vulneración del Derecho europeo ha abocado a Coman a acudir al TEDH reclamando el incumplimiento de Rumanía del CEDH. En el trabajo se analiza cuál puede ser el resultado final de este procedimiento a la luz de la reciente doctrina del alto tribunal sobre los derechos familiares de las parejas

* El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2021-123452OB-I00 (GENDERMOB), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE, en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE, n.º 131, de 2 de junio de 2011).

Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (lucas.perez@ulpgc.es).

del mismo sexo respecto a otros Estados parte del Convenio. El tema no puede estar más vivo, lo que le puede aportar al análisis cierto grado de especulación, pero también un gran interés al debate.

Palabras clave: Matrimonio entre personas del mismo sexo, libertad de circulación en la UE, identidad nacional, reconocimiento de la vida privada y familiar, interés nacional.

Abstract: Despite the sentence of 5 June 2018 of the CJEU, Coman has never been able to reside in Romania with Hamilton. How can it be that in the most paradigmatic case that all legal researchers cite as allowing the freedom of movement of same-sex couples in the EU is not being enforced? This paper sets out the procedural reasons put forward by Romania for not applying the doctrine and reflects on the reasons why this has not led to non-compliance proceedings by the Commission to the CJEU. Inaction in the face of this violation of European law has led Coman to turn to the ECtHR, claiming Romania's non-compliance with the ECHR. The paper analyses what the final outcome of these proceedings may be in the light of the High court's recent doctrine on the family rights of same-sex couples in relation to other States party to the Convention. The topic could not be more lively, which may bring a certain degree of speculation to the analysis, but also a great deal of interest to the debate.

Keywords: Same-sex marriage, freedom of movement in the EU, national identity, recognition of private and family life, national interest.

I. Coman-Hamilton, el cuento de nunca acabar

1. Una de las sentencias más trabajadas por la doctrina en el ámbito de la aplicación de la libertad de circulación en la Unión Europea a los matrimonios celebrados por parejas del mismo sexo¹, la sentencia Coman², nunca se ha ejecutado por Rumanía. Esta es una realidad que merece ser investigada y analizada, y conocer cuáles son los motivos por los que este hecho se esté produciendo en la actualidad. Es una paradoja que todos los autores expresen que la sentencia ampara la libertad de circulación de todos los matrimonios en la UE y, sin embargo, en el mismo caso que lo protagoniza, esta libertad no se pueda disfrutar. La falta de ejecución ha obligado a Adrián Coman a interponer un procedimiento ante el TEDH en el que reclama esta falta de cumplimiento de Rumanía de los artículos 8, 12 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH). En el presente trabajo se analiza el posible resultado de la futura resolución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) del año 2023 sobre reconocimiento de los efectos de los matrimonios de personas del mismo sexo.

1 No se puede ofrecer una estadística cerrada de los trabajos publicados sobre la sentencia Coman hasta el momento, pero a lo largo del presente trabajo, y en el repertorio final de la jurisprudencia se apreciará que desde 2018 hasta la actualidad la resolución sigue siendo objeto de estudio de forma habitual por parte de la doctrina española y europea.

2 STJUE 5 junio 2018, asunto C-673/16, caso *Coman-Hamilton*, ECLI:EU:C:2018:385.

1. Los hechos, el conflicto de derechos

2. Los hechos básicos del caso Coman son conocidos³. Relu Adrián Coman es un ciudadano rumano que trabajaba como asistente parlamentario en el Parlamento Europeo. En el año 2010 se casa en Bruselas con Robert Hamilton, ciudadano estadounidense. Hamilton vivía en aquel momento en Nueva York, y por lo tanto tras el matrimonio nunca tuvieron residencia habitual común en Bruselas. Cuando Hamilton acaba su trabajo en el Parlamento Europeo intentan iniciar una nueva vida juntos en Rumanía en 2012⁴. Rumanía le concede al señor Hamilton autorización de estancia por 3 meses toda vez que, no admitiendo el derecho rumano el matrimonio entre personas del mismo sexo, no le considera su marido.

3. Así pues, estamos ante el conflicto entre la aplicación del derecho europeo, en concreto el derecho a la libertad de circulación de los ciudadanos europeos reconocido por los documentos constitutivos de la Unión, el TFUE y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁵, y desarrollado por la Directiva 2004/38⁶, y el derecho civil de los Estados miembros, competencia de estos y que no reconoce a ciertas personas como familiares de los ciudadanos de la UE para ejercer esa libertad de circulación⁷. El Estado miembro alega que

-
- 3 Pueden consultarse estos hechos, más detallados, en; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «¿Matrimonio de personas del mismo sexo para toda la UE? A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto Comen», *La Ley Unión Europea*, N.º 56, febrero 2018, pp. 1 y 2; o en JIMÉNEZ BLANCO, P., «La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18: Coman», *La Ley Unión Europea*, n.º 61, julio de 2018, pp. 1-12.
 - 4 Se debe destacar que, como se desarrollará posteriormente, las versiones de los hechos que se han conocido públicamente no siempre son absolutamente exactas. Para la elaboración del presente trabajo se ha podido contactar con Adrián Coman, quien muy amablemente ha accedido a aclararle al autor, mediante una fluida conversación vía correos electrónicos, algunos aspectos tanto de los hechos acaecidos como del itinerario procesal posterior a la STJUE. Se agradece enormemente la generosidad del señor Coman en aclarar estos aspectos.
 - 5 Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Versiones consolidadas. Protocolos. Anexos. Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa. BOE N.º 83, de 30 de marzo de 2010.
 - 6 Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. DO L 158, 30.4.2004, p. 77.
 - 7 Para un análisis general de la libertad, *vid.* FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: «Libre circulación de personas por el territorio comunitario», en GARCÍA MURCIA, J. (director), *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea*, Jurua editorial, Lisboa, 2016, pp. 37 a 69, p. 48 a 62; o ELVIRA PERALES, A.: *Libertad de circulación de personas en la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. 19 a 35.

su ordenamiento interno no permite el reconocimiento de estas personas como cónyuge, ya que prohíbe la existencia del matrimonio de personas del mismo sexo, lo que atentaría contra principios básicos de su configuración de la familia, y por lo tanto a su interés nacional. Por ello, tal admisión supone para el Estado un conflicto de orden público y no permite el ejercicio de la libertad de circulación de esas personas en su calidad de cónyuge del ciudadano europeo⁸.

4. En el caso Coman entran en conflicto intereses básicos de los ciudadanos europeos, de la Unión Europea y de los Estados miembros. De los ciudadanos europeos porque la posición de Rumanía no reconoce el mismo estatuto personal en toda la Unión. En unos Estados las personas son considerados cónyuges, y en otros no. De la Unión Europea porque no se permite el ejercicio de derechos fundamentales para la misma en iguales condiciones para todos sus ciudadanos. Por último, de los Estados miembros porque se ve afectada su concepción de familia, ámbito de competencia exclusiva de los Estados, y por lo tanto su identidad nacional⁹. El supuesto también permite analizar la afectación de la identidad nacional al derecho a la vida privada y la intimidad familiar de ciudadanos europeos, reconocidos por la Carta, así como a reconocimiento de un mismo status personal en toda la Unión que consagra su jurisprudencia. En definitiva, el caso Coman sigue plasmando la posibilidad de que la identidad nacional de los Estados miembros pueda suponer un límite al disfrute de los derechos europeos.

2. La resolución

5. La resolución establece, de forma muy resumida¹⁰, que el concepto «cónyuge» de la Directiva 2004/38 es neutro respecto al género desde el momento en el que algún Estado miembro lo reconoce como tal, aunque otro Estado miembro no lo reconozca. El estatuto personal reconocido en un

8 Sobre la relación entre las libertades europeas y el orden público de la UE y de los Estados miembros, *vid.* GOÑI URRIZA, N., «El ámbito de aplicación de las libertades europeas que afectan al derecho de familia y las relaciones entre el orden público de la UE y el de los Estados miembros», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (octubre 2021), Vol. 13, N.º 2, pp. 233-255.

9 Sobre la identidad nacional como contrapeso de la ciudadanía europea surgida en el Tratado de Maastricht, *vid.* CRUZ VILLALÓN, P. «La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos», *AFDUAM*, n.º 17, 2013, pp. 501-514, p. 503.

10 Al respecto, con más detenimiento sobre el contenido de la resolución, por ejemplo, *vid.* ROMBOLI, S., «El conflicto entre identidad nacional y derecho de la Unión Europea en el caso Coman: el Tribunal de Justicia añade otra pieza fundamental para la protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 17, N.º 31. enero-junio 2019, pp. 75-93; o RIVAS VAÑÓ, A., «Matrimonio y orientación sexual: la fuerza expansiva del derecho a la no discriminación. Comentario de las sentencias Taddeucci y Coman», *Lex Social*, Vol. 9, N.º 1, 2019, pp. 136-161.

Estado debe ser admitido como tal en todos los Estados miembros para el ejercicio del Derecho a la libertad de circulación y de residencia. Se puede alegar, aunque nunca se haya ejercido el Derecho a la libre circulación en dicho Estado y por lo tanto, se debe poder solicitar en cualquier momento de la vida de las personas¹¹. La conclusión es que, independientemente del derecho interno de los Estados, todos ellos deben reconocer las situaciones familiares creadas y consolidadas en otro Estado miembro al menos a los efectos del ejercicio del derecho europeo a la libertad de circulación.

6. Para el Tribunal, este reconocimiento no afecta a la identidad nacional toda vez que no se modifica el derecho rumano, que podrá seguir sin admitir, por decisión propia de sus legisladores, el matrimonio de personas del mismo sexo. Solo le exige el reconocimiento de este estatuto ya reconocido en la Unión Europea por otro Estado miembro a los únicos efectos de otorgar autorización de residencia de familiar de ciudadano de un Estado miembro. Y esto debe ser así porque el orden público y la identidad nacional de los Estados permiten la regulación propia del estado civil, pero no que esta regulación impida el ejercicio del Derecho europeo a la libre circulación por los 27 Estados miembros sin limitación¹². Para no violentar su orden público el Estado no está obligado a reconocer el matrimonio con plenos efectos constitutivos y civiles, pero sí debe reconocerlo a los efectos de ejercer el derecho a la libre circulación para este caso concreto.

7. A partir de aquí la doctrina reaccionó a la citada resolución de forma muy variada. Una parte de la misma afirma que, a pesar del objeto de centrarse en la libertad de circulación de los ciudadanos europeos, se reconoce el derecho al matrimonio de personas del mismo sexo en toda la Unión Europea con una gran fuerza expansiva¹³. Otra parte de la doctrina criticó que se permita solo la libertad de circulación de los matrimonios de persona del mismo sexo, pero ningún efecto más¹⁴. Otra doctrina afirma que se reconoce solamente

11 Llamamos vivamente la atención sobre este aspecto de la doctrina del TJUE, el de que la solicitud del ejercicio de la libertad de circulación puede realizarse en cualquier momento. Ahora mismo, en este primer análisis de la resolución, puede parecer lógico, y por ello no ser muy importante, algo baladí. Sin embargo, en absoluto lo es en este caso. Como se podrá observar a continuación, el momento en el que se puede solicitar el ejercicio de la libertad de circulación es esencial en la actual situación de Coman y Hamilton y la posición de Rumanía de no permitirles ejercer la libertad de circulación como matrimonio en su territorio.

12 Argumentación desarrollada básicamente en los apartados 39 a 45 de la resolución.

13 En una línea más positiva y destacando los efectos expansivos de la Sentencia, *vid.* ROMBOLI, S., «El conflicto entre identidad nacional...», *ob. cit.*, p. 91: «Aunque algunos comentaristas consideren que estas afirmaciones del TJUE limitan de manera significativa los efectos positivos de la decisión para el avance en la tutela de los derechos de las personas LGTBI, son evidentes las potencialidades expansivas de estas afirmaciones jurisprudenciales».

14 *Vid.* REQUENA CASANOVA, M., «Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto Coman y otros», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 62, pp. 41-79, pp. 77.

la libertad de circulación de personas, no de matrimonios del mismo sexo¹⁵. Así pues, desde el inicio de la vigencia de la resolución quedó muy claro en el debate doctrinal que lo que la Sentencia permite es la admisión de la condición reconocida en otro Estado miembro a los únicos efectos de permitir la libertad de circulación, pero no a ningún otro efecto. Siendo esto así la resolución abre otros temas de interés, sobre cuál es la afectación de esta doctrina al disfrute de los derechos a la vida privada y familiar del artículo 7 de la CDDFFUE y el de no discriminación de su artículo 21. Como se verá el debate de los efectos civiles, fiscales, laborales, sociales de la relación entre ambas personas sigue abierto, y el TEDH tiene mucho que decir al respecto, tal y como expondremos en el presente trabajo.

3. Rumanía «en rebeldía»

8. Una vez dictada la sentencia, los posteriores pasos vividos por Adrián Coman y Clai Hamilton no les han permitido que la misma se cumpla. Señalaremos las causas de este hecho según dos fuentes distintas, centradas en visiones diferentes. Son complementarias, toda vez que una es la vivencia práctica de lo sucedido en el procedimiento por los propios protagonistas y otra la valoración práctica de diversos eurodiputados que proponen que la Comisión abra un procedimiento sancionador contra Rumanía si esta no toma la iniciativa de llevar a cabo un cambio legislativo que permita esta libertad de circulación. Ambas visiones nos darán el panorama general de esta paradoja del incumplimiento por parte de Rumanía de una de las resoluciones más importantes del TJUE en la materia.

9. La primera visión es la de la realidad procesal, la vivida por Adrián Coman desde el principio del procedimiento¹⁶. Es conocido que Coman y Hamilton nunca han vivido juntos en la UE. Se conocieron en 2002. En 2009 vivieron brevemente en Bruselas, donde se casaron en 2010, si bien Hamilton siguió residiendo en EEUU. Tras esto, cuando Coman deja de trabajar en Bruselas como asistente parlamentario, planea con Hamilton vivir juntos en Rumanía.

15 Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Libre circulación de personas, matrimonios entre personas del mismo sexo y la sentencia del TJUE de 5 junio 2018 en el asunto Coman-Hamilton*, en ACCURSIO DIP, blog, <http://accursio.com/blog/?p=851>.

16 Se ha señalado al inicio del trabajo que uno de los aspectos que motivó el planteamiento este análisis seis años después de la Sentencia fue el hecho, poco conocido, de que Coman y Hamilton no han podido residir en Rumanía. En una primera investigación se conoció que esta negativa estaba recurrida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero no había más noticias, ni en el Tribunal ni en otras fuentes. Por ello se realizó una comunicación en LinkedIn con Adrián Coman, que muy amablemente accedió a informar vía correo electrónico sobre estos hechos. Por lo tanto, todos los hechos relatados a continuación tienen como fuente la conversación vía emails (en un perfecto español, por cierto) con Adrián Coman, a quien se le agradece expresamente su generosidad para informar de todos estos hechos.

En el derecho rumano, para poder obtener la residencia, hay que aportar un certificado de matrimonio inscrito en los registros rumanos¹⁷. En 2012 Coman presenta en el Consulado de Rumanía en Bruselas la transcripción del de matrimonio belga para obtener la autorización de residencia de Hamilton. El Consulado no tramita la inscripción remitiéndose a la prohibición de la celebración de matrimonios del mismo sexo del Código civil rumano y el no reconocimiento de los acaecidos fuera de Rumanía¹⁸. Con esta respuesta Coman se remite a la Autoridad de Inmigración rumana, que emite una contestación en el mismo sentido. Se interpuso una primera queja ante el Tribunal de Primera Instancia de Bucarest en noviembre 2013. Este presentó una cuestión de constitucionalidad ante el TC rumano y ante ella el TC interpone la cuestión prejudicial que da lugar a la sentencia de 5 de junio de 2018.

10. Tras la sentencia los recurrentes vuelven al Tribunal de Primera Instancia rumano. Este convoca a las partes a una audiencia que se celebra en 2019. Tras la misma dicta resolución declarando el caso prescrito ya que la solicitud se debió presentar en el plazo de los 6 meses tras la STJUE¹⁹. El recurso de apelación contra esta resolución no es exitoso, y en este momento las partes recurren ante el TEDH. En esta instancia, en diciembre de 2021, Coman da respuesta a la opinión de Rumanía sobre el procedimiento, y no hay ningún paso posterior a dicha posición²⁰. En todo caso, Adrián Coman insistió en que, debido a todas estas circunstancias, nunca se les pidió por

17 En lo que supone con claridad un evidente obstáculo administrativo de género a la movilidad transfronteriza contrario al Derecho europeo y a la doctrina de la Sentencia Coman. Al respecto de los obstáculos a la movilidad, *vid.* JIMÉNEZ BLANCO, P.: «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, junio 2018, N.º 35, pp. 1 a 49.

18 El artículo 227.2 del Código Civil rumano no sólo define el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, sino que también estipula que «Los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados o contraídos en el extranjero por ciudadanos rumanos o por extranjeros no gozarán de reconocimiento legal en Rumanía».

19 Nuevo obstáculo administrativo procesal a la movilidad transfronteriza contrario al Derecho europeo y a la doctrina de la Sentencia Coman. Los ciudadanos tienen derecho a circular en la UE como matrimonio en cualquier momento de su vida. En el momento del matrimonio, de la sentencia Coman o 10 años después de la misma, sin que se pueda exigir que se inicie el procedimiento en un plazo concreto. Esta exigencia no se puede producir en ninguna norma de un Estado miembro que regule la libertad de circulación. Sobre las diversas aristas del reconocimiento de matrimonios en la UE sin límite de tiempo en cuanto a su solicitud de reconocimiento ante las autoridades *vid.* MARINO, S., CARRSACOSA GONZÁLEZ, J., «Marriages across borders within the European Union: Private international law vs. Mutual recognition perspectives», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2024), Vol. 16, N.º 1, pp. 403-422.

20 Se consultó con Adrián Coman la posibilidad de acceder a estos documentos, que no son públicos en el TEDH, y nos manifestó que el Tribunal solicitó discreción al respecto y por esto no han sido divulgados por sus protagonistas. Desde luego que la resolución será de gran repercusión cuando se conozca, sea el que sea el sentido que tenga.

las autoridades rumanas un registro de vida conjunta en la UE, lo que sí que se ha publicado en algún momento²¹.

11. Por otro lado, otra fuente de análisis de esta situación la aportan 45 diputados del Parlamento Europeo que el 7 de junio de 2022 realizaron una queja política en una declaración institucional dirigida a la Comisión Europea denunciando este incumplimiento²². En la misma se afirma que ya realizaron una denuncia similar a un supuesto como este en 2019 y en 2021, sin respuesta de la Comisión sobre por qué Rumanía no cumplía el Derecho europeo²³. Destacaron que también en la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de septiembre de 2021 se denunciaron las dificultades de Coman para vivir en Rumanía sin que la Comisión haya dado respuesta²⁴. Tras esto, en noviembre de 2021, 21 eurodiputados instaron a la Comisión a iniciar un procedimiento de infracción contra Rumanía. Sin embargo, ninguna respuesta se ha recibido. Desde la perspectiva de la regulación, para los eurodiputados el problema radica en que mientras las estipulaciones que citamos anteriormente permanezcan en el Código Civil rumano, la aplicación de Coman-Hamilton es imposible²⁵.

21 Coman quiso destacar expresamente en nuestras comunicaciones el apoyo que tuvieron en todo momento de la eurodiputada Sophie int Veld (Renew, NL). También de ACCEPT RUMANÍA, que ha defendido los derechos de las personas LGBTI. En una encuesta publicada el 28 de febrero de 2024 se reflejó que el 56 % de los rumanos están de acuerdo con algún tipo de reconocimiento legal de las familias de personas del mismo sexo, 13 % más que en 2021. *Vid.*, <https://acceptromania.ro/studiu-romania-este-mai-pregatita-ca-nicio-data-pentru-recunoasterea-familiilor-formate-din-persoane-de-acelasi-sex/>. Por otro lado, también nos hizo llegar un vídeo resumen del proceso previo al TJUE que se puede consultar en: https://www.youtube.com/watch?v=8CMnZ5TknSg&list=FLAEsuJA-hOZCOF_eR5fqLUG&index=119. Y también se puede consultar un vídeo sobre el procedimiento ante el TJUE, https://www.youtube.com/watch?v=WWIIJyl-dc8&list=FLAEsuJA-hOZCOF_eR5fqLUG&index=148.

22 Dicha declaración fue firmada por Parlamentarios europeos de todos los espectros. Entre ellos Juan Fernando López Aguilar, presidente de la Comisión LIBE. Puede consultarse en: <https://lgbti-ep.eu/2022/06/07/meps-write-to-president-von-der-leyen-on-coman-hamiltons-4-year-non-implementation-anniversary/>.

23 *Vid.*, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-005164_EN.html.

24 Resolución PE 14-9-21 (2021/2679(RSP). *Vid.*, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0366_ES.html.

25 Volveremos más adelante con este aspecto, pero no parece una afirmación acertada. El Código Civil rumano puede considerar nulo el matrimonio de personas del mismo sexo, y de hecho es competencia de Rumanía regular este hecho y sus modelos de familia. No es competencia de la UE. Sin embargo, a pesar de que esta sea la regulación, la sentencia Coman exige que, en la interpretación de la relación de esta prohibición del matrimonio de personas del mismo sexo en Rumanía con la libertad de circulación de personas del mismo sexo casadas en otro Estado de la UE, el interés nacional ceda ante el Derecho europeo. Y que, incluso manteniendo dicha regulación, la misma no prohíba que estas personas puedan circular por Rumanía como familiares, aunque hipotéticamente no se le reconozcan los demás derechos vinculados al matrimonio. Volveremos en los epígrafes III y IV sobre este reconocimiento.

12. Tras la resolución del TJUE, el Tribunal Constitucional rumano sentenció que la prohibición de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero sólo es constitucional en la medida en que no impida a las parejas casadas del mismo sexo ejercer su libertad de circulación²⁶. Sin embargo, el Gobierno rumano no ha concedido status de residente a Clai Hamilton porque no ha modificado sus normas procesales sobre la libertad de circulación. La GEO (Ordenanza Gubernamental de Emergencia) 102/2005 sobre la libertad de circulación en el territorio de Rumanía de los ciudadanos de los Estados miembros de la UE, del EEE y de la Confederación Suiza excluye a los ciudadanos rumanos en su artículo 1. b. La GEO (Ordenanza Gubernamental de Emergencia) 194/2002 impone condiciones adicionales a las previstas en la Directiva 2004/38/CE (Directiva sobre la libre circulación) a los familiares de los ciudadanos rumanos. En ella los cónyuges del mismo sexo siguen sin ser tratados como cónyuges y su certificado de matrimonio no se tiene en cuenta sobre la base de las disposiciones del Código Civil.

13. Las consecuencias son que los cónyuges del mismo sexo de los ciudadanos rumanos son tratados como miembros de la familia distintos de los cónyuges y se les exige una prueba de residencia en otro Estado miembro de la UE para ambos juntos, lo que no se ha dado en el caso Coman. Tras estas consideraciones los eurodiputados se dirigen a la Comisión a la que le hacen tres preguntas. 1: ¿Están vacíos de responsabilidad los compromisos de la Comisión de proteger la libertad de circulación de las familias arcoíris o va a iniciar la Comisión un procedimiento de infracción por el incumplimiento de Rumanía de la sentencia C-673/16?; 2: Para futuras referencias, ¿cuál es la duración adecuada de la posibilidad de que un Estado miembro viole la legislación de la UE antes de que esta violación se convierta en problemática?; 3. ¿Qué estrategia está siguiendo la Comisión para garantizar el respeto y la protección efectivos de la libertad de circulación en la UE, por ejemplo, mediante las acciones legales pertinentes?

II. La libertad de circulación y la identidad nacional en la UE

14. Como hemos visto, el asunto Coman da respuesta a la relación, o el conflicto, que puede existir entre la libertad de circulación y la identidad nacional. El TJUE ha aportado la doctrina de la relación entre ambas partiendo del distinto origen regulatorio y competencial de cada uno de los mismos. Por ello expondremos cuál es su contenido, para más ade-

26 Este hecho confirma nuestra tesis de la nota anterior. El TC rumano no exige cambiar la ley, sino que exige una interpretación diferente de la misma en el conflicto entre esta y la libertad de circulación.

lante analizar si la misma pudiera tener alguna influencia en la posición del TEDH para dar respuestas al conflicto que este ha presentado entre el interés al de los Estados parte del CEDH y el derecho a la vida privada y familiar reconocido en su artículo 8. Desde luego, un apasionante debate que, como veremos en nuestro trabajo en el próximo apartado, ya ha dado sus primeros pasos.

1. La libertad de circulación y residencia

15. La libertad de circulación y residencia se regula en la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004²⁷ que desarrolla el contenido de los artículos 21.1 del TJUE y el art. 45 de la Carta DDFUE. Es definida como el derecho a moverse libremente por todo el territorio de la Unión, y a instalarse y trabajar en cualquiera de sus Estados miembros²⁸ y se reconoce a los ciudadanos de la UE y a sus familiares directos no comunitarios²⁹. A partir de la STJUE Gzrelczyk, de 20 de septiembre de 2001³⁰ y la posterior aprobación de la directiva se le da al derecho un cierto contenido económico, condicionándolo a no suponer una carga para la asistencia social del

27 Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. DO L 158, 30.4.2004, p. 77.

28 Para un desarrollo de la libertad de circulación, independiente de la situación de las parejas del mismo sexo, *vid.* JIMÉNEZ BLANCO, P., «Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea», *Diario La Ley*, n.º 5771, Sección Unión Europea, 30 de abril de 2003, Año XXIV, Ref. D-103, Editorial LA LEY (LA LEY 693/2003).

29 Regulados en su artículo 2.2: el cónyuge; la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida; los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definidas en el apartado anterior; los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida anteriormente. Sobre esta libertad aplicada a las parejas del mismo sexo antes de la Sentencia Coman, *vid.* SOTO MOYA, M. «Libre circulación por el territorio de la Unión Europea de los matrimonios del mismo sexo celebrados en España», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 43, septiembre-diciembre, 2012, pp. 807-847. Sobre cómo estaba interpretado este derecho de familiares extracomunitarios por el TJUE antes de la Sentencia Coman, *vid.* VELASCO RETAMOSA, J. M., «Libre circulación de persona en la Unión Europea: los nacionales de terceros Estados como beneficiarios de esta libertad», *International Law*, n.º 22, 2013, pp. 51-85, pp. 65-71.

30 En el asunto C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458.

Estado de acogida³¹. Salvada esa condición exige equiparación de trato y derechos con los nacionales propios con prohibición de discriminación por país de origen³².

16. Así pues, y en lo que nos afecta al caso Coman, esta libertad de circulación solo concede al ciudadano que se desplaza por la UE esa movilidad, la de cambiar su lugar de residencia, pero no el derecho a mantener los mismos derechos de los que disfrutaba en el país de origen. Así pues, sobre el resto de los derechos que tienen estos ciudadanos desplazados, no debemos acudir a la regulación de la Directiva sino la del resto del Derecho europeo. Y es aquí donde se queda el TJUE en el caso Coman. La Libertad de circulación, y solo esta libertad, es pilar esencial para el disfrute del estatuto de ciudadano de la Unión, y que tiene vocación de convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros³³. Para ello la Directiva exige a los EM en su artículo 4.3 emitirles un documento de identidad o pasaporte en el que conste su nacionalidad.

17. Pues bien, a este respecto es necesario afirmar que a partir del año 2009 y la entrada en vigor de la CDDFFUE, el ejercicio de la libertad de circulación debe ser interpretado de manera de que en ningún caso pueda provocar una limitación de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos³⁴. Y en ella estos tienen que disfrutar de su derecho a la intimidad familiar, a la identidad y al propio desarrollo de su estatuto personal³⁵. Cuando el TJUE establece en la Sentencia Coman que para no violentar su orden público Rumanía no está obligada a reconocer el matrimonio con plenos efectos constitutivos y civiles, y solo a los efectos de ejercer el derecho a la libre circulación para este caso concreto, se vulnera el pleno ejercicio de estos derechos. La identidad personal exige que se pueda desarrollar la

31 En 2015, en momentos en los que arreciaban efectos económicos recesivos en la UE, algunos Estados como Bélgica empezaron a expulsar a ciudadanos de la UE de su territorio por esta causa, *vid.*, <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-46185/ue%20pais.pdf>. Al respecto se puede consultar el excelente Comentario MILLENIUM, «¿Es la libertad de circulación de la UE un derecho pleno? Comentario Millennium DIPr», *vid.*, <https://www.millenniumdipr.com/n-119-es-la-libertad-de-circulacion-de-la-ue-un-derecho-pleno-comentario-millennium-dipr>.

32 Sobre si esta obligación ha de ser personal o familiar, el TJUE ha señalado que es familiar. *Vid.* CÓRDOBA CASTROVERDE, D., «El derecho de circulación y residencia de los padres de ciudadanos de la Unión Europea», *Elderecho.com*, 9-8-2017, en: <https://elderecho.com/el-derecho-de-circulacion-y-residencia-de-los-padres-de-ciudadanos-de-la-union-europea>.

33 Apartado 30 de la Sentencia Coman.

34 *Vid.* EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, «Artículo 45 de la CDDFFUE, libertad de circulación y residencia», en <https://fra.europa.eu/es/eu-charter/article/45-libertad-de-circulacion-y-de-residencia#explanations>.

35 *Vid.* SARRIÓN ESTEVE J., «La libre circulación de personas como derecho fundamental de los ciudadanos en la Unión Europea», *Panorama Social*, n.º 17, 2013, pp. 33-40, pp. 37-39.

totalidad del estatuto de persona de cada ciudadano, y este van íntimamente ligado a la intimidad familiar que exige que se reconozcan estos derechos o al menos derechos familiares asimilables a ellos³⁶.

2. La identidad nacional

18. El artículo 4.2 del TUE establece que «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional». El concepto de identidad nacional tiene este reflejo constitucional en la legislación de la UE por primera vez en 1992 en el Tratado de Maastricht³⁷. La aparición del concepto de ciudadanía europea provocó una reacción de los Estados que crearon una especie de «salvaguardia» de los aspectos esenciales de su configuración como sociedad, identificado a través del concepto de identidad nacional y su obligación de ser respetada por el derecho europeo. En la aplicación de este principio se desarrolla la idea de la creación de una Organización de Estados para unir a los pueblos con decisiones próximas a la ciudadanía. No hay un «demos» europeo, pero sí una «ciudadanía» europea. El demos en este estadio de la creación de la UE pertenece a cada uno de los Estados miembros³⁸.

19. Sin embargo, este contenido del artículo 4.2 TUE debe ser necesariamente compatible con una realidad que se impone. La de un Derecho

36 Vid. DEL ROCÍO RODRÍGUEZ-SALCEDO, E. y PAZMAY-PAZMAY, S., «La familia y los Derechos Humanos, *Domínio de las ciencias*, vol. 7, 2021, pp. 612-622; LÓPEZ SERNA, M. y KALA, J., «Derecho a la identidad personal como resultado del libre desarrollo de la personalidad», *Ciencia Jurídica*, n.º 14, 2018, pp. 65-76.

37 Es la idea del establecimiento de un control intergubernamental de la integración europea, para salvar el principio de soberanía estatal. Ha sido definida en algunos supuestos como el estatuto de los Derechos Fundamentales de los Estados miembros. Vid. MANGAS MARTÍN, A., «Comentario al artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE», en MANGAS MARTÍN, A. (directora), *Carta de los Derechos fundamentales de la UE, comentario artículo por artículo*, Madrid, Fundación BBVA, 2008, pp. 442-453, p. 451; o CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, P., *La identidad nacional de los Estados miembros en el derecho de la Unión Europea*, Pamplona, Aranzadi, Thomson Reuters, 2021.

38 Este demos de la identidad nacional tiene directa relación con el lema de la UE, unidos en la diversidad, y se centra en las «Estructuras fundamentales políticas y constitucionales» que pueden ser consideradas en: la forma del Estado; nacionalidad; ciudadanía nacional; territorio; estatutos de las iglesias; peculiaridades; defensa y fuerzas armadas; lengua; aspectos del derecho de familia; cultura; educación; procedimiento electoral; cooperación reforzada... y en las que no tiene ninguna competencia la UE. Sobre la relación entre el interés nacional y la realidad constitucional de cada uno de los Estados Europeos, vid. RUBIO LLORENTE, F., «Derechos Fundamentales, principios estructurales y respeto por la identidad nacional de los Estados miembros de la Unión Europea», *AFDUAM*, n.º 17, 2013, pp. 515-527.

europeo que influye en un muy mayoritario porcentaje de la actividad estatal y en la vida de los ciudadanos y que los Estados miembros están obligados a cumplir. Una vez que este derecho evoluciona también debe hacerlo la interrelación con el derecho de los Estados miembros. No existe un principio de no injerencia en los asuntos internos en el ámbito regulado por la UE. El derecho nacional debe adaptarse a la regulación europea en el ámbito de las competencias comunitarias. Y tampoco la identidad nacional es un concepto abstracto. Depende de cómo lo aplican inicialmente los Estados miembros y cómo es modulado en el momento del conflicto entre ambos por el TJUE en el amplio bagaje de sentencias dictadas sobre el tema³⁹.

3. El TJUE y la identidad nacional

20. En los asuntos que nos conciernen en este estudio —por supuesto lo ha hecho en muchos otros—, el TJUE ha estudiado la identidad nacional en dos tipos de procedimientos principales. Por un lado, relacionados con parejas de personas del mismo sexo como vemos en el asunto Coman. En segundo lugar, los relacionados con filiación de personas del mismo sexo. En el primer tipo de procedimientos, Coman esencialmente, y tal y como podemos ver en las conclusiones del Abogado General Wathelet⁴⁰, únicamente Letonia argumentó que la consideración del matrimonio afecta a la identidad nacional. Ante ello el AG argumentó que la alegación a la identidad nacional no es independiente a la de cooperación legal para cumplir las obligaciones derivadas de los tratados y que la misma no puede limitar el concepto autónomo de cónyuge de la Directiva considerando comprendido en él y eliminar del mismo el del matrimonio de personas del mismo sexo. En su Sentencia el TJUE señaló que, aunque el matrimonio es competencia estatal, la limitación del derecho a residir por la no consideración de cónyuge en el EM vulnera el derecho a la libre circulación. Eso sí, en la interpretación entre ambos derechos, solo se debe reconocer esta relación de matrimonio para el ejercicio de los derechos a la libertad de circulación, y no ninguno más de los derivados de la existencia del matrimonio. A este respecto, y tal y como se expuso en el epígrafe anterior, esta posición pone en duda la forma en la que se pueden cumplir diversos derechos fundamentales de todos los ciudadanos europeos, sancionadas en la CDDFFUE, como son la intimidad familiar, o la no discriminación, posición que ya se ha expuesto relativa al caso Coman por parte de la doctrina⁴¹. Si la consideración

39 La identidad nacional, por ello, ha debido ser desarrollada por el TJUE. Al respecto de esta evolución, *vid.* AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 39, 2017, p. 413-448.

40 Conclusiones de 11 de enero de 2028, ECLI:EU:C:2018:2.

41 Proponiendo, por ejemplo, una interpretación finalista de la libertad de circulación que permita el respeto a la orientación sexual, *vid.* REQUENA CASANOVA, M., «Libre circulación...» *ob. cit.*, p. 69.

de matrimonio de un Estado debe ser respetada para que los dos miembros de la pareja viajen, no se alcanza a comprender cómo esa pareja en el momento que empieza a residir en Rumanía ya no lo hace como cónyuges y en calidad de qué lo harían. Dicha situación no respeta sus derechos más esenciales que deben ser respetados por la construcción europea⁴².

21. La segunda resolución en la que se analiza la identidad nacional en situaciones similares es la Sentencia Pancharevo, en la que el país relacionado con ella es Bulgaria⁴³, doctrina que también se da en el auto del Rzecznik⁴⁴, en el que es Polonia el Estado miembro relacionado. En él, las completísimas conclusiones de la Abogada General Kokot⁴⁵, que cita el término identidad nacional en 64 veces, hace un exhaustivo estudio del concepto en los apartados 70 a 135 de su documento. Afirma que la identidad nacional garantiza el lema de la Unión y la pluralidad de opciones sociales, pero que solo puede considerarse la concepción de la identidad nacional de los Estados miembros en consonancia con los valores fundamentales de la Unión. Por otro lado, la definición de lo que se debe considerar como familia sí está vinculada a las estructuras fundamentales de la sociedad de cada Estado miembro, que es el competente para regularla. En el Tratado Lisboa se evoluciona desde el concepto de «conflicto competencial» al de «distribución competencial». En esta distribución de competencias hay temas que solo corresponden a los Estados regularlos, como son la abolición de la nobleza, la protección de la lengua nacional o la forma de Estado, que son aspectos vinculados a la identidad nacional. Sin embargo, la forma de la inscripción en un registro de una menor, que era el motivo argumentado por Bulgaria para no reconocer a la niña objeto del proceso, no está considerada como uno de esos conceptos esenciales de la configuración de una nación. La identidad nacional búlgara no evita considerar a la niña hija de las dos mujeres inscritas como madres en el registro español, una búlgara y otra británica, como ciudadana búlgara por ser hija de la madre búlgara. Y una vez considerada ciudadana de la Unión, la identidad

42 Para el Tribunal esta es la manera de respetar la identidad nacional porque no afecta de ninguna manera a la institución del matrimonio, pero se puede interpretar que en tal caso estaríamos ante una interpretación del orden público de los Estados con una concepción extensiva para respetar la identidad nacional que está prohibida por la propia doctrina del TJUE en el propio texto de la resolución Coman, *vid.* apartado 44: «Por lo demás, el Tribunal de Justicia ha recordado reiteradamente que el concepto de «orden público» como justificación de una excepción a una libertad fundamental debe interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones de la Unión». Estimamos que interpretar el 4.2 afectando a algún derecho fundamental reconocido en la CDFFUUEE es una interpretación extensiva, no estricta del concepto de orden público.

43 STJUE 14 diciembre 2021, asunto C-490/20, Caso Pancharevo, ECLI:EU:C:2021:1008.

44 Auto TJUE 24 junio 2022, asunto C-2/21, Caso Rzecznik, ECLI:EU:C:2022:502.

45 Conclusiones de 15 de abril de 2021, ECLI:UE:C:2021:296.

nacional búlgara no puede evitar, en la misma línea adelantada por Coman, darle derecho a la circulación «con esas dos personas».

22. Asentado el derecho de la niña a circular, para la AG Kokot, la identidad nacional sí evita reconocer los efectos de filiación respecto a las dos madres reconocidos en España. En esta línea, como hemos visto, al igual que en la doctrina Coman, el TJUE falló que al no obligar la sentencia a reconocer en el derecho nacional la parentalidad de personas del mismo sexo no se vulnera el interés nacional. El reconocimiento de la filiación registral solo tiene efectos respecto a la nacionalidad, que ha sido admitida por el Estado y la libre circulación. No respecto a la filiación de la otra madre, que circulará en Bulgaria con la niña no como madre, sino como familiar cercano. Sin embargo, en la misma línea crítica con la doctrina Coman, estimamos que, si no se reconociese la filiación, y solo la libertad de circulación, la identidad nacional sí afectaría al disfrute de los derechos reconocidos en la Carta, incluso más derechos que en el caso Coman. La vida de la menor en Bulgaria sin ser reconocida como hija de sus dos madres registradas en España indefectiblemente afecta a sus derechos a la identidad y los apellidos⁴⁶ los alimentos, a la protección, a la sucesión y por todo ello al interés superior de la menor⁴⁷.

III. El interés nacional ante la interpretación del derecho a la vida privada y familiar en el CEDH

23. Tras este silencio de Rumanía y la inexistencia de reacción de la Comisión Europea para exigirle el cumplimiento del Derecho europeo, Adrián Coman acudió en 2021 ante el TEDH⁴⁸ reclamando el incumplimiento del

46 Si las dos mujeres no son las madres, ¿los apellidos del registro búlgaro serán solo los de la madre búlgara o los de las dos madres como en el registro español? Sobre el derecho a los mismos apellidos en la doctrina del TJUE, *vid.* DURÁN AYAGO, A., «El TJUE y el nombre de las personas físicas: principio de reconocimiento mutuo, derecho a la identidad y libre circulación de personas», en CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Tribunal de Justicia de la Unión europea y el Derecho internacional privado*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021, pp. 515-543; ORTIZ VIDAL, M. D., «El caso Grunkin-Paul: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, n.º 1, 2009, pp. 143-151.

47 *Vid.* DURAN AYAGO, A., *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2023, p. 153. Nos pronunciamos ya críticamente con anterioridad y por esto lo citamos en PÉREZ MARTÍN, L. A., «Doctrina del TJUE en Pancharevo y Rzecznik: un paso atrás en el ejercicio de los derechos europeos», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, T. XXII, 2022, pp. 483-514.

48 Los aspectos procesales que expondremos en el presente trabajo tienen como fuente directa el propio Adrián Coman, al que le agradecemos su generosidad. En los correos que se intercambiaron para ello nos indicó que el propio TEDH solicitó a las partes no difundir los documentos internos en tanto en cuanto no hubiese finalizado el proceso. La última actuación procesal conocida es de 2021, sin que el TEDH haya dictado resolución tras ella.

país europeo parte en el CEDH⁴⁹. Para analizar en toda su extensión el posible resultado de dicho proceso y su relación con la doctrina del TJUE expondremos la normativa alegada, la doctrina previa del propio TEDH en los precedentes similares más cercanos, y finalmente se hará una reflexión sobre el posible contenido futuro de la resolución del TEDH.

1. EL CEDH

24. Tres son los derechos protegidos por el CEDH que pueden ser vulnerados por Rumanía según alegaciones del recurrente. Los Estados alegan que dichos derechos no han sido vulnerados porque, ante ellos, prevalece el interés nacional⁵⁰. El artículo 8 del CEDH protege el derecho al respeto a la vida privada y familiar, el del domicilio y el de su correspondencia. Su apartado segundo establece que «no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás»⁵¹. El artículo 12 regula el derecho a contraer matrimonio⁵² y el artículo 14 la prohibición de la discriminación cuando establece que «el goce de los

49 Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, BOE N.º 243, de 10 de octubre de 1979. Rumanía ingresó en el Consejo de Europa el 7 de octubre de 1993.

50 No podemos detenernos en el debate sobre la relación entre el interés nacional defendido por los Estados en la aplicación del CEDH y la identidad nacional del TUE. Parte de la doctrina los consideran términos análogos. Otra más dudosamente. Nosotros estimamos que a efectos discursivos debemos considerarlos si no sinónimos sí relacionados. Al respecto, *vid.* CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, P., «Identidad nacional y sistema del CEDH: una dudosa analogía», *Anales del Derecho*, 2020: Número especial AdD: El TEDH en su sesenta aniversario, pp. 1-28.

51 Existe una abundante jurisprudencia del TEDH sobre el art. 8 de la Convención en la protección del individuo de su vida privada y familiar, tanto en materia de reconocimiento de la adopción internacional, el concepto de noción de «vida privada», el derecho a entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes», el derecho al «desarrollo personal», o «el derecho a la autodeterminación como tal» «la identificación sexual, la orientación sexual y la vida sexual», o «el derecho al respeto de la decisión de tener o no tener un hijo. Para consultar esta jurisprudencia, *vid.* SÁNCHEZ CANO, M. J. y SANTILLÁN SANTA CRUZ, R., «La equidad como valor del orden público europeo y su aplicación en asuntos transfronterizos de derecho de familia», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2021, vol. 13, pp. 1070-1085, pp. 1081 a 1083.

52 Con una regulación genérica; «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho».

derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación». Por todo ello todos los Estados firmantes deben permitir contraer matrimonio, disfrutar de la vida privada y familiar en sus Estados sin ningún tipo de discriminación o de diferencia de trato por el origen nacional u orientación sexual.

2. La jurisprudencia reciente

25. El TEDH ha dictado diversas resoluciones en el año 2023 que han resuelto solicitudes muy similares a las de Coman en las que se reclamaba el reconocimiento de los derechos a contraer matrimonio y a vivir en pareja tras ello de personas del mismo sexo en países firmantes del CEDH⁵³ que no lo reconocían en su ordenamiento jurídico. Nos interesan todas ellas, por los diferentes Estados involucrados. La más extensa y destacada que marca la línea fue la primera dictada, el 17 de enero de 2023, en el caso Fedotova y otros, vs Rusia⁵⁴. Por ser la base argumental de las siguientes se analizará, si bien al no tratarse de un Estado miembro de la UE también se expondrán con detalle las demás resoluciones⁵⁵. En el procedimiento Rusia alega que en la sociedad rusa no hay una voluntad ni evolución social que reclame la regulación del matrimonio de personas del mismo sexo, y por lo tanto no se debe regular al respecto, ni permitir el disfrute de estos derechos a esas parejas, toda vez que esta normativa vulneraría el interés nacional. El TEDH sanciona que los Estados disfrutan de un cierto margen de apreciación con respecto al estatus exacto conferido por los medios de reconocimiento y los derechos y obligaciones asociados con tal unión o sociedad registrada. Por esto los Estados no están obligados a regular el matrimonio de personas del mismo sexo en sus ordenamientos jurídicos. Sin embargo, diferente es el derecho a contraer matrimonio, regulado en el artículo 12 del Convenio, que el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo y la familia regulada en el artículo 8⁵⁶. El recono-

53 Sobre la jurisprudencia anterior del TEDH que regulaba el reconocimiento general de los derechos de personas del mismo sexo, *vid.* MANZANO BARRAGÁN, I., «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV (2012), 2, pp. 49-78.

54 TEDH, Fedotova y otros c. Rusia. Asunto Sentencia (Gran Sala) de 17 de enero de 2023. Demandas nos. 40792/10, 30538/14 y 43439/14. Art. 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

55 Hablamos de Rusia, Bulgaria y Polonia. Estados, todos ellos, que no permiten la celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo, ni se reconocen derechos similares al matrimonio a estas parejas.

56 El Tribunal tiene una jurisprudencia muy consolidada en la aplicación del artículo 8 del

cimiento legal y de protección esencial de los demandantes como parejas del mismo sexo es un aspecto importante de la identidad de los demandantes, respecto de la cual debe aplicarse un margen del Estado de regular al respecto minorado. La actual situación legal rusa deja a las parejas en un vacío legal que les impide beneficiarse de protección jurídica y los expone a importantes dificultades en su vida diaria. En concreto la imposibilidad de disfrutar de los mismos derechos que las parejas heterosexuales en materia de propiedad, herencia, seguro, filiación y testimonio en procesos civiles o penales, o de acceso a beneficios para la procreación médicamente asistida. Para lograrlo hay «elección de medios», pero es obligatorio el establecimiento de un «marco legal específico». Si los Estados no regulan estos derechos incumplen sus obligaciones del CEDH⁵⁷.

26. Tras la primera resolución correspondiente a Rusia, el TEDH se ha pronunciado en otras dos resoluciones más recientes sobre reclamaciones similares que afectan a Estados miembros de la Unión Europea, y que quizás puedan darnos una previsión o anticipo sobre cuál podrá ser la doctrina del Tribunal en el supuesto que se analiza, el caso Coman. En la Sentencia de 5 de septiembre de 2023, caso Koilova y Babulkova vs Bulgaria⁵⁸. El Estado de la Unión que comparte regulación con Rumanía sí que admite que existe en su Estado una evolución social respecto a los derechos de las personas del mismo sexo⁵⁹. Sin embargo, Bulgaria afirma que el tema concierne a las políticas sociales decididas por el órgano legislativo de los Estados y que es discrecional de éstos en el ejercicio de su poder soberano para legislar sobre matrimonio y posiblemente otras formas de relaciones familiares. El Estado admite que la posibilidad de las personas del mismo sexo búlgaras de contraer matrimonio en otro país y no en el suyo provoca inseguridad jurídica,

CEDH y las obligaciones positivas de los Estados en la que no podemos entrar. Al respecto, *vid.* REDONDO SACEDA, L., «El papel del artículo 8 CED en la construcción del margen de apreciación nacional y la doctrina de las obligaciones positivas del Estado», *Anales del Derecho*, 2020: Número especial AdD: El TEDH en su sesenta aniversario, pp. 1-28.

- 57 Esta doctrina es muy importante en el futuro en la evolución de cómo los Estados del este y Rumanía en el caso de Coman, puedan aplicarla en la práctica. Debería marcar el reconocimiento de las parejas del mismo sexo y quizás motivar la evolución de la doctrina del TJUE en la línea que hemos propuesto en el epígrafe II. Si solo se reconoce la libertad de circulación y ningún derecho familiar los Estados han excedido su margen de apreciación, y no cumplen con su obligación positiva de garantizar que los solicitantes tuvieran un marco legal específico en el marco de la aplicación del artículo 8 del CEDH que previera el reconocimiento y protección de su unión como personas del mismo sexo.
- 58 TEDH, Koilova y Babulkova c. Bulgaria, n.º 40209/20, Sentencia de 5 de septiembre de 2023. Art. 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar.
- 59 El caso Coman sí que provocó el reconociendo judicial de los derechos de matrimonios del mismo sexo en Bulgaria. Al respecto, *vid.*, <https://www.dosmanzanas.com/2018/07/la-justicia-de-bulgaria-reconoce-el-primer-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo.html>.

desigualdad de trato y confusión⁶⁰, pero se reserva la forma en la que se debe reconocer los derechos de las parejas del mismo sexo⁶¹.

27. En este supuesto el TEDH, siguiendo la doctrina Fedotova, y dando respuesta a la negativa de Bulgaria a que los tribunales extranjeros participen en la regulación de los derechos de las parejas del mismo sexo, afirma que el interés nacional no puede provocar que la regulación de los Estados evolucione en la actualidad de forma autónoma en cada uno de los firmantes del CEDH. La obligación positiva de legislar señalada en Fedotova existe, y sin ese cumplimiento no se garantiza la protección efectiva de la vida privada y familiar de las personas homosexuales. Sin este reconocimiento de estos derechos de familia no se respetan los valores de la sociedad democrática que la Convención exige, como el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura. Este reconocimiento afecta a aspectos particularmente importantes de su identidad personal y social y permite la inclusión en la sociedad sin tener en cuenta las diferencias de orientación sexual de las personas. En la elección de medios sobre cómo regularlo, el margen de apreciación del interés nacional, más amplio en la regulación de la existencia del matrimonio entre personas del mismo sexo o no, está significativamente reducido en el reconocimiento de derechos de familia. Se deben proteger derechos concretos y efectivos, no teóricos o ilusorios. En particular los derechos materiales (manutención, impuestos o sucesiones) o morales (derechos y deberes de asistencia mutua), específicos de una vida en pareja que se beneficiaría de estar regulado en el marco de un sistema jurídico abierto a las parejas del mismo sexo⁶².

28. La segunda de las resoluciones del TEDH sobre un Estado miembro de la UE es la de 12 de diciembre de 2023, Przybyszewska y otros vs. Polonia⁶³. En este proceso hay un planteamiento diverso por parte del Estado, ya que,

60 Consideramos que esta admisión del Estado es especialmente significativa en nuestro debate. La desigualdad de trato entra claramente en conflicto con la prohibición de discriminación, y la confusión con el disfrute de los derechos con la necesaria claridad y seguridad jurídica que tanto el CEDH como la CDDFFUE exigen. Aquí entraría en juego la aplicación del artículo 14 del CEDH, por la propia admisión de Bulgaria de la desigualdad de trato. Al respecto de la jurisprudencia sobre este artículo, *vid.* AL HASANI MATURATO, A., «La prohibición de discriminación del artículo 14 del CDEH: ¿mera declaración de principios o norma imperativa?», *Anales del Derecho*, 2020: Número especial AdD: El TEDH en su sesenta aniversario, pp. 1-23.

61 El Estado afirma en el procedimiento que se ha creado una Comisión de protección contra la discriminación de estas familias. Y concluye con que, aunque en Bulgaria hay un proceso de aceptación natural de la evolución de la concepción de la familia, los tribunales extranjeros no deben participar en él.

62 Y para el TEDH el Estado no ha acreditado qué intereses de la comunidad en su conjunto serían contrariados si se regulase en este sentido.

63 TEDH, Przybyszewska y otros vs. Polonia, n.º 11454/17, Sentencia de 12 de diciembre de 2023. Art. 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

contrariamente a Bulgaria, el Estado demandado afirma que en Polonia no existe ninguna evolución social en sentido de reconocer los derechos de las personas del mismo sexo⁶⁴. La negativa a reconocer el matrimonio homosexual sirve al objetivo legítimo de proteger la moral y los derechos de los demás, ya que la gran mayoría de los polacos apoya el concepto heterosexual de matrimonio, así como salvaguardar el modelo tradicional de familia. Un consenso emergente sobre el apoyo a las uniones entre personas del mismo sexo y una tendencia creciente en unos Estados a reconocer relaciones estables de facto entre parejas del mismo sexo no podrían constituir una fuente de obligaciones internacionales para las demás naciones. Si muchos países deciden ir más allá del punto de referencia mínimo establecido originalmente en la Convención, ese estándar más alto no tendría por qué aplicarse automáticamente a todas las Partes Contratantes, afectando el alcance de sus obligaciones internacionales. En cuanto a la doctrina Fedotova, Polonia alega que es inconsistente establecer un margen amplio de apreciación en el reconocimiento del matrimonio y un margen estrecho en los derechos que se derivan de él⁶⁵.

29. Ante dichos argumentos, el TEDH vuelve a destacar lo resuelto con Bulgaria respecto a que el interés nacional no puede evolucionar en la actualidad de forma autónoma en cada Estado, porque las tradiciones, los estereotipos y las actitudes sociales predominantes en un país en particular no pueden considerarse, por sí solos, una justificación suficiente para una diferencia de trato basada en la orientación sexual⁶⁶. Incluso sin un compromiso social por el reconocimiento de estos derechos, una actitud supuestamente negativa, o incluso hostil, por parte de la mayoría heterosexual no puede oponerse al interés de los demandantes de que sus respectivas relaciones sean adecuadamente reconocidas y protegidas por la ley. La protección de la familia en el sentido tradicional es, en principio, una razón legítima que podría justificar una diferencia de trato por motivos de orientación sexual, pero ese objetivo es bastante abstracto y se puede utilizar una amplia variedad de medidas concretas para implementarlo. Ese interés nacional no puede evolucionar en la actualidad de forma autónoma en cada Estado, porque garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo no implica en sí mismo debilitar los derechos garantizados a otras personas o a otras parejas. No existe fundamento para considerar que otorgar reconocimiento y protección jurídica a parejas del mismo sexo en una relación estable y comprometida pueda por sí

64 Y para ello se basa en la existencia de diversas encuestas realizadas en el Estado en 2019.

65 Y finalmente, si bien este no es el argumento central de Polonia, esta afirma que en su derecho las parejas homosexuales pueden firmar acuerdos entre ellas, por lo que tienen amparo legal para regular sus relaciones privadas y los derechos económicos entre ellas, y los morales que puedan surgir de estos.

66 Entrando en juego aquí con gran intensidad la prohibición de discriminación del artículo 14 del CEDH que anteriormente destacamos.

solo perjudicar a familias constituidas de manera tradicional o comprometer su futuro o integridad⁶⁷. Estos argumentos no pueden justificar la ausencia de cualquier forma de reconocimiento y protección legal para las parejas del mismo sexo⁶⁸.

3. Conclusiones jurisprudenciales

30. Así pues, esta doctrina del TEDH, toda vez que no analiza el derecho a circular de las personas, sino los derechos a la vida familiar y a la intimidad de las parejas del mismo sexo en los Estados firmantes, podrá influir en el futuro en la vida de Coman en Rumanía, pero quizás no entrará en el impedimento a circular y residir en Rumanía. Será especialmente interesante en relación a los derechos que se le deben reconocer a Coman y Hamilton en Rumanía, y las dudas que la sentencia Coman provoca en la doctrina que opina, al igual que quien suscribe, que se debieron reconocer los derechos familiares de la pareja en Rumanía, y que es difícil la configuración del derecho a circular como matrimonio, pero no a residir con esa consideración jurídica. Para el TEDH el interés nacional —concepto que como comentamos a estos efectos discursivos debemos considerar análogo a la identidad nacional del TUE— existe, y se respeta en la falta de imposición de la regulación del matrimonio de personas del mismo sexo en el Estado. Al igual que en el TUE se aplica a la regulación del matrimonio —artículo 12 del CEDH—, sin que se obligue a los Estados firmante del TEDH — ni a los Estados miembros de la UE— a regularlo en su derecho interno.

31. Sin embargo, permitiendo este margen de apreciación a en la regulación del matrimonio, la posible voluntad social o gubernamental de la diferencia de trato de la protección legal de las parejas del mismo sexo respecto a las parejas heterosexuales no es compatible con el cumplimiento del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del CEDH. Por ello, si no se reconocen derechos materiales y morales de las parejas del mismo sexo en

67 Sobre esto volveremos al final de nuestro trabajo, pero desde luego que en nada se impide proteger a la familia formada por personas heterosexuales (entendemos que a esto se refiere Polonia con la protección de la familia en el sentido tradicional), regulando los derechos de las parejas homosexuales. Una visión de que el reconocimiento de los derechos familiares a las personas homosexuales pueda suponer que se «fomenta» el reconocimiento de este tipo de familia y se «perjudica» a las familias formadas por personas heterosexuales, no es una visión «tradicional» de la familia, sino retrógrada de la igualdad de los derechos de las personas sin discriminación por su orientación sexual e incumple el artículo 14 del CEDH y el 21 de la CDDFFUE y la doctrina de los dos altos tribunales sobre los mismos.

68 Y concluye con la misma doctrina del caso Koilova y Babulkova vs Bulgaria señalando que el margen de apreciación de los Estados se reduce significativamente cuando se trata de brindar a las parejas del mismo sexo la posibilidad de reconocimiento y protección legal de los derechos materiales y morales citados en la Jurisprudencia anterior.

un marco similar a las heterosexuales se vulnera el derecho a la vida privada y familiar sin que el interés general pueda oponerse a ello. Una vez citado este incumplimiento del artículo 8, el TEDH considera innecesario pronunciarse sobre la vulneración de la prohibición de discriminación del artículo 14 del CEDH⁶⁹. El Tribunal da a entender que da por hecha que la aplicación de la doctrina sobre el artículo 8 evitará esta discriminación, pero también estimamos que para un mayor reforzamiento de esta doctrina hubiese sido muy oportuno citar cómo evitar la vulneración de este artículo y cómo se interrelacionan entre ellos.

IV. Coman, el TEDH y la identidad nacional rumana

32. Una vez se ha expuesto la doctrina del TEDH más reciente sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en los Estados firmantes del CEDH que no reconocen su matrimonio, podemos adelantar o suponer el contenido de las siguientes resoluciones, y en concreto del caso Coman. En primer lugar, es muy posible que se realice una declaración de obligación positiva de Rumanía de regular estos derechos, y no todo el *petitum* de sanción de Rumanía de la demanda Coman. Sin embargo, si esta declaración confirma la obligación de Rumanía de respetar sus derechos como familia, similares a los del matrimonio, sí que se podrá argumentar que se ha dado un paso adelante, no el definitivo, pero sí significativo, en el reconocimiento de los derechos de Coman y Hamilton como familia. Paso que no dio el TJUE en su resolución. Ahondemos algo más en estas reflexiones.

1. Posible sentido final de la resolución del caso Coman en el TEDH

33. Si esta doctrina del TEDH se consolida, realizará una declaración de obligación positiva de Rumanía de regular los derechos familiares de Coman y Hamilton cuando residan en Rumanía, que deberán tener estándares similares a la protección de los matrimonios de parejas heterosexuales en lo relativo a aspectos económicos y morales⁷⁰. Tendremos una clave práctica sobre

69 Para ello todas las sentencias citadas sigue el contenido del apartado 230 de la Sentencia Fedotova, que establece que; «Teniendo en cuenta las conclusiones a las que ha llegado en relación con el artículo 8, la Gran Sala considera, como lo hizo la Sala, que no es necesario examinar por separado si ha habido una violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8 (ver Centre for Legal Resources en nombre de Valentin Câmpănu contra Rumania [GS], n.º 47848/08, § 156, TEDH 2014; véase también Oliari y otros , § 188, y Orlandi y otros , § 212, ambos citados anteriormente)».

70 Consolidando las resoluciones del 2023 y con ello toda la evolución de su doctrina jurisprudencial sobre el artículo 8. Al respecto de esta doctrina previa, *vid*, REDONDO SACEDA, L., «El papel del artículo 8...» *ob. cit.*, pp. 1-28. Con ello se seguirá en la línea de proteger

cómo compatibilizar los derechos reconocidos en el CEDH y en la CDDFFUE. Los Estados miembros tienen autonomía de legislar sobre el matrimonio, porque esta institución está dentro de su interés o identidad nacional, sin que tengan obligación de acoger el matrimonio de personas del mismo sexo en su ordenamiento. Pero, compatible con este hecho, deben regular en su derecho interno el reconocimiento de los derechos familiares de estas parejas en un estándar similar al que tienen las parejas heterosexuales. En la resolución final del caso Coman se hará una declaración, con declaración de obligación positiva so pena de no cumplir el artículo 8, sin imposición de sanciones a Rumanía⁷¹.

34. Sin embargo, a pesar de que Rumanía deberá modificar su legislación interna, y aun considerando que, por los motivos anteriormente señalados, no conocemos todo el *petitum* de la demanda de Coman ante el TEDH, lo más probable es que la resolución no se pronuncie sobre el derecho de Coman y Hamilton de residir en Rumanía, con lo que el primer paso necesario para que se reconozcan sus derechos en este Estado miembro estará por darse. Hemos visto que la situación actual de Coman ha provocado una clara reacción de un grupo de parlamentarios europeos. Es de prever que el conocimiento del contenido de la Sentencia del TEDH repita esas reclamaciones de estos parlamentarios a la Comisión, y quizás se reactive en torno a este caso la tensión o situación conflictiva que se produce entre la Comisión y el grupo de Visegrado⁷² en lo relativo a las ideologías sobre la familia más y menos tradicionales. Conflictos que tienen mucho que ver en tantas ocasiones con lo político y no siempre con lo jurídico, y en los que en ocasiones un cambio de gobierno tras una elección interna es decisivo en su evolución⁷³.

a las parejas del mismo sexo en la jurisprudencia del TEDH, *vid.* ROMBOLI, S., «La protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación en la evaluación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo: pasado, presente y unas previsiones para el futuro», *Anales del Derecho*, 2020: Número especial AdD: El TEDH en su sesenta aniversarios, pp. 1-39.

- 71 Esta posición de no sanción expresa ha sido la aplicada en los supuestos anteriores a Rusia, Bulgaria y Polonia, y no tenemos por qué pensar que en el caso de Rumanía sea diferente. Sin embargo, se debe destacar que esta obligación positiva de legislar en los derechos de familia de estas parejas ya se deberá considerar aplicable a la generalidad de los Estados miembros de la UE y de los firmantes del CEDH.
- 72 Formado por Polonia, Hungría, República Checa y Eslovaquia. Sobre el grupo de Visegrado, *vid.* RODRÍGUEZ, P. y GONZÁLEZ PÉREZ, A., «El Grupo de Visegrado en la Unión Europea del siglo XXI: euroescepticismo, ultranacionalismos y exclusión social». *Revista De Relaciones Internacionales De La UNAM*, N.º 138, 2020, pp. 77-99.
- 73 Ambos fenómenos del conflicto lo observamos en la realidad de la UE constantemente. La evolución hacia una menor situación de conflicto, por ejemplo, en el cambio de relación con la UE ocurrido tras las elecciones polacas del año 2023. *Vid.* <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/la-polonia-liberal-ha-vuelto-el-impacto-en-europa-de-las-elecciones-polacas-de-2023/>. O véase también el incremento de la tensión entre Hungría y la Comisión Europea por los viajes de Orban a Rusia o China en julio de 2023.

2. Desafíos del caso Coman al TEDH, al TJUE y a Rumanía

35. El primer desafío de esta resolución es el de lograr una construcción paneuropea combinando ambos sistemas de reconocimiento de derechos entre en CEDH y la CDDFFUE que se interrelacionen entre sí y permitan igualar los derechos vinculados a la identidad personal y la dignidad de las personas sin discriminación por razón de orientación sexual. Este reconocimiento, que aún rechazan algunos Estados del este de Europa con una visión más tradicionalista de la sociedad y de la familia, debería estar centrado en conceder en estos Estados un estatus familiar a las parejas del mismo sexo consolidadas administrativamente en otros Estados miembros que pueda asimilarse al estatuto jurídico que tienen las parejas de distinto sexo. Se protegerían derechos concretos, efectivos, no teóricos o ilusorios, tanto materiales como morales⁷⁴.

36. Y aun exigiendo esta modificación legislativa, en la línea de la comprensión y admisión de la competencia interna y el respeto a la identidad e interés nacional de estos Estados, los mismos mantendrían, si es su voluntad, el actual estatus legal por medio del cual estos Estados solo regularán modificaciones sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo cuando sus sociedades o gobiernos así lo establezcan. Los Estados miembros que no reconocen estos derechos podrían apreciar que no se ataca su identidad nacional admitiendo concretos efectos jurídicos válidos en otros Estados Miembros, sin que suponga una injerencia en los asuntos internos de los Estados protegidos por la identidad nacional, más que en aquello que afecta de forma directa a los derechos prácticos de las personas más vinculados a su identidad personal⁷⁵. No parece que algunos de los actuales gobiernos de

74 En esta primera parte de la «ecuación» estaríamos centrándonos en los derechos. Como señala el TEDH, en esta regulación de los Estados se deben proteger derechos concretos y efectivos, no teóricos o ilusorios. En particular los derechos materiales (manutención, impuestos o sucesiones) o morales (derechos y deberes de asistencia mutua), específicas de una vida en pareja que se beneficiaría de estar regulado en el marco de un sistema jurídico abierto a las parejas del mismo sexo. Aunque es evidente que estos Estados son muy reticentes a reconocer este estatus, todos han admitido con una extensión o con otra, que las parejas homosexuales sí tienen derechos en sus Estados, y pueden incluso configurarlos mediante acuerdos privados. A este respecto, el orden público europeo se aplicaría en ambos instrumentos con la equidad como un valor a valorar en asuntos transfronterizos de familia, tal y como ha expresado, SÁNCHEZ CANO, M. J. y SANTILLÁN SANTA CRUZ, R., «La equidad como valor del orden público europeo...», *op. cit.*, pp. 1070-1085.

75 Se podría mostrar a estos Estados que la posición de ambas organizaciones, UE y Consejo de Europa en la aplicación de sus Convenios por los ambos tribunales, comprenden que las posiciones ideológicas, políticas y sociales contrapuestas son analizadas más cuidadosamente cuando se transforman en Derecho interno. Pero de forma más comprensiva con los diversos conceptos de familia en lo que a tañe a Derechos Fundamentales de las personas en sociedades abiertas e inclusivas.

estos Estados estén muy por la labor de esta admisión, pero cierto es que algunos de ellos ya admiten esta inicial evolución social⁷⁶.

3. Posible resultado práctico final de la resolución

37. A pesar de la Sentencia Coman del TJUE, como hemos visto, Rumanía ha seguido «en rebeldía» ante la Comisión y sin aplicarla alegando argumentos procesales inconsistentes a pesar de las insistentes reclamaciones de parlamentarios a la Comisión Europea para que abriera a Rumanía un procedimiento de sanción por incumplimiento del Derecho europeo. Quizás la propia existencia del procedimiento ante el TEDH, el resto de los conflictos entre la Comisión y algunos Estados del Este, y la finalización de la anterior legislatura, provocaron que dicho procedimiento no se iniciara⁷⁷. Por ello mismo, el dictado de esta resolución por el TEDH del caso Coman puede ser el punto de inicio ante una nueva reclamación de Hamilton para poder residir en Rumanía junto a su marido y/o ante una exigencia de la Comisión de que el Estado miembro cumpla el Derecho europeo sancionado en la ya «lejana» resolución de 5 de junio de 2018.

38. En todo caso, a corto y medio plazo, viendo la experiencia anterior, es posible que este reconocimiento efectivo de derechos se pueda producir por iniciativa de los actuales gobernantes rumanos⁷⁸. Como hemos visto, el actual presidente del Gobierno forma parte de la Internacional Socialista, bloque político más propenso ideológicamente al reconocimiento de estos derechos. Sin embargo, no sabemos si el gobierno formado por socialistas y liberales considera que es el momento de asumir estos posicionamientos ante la población rumana. Es posible que una sentencia del TEDH pueda permitir abrir un periodo de conversaciones entre la Comisión y el Estado miembro. También es factible que esta resolución y la propia evolución de las sociedades posibilite la evolución que la jurisprudencia del TJUE de la

76 Como ocurrió con Bulgaria ante el mismo TEDH, o en el caso de Rumanía como se aprecia en las encuestas de ACCEPT en Rumanía en 2024 ya citadas anteriormente.

77 Algunos de los argumentos citados no son jurídicos, sino políticos, pero aun realizando un análisis estrictamente jurídico, no podemos soslayar el marcado matiz político del asunto, más si de lo que hablamos es del inicio de un procedimiento de sanción de la Comisión a un Estado miembro.

78 El actual Gobierno rumano lo forma a partir de junio de 2023 una coalición entre el Partido Socialdemócrata (PSD) y el Partido Nacional Liberal (PNL) que lidera el socialista Marcel Ciolacu y que tiene intención de tener una relación fluida en los demás EM de la UE. Véase la última reunión con el Presidente de Gobierno español, Pedro Sánchez y los asuntos bilaterales y sobre la UE tratados. <https://www.moncloa.com/2024/07/06/sanchez-se-reune-en-rumania-con-el-primer-ministro-ciolacu-y-participara-en-la-reunion-de-la-internacional-socialista-2707301/>.

doctrina Coman a otras más avanzadas que aquí hemos reclamado⁷⁹, y que creemos que el CEDH y la CDDFFUE exigen⁸⁰.

V. Conclusiones prospectivas

39. La falta de cumplimiento de Rumanía de la doctrina de la Sentencia Coman nos sitúa en tres escenarios distintos. En Nueva York, Coman no pueden decidir residir en Rumanía con Hamilton como matrimonio porque este Estado miembro no cumple la doctrina que lleva su apellido. En Bruselas la Comisión no ha iniciado un procedimiento de incumplimiento ante el TJUE, quizás esperando que en esta nueva legislatura el actual gobierno rumano sea más proclive al cumplimiento de la Sentencia. En Estrasburgo el TEDH debe resolver la demanda interpuesta por Coman contra el Estado del que es nacional por su incumplimiento del CEDH. Todos deberán evolucionar en el futuro y los juristas esperamos con gran interés los futuros pasos del caso Coman.

40. Lo más probable es que la resolución del TEDH sea similar a la doctrina de las anteriores dictadas en los supuestos de Rusia, Bulgaria y Polonia. En aplicación del artículo 8 del CEDH los Estados firmantes de la Convención no tienen ninguna obligación de admitir la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo en su Estado, pero sí deben reconocer los derechos económicos y morales de estas parejas que les permitan tener un estatuto familiar no discriminatorio respecto a las parejas de distinto sexo. El Tribu-

79 De hecho, el procedimiento ya existe. En la actualidad se desarrolla en el TJUE un procedimiento que podrá darnos respuesta a esta cuestión. El Asunto C-713/23 es el procedimiento de dos ciudadanos europeos a los que se les ha denegado la inscripción en el Registro Civil polaco del certificado de un matrimonio contraído por personas del mismo sexo, nacionales de dicho Estado, en otro Estado miembro, Alemania, que además provocó un cambio de apellidos de uno de ellos (se añadió un segundo apellido con el de su cónyuge). Los ciudadanos son ambos nacionales de Estados miembros, por lo que no tratamos la libertad de circulación. En el procedimiento se solicita la declaración de que esa negativa a la inscripción del matrimonio es contraria al Derecho Europeo por lo que estamos ante la solicitud del reconocimiento de los efectos del matrimonio. Puede consultarse el planteamiento de este interesante procedimiento en: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=F83532CCB8112D246DB346B9A168A4C6?text=&docid=282182&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=670462>.

80 Si esta posición se asienta en el futuro en el TJUE se cumplirá plenamente el lema de la UE, «Unidos en la diversidad». Por un lado, se respetará el margen de apreciación interno que los Estados tienen para salvaguardar su interés nacional regulando o no el matrimonio de personas del mismo sexo. Pero a su vez se respetarán los principios básicos de las sociedades democráticas de los Estados firmantes del CEDH y de la CDDFFUE se han comprometido a salvaguardar, como el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, más aún en el ejercicio de derechos tan importantes como los de familia e intimidad, que están ligados a la identidad personal y social de sus ciudadanos sin discriminación por su orientación sexual.

nal no sancionaría expresamente a Rumanía por su incumplimiento ni se pronunciaría expresamente por una posible discriminación que vulnere el artículo 14 del CEDH.

41. Esta resolución debería motivar una reacción de Rumanía y también de la Comisión. Uniendo ambas doctrinas, Rumanía debería poder permitir a Hamilton residir con Coman en su Estado como familiar directo, cónyuge, y deberá admitir la existencia de derechos económicos y morales entre ellos como familiares similares a los de los matrimonios de personas de distinto sexo. El interés o la identidad nacional seguirán pudiendo limitar la existencia del matrimonio de parejas del mismo sexo en el derecho rumano, pero no los derechos familiares de estas parejas. Si esta reacción no se produce, las miradas, tanto de los juristas como de Parlamentarios europeos, se dirigirán a la Comisión Europea en esta nueva legislatura, tal y como lo han hecho anteriormente.

42. La identidad y el interés nacional de los Estados miembros exigen el respeto a sus procesos internos, a su configuración de familia y al respeto a la concepción ideológica de sociedad de los gobernantes que salen de las urnas en las elecciones estatales. Es nuestra manera de respetar el lema de la UE, «Unidos en la diversidad», incluso en quienes opinamos que permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo debería ser la regulación de todos los Estados miembros. Sin embargo, el Derecho europeo y el CEDH exigen que estos Estados deben respetar los principios de defensa de la identidad personal, de la intimidad familiar, de la diversidad y libertad personal y de la no discriminación por ninguna razón, tampoco por orientación sexual. Por ello imponen que se reconozcan a las parejas del mismo sexo los mismos derechos familiares y morales de las parejas de distinto sexo. Es la manera en la que el Derecho europeo debe imponer los valores esenciales de una construcción europea basada en los Derechos Fundamentales. En el futuro esta brisa europea de aplicación de las grandes convenciones protectoras de derechos puede llegar a todos los Estados europeos movida por la voluntad de sus propios ciudadanos. Mientras tanto, sigamos esperando la evolución del disfrute de estos derechos impulsados por la doctrina de los Altos tribunales europeos y por los casos paradigmáticos para la doctrina, como el caso Coman.

VI. Bibliografía

AL HASANI MATURATO, A., «La prohibición de discriminación del artículo 14 del CDEH: ¿mera declaración de principios o norma imperativa?», *Anales del Derecho*, 2020: Número especial AdD: El TEDH en su sesenta aniversario, pp. 1-23.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «¿Matrimonio de personas del mismo sexo para toda la UE? A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto Comen», *La Ley Unión Europea*, n.º 56, febrero 2018, pp. 1-6.

- AZPITARTE SÁNCHEZ, M.**, «Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 39, 2017, pp. 413-448.
- CÓRDOBA CASTROVERDE, D.**, «El derecho de circulación y residencia de los padres de ciudadanos de la Unión Europea», *Elderecho.com*, 9-8-2017.
- CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, P.**, «Identidad nacional y sistema del CEDH: una dudosa analogía», *Anales del Derecho*, 2020: Número especial AdD: El TEDH en su sesenta aniversario, pp. 1-28.
- CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, P.**, *La identidad nacional de los Estados miembros en el derecho de la Unión Europea*, Pamplona, Aranzadi, Thomson Reuters, 2021.
- CRUZ VILLALÓN, P.** «La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos», *AFDUAM*, n.º 17, 2013, pp. 501-514.
- DEL ROCÍO RODRÍGUEZ-SALCEDO, E. y PAZMAY-PAZMAY, S.**, «La familia y los Derechos Humanos», *Dominio de las ciencias*, vol. 7, 2021, pp. 612-622.
- DURÁN AYAGO, A.**, «El TJUE y el nombre de las personas físicas: principio de reconocimiento mutuo, derecho a la identidad y libre circulación de personas», en Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J., *El Tribunal de Justicia de la Unión europea y el Derecho internacional privado*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021, pp. 515-543.
- DURAN AYAGO, A.**, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.
- ELVIRA PERALES, A.**, *Libertad de circulación de personas en la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. 19 a 35.
- FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.**, «Libre circulación de personas por el territorio comunitario», en GARCÍA MURCIA, J. (director), *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea*, Jurua editorial, Lisboa, 2016, pp. 37 a 69, pp. 48 a 62.
- GOÑI URRIZA, N.**, «El ámbito de aplicación de las libertades europeas que afectan al derecho de familia y las relaciones entre el orden público de la UE y el de los Estados miembros», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (octubre 2021), vol. 13, n.º 2, pp. 233-255.
- JIMÉNEZ BLANCO, P.**, «Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea», *Diario La Ley*, n.º 5771, Sección Unión Europea, 30 de abril de 2003, Año XXIV, Ref. D-103, Editorial LA LEY (LA LEY 693/2003).

- JIMÉNEZ BLANCO, P.**: «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, junio 2018, n.º 35, pp. 1 a 49.
- JIMÉNEZ BLANCO, P.**, «La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18: Coman», *La Ley Unión Europea*, núm. 61, julio de 2018, pp. 1-12.
- LÓPEZ SERNA, M. y KALA, J.** «Derecho a la identidad personal como resultado del libre desarrollo de la personalidad», *Ciencia Jurídica*, n.º 14, 2018, pp. 65-76.
- MANZANO BARRAGÁN, I.**, «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV (2012), 2, pp. 49-78.
- MANGAS MARTÍN, A.**, «Comentario al artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE», en MANGAS MARTÍN, A. (directora), *Carta de los Derechos fundamentales de la UE, comentario artículo por artículo*, Madrid, Fundación BBVA, 2008, pp. 442-453.
- MARINO, S., CARRSACOSA GONZÁLEZ, J.**, «Marriages across borders within the European Union: Private international law vs. Mutual recognition perspectives», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2024), vol. 16, n.º 1, pp. 403-422.
- ORTIZ VIDAL, M. D.**, «El caso Grunkin-Paul: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, n.º 1, 2009, pp. 143-151.
- PÉREZ MARTÍN, L.A.**, «Doctrina del TJUE en Pancharevo y Rzecznik: un paso atrás en el ejercicio de los derechos europeos», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, T. XXII, 2022, pp. 483-514.
- REDONDO SACEDA, L.**, «El papel del artículo 8 CED en la construcción del margen de apreciación nacional y la doctrina de las obligaciones positivas del Estado», *Anales del Derecho*, 2020: Número especial AdD: El TEDH en su sesenta aniversario, pp. 1-28.
- REQUENA CASANOVA, M.**, «Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto Coman y otros», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 62, pp. 41-79.
- RIVAS VAÑÓ, A.** «Matrimonio y orientación sexual: la fuerza expansiva del derecho a la no discriminación. Comentario de las sentencias Taddeucci y Coman», *Lex Social*, Vol. 9, n.º 1, 2019, pp. 136-161.

- RODRÍGUEZ P. y GONZÁLEZ PÉREZ, A.**, «El Grupo de Visegrado en la Unión Europea del siglo XXI: euroescepticismo, ultranacionalismos y exclusión social». *Revista De Relaciones Internacionales De La UNAM*, n.º 138, 2020, pp. 77-99.
- ROMBOLI, S.**, «El conflicto entre identidad nacional y derecho de la Unión Europea en el caso Coman: el Tribunal de Justicia añade otra pieza fundamental para la protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 17, n.º 31. enero-junio 2019, pp. 75-93.
- ROMBOLI, S.**, «La protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación en la evaluación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo: pasado, presente y unas previsiones para el futuro», *Anales del Derecho*, 2020: Número especial AdD: El TEDH en su sesenta aniversario, pp. 1-39.
- RUBIO LLORENTE, F.**, «Derechos Fundamentales, principios estructurales y respeto por la identidad nacional de los Estados miembros de la Unión Europea», *AFDUAM*, n.º 17, 2013, pp. 515-527.
- SÁNCHEZ CANO, M. J. y SANTILLÁN SANTA CRUZ, R.**, «La equidad como valor del orden público europeo y su aplicación en asuntos transfronterizos de derecho de familia», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2021, vol. 13, pp. 1070-1085.
- SARRIÓN ESTEVE J.**, «La libre circulación de personas como derecho fundamental de los ciudadanos en la Unión Europea», *Panorama Social*, n.º 17, 2013, pp. 33-40, pp. 37-39.
- SOTO MOYA, M.** «Libre circulación por el territorio de la Unión Europea de los matrimonios del mismo sexo celebrados en España», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 43, septiembre-diciembre, 2012, pp. 807-847.
- VELASCO RETAMOSA, J. M.**, «Libre circulación de persona en la Unión Europea: los nacionales de terceros Estados como beneficiarios de esta libertad», *International Law*, n.º 22, 2013, pp. 51-85.

PARTE III

**Filiación y responsabilidad parental
desde una perspectiva de género**

LA INCIDENCIA DE LA AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FILIACIÓN

Isabel Rodríguez-Uría Suárez*

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho internacional privado
Universidad de Oviedo*

Sumario: I. Introducción. II. La provisionalidad del contexto actual. 1. *La autodeterminación de género: una materia en construcción.* A) El derecho a la autodeterminación de género. B) La ley aplicable a la autodeterminación de género. 2. *La filiación: una materia en transformación.* A) La irrupción de nuevos modelos familiares. B) La ley aplicable a la filiación. III. La incidencia de la autodeterminación de género en la filiación. 1. *La interrelación entre la autodeterminación de género y la filiación.* 2. *Problemas de Derecho aplicable.* A) La delimitación de estatutos. B) El juego del orden público. IV. La dimensión registral: un problema añadido. 1. *El molde legeforista del Registro Civil* 2. *Eficacia registral de la aplicación del Derecho extranjero.* V. Conclusiones. VI. Bibliografía

Resumen: La autodeterminación de género y la filiación son estatutos distintos, pero necesariamente interrelacionados. A cada uno se le aplica una norma de conflicto distinta que puede conducir a la aplicación de leyes diferentes. La cuestión de establecer qué ley determina el concreto título sobre el que legitimar la filiación plantea un problema de delimitación entre estatutos que puede derivar en una cuestión previa. En esta ecuación es necesario tener en cuenta el orden público, que es especialmente sensible en estas materias. La normativa registral del foro puede también suponer una cortapisa a lo que determine el Derecho aplicable.

Palabras clave: Autodeterminación de género, filiación, ley aplicable, cuestión previa, orden público, Registro Civil.

* El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2021-123452OB-I00 (GENDERMOB), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE, en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE, n.º 131, de 2 de junio de 2011).

Abstract: Gender self-determination and parentage are distinct but necessarily interrelated statuses. A different conflict rule applies to each, which may lead to the application of different laws. The question of establishing which law determines the specific title on which to legitimise parentage raises a problem of delimitation between statutes that can lead to a preliminary question. In this equation it is necessary to take into account public policy, which is particularly sensitive in these matters. The registry rules of the forum may also be a constraint on what is determined by the applicable law.

Keywords: Gender self-determination, parentage, applicable law, preliminary issue, public policy, Civil Registry.

I. Introducción

El derecho a la autodeterminación de género no origina un acto que afecte de forma privativa a la persona que lo ejerce; o no al menos de forma exclusiva. El hecho de que una persona modifique legalmente su género puede afectar a otras personas y a las relaciones jurídicas que las vinculan. Así ocurre, por ejemplo, con la filiación, donde es habitual que el género del progenitor marque el título de legitimación a través del cual se establece legalmente el vínculo: filiación paterna o materna con sus diferentes modos de acreditación. La cuestión se complica cuando el sexo biológico no coincide con el género legalmente establecido o reconocido. A ello hay que sumar la dificultad añadida de la existencia del tercer género, que ya se reconoce en algunos ordenamientos jurídicos, pues, como he señalado, habitualmente las normas sobre filiación distinguen entre los títulos de legitimación para ser madre y para ser padre.

La incidencia de la autodeterminación de género en la filiación puede plantearse en distintos momentos; por un lado, podemos distinguir los casos en los que la autodeterminación se realiza antes de que haya una filiación que establecer, de los casos en los que el cambio de género tiene lugar una vez que la filiación ya está establecida. Por otro lado, la incidencia puede manifestarse no sólo para el establecimiento de una filiación, sino también para su impugnación.

El objeto de este trabajo es poner de manifiesto la interrelación entre la autodeterminación de género y la filiación en situaciones transfronterizas. En concreto, analizaremos los problemas que se plantean desde el punto de vista del Derecho aplicable. Todo el estudio está marcado por ciertos condicionantes: el análisis se desarrolla bajo importantes premisas de provisionalidad, pues ambas materias, la autodeterminación de género y la filiación, se encuentran actualmente en un proceso de cambio tanto en el plano del Derecho material, como en el del Derecho internacional privado. Ello nos exige en ocasiones jugar con hipótesis o con soluciones provisionales. A ello hay que añadir que el análisis en términos de ley aplicable está muy mediatizado por la presencia de derechos fundamentales, entre los que destacan el derecho

al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), la prohibición de discriminación por razón de sexo y orientación sexual (art. 21 Carta de Derechos Fundamentales de la UE) o el derecho a la vida privada (art. 8 CEDH). Por último, el encorsetamiento del Registro Civil puede influir también, mermando la eficacia registral de lo que disponga el Derecho aplicable.

Para la ejecución del trabajo, realizaremos, en primer lugar, una contextualización de las dos materias implicadas, tanto en el plano del Derecho material, como en el del Derecho internacional privado, con el fin de evidenciar ese estado provisional con el que tenemos que jugar. En segundo lugar, nos adentraremos en la incidencia que la autodeterminación de género puede tener en la filiación; para ello, extraeremos los problemas que se pueden plantear de ejemplos que se han dado en la jurisprudencia y, seguidamente, analizaremos los desafíos que tales problemas generan desde el punto de vista del Derecho aplicable. En tercer lugar, haremos referencia a la dimensión del Registro Civil como condicionante formal y, por último, terminaremos con unas conclusiones.

II. La provisionalidad del contexto actual

1. La autodeterminación de género: una materia en construcción

A) El derecho a la autodeterminación de género

La autodeterminación de género es uno de los temas que se encuentra actualmente en auge dentro del Derecho de la persona y de la familia. La doctrina del TEDH, que en los últimos años ha tenido oportunidad de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre la autodeterminación de género, es buena prueba de ello¹. También lo es la reciente aprobación de leyes que regulan el cambio de la mención registral de sexo, tal y como ocurre en España con la denominada «Ley trans»², o, más recientemente, en Alemania, con la nueva ley sobre autodeterminación en relación con la inscripción del sexo³.

La relevancia jurídica de la autodeterminación de género es algo incuestionable. Es decir, nos encontramos ante una situación que tiene efectos jurídicos y

1 *Vid.* la contribución del profesor GONZÁLEZ VEGA, J. A., en este mismo libro, «La larga marcha en pos de la autodeterminación de género: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

2 Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, BOE 1 marzo 2023.

3 Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag und zur Änderung weiterer Vorschriften (SSBG), publicada el 21 de junio de 2024.

que, por tanto, no es una mera cuestión fáctica (como puede ser el color de los ojos de una persona)⁴. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional declaró que el derecho al cambio registral de la mención al sexo «está permitiendo a la persona adoptar decisiones con *eficacia jurídica* sobre su identidad»⁵. De ello se deriva la necesidad de regular esta materia no solo en el plano del Derecho material, sino también en el ámbito del Derecho internacional privado.

La regulación de la reasignación de género se encuentra en una fase de construcción, casi primaria, a nivel general, lo que no quita que haya casos en los que las actuales normas cuenten con un mayor bagaje⁶. Si bien en Derecho comparado existe una gran variedad de posturas al respecto, podemos percibir una tendencia hacia la despatologización del derecho de reasignación de género; es decir, hacia la eliminación de la exigencia de requisitos basados en la aportación de informes médicos o el sometimiento a tratamientos quirúrgicos u hormonales para poder proceder al cambio. La «Ley trans» es buen ejemplo de esta tendencia, pues, desde su entrada en vigor, en España una persona puede reasignar su género con su mera declaración de voluntad, excluyéndose la aportación de informes médicos o psicológicos o la imposición de tratamientos dirigidos al cambio de la apariencia física externa de la persona. Tal posibilidad se permite desde los doce años, si bien entre los doce y catorce años se precisa autorización judicial a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria; y entre los catorce y dieciséis años es necesaria la asistencia de los representantes legales o de un defensor judicial para la presentación de la solicitud ante la autoridad registral competente.

Por otro lado, ya hay algunos ordenamientos jurídicos que reconocen legalmente el denominado tercer género o género no binario. No es el caso de España, puesto que la «Ley trans» se ha limitado a establecer la posibilidad de dejar en blanco la mención del sexo de las personas intersexuales en el Registro Civil únicamente durante el plazo de un año a contar desde el nacimiento y siempre y cuando haya acuerdo de los progenitores. No obstante, tal y como veremos, ello no implica que nuestro sistema pueda ser completamente ajeno a esta realidad jurídica, fundamentalmente a través de la importación de casos en los que se aplique una ley extranjera que sí pueda reconocer el tercer género.

4 Vid. DUTTA, A./PINTENS, W., «Private International Law Aspects on Intersex», en SCHERPE, J. M., DUTTA, A. y HELMS, T. (eds.), *The Legal Status of Intersex Persons*, Intersentia, Cambridge, 2018, pp. 415-426, esp. p. 416 y ss.

5 STC 99/2019, de 18 de julio, ECLI:ES:TC:2019:99, FJ 4.º, BOE n.º 192, de 12 de agosto de 2019.

6 Como es el caso precisamente de la ley alemana, donde la autodeterminación de género se lleva regulando desde el año 1981. Vid. el trabajo de MIQUEL SALA, R., «Identidad de género y tercer género en Alemania: novedades y desafíos tras la nueva ley de autodeterminación», que se encuentra en este mismo libro colectivo, donde la autora hace un ilustrativo recorrido por las distintas normas que antecedieron a la recién aprobada ley alemana.

En cualquier caso, es previsible que tanto nuestra joven ley, como otros sistemas jurídicos de nuestro entorno, tengan que seguir avanzando en la regulación del derecho a la reasignación de género y en el reconocimiento del género no binario⁷. El reto es mayor de lo que a priori pueda parecer, porque la regulación del género tiene una doble dimensión pública y privada y también una doble vertiente personal y familiar⁸. Esto implica que una regulación del género afecta a muchas otras áreas del Derecho privado que también tienen que sufrir las pertinentes modificaciones para su adaptación y coherencia, pues hasta ese momento los moldes están basados en el binarismo.

B) La ley aplicable a la autodeterminación de género

La heterogeneidad sobre los modelos normativos en torno a la reasignación de sexo en Derecho comparado es un caldo de cultivo para los problemas de Derecho internacional privado. La creciente movilidad transfronteriza supone la exportación e importación de casos de reasignación de género, donde el elemento extranjero debe ser tomado en consideración.

Una de las grandes deficiencias de la «Ley trans» es que ha obviado la regulación de la autodeterminación de género en los casos en que hay elemento extranjero. Tal y como ya se ha puesto de relieve por la doctrina, la ley carece de normas de competencia judicial internacional, ley aplicable o reconocimiento de decisiones o actos relativos a la reasignación de género⁹. Las escasas referencias a personas extranjeras son asistemáticas, insuficientes y a veces incluso incoherentes, fruto de una regulación en la que claramente no ha habido una reflexión desde esta perspectiva. Nos vemos, por tanto, en un contexto incierto, en el que se van a plantear situaciones privadas internacionales para las que no va a haber una respuesta clara y directa por parte de la ley o incluso en las que nos encontraremos con lagunas normativas.

Desde el punto de vista del Derecho aplicable, no tenemos actualmente una norma de conflicto específica que se refiera a la reasignación de género. Es decir, en el caso en el que se presente una solicitud de autodeterminación de género ante una autoridad registral española por parte de un extranjero, la ley no indica conforme a qué Derecho se debe dar una respuesta. A los efectos del análisis objeto de este trabajo tendremos que utilizar, en consecuencia, una solución que no deja de ser hipotética.

7 La ley alemana, por ejemplo, ya prevé expresamente una revisión del funcionamiento de la normativa en el plazo de cinco años.

8 Sobre la vertiente personal y familiar de la identidad de género, *vid.* el trabajo de JIMÉNEZ BLANCO, P., «La identidad de género en la movilidad transfronteriza: vertientes personal y familiar», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, en prensa.

9 *Vid.* OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «La identidad de género en el Derecho internacional privado español», *REDI*, vol. 75, 2023, n.º 2, pp. 343-366.

Prescindiendo, por exceder del objeto de este estudio, de posibles propuestas *de lege ferenda* más elaboradas y adaptadas a las características y particularidades de la reasignación de género, vamos a jugar con la hipótesis de solución de ley aplicable que parece más factible con las herramientas que nos da el sistema. Esto nos conduce a la aplicación de la ley nacional derivada del art. 9.1 CC. En efecto, la autodeterminación de género podría entenderse incluida dentro del ámbito de aplicación material del art. 9.1 CC¹⁰. A falta de una solución específica, esta parece la más adecuada, tal y como ya ha puesto de relieve la doctrina con base fundamentalmente en dos argumentos: en primer lugar, pese a que literalmente el art. 9.1 CC se refiera al «estado y capacidad de la persona», el género es una característica referida a la persona física y, por tanto, se puede entender incluido en el ámbito del estatuto personal. En segundo lugar, porque la aplicación de la ley de la nacionalidad al género proporciona la ventaja de hacer coincidir esta regulación con la de los nombres y apellidos¹¹, que es una materia estrechamente relacionada, en cuanto que ambas forman parte de la identidad de una persona.

Se trata, en consecuencia, de una solución que es provisional, pues tarde o temprano las necesidades de la realidad práctica exigirán que el legislador tome partido y elabore una norma de conflicto específica. Por ello, decimos que estamos ante una materia en construcción.

2. La filiación: una materia en transformación

A) La irrupción de nuevos modelos familiares

El Derecho material de la habitualmente denominada «filiación por naturaleza» se encuentra actualmente en un proceso de total transformación. El molde tradicional de familia compuesta por un padre y una madre (en plena coincidencia con la biología) ya no encaja y está completamente superado. Por el contrario, estamos siendo testigos de la irrupción de nuevos modelos de familia que van desde la monoparentalidad hasta la pluriparentalidad, desde la heteroparentalidad hasta la homoparentalidad, a lo que hay que añadir también las particularidades derivadas de la maternidad subrogada. Si a ello le sumamos que el sexo biológico ya no tiene por qué coincidir con el género, los problemas se multiplican, máxime si tenemos en cuenta la irrupción del género no binario.

10 Vid. *Ibidem*, p. 350; también, JIMÉNEZ BLANCO, P., *loc. cit.*, p. 990.

11 Art. 1 del Convenio n.º 19 de la CIEC relativo a la ley aplicable al nombre y los apellidos, hecho en Múnich, el 5 de septiembre de 1980, BOE n.º 303, de 19 de diciembre de 1989.

En este contexto, la regulación del Derecho de filiación, y también del Derecho de familia en general, se queda obsoleta¹². La profunda transformación social que se ha producido en los últimos años no ha ido acompañada de una correcta adaptación por parte del ordenamiento jurídico, por lo que nos encontramos en una situación en la que el Derecho no es capaz de dar respuesta eficaz a las nuevas realidades. El desafío es ingente, dado que no es suficiente con una simple reforma concreta, sino que se trata de realizar un replanteamiento global del concepto jurídico de familia y de la filiación¹³. Las reformas limitadas con una falta de visión de conjunto pueden dar lugar a incoherencias, como ocurre con la incidencia de la «Ley trans» en el régimen jurídico de la filiación¹⁴. Por ejemplo, el art. 116 CC recoge la clásica presunción de paternidad a favor del marido de la madre, como uno de los medios de establecimiento de la filiación matrimonial. El texto de este artículo no se adapta a la reforma legislativa operada por la «Ley trans». Desde el momento en que esta ley ha despatologizado el cambio de género, puede darse la situación en la que un matrimonio compuesto por una mujer cuyo sexo biológico corresponde con su género y otra mujer, que ha ejercido su derecho a la autodeterminación de género, pero que mantiene sus órganos reproductores masculinos, tienen un hijo. En este caso, incluso siendo ambas progenitoras biológicas, la mujer trans no podría, al menos estrictamente, ser destinataria de la presunción de paternidad recogida en el art. 116 CC, puesto que este artículo está pensado y diseñado para el marido de la madre¹⁵.

Fruto de este proceso de transformación social, nos encontramos con una gran heterogeneidad en Derecho comparado debido a los distintos ritmos que siguen los ordenamientos jurídicos en acoger estas nuevas realidades. En gran medida, la transformación social se debe a la incidencia de la comunidad LGTBI, es decir, a la necesidad de dar cabida a nuevas realidades familiares surgidas en el seno de las comúnmente denominadas «familias arcoí-

12 Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, C./SOLÉ RESINA, J., *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, esp. pp. 13 y ss.

13 Vid. BARBA, V., «Familias reconstituidas, multiparentalidad y sucesiones: nuevos retos», en VV. AA. (eds.), *Nuovo paradigma della filiazione. Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Famiglie*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2023, pp. 15-50, esp. pp. 17 y ss., quien destaca que el gran reto es incluir dentro del concepto jurídico de «familia» todas aquellas formaciones complejas basadas en relaciones afectivas entre sus miembros, debiendo considerar no solo la tradicional lógica de los vínculos de sangre, sino también la lógica de la socioafectividad.

14 El reto habría sido aún mayor en el caso de que la «Ley trans» hubiera reconocido el tercer género, puesto que todo el Derecho de familia está basado en el binarismo.

15 Sirva este supuesto como ejemplo de la falta de previsión por parte del legislador de las implicaciones de una reforma legislativa como la operada por la «Ley trans». Vid. sobre esta cuestión en general, GARCÍA RUBIO, M. P., «Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos», *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, n.º 1, enero-marzo 2022, pp. 233-245.

ris». Ahora bien, los modelos de regulación son variados, pues la identidad social y cultural mayoritaria de algunos países obstaculiza el acogimiento de estas nuevas realidades o implica que lo hagan de forma más lenta. En cualquier caso, es una materia que se encuentra en un momento de especial evolución y la heterogeneidad del Derecho comparado es un caldo de cultivo para las situaciones transfronterizas.

B) La ley aplicable a la filiación

En el plano del Derecho internacional privado y, más concretamente, en el de la ley aplicable, la normativa también parece estar en un momento de cierta provisionalidad. A día de hoy, y a falta de una solución europea o convencional, nuestra solución de ley aplicable a la filiación por naturaleza se encuentra en el art. 9.4 CC: una norma de conflicto en cascada, con la orientación material al *favor filiationis*, es decir, al establecimiento de la filiación. En concreto, el art. 9.4 CC, en su primer párrafo, dispone aplicarse a la «determinación y el carácter de la filiación por naturaleza», y establece tres soluciones jerarquizadas¹⁶: en primer lugar, prevé la aplicación de la ley de la residencia habitual del hijo determinada en el momento del establecimiento de la filiación. En segundo lugar, y para el caso de que no se pueda determinar la residencia habitual del hijo o que en aplicación de dicha ley no se establezca filiación, se prevé la aplicación de la ley de la nacionalidad del hijo determinada en ese mismo momento. Por último, y como conexión de cierre, se prevé la aplicación de la ley sustantiva española.

No obstante, hay que tener en cuenta que tanto la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, como la propia UE están trabajando en sendos proyectos normativos en materia de filiación. La solución del art. 9.4 CC quedaría desplazada en caso de prosperar alguno de estos proyectos normativos, dado el carácter de aplicación universal que habitualmente tienen los instrumentos internacionales en materia de ley aplicable.

La UE publicó, el 7 de diciembre de 2022, la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento

16 No vamos a entrar en valoraciones en torno a los puntos de conexión utilizados por el art. 9.4 CC, pues excede del objeto de este trabajo. Sin embargo, sí podemos destacar que tanto la conexión de la residencia habitual del hijo, como la de su nacionalidad son soluciones habituales y conocidas en Derecho comparado. Para un análisis detallado sobre esta cuestión, *vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo», *REDI*, vol. 68, n.º 2, 2016, pp. 157-182, esp. pp. 162-171, donde el autor parece avalar la preferencia del uso de la conexión de la residencia habitual del hijo, frente a la de su nacionalidad. Otros autores no ven argumentos categóricos a favor de una u otra, *vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La ley aplicable a la filiación por naturaleza», en VV. AA. (eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Civitas, Madrid, Thomson Reuters, 2020, pp. 91-109, esp. p. 101.

de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo (en adelante, la Propuesta)¹⁷, con el objetivo primordial de garantizar que la filiación determinada en un Estado miembro sea reconocida en todos los demás Estados miembros *a todos los efectos*. Dicho objetivo está especialmente enfocado en el reconocimiento de la filiación homoparental, pues los problemas de las familias arcoíris para ver reconocido su filiación en los distintos Estados miembros había quedado más que constatados, sobre todo con las cuestiones prejudiciales de los casos *Pancharevo*¹⁸ y *Rzecznick*¹⁹.

La Propuesta prevé en su art. 17 una norma de conflicto con importantes déficits técnicos²⁰, cuyo punto de conexión principal, basado en la aplicación de la ley de la residencia habitual de la persona que da a luz, es del todo desconocido tanto en nuestro sistema, como en los sistemas de nuestro entorno²¹. No obstante, existe mucho escepticismo en torno a la culminación del proyecto normativo en un futuro Reglamento, dada la reticente postura de los Estados miembros más conservadores, cuya identidad nacional se contrapone radicalmente con la homoparentalidad; de hecho, de aprobarse el Reglamento sería a través del mecanismo de la cooperación reforzada, no siendo suficiente para la consecución del objetivo perseguido.

La dificultad para sacar adelante un proyecto normativo en materia de filiación queda también patente en el seno de la Conferencia de La Haya, donde tras más de una década trabajando sobre el tema, aún parece lejana la posibilidad de llegar a un acuerdo²². En definitiva, nos encontramos tam-

17 Propuesta de Reglamento de 7 de diciembre de 2022 sobre la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento de decisiones y aceptación de documentos auténticos en materia de filiación y la creación de un certificado europeo de filiación (COM (2022) 695 final) disponible en: https://commission.europa.eu/document/928ae98d-d85f-4c3d-ac50-ba13ed981897_en

18 STJUE de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20, Caso *Pancharevo*, ECLI:EU:C:2021:1008.

19 Auto TJUE de 24 de junio de 2022, asunto C2/21, Caso *Rzecznick*, ECLI:EU:C:2022:502.

20 La Propuesta fue concebida con mucha celeridad, lo que denota poca madurez en sus soluciones tal y como pone de relieve ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La Propuesta sobre el Reglamento europeo de Filiación. Una presentación crítica», *Revista de Derecho Civil*, vol. X, n.º 3 (abril-junio) 2023, pp. 171-200, esp. p. 198.

21 Para un análisis en profundidad de la norma de conflicto prevista en la Propuesta, *vid.* mi trabajo en RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., «La ley aplicable en la Propuesta de Reglamento de Filiación a la luz de los nuevos modelos de familia», *AEDIPr*, t. XXIII, 2023, pp. 167-190, esp. pp. 171 y ss.

22 Tras la publicación del informe final, el grupo de expertos continúa trabajando con el fin de poder llegar a presentar un anteproyecto. *Vid.* Experts Group on the Parentage/Surrogacy Project, Final Report: The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage, PREL. DOC. N.º 1 of November 2022, publicado en marzo de 2023 y disponible en <http://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://assets.hcch.net/>

bién en Derecho internacional privado en un contexto en el que al menos hay una vocación de cambios en la regulación de la filiación transfronteriza. No obstante, y dada la incertidumbre en torno a estos proyectos normativos, en el presente trabajo utilizaremos únicamente la variable del Derecho actualmente vigente, de la mano del art. 9.4 CC.

III. La incidencia de la autodeterminación de género en la filiación

1. La interrelación entre la autodeterminación de género y la filiación

La incidencia del cambio de género en el régimen jurídico de la filiación tiene distintas aristas y la jurisprudencia ya se ha hecho eco de ellas. Por ello, para ver este impacto, nos vamos a servir de dos ejemplos extraídos de casos judiciales planteados ante distintos tribunales, para después extraer los problemas que se plantean en Derecho internacional privado.

En primer lugar, vamos a detenernos en la sentencia del *Kammergericht* de Alemania, de 12 de enero de 2021²³. El supuesto de hecho que dio lugar a este proceso trataba de un hombre transgénero de nacionalidad austriaca y con domicilio en Alemania, que ejerció su derecho de autodeterminación de género, pasando a constar legalmente como hombre en el Registro Central del Estado Civil de Austria. Tras el cambio de género, el hombre dio a luz a un niño en Alemania, dado que mantenía sus órganos reproductores femeninos. A partir de aquí se plantearon varias cuestiones en torno al establecimiento de la filiación y sobre la nomenclatura y el sexo del progenitor que debía aparecer en la inscripción de la filiación. Es decir, las dudas versaron, en primer lugar, sobre el título de legitimación específico que había que aplicar al caso para el establecimiento de la filiación; en concreto, si se podía aplicar el clásico *mater semper certa est* a un hombre transgénero o si debía plantearse otro título de legitimación distinto. El tribunal alemán concluyó que legalmente había que considerarlo como madre y así se ordenó constar en el Registro Civil. La segunda duda se refirió al nombre que debía constar en la partida de nacimiento del hijo ¿debía reflejarse el nombre que el progenitor tenía antes del cambio de género en consonancia con la aplicación del *mater*

docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf; el grupo de expertos se ha reunido dos veces más después de la publicación del informe final y se prevé que continúen trabajando en el proyecto normativo.

23 KG, Beschluss vom 12.01.2021 - 1 W 1920/20, consultada en <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=KG&Datum=12.01.2021&Aktenzeichen=1%20W%201920/20> (última consulta 23/06/2024).

semper certa est o podía aparecer el nuevo nombre correspondiente con el género masculino? En este caso el tribunal determinó que la inscripción se realizara reflejando el nombre actual del progenitor, es decir, aquel correspondiente con su nueva identidad de género masculina. Por último, se planteó también la duda en torno al sexo que debía aparecer en la inscripción, ¿el femenino en consonancia con la biología y la legitimación de la filiación como «madre» o el masculino en atención a su nueva identidad de género? Sobre este particular, el tribunal también decidió que se inscribiera con el sexo masculino. En definitiva, se llegó a la solución de la inscripción de la filiación como madre, constando el nombre y sexo masculino. Cabe destacar que, en este caso, la autodeterminación de género no planteó dudas en torno a la existencia de un vínculo de filiación, cuestión que nadie puso en tela de juicio, quizá por el peso innegable del vínculo de filiación existente entre quien nace y quien da a luz²⁴.

En segundo lugar, vamos a explorar un caso extraído de la jurisprudencia francesa, en concreto de la Corte de Casación de Francia en una sentencia de 16 de septiembre de 2020²⁵. El supuesto de hecho no encierra una situación privada internacional, si bien sigue siendo de utilidad para nuestro propósito. En este caso se trataba de una mujer transgénero que procrea con su esposa usando sus gametos masculinos, tras la modificación de su género en el Registro Civil. De nuevo, la duda se planteó en torno a la filiación. El tribunal francés dictaminó que no se le privaba a esa persona de su derecho a reconocer el vínculo de filiación biológica con el niño, si bien dicha filiación debía determinarse conforme a los títulos de legitimación de la filiación previstos para los padres/varones, puesto que la legislación del CC francés no permite el establecimiento de dos filiaciones maternas.

La sentencia presenta además otras variables que son de interés: en este caso había hermanos, hijos mayores de la persona transgénero y de su mujer, que habían nacido antes de que el progenitor hubiera ejercido su derecho a la autodeterminación de género y respecto de los que constaba pacíficamente una filiación paterna en el Registro Civil, coincidiendo con el sexo biológico del progenitor. Uno de los argumentos que se esbozan en la sentencia es que la opción de establecer la filiación paterna respecto del último hijo nacido tras la transición de género tenía la ventaja de mantener el mismo título de filiación que respecto de los hermanos mayores. Este caso nos permite com-

24 El clásico principio *mater semper certa est* sigue teniendo un peso sustancial en la determinación de la filiación; de hecho, la incidencia de la autodeterminación de género a la filiación no plantea mayor problema en los casos de hombres trans que dan a luz. Por ejemplo, en nuestro CC esta cuestión se ha salvado con el añadido «progenitor gestante» junto al término «madre». *Vid.* QUICIOS MOLINA, M. S., «Las relaciones de filiación de las personas LGTBI tras la Ley 4/2023», *Cuadernos de Derecho Privado*, n.º 5, 2023, pp. 2-7, esp. p. 3.

25 Pourvoi n.º 18-50.080, ECLI:FR:CCASS:2020:C100519, disponible en <https://www.courdecassation.fr/decision/5fca35855aefb4efa770d5c>.

probar cómo, tal y como adelantábamos en la introducción de este trabajo, la incidencia de la autodeterminación de género en la filiación se puede dar no sólo respecto del establecimiento de una filiación, sino también respecto de una filiación que ya está establecida. Sobre este último particular, procede plantearse si el cambio de género de hombre/padre a mujer afecta o debe afectar al régimen de filiación ya establecido anteriormente, así como a la propia nomenclatura del progenitor (en el caso de que sea distinta en función del sexo)²⁶. Dicho de otro modo, la persona que ejerce su derecho a la autodeterminación de género ¿tiene además el derecho a ser madre en vez de padre a partir de ese momento? La respuesta a esta cuestión es más compleja de lo que parece, desde el momento en que hay más intereses en juego, los del hijo. Desde la perspectiva del hijo, ¿tiene éste que «soportar» que la filiación paterna pase a ser materna²⁷? La respuesta es especialmente compleja desde el momento en que un cambio en el título de legitimación de una filiación ya establecida pueda influir en la propia identidad del hijo²⁸.

Del análisis de estos dos casos se pueden extraer un par de cuestiones comunes: en primer lugar, en ninguno de los dos casos se pone en tela de juicio la existencia de un vínculo de filiación por el hecho de la autodeterminación de género. La pregunta no es si filiación sí o filiación no, sino qué título concreto de legitimación de la filiación es el procedente. En segundo lugar, en ambas sentencias se defiende el sexo biológico del progenitor *trans* como factor determinante del título de legitimación de la filiación. A falta de una regulación de la filiación adaptada a las nuevas realidades²⁹, es una

26 El impacto es más evidente todavía en el caso de plantearse alguna acción de impugnación de la filiación.

27 *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Una visión de las propuestas de regulación del género de las personas físicas desde el Derecho internacional privado», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n.º 30, 2021, pp. 115-157; se ha consultado la versión disponible en: https://www.academia.edu/49936520/Una_visi%C3%B3n_de_las_propuestas_de_regulaci%C3%B3n_del_g%C3%A9nero_de_las_personas_f%C3%ADcas_desde_el_Derecho_internacional_privado, esp. pp. 15 y ss.

28 Se trata de un análisis en términos de valores (qué vale más, el derecho del libre desarrollo de la personalidad del progenitor *trans* o el derecho a la identidad del hijo) que intuyo de difícil solución objetiva.

29 La cuestión de la nomenclatura para el acceso a un título de legitimación de la filiación u otro se puede aliviar, como hace nuestro CC, con referencias neutras en términos de «progenitor» y evitando los aditivos «gestante» o «no gestante», pues tales calificativos implican indirectamente desvelar el sexo biológico y no permiten respetar la intimidad de la persona *trans*. El uso de términos neutros permite desligar el género del acceso a un título de legitimación de la filiación, sin prescindir de lo que pueda aportar la biología. De hecho, esta fue, en esencia, la postura que tomó la Corte de Apelación de Montpellier, cuya decisión fue recurrida y dio lugar a la sentencia que hemos analizado de la Corte de Casación francesa. el tribunal accedió a la solicitud de la interesada y determinó judicialmente la filiación de ambas progenitoras ordenando que en la inscripción ambas aparecieran con el término neutro de progenitoras. Con ello, el tribunal de Montpellier quería conciliar varios intereses en juego: el interés superior del niño de ver reconocida su filia-

postura plausible, pues sería muy difícil justificar el poner obstáculos al reconocimiento legal de una filiación cuando el hecho biológico e intencional no es controvertido.

Además de estas dos cuestiones comunes, inferimos también que la incidencia de la autodeterminación de género en la filiación se puede percibir en distintos momentos: casos en los que la autodeterminación de género del progenitor se realiza una vez que ya está establecida la filiación y casos en los que dicha autodeterminación ya se ha realizado en el momento de la determinación de la filiación. En el primero de los casos, parece que, al menos a priori, lo más recomendable es optar por una solución basada en la seguridad jurídica y la estabilidad del estatuto de filiación, máxime cuando, como hemos visto, entran en juego también los intereses del hijo, quien puede ver comprometida su identidad. Este compromiso no parece plantearse en el caso de que la filiación se determine *ex novo*, pues en tal caso la identidad del hijo estaría aún por determinar y el hecho de la autodeterminación de género no es relevante a estos efectos.

Por último, se observa que, para dar una respuesta a la problemática, se deslindan distintas cuestiones que afectan o están relacionadas con la filiación, pero que pueden tener su propia entidad y que, por tanto, no tienen por qué seguir la misma lógica. Así pues, se distingue el título de legitimación de la filiación cuando el género no coincide con el sexo biológico, la identidad del progenitor y su sexo.

2. Problemas de Derecho aplicable

A) La delimitación de estatutos

Una vez explorados los ejemplos de cómo la autodeterminación de género (o, más bien, el género, en general) incide en el régimen jurídico de la filiación, procede analizar cómo se traducen estos problemas en Derecho internacional privado y, concretamente, en términos de ley aplicable. Metodológicamente procede el análisis desde este sector del Derecho internacional privado porque se trata, fundamentalmente, de determinar si existe y el tipo de filiación que vincula a un hijo con su progenitor³⁰.

ción biológica, el derecho de la mujer trans de ver reconocida la realidad de su vínculo de filiación con su hijo unido al derecho al respeto de su vida privada, consagrado en el art. 8 CEDH. *Vid.* Cour d'Appel de Montpellier, arrêt du 14 novembre 2018, n.º RG 16/06059, disponible en: <http://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfindmkaj/https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2018/11/16-06059.pdf>.

30 Los problemas de ley aplicable se plantearían también en el caso de impugnación de una filiación ya establecida.

El punto de partida de este análisis parte de la base de que estamos ante estatutos distintos, el género y la filiación, y que, por tanto, a cada uno de ellos se le aplica una norma de conflicto distinta, con diferentes puntos de conexión que, potencialmente según el caso, pueden conducir a la aplicación de leyes distintas. Ello a su vez implica un riesgo de llegar a resultados incoherentes o desajustados, es decir que podríamos encontrarnos ante un clásico problema de adaptación. Pensemos en un ejemplo en el que una persona de nacionalidad alemana y con domicilio en Oviedo ejercita su derecho a la autodeterminación de género y realiza una transición de hombre a género no binario. Más tarde, su mujer da a luz a un niño, con la aportación de sus gametos masculinos. La ley aplicable a la autodeterminación de género sería, según el art. 9.1 CC, la ley alemana, por ser la ley de su nacionalidad; y según la ley alemana sí se podría dar curso a la transición de género, pasando legalmente a considerarse del género no binario desde ese momento. Por su parte, el art. 9.4 CC, para el establecimiento de la filiación, nos conduciría a la aplicación de la ley española, según su primer punto de conexión, basado en la aplicación de la ley de la residencia habitual del hijo determinada en el momento del establecimiento de la filiación (y que, en el caso, sería temporalmente un momento posterior al del ejercicio de la autodeterminación).

El problema del concreto título sobre el que basar el establecimiento de un vínculo de filiación en caso de cambio de sexo se traduce en Derecho internacional privado en un problema de delimitación de estatutos que a su vez puede derivar en un problema de cuestión previa. La cuestión por establecer es qué ley determina la cualidad de «madre», «padre», «progenitor», «progenitor gestante», «marido de la madre», etc. ¿La ley alemana, como ley aplicable al género o la ley española como ley aplicable a la filiación? Desde el momento en el que el sexo biológico no tiene por qué coincidir con el género, es necesario abordar esta cuestión, que antes se daba por sentada.

Antes de ver las opciones posibles para solucionar este problema de delimitación de estatutos, vamos a detenernos en la metodología seguida por el *Kammergericht* alemán para dar respuesta a la cuestión litigiosa que se le presentó, en la que había una situación privada internacional que afectaba a un nacional austriaco con domicilio en Alemania. Tal y como ya mencionamos, a la hora de decidir si el progenitor trans debía constar como «madre» o como «padre», el tribunal alemán decidió consultar las dos leyes que conectaban esta situación transfronteriza: la alemana y la austriaca. De tal consulta el tribunal comprobó que ambas leyes llegaban a la misma solución, basada en la preferencia por el título de legitimación de la filiación correspondiente con el sexo biológico y no con el sexo legal actual del progenitor trans. Pero ¿qué hubiera pasado si ambas leyes llegaran a resultados contrapuestos? ¿Cómo tendría que haber procedido el tribunal alemán para decantarse por una u otra? En el trasfondo, el problema de delimitación de estatutos.

Existen fundamentalmente dos formas de abordar este problema³¹. La primera de ellas pasaría por entender que el estatuto de la filiación absorbe la cuestión, de tal forma que la misma ley que determina el vínculo de filiación, y concretamente el título de legitimación para su establecimiento, debe incluir dentro de su ámbito de aplicación la cuestión de determinar qué se entiende por «padre», «madre», «progenitor», «marido de la madre», etc. Eliminamos una de las dos normas de conflicto (la aplicable al género) y así evitamos posibles problemas de adaptación. En nuestro ejemplo, sería la ley española, por ser la aplicable a la filiación, la que determinaría la cualidad jurídica del nacional alemán. La ventaja de esta opción es que se presume una coherencia en el Derecho material aplicable a la filiación. Ahora bien, en el ejemplo que hemos puesto implicaría el no reconocimiento del cambio de género realizado por el progenitor, dado que la «Ley *trans*» no reconoce el género binario.

La segunda alternativa pasaría por que el concepto de «padre», «madre», «progenitor», «marido de la madre...» utilizados por la ley rectora de la filiación estén regulados por una ley potencialmente distinta³². La solución más extendida en nuestro sistema en estos casos es aplicar a la cuestión previa su propia norma de conflicto, lo que en nuestro caso conduce a la aplicación de la ley rectora de la autodeterminación de género. Es decir, en el ejemplo, sería el Derecho alemán el que determinaría la cualidad del progenitor *trans*. En estos casos se puede plantear un problema de sustitución y el consiguiente juicio de equivalencia, en aquellas situaciones en las que el Derecho rector de la cuestión principal (el Derecho español), no conoce la institución del Derecho rector de la cuestión previa (el género no binario reconocido por el Derecho alemán) o no la conoce con el mismo contenido o alcance.

El ejemplo que hemos utilizado juega con la hipótesis de que el derecho de autodeterminación de género se ejercita antes del establecimiento de la filiación, pero hemos visto que la incidencia también puede plantearse respecto de una filiación ya establecida. Pensemos en el ejemplo de un hombre nacional alemán y con domicilio en Oviedo, casado, que tiene un hijo con su mujer, respecto del que consta en el acta de nacimiento la filiación matrimonial, basada en la presunción del marido de la madre que recoge el art. 116

31 Las pone de relieve 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*, vol. 12, n.º 2, 2016, pp. 1-19, esp. pp. 8 y ss., disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2826067

32 De esta opinión, GÖSSL, S.L., «Intersexuelle Menschen im Internationalen Privatrecht», *Das Standesamt. Zeitschrift für Standesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, internationales Privatrecht des In – und Auslands*, n.º 10, 2013, pp. 301-305, esp. p. 302; DUTTA, A., «Geschlechtsidentität statt Körper – Die Freizeit zur Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem geplanten Selbstbestimmungsge-
setz», *FamRZ*, 2023, pp. 993-999, esp. p. 999.

CC³³. Con posterioridad al establecimiento de la filiación, el marido ejerce su derecho a la autodeterminación de género y transita a mujer. A raíz de este supuesto podemos plantearnos dos hipótesis: en primer lugar, la posible afección de la filiación ya establecida (tal y como vimos en la sentencia de la Corte de Casación francesa); en segundo lugar, la incidencia en relación con una posible impugnación de la filiación.

En cuanto a la primera de las hipótesis, parece que tenemos de nuevo el mismo problema de delimitación de estatutos en relación con qué ley determina la cualidad de «marido de la madre», si bien añadiendo un matiz. En este caso, cobraría especial relevancia el hecho del establecimiento de la filiación, en sí misma, cuestión que claramente está bajo el ámbito de aplicación de la ley de filiación. Dicho de otro modo, es la ley aplicable a la filiación la que debe determinar en qué momento se debe considerar el género (cualquiera que sea éste y cualquiera que sea la ley aplicable a la determinación de la cualidad de género a efectos del título de legitimación de la filiación) a los efectos del establecimiento de la filiación. Según el art. 9.4 CC el momento en el que hay que valorar la ley aplicable a la determinación y carácter de la filiación natural es el momento del establecimiento de la filiación³⁴. Y debe ser esa ley reclamada la que, en su caso, dé relevancia o no a un cambio posterior de género en el título de legitimación de una filiación ya establecida³⁵.

La segunda de las hipótesis plantea la determinación de la vía de la posible impugnación, así como su legitimación. En el ejemplo la filiación se estableció como filiación matrimonial a través de la presunción de paternidad del marido de la madre. En nuestro CC, en caso de impugnación de la filiación por parte del marido de la madre tendríamos que acudir al art. 136 CC. Sin embargo, en el momento de la impugnación ya no es marido, sino mujer, por lo que, al menos en términos estrictos, ya no se podría acudir a esta vía de impugnación y habría que explorar otras vías alternativas, como por ejemplo la que recoge

33 El Derecho español sería el aplicable al establecimiento de la filiación, en virtud del primer punto de conexión previsto en el art. 9.4 CC, esto es, la ley de la residencia habitual del hijo determinada en el momento del establecimiento de la filiación.

34 Una de las grandes críticas a este artículo es el intento fallido de solucionar el tradicional conflicto móvil que planteaba en versiones anteriores, en las que no se concretaba el punto de conexión temporal. Ante la incapacidad de la dicción literal «momento de establecimiento de la filiación» para solucionar un posible conflicto móvil, la doctrina ha realizado distintas propuestas de interpretación, como, por ejemplo, la posibilidad de desdoblarse el punto de conexión en favor del hijo. *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 12.ª ed., Civitas, Navarra, 2022, p. 536.

35 A este respecto, nuestro ordenamiento jurídico parece claramente abogar por un principio de estabilidad y seguridad jurídica al disponer, por un lado, que la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar y que su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no dispusiere lo contrario; y al recoger, por otro lado, el efecto constitutivo de la rectificación registral del sexo. *Vid.* JIMÉNEZ BLANCO, P., *loc. cit.*, nota al pie n.º 60.

el art. 140.2 CC. En términos de ley aplicable, de nuevo, al problema de la delimitación de estatutos se añade el elemento temporal: es la ley aplicable a la filiación la que debe determinar en qué momento se debe considerar el género del supuesto progenitor que ahora quiere impugnar la filiación.

B) El juego del orden público

En la ecuación del problema de delimitación entre el estatuto del género y de la filiación, debemos introducir el juego del orden público. La presión del orden público es especialmente notoria y lo es, además, en ambas materias. En el caso de la filiación, se trata de una materia especialmente relacionada con la identidad nacional de un Estado, de su concepción familiar, social y cultural³⁶. En el caso de la autodeterminación de género, el orden público puede ser aún más ejecutivo, en cuanto que es un derecho que deriva directamente del principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE)³⁷; pero no solo eso, pues también están implicados el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y el derecho a la identidad en relación con el derecho a la vida privada, reconocido en el art. 8 CEDH. Procede detenernos sobre algunas cuestiones sobre este particular.

Tratándose este análisis de la incidencia de la autodeterminación de género en la filiación, debemos tener en cuenta el funcionamiento metodológico de la norma de conflicto materialmente orientada del art. 9.4 CC, cuya conexión de cierre prevé la aplicación del Derecho material español. Procede, en concreto, plantearnos cómo jugaría el orden público en relación con este art. 9.4 CC en el caso de plantearse el establecimiento de una filiación por parte de un progenitor transgénero. Para ello hay que distinguir dos situaciones: en la primera de ellas, para la ley aplicable la autodeterminación de género supone un obstáculo para el establecimiento de la filiación. En la segunda situación, dicha ley sí determina la filiación, pero obviando el cambio de género del progenitor transgénero.

Comenzando por la primera de las hipótesis, al no quedar determinada la filiación según la ley extranjera, habría que dar curso a la cascada del art. 9.4 CC presidida por el valor material del establecimiento de la filiación. En último término, la aplicación jerarquizada de esta norma de conflicto implicaría la aplicación de la ley española que, al permitir la autodeterminación de género, establecería la filiación y daría cumplimiento, por tanto, al objetivo material del *favor filiationis*. En este caso, el juego de la norma de conflicto en cascada haría innecesario el recurso al orden público³⁸.

36 Los ya citados casos *Pancharevo* y *Rzecznick* son buena prueba de ello; en el trasfondo, un tira y afloja entre las libertades europeas y la identidad nacional y orden público de los Estados miembros a propósito de la materia de filiación homoparental. Vid. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., *loc. cit.*, p. 185.

37 Así lo dispone el Preámbulo de la «Ley trans».

38 Vid. JIMÉNEZ BLANCO, P., *loc. cit.*, p. 997.

Sin embargo, parece más factible que en la práctica se dé la segunda situación pues, tal y como hemos visto, la incidencia de la autodeterminación de género en la filiación no implica poner en tela de juicio el vínculo de filiación en sí, sino que lo que plantea duda es el concreto título de legitimación de la filiación a considerar³⁹. Es decir, la hipótesis sería la de que la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación determine el vínculo de filiación, pero obviando el cambio de género del progenitor transgénero por no reconocer esta posibilidad el Derecho reclamado por la norma de conflicto. En este caso, la relación entre la cascada del art. 9.4 CC y el orden público plantea más dudas, desde el momento en el que la filiación está establecida y la orientación material de la norma de conflicto, el *favor filiationis*, cumplida. Pasar al segundo (y al tercer) punto de conexión con una filiación establecida por la primera ley reclamada por la norma de conflicto implicaría incluir en la orientación material del art. 9.4 CC un juicio de valor en el que un tipo de filiaciones (las que tienen en cuenta la autodeterminación de género) son mejores que otro tipo de filiaciones (las que no lo tienen en cuenta)⁴⁰. Esta posibilidad genera aún más dudas si tenemos en cuenta que, en un puro análisis neutro, el tener o no tener en cuenta la autodeterminación de género que haya podido realizar en nada protege o desprotege al hijo. Más bien se trata de proteger el libre desarrollo de la personalidad y la identidad de la persona transgénero. Y no me refiero a que esta sea una cuestión menor, sino que no parece que se pueda introducir sin más como parte integrante del *favor filiationis* del art. 9.4 CC. Bajo esta premisa, parece que, en esta segunda hipótesis, podría considerarse metodológicamente más correcto el proceder a la aplicación de la excepción del orden público (siempre, claro está, que se den los condicionantes para ello en el caso concreto), en vez de accionar la cascada del art. 9.4 CC.

Sobre la posible aplicación de la excepción de orden público en esta materia decíamos que es especialmente ejecutivo⁴¹; es decir, es muy posible que la concepción que el foro tenga tanto sobre la autodeterminación de género, como sobre la filiación vaya a prevalecer. Siendo el foro España, sería difícil pensar en aplicar una ley extranjera que prohíba la autodeterminación de género, pues ésta sería contraria al principio de libre desarrollo de la persona-

39 De hecho, sería muy difícil de sostener la falta de vínculo en aquellos casos en los que el hecho biológico no plantea dudas.

40 Salvando las distancias, sería similar a defender una interpretación del *favor creditoris* en materia de alimentos según la cual el objetivo de la norma materialmente orientada no fuera únicamente el de la consecución de alimentos, sino el de la consecución de la mayor cuantía de alimentos posible; interpretación ésta que indiscutiblemente está desechada.

41 *Vid.* sobre este particular ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Una visión de...», *loc. cit.*, p. 19, donde el autor defiende la posibilidad de excepcionar la ley extranjera que no permite la autodeterminación de género por ser contraria al orden público español sin tener que buscar condicionantes de suficiente vinculación del caso con nuestro ordenamiento jurídico, es decir, el mero hecho de que una autoridad española tenga que decidir al respecto, es suficiente.

lidad, que es un valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico. Y, por el contrario, si el foro fuera, por ejemplo, Bulgaria, y se le planteara la posible aplicación de una ley extranjera, por ejemplo, la española, que permita la autodeterminación de género, consecuencia de la cual además da como resultado una familia homoparental, el orden público jugaría por doble partida.

No obstante, y respecto de la perspectiva española, es necesario tener en cuenta un importante matiz, al que de alguna manera ya nos hemos referido, a la hora de plantearse activar la excepción de orden público en los casos de aplicación de una ley extranjera que prohíba la autodeterminación de género. La valoración, que evidentemente hay que hacer caso por caso, no será la misma si la aplicación de la ley extranjera se está haciendo para establecer *ex novo* una filiación, que en el caso de que ya haya una filiación establecida antes de la autodeterminación. Ello tiene que ver con que en el segundo caso hay igualmente otros derechos importantes afectados que también hay que considerar y valorar, los del hijo y su propia identidad, y que pueden llevar a la conclusión de no afectación del orden público español en ese caso concreto⁴².

Para concluir con este apartado, es interesante referirnos a un supuesto particular en relación con el género no binario. Como ya hemos tenido oportunidad de mencionar, la «*Ley trans*» se quedó a medio camino y no llegó a reconocer la existencia de un tercer género; no obstante, aunque sea de una forma muy deficiente, sí se refiere específicamente a las personas intersexuales, en el art. 74, respecto de las que prevé la posibilidad de dejar en blanco la mención del sexo en la partida de nacimiento, durante el plazo máximo de un año. Esta previsión parece suficiente para no considerar contraria al orden público español la ley nacional de un nacido en España que reconoce el tercer género⁴³. Eso sí, en este caso, se plantearía otro problema de distinta calidad, el registral.

IV. La dimensión registral: un problema añadido

1. El molde legeforista del Registro Civil

Todo el análisis que hemos analizado hasta ahora está afectado por otro fuerte condicionante: la legislación registral, sometida al Derecho del foro. Tanto la autodeterminación de género como la filiación son dos materias que tienen una importante perspectiva registral. Cuando nace una persona se procede a la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil, en la que

42 Vid. *ibídem*, p. 18.

43 De la misma opinión es la profesora OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *loc. cit.*, p. 351, donde expresa la poca vinculación con el ordenamiento jurídico español cuando se trata de personas de nacionalidad extranjera.

deben constar los datos básicos de la filiación y fundamentalmente quién o quiénes son sus progenitores. El sexo de la persona nacida es también uno de los datos que debe aparecer en esta inscripción⁴⁴, en lo que sería la asignación de sexo/género⁴⁵. La autodeterminación de género no es más que una rectificación registral del sexo asignado basado en la declaración de voluntad de la persona interesada y su inscripción tiene efectos constitutivos⁴⁶.

La legislación registral de un país es coherente, o al menos se presupone, con el Derecho material y las concepciones que este recoge. Por ejemplo, un ordenamiento jurídico que no reconoce el tercer género, como es el caso español, seguramente no preverá la habilitación de una tercera casilla en su legislación registral; y viceversa. O un país que no prevé la homoparentalidad en su Derecho material, seguramente no habilitará la posibilidad de inscripción de una filiación a favor, por ejemplo, de dos madres⁴⁷.

Sin embargo, según el art. 9 de la Ley de Registro Civil, constarán en el Registro los hechos y actos inscribibles que afecten a los españoles y los referidos a extranjeros, acaecidos en territorio español. El problema es que aquellas circunstancias que se refieran al estatuto personal de la persona extranjera, como el género, van a estar determinadas, por una ley extranjera (la ley de su nacionalidad), por mandato del art. 9.1 CC. Y es posible que las concepciones del Derecho material extranjero no coincidan con las del Derecho del foro y, por ende, con los moldes del Registro Civil; consecuencia de ello, estos moldes pueden suponer una cortapisa en la práctica a lo que diga la ley extranjera sobre el género o sobre la filiación⁴⁸.

2. Eficacia registral de la aplicación del Derecho extranjero

El encorsetamiento que supone la legislación del Registro Civil afecta a la eficacia registral de la aplicación del Derecho extranjero. En la materia que nos ocupa no tendría que haber mayor problema cuando nos movemos dentro del binarismo. De hecho, si no ha habido activación de la excepción

44 A salvo de la excepción temporal de un año para las personas intersexuales.

45 Art. 49 Ley Registro Civil.

46 Así se desprende del art. 46.1 «*Ley trans*».

47 En el caso *Pancharevo* no sólo se puso de manifiesto la contrariedad con el orden público búlgaro de la homoparentalidad, sino también las limitaciones documentales y registrales, en cuanto que no había lugar a dos casillas para la categoría «madre». *Vid.* el comentario de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad)», *La Ley Unión Europea*, n.º 102, 29 abril 2022, pp. 1-15, esp. p. 5.

48 Nos referimos en todo caso a aquellos supuestos de extranjeros que, según las normas de competencia, tengan acceso y, por tanto, estén afectados por el Registro Civil español.

de orden público en el momento de la aplicación de la ley extranjera, normalmente no va a haber problemas en el momento registral siempre y cuando nos movamos en los moldes del binarismo⁴⁹. Donde antes una persona/progenitor era hombre, ahora es mujer y viceversa; dicho de otra forma, el Registro tendría habilitadas las casillas correspondientes para poder hacer efectiva desde el punto de vista registral la aplicación de la ley extranjera.

El problema puede plantearse en los casos de aplicación en un foro de sistema binario un Derecho extranjero que reconoce el tercer género. Y el ejemplo puede ser nuestro foro, España. En el apartado anterior hemos mantenido que un Derecho extranjero que prevé un tercer género no tiene por qué considerarse contrario a nuestro orden público, por lo que no cabría excepcionar la aplicación de esa ley extranjera. En este contexto, se debe buscar una solución para dar cabida a lo dispuesto por la ley extranjera, es decir, a la incidencia de ese tercer género, en nuestro Registro Civil. Ello exige una tarea de adaptación que, si se hace en términos estrictos, en el caso del género conlleva necesariamente una frustración y, lo que es más importante, una vulneración de los derechos de libre desarrollo de la personalidad, intimidad e identidad⁵⁰. Tal adaptación significaría el tener que optar por uno de los géneros binarios, eliminando completamente la realidad del tercer género. Mantener esta postura rígida supondría conseguir por la puerta de atrás lo que no procedía por la de delante: habilitaríamos la preeminencia de la concepción del foro por la vía registral frente a cualquier otra realidad distinta que pueda mantener el Derecho extranjero que no contradice nuestro orden público. Dicho en otras palabras, estaríamos frustrando el mecanismo de la norma de conflicto⁵¹.

Una opción más correcta pasaría por adaptar el Registro a estas realidades distintas (pero no contrarias a nuestro orden público), por ejemplo, permitiendo al menos que la casilla sobre el sexo quede en blanco⁵². Ya tenemos un precedente que nos puede servir de base en este sentido, aunque el supuesto de hecho se refiriera a un documento identificativo de carácter administrativo. El TSJ de Andalucía conoció del caso de un ciudadano alemán con género no determinado en relación con su inscripción en el Registro Central de Extranjeros; el tribunal estimó el recurso del interesado y ordenó que el sexo conste como «indeterminado, X o expresión equivalente⁵³». Por

49 Máxime cuando además terminológicamente se tiende al uso de términos neutros como «progenitor».

50 Vid. GÖSSL, S. L., «From Question to...», *loc. cit.*, p. 16.

51 Estaríamos ante un «registrocentrismo» o «registrodependencia» en palabras de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Una visión...», *loc. cit.*, pp. 19-20.

52 En este sentido, *ibidem*, p. 18; proponen como posible opción conciliadora el dejar la casilla en blanco, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «La identidad de género...», *loc. cit.*, p. 351; JIMÉNEZ BLANCO, P., *loc. cit.*, p. 987.

53 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala Contencioso – administrativo, sección 4.ª), n.º 33/2023, de 23 de enero, ECLI:ES:TSJAND:2023:792. Vid. el comen-

último, no podemos olvidar el contexto europeo que matiza enormemente esta problemática cuando hay libertades europeas afectadas⁵⁴.

V. Conclusiones

Los regímenes jurídicos del género y la filiación se encuentran en una situación de provisionalidad tanto en el plano del Derecho material, como en el plano del Derecho internacional privado. La asignación y sobre todo la reasignación de género es una materia en construcción. La joven «Ley trans» desatiende completamente los casos transfronterizos y será cuestión de tiempo que el legislador tenga que prever soluciones de Derecho internacional privado. En el estado actual de la regulación, el art. 9.1 parece la mejor solución a la determinación de la ley aplicable al género.

La filiación es una materia en situación de deconstrucción y subsiguiente reconstrucción. La irrupción de los nuevos modelos familiares evidencia la superación de los moldes tradicionales basados en la familia compuesta por padre, madre e hijo/s. En caso de culminar el proyecto normativo de la UE en materia de filiación y de ser España uno de los países participantes, nuestro art. 9.4 CC sería desplazado. Esto supondría, siempre que se mantenga la solución prevista en la Propuesta, pasar a tener un punto de conexión hasta ahora desconocido en nuestro entorno y basado en la aplicación de la ley de la residencia habitual de la persona que da a luz.

La incidencia del género en la filiación es evidente, sobre todo desde el momento en que el género no tiene por qué coincidir con el sexo biológico. En un contexto normativo y valorativo como el del ordenamiento jurídico español, es muy probable que las dudas no giren en torno a si existe vínculo de filiación por el hecho de la autodeterminación de género, sino más bien sobre qué concreto título de legitimación de la filiación es el aplicable; o, en su caso, qué concreto título de impugnación. No obstante, en otros foros con posiciones más drásticas es muy posible que la cuestión pudiera plantear también dudas en torno a la propia existencia del vínculo de filiación por el hecho de la autodeterminación de género.

En Derecho internacional privado y, en concreto, en Derecho aplicable, esto se traduce en un problema de delimitación de estatutos en el que hay

tario a esta sentencia de OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Asignación de sexo legal indeterminado: STJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 4.^a), n.º 83/2023, de 23 de enero», *REEI*, n.º 46, diciembre 2023, pp. 623-628.

54 En este momento, acaba de publicarse la sentencia del TJUE en el asunto C-4/23, *Mirin*, de 4 de octubre de 2024 en la que el TJUE obliga a los EEMM a reconocer y anotar en el certificado de nacimiento de un nacional de un Estado miembro el cambio de nombre y de identidad de género legalmente adquirido en otro Estado miembro, a los efectos de preservar la libertad de circulación.

que decidir qué ley, si la aplicable al género o la aplicable a la filiación, es la que determina la cualidad de «madre», «padre», «progenitor», «marido de la madre» o cualquier otro concepto que se utilice para establecer la filiación. Se trata de un problema de delimitación de estatutos que implica además un problema de cuestión previa. Ante este problema existen, fundamentalmente, dos posibles soluciones: la primera supone eliminar una de las dos normas de conflicto, de tal forma que la ley aplicable a la filiación incluye dentro de su ámbito de aplicación la cuestión de determinar qué se entiende por «padre», «madre», «progenitor», «marido de la madre», etc. La segunda implica que estos conceptos utilizados por la ley rectora de la filiación se regulen potencialmente por una ley distinta, la ley aplicable al género.

En cualquier caso, existen dos importantes factores que condicionan cualquier solución que se dé al problema de delimitación de estatutos y de cuestión previa. La primera de ellas es el juego del orden público, especialmente sensible, tanto en materia de filiación, como en materia de género; hasta el punto de que hace difícil pensar en la posibilidad de aplicar una concepción distinta a la del foro. La segunda de ellas, el encorsetamiento de la legislación en materia registral, que depende del Derecho del foro y que puede frustrar la eficacia registral de la aplicación de un Derecho extranjero.

VI. Bibliografía

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.**, «La ley aplicable a la filiación por naturaleza», en VV. AA. (eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Civitas, Madrid, Thomson Reuters, 2020, pp. 91-109.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.**, «Una visión de las propuestas de regulación del género de las personas físicas desde el Derecho internacional privado», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n.º 30, 2021, pp. 115-157.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.**, «La justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad)», *La Ley Unión Europea*, n.º 102, 29 abril 2022, pp. 1-15.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.**, «La Propuesta sobre el Reglamento europeo de Filiación. Una presentación crítica», *Revista de Derecho Civil*, vol. X, n.º 3 (abril-junio) 2023, pp. 171-200.
- BARBA, V.**, «Familias reconstituidas, multiparentalidad y sucesiones: nuevos retos», en VVAA (eds.), *Nuovo paradigmi della filiazione. Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Famiglie*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2023, pp. 15-50.

- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.**, «Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo», *REDI*, vol. 68, n.º 2, 2016, pp. 157-182, esp. pp. 162-171.
- DUTTA, A. y PINTENS, W.**, «Private International Law Aspects on Intersex», en SCHERPE, J. M., DUTTA, A. y HELMS, T. (eds.), *The Legal Status of Intersex Persons*, Intersentia, Cambridge, 2018, pp. 415-426.
- DUTTA, A.**, «Geschlechtsidentität statt Körper – Die Freizeit zur Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem geplanten Selbstbestimmungsgesetz», *FamRZ*, 2023, pp. 993-999.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.**, *Derecho internacional privado*, 12.ª ed., Civitas, Navarra, 2022.
- GARCÍA RUBIO, M. P.**, «Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos», *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, n.º. 1, enero-marzo 2022, pp. 233-245.
- GETE-ALONSO Y CALERA, C. y SOLÉ RESINA, J.**, *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GONZÁLEZ VEGA, J. A.**, «La larga marcha en pos de la autodeterminación de género: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», JIMÉNEZ BLANCO, P. y RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I. (coords.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza*, Colex, ***, en prensa.
- GÖSSL, S.L.**, «Intersexuelle Menschen im Internationalen Privatrecht», *Das Ständesamt. Zeitschrift für Ständesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, internationales Privatrecht des In – und Auslands*, n.º 10, 2013, pp. 301-305.
- 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*, vol. 12, n.º 2, 2016, pp. 1-19.
- JIMÉNEZ BLANCO, P.**, «La identidad de género en la movilidad transfronteriza: vertientes personal y familiar», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 2, octubre 2024, pp. 985-999.
- MIQUEL SALA, R.**, «Identidad de género y tercer género en Alemania: novedades y desafíos tras la nueva ley de autodeterminación», JIMÉNEZ BLANCO, P. y RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I. (coords.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Colex, en prensa.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.**, «La identidad de género en el Derecho internacional privado español», *REDI*, vol. 75, 2023, n.º 2, pp. 343-366.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Asignación de sexo legal indeterminado: STJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 4.^a), núm. 83/2023, de 23 de enero», *REEI*, n.º 46, diciembre 2023, pp. 623-628.

QUICIOS MOLINA, M.S., «Las relaciones de filiación de las personas LGTBI tras la Ley 4/2023», *Cuadernos de Derecho Privado*, n.º 5, 2023, pp. 2-7.

RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., «La ley aplicable en la Propuesta de Reglamento de Filiación a la luz de los nuevos modelos de familia», *AEDIPr*, t. XXIII, 2023, pp. 167-190.

ADOPCIÓN INTERNACIONAL, ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO. PERSPECTIVAS DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS*

Antonia Durán Ayago

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

Sumario: I. Contexto II. Entre el derecho a ser adoptado y la posibilidad de poder adoptar 1. *Adopción y derecho del niño a vivir en familia, pero ¿qué familia?* 2. *Derecho a la vida privada y familiar y su relación con la orientación sexual y la identidad de género* III. Perspectivas desde la jurisprudencia del TEDH 1. *Adopción monoparental:* A) *Fretté c. Francia*, de 26 de febrero de 2002; B) *E. B. c. Francia*, de 22 de enero de 2008. 2. *Adopción coparental:* A) *Gas y Dubois c. Francia*, de 15 de marzo de 2012; B) *X y otros c. Austria*, 19 de febrero de 2013 (Gran Sala); C) *Boeckel y Gessner-Boeckel c. Alemania*, 7 de mayo de 2013 3. *Adopción conjunta*. IV. Acceso a la adopción internacional, derecho aplicable y reconocimiento 1. *Fase previa y constitución de la adopción internacional. Derecho aplicable* 2. *Reconocimiento de adopciones internacionales con elemento LGTBQ*. V. Conclusiones. VI. Bibliografía

Resumen: El interés superior del niño en una adopción internacional obliga a las entidades públicas de los Estados implicados a proporcionarle la familia más idónea, sin que la orientación sexual o la identidad de género de los adoptantes deban desempeñar un papel decisivo, pero, en todo caso, removiendo cualquier atisbo de discriminación, sin obviar tampoco que no en todos los Estados se permite adoptar a las personas o parejas LGTBQ. La evolución de la jurisprudencia del TEDH en esta materia aporta elementos de interés que deben tenerse en cuenta con carácter prospectivo.

Palabras clave: Adopción internacional, orientación sexual, identidad de género, derecho a la vida privada y familiar

* El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación «Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración» [ref. PID2020-113444RB-I00], AEI/10.13039/501100011033.

Abstract: The best interest of the child in an international adoption obliges the public entities of the States involved to provide the most suitable family, without the sexual orientation or gender identity of the adopters having to play a decisive role but, in any case, removing any hint of discrimination, without forgetting that not all States allow LGBTIQ people or couples to adopt. The evolution of the ECtHR's jurisprudence in this matter provides elements of interest that must be considered prospectively.

Keywords: International adoption, sexual orientation, gender identity, right to private and family life

I. Contexto

1. La adopción es un mecanismo de protección del menor concebido como última *ratio*, sólo para los casos en los que el menor se encuentre en situación de desamparo, por carecer de familia biológica o por no hacer frente ésta a sus necesidades de cuidado. Es por ello por lo que para su constitución se precisa de la intervención de una autoridad pública, al menos en los países de nuestro entorno, que será la que se encargue de verificar que en dicha adopción el interés superior del menor ha sido respetado y que, en consecuencia, no se ha vulnerado ninguno de sus derechos (art. 21 Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989). Intervención de los poderes públicos que, por ejemplo, en España también se observa en la fase previa a la constitución, mientras se instruye el expediente de adopción, desempeñando un papel fundamental a la hora de determinar la aptitud de los solicitantes de adopción, a través del denominado certificado de idoneidad [arts. 5.1 f) y 10 de la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional* (en adelante, LAI)]¹.

2. La adopción crea un vínculo filial entre adoptante o adoptantes y el adoptado, que, si se trata de una adopción plena, rompe por completo los vínculos jurídicos con la familia de origen del niño. Es, por tanto, una institución que debe girar siempre en torno al bienestar del adoptado y, por ello, se precisan y observan todo tipo de cautelas, a los efectos de prevenir un nuevo abandono o desamparo del niño.

3. El otro aspecto al que vamos a prestar atención es la igualdad, el derecho a no ser discriminado y el libre desarrollo de la personalidad sin restricciones ligadas a la orientación sexual que exigen el reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo², al que va unido, de forma inexorable, la posi-

1 Según dispone el primer apartado del artículo 10 de la LAI, «[s]e entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción».

2 MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. M., «Los derechos de las personas LGBTI: ¿hacia un derecho a la orientación sexual y la identidad género?», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 42, 2020, pp. 209-239.

bilidad de conformar un hogar con hijos, no porque sea presupuesto de una vida familiar tener hijos, sino porque la igualdad sólo se alcanza si se disponen de las mismas opciones que las parejas heterosexuales.

4. Aunque, como veremos, no existe un derecho a adoptar, sino más bien un derecho del niño a vivir en familia, la posibilidad de que esta familia se la puedan proporcionar tanto parejas del mismo sexo como personas solas LGTBIQ es una de las cuestiones más controvertidas del reconocimiento progresivo del derecho a la orientación sexual y a la identidad de género³.

5. En este momento, las adopciones de niños por parejas del mismo sexo están reconocidas en 38 países, lo que corresponde a menos del 20 % de los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas, según la Asociación Internacional de Lesbianas, Gais, Bisexuales, Trans e Intersexuales (ILGA)⁴.

6. En Europa, los Países Bajos fue, en 2001, el primero que autorizó la adopción por parte de parejas del mismo sexo de niños sin relación alguna con ellos⁵. Desde entonces, otros 22 países europeos han seguido su ejemplo, entre ellos: Suecia⁶, España⁷,

3 Vid., MESQUITA COELHO, I. / SANT'ANA HONORATO, E. J., «Adoção por casais homossexuais – revisão integrativa», *Nova Perspectiva Sistemica*, v. 31, n.º 73, 2022, pp. 74-92; ROMBOLI, S., «La protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo: pasado, presente y unas revisiones para el futuro», *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, 2020, número extraordinario, pp. 1-38.

4 Vid. <https://database.ilga.org/adopcion-parejas-mismo-sexo>, consultado el 17 de junio de 2024 y «La adopción homoparental es legal en un puñado de países (rfi.fr)», publicado el 11 de diciembre de 2023, consultado el 14 de junio de 2024.

5 Wet van 21 december 2000 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht (Wet openstelling huwelijk). Publicada en el Staatsblad 2001, n.º 9, accesible en: [https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/NL%20-%20LEG%20-%20%20Law%20on%20Adoption%20by%20Persons%20of%20the%20Same-Sex%20\(2000\)%20-%20OR-OFF\(nl\).pdf](https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/NL%20-%20LEG%20-%20%20Law%20on%20Adoption%20by%20Persons%20of%20the%20Same-Sex%20(2000)%20-%20OR-OFF(nl).pdf), consultado el 14 de junio de 2024.

6 Desde la enmienda de la Ley de paternidad (2003), se permite a las parejas del mismo sexo adoptar. En los capítulos 4 a 8 de la Ley se establecen las condiciones para la adopción conjunta de cónyuges y cohabitantes del mismo sexo y de sexo diferente. Accesible en: [https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/SE%20-%20LEG%20-%20Act%20on%20Parenting%20\(2003\)%20-%20OR-OFF\(sv\).pdf](https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/SE%20-%20LEG%20-%20Act%20on%20Parenting%20(2003)%20-%20OR-OFF(sv).pdf), consultado el 17 de junio de 2024.

7 El párrafo 7 del artículo 67 de la Ley 13/2005 modificó el artículo 175 del Código Civil para especificar que las parejas casadas del mismo sexo pueden adoptar conjuntamente, accesible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364>, consultado el 17 de junio de 2024. Por su parte, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, ha modificado la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987 para permitir la adopción conjunta también a las parejas de hecho del mismo sexo, accesible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2023-5366>, consultado el 17 de junio de 2024.

Bélgica⁸, Noruega⁹, Reino Unido¹⁰, Francia¹¹, Irlanda¹², Portugal¹³, Austria¹⁴,

-
- 8 Los artículos 4 y 5 de la Ley por la que se modifican determinadas disposiciones del Código Civil con el fin de permitir la adopción por personas del mismo sexo (2006) garantizan el pleno derecho a la adopción conjunta. Accesible en: [https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/BE%20-%20LEG%20-%20Law%20Amending%20Certain%20Provisions%20of%20the%20Civil%20Code%20with%20a%20view%20to%20Enabling%20Adoption%20by%20Persons%20of%20the%20Same-Sex%20\(2006\)%20-%20OR-OFF\(nl\).pdf](https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/BE%20-%20LEG%20-%20Law%20Amending%20Certain%20Provisions%20of%20the%20Civil%20Code%20with%20a%20view%20to%20Enabling%20Adoption%20by%20Persons%20of%20the%20Same-Sex%20(2006)%20-%20OR-OFF(nl).pdf), consultado el 17 de junio de 2024.
- 9 De conformidad con las disposiciones sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, se modificó el artículo 5 de la Ley de adopción (1986) para incluir la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan adoptar conjuntamente. Accesible en: [https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/NO%20-%20LEG%20-%20Adoption%20Law%20\(2017\)%20-%20OR-OFF\(nn\).pdf](https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/NO%20-%20LEG%20-%20Adoption%20Law%20(2017)%20-%20OR-OFF(nn).pdf), consultado el 17 de junio de 2024.
- 10 La adopción conjunta por parejas del mismo sexo se ha legalizado en todos los países constituyentes del Reino Unido por separado, comenzando en Inglaterra y Gales en 2005, accesible en: [https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/GB%20-%20LEG%20-%20Adoption%20and%20Children%20Act%20\(2002\)%20-%20OR-OFF\(en\).pdf](https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/GB%20-%20LEG%20-%20Adoption%20and%20Children%20Act%20(2002)%20-%20OR-OFF(en).pdf), consultado el 17 de junio de 2024.
- 11 El artículo 1 de la Ley de apertura del matrimonio a parejas del mismo sexo (Ley 2013-404) reformó los artículos 345(1), 360 y 371(4) del Código Civil, relativos a la adopción conjunta, para permitir la adopción conjunta por parejas del mismo sexo. Accesible en: [https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/FR%20-%20LEG%20-%20Civil%20Code%20\(2006\)%20-%20OR-OFF\(fr\).pdf](https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/FR%20-%20LEG%20-%20Civil%20Code%20(2006)%20-%20OR-OFF(fr).pdf), consultado el 17 de junio de 2024.
- 12 La parte 11 de la Ley sobre menores y relaciones familiares (2015) modifica la legislación anterior para permitir la adopción conjunta por parejas del mismo sexo. Accesible en: [https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/IE%20-%20LEG%20-%20Children%20and%20Family%20Relationships%20Act%20\(2015\)%20-%20OR-OFF\(en\).pdf](https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/IE%20-%20LEG%20-%20Children%20and%20Family%20Relationships%20Act%20(2015)%20-%20OR-OFF(en).pdf), consultado el 17 de junio de 2024.
- 13 Los artículos 1-7 de la Ley 2 (2016) modifican el Código Civil (1966) para establecer que las parejas del mismo sexo disfrutarán de todos los derechos de la adopción. Accesible en: [https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/PT%20-%20LEG%20-%20Civil%20Code%20\(1966\)%20-%20OR-OFF\(pt\).pdf](https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/PT%20-%20LEG%20-%20Civil%20Code%20(1966)%20-%20OR-OFF(pt).pdf), consultado el 17 de junio de 2024.
- 14 A finales de 2014, el Tribunal Constitucional de Austria sentenció que las disposiciones que prohíben la adopción conjunta por parejas del mismo sexo contravienen el derecho a la igualdad y no redundan en el interés superior del niño. Por tanto, los artículos 178 a 185 del Código Civil son aplicables a las parejas del mismo sexo a partir de 2016. La legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo en 2019 reafirma la condición de las familias del mismo sexo. Hasta 2022, Austria exigía a las parejas del mismo sexo con intención de adoptar que tuvieran bien la nacionalidad austriaca, bien la de un país en el que esté permitida la adopción igualitaria, un requisito que no tenían que cumplir las parejas de distinto sexo. Sin embargo, en 2022 el Tribunal Constitucional declaró en su sentencia G 30/2022-12 (2022) que esta condición no era aceptable, extendiendo el derecho a la adopción a todas las parejas del mismo sexo. Accesible en: [https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/AT%20-%20LEG%20-%20Civil%20Code%20\(2013\)%20-%20OR-OFF\(de\).pdf](https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/AT%20-%20LEG%20-%20Civil%20Code%20(2013)%20-%20OR-OFF(de).pdf), consultado el 17 de junio de 2024.

Alemania¹⁵, Finlandia¹⁶, Eslovenia¹⁷ y Suiza¹⁸. El último en hacerlo fue Estonia en 2023¹⁹.

7. En América, nueve países autorizan la adopción homoparental. Canadá legalizó progresivamente la adopción en sus distintas provincias tras la aprobación del matrimonio igualitario en 2005²⁰. En Estados Unidos, una decisión del Tribunal Supremo de 2015 extendió la adopción conjunta por parejas del mismo sexo casadas a los 50 Estados, pero sigue habiendo grandes diferen-

-
- 15 La aprobación de la Ley de Matrimonio Igualitario (2017) permitió a las parejas del mismo sexo adoptar conjuntamente. Accesible en: [https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/DE%20-%20LEG%20-%20Law%20on%20Marriage%20Equality%20Adopted%20\(2017\)%20-%20OR-OFF%20\(de\).pdf](https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/DE%20-%20LEG%20-%20Law%20on%20Marriage%20Equality%20Adopted%20(2017)%20-%20OR-OFF%20(de).pdf), consultado el 17 de junio de 2024.
 - 16 El artículo 9 de la Ley de Adopción (2012) establece que sólo las personas casadas pueden adoptar. El 1 de marzo de 2017 entró en vigor la Ley 156 (2015), por la que se modifica la Ley del matrimonio para que sea neutra en cuanto al género, legalizándose así el matrimonio igualitario y, por extensión, la adopción por familias homoparentales. Accesible en: [https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/FI%20-%20LEG%20-%20Act%20156-2015%20\(2015\)%20-%20OR-OFF\(fi\).pdf](https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/FI%20-%20LEG%20-%20Act%20156-2015%20(2015)%20-%20OR-OFF(fi).pdf), consultado el 17 de junio de 2024.
 - 17 El Tribunal Constitucional determinó en 91-21 y 675-19 (2022) que las parejas del mismo sexo que viven en una unión civil formal pueden adoptar conjuntamente en las mismas condiciones que las parejas de distinto sexo. En octubre de 2022, la Asamblea Nacional presentó las Enmiendas al Código de la Familia (2022) para legalizar el matrimonio y la adopción entre personas del mismo sexo.
 - 18 El Código Civil de Suiza fue modificado en 2020 para legalizar el matrimonio igualitario y, con él, la adopción conjunta por parejas del mismo sexo casadas en las mismas condiciones que el resto de parejas. Esta reforma entró en vigor en julio de 2022, tras un referéndum. Accesible en: [https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/CH%20-%20LEG%20-%20Civil%20Code%20Amendments%20on%20Same-Sex%20Marriage%20\(2020\)%20-%20OR-OFF%20\(de\).pdf](https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/CH%20-%20LEG%20-%20Civil%20Code%20Amendments%20on%20Same-Sex%20Marriage%20(2020)%20-%20OR-OFF%20(de).pdf), consultado el 17 de junio de 2024.
 - 19 El 20 de junio de 2023, el Parlamento estonio adoptó la Ley de reforma de la Ley de Familia y otras leyes relacionadas, que modificaba el concepto legal de matrimonio para definirlo en términos neutros en cuanto al género, con lo que se legalizó el matrimonio igualitario. Además, también enmendó muchas otras normas para extender los derechos y obligaciones de las parejas casadas a las parejas registradas, incluyendo las del mismo sexo. Es el caso, en particular, de la adopción, a la que ahora pueden acceder tanto las parejas casadas como las legalmente registradas, independientemente del sexo de las personas que la forman. Esta Ley ha entrado en vigor 1 de enero de 2024. Accesible en: [https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/EE%20-%20LEG%20-%20Law%20to%20amend%20family%20law%20\(2023\)%20-%20OR-OFF%20\(ee\).pdf](https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/EE%20-%20LEG%20-%20Law%20to%20amend%20family%20law%20(2023)%20-%20OR-OFF%20(ee).pdf), consultado el 17 de junio de 2024.
 - 20 La adopción conjunta por parejas del mismo sexo es legal en todas las provincias y territorios de Canadá. Cada jurisdicción tiene sus propias leyes y reglamentos al respecto.

cias entre unos Estados y otros²¹. Uruguay la legalizó en 2009²², seguido de Argentina²³, Brasil²⁴, Colombia²⁵, Chile²⁶ y Cuba²⁷.

8. En África, la inmensa mayoría de los países prohíben o reprimen la homosexualidad. Sudáfrica es una excepción, habiendo autorizado la adopción por parejas del mismo sexo a principios de la década de 2000²⁸.

9. En Asia, en Taiwán, el Parlamento aprobó en 2023 una enmienda que permite a las parejas del mismo sexo adoptar niños conjuntamente, tras haber aprobado en 2019 la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo. Y en Tailandia, el 18 de junio de 2024 se ha aprobado el matrimonio entre personas del mismo sexo, permitiéndoles adoptar²⁹.

21 Accesible en: [https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/US%20-%20JUD\(SC\)%20-%20Obergefell%20v.%20Hodges%20\(2015\)%20-%20OR-OFF\(en\).pdf](https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/US%20-%20JUD(SC)%20-%20Obergefell%20v.%20Hodges%20(2015)%20-%20OR-OFF(en).pdf), consultado el 17 de junio de 2024. Vid. FARR, R. H. / GOLDBERG, A. E., «Sexual Orientation, Gender Identity, and Adoption Law», *Family Court Review*, Vol. 56 N.º 3, July 2018, pp. 374-383.

22 El Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 17.823) (2004), modificado por la Ley 18.590 (2009), modificó ciertas normas sobre adopción, regulando la adopción por parte de parejas del mismo sexo en uniones civiles. La Ley de Matrimonio Igualitario (Ley 19.075) (2013) redefinió el matrimonio como la unión de dos personas «de distinto o igual sexo» y concedió a las parejas del mismo sexo todos los derechos derivados del matrimonio, incluida la adopción conjunta. Accesible en: [https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/UY%20-%20LEG%20-%20Law%20No.%2019,075%20\(2013\)%20-%20OR-OFF\(es\).pdf](https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/UY%20-%20LEG%20-%20Law%20No.%2019,075%20(2013)%20-%20OR-OFF(es).pdf), consultado el 17 de junio de 2024.

23 La Ley de Matrimonio Igualitario (Ley 26.618) (2010) otorga a las parejas del mismo sexo todos los derechos derivados del matrimonio, incluida la adopción conjunta. Accesible en: [https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/AR%20-%20LEG%20-%20Law%20No.%2026,618%20\(2010\)%20-%20OR-OFF\(es\).pdf](https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/AR%20-%20LEG%20-%20Law%20No.%2026,618%20(2010)%20-%20OR-OFF(es).pdf), consultado el 17 de junio de 2024.

24 En abril de 2010, el Tribunal Superior de Justicia de Brasil (STJ) declaró en el Recurso Especial REsp N.º 889.852/RS el derecho de las parejas del mismo sexo a adoptar.

25 En noviembre de 2015, la Corte Constitucional emitió la sentencia C-683/15 (2015), declarando que las parejas del mismo sexo pueden adoptar conjuntamente en Colombia. Accesible en: [https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/CO%20-%20JUD\(CC\)%20-%20Decision%20C-683-15%20\(2015\)%20-%20OR-OFF\(es\).pdf](https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/CO%20-%20JUD(CC)%20-%20Decision%20C-683-15%20(2015)%20-%20OR-OFF(es).pdf), consultado el 17 de junio de 2024.

26 Con la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario (Ley 21.400) se legalizó la adopción por parte de parejas del mismo sexo en Chile. Accesible en: [https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/CL%20-%20LEG%20-%20Law%2021400%20marriage%20equality%20\(2021\)%20-%20OR-OFF\(es\).pdf](https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/CL%20-%20LEG%20-%20Law%2021400%20marriage%20equality%20(2021)%20-%20OR-OFF(es).pdf), consultado el 17 de junio de 2024.

27 En julio de 2022, la Asamblea Nacional de Cuba aprobó un nuevo Código de las Familias (2022), que permite la adopción a parejas del mismo sexo. Accesible en: <https://www.parlamentocubano.gob.cu/codigo-de-las-familias>, consultado el 17 de junio de 2024.

28 En el apartado (a) del párrafo 1 del artículo 231 de la Ley de la Infancia (2005) se permite la adopción conjunta por «cónyuges en una unión de vida doméstica estable». Accesible en: [https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/ZA%20-%20LEG%20-%20Children%E2%80%99s%20Act%20\(2005\)%20-%20OR-OFF\(en\).pdf](https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/ZA%20-%20LEG%20-%20Children%E2%80%99s%20Act%20(2005)%20-%20OR-OFF(en).pdf), consultado el 17 de junio de 2024.

29 Vid. <https://www.swissinfo.ch/spa/tailandia-se-apresta-a-aprobar-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo/81016171>, consultado el 18 de junio de 2024.

10. En Oceanía, el matrimonio y adopción entre personas del mismo sexo están permitidos en Nueva Zelanda desde 2013³⁰ y en Australia, en todos los territorios desde 2018.

II. Entre el derecho a ser adoptado y la posibilidad de poder adoptar

1. Adopción y derecho del niño a vivir en familia, pero ¿qué familia?

11. Como decimos, la adopción se configura como una institución dirigida a otorgar protección a los menores que están privados de ella mediante su integración en una familia, escogida por una entidad pública, teniendo en cuenta el interés del adoptando, entre aquellas personas o parejas que cumplan los requisitos para adoptar y sean consideradas idóneas para ello. No es posible, por tanto, sostener que exista un derecho a adoptar, si bien ha de precisarse que en el procedimiento de adopción debe respetarse el derecho a la igualdad y no discriminación por cualquier circunstancia personal o social, lo que engloba la identidad de género y la orientación sexual³¹.

12. En consecuencia, cuando hablamos de adopción, en puridad, no está en juego el derecho que tiene toda persona a formar una familia, íntimamente relacionado con su libre desarrollo. Lo que no cabe es tratar situaciones comparables de manera distinta. Y en esto es preciso apreciar matices que diferencian la adopción respecto de la filiación intencional, basada en la autonomía de la voluntad reproductiva, puesto que en estos casos la filiación nace de la voluntad de la persona o la pareja que quiere tener hijos y que recurre a las técnicas de reproducción asistida pues no les es posible poder acceder a la reproducción natural. En cambio, en la adopción, lo importante no es la voluntad de los adoptantes, sino la necesidad de encontrar una familia apta para que el niño en situación de desamparo pueda ser criado. Mientras en la filiación intencional estarían afectados los derechos reproductivos, en la adopción, lo preponderante es el interés superior del niño, no estando garantizado por sí mismo ningún derecho respecto de los adoptantes. Sólo en el

30 El anexo 2 de la Ley de reforma a la definición del matrimonio (2013) enmendó la Ley de adopción (1955) para permitir la adopción conjunta por parejas casadas del mismo sexo. Accesible en: [https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/NZ%20-%20LEG%20-%20Marriage%20\(Definition%20of%20Marriage\)%20Amendment%20Act%20\(2013\)%20-%20200R-OFF\(en\).pdf](https://database.ilga.org/api/downloader/download/1/NZ%20-%20LEG%20-%20Marriage%20(Definition%20of%20Marriage)%20Amendment%20Act%20(2013)%20-%20200R-OFF(en).pdf), consultado el 17 de junio de 2024.

31 GILBAJA CABRERO, E., «Orientación sexual y filiación. Especial referencia a la adopción», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 17, 2013; ID., «La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 91, septiembre-diciembre 2014, pp. 303-340.

acceso a la adopción, debe quedar acreditada la no discriminación respecto de personas heterosexuales, dentro del concreto marco legislativo de que se trate.

13. La familia es el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños. De ahí que el concepto de familia no pueda sujetarse a un modelo histórico y cultural concreto, sino que debe reflejar las condiciones actuales en que pretende desarrollarse su regulación, pues como todo modelo social, también la familia tiene carácter evolutivo³².

14. Hasta la sentencia de 21 de junio de 1988, *Berrehab c. Países Bajos*³³, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) sólo había aceptado que la relación afectiva y sexual de una pareja del mismo sexo constituía vida privada, pero no vida familiar. A partir de ella, considera que también en estas parejas existe vida familiar, y que necesita, por tanto, reconocimiento y protección desde la perspectiva jurídica.

15. La protección del derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo ha provocado que el criterio del margen de apreciación de los Estados se haya ido progresivamente reduciendo, a la vista de la tendencia garantista en varios Estados europeos hacia el reconocimiento legal de las relaciones estables entre personas del mismo sexo, estableciendo, por ejemplo, en el caso *Schalk y Kopf c. Austria, de 22 de noviembre de 2010*³⁴, que la relación estable de facto de una pareja del mismo sexo se engloba en la noción de «vida familiar», y, al igual que la de personas de diferente sexo, necesita reconocimiento y protección legal por parte del Estado. Con posterioridad,

32 Como señala el Comité de los Derechos humanos, en su Observación n.º 19, «*el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. Por consiguiente, en sus informes, los Estados Partes deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, “nuclear” y “extendida”, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros*». Accesible en: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom19.html#:~:text=Durante%20el%20matrimonio%2C%20los%20esposos,la%20administraci%C3%B3n%20de%20los%20haber,consultado el 18 de junio de 2024>.

33 Demanda n.º 10730/84, accesible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57438%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57438%22]}), consultado el 17 de junio de 2024.

34 Demanda n.º 30141/04, accesible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-99605%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-99605%22]}), consultado el 18 de junio de 2024.

en el caso *Söderman c. Suecia*, de 12 de noviembre de 2013³⁵, el TEDH sostuvo que en lo que se refiere a las facetas particulares de la existencia de los individuos y su propia identidad, así como a las actividades relacionadas con la vida íntima y privada, el margen de apreciación es considerablemente más reducido.

16. En España, la sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre³⁶, recuerda que matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes³⁷ y que el interés del menor «se tutela en cada caso concreto en función del escrutinio al que se somete a los eventuales adoptantes con independencia de su orientación sexual, de modo que el deber de protección integral de los hijos que se deriva del artículo 39.2 CE no queda afectado por el hecho de que se permita o se prohíba a las personas homosexuales adoptar», pues «el ordenamiento jurídico, que no reconoce un derecho fundamental a adoptar, prevé mecanismos suficientes [...] para garantizar la preservación del interés superior del menor en el proceso de adopción³⁸». Y alude a su sentencia 176/2008, de 22 de diciembre, en la que el Tribunal Constitucional señaló que, lo que «en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores³⁹». Por lo que, en atención a ello, puede sostenerse que la exclusión de la adopción a un grupo social por su orientación sexual sería claramente discriminatoria.

17. Aunque la orientación sexual y la identidad de género no figuren expresamente en la lista de motivos de discriminación prohibidos por el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), ni en su Protocolo 12, sobre la prohibición general de la discriminación, sin embargo, ello no ha significado que el TEDH no los haya tenido en cuenta para avanzar en la consecución de la igualdad efectiva⁴⁰. En su sentencia de 7 de diciembre de 1976, caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*⁴¹, sostuvo que «[...] todo trato discriminatorio que tenga por base o por motivo una característica personal mediante la cual personas o grupos de personas se distinguen unos de

35 Demanda n.º 5786/08, accesible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-162188%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-162188%22]}), consultado el 17 de junio de 2024.

36 Accesible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-14602>, consultado el 17 de junio de 2024.

37 Fj 5.

38 Fj 12.

39 Fj 7.

40 PERIBÁÑEZ BLASCO, E., «Evolución de la normativa y la jurisprudencia sobre los derechos de las personas LGTBI+», *Revista Universitaria Europea*, n.º 37, julio-diciembre 2022, p. 78.

41 Demanda n.º 5095/71, accesible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-165144%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-165144%22]}), consultado el 14 de junio de 2024.

otros...» será considerado contrario al artículo 14. Y en su sentencia de 21 de diciembre de 1999, *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*⁴², ya aclaró que la lista del artículo 14 no es sino orientativa. Por ello, sostuvo que la orientación sexual debe entenderse incluida entre las causas expresamente previstas en su artículo 14, como condición personal sobre la que pesa una fuerte presunción de discriminación.

18. En esta sentencia se condenó a Portugal por haber retirado la custodia de su hija a un padre por su orientación sexual, aunque se hubiese tratado de justificar sobre la base del interés superior de la menor. En concreto, sostuvo que «[...] hubo una diferencia de trato [...] basada en la orientación sexual del demandante, noción que se contempla, sin duda, en el artículo 14 del Convenio», añadiendo que «[...] la lista que encierra dicho artículo tiene un carácter indicativo y no limitativo, como atestigua el adverbio «especialmente»⁴³».

19. A su vez, es preciso poner en relación este precepto con el artículo 8 CEDH que reconoce el derecho a una vida privada y familiar. La vida privada, según ha sido desarrollada en el ámbito del Derecho internacional de los Derechos humanos, comprende las esferas de la intimidad y autonomía del individuo, entre las que se incluyen su personalidad, identidad, las decisiones que tome sobre su vida sexual o afectiva, sus relaciones personales y familiares y el desarrollo de su plan de vida de acuerdo con sus propias convicciones, sean o no toleradas por la mayoría. Por lo que existe una íntima relación entre el derecho al respeto a la vida privada y la protección a la familia, reconocida entre otros, por Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Observación General n.º 19 (1990).

20. De forma sostenida en el tiempo dentro del argumentario de quienes se oponen a la adopción por personas o parejas LGTBIQ se ha esgrimido el principio *adoptio imitatur naturam*, afirmando que éste exige que los menores tengan un padre y una madre, aludiendo a los roles diferenciados que, entienden, corresponde a los progenitores según su sexo⁴⁴. Frente a este argumento, es preciso recordar que el ordenamiento jurídico permite la adopción por una sola persona y prevé garantías suficientes para proteger el interés del menor.

21. Por otro lado, de los múltiples estudios científicos que se han llevado a cabo no se ha detectado que exista ninguna incapacidad que impida a las parejas del mismo sexo constituirse como familia, sin importar el vínculo legal, para ofrecer al menor las condiciones idóneas de un hogar, y ello si se tiene en cuenta que la concreta determinación del interés superior de niño,

42 Sentencia n.º 33290/96, accesible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22app-no%22:\[%2233290/96%22\],%22itemid%22:\[%22001-163701%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22app-no%22:[%2233290/96%22],%22itemid%22:[%22001-163701%22]}), consultado el 14 de junio de 2024.

43 Fj 28.

44 Por todos puede verse MÉNDEZ PÉREZ, J., *La adopción. Comentarios a la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas con jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 2000.

en lo que respecta al cuidado y custodia, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto en el bienestar y desarrollo del niño, descartando los casos en que esta adopción provocará daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia⁴⁵, sino valorar en cada caso si puede ser un buen hogar para el niño el que pueda ofrecer una persona o pareja LGTBIQ.

2. Derecho a la vida privada y familiar y su relación con la orientación sexual y la identidad de género

22. Progresivamente, en los últimos años, la legislación internacional de Derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género se ha ido consolidando, al tiempo que también se ha avanzado en el desarrollo de la posibilidad de ser estas personas en familia. En esta línea, son significativos los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (Principios de Yogyakarta, 2007)⁴⁶. En ellos se asienta la idea que de la legislación de Naciones Unidas se derivan una serie de derechos de las personas LGTBIQ que darían cuerpo al derecho a la orientación sexual y la identidad de género, que deben ser respetados por los Estados⁴⁷.

23. En concreto, en el Principio 24 se desarrolla el Derecho a formar una familia: *«Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes. Los Estados: A). Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida (incluyendo la inseminación por donante), sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género [...]»*.

45 Vid. § 109 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012, accesible en: <https://repositorio.mpd.gov.ar/documentos/Atala%20Riffo%20y%20ni%C3%B1as%20v.%20Chile.pdf>, consultado el 20 de junio de 2024.

46 Accesible en: <https://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/about/>, consultado el 18 de junio de 2024. Vid. O'FLAHERTY, M. / FISHER, J., «Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles», *Human Rights Law Review* 8:2(2008), pp. 207-248.

47 PEÑA DÍAZ, F., *La lucha que no cesa. Los derechos del colectivo LGBTI como derechos humanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, cap. 4.

24. En el seno del Consejo de Europa, la *Resolución 2239 (2018) sobre Vida privada y familiar: lograr la igualdad sin importar la orientación sexual*⁴⁸ señala la necesidad de: «[...] 4.5 proteger los derechos de los padres y los niños en familias arcoíris, sin discriminación por orientación sexual o identidad de género, y en consecuencia: 4.5.1 de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, garantizar que todos los derechos relativos a la patria potestad, la adopción por parte de padres solteros y la adopción simple o por segundo padre se concedan sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; 4.5.2 prever la adopción conjunta por parejas del mismo sexo, sin discriminación por motivos de orientación sexual [...]. 4.6 además de las recomendaciones ya adoptadas por la Asamblea en la Resolución 2048 (2015)⁴⁹ y la Resolución 2191 (2017)⁵⁰ sobre los efectos del reconocimiento legal de género de las personas transgénero e intersexuales en su acceso o la continuidad de su unión civil o matrimonio, y con respecto a los derechos de cónyuges e hijos, prever que la identidad de género de los padres transgénero se registre correctamente en los certificados de nacimiento de sus hijos, y garantizar que las personas que utilizan marcadores legales de género distintos del masculino o femenino puedan tener sus parejas y sus relaciones con sus niños reconocidos sin discriminación».

25. Por su parte, en el Punto 27 de la *Recomendación CM/Rec (2010) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, de 31 de marzo de 2010*⁵¹ se establece: «Teniendo en cuenta que el interés superior del niño debería ser la principal consideración en las decisiones relativas a la adopción de un niño, los Estados miembros cuya legislación nacional permita a personas solteras adoptar niños deberían garantizar que la ley se aplique sin discriminación basada en la orientación sexual o la identidad de género».

III. Perspectivas desde la jurisprudencia del TEDH

26. En su jurisprudencia, el TEDH distingue según se trate de una adopción por una sola persona (adopción monoparental); una adopción coparental, por la que una persona adopta al hijo de su pareja con el fin de que ambos tengan el estatuto de progenitor legal y la adopción conjunta por los dos miembros de la pareja⁵².

48 Accesible en: <https://pace.coe.int/en/files/25166/html>, consultado el 18 de junio de 2024.

49 Accesible en: <https://pace.coe.int/en/files/21736>, consultado el 18 de junio de 2024.

50 Accesible en: <https://pace.coe.int/en/files/24232>, consultado el 18 de junio de 2024.

51 Accesible en: 1081st meeting – 31 March 2010 (coe.int), consultado el 8 de abril de 2024.

52 Vid. GILBAJA CABRERO, E., «La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos

27. El TEDH no entra a valorar la decisión de los Estados, pero sí vigila que estos apliquen su legislación sin discriminación por orientación sexual e identidad de género. Distingue la prohibición de la adopción individual a personas LGTBIQ cuando la ley permite las adopciones monoparentales, de las restricciones en la adopción conjunta a parejas del mismo sexo no casadas cuando la legislación interna solo lo permite a las que sí lo están⁵³.

1. Adopción monoparental

A) *Fretté c. Francia*, de 26 de febrero de 2002⁵⁴

28. El Sr. Fretté, respetado profesor de educación secundaria tenía la intención de adoptar un menor de forma individual, pero al mencionar su homosexualidad al inicio de los trámites, fue invitado a desistir por las autoridades competentes para llevar a cabo la adopción. A pesar de destacar sus cualidades personales y educativas y las de su entorno, los diversos informes elaborados para el caso cuestionan si «sus particularidades, hombre soltero y homosexual, permiten confiarle un niño»⁵⁵ y finalmente los servicios sociales rechazan su «solicitud de aprobación para la adopción» (*demande d'agrément en vue d'adoption*), alegando ausencia de referencia materna e indicando que no parece que su estilo de vida presente las garantías suficientes para acoger a un niño, en el plano familiar, educativo y psicológico⁵⁶.

29. El TEDH recuerda que el CEDH no garantiza, como tal, un derecho a adoptar y que el derecho al respeto de la vida familiar presupone la existencia de una familia y no protege el simple deseo de formar una⁵⁷. Por ello, considera que en este caso el rechazo de la solicitud de aprobación para la adopción no puede considerarse en sí mismo contrario al derecho del recurrente al libre desarrollo de su personalidad o a su forma de vida. Sin embargo, teniendo en cuenta que el Derecho interno francés autoriza a toda persona

Humanos», *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 91, septiembre-diciembre 2014, pp. 303-340; COUDOING, N., «L'orientation sexuelle dans le droit sur l'adoption», *Revue des politiques sociales et familiales*, 2009, N.º 96, pp. 71-81; SAROLÉA, S., «L'adoption internationale en droit belge à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue trimestrielle de droit familial*, 1/2009, pp. 11-57.

53 MARTÍN SÁNCHEZ, M., «Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, p. 230.

54 Demanda n.º 36515/97, accesible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%2236515/97%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-60168%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%2236515/97%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-60168%22]}), consultado el 8 de abril de 2024.

55 § 10.

56 § 11.

57 § 32.

soltera a solicitar una adopción y que al recurrente se le denegó su solicitud únicamente por su orientación sexual, estima que ha habido una diferencia de trato fundada en esta circunstancia.

30. Pero a pesar de ello, considera el fin legítimo: proteger la salud y los derechos de los niños que pudieran estar presentes en un proceso de adopción⁵⁸ y los medios proporcionales al mismo, teniendo en cuenta el margen de apreciación de los Estados y la necesidad de proteger el interés superior de los menores⁵⁹, protección que, según el Tribunal, aún no está clara en la comunidad científica en lo relativo a la acogida de un menor por una o dos personas LGTBIQ. Por lo tanto, concluye, por cuatro votos contra tres, que no hay discriminación⁶⁰.

31. Estimó, sin embargo, que se había vulnerado el artículo 6 (derecho a un juicio justo) del Convenio, ya que al demandante se le había negado un juicio justo en su caso en un procedimiento contradictorio.

B) *E. B. c. Francia*, de 22 de enero de 2008⁶¹

32. Tiene su origen en una demanda presentada por una mujer lesbiana, que convive con su pareja de manera estable⁶².

33. Esta mujer presenta una solicitud de adopción ante las autoridades francesas, en la que manifiesta expresamente que en el proceso de adopción no va a intervenir su pareja, de manera que no se trata de una adopción por parte de una pareja del mismo sexo. Las autoridades nacionales deniegan su petición, con base en una serie de consideraciones relativas a la ausencia de una presencia paterna en el futuro hogar del niño, y de la falta de garantías de un correcto desarrollo del niño existiendo en su mismo hogar una persona que no ha tenido ninguna intervención en su adopción. Ante esta denegación y, tras agotar los recursos internos, esta mujer presenta una demanda ante el TEDH, alegando que ha sido víctima de una discriminación, ya que considera que la denegación se ha debido a su orientación sexual, más que por el alegado correcto desarrollo del niño.

58 § 38.

59 §§ 40 y 41.

60 § 43.

61 Demanda n.º 43546/02, accesible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%2243546/02%22\],%22itemid%22:\[%22001-84571%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%2243546/02%22],%22itemid%22:[%22001-84571%22]}), consultado el 8 de abril de 2024.

62 *Vid.* MARCOS MARTÍN, T., «La adopción por parte de persona homosexual y su relación con el derecho a la vida familiar y la no discriminación por razón de sexo. Comentario a la sentencia del TEDH de 22 de enero de 2008 (*E.B. c. Francia*, asunto n.º 43546/02)», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 16 (2008), pp. 1-14.

34. El Tribunal sostuvo que había habido una violación del artículo 14 (prohibición de discriminación) en relación con el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio por diez votos contra siete. Observó, en particular, que la homosexualidad de la demandante había sido un factor determinante para denegar su solicitud. La legislación francesa permitía a personas solteras adoptar un niño, y, en este caso, sin suficiente justificación, se había negado esta posibilidad a esta mujer basada en su orientación sexual.

35. En solo seis años, el TEDH cambia su jurisprudencia, puesto que, ante casos parecidos, adopción por soltero/a LGTBIQ, en el caso sustanciado en 2002 no aprecia discriminación y en el de 2008 sí aprecia vulneración del artículo 14 en relación con el artículo 8.

2. Adopción coparental

A) *Gas y Dubois c. Francia*, de 15 de marzo de 2012⁶³

36. En este caso, el TEDH da respuesta al recurso de dos mujeres unidas por una unión registrada. La Sra. Dubois, en el año 2000, había dado a luz a una niña concebida en Bélgica por reproducción asistida, que fue inscrita en el Registro civil y reconocida por su madre biológica. Conforme a la ley belga, la filiación respecto del padre (donante anónimo) no quedó establecida. Cuando la Sra. Gas formuló una solicitud de adopción simple de la hija de su compañera, a pesar de constatarse que las recurrentes se ocupaban activa y conjuntamente de la niña, se le denegó alegando que la autoridad parental quedaría transferida totalmente a la adoptante, perdiéndola la madre biológica.

37. El TEDH sostuvo que no había habido violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 de Convenio. Consideró, en particular, que no se puede decir que la situación jurídica de las demandantes sea comparable a la de las parejas casadas en lo que respecta a la adopción por el segundo padre. Además, no apreció pruebas de una diferencia de trato basado en la orientación sexual de las solicitantes, ya que a las parejas heterosexuales que habían formado una unión civil también se les prohibía obtener una orden de adopción simple⁶⁴.

38. En respuesta al argumento de las demandantes de que las parejas de sexos opuestos en una unión civil podrían eludir la prohibición antes mencionada casándose, algo que no podían hacer las parejas del mismo sexo, el Tribunal reiteró sus conclusiones sobre el acceso al matrimonio de las pare-

63 Demanda n.º 25951/07, accesible en: <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/echr/2010/en/114061>, consultado el 8 de abril de 2024.

64 §§ 65-69.

jas de mismo sexo (*Schalk c. Austria*, 2010). ¿Se hubiera dado hoy la misma respuesta tras la sentencia *Fedotova y otros c. Rusia*, 2023⁶⁵ o *Przybyszewska y otros c. Polonia*, 2023⁶⁶? Probablemente, no.

B) *X y otros c. Austria*, 19 de febrero de 2013 (Gran Sala)⁶⁷

39. En este caso, se trata la denuncia de dos mujeres que viven en una relación estable sobre la negativa de los tribunales austriacos a conceder a una de ellas el derecho a adoptar al hijo de la otra sin romper los vínculos jurídicos de la madre biológica con el niño. Las demandantes sostuvieron que no había ninguna justificación razonable y objetiva para permitir la adopción del hijo de uno de los miembros de la pareja por parte del otro en el caso de las parejas heterosexuales, ya estén casadas o no, mientras se prohibía la adopción en el caso de las parejas del mismo sexo.

40. Según el ordenamiento austriaco, es posible la adopción coparental en el seno de una pareja heterosexual sin que se rompa el vínculo jurídico entre el hijo y el progenitor biológico, lo cual es imposible para las parejas homosexuales [art. 182(2) Código civil austriaco y art. 8(4) de la Ley de Parejas Registradas], que establece que uno de los miembros de la pareja no puede adoptar al hijo del otro. De todo ello deduce el TEDH una diferencia de trato fundada en la orientación sexual que vulnera el artículo 14 en relación con el artículo 8⁶⁸.

C) *Boeckel y Gessner-Boeckel c. Alemania*, 7 de mayo de 2013⁶⁹

41. Cuando la Sra. Gessner-Boeckel dio a luz, en el certificado de nacimiento se la inscribió como madre, quedando en blanco la referencia al padre. Un mes después, de acuerdo con el artículo 9 § 7 de la Ley alemana de Parejas Registradas, la Sra. Boeckel adoptó al niño, el cual quedó filiado como hijo de ambas. Posteriormente, solicitaron que se modificara el certificado de nacimiento inscribiendo a la Sra. Boeckel como segundo progenitor, lo que les fue denegado. Ante el TEDH, afirman haber sufrido la vulneración

65 Demandas 40792/10, 30538/14 and 43439/14, accesible en: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#\(%22itemid%22:\[%22001-222750%22\]\)](https://hudoc.echr.coe.int/fre#(%22itemid%22:[%22001-222750%22])), consultado el 18 de junio de 2024.

66 Demanda n.º 11454/17 y otras 9, accesible en: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#\(%22itemid%22:\[%22001-229391%22\]\)](https://hudoc.echr.coe.int/fre#(%22itemid%22:[%22001-229391%22])), consultado el 18 de junio de 2024.

67 Demanda n.º 19010/07, accesible en: Grand Chamber judgment *X and others v. Austria* 19.02.13 (coe.int), consultado el 8 de abril de 2024.

68 § 130.

69 Demanda n.º 8017/11, accesible en: *Boeckel and Gessner-Boeckel v. Germany* (dec.) (coe.int), consultada el 8 de abril de 2024.

del artículo 14 CEDH combinado con el 8 y alegan la desprotección en que se encontraba el hijo en el periodo anterior a su adopción, cuando carecía de relación jurídica con una de sus madres.

42. El Tribunal considera que la situación de las recurrentes no es comparable a la de una pareja casada de diferente sexo, descartando la vulneración del artículo 14 CEDH, y tampoco aprecia la del art. 8 CEDH, puesto que la presunción de paternidad que se da en el matrimonio no puede darse, por razones biológicas, en las parejas del mismo sexo. Por tanto, el recurso resulta inadmitido.

3. Adopción conjunta

43. El TEDH no ha tenido que conocer hasta el momento de recursos relacionados con la vulneración del artículo 14 en relación con el artículo 8 debido al rechazo del reconocimiento de una adopción conjunta por una pareja LGTBIQ.

IV. Acceso a la adopción internacional, derecho aplicable y reconocimiento

1. Fase previa y constitución de la adopción internacional. Derecho aplicable

44. Cuando nos encontramos ante una adopción transnacional, en el que va a haber un cambio de residencia del niño a raíz de la adopción, es preciso tener en cuenta no sólo la legislación del Estado en que residen los adoptantes, sino también la del Estado en que reside el niño. Así, por ejemplo, China, que fue uno de los Estados en que más adoptaron las parejas españolas, y lo sigue siendo, aunque con la bajada generalizada de las adopciones internacionales en nuestro país su papel es meramente testimonial⁷⁰, y que desde 2006 es miembro del *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* (en adelante, CH 1993)⁷¹, no permite adopciones por personas LGTBIQ, y en adopciones por solteros estos deben manifestar ante notario que no son personas LGTBIQ.

70 Datos estadísticos de adopciones internacionales en España desde 2019 a 2023, accesible en: https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/infancia-y-adolescencia/PDF/Adopcioninternacional/Normativa/2023_ESTADISTICAS_datos_2019_2023.pdf, consultado el 19 de junio de 2024.

71 Instrumento de ratificación por España publicado en *BOE* n.º 182, de 1 de agosto de 1995.

45. Tenemos también en nuestro ordenamiento jurídico un *Convenio de colaboración en materia de adopción de niños y niñas entre el Reino de España y la Federación de Rusia*, hecho en Madrid el 9 de julio de 2014⁷², en el que el gobierno de Putin consiguió del español el compromiso de que, si una adopción de un niño ruso resultaba fallida en España, el niño no podría ser recolocado en el seno de una familia homoparental⁷³. Se trata de un caso claro de legislación *contra legem*, puesto que supone asumir una discriminación que nuestras normas no toleran.

46. En contraste, el *Convenio europeo en materia de adopción de menores*, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, del que España forma parte⁷⁴, reconoce la libertad de los Estados para permitir la adopción a las parejas del mismo sexo. En concreto, el artículo 7, intitulado «condiciones para la adopción», precisa: «1. *La Ley debe permitir que un niño sea adoptado: a) por dos personas de diferente sexo casadas entre ellas o registradas como pareja (cuando exista tal institución); b) por una persona. 2. Los Estados son libres para extender la aplicación de este Convenio a las parejas del mismo sexo que estén casadas o registradas como pareja. También son libres para extenderla a las parejas de diferente sexo y las parejas del mismo sexo que convivan en una relación estable*».

47. Si tomamos como referencia la legislación española, es preciso distinguir dos fases en toda adopción: una fase administrativa previa y la constitución propiamente dicha de la adopción. El CH 1993 y la LAI son los dos instrumentos normativos más importantes para tener en cuenta. Aunque el CH 1993 solo se aplica si el Estado de residencia del niño y el de los adoptantes son miembros del Convenio⁷⁵ (adopciones transnacionales), el artículo 3 LAI indica que sus principios deben ser respetados también en la relación con los Estados que no formen parte del Convenio y en los casos de adopciones estrictamente internacionales, esto es, aquellas en las que no haya traslado de domicilio del niño a raíz de la adopción, pero exista un elemento extranjero.

48. En la fase administrativa previa, en la que se instruye el expediente de adopción y que finaliza con la expedición del certificado de idoneidad del o de los adoptantes, es obvio que en nuestro país la orientación sexual o la identidad de género no pueden esgrimirse como motivos para denegarlo. El artículo 10 LAI, a la hora de definir la idoneidad, señala que es «*la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción*».

72 BOE n.º 74, de 27 de marzo de 2015.

73 Accesible en: https://www.eldiario.es/sociedad/espana-convenio-adopciones-rusia-homosexuales_1_4769049.html, consultado el 19 junio de 2024.

74 Instrumento de ratificación publicado en BOE n.º 167, de 13 de julio de 2011.

75 Los Estados que forman parte del Convenio pueden consultarse en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=69>, accesible el 19 de junio de 2024.

49. Del otro lado, es preciso que el Estado de origen del niño emita un certificado de adoptabilidad de éste. Obviamente, los Estados que no reconocen la adopción por parejas o personas LGTBQ no permitirán que el niño sea adoptado por ella/s. En este sentido, y como apuntamos en el inicio, en estos momentos en la comunidad internacional son minoritarios los Estados que permiten adoptar a estas personas, lo que hace que la posibilidad de constituir una adopción transnacional sea poco probable.

50. En lo que respecta a la constitución de la adopción, el componente relacionado con la orientación sexual o identidad de género puede no tener tanta importancia si se ha superado la fase administrativa previa. Normalmente, la adopción se constituirá en el Estado donde residan los adoptantes (art. 14 LAI) o en el Estado en el que resida el niño, y las autoridades públicas de ambos Estados ya habrán intervenido con carácter previo para precisar los requisitos que garanticen el respeto de los derechos del niño en la adopción.

51. En lo que respecta al Derecho aplicable, la regla más extendida es aplicar la *lex fori*, así sucede, por ejemplo, en España (art. 18 LAI), lo que evitará, *a priori*, problemas. La ley nacional del adoptando, en estos casos, no puede utilizarse como vía para impedir esta adopción. Los controles previos, posibilitando que la adopción internacional se constituya únicamente teniendo en cuenta la legislación de los Estados que intervengan y que permita a las personas LGTBQ acceder a la adopción, harán que no se planteen cuestiones controvertidas. En todo caso, la legislación del Estado en que se constituya la adopción será siempre la referencia para evitar aplicar normas que vulneren los derechos fundamentales tanto del niño como de los adoptantes, teniendo en cuenta siempre que una objeción a la adopción por ser persona o pareja LGTBQ contraría, como hemos visto, los textos internacionales que regulan los Derechos humanos.

2. Reconocimiento de adopciones internacionales con elemento LGTBQ

52. Los problemas más relevantes pueden venir desde el reconocimiento. Problemas que se aprecian de forma ostensible en un espacio integrado, como es la Unión Europea, en la que, sobre la base del principio de reconocimiento mutuo, la adopción constituida conforme al Derecho de un Estado miembro debería poder reconocerse en cualquier otro Estado. Sin embargo, esto, hoy en día, no es así. Por eso, debe ser bienvenida la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo* que la Comisión presentó el pasado 7 de diciembre de 2022⁷⁶, amparada en la

76 Bruselas, 7 de diciembre de 2022 COM(2022) 695 final.

*Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos del Niño*⁷⁷ y en la *Estrategia de la Unión Europea para la igualdad de las personas LGBTIQ*⁷⁸, ambas acogidas por el Parlamento Europeo en su *Resolución sobre la protección de los derechos del niño en los procedimientos civiles, administrativos y de familia*⁷⁹ y en su *Resolución sobre los derechos LGBTIQ en la UE*⁸⁰ y en las *Conclusiones del Consejo sobre la Estrategia de la UE sobre los derechos del niño*⁸¹, con la que se pretende reforzar la protección de los derechos fundamentales y de otros derechos de los hijos en situaciones transfronterizas, especialmente su derecho a la identidad, a la no discriminación y a la vida privada y familiar, y los derechos sucesorios y de alimentos en otro Estado miembro, asumiendo como principio rector y guía el interés superior del menor.

53. En la Propuesta se pone de manifiesto que en torno a «unos 2 millones de hijos se enfrentan actualmente a una situación en la que su filiación determinada en un Estado miembro no se reconoce a todos los efectos en otro Estado miembro»⁸². Sólo la constatación de esta evidencia debería impulsar con determinación la adopción de un texto normativo que terminara con esta vulneración de derechos, puesto que no otra cosa es de lo que hablamos⁸³. Sin embargo, quizás la Propuesta no esté del todo atinada en el método elegido⁸⁴, si de lo que se trata al fin es de lograr que el estatuto filial del niño circule por todos los Estados miembros⁸⁵. Y ello porque no apuesta de

77 Bruselas, 24 de marzo de 2021 COM(2021) 142 final, accesible en resource.html (europa.eu), consultado el 19 de junio de 2024.

78 Bruselas, 12 de noviembre de 2020 COM(2020) 698 final, accesible en lgbtiq_strategy_2020-2025_en.pdf (europa.eu), consultado el 19 de junio de 2024.

79 Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2022, sobre la protección de los derechos del niño en los procedimientos civiles, administrativos y de familia (2021/2060(INI)), accesible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0104_EN.html, consultado el 19 de junio de 2024.

80 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2021, sobre los derechos LGBTIQ en la UE (2021/2679(RSP)), accesible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0366_EN.html, consultado el 19 de junio de 2024.

81 Bruselas, 9 de junio de 2022 (OR. fr) 10024/22 JAI 848 FREMP 123, accesible en pdf (europa.eu), consultado el 19 de junio de 2024.

82 Propuesta p. 2.

83 Así se indica en la Propuesta: «La Unión aspira a crear, mantener y desarrollar un espacio de libertad y justicia en el que se garanticen la libre circulación de personas, el acceso a la justicia y el pleno respeto de los derechos fundamentales».

84 *Vid. in extenso*, DURÁN AYAGO, A., «Principio de reconocimiento mutuo y filiación: una propuesta para avanzar en la libre circulación de personas y familias», en FERNÁNDEZ PÉREZ, A. (coord.), *Derecho internacional privado en acción: algunas cuestiones. IV Foro europeo de Derecho Internacional Privado*, Aranzadi, 2024, pp. 147-162.

85 Muy críticos con la Propuesta en sentido general, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica», *Revista de Derecho Civil*, vol. X, n.º 3 (abril-junio, 2023) Ensayos, pp. 171-200; RODRÍGUEZ PINEAU, E., «La Propuesta

forma decida por el método de reconocimiento de situaciones jurídicas, cuya derivada en la Unión Europea es el principio de reconocimiento mutuo, que es el único que avala la continuidad en el espacio de estas adopciones. En la medida en que la filiación forma parte de la identidad de la persona, no puede quedar sometida a la inseguridad jurídica de ver rechazado su reconocimiento en otro Estado por el simple motivo de que en ese Estado no se contemple la adopción por parejas LGTBIQ⁸⁶.

54. El orden público internacional en estos casos debería quedar destilado, impidiendo que la orientación sexual o la identidad de género sirva para rechazar el reconocimiento, puesto que ello supone una clara discriminación que atenta contra los Derechos fundamentales.

55. Aunque al TEDH no ha llegado ningún caso de rechazo del reconocimiento de una adopción constituida en otro Estado a favor de persona/pareja LGTBIQ, probablemente en estos casos debería atenderse a la jurisprudencia que sobre reconocimiento de adopciones internacionales ha gestado este Tribunal. Así, en el asunto *Wagner c. Luxemburgo*⁸⁷, el TEDH obliga a Luxemburgo a reconocer la adopción constituida en Perú por una madre soltera, aun cuando en Luxemburgo no está permitida la adopción a solteros, y en el asunto *Negrepontis c. Grecia*⁸⁸, hace lo propio respecto del reconocimiento en Grecia de una adopción constituida en Estados Unidos, pues conforme al Derecho griego se consideraba que el adoptante, monje ortodoxo, no tenía capacidad para adoptar. En ambas decisiones, el TEDH establece las premisas para que el orden público internacional del Estado requerido no pueda obstaculizar el reconocimiento.

56. El TEDH reconoce la existencia de una relación familiar *de facto* y que el artículo 8 genera obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida familiar. Considera que la falta de reconocimiento de la adopción constituye una injerencia en el derecho al respeto a la vida familiar de los requirentes. En los casos que fueron objeto de decisión, la injerencia estaría fundamentada en los artículos 367 a 370 del Código civil luxemburgués y en el artículo 33 del Código civil griego, respectivamente. Pero la mayoría de los Estados miembros de la CEDH contempla la posibilidad de que una persona soltera pueda adoptar, por lo que se considera que Luxemburgo y Grecia, respectivamente, se excedieron en su margen de apreciación.

de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas», *Cuadernos de Derecho Privado*, 6, 2023, pp. 148-180.

86 Vid. DURÁN AYAGO, A., *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias (perspectiva internacional y europea)*, Aranzadi, 2023.

87 Demanda n.º 762400/01, accesible en: HUDOC - European Court of Human Rights (coe.int), consultada el 8 de abril de 2024.

88 Demanda n.º 56759/08, accesible en: NEGREPONTIS-GIANNISIS c. GRÈCE (coe.int), consultado el 8 de abril de 2024.

57. En el caso de la adopción conjunta por personas LGTBIQ, es cierto que el margen de apreciación de los Estados puede ser mayor, pero del mismo modo no hay que ignorar que el propio Convenio de adopción de 2008⁸⁹, elaborado en el seno del Consejo de Europa, hace referencia a la posibilidad de que los Estados miembros hagan uso de su capacidad para legislar posibilitando que estas parejas adopten. Lo que sería incomprensible es que una vez que hubieran adoptado luego no se reconociera esta adopción en otro Estado.

58. Por tanto, considero que, de plantearse una cuestión en estos términos respecto de una persona o pareja LGTBIQ, casada o no, el hecho de que ya esté constituida la adopción debería llevar a reconocerla. Denegar el reconocimiento supondría vulnerar el artículo 8 CEDH en todo caso, y según la legislación también del artículo 14.

V. Conclusiones

59. La posibilidad de adoptar por personas/parejas LGTBIQ es cada vez menos controvertida. Aun así, sigue siendo un lugar bastante vedado para ellas cuando se trata de adopciones transnacionales, en las que se deben tener en cuenta las legislaciones de los Estados en que residen los adoptantes, de un lado, y el niño, de otro, y ambas deben permitir a estas personas acceder a la adopción.

60. Si bien, como hemos reiterado a lo largo del trabajo, no existe un derecho a adoptar, sino que es el niño que se encuentra en situación de desamparo quien tiene derecho a vivir en familia, lo cierto es que cada Estado regula quiénes podrán acceder a la adopción. Así, hay diversidad de posibilidades, desde las legislaciones que permiten acceder a quien está soltero/a, aquellas que exigen que sea una adopción por parejas casadas, aquellas que admiten también la adopción conjunta a las parejas de hecho o registradas, y a todo ello se unen los matices según que el Estado esté más o menos comprometido con los derechos de las personas LGTBIQ.

61. El TEDH tampoco reconoce el derecho a formar una familia, sino que en el artículo 8 se protegen las ya creadas, pero en relación con el principio de prohibición de la discriminación que aflora cuando en el contexto de la legislación se considera que se trata de forma distinta situaciones comparables, su jurisprudencia ha reconocido también las vulneraciones que existen cuando se impide adoptar simplemente por el hecho de ser una persona LGTBIQ (en adopciones monoparentales y coparentales).

89 *Vid.* estado de ratificaciones en: <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=202>, consultado el 20 de junio de 2024.

62. Desde la perspectiva del reconocimiento, rechazar la continuidad en el espacio de una adopción constituida por persona/pareja LGTBIQ en otro Estado, vulnera el derecho a la vida personal y familiar, puesto que, en estos casos, la familia ya está creada, si bien conforme a la legislación de otro Estado diferente. En estos casos, es de vital importancia garantizar que la adopción se reconocerá, pues lo contrario supone vulnerar el interés superior del niño, que como es sabido debe ser la consideración primordial en estos casos.

VI. Bibliografía

COUDOING, N., «L'orientation sexuelle dans le droit sur l'adoption», *Revue des politiques sociales et familiales*, 2009, n.º 96, pp. 71-81.

DURÁN AYAGO, A., «Principio de reconocimiento mutuo y filiación: una propuesta para avanzar en la libre circulación de personas y familias», en FERNÁNDEZ PÉREZ, A. (coord.), *Derecho internacional privado en acción: algunas cuestiones. IV Foro europeo de Derecho Internacional Privado*, Aranzadi, 2024, pp. 147-162.

DURÁN AYAGO, A., *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias (perspectiva internacional y europea)*, Aranzadi, 2023.

FARR, R. H. y GOLDBERG, A. E., «Sexual Orientation, Gender Identity, and Adoption Law», *Family Court Review*, vol. 56 , n.º 3, July 2018, p. 374-383.

GILBAJA CABRERO, E., «Orientación sexual y filiación. Especial referencia a la adopción», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 17, 2013.

GILBAJA CABRERO, E., «La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 91, septiembre-diciembre 2014, pp. 303-340.

MARCOS MARTÍN, T., «La adopción por parte de persona homosexual y su relación con el derecho a la vida familiar y la no discriminación por razón de sexo. Comentario a la sentencia del TEDH de 22 de enero de 2008 (E.B. c. Francia, asunto n.º 43546/02)», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 16 (2008), pp. 1-14.

MARTÍN SÁNCHEZ, M., «Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, pp. 219-253.

MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. M., «Los derechos de las personas LGBTI: ¿hacia un derecho a la orientación sexual y la identidad género?», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 42, 2020, pp. 209-239.

- MESQUITA COELHO, I. / SANT'ANA HONORATO, E. J.**, «Adoção por casais homossexuais – revisão integrativa», *Nova Perspectiva Sistêmica*, vol. 31, n.º 73, 2022, pp. 74-92.
- NÚÑEZ MARÍN, R. F.**, «Estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género: interpretación evolutiva en el derecho interamericano», *Revista Prologómenos*, vol. 22 (43), 2019, pp. 9-20.
- O'FLAHERTY, M. y FISHER, J.**, «Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles», *Human Rights Law Review* 8:2(2008), p. 207-248.
- PEÑA DÍAZ, F.**, *La lucha que no cesa. Los derechos del colectivo LGBTI como derechos humanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.
- PERIBÁÑEZ BLASCO, E.**, «Evolución de la normativa y la jurisprudencia sobre los derechos de las personas LGTBI+», *Revista Universitaria Europea*, n.º 37, julio-diciembre 2022, pp. 76-106.
- ROMBOLI, S.**, «La protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo: pasado, presente y unas revisiones para el futuro», *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, 2020, número extraordinario, pp. 1-38.
- SAROLÉA, S.**, «L'adoption internationale en droit belge à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue trimestrielle de droit familial*, 1/2009, pp. 11-57.

LA CO-MATERNIDAD EN ESPAÑA Y SU RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO ITALIANO. A PROPÓSITO DE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO (UE) SOBRE FILIACIÓN

Natalia Vigano Martínez

*Doctoranda
Universidad de Granada*

Sumario: I. Introducción. II. La co-maternidad en el ordenamiento jurídico español. Evolución y estado actual de la cuestión. III. Reconocimiento de la doble maternidad en el derecho Italiano. IV. La propuesta de Reglamento (UE) sobre filiación. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

Resumen: El presente estudio tiene como objetivo analizar la situación de la doble maternidad derivada de técnicas de reproducción humana asistida, su marco normativo actual y su reconocimiento, así como examinar la propuesta de reglamento de la Unión Europea en materia de filiación. De esta manera, se llevará a cabo una doble perspectiva de análisis: en primer lugar, se explorará la viabilidad del reconocimiento de la doble maternidad mediante técnicas de reproducción asistida en España e Italia como Estados miembros de la Unión Europea. Cuestión que reviste gran importancia dadas las notables diferencias que caracterizan su regulación en ambos sistemas jurídicos. Por otro lado, en consonancia con lo anteriormente mencionado, se abordará el estudio de la reciente propuesta de Reglamento presentada en el ámbito de la Unión Europea, considerando la relevancia que tendría su eventual aprobación en la protección de los derechos de los diversos modelos de familia europeos.

Palabras clave: Homoparental. Familia. Doble maternidad. UE. LGBTIQ.

Abstract: The present study aims to analyze the situation of double motherhood resulting from assisted human reproduction techniques, its current regulatory framework and recognition, as well as to examine the proposed European Union regulation on parentage. In doing so, a dual perspective of analysis will be undertaken firstly, the feasibility of recognizing double motherhood through assisted reproduction techniques in Spain and Italy as EU Member States will be explored. This issue is of significant importance given

the notable differences that characterize their regulation in both legal systems. Secondly, in line with the aforementioned, the study will address the recent proposal for a Regulation presented within the European Union, considering the significance that its potential approval would have in protecting the rights of various European family models.

Keywords: Homoparental. Family. Dual motherhood. EU. LGBTQ.

I. Introducción

Los permanentes cambios sociales tienen influencia directa en la manera en que las personas se relacionan entre sí y en sus lazos familiares, lo que requiere que el derecho se mantenga en constante evolución para adaptarse a estas nuevas situaciones.

En este sentido, el desarrollo legislativo relativo al reconocimiento de derechos para las familias homoparentales ha tenido una importancia destacada en el ámbito del derecho de familia. No obstante, a pesar de los avances logrados, dicho reconocimiento no ha sido uniforme a nivel internacional, por lo que la regulación de los diversos modelos de familia que caracterizan la escena social actual puede variar profundamente en los distintos ordenamientos jurídicos estatales.

Esta disparidad se manifiesta también a nivel europeo, ya que, al tratarse de una competencia exclusiva de los Estados miembros, no existe homogeneidad en la regulación y tampoco en la tutela ofrecida a las familias LGBTI, lo que les impide poder gozar plenamente de sus derechos como individuos y como ciudadanos de la Unión Europea (UE).

De acuerdo a un informe del Parlamento Europeo presentado en 2021, en al menos 11 de los 27 Estados miembros de la UE, se puede denegar el reconocimiento legal como padres conjuntos de sus hijos a parejas del mismo sexo. «Esto trae como consecuencia que las familias homoparentales que se mudan entre Estados miembros de la UE a menudo se enfrentan a la posibilidad de que los lazos familiares entre un niño y ambos padres, que han sido legalmente establecidos en otro lugar, no sean legalmente reconocidos y, por lo tanto, se disuelvan una vez que cruzan una frontera nacional¹».

Considerando todo lo mencionado, el objetivo principal de este trabajo es llevar a cabo un análisis de derecho comparado entre los sistemas legales español e italiano, con el fin de destacar las diferencias existentes en el ámbito de la UE en relación con la filiación homoparental en especial la co-maternidad. Además, se incluye una descripción de la reciente propuesta

1 Informe Parlamento Europeo «Obstacles to the Free Movement of Rainbow Families in the EU» de 2021. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/671505/IPOL_STU\(2021\)671505_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/671505/IPOL_STU(2021)671505_EN.pdf)

de Reglamento de la UE sobre filiación, que en caso de aprobarse podría representar un verdadero salto cualitativo en el respeto y garantía de los derechos de las diversas familias europeas.

II. La co-maternidad en el ordenamiento jurídico español. Evolución y estado actual de la cuestión

Con la adopción de la ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio², se introdujeron en el ordenamiento español una serie de modificaciones que constituyeron un avance significativo en la reducción de las desigualdades que históricamente han afectado a la comunidad LGBTI³.

Así, en 2005 se aprobó el denominado matrimonio igualitario⁴. Esto permitió a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio en las mismas condiciones y con los mismos efectos legales que las parejas heterosexuales, proporcionando por fin, un marco jurídico a las parejas homosexuales y a sus familias, que hasta ese momento habían sido invisibilizadas⁵.

Las reformas introducidas, abarcaron todo lo relacionado con los derechos y prestaciones sociales, incluyendo la posibilidad de participar en procedimientos de adopción⁶. Dado que, a partir de estas, se abrió la puerta no solo a la denominada *stepchild adoption*⁷, sino también a la adopción conjunta por parte de parejas del mismo sexo.

2 BOE n.º 157, de 2 de julio de 2005.

3 Comunidad de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales.

4 El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la presente ley señalando entre otras cuestiones que, *las personas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio (...). Sin embargo, las personas homosexuales gozan ahora de la opción, inexistente antes de la reforma legal, de contraer matrimonio con personas del mismo sexo, de tal modo que el respeto a su orientación sexual encuentra reflejo en el diseño de la institución matrimonial, y por tanto su derecho individual a contraer matrimonio integra también el respeto a la propia orientación sexual. De este modo se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (...).* Ver STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012. Recurso de inconstitucionalidad 6864-2005. ECLI:ES:TC:2012:198.

5 LÓPEZ SÁNCHEZ, C. «Una doble perspectiva acerca del matrimonio homosexual en España y la unión civil entre personas del mismo sexo en Italia». *Actualidad Jurídica Iberoamericana* n.º 17 bis, 2022, pp. 1982-2015.

6 Al respecto ver GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. «El matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva constitucional». *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, 2016, pp. 133-164.

7 Este término se refiere a la adopción del hijo biológico del cónyuge o del compañero en las parejas de hecho.

Ahora bien, en lo que respecta al reconocimiento de la co-maternidad, inicialmente limitada a la vía de la adopción, este fue introducido por la Ley 3/2007⁸, que modificó el artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida⁹ (LTRHA), la cual, fue objeto de reformas a través de la Ley 19/2015 de 13 de julio¹⁰.

La mencionada normativa aborda los casos de doble maternidad en relación con hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida heteróloga¹¹, permitiendo el establecimiento del vínculo filiatorio en favor de dos mujeres, incluida aquella que no tiene relación genética con el menor. Esto se logra a partir de una declaración de voluntad de esta, posibilitando la determinación de la segunda maternidad legal por naturaleza, previo cumplimiento de ciertos requisitos¹².

La introducción de esta modalidad de filiación distinta a las conocidas hasta el momento vino a adicionar a la verdad biológica y a la verdad jurídica derivada de la adopción, una verdad de naturaleza voluntaria en la que, «la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo¹³».

En su momento, el Tribunal Supremo español entró a analizar los supuestos de doble maternidad, indicando que la ley permite (...) *la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica, sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza cuando se cumplan los requisitos previstos (...)*.

En ese sentido, el artículo 7.3 LTRHA establece¹⁴ la necesidad de que entre las mujeres exista vínculo matrimonial al momento de la inscripción. Asimismo, exige una declaración de voluntad de la mujer no gestante, sin

8 Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. BOE n.º 65, de 16 de marzo de 2007.

9 BOE n.º 126, de 27 de mayo de 2006.

10 Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. BOE n.º 167, de 14 de julio de 2015.

11 La inseminación artificial con semen de donante (IAD), también conocida como inseminación artificial heteróloga (IAHe) consiste en un tratamiento de reproducción humana asistida donde la muestra seminal utilizada para realizar la inseminación artificial proviene de un banco de semen. Ver <https://www.reproduccionasistida.org/inseminacion-artificial-de-donante-iad/> (Consultada 6 de enero de 2024).

12 Ver Sentencia N.º 740/2013 de 5 de diciembre de 2013. ECLI: ES:TS:2013:5765.

13 LAMM, E. «La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida» *Revista Bioética y Derecho*, n.º24, 2012.

14 Nos referimos al precepto en tiempo presente, ya que, aunque como veremos a continuación se han introducido importantes reformas respecto de los requisitos, la norma en cuestión no ha sido objeto de modificaciones.

embargo, nos remite directamente a la Ley de Registro Civil 20/2011 de 21 julio¹⁵ (LRC), a los fines de determinar el régimen aplicable.

Así pues, del tenor literal de la ley se deduce que la atribución de la filiación a favor de ambas madres estaría condicionada exclusivamente a la existencia de un vínculo matrimonial previo¹⁶. Esta disposición ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, que cuestiona su naturaleza discriminatoria, ya que, a diferencia de lo que sucede en el caso de parejas formadas por personas de distinto sexo, en principio se excluye a las parejas de hecho o convivientes¹⁷.

No obstante, lo descripto hasta el momento, a partir de la sanción de Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGBTI¹⁸, esta situación habría cambiado.

En efecto, la propia ley en su preámbulo establece que las modificaciones introducidas suponen «la posibilidad, para las parejas de mujeres, y parejas de hombres cuando uno de los miembros sea un hombre trans con capacidad de gestar, de proceder a la filiación no matrimonial por declaración conforme en los mismos términos que en el caso de parejas heterosexuales».

De esta manera, se han llevado a cabo, por un lado, la modificación del artículo 108 del Código Civil (CC.), el cual, expresamente establece que «La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial»¹⁹, y, por otro lado, se ha reformado el artículo 120.1 CC.²⁰, estableciendo la posibilidad de

15 BOE n.º 175, de 22 de julio de 2011.

16 La Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 28 de febrero de 2011, estableció que el vínculo matrimonial debía ser anterior al momento del nacimiento del menor y no al momento de otorgarse el consentimiento como defendían algunos autores. Al respecto ver CADENAS OSUNA, D., «La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea», *ADC*, tomo LXXV, 2022, fasc. I (enero-marzo), pp. 69-114.

17 FARNÓS AMORÓS, E., «Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos», *Revista Derecho de Familia*, n.º 49, 2011, pp. 153-181.

18 BOE n.º 51, de 1 de marzo de 2023.

19 En relación a esta cuestión, es importante señalar que esta posibilidad ya había sido prevista, por ejemplo, por el CC. Catalán, cuyo artículo 235.3 establece la posible determinación de la filiación por naturaleza derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida a partir del consentimiento de la mujer no gestante, con independencia de que estén casadas o no. Al respecto ver BENAVENTE MOREDA, P., «La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual», *ADC*, tomo LXIV, 2011, fasc. I, pp. 75-124.

20 Entre las modificaciones realizadas se ha procedido a sustituir el término «padre» por la expresión «padre o progenitor no gestante».

determinación de la filiación no matrimonial en favor de la madre no gestante²¹, bastando solo la declaración conforme de ésta²².

De igual modo, se han previsto reformas en el artículo 44 LRC el cual establece en su apartado 4. b) la posibilidad de inscripción del recién nacido como hijo de la madre no gestante, siendo necesario que ésta manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, la cual habrá de realizarse al momento mismo de la inscripción²³.

Por otra parte, el mismo precepto de la LRC en su apartado a) introduce una novedad respecto a la regulación de la doble maternidad de carácter matrimonial, ya que, permite la inscripción de la filiación en favor de la madre no gestante aun cuando exista separación legal o, de hecho, cuestión que recordemos se encontraba vedada por el artículo 7.3 LTRHA. Para ello, sin embargo, será necesario el consentimiento de ambas cónyuges²⁴.

Asimismo, el precepto prevé en su apartado 6 la posibilidad de tal reconocimiento con posterioridad a la inscripción, sin embargo, en este caso, será necesario también el consentimiento expreso de la madre o persona trans gestante.

Finalmente, es preciso destacar que, considerando las modificaciones introducidas al CC., la determinación de la filiación en favor de ambas mujeres, incluida la no gestante, ya sea en su modalidad matrimonial o no matrimonial, a nuestro entender, no estaría sujeta al requisito de que el recién nacido haya sido concebido mediante métodos de reproducción asistida. Esto se debe a que dichas reformas posibilitan la determinación de la filiación en beneficio de ambas madres, independientemente del método de concepción empleado.

Esta interpretación viene a confirmar la línea seguida por la RDGRN 8 de febrero de 2017, donde se estableció que el artículo 44.5 LRC en su antigua redacción debía ser interpretado de manera autónoma respecto del artículo 7.3 LTRHA²⁵, señalando que «la intención del legislador ha sido facilitar la

21 La previsión del artículo 120 CC. elimina el requisito del vínculo matrimonial exigido por el artículo 7.3 LTRHA, no obstante, ésta no ha sido objeto de modificación.

22 El apartado 1.º del artículo 120 del Código Civil prevé que la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente en el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre o progenitor no gestante.

23 Asimismo, el artículo 124 CC. prevé la posibilidad de que tal inscripción quede suspendida por la simple petición de la madre o progenitor gestante durante el año siguiente al nacimiento.

24 QUICIOS MOLINA, M.ª S., «Las relaciones de filiación de personas LGTBI (Tribuna)». *Cuadernos de Derecho Privado*, n.º 5, 2023, pp. 2-7

25 Véase ANDREU MARTÍNEZ, M.ª B., «La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?». *InDret Revista para el análisis del Derecho*, 2018, p. 20.

determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres, independientemente de que hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida».

Como se puede observar, la legislación española ha avanzado significativamente en términos de inclusión, brindando a diversos modelos familiares, incluido el que nos ocupa, las garantías y el reconocimiento necesarios para asegurar el ejercicio de sus derechos. Sin embargo, la presencia de un componente transfronterizo introduce una complejidad adicional, ya que el reconocimiento de estos derechos no sigue un patrón homogéneo en el ámbito internacional.

Esta ausencia de uniformidad en la regulación a nivel internacional se replica también en el ámbito europeo, en consecuencia, el asunto puede variar dependiendo el Estado miembro del que se trate. Como veremos a continuación, el caso italiano es ejemplo de ello, ya que, pese a tratarse de un Estado con una tradición jurídica y social muy similar a la española, el reconocimiento de los derechos LGBTI y de los distintos modelos de familia han tenido un desarrollo considerablemente más limitado en comparación con España, situación que también se repite en otros Estados miembros UE.

III. Reconocimiento de la doble maternidad en el ordenamiento jurídico italiano

Durante años, Italia constituyó uno de los pocos Estados de la UE que no regulaba de modo alguno la cuestión referida a las parejas del mismo sexo²⁶, pese a contar con resoluciones de la Corte Constitucional que ya señalaban el derecho de las parejas homosexuales a *vivir libremente en una relación de pareja (...) con el reconocimiento jurídico correspondiente con los derechos y deberes asociados*²⁷.

En la actualidad, la legislación italiana no reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo²⁸, posibilidad reservada solo para parejas heterosexuales. No obstante, si se ha establecido a través de la ley núm. 76 de 20 de

26 AZZARRI, F., «Le unioni civili: luci e ombre» en PELISSERO, M. y VARCELLONE, A., *Diritto e Persone LGBTQI+*, Giampichelli, 2022, pp. 55-75.

27 Ver SENT. C. COST n.º 138 de 15 de abril de 2010.

28 La corte Constitucional ha señalado que, *si bien es cierto que los conceptos de familia y matrimonio no pueden considerarse «cristalizados» con referencia a la época en que la Constitución entró en vigor, porque están dotados de la ductilidad propia de los principios constitucionales y, por lo tanto, deben interpretarse teniendo en cuenta no solo las transformaciones del ordenamiento, sino también la evolución de la sociedad y de las costumbres (...) dicha interpretación no puede llegar al punto de afectar el núcleo de la norma, modificándola de tal manera que incluya fenómenos y problemáticas no considerados de ningún modo cuando fue promulgada*. SENT. C. COST n.º 138 de 15 de abril de 2010.

mayo de 2016²⁹, la denominada Unión civil³⁰, en la que se reconocen una serie de derechos³¹, quedando excluidas cuestiones como filiación homoparental.

Esta elección legislativa, consistente en crear una institución particular diferenciada y no optar por la ampliación de la institución matrimonial existente, basándose solamente en la orientación sexual de los integrantes de la pareja, ha generado muchas dudas en relación a su compatibilidad con el principio de igualdad recogido en el artículo 3 de la Constitución italiana, que reconoce la igualdad de los ciudadanos ante la ley, con independencia de las condiciones personales, entre las que quedaría (o debería quedar) comprendida la orientación sexual³².

Por otra parte, teniendo en cuenta que, la principal diferencia entre la institución del matrimonio y la unión civil gira en torno al aspecto filiatorio, algunos autores se preguntan si «tal dualidad de instituciones realmente responde a un deber constitucional razonablemente justificado o si no refleja, en realidad, un prejuicio en relación a las parejas homosexuales»³³.

Ahora bien, en lo que se refiere particularmente a la doble maternidad derivada de técnicas de reproducción humana asistida, el panorama es bastante complejo, como consecuencia de la inexistencia de una normativa que regule de forma clara estos supuestos.

Por esta razón, para poder saber cuál es el régimen aplicable a los casos de co-maternidad, será necesario remitirnos mayoritariamente a la jurisprudencia, que como veremos a continuación deja más dudas que certezas.

De esta manera, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico español, la legislación italiana se caracteriza, aún hoy, por la ausencia de normas que regulen en general la filiación homoparental y, en particular, la co-maternidad. Una de las pocas excepciones la constituye la ley núm.

29 GU n.º 118 de 21 de mayo de 2016.

30 La unión civil «Se trata de una figura diferente a la matrimonial, dotada de una propia reglamentación que no prevé el deber de fidelidad y colaboración y que entre otras cuestiones dispone, la posibilidad de resolución unilateral de la relación en cualquier momento». Al respecto ver LA FATA, F. «Le unioni civili e le convivenze dopo la legge del 20 maggio 2016, n.º 76» *Jornada Profesional de Derecho de Familia. XI Congreso Internacional de Derecho de Familia*. Instituto de Derecho Iberoamericano. Disponible en: <https://idibe.org/tribuna/le-unioni-civili-e-le-convivenze-dopo-la-legge-del-20-maggio-2016-n-76/>; CAMPIGLIO, C. «La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso» *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 53, n.º 1, 2017, pp. 33-66.

31 Incluye cuestiones referidas al régimen patrimonial, deber de asistencia, apellido, derechos sucesorios entre otros. Disponible en: <https://notariato.it/it/famiglia/unioni-civili/>.

32 Al respecto ver RODOTÁ, S. *Diritto d'amore*, Laterza, 2015, pp. 103 y ss.

33 AZZARRI, F. «Le unioni civili: luci e ombre»...*loc. cit.*, p. 56.

40 de 19 de febrero de 2004³⁴ que, aunque no se refiere expresamente a tales supuestos, su redacción impide que las parejas del mismo sexo puedan acceder a técnicas de reproducción asistida como método procreacional.

En ese sentido, el artículo 5 de la mencionada norma establece que «pueden acceder a las técnicas de procreación médicamente asistida parejas de mayores de edad, de sexo diferente, casadas o convivientes, en edad potencialmente fértil, y ambos vivos». Esta exclusión expresa derivada de dicho precepto tiene consecuencias directas en la posibilidad de reconocimiento de la doble maternidad, ya que constituye un obstáculo para la determinación de la filiación en favor de la madre no gestante, particularmente en los casos de niños nacidos en Italia.

Así pues, la Corte de Casación italiana se ha referido a los supuestos de niños concebidos en el extranjero mediante técnicas de reproducción humana asistida pero nacidos en territorio italiano señalando que, el reconocimiento de la filiación en favor de ambas madres *se opone directamente a lo previsto por la mencionada ley n.º 40 de 2004 y a la exclusión del uso de dichas técnicas por parte de parejas homosexuales*³⁵. Como consecuencia, *no estando permitida, fuera de los casos previstos por la ley, la realización de formas de parentalidad desvinculadas de una relación biológica* no es posible el reconocimiento de la filiación en favor de la madre no gestante³⁶.

Para estos casos, la única solución posible es recurrir a la denominada «adopción en casos particulares» regulada por el artículo 44, apartado 1, letras a) y d)³⁷, de la Ley núm. 184 de 4 de mayo de 1983³⁸. Para ello, será necesario el consentimiento de la madre biológica³⁹, a quien se le reconoce «un verdadero derecho de veto respecto de la madre no gestante», a pesar de que el menor haya sido concebido en el marco de un proyecto familiar conjunto⁴⁰. A todo esto, se debe añadir la obligación de la madre no gestante de someterse a un proceso de idoneidad, con la posibilidad de que este resulte

34 GU n.º 45 de 24 febrero de 2004.

35 Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional señalando que

36 SENT, C. DI CASS., prima sezione, n.º 8029 de 22 abril de 2020.

37 Es preciso destacar que, aunque, el mismo precepto en su apartado b) prevé la posibilidad de adopción por parte del cónyuge, esta posibilidad no se extiende a los supuestos de parejas del mismo sexo.

38 GU. n.º 133 de 17 de mayo de 1983.

39 Así previsto por el artículo 46 de la ley 184 de 4 de mayo de 1983.

40 Al respecto ver LONG, J. «L'omogenitorialità nell'ordinamento giuridico italiano» en PELISSERO, M. y VARCELLONE, A. *Diritto e Persone LGBTQI+*, Giampichelli, 2022, pp. 77-89; BOSIO, R., «Famiglie omogenitoriali in Italia relazioni di filiazione e pratiche di responsabilità genitoriale» *Sociologia del diritto*, n.º 1, 2020, pp. 153-176.

en la denegación de la adopción y, por lo tanto, en la inexistencia de un vínculo filiatorio con el menor, con todas las implicaciones que ello conlleva⁴¹.

Al respecto también se ha pronunciado la Corte Constitucional⁴² señalando que, *la situación que involucra a los menores nacidos mediante técnicas de reproducción asistida (PMA) practicadas por parejas del mismo sexo choca con el hecho de que tal práctica no esté permitida en Italia por una decisión del legislador*. Esta opción normativa, como ya ha aclarado anteriormente la Corte, no es censurable desde el punto de vista constitucional, sin embargo, *revela una preocupante laguna en el ordenamiento en lo que se refiere a la protección del interés superior de los menores, particularmente de los niños nacidos por PMA practicada por dos mujeres, a los que se debe garantizar la permanencia de sus vínculos afectivos y familiares, aunque no sean biológicos, y su reconocimiento jurídico, con el fin de conferir certeza en la construcción de la identidad personal*⁴³.

En sentido contrario, la jurisprudencia italiana ha entendido que la situación cambia en relación a los niños concebidos y nacidos en el extranjero. De este modo, encontramos sentencias donde los tribunales han subrayado que, los casos de menores nacidos en el extranjero dentro de una pareja homosexual femenina mediante técnicas de reproducción asistida heteróloga no deben ser equiparados, de ninguna manera, con los supuestos de maternidad subrogada expresamente prohibidos por ley⁴⁴. Por ende, en virtud del reconocimiento del derecho de los menores a establecer relaciones afectivas duraderas con ambas progenitoras, incluida la no biológica, no existiría impedimento alguno para llevar a cabo el reconocimiento de la filiación en beneficio de ambas mujeres⁴⁵.

41 La inexistencia de vínculo filiatorio con el menor puede traer consecuencias a distintos niveles. Por ejemplo, los derechos de custodia en caso de separación o muerte de la madre gestante, entre otros. Al respecto ver LOLLINI, S. «Il riconoscimento della genitorialità omosessuale: un percorso lungo e tortuoso» en PELISSERO, M. y VARCELLONE, A. *Diritto e Persone LGBTQI+*, Giampichelli, 2022, pp. 91-110. El propio Parlamento Europeo en su informe DE 2023 sobre la propuesta de Reglamento sobre filiación, ha hecho referencia a las consecuencias que trae consigo la falta de reconocimiento de la filiación, señalando que esta puede dar lugar a «que un progenitor pierda los derechos parentales a actuar, como representante legal de su hijo, en asuntos como la asistencia sanitaria y la educación. También puede dar lugar a problemas en materia de pensión alimenticia y herencia y, en última instancia, a que a los hijos no se les conceda ninguna nacionalidad».

42 SENT. C. COST. 32/2021 de 10 de marzo de 2021.

43 Al respecto ver PATERNITI, F. «Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali» *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, 2021, pp. 228-253.

44 Art. 12.6 ley 40 de 19 de febrero de 2004 sobre normas en materia de procreación médicamente asistida.

45 SENT. C. D'APPELLO di Bari de 3 de febrero de 2020; SENT. C. D'APPELLO di Cagliari de 28 de abril de 2021.

No obstante, la existencia de tales resoluciones es importante señalar que en los últimos meses los Tribunales italianos parecen haber cambiado el criterio y han establecido que no es posible la transcripción de certificados de nacimiento extranjeros que reconozcan a dos madres, dada la inexistencia de una norma interna que asó lo permita, por lo tanto, los menores solo podrían ser registrados como hijos de la madre con la que mantienen vínculo genético⁴⁶.

Como se evidencia, la situación de las familias homoparentales en el contexto italiano se caracteriza por la incertidumbre y la desprotección. La ausencia de un régimen jurídico uniforme y estable que proteja sus derechos no hace más que profundizar las desigualdades que aún hoy siguen afectando a la comunidad LGBTI y a sus familias, particularmente a los menores que tienen derecho a una vida familiar estable y segura.

IV. La propuesta de Reglamento (UE) sobre filiación

Como hemos podido constatar, en el ámbito europeo se observan notables disparidades en las normativas y prácticas vigentes de los distintos Estados miembros respecto a estos asuntos. Esta diversidad normativa responde, entre otros factores, a la carencia de una regulación específica por parte del derecho europeo, dada su condición de competencia exclusiva de los Estados miembros.

Como consecuencia de ello, las familias homoparentales encuentran serios obstáculos para que sus vínculos y derechos sean reconocidos al intentar trasladarse a otro Estado miembro UE⁴⁷. No obstante, en virtud del principio fundamental de libre circulación de personas⁴⁸, reconocido como un derecho inherente al ciudadano de la UE⁴⁹, «la situación jurídica válida y reconocida en un Estado miembro debería ser considerada de manera análoga en los demás Estados miembros⁵⁰».

46 SENT. C. D'APPELLO di Milano de 6 de Febrero de 2024. Cabe aclarar que, en una sentencia de 8 de febrero de 2024 la Corte D'APPELLO di Brescia ha resuelto de manera opuesta dando vía libre a la inscripción de menores nacidos de dos madres incluida la madre no gestante.

47 LORENTE MARTÍNEZ, I. «Reconocimiento en la Unión Europea de la filiación de hijos de parejas del mismo sexo» *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 16, n.º 1, 2024, pp. 386-402

48 Se trata de un derecho consagrado en el artículo 26.2 del TFUE.

49 STJUE 24 de junio de 2022 C-2/21 Rzecznik Praw Obywatelskich. ECLI:EU:C:2022:502 y STJUE de 14 de diciembre de 2021 Pancharevo C-490/20 ECLI:EU:C: 2021:1008.

50 Véase DURÁN AYAGO, A. *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la circulación de personas y familias*. Aranzadi, 2023.

En este contexto, resulta interesante la propuesta de Reglamento (UE) sobre filiación⁵¹ que, aunque no tiene por objetivo la armonización de la legislación existente en la materia, la cual sigue estando en manos de los legisladores nacionales, si busca reducir las limitaciones que actualmente afectan la libre circulación de personas y favorecer la integración dentro del espacio europeo.

Así pues, la propuesta de Reglamento toma como base jurídica el artículo art. 81.3 TFUE y resumidamente se refiere al «reconocimiento en un Estado miembro de la filiación de un hijo o una hija determinada en otro Estado miembro. Su objetivo es proteger los derechos fundamentales y otros derechos de los hijos relativos a la filiación en situaciones transfronterizas, especialmente su derecho a la identidad», de acuerdo a lo establecido en su considerando 2.

Además, es importante señalar que, de conformidad con lo previsto en su considerando 21, el Reglamento abarca «el reconocimiento de la filiación con independencia de cómo se concibió y con independencia del tipo de familia. Por consiguiente, (...) abarca el reconocimiento de la filiación determinada en otro Estado miembro del hijo o de la hija con progenitores del mismo sexo».

Con este propósito, se establecen normas comunes en relación a distintas cuestiones que actualmente afectan de manera directa al reconocimiento de la filiación fuera de las fronteras del Estado miembro UE de origen o residencia, por lo que su ámbito de aplicación se circunscribe al establecimiento de la filiación en situaciones transfronterizas (artículo 3.1)⁵².

En primer lugar, se establecen reglas relacionadas con la competencia judicial, previendo la residencia habitual o nacionalidad del hijo o hija, la residencia habitual o nacionalidad de cualquiera de los progenitores, o el lugar de nacimiento del hijo o de la hija como criterios de asignación (artículo 6). Asimismo, en el artículo 9 se establece un «*forum necessitatis*» basado en la vinculación con el Estado miembro involucrado.

En segundo lugar, se regula la temática relacionada con el derecho aplicable⁵³. En ese sentido, la ley aplicable será la del Estado de residencia habi-

51 Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo

52 Un ejemplo de ello sería el supuesto analizado en epígrafes anteriores, correspondiente al reconocimiento en Italia de la doble maternidad de menores concebidos y nacidos en España.

53 El Reglamento establece el carácter universal de la ley que se determine aplicable en virtud de este, aunque no sea la de un Estado miembro. (Artículo 16)

tual de la persona que da a luz⁵⁴ en el momento del nacimiento⁵⁵. De igual manera, para garantizar que el derecho aplicable pueda determinarse en todas las circunstancias, el Reglamento prevé que, «cuando esta no pueda determinarse, debe aplicarse la ley del Estado de nacimiento del hijo o de la hija». Esta última cuestión tiene gran relevancia, sobre todo en supuestos de desplazamientos forzados.

A todo ello, debemos añadir lo que a nuestro entender representa una de las grandes novedades que introduce la propuesta de Reglamento, ya que, el artículo 17.2 prevé expresamente la posibilidad de aplicación de la ley del Estado de nacionalidad del primer progenitor o del segundo, o la ley del Estado de nacimiento del hijo o de la hija en lo que se refiere a la determinación de la filiación del progenitor o progenitora intencional⁵⁶, cuando con arreglo al apartado 1 del mismo precepto, tenga lugar la determinación de la filiación por lo que respecta a un solo progenitor o una sola progenitora.

En tercer lugar, se abordan el reconocimiento o, en su caso, la aceptación de resoluciones judiciales y documentos públicos en materia de filiación, estableciendo en el artículo 24 que «las resoluciones relativas a la filiación dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento especial alguno». De igual modo, se establece un capítulo dedicado a documentos públicos sin efectos jurídicos vinculantes (artículo 45), útiles como elementos probatorios de la filiación determinada en otro Estado miembro (extracto del registro civil o en un certificado de nacimiento⁵⁷), para lo cual, se abre la posibilidad de «solicitar a la autoridad que lo haya formalizado o registrado oficialmente en el Estado miembro de origen que cumplimente el formulario del anexo III, describiendo el valor probatorio del documento público en el Estado miembro de origen».

Finalmente, se introduce una limitación al orden público como causal de denegación de reconocimiento regulado por el artículo 31, dado que, por un lado, se ha previsto la necesidad de tener en cuenta el interés superior del menor y, por otro lado, se introduce el respeto de los derechos fundamentales y los principios reconocidos en la Carta, en particular su artículo 21 sobre el principio de no discriminación a la hora de su aplicación (artículo 31.2⁵⁸).

54 Es importante destacar que, el Reglamento utiliza la expresión «persona que da a luz» en vez de madre, lo que permite abarcar también los supuestos de personas trans gestantes.

55 Considerando que, el Reglamento no establece un concepto de residencia habitual, habrá que estar a la jurisprudencia del TJUE.

56 Progenitor o progenitora que no tiene relación biológica/ genética con el menor.

57 También se incluye la posibilidad de presentar por este medio documento relativo a la concesión del consentimiento al establecimiento de la filiación, que puede resultar fundamental para la determinación de la filiación en favor de la madre no gestante.

58 El artículo 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE, expresamente establece

Para concluir, se prevé la creación de un certificado de filiación europeo facultativo, como instrumento jurídico vinculante y directamente aplicable. Este puede ser solicitado por el hijo o hija o, en su caso, por su representante legal y en él se harán constar los datos de los progenitores, los extremos que fundamentan la competencia de la autoridad emisora para expedir el certificado y la ley aplicable a la determinación de la filiación y los extremos sobre cuya base se ha determinado dicha ley. El certificado tiene valor probatorio y es título válido para la inscripción en el registro de un Estado miembro, sin perjuicio de lo previsto por el artículo 3.2 i), que expresamente excluye del ámbito de aplicación del Reglamento la regulación de los requisitos para la inscripción de la filiación que, como tal, sigue estando en manos de los Estados miembros.

V. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo, hemos constatado las significativas diferencias que existen en la regulación de la filiación homoparental en general, y en particular la co-maternidad derivada de técnicas de reproducción humana asistida. Dentro de la propia UE, encontramos ordenamientos nacionales, como el español, que han evolucionado con el tiempo, proporcionando un marco jurídico a los distintos modelos familiares, garantizando sus derechos.

En este sentido, las diversas leyes aprobadas por el legislador español han permitido que hoy las parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, participar conjuntamente en procedimientos de adopción y, en el caso de parejas homosexuales femeninas, acceder a tratamientos de reproducción asistida, con el correspondiente reconocimiento tanto de la madre gestante como de la madre intencional.

Sin embargo, la situación es muy diferente en el contexto italiano, donde no se reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo. En su lugar, se ha optado por la creación de la unión civil, una figura particular distinta del matrimonio. Además, las posibilidades para las parejas homosexuales de llevar adelante un proyecto familiar conjunto son cada vez más limitadas.

Como consecuencia de estas diferencias, numerosas parejas del mismo sexo se ven obligadas a trasladarse a otro Estado miembro donde puedan materializar su proyecto procreacional. Incluso habiendo logrado dicho objetivo, enfrentan limitaciones en su derecho a la libre circulación, inherente a su condición de ciudadanos de la UE. Esto se debe a que, en la actualidad, no

la prohibición de discriminación por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

se puede garantizar que sus derechos y vínculos familiares sean respetados más allá de las fronteras del Estado en el que residen⁵⁹.

En este contexto, surge y se justifica la propuesta de Reglamento que hemos examinado de manera resumida. Como hemos visto, la propuesta incluye normas comunes relacionadas con la competencia judicial, el derecho aplicable, el reconocimiento y la creación de un certificado de filiación europeo, entre otros aspectos y su objetivo es, tal y como hemos analizado, reducir las disparidades existentes, al menos en lo que respecta al derecho de la Unión.

Si bien el Reglamento no pretende armonizar las legislaciones nacionales, dado que la UE no posee competencias para legislar directamente en materia de filiación, sí busca eliminar los obstáculos a la libre circulación de personas y garantizar su ejercicio. En ese sentido, y aunque en principio podemos valorar su contenido positivamente, como sostiene RODRÍGUEZ PINEAU (2023)⁶⁰, aún queda pendiente el objetivo final. «Este objetivo no es otro que la creación y el reconocimiento de un estatuto personal idéntico en todos los Estados miembros⁶¹», si lo que se pretende es una Unión Europea donde todos los ciudadanos y sus familias sean efectivamente iguales y puedan gozar libremente de sus derechos.

VI. Bibliografía

ANDREU MARTÍNEZ, M.^a B., «La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?» *InDret Revista para el análisis del Derecho*, 2018, p. 20.

AZZARRI, F., «Le unioni civili: luci e ombre» en PELISSERO, M. y VARCELLONE, A. *Diritto e Persone LGBTQI+*, Giampichelli, 2022, pp. 55-75.

BENAVENTE MOREDA, P., «La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual», *ADC*, tomo LXIV, 2011, fasc. I, pp. 75-124.

59 La Comisión de libertades civiles, justicia y asuntos de interior ha señalado que más de 100.000 familias homoparentales actualmente enfrentan problemas ligados al reconocimiento de sus vínculos familiares legales y ha estimado que este número sería aún mayor considerando a las familias que optan por no desplazarse de su Estado de origen o residencia debido al temor de perder tales vínculos. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0368_ES.html#_section5.

60 Véase RODRÍGUEZ PINEAU, E. (2023). *La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas Cuadernos de Derecho Privado*, 6, pp. 148-180.

61 Al respecto ver también JIMÉNEZ BLANCO, P., «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado», *REEI*, Vol. 35, 2018, pp. 1-49.

- BOSISIO, R.**, «Famiglie omogenitoriali in Italia relazioni di filiazione e pratiche di responsabilità genitoriale» *Sociologia del diritto*, n.º 1, 2020, pp. 153-176.
- CADENAS OSUNA, D.**, «La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea», *ADC*, tomo LXXV, 2022, fasc. I (enero-marzo), pp. 69-114.
- DURÁN AYAGO, A.**, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la circulación de personas y familias*. 2023, Aranzadi.
- FARNÓS AMORÓS, E.**, «Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos», *Revista Derecho de Familia*, n.º 49, 2011. pp. 153-181.
- GALEA, E.**, «I diritti delle persone e delle coppie omosessuali in italia: quali prospettive dopo le unioni civili?» *Tesi di laurea magistrale LM5*, 2023, Università di Pisa.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.**, «El matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva constitucional». *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, 2016, pp. 133-164.
- GHIONNI, C** «Figlio di due madri nato all'estero e compatibilità con l'ordinamento interno: l'interesse della persona minore d'età nella famiglia omogenitoriale». *Rassegna di Diritto Civile*, n.º 1, 2018, p. 312-332.
- JIMÉNEZ BLANCO, P.**, «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado», *REEL*, vol. 35, 2018, pp. 1-49.
- LAMM, E.**, «La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida» *Revista Bioética y Derecho*, n.º 24, 2012.
- LOLLINI, S.**, «Il riconoscimento della genitorialità omosessuale: un percorso lungo e tortuoso» en PELISSERO, M. y VARCELLONE, A. *Diritto e Persone LGBTQI+*, Giampichelli, 2022, pp. 91-110.
- LONG, J.**, «L'omogenitorialità nell'ordinamento giuridico italiano» en PELISSERO, M. y VARCELLONE, A. *Diritto e Persone LGBTQI+*, Giampichelli, 2022, pp. 77-89.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, C.**, «Una doble perspectiva acerca del matrimonio homosexual en España y la unión civil entre personas del mismo sexo en Italia». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 17 bis, 2022, pp. 1982-2015.

- LORENTE MARTÍNEZ, I.**, «Reconocimiento en la Unión Europea de la filiación de hijos de parejas del mismo sexo» *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, n.º 1, 2024, pp. 386-402.
- PATERNITI, F.**, «Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali» *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, 2021, pp. 228-253.
- QUICIOS MOLINA, M.^a S.**, «Las relaciones de filiación de personas LGTBI (Tribuna)». *Cuadernos de Derecho Privado*, n.º 5, 2023, pp. 2-7.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E.**, (2023). «La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas». *Cuadernos de Derecho Privado*, 6, pp. 148-180.
- TRYFONIDOU, A. y WINTEMUTE, R.**, «Obstáculos a la libre circulación de las familias arcoíris en la Unión». *Parlamento Europeo*, 2021.

O RECONHECIMENTO EM PORTUGAL DO ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO NO ESTRANGEIRO. O CASO DA FILIAÇÃO SÓCIO-AFETIVA MULTIPARENTAL BRASILEIRA

Helena Mota*

*Profesora de la Facultad de Derecho
Universidade de Oporto*

Investigadora de CIJ – Centro de Investigación Interdisciplinar en Justicia de FDUP

Sumario: I. O estabelecimento da filiação sócio-afetiva no Brasil. 1. *Conceito, efeitos e delimitação de figuras afins*. 2. *Modalidades e requisitos*. II. O reconhecimento em Portugal da filiação sócio-afetiva estabelecida no Brasil. 1. *A posição dos tribunais portugueses e a invocação da ordem pública internacional do Estado português*. 2. *O estabelecimento da filiação em Portugal: da «verdade biológica» à «afectividade»*. 3. *A multiparentalidade e a aquisição da nacionalidade portuguesa pelo estabelecimento da filiação*. III. Observações conclusivas. IV. Bibliografia.

Resumen En el ordenamiento jurídico brasileño, junto a la determinación legal de la filiación biológica, es posible reconocer, judicial o extrajudicialmente, una filiación, concurrente (o no) con la filiación biológica, que se base en una relación socioafectiva preexistente entre el niño y su(s) progenitor(es). Esta forma de establecer la filiación no tiene paralelo en el ordenamiento jurídico portugués, donde el reconocimiento legal de la filiación resulta ya sea del vínculo biológico entre las partes involucradas o, en el caso de la procreación médicamente asistida, del consentimiento dado por los beneficiarios, más allá de la adopción. Esta disonancia ha causado problemas en el reconocimiento en Portugal de esta filiación socioafectiva establecida en Brasil, como se puede ver en alguna jurisprudencia reciente. La invocación de la cláusula de excepción de

* La publicación se adscribe al Proyecto PID 2021-123452OB-I00, «Retos jurídicos para una sociedad inclusiva: obstáculos de género a la vida privada y familiar en casos de movilidad transfronteriza» financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE).

orden público, la supuesta desviación del principio de «verdad biológica» y los problemas inherentes a la multiparentalidad son comunes en estas decisiones de los tribunales portugueses. En este artículo analizaremos tanto el concepto de filiación socioafectiva a la luz del régimen jurídico brasileño aplicable como los argumentos esgrimidos por los tribunales portugueses.

Palavras-chave: filiación socio-afectiva, orden público internacional, multiparentalidad, reconocimiento

Abstract: In the Brazilian legal system, alongside the legal establishment of biological filiation, it is possible to recognise, judicially or extra-judicially, a filiation, concurrent (or not) with the biological filiation, which is based on a pre-existing socio-affective relationship between the child and their parent(s). This way of establishing filiation has no parallel in the Portuguese legal system, where legal recognition of filiation results either from the biological link between the parties involved or, in the case of medically assisted procreation, from the consent given by the beneficiaries, beyond adoption. This dissonance has caused problems in recognising in Portugal this socio-affective filiation established in Brazil, as it can be seen in some recent case law. The invocation of *ordre public* exception clause, the putative deviation from the principle of «biological truth» and the inherent problems of multiparenthood are common in these decisions of the Portuguese courts. In this paper we will analyse both the concept of socio-affective filiation in the light of the applicable Brazilian legal regime and the arguments put forward by the Portuguese courts.

Keywords: socio-affective filiation, *ordre public*, multiparenthood, recognition

I. O estabelecimento da filiação sócio-afectiva no Brasil

1. Conceito, efeitos e delimitação de figuras afins

A filiação sócio-afectiva pode definir-se como uma forma ou modalidade de reconhecimento jurídico (ou estabelecimento) de paternidade e/ou maternidade pela verificação de uma relação afectiva e cuidadora, independentemente de vínculo de sangue ou biológico.

O estabelecimento da filiação sócio-afetiva no Brasil encontra a sua base legal no art. 1593.º do Código Civil brasileiro, nos termos do qual: «O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem».

A filiação sócio-afectiva pressupõe uma situação objectiva, i.e, uma relação duradoura de cuidado e atenção da qual se possa inferir uma vontade de estabelecer uma relação de filiação. Nesse sentido, podemos dizer que está a meio caminho entre uma filiação que resulta dos dados objectivos inequívocos, como os biológicos, e a filiação estabelecida pela mera manifestação

de vontade ou consentimento; como também podemos ilustrá-la como uma modalidade paralela ao processo adoptivo¹, mas distinto deste.

Os efeitos da filiação sócio-afectiva incluem a alteração do registo civil de nascimento onde serão inscritos os nomes da mãe/pai sócio-afectivo e avós ao lado da filiação biológica registada (multiparentalidade); é irrevogável, salvo vício da vontade, fraude ou simulação apreciados judicialmente (art. 505.º, §1, do Código Nacional de Normas Foro Extrajudicial da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Provimento n.º 149, de 30 de Agosto de 2023) e determina a assumpção de todas as responsabilidades parentais e direitos sucessórios nos mesmo termos da filiação biológica. É possível um estabelecimento *post mortem*.

2. Modalidades e requisitos

O estabelecimento da filiação sócio-afectiva pode ser feito judicial ou extrajudicialmente no registo civil das pessoas naturais.

É obrigatório o recurso à via judicial no caso de menores de 12 anos e, de acordo com a recente decisão do CNJ brasileiro (1.ª sessão virtual do CNJ de 2024, de 5 a 9 de fevereiro (consulta 0000060-94.2023.2.00.0000) com base no Provimento n.º 149/2023 do CNJ), quando não for possível obter o consentimento dos pais biológicos².

O recurso à via extrajudicial (registal) segue os termos dos artigos 505.º a 511.º do indicado Código Nacional de Normas do Foro Extrajudicial do CNJ - Provimento n.º 149/2023).

São requisitos do estabelecimento *extrajudicial* da filiação sócio-afectiva: a maioridade (18 anos) do progenitor socio-afectivo, devidamente comprovado por exibição de documento civil; a diferença de idades entre o(s) progenitor(es) e o filho ser superior a 16 anos; não ficar estabelecida a filiação sócio-afectiva em relação a ascendentes ou irmãos do filho; o filho deve ser maior de 12 anos (mediante comprovação por exibição de documento civil) e dar o seu consentimento; o mesmo consentimento é exigido, presencialmente, aos pais biológicos de filho menor.

1 Referimo-nos ao processo judicial de adopção previsto na lei brasileira e não ao fenómeno conhecido por «adopção à brasileira» em que uma criança é registada em favor de pessoas que se fazem passar por progenitores, como assinala DE OLIVEIRA, G., *Estudos de Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 2020, p.189.

2 Cfr. notícia (consultado a 28.06.2024) no sítio do Instituto Brasileiro do Direito da Família (<https://ibdfam.org.br/noticias/11558/CNJ+pro%C3%ADbe+reconhecimento+de+paternidade+afetiva+em+cart%C3%B3rios+sem+manifesta%C3%A7%C3%A3o+de+pais+biol%C3%B3gicos>).

Nos termos do art. 509.º do CNNFE não poderá haver processo de investigação de paternidade biológica ou de adoção em curso; caso exista, o processo terá de seguir a via judicial. Facto é que, nos termos do art. 511.º:

«O reconhecimento espontâneo da paternidade ou da maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica³».

Quanto à comprovação do vínculo afetivo, ela deve ser feita nos termos do art. 506.º do CNNFE:

«A paternidade ou a maternidade socioafetiva deve ser estável e deve estar exteriorizada socialmente».

Completando o regime pelos:

«§ 1.º O registrador deverá atestar a existência do vínculo afetivo da paternidade ou da maternidade socioafetiva mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos.

§ 2.º O requerente demonstrará a afetividade por todos os meios em direito admitidos, bem como por documentos, tais como: apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretenso filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade — casamento ou união estável — com o ascendente biológico; inscrição como dependente do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas⁴ com firma reconhecida».

Finalmente é necessário o parecer favorável do Ministério Público, nos termos do art. 507.º do CNNFE:

«§ 9.º Atendidos os requisitos para o reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva, o registrador encaminhará o expediente ao representante do Ministério Público para parecer:

I — o registro da paternidade ou da maternidade socioafetiva será realizado pelo registrador após o parecer favorável do Ministério Público;

II — se o parecer for desfavorável, o registrador não procederá o registro da paternidade ou maternidade socioafetiva e comunicará o ocorrido ao requerente, arquivando-se o expediente; e

III — eventual dúvida referente ao registro deverá ser remetida ao juízo competente para dirimi-la.»

3 Dando relato dos vários casos tratados em sede judicial que versam o estabelecimento da filiação sócio-afetiva em confronto, não raro, com o vínculo biológico, cfr Pereira. HILL, F., *Palestra Os novos modelos familiares no Brasil e a sua recepção em Portugal* (livro electrónico, 1.ª ed., Niterói, RJ: Ed. da Autora), 2024, pdf ISBN 978-65-00-98743-0, pp. 12 a 14.

4 O que é recomendável para PEREIRA HILL, F., *Palestra Os novos modelos familiares no Brasil e a sua recepção em Portugal* (livro electrónico, 1.ª ed., Niterói, RJ: Ed. da Autora), 2024, pdf ISBN 978-65-00-98743-0, p. 11.

II. O reconhecimento em Portugal da filiação sócio-afetiva estabelecida no Brasil

1. A posição dos tribunais portugueses e a invocação da ordem pública internacional do Estado português

Em matéria de estabelecimento da filiação sócio-afetiva, podemos destacar duas decisões recentes dos nossos tribunais: o acórdão da Relação de Lisboa de 8 de fevereiro de 2022⁵ e o acórdão da Relação de Lisboa de 14 de setembro de 2021⁶.

Em ambas era pedido o reconhecimento e confirmação de decisões (no segundo caso, uma inscrição registal feita no Brasil; no primeiro, uma sentença judicial brasileira) que afirmavam a existência de um vínculo jurídico de filiação sócio-afetiva, não determinado por laços biológicos, e que, pelo menos no segundo caso, dava lugar a uma situação de multiparentalidade, i.e, haveria uma filiação «concorrente» biológica pois já contava no registo uma filiação anterior a que esta se somava.

No texto do acórdão da RL de 14.09.2021 pode ler-se:

«...ainda que a verdade biológica não seja um princípio dotado de valor absoluto —posto que o direito ao conhecimento da paternidade biológica e ao estabelecimento do respectivo vínculo jurídico pode ser confrontado com valores e interesses conflituantes também merecedores de tutela—, não deixa de ser estruturante de todo o sistema legal português da filiação, de modo que a jurisprudência portuguesa tem sustentado que o superior interesse do filho é o de que a sua filiação, em regra, seja estabelecida em conformidade com a verdade biológica, sendo este um interesse de ordem pública, enquanto elemento catalisador da organização jurídico-social vigente na sociedade portuguesa.... o direito português não reconhece a filiação socioafetiva nem a multiparentalidade, que colocam em crise o princípio da verdade biológica, pelo que colidem com o princípio fundamental do Estado Português que é o direito à identidade pessoal, sob a vertente do conhecimento da genética própria».

O acórdão da RL de 18.02.2022 seguiu a mesma linha de argumentação.

Em resumo, os nossos tribunais recusaram a revisão e confirmação das decisões brasileiras por implicarem violação da ordem pública internacional do Estado português (art. 22.º do CC e art. 980.º e) e f) do CPC) ao contra-

5 Cfr. Ac.RL 18.02.2022, Proc. n.º 2673/21.1YRLSB-7, Relator Isabel Salgado in www.dgsi.pt.

6 Cfr. Ac.RL 14.09.2021, Proc. n.º 561/21.0YRLSB-7, Relator Micaela Sousa in www.dgsi.pt.

riarem o princípio da verdade biológica, ofenderem o direito à identidade e conhecimento das origens e promoverem a multiparentalidade.

No que concerne à exceção ou reserva da ordem pública internacional do Estado português⁷, estabelece o art. 22.º, n.º 1, do Código Civil que «não são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicados pela norma de conflitos, quando essa aplicação envolva ofensa aos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português». E acrescenta o n.º 2 da mesma norma que «são aplicáveis, neste caso, as normas mais apropriadas da legislação estrangeira competente ou, subsidiariamente, as regras do direito interno português». No âmbito dos processos de revisão e confirmação de decisões estrangeiras, a ordem pública internacional surge, precisamente, como obstáculo ao determinar-se, nos termos da f) do art. 980.º do Código de Processo Civil, que é requisito necessário à confirmação que «não contenha decisão cujo reconhecimento conduza a um resultado manifestamente incompatível com os princípios de ordem pública internacional do Estado português».

A noção de ordem pública internacional a que as regras do direito português se referem é, claramente, de índole aposteriorística⁸, entendida como um limite *excepcional* à aplicação da lei estrangeira competente.

Pois é, precisamente, a restrição feita pelo art. 22.º do CC àquele reduto de princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português, à sua organização e compreensão, que determina, logo à partida, a sua distinção em face da sua parente mais próxima, a ordem pública interna: esta engloba, por um lado, todas as normas e princípios imperativos do ordenamento jurídico que não podem, por isso, serem afastadas pela expressão da vontade das partes; por outro, a ordem pública interna está limitada, na sua aplicação, às relações internas ou às relações internacionais que sejam, por força do sistema conflitual, reguladas pelo direito interno do foro.

Assim, a simples invocação da ordem pública interna não obedece a qualquer juízo comparativo entre as normas do direito estrangeiro com as do direito pátrio —como acontece perante a reserva da ordem pública internacional—, e, por outro lado, o seu conteúdo não tem de ser mimetizado por

7 Seguiremos, na explicação e densificação desta figura, muito de perto aquilo que já escrevemos, nomeadamente, em MOTA, H., «Desenvolvimentos recentes sobre a aplicação em Portugal da reserva de ordem pública internacional em matéria de relações familiares e sucessórias» in *RFDUP*, Ano XVII-XVIII, 2020-2021, (2022), Gestlegal, pp. 449-476.

8 Cfr. BAPTISTA MACHADO, J., *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 3.ª ed., 1992, p. 257, FERRER CORREIA, A., *Lições de direito internacional privado*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 407, DE MAGALHÃES COLLAÇO, I., *Lições de Direito Internacional Privado*, II, Lisboa, AAFDL, 1959, pp. 418-422, MARQUES DOS SANTOS, A., *DIREITO Internacional Privado. Sumários*, Lisboa, AAFDL, 1987, pp. 184-6, MOURA RAMOS, R., «L'ordre public international en droit portugais», *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 250 (n.º 129).

esta. A ordem pública internacional terá assim um âmbito muito mais reduzido, precisamente porque intervém excepcionalmente, só quando a aplicação do direito estrangeiro, dissemelhante, contrarie forma insuportável os valores e interesses fundamentais do Estado do foro.

Daqui resulta que mais do que densificar o conceito de «ordem pública internacional», a grande dificuldade resida na fixação de um critério para traduzir ou estabelecer o limite da intervenção da ordem pública internacional, em face da ordem pública interna: quais normas, de entre aquelas que traduzem, no plano interno, a ordem pública, são normas invioláveis e insusceptíveis de serem contrariadas pela lei estrangeira aplicável?

Para isso, teremos sempre de apelar ao critério singular e pontual do julgador que decidirá se a aplicação do direito estrangeiro resulta intolerável para a ordem jurídica do foro porque contraria as mais elementares regras de organização económica e política e os valores ético-jurídicos partilhados pela comunidade e nela gera um sentimento de incomodidade indelével, mesmo tratando-se de uma situação internacional.

Assim, para além de excepcional, o recurso à reserva de ordem pública internacional deverá ser feito pelo próprio órgão de aplicação do direito, no caso concreto *sub iudice* e avaliando, *casuisticamente*, se da aplicação do direito estrangeiro resulta, ou não, ofensa aos princípios fundamentais. Ou seja, ainda que a solução material do direito estrangeiro se revele, na sua previsão, em abstracto, ofensiva da ordem pública internacional, é da sua aplicação ao caso concreto que resulta a violação. Concretizando: se a norma de direito matrimonial estrangeiro aplicável permite o casamento da menor de 14 anos, não há razão para não aplicar essa lei por apelo à reserva de ordem pública internacional, se, no caso *sub iudice*, a nubente já perfeitamente 18 anos.

Resulta ainda desta circunscrição da ordem pública a um juízo de desconformidade casuístico feito pelo julgador, que ele deverá orientar-se por critérios temporais e territoriais.

Por um lado, trata-se de um juízo feito naquele tempo, atendo-se às concepções sociais, políticas e jurídicas vigentes; aqui, o critério de *actualidade* determinará que a avaliação da contrariedade ao sentimento ético-jurídico da comunidade seja feita no momento da decisão.

Por outro lado, e, salvas as situações em que estejam em causa valores universais, à luz do direito do foro, não só numa perspectiva nacional, mas também delimitando territorialmente a própria situação da vida, ou os factos *sub iudice*, sendo possível distinguir entre as situações plurilocalizadas que são reguladas pela lei estrangeira, mas que não manifestam com a lei do foro uma conexão significativa, das demais. De facto, a lei do foro pode apresentar-se apenas *qua tale* ou estar ligada à hipótese por um elemento de conexão que, do ponto de vista da questão jurídica a regular, é irrelevante. Se for questionada, perante a Conservatória do Registo Civil, a capacidade matrimonial de dois estrangeiros residentes fora do nosso país, o facto de a

lei portuguesa ser, nesse caso, a *lex loci*, não assume particular importância numa matéria em que quer a lei da nacionalidade quer a lei da residência habitual estarão colocadas em posições privilegiadas para a sua resolução.

Esta exigência da ligação expressiva com o foro, a *Inlandsbeziehung*, consagra a ideia de uma justiça relativa, isto é, uma justiça que pode mudar de paradigma em função das circunstâncias de tempo e lugar em que é aplicada. Para que a aplicação da lei estrangeira no foro resulte intolerável é necessário que de alguma forma ela belisque de forma real e impressiva os interesses, direitos e situação jurídica das pessoas ou das instituições concretas. Não poderá ser indiferente à comunidade o resultado da aplicação daquela lei; de alguma forma, ela terá incomodado o sentimento jurídico vigente e, por isso, torna-se evidente para o julgador que é imperioso e urgente expurgar o «corpo estranho» poluente⁹.

Por último, há também que distinguir entre as situações a constituir e as situações a reconhecer no Estado do foro, hipótese em que a intervenção da ordem pública internacional será *atenuada*. Nestes casos, não há verdadeiramente uma aplicação de direito estrangeiro, mas antes uma tomada em consideração¹⁰ desse direito estrangeiro. Por exemplo, no caso concreto do reconhecimento de sentenças estrangeiras de divórcio em que os fundamentos do direito estrangeiro aplicável não coincidem com os fundamentos do direito português ou violam até princípios fundamentais como será o caso do repúdio da mulher¹¹, assim como na atribuição de direito patrimoniais dependentes da validade de um casamento poligâmico¹², não há verdadeiramente

9 BAPTISTA MACHADO, J., *Lições de Direito Internacional Privado...*, p. 263.

10 Cfr. BAPTISTA MACHADO, J., *Lições de Direito Internacional Privado...*, p. 268.

11 Há então que distinguir entre os casos em que o repúdio é pedido directamente aos Tribunais portugueses e os casos de mera confirmação de sentença estrangeira. De acordo com o pensamento de António Ferrer Correia (FERRER CORREIA, A., *Lições de Direito Internacional Privado...*, p. 416) mesmo se o repúdio tiver lugar no Estado do foro só haverá lugar à intervenção da ordem pública internacional se a mulher não concordar com a dissolução do vínculo matrimonial, doutrina que foi seguida no Ac. RL de 18.07.2010 que só apelou subsidiariamente ao efeito atenuado da ordem pública internacional nas situações a reconhecer e entendeu, desde logo, não haver violação do princípio da igualdade entre os cônjuges, uma vez que a mulher não se opunha ao repúdio.

12 Sobre a aplicação atenuada da ordem pública internacional, cfr. no direito português CORREIA, FERRER, A., *Lições de Direito Internacional Privado...*, pp. 414-6, BAPTISTA MACHADO, J., *Lições de Direito Internacional Privado...*, p. 267. No famoso caso *Chemouni* (cfr. SANTOS, A., «Breves considerações sobre a adaptação em Direito Internacional Privado», in *Estudos de Direito Internacional Privado e Processo Civil Internacional*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 83-91) discutiu-se a atribuição, em França, de uma pensão alimentar à segunda mulher de um cidadão tunisino, de estatuto pessoal israelita, bígamo de acordo com a sua lei nacional, com residência habitual em França; foi atribuída a pensão apesar de o segundo casamento nunca poder ter sido celebrado em França, considerando-se que tal não impedia a produção de certos efeitos, nomeadamente alimentares. A obrigação de alimentos, que era regida, à data, pela lei francesa da residência habitual dos cônjuges de diferentes nacionalidades (uma vez que *Chemouni* se havia, entretanto, naturalizado francês), seria atribuída

uma aplicação de direito estrangeiro, mas antes uma tomada em consideração¹³ desse direito estrangeiro.

Reportando-nos agora à questão do reconhecimento em Portugal da filiação sócio-afectiva brasileira¹⁴, é indiscutível que tal decisão coloca problemas complexos ao julgador português: se, por um lado, o reconhecimento da socio-afectividade é essencial no Direito da Família, assumindo-se como critério para numerosas soluções jurídicas, por outro é necessário evitar situações constituídas à margem da lei, nomeadamente potenciadoras de rapto internacional de crianças ou tráfico de pessoas. A socio-afectividade é relevante no Direito da Família português, mas projecta-se precipuamente no exercício das responsabilidades parentais (eventualmente atribuídas a terceiros ou ao cônjuge ou companheiro do único progenitor) e no processo pré-adoptivo ou mesmo na posse de estado como presunção no reconhecimento judicial da filiação.

Mesmo quando a filiação é estabelecida pela vontade (como veremos no âmbito da procriação medicamente assistida, incluindo a gestação de substituição) ou por decisão judicial (adopção), existe a preocupação de garantir, para salvaguarda dos direitos do filho, a segurança jurídica e o controlo das condições em que se estabelece o vínculo da filiação jurídica e não apenas uma legalização *ex post*.

O recurso a uma ordem pública internacional atenuada é discutível neste âmbito, uma vez que se tratará, no limite, de registar o vínculo de filiação mediante a revisão e confirmação de decisão estrangeira (*vg* nos termos do n.º 2 do art. 7.º do Código de Registo Civil) e não apenas avaliar efeitos laterais da mesma.

Ainda assim, não se vê uma total impossibilidade de um reconhecimento parcial de direitos ou efeitos através da acção de confirmação e revisão de sentença, invocando uma ordem pública atenuada¹⁵.

à mulher casada, que assim foi qualificada uma vez que o casamento havia sido celebrado no estrangeiro e a invocação da reserva de ordem pública internacional seria atenuada. Cfr. ainda a abundante jurisprudência espanhola em casos de dissolução ou liquidação do regime de bens de casamento poligâmico ou em situações de repúdio da mulher, reconhecendo direitos sucessórios, obrigações de alimentos ou pensões compensatórias, citada por QUINZÁ REDONDO, P., *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Valência, Tirant lo Blanch, 1.ª ed., 2016, pp. 376-378.

13 Cfr. BAPTISTA MACHADO, J., *Lições de Direito Internacional Privado...*, p. 268.

14 A que também nos reportámos em MOTA, H., «El orden público internacional en la más reciente práctica jurisprudencial portuguesa», in ZURITA MARTÍN, I. y CERVILLA GARZÓN D. (Dir.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Aranzadi, 2023, ISBN 9788411630, pp. 265-287

15 Neste sentido, cfr. PATRÃO, A. e LOPES, D., «Ordem pública internacional e filiação sócio-afectiva», in CASSIANO DOS SANTOS, F. (*et al.*), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Pinto Monteiro*, Vol.IV–*Varia*, Studia Iuridica, 115, Coimbra, BFD, 2023, pp. 613-629, p. 628.

É assim compreensível que a questão tenha suscitado reservas e inquietações que foram respaldadas na invocação da ordem pública internacional.

No entanto, e como veremos com mais detalhe, o princípio da verdade biológica já não é, e para além da figura da adopção, o único fundamento, hoje, do estabelecimento da filiação em Portugal; por outro lado, o direito à identidade e conhecimento de origens não fica prejudicado com o estabelecimento da segunda filiação sócio-afectiva, uma vez que as filiações resultarão multiparentais no registo e admite-se sempre, mesmo depois do estabelecimento da filiação socio-afectiva, a investigação da filiação biológica.

Acresce que nestas decisões, e limitando-nos à questão mais técnica da correcta aplicação da figura da ordem pública internacional, não houve apreciação do resultado em concreto deste reconhecimento, nomeadamente quanto à posição sucessória de outros filhos¹⁶. É certo que a questão foi aflozada, pelo menos do ponto de vista teórico, afirmando-se que o recorte técnico da figura da ordem pública internacional exigia a avaliação em concreto da situação *sub iudice*; no entanto, em nenhum momento se subsumiram factos reveladores dessa avaliação.

No caso do Ac.RL de 08.02.2022, e uma vez que a requerente tinha já 66 anos à data do acção de reconhecimento de filiação sócio-afectiva relativamente a quem já era seu pai adoptivo restrito, é dito, aliás que:

«não cuidando da motivação da requerente (...), antevemos que a inclusão da avoenga terá projecção, designadamente, quanto à pretendida atribuição da nacionalidade».

O que implicou, aparentemente, uma reserva velada da parte do tribunal e que, ao invés de, precisamente, enquadrar a questão como um (eventual) caso de ordem pública atenuada atendendo à lateralidade dos efeitos a produzir, antes determinou que os interesses em causa não justificavam ao reconhecimento no foro de uma situação jurídica tão díspar da realidade normativa portuguesa:

«não está em causa a postergação da tutela constitucional relativa à identidade da pessoa humana, (...), e também não se trata da satisfação do interesse superior da criança».

Sucedem que a aplicação da ordem pública internacional *atenuada*, e sem prejuízo das dificuldades que apontámos pelo facto de não estarem em

16 Como sublinham PATRÃO, A. e LOPES, D., «Ordem pública internacional e filiação sócio-afectiva», in CASSIANO DOS SANTOS, F. (et al.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Pinto Monteiro*, Vol.IV–*Varia*, Studia Iuridica, 115, Coimbra, BFD, 2023, pp. 613-629, p. 628, enumerando outros dados de facto omitidos no Ac. RL de 14.09.2021 que ditasse «se o reconhecimento...se apresenta como um resultado que não viola, em concreto, a ordem pública internacional do foro», como uma qualquer referência concreta à idade do filho, à existência de outros filhos dos pais sócio-afectivos, à pré-existência de uma filiação biológica registada e comprovação da sua impossibilidade ou incapacidade de desempenho de responsabilidades parentais, em suma.

causa somente efeitos laterais, nomeadamente patrimoniais, decorrentes do vínculo de filiação, mas a sua constituição e alteração do estado civil, não (sequer) foi cogitada.

E, finalmente, há uma referência a um estabelecimento de filiação por mera declaração das partes, sem controlo de autoridade pública dos seus fundamentos e da veracidade da «posse de estado» ou da ligação afectiva que lhe subjaz; ora, esta conclusão, atendendo aos requisitos indicados e à intervenção dos órgãos de registo civil brasileiros, não parece ter fundamento¹⁷.

2. O estabelecimento da filiação em Portugal: da «verdade biológica» à «afetividade»

O princípio basilar subjacente ao direito da filiação português é (ou foi¹⁸) o princípio da «verdade biológica»: o vínculo jurídico da filiação e o seu estabelecimento é determinado, quanto ao pai, pela sua participação na fecundação, e quanto à mãe, pelo parto. De facto, nos termos do n.º 1 do art. 1796.º do CC é estabelecido que «Relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento», e, nos termos do número 2 daquela norma, quanto à paternidade, esta «presume-se em relação ao marido da mãe e, nos casos de filiação fora do casamento, estabelece-se pelo reconhecimento»; este reconhecimento poderá ser judicial ou por perfilhação, tal como resulta do art. 1847.º do CC.

O Biologismo tornou-se, assim, a trave-mestra do direito da filiação que faz coincidir o estatuto jurídico com o vínculo natural, entendendo-se este como o facto biológico do parto e da fecundação, i.e, não considerando alguma dissociação entre estes e a identidade genética¹⁹.

17 Como é afirmado, com razão, e em face do regime jurídico da filiação sócio-afectiva no Brasil, decorrente, já à época, dos Provimentos n.ºs 63/2017 e 83/2019 do CNJ, hoje reformulados pelo CNNFE do CNJ (Provimento n.º 149/2023), por PEREIRA HILL, F., *Palestra Os novos modelos familiares no Brasil e a sua recepção em Portugal* (livro electrónico, 1.ª ed., Niterói, RJ: Ed. da Autora), 2024, pdf ISBN 978-65-00-98743-0, p.15.

18 Hoje somado com a «verdade sociológica» como adjectiva DE OLIVEIRA, G., «Critérios jurídicos de parentalidade» in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, IUC, 2016, p. 203: «a «verdade sociológica» serve para constituir a relação de filiação».

19 Esta indiferença perante a possível dissociação, por exemplo, entre a gestação e a pertença dos ovócitos ou a utilização de gâmetas de dadores já não corresponde, como veremos, ao actual quadro jurídico do estabelecimento da filiação em Portugal, desde logo pela publicação da Lei da Procriação Medicamente Assistida (doravante LPMA) em 2006. Podemos dizer, como DE OLIVEIRA, G., *Estabelecimento da Filiação*, Lisboa, Petrony Editora, 2019, p. 35, que no caso do estabelecimento da maternidade em favor da autora do parto (art. 1796.º do CC): «no fundo, quando se diz que o parto mostra a verdade biológica, deu-se preferência a um dos dois critérios possíveis da verdade biológica». Ora,

A «verdade biológica» no estabelecimento da filiação é fruto do quadro jurídico-constitucional democrático, por mão da Constituição da República Portuguesa de 1976 que amparou e motivou a Reforma de 1977 do Código Civil português, através da qual foram alteradas inúmeras regras no âmbito do estabelecimento da filiação: podemos dizer que a «verdade biológica» é uma «conquista de Abril» no plano jurídico. Foi também possível *sub species temporis* pelas transformações sociais da década de 60, em particular no mundo ocidental (a emancipação feminina, a defesa dos direitos das mulheres, a atenção à infância, a «desinstitucionalização» da família...), e pela evolução científica e tecnológica que garantiu segurança aos meios científicos de investigação de filiação²⁰.

O Estado passou a promover a pesquisa e a investigação da paternidade e maternidade: no pleno recurso a meios de prova de natureza científica (art. 1801.º do CC); no estabelecimento da maternidade mesmo sem o reconhecimento ou vontade da mãe (art. 1803.º e ss. do CC); na livre impugnação da presunção da paternidade do marido da mãe e da perfilhação, quando não correspondam à verdade biológica (1838.º e 1839.º, n.º 2, 1859.º todos do CC); na cessação da presunção de paternidade do marido da mãe por simples declaração desta (art. 1832.º, n.º 2) e na averiguação oficiosa dos vínculos da filiação (art. 1864.º, 1865.º, 1808.º todos do CC). A «verdade biológica» almejou, grosso modo, acabar com os «filhos de pais incógnitos» e com a filiação «ilegítima».

Não obstante, e por razões de eficácia do sistema e de promoção do fim último que é, ao fim e ao cabo, o estabelecimento da filiação e a protecção do filho, permaneceram no quadro jurídico inúmeros os exemplos de excepções ao princípio da verdade biológica no direito da filiação: a própria presunção «*pater is est...*» e todas as presunções legais constantes dos art. 1871.º e 1816.º, n.º 2, ainda que se admita que a sua justificação resida na «verosimilhança» da existência do laço biológico; os limites à impugnação da presunção de paternidade quando exista inseminação artificial consentida (art. 1839.º n.º 3, do CC); a impossibilidade de averiguação oficiosa de paternidade e maternidade quando entre o pai ou a mãe e os investigados haja uma relação familiar de parentesco na linha recta ou 2.º grau da linha colateral ou mera afinidade na linha recta (arts. 1809.º e 1866.º do CC); o regime de anulação da perfilhação com fundamento na falta ou vício da vontade ou incapacidade, o que a aproxima juridicamente de uma declaração de vontade (arts. 1860.º e 1861.º do CC); os prazos de caducidade das acções

acrescentaríamos, que hoje, no caso da gestação de substituição com doação de ovócitos heteróloga, a nenhum dos dois. Ver ainda os casos referidos por DE OLIVEIRA, G., *Estudos de Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 183, onde os tribunais foram, em Itália e no Brasil confrontados com a determinação da maternidade gestacional e genética, tendo optado pela aceitação de ambos, i.e, numa dupla maternidade.

20 Cfr. DE OLIVEIRA, G., *Estabelecimento da Filiação...*, pp. 19-20, 24-25, 28-37.

sobre a filiação (art. 1817.º *ex vi* 1873.º do CC); a possibilidade de recusa de perfilhação pelo filho maior (art. 1857.º do CC); a impossibilidade de declaração de maternidade sobre filho nascido ou concebido na constância do matrimónio da mãe com simultânea perfilhação de 3.º, pois neste caso a mãe tem de intentar uma acção de reconhecimento (art. 1824.º²¹).

Foi, no entanto, em 2006, com a publicação da Lei sobre a Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho) que veio regular o acesso, as finalidades e as modalidades das diversas técnicas de procriação medicamente assistida (LPMA), que o regime mais se afastou do princípio do biologismo ao admitir o estabelecimento da filiação em favor de quem não contribui com os seus gâmetas para a concepção ou, em todo o caso, não participou no acto sexual causal da fecundação e veio, ao fim e ao cabo, instituir o regime do estabelecimento da filiação por consentimento²².

Nos termos da LPMA, o estabelecimento da filiação prescinde (em parte) do elemento biológico, quer através da doação (anónima) de ovócitos, espermatozoides ou embriões no âmbito do recurso às técnicas de PMA, quer admitindo a gestação de substituição, ainda que temperada pela obrigatoriedade da presença de gâmetas do(s) beneficiários, mas contrariando o (ou um dos) princípio biológico da «mãe é aquela de cujo ventre o filho nasceu». Como já escrevemos anteriormente: «Ou seja, a consanguinidade, os laços biológicos e a mera reprodução jurídica da realidade antropológica da família (um pai e uma mãe) são recusados em favor de uma família afectiva, voluntária e cuidadora²³».

Esta evolução do quadro jurídico em matéria de estabelecimento da filiação é particularmente importante para confirmarmos (ou negarmos) a afirmação do princípio do biologismo como único índice axiológico de referência nesta matéria e, com isso, a sua elevação a princípio de ordem pública inter-

21 Cfr., no entanto, DE OLIVEIRA, G., *Estabelecimento da Filiação...*, p. 105, que defendendo a possibilidade de a mãe fazer cessar a presunção de paternidade por declaração nos termos do art. 1832.º, também nos casos em que o registo de nascimento já foi feito, retira nesses casos, efeito útil ao art. 1806.º, n.º 1, parte final, uma vez que desaparece o potencial conflito de paternidades que a regra quer evitar ou, pelo menos, deferir para apreciação judicial nos termos do art. 1824.º.

22 Cfr. DE OLIVEIRA, G. «Critérios jurídicos de parentalidade» in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, IUC, 2016, pp. 271-306 e RUTE TEIXEIRA, P., «Portugal: An ongoing (r)evolution unfolded step-by-step: redefinition of the legal concept of parentage and promotion of children's autonomy – an overview of the current developments in the Portuguese Law regarding children's rights and affiliation» in Sep. de *The International Survey of Family Law, Family Law*, 2016, pp. 389-404.

23 MOTA, H., «A (in)coerente evolução do Direito da Família português rumo ao primado da autonomia da vontade», in Giulia Castellani, Alessandra Cordiano, Giorgia Anna Parini, Martina Vivirito Pellegrino (a cura di), *Autonomia della famiglia e controlli. Prime riflessioni*, Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, pp. 21-33.

nacional. De facto, hoje estaremos longe de afirmar que é (alguma vez foi?) o único critério na atribuição da filiação jurídica e, por isso, deixará de ser estruturante²⁴.

Sucedee que a argumentação expendida no Acórdão de 2021 (à qual o Acórdão de 2022 aderiu) para justificar a recusa de confirmação por apelo à reserva de ordem pública internacional do Estado português acaba por se resumir a esta afirmação dogmática de ser o princípio da «verdade biológica» estruturante do estabelecimento da filiação no ordenamento jurídico português e, como tal, inviolável mesmo tratando-se de uma situação jurídica estrangeira *e constituída* no estrangeiro. E o raciocínio argumentativo é, até, neste sentido contraditório, ou, pelo menos, silogístico: ou seja, o Tribunal afirma, por um lado, que «(à) verdade biológica (...) não se lhe atribuir autónoma dignidade constitucional, suscetível de fundamentar, por si só, um juízo de inconstitucionalidade». Tal afirmação deveria ser um alerta, desde logo, para o julgador, numa apreciação que envolva a ordem pública internacional, sabendo que a densificação da figura em muito se alimenta (embora não em exclusivo²⁵) da elevação à fonte constitucional dos princípios estruturantes em causa. Mas é aí que, contornando esta dificuldade, o Tribunal se orienta para outro princípio, esse sim, com consagração constitucional que é «o direito à identidade pessoal, sob a vertente do conhecimento da genética própria». Aqui chegados, e considerando que «o nosso ordenamento jurídico tende para a correspondência da atribuição da filiação biológica com a filiação biológica efetivamente existente... reconhecer ao lado da filiação biológica, uma filiação socioafetiva significa arredar do ordenamento jurídico português a preponderância da verdade biológica, enquanto vertente

24 Com as mesmas dúvidas cfr. PATRÃO, A. e LOPES, D., «Ordem pública internacional e filiação sócio-afetiva»...p. 626.

25 Sabemos que pode haver um limite à aplicação da lei estrangeira que radique na sua inconstitucionalidade e que está aquém da intervenção da reserva de ordem pública que se pauta por limites e formas de actuação particulares, como aquelas que apontamos no texto. O limite constitucional autónomo da lei estrangeira aplicável advém, desde logo, da insuficiência desta via tradicional, condicionada, pelas suas próprias características —actualidade, excepionalidade e imprecisão— para além da afirmação da existência de um nexo forte entre a factualidade *sub iudice* e o ordenamento do foro (*Inlandsbeziehung*). Tais condicionantes podem inibir, na prática, o afastamento de normas estrangeiras que são contrárias aos princípios constitucionais. Assim, a aplicação da lei estrangeira pode ainda ser travada, mesmo que os expedientes próprios do direito internacional privado, nomeadamente a ordem pública internacional, se tenham esgotado, através do controlo autónomo feito pelos preceitos constitucionais à actividade jurisdicional, evitando soluções e decisões que contrariem a lei fundamental. Entre nós, cfr. MOURA RAMOS, R., *Direito Internacional Privado e Constituição – Introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra, Coimbra Editora, 3.ª reimp., 1994, pp. 210 e ss. Em *Direito Internacional Privado e Constituição...*, p.234, MOURA RAMOS, R. alerta para o facto de que mesmo esta última instância de conformidade constitucional da lei estrangeira não prescindirá de uma avaliação concreta do julgador que analisará o conteúdo e função de cada norma constitucional e determinará o seu âmbito espacial e territorial.

do direito fundamental à identidade pessoal». Em suma, entendeu o Tribunal que o direito à identidade pessoal é um direito fundamental constitucionalmente consagrado; que o princípio da verdade biológica no estabelecimento da filiação é uma vertente do direito à identidade pessoal; logo, a afirmação de outra verdade ou fundamento para o estabelecimento da filiação viola o direito à identidade pessoal. Ora, parece-nos que falha aqui, de forma evidente, a justificação para arredar outra «vertente» ou modo, consagrado ademais numa lei estrangeira à luz da qual a situação se constituiu, de afirmar a identidade pessoal. O Tribunal não parece ter conseguido justificar como é que a filiação sócio-afectiva, não colidindo do ponto de vista registal, antes se somando, à filiação biológica, prejudica o direito fundamental à identidade pessoal²⁶.

3. A multiparentalidade e a aquisição da nacionalidade portuguesa

Sendo hoje certo que, à luz da lei portuguesa, o critério do biologismo não é o único para o estabelecimento da filiação e sendo muito duvidoso que seja estrutural, já a solução jurídica da multiparentalidade constitui uma diferença assinalável relativamente ao estabelecimento da filiação no direito português.

Sabemos que a dupla maternidade é possível, desde logo nos termos da LPMA (art. 6.º, n.º 1 e art. 20.º, n.º 1). Mas, neste caso, não se tratará de dupla filiação, mas de filiação *concorrente*, i.e ao lado da filiação biológica eventualmente registada figurará uma outra filiação sócio-afectiva²⁷.

Sendo uma solução não consagrada no direito português, é uma solução que começa a ganhar corpo e adeptos para situações de difícil resolução como as que podem resultar, hoje, da revogação do consentimento da gestante, no âmbito de uma gestação de substituição, nos termos do n.º5 do art. 14.º da LPMA²⁸.

26 Também notando que a linha de argumentação do Tribunal o leva a concluir «que se partiu do pressuposto da preponderância da verdade biológica à luz da Constituição da República Portuguesa», cfr. PATRÃO, A. e LOPES, D., «Ordem pública internacional e filiação sócio-afectiva»...p. 626.

27 DE OLIVEIRA, G., «Critérios jurídicos de parentalidade»..., 201, já havia assinalado esta evolução no Brasil, onde já não se discute a pluralidade/ coincidência de vínculos de filiação no âmbito da PMA ou das uniões do mesmo sexo, para se admitir a multiparentalidade de origens distintas: a biológica e a sócio-afectiva.

28 Entre nós, veja-se a mais recente reflexão sobre a gestação de substituição de DA SILVA PEREIRA, M.ª M., *A Gestação de Substituição. Uma perspectiva de género.*, Lisboa, AAFDL Editora, 2024, e em especial as pp. 614-617, em que a A. defende como possível a multiparentalidade, incluindo desde logo a gestante e o casal comitente se todos querem assumir o projecto parental e realçando a necessidade de remeter para o poder judicial

Evidentemente que a multiparentalidade coloca algumas questões de fundo²⁹ que não parecem totalmente esclarecidas como a determinação das responsabilidades parentais que podem carecer de serem reguladas, com intervenção judicial, neste caso, relativamente a uma filiação «concorrente»; mas, sabemos que no ordenamento jurídico português esta possibilidade não é estranha a partir do momento que se admite o exercício de responsabilidades parentais pelo cônjuge ou unido de facto do único progenitor, mesmo depois da separação (cfr. art. 1904.º A do CC).

Outra dúvida reside na obtenção da nacionalidade portuguesa por via desta filiação socio-afectiva, uma vez que a Lei Portuguesa da Nacionalidade (Lei n.º 37/81, de 03 de Outubro) nos termos do art. 1.º, n.º 1, c) e d) permite a aquisição da nacionalidade portuguesa pelo estabelecimento da filiação (para além da adoção, nos termos do seu art. 5.º relativamente a portugueses ou havendo ascendência portuguesa do 2.º grau na linha recta, sendo previsível que haja dúvidas sobre se a filiação sócio-afectiva será atendida para estes efeitos.

A hipótese da aquisição da nacionalidade em situações de dificuldade de reconhecimento da filiação que lhe serve de fundamento conduz-nos fatalmente à comparação com um recente acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, o acórdão *Pancharevo*³⁰.

Tal como já havia ocorrido no acórdão *Coman*³¹, o TJUE, numa interpretação e aplicação funcional do direito comunitário, mas também de ordem

a regulação das responsabilidades parentais, o que implicará um redesenho das figuras jurídicas familiares mais dúctil, casuístico e judicializado.

29 Já as dificuldades de registo não nos impressionam decisivamente, tal como a PATRÃO, A. e LOPES, D., «Ordem pública internacional e filiação sócio-afectiva»...p. 629.

30 Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 14 de dezembro de 2021 (C-490/20) [ECLI:EU:C:2021:1008]

31 No âmbito das relações familiares, uma interpretação restritiva da ordem pública internacional foi expressamente defendida pelo TJUE no Acórdão de 5 de Junho de 2018, proc. C-673/16, *Coman*: num pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Constitucional Romeno sobre a interpretação de várias normas da Directiva 2004/38/CE do PE e do Conselho, de 29.04.2004, relativas ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da UE e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, e a respeito de um pedido de concessão de residência superior a três meses na Roménia de um cidadão americano casado com um cidadão de dupla nacionalidade romena e americana, pedido esse que lhe foi negado pelas autoridades romenas pelo facto de, não sendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo reconhecido e válido na Roménia, o cidadão não ser membro da família e não ter direito ao prolongamento da residência temporária ao abrigo do reagrupamento familiar, o TJUE considerou que este conceito de ordem pública, invocado pelas autoridades romenas, quando esteja em causa a derrogação de uma liberdade fundamental prevista nos Tratados, deve ser entendido em sentido estrito e o seu alcance não pode ser determinado de modo unilateral, sem fiscalização das instituições da União e que o reconhecimento por um Estado-Membro de um casamento de pessoas do mesmo sexo para efeitos de concessão de um direito de residência derivado não viola a instituição do casamento nesse Estado-Membro, tal como está definida no direito nacional.

pública atenuada ou muito restrita, determina o acesso ao efeito útil pretendido pelas partes (a obtenção de um passaporte) sem que tal implique o reconhecimento em si mesmo da situação jurídica (*in casu*, a dupla maternidade por um casal do sexo feminino que recorre à procriação medicamente assistida com doação de gâmetas masculinos).

Mas será possível fazer corresponder o problema de multiparentalidade suscitado pelo estabelecimento da filiação sócio-afectiva com a que está subjacente ao acórdão *Pancharevo*? Poder-se-á argumentar que não está aqui em causa o exercício de direitos comunitários, mas não parece que tal seja muito relevante. Ponto é que a figura da dupla maternidade é não só desconhecida na Bulgária, mas também contrária à ordem pública internacional do ordenamento búlgaro, uma vez que aí não só não se admite o casamento de pessoas do mesmo sexo, como a filiação com base no consentimento fruto de uma PMA e muito menos por duas pessoas do mesmo sexo. É óbvio que no *Pancharevo* os factos referem-se a uma dupla maternidade e não a uma multiparentalidade concorrente, mas é similar quer a invocação da ordem pública internacional, quer a nova instituição familiar, quer os novos fundamentos da filiação e, em reacção, uma aplicação atenuada da ordem pública internacional para assegurar determinados efeitos, nomeadamente a obtenção de um passaporte: de facto, o TJUE não obrigou a Bulgária a realizar o assento de nascimento, mas somente a emitir um documento de identidade e um documento de viagem:

«O artigo 4.º, n.º 2, TUE, os artigos 20.º e 21.º TFUE, bem como os artigos 7, 24 e 45.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em conjugação com o artigo 4.º, n.º 3, da Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Diretivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, devem ser interpretados no sentido de que, estando em causa um filho menor, cidadão da União cuja certidão de nascimento emitida pelas autoridades competentes do Estado-Membro de acolhimento designa como seus progenitores duas pessoas do mesmo sexo, o Estado-Membro do qual essa criança é nacional é obrigado, por um lado, a emitir-lhe um cartão de identidade ou um passaporte, sem exigir que seja lavrada previamente uma certidão de nascimento pelas suas autoridades nacionais, e, por outro lado, a reconhecer, como qualquer outro Estado-Membro, o documento que emana do Estado-Membro de acolhimento que permite à referida criança exercer, com cada uma dessas duas pessoas, o seu direito de circular e de permanecer livremente no território dos Estados-Membros».

III. Observações conclusivas

Em jeito de conclusão, e cientes da sensibilidade da questão jurídica em apreço, podemos afirmar que a reacção dos nossos tribunais em face dos pedidos de reconhecimento, em Portugal, da filiação sócio-afectiva estabele-

cida no Brasil não foi a mais convincente nem a mais consciente dos desenvolvimentos recentes no âmbito do Direito da Família português e europeu, dos novos desafios colocados por mudanças estruturais no âmbito familiar e social, e, acima de tudo, dos reais contornos, exigências e limites da figura «filiação sócio-afectiva» no ordenamento jurídico brasileiro.

Tal consciência poderia ter conduzido quer a descartar os receios em face de uma figura desconhecida no foro e à preservação da segurança jurídica e da estabilidade caras ao estatuto pessoal, quer a fazer diminuir a diferença qualitativa e axiológica entre este novo modo de estabelecer a filiação e os que são conhecidos no ordenamento do foro, o que teria implicações quanto à (não) invocação da reserva de ordem pública internacional.

Por outro lado, tecnicamente, o manejo e aplicação da figura da ordem pública internacional não foram os mais correctos, faltando toda uma avaliação do caso concreto e das suas circunstâncias que possibilitasse a avaliação de *resultado* necessária.

Por fim, não houve qualquer referência à ordem pública atenuada, o que é estranho dada a relatividade da situação internacional, tratando-se do reconhecimento de uma situação jurídica criada e constituída no estrangeiro.

Com os dados de emigração de cidadãos brasileiros (e luso-brasileiros) a crescerem exponencialmente, o assunto estará longe de estar encerrado.

Como nos recorda FERRER CORREIA: «(a) situação de casado, a qualidade de filho legítimo, a aptidão para realizar em pessoa negócios jurídicos – não devem ser coisas que o seu portador corra o perigo de ver confiscadas numa fronteira, como artigos de contrabando³²».

IV. Bibliografia

MAGALHÃES COLLAÇO, Isabel, *Lições de Direito Internacional Privado*, II, Lisboa, AAFDL, 1959.

FERRER CORREIA, António, *Lições de direito internacional privado*, Coimbra, Almedina, 2000.

FERRER CORREIA, António, «Unidade do Estatuto Pessoal», in *BFD*, vol. XXX, 1954.

PEREIRA HILL, Flávia, *Palestra Os novos modelos familiares no Brasil e a sua recepção em Portugal* (livro electrónico/, 1.^a ed., Niterói, RJ: Ed. Da Autora, 2024, pdf ISBN 978-65-00-98743-0.

BAPTISTA MACHADO, João, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 3.^a ed., 1992.

32 FERRER CORREIA, A., «Unidade do Estatuto Pessoal», in *BFD*, Vol. XXX, 1954, p. 105.

- MOTA, Helena**, «A (in)coerente evolução do Direito da Família português rumo ao primado da autonomia da vontade», in Giulia CASTELLANI, Alessandra CORDIANO, Giorgia Anna PARINI, Martina VIVIRITO PELLEGRINO (a cura di), *Autonomia della famiglia e controlli. Prime riflessioni*, Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, pp. 21-33.
- MOTA, Helena**, «Desenvolvimentos recentes sobre a aplicação em Portugal da reserva de ordem pública internacional em matéria de relações familiares e sucessórias» in *RFDUP*, Ano XVII-XVIII, 2020-2021, (2022), Gestlegal, pp. 449-476.
- MOTA, Helena**, «El orden público internacional en la más reciente práctica jurisprudencial portuguesa», in I. Zurita Martín, D.Cervilla Garzón (dir.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Aranzadi, 2023, ISBN 9788411630, pp. 265-287.
- DE OLIVEIRA, Guilherme**, «Critérios jurídicos de parentalidade» in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, IUC, 2016, pp. 271-306.
- DE OLIVEIRA, Guilherme**, *Estabelecimento da Filiação*, Lisboa, Petrony Editora, 2019.
- DE OLIVEIRA, Guilherme**, *Estudos de Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 2020.
- PATRÃO, Afonso e LOPES, Dulce**, «Ordem pública internacional e filiação sócio-afectiva», in Filipe CASSIANO DOS SANTOS (et al.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Pinto Monteiro, Vol.IV–Varia*, Studia Iuridica, 115, Coimbra, BFD, 2023, pp. 613-629.
- TEIXEIRA PEDRO, Rute**, «Portugal: An ongoing (r)evolution unfolded step-by-step: redefinition of the legal concept of parentage and promotion of children's autonomy – an overview of the current developments in the Portuguese Law regarding children's rights and affiliation» in *Sep. de The International Survey of Family Law*, Family Law, 2016, pp. 389-404.
- PEREIRA DA SILVA, Maria Margarida**, *A Geração de Substituição. Uma perspetiva de género*, Lisboa, AAFDL Editora, 2024.
- MOURA RAMOS, Rui**, «L'ordre public international en droit portugais», *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- MOURA RAMOS, Rui**, *Direito Internacional Privado e Constituição – Introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra, Coimbra Editora, 3.^a reimp., 1994.

MARQUES DOS SANTOS, António, *Direito Internacional Privado. Sumários*, Lisboa, AAFDL, 1987.

MARQUES DOS SANTOS, António, «Breves considerações sobre a adaptação em Direito Internacional Privado», in *Estudos de Direito Internacional Privado e Processo Civil Internacional*, Almedina, Coimbra, 1998.

PARENTHOOD AND THE PRINCIPLE OF RECOGNITION: WHAT IS THERE TO RECOGNIZE?

Konrad Duden

*Professor for Private Law, Conflict of Laws and Comparative Law
University of Hamburg*

Summary: I. Introduction. II. The principle of recognition 1. *Recognition of companies and names* 2. *Recognition of family relationships* 3. *Similarities to recognition*. III. Halmarks of procedural recognition. 1. *Object of recognition* 2. *Extension of legal effects* 3. *Prohibition of révision au fond* 4. *Precedence of recognition over autonomous determination* IV. Object of recognition 1. *Legal situation as such* 2. *Register entry* 3. *The registration as such*. V. Justification of recognition. VI. Bibliography.

Abstract: Since the early 2000s, the CJEU has developed a line of case law that is described as the principle of recognition. *Coman* and *Pancharevo* have extended this case law into family matters. To estimate its potential for the mobility and recognition of rare family forms within the EU a better understanding of the principle of recognition is necessary. This article addresses two core questions: Can the principle of recognition accurately be described as an institute of procedural recognition and, if so, what is recognized? I argue that the principle of recognition is an institute of procedural recognition. What is recognized is the formal act of registering a status in a Member State. Since civil registers generally do not have binding effect, this registration binds other Member States not to the substantive content of the registration, but to the legal standard applied in the registration. They are obliged to apply the substantive law that is called upon by the conflict of laws rules of the Member State of registration. The understanding of the principle of recognition as an instrument of procedural recognition ultimately raises questions about the justification of this recognition, which the article closes with.

Keywords: Same-sex parenthood; Principle of recognition; Recognition; *Coman*; *Pancharevo*.

Resumen: Desde principios de los años 2000, el TJUE ha desarrollado una línea jurisprudencial que se describe como el principio de reconocimiento. *Coman* y *Pancharevo* han extendido esta jurisprudencia a los asuntos de familia.

Para estimar su potencial para la movilidad y el reconocimiento de los nuevos modelos familiares dentro de la UE es necesario comprender mejor el principio de reconocimiento. Este artículo aborda dos cuestiones fundamentales: ¿Puede describirse con precisión el principio de reconocimiento como una institución de reconocimiento procesal y, de ser así, qué se reconoce? Sostengo que el principio de reconocimiento es una institución de reconocimiento procesal. Lo que se reconoce es el acto formal de registrar un estado en un Estado miembro. Dado que los registros civiles generalmente no tienen efecto vinculante, este registro vincula a otros Estados miembros no al contenido sustantivo del registro, sino a la norma jurídica aplicada en el registro. Están obligados a aplicar el Derecho sustantivo que exigen las normas de conflicto de leyes del Estado miembro de registro. La comprensión del principio de reconocimiento como instrumento de reconocimiento procesal plantea en última instancia cuestiones sobre la justificación de dicho reconocimiento, con las que se cierra el artículo.

Palabras clave: Filiación por parejas del mismo sexo; principio de reconocimiento; reconocimiento; Coman; Pancharevo.

I. Introduction

Since the early 2000s, the CJEU has developed a line of case law that is described as the principle of recognition. Starting with company law, this line of cases has extended to the law of names and most recently to family law. According to the CJEU, European primary law in certain situations requires that a legal situation that existed in one Member State also be regarded as legally valid in other Member States, even if an autonomous determination by the second Member State according to its own rules would treat that situation differently.

In family law, the principle of recognition has primarily come to bear in cases about rare family forms. The *Coman* decision concerned a same-sex marriage¹, the *Pancharevo* decision same-sex parenthood². In both cases, the CJEU demanded that the respective status relationship — marriage or parentage— be recognized as existing, at least for certain purposes. Because the status relationship was validly established in one Member State, it must also be valid in all other Member States. In a case currently pending, the CJEU might extend this recognition requirement to the marital status as such, i.e. without a restriction to certain legal consequences of a marriage³. The potential of this approach is enormous, especially for rare family forms. It could ensure that same-sex marriages are protected and that same-sex couples can be joint parents throughout the EU. The principle of recognition could thus pave the way for a free movement of family forms that are only recog-

1 ECLI:EU:C:2018:385 – *Coman*.

2 ECLI:EU:C:2021:1008 – *Pancharevo*.

3 Case C-713/23 – *JC-T und MT ./. Wojewoda Mazowiecki*.

nized in some member states. A preliminary ruling procedure is currently pending before the CJEU, in which the court is asked to decide whether the principle of recognition also extends to a change of gender entry by a trans person⁴. If the court decides in the affirmative —as suggested by advocate general de la Tour⁵— this case could ultimately also lead to an obligation to recognize non-binary gender identities and the deletion of any gender entry via the principle of recognition⁶.

As an institution distilled from case law, the principle of recognition evolves from decision to decision and is still taking shape. Many points regarding its scope and effects are unclear. However, a clearer understanding of the principle is required in order to be able to explore its significance for the free movement of rare family forms. This article therefore aims to address one specific ambiguity: If the framing of the principle of recognition as an institute of recognition is indeed true, what exactly is being recognized in these cases? In order to answer this question, the background to the principle of recognition will first be briefly recalled. This is followed by an explanation of what constitutes procedural recognition. Finally, on this basis, it is considered whether in the principle of recognition there is an object that is recognized in the established sense. The analysis shows that the principle of recognition can indeed be understood as a form of procedural recognition. The object of recognition is the formal act as such of registering the legal situation.

II. The principle of recognition

1. Recognition of companies and names

The origin of the principle of recognition can be found in company law. In the case line of *Centros*⁷, *Überseering*⁸ and *Inspire Art*⁹, the CJEU held that the freedom of establishment demanded that a company founded in one Member State of the EU must be able to relocate within the EU without losing its legal form. The legal existence of a company established under the law of one Member State must be accepted by the other Member States. From EU primary law, the CJEU developed a substantive benchmark that must be fulfilled independently of the conflict rules and substantive law of the Mem-

4 Case C-4/23 – *Mirin*.

5 ECLI:EU:C:2024:385 – *Mirin*.

6 Both are possible, for instance, in Germany under Sec. 2 German Act of Self-Determination in regard to Gender Entry and Sec. 22 German Personal Status Act.

7 CJEU, C-212/97 – *Centros*.

8 ECLI:EU:C:2002:632 – *Überseering*.

9 CJEU, C-167/01 – *Inspire Art*.

ber States involved. Establishing this benchmark became necessary, because company law was and still is not unified within the EU, neither on a substantive level nor on the level of conflict of laws. The legal status of companies is assessed in different Member States according to different standards.

After company law, the case law on the recognition principle extended to the law on names. Here, the legal basis for the argument of the CJEU was the right to free movement of Union citizens, now enshrined in Art. 21 TFEU. The leading decision is *Grunkin Paul*¹⁰. In this case — as well as in several subsequent decisions¹¹ — the CJEU ruled that it would violate the free movement of Union citizens if the name of an EU citizen were to change when crossing a border within the EU. Freedom of movement requires that all Member States must accept the name of an EU citizen if it was lawfully acquired in one Member State. The need for this case law again arose because of differences in national rights, which lead to a different assessment of the name. Once again, the CJEU derived a benchmark from European primary law, which must be implemented in the national legal systems even if their own laws lead to different outcomes.

2. Recognition of family relationships

With *Coman* and *Pancharevo*, the CJEU has extended its jurisprudence on the principle of recognition into a new area: family law. While the court stayed true to its previous case law and demanded the recognition of a status created in one Member State, the explicit scope of the decisions is more nuanced. The decisions require that a same-sex marriage or parentage established under the law of one Member State must also be considered valid in other Member States, even in those in which the status would be invalid under the respective national law. However, the court expressly requires this recognition of the status only for the purposes of cross-border mobility and residence of the spouse or parent that is not an EU citizen¹². It does not address the wholesale recognition of the status. This limitation of the holding to certain consequences of marriage or parenthood raises the question of whether other legal consequences of the status or even the status as such would also have to be recognized. Since the end of 2023 a case is pending in which the CJEU is asked this specific question of whether a same-sex marriage concluded in one Member State by two Union citizens has to be recognized in their Member State of origin as well¹³.

10 ECLI:EU:C:2008:559 – *Grunkin Paul*.

11 ECLI:EU:C:2010:806 – *Sayn-Wittgenstein*, para. 71; ECLI:EU:C:2016:401 – *Bogendorff von Wolffersdorff*, para. 47.

12 Cf. ECLI:EU:C:2018:385 – *Coman*, para. 40; ECLI:EU:C:2021:1008 – *Pancharevo*, para. 49.

13 Case C-713/23 – *JC-T und MT ./. Wojewoda Mazowiecki*.

From the perspective of the CJEU, the focus in *Coman* and *Pancharevo* on the mobility of third-country nationals is not surprising. On the one hand, the preliminary questions posed by the national courts did not specifically ask about a wholesale recognition of the status¹⁴. On the other hand, for Art. 21 TFEU it was sufficient for the court to address impediments of the mobility of the family member, who is a third party national. Art. 21 TFEU only gives the right of free movement to EU-citizens. Impediments to the mobility of third-country nationals in principle are not relevant for Art. 21 TFEU. Restrictions on their mobility can only indirectly constitute a violation of Art. 21 TFEU if those restrictions lead to restrictions on the free movement of EU citizens. This can in particular be the case if the EU citizen cannot continue to live a normal family life, together with their family members, who are third country nationals¹⁵. To establish an infringement of Art. 21 TFEU it was enough to focus on potential restrictions to the mobility of the family members, who are nationals of a third country. It was not necessary to address the broader issue of the recognition of the status as such.

In my opinion, therefore, the silence of the court does not imply *e contrario* that the court is limiting the recognition to certain consequences of the status, such as questions of mobility. Rather, the limited perspective of the court can — apart from the political expediency of a narrow ruling in such a controversial issue — be explained by the fact that the continuation of the joint family life with the third-country national was the only legal consequence of the status relationship in favour of the EU citizen that was under discussion. It would therefore be in line with the reasoning of the previous case law if the CJEU also were to demand the cross-border validity of other consequences of the status relationship and of the status itself. Just like losing one's legal name or the ability to continue one's normal family life, losing other consequences of status relationships or the status itself can deter EU-citizens from exercising their right to free movement within the EU under Art. 21 TFEU. Such a broad scope of the principle of recognition in family matters could be rung in by the *Mirin* case¹⁶, in which at least the Advocate General argues that the change of gender identity — i.e. the status as such — in one Member State must also be effective in the others¹⁷.

As in company law and the law on names, the benchmark that the CJEU establishes in family law affect areas of law in which there is no unified European private international law or substantive law. It is an area that — at least on the substantive level — remains in the competence of the Member States.

14 ECLI:EU:C:2018:385 – *Coman*, para. 17; ECLI:EU:C:2021:1008 – *Pancharevo*, para. 32.

15 ECLI:EU:C:2018:385 – *Coman*, para. 24, 32 and 40; ECLI:EU:C:2021:1008 – *Pancharevo*, para. 47.

16 C-4/23 – *Mirin*.

17 ECLI:EU:C:2024:385 – *Mirin*.

To justify why the court nevertheless establishes benchmarks that strongly affect those areas of law, the CJEU argues that the Member States have to respect EU Law and in particular Art. 21 TFEU even in those areas where they have exclusive competence¹⁸.

It is no coincidence that the case law on the recognition principle has consistently covered areas of law in which there has been no European unification. The benchmarks of European primary law only have a specific significance if the national laws of the Member States lead to different results. If conflict of laws rules or substantive law has been unified, the legal situation should not differ between Member States. This result rules out a violation of Art. 21 TFEU based on the distinct treatment of a status question in different Member States. The question of primary law benchmarks that deviate from the applicable national rules becomes obsolete. The principle of recognition does not come into play.

3. Similarities to recognition

Insofar as the principle of recognition comes into play, it has far-reaching consequences. In the absence of harmonized conflict of laws rules and substantive law, the receiving state generally examines the question of status in accordance with its national law. However, if the principle of recognition comes to bear this application of national law is ultimately meaningless. Only if the result of the examination under the law of the receiving state satisfies the principle of recognition, i.e. only if the receiving state answers the legal question in the same way as the state of origin, can that result stand. If the result under the national law of the receiving state differs from that in the state of origin, the principle of recognition overrides the result by the national law of the receiving state. Instead, it requires the receiving state to set aside its own result in favour of the result reached under the laws of the state of origin. A legal question that in principle is governed by the autonomous assessment of each Member State is withdrawn from this assessment due to a previous history and prior legal assessment in another Member State.

This dynamic, whereby a legal issue is withdrawn from an autonomous assessment under the law of a Member State, reminds us of procedural recognition. There, a judgment handed down abroad prohibits an independent assessment of the same legal issue in the other Member States. As with the principle of recognition, an autonomous assessment of a legal issue is prohibited on the basis of the previous procedural history in another Member State. On closer inspection, however, there are considerable differences in the way procedural recognition and the principle of recognition operate. This calls into question whether the analogy between the principle of recognition and procedural recognition is in fact convincing.

18 ECLI:EU:C:2018:385 – *Coman*, para. 38; ECLI:EU:C:2021:1008 – *Pancharevo*, para. 52.

III. Hallmarks of procedural recognition

In the context of cross-border situations, the concept of recognition refers primarily to the procedural recognition of foreign judgments, as set out, for example, in Art. 36 Brussels Ibis Regulation or Art. 30 Brussels IIter Regulation. In order to be able to consider whether an analogy between the principle of recognition and procedural recognition is convincing, certain features of procedural recognition will first be presented below before examining the extent to which these features are present in the principle of recognition (see under IV.).

1. Object of recognition

The starting point for any procedural recognition is the existence of a procedural act that can be recognized. The paradigm is a judgment of a court. The recognition provisions of both European and autonomous international civil procedural law are geared towards such judicial decisions. For instance, Art. 36 Brussels Ibis speaks of «judgment», while Art. 30 Brussels IIter uses the term «decision». In both regulations the term is defined in a broad and functional sense, ignoring, for instance, the name of the act and including provisional and protective measures [cf. Art. 2(a) Brussels Ibis, Art. 2(1) Brussels IIter]. Regarding the origin of the decision, Brussels Ibis demands the act to be issued by a court or tribunal [Art. 2(b)], while Brussels IIter expressly includes any Member States authority with jurisdiction in the matters falling within the scope of the Regulation [Art. 2(2)(1)].

In its *TB*-decision, the CJEU recently held that a divorce decree drawn up by a civil registrar constitutes a judgment in the sense of the Brussels Ibis Regulation¹⁹. This decision continues previous discussions about the extent to which decisions by bodies other than courts might fall under the privilege of procedural recognition²⁰. A similar discussion has been taking place regarding German autonomous rules on recognition for a long time, particularly in relation to family matters and the question whether decisions by civil service registers could be recognized. Generally, it is assumed that the quality as a court should be analysed from a functional and not a formalistic perspective²¹. It is therefore assumed that decisions by public authorities are also recognized if those authorities serve the same function as a court in the specific context. How this functional equivalence is to be determined is disputed in detail. The predominant view under German law

19 ECLI:EU:C:2022:879 – *TB*.

20 Cf. ECLI:EU:C:2017:193 – *Pula Parking*; ECLI:EU:C:2020:351 – *Parking*.

21 Cf. MüKoFamFG/RAUSCHER, 3rd ed. 2018, FamFG § 108 Rn. 10.

is that the decision of the authorities needs to have a constitutive effect in order to be recognized²².

Some, however, argue for a broader understanding of the functional equivalence of public authorities to courts. It is argued that declaratory decisions by public authorities can also be recognized in certain circumstances²³. A constitutive effect might show clearly that the decision of the public authority has a binding effect comparable to that of a court decision. However, a mere declaratory nature of a decision does not preclude a binding effect. There are, for instance, also court decisions that only have a declaratory effect in the sense that they pronounce —with *res iudicata* effect— what the legal situation in a specific case is without changing the legal situation or creating an enforceable title. The declaratory nature of these judgments is no obstacle to their recognition²⁴. A mere declaratory nature of decisions by public authorities should therefore in principle also not be an obstacle to their recognition if such decisions are generally open to recognition if they are functionally equivalent to court judgments²⁵. On the European level, the CJEU argues along similar lines in *TB*. Even if the registration of the divorce does not have a constitutive effect, it is to be recognized as a court decision. The CJEU's decisive factor is whether the authority examines the legal validity requirements of the circumstance to be registered before making its decision²⁶.

2. Extension of legal effects

Closely linked to the question of what constitutes a recognizable decision is the question of the legal consequences of recognition. In principle, the decision is recognized with the same effect and scope that it has in its state of origin²⁷. As Recital 26 Brussels Ibis puts it: «a judgment given by the courts of a Member State should be treated as if it had been given in the Member State addressed». It binds the authorities of the recognizing state to the same extent as authorities of the state of origin, not more, not less.

22 BGH, XII ZB 463/13, para. 21–22.

23 Very broad: OLG Celle, ECLI:DE:OLGCE:2017:0522.17W8.16.0A, FamRZ 2017, 1496 (1497); denying a recognition of register entries: BGH, ECLI:DE:BGH:2019:200319BXI-IZB320.17.0, FamRZ 2019, 890 (891).

24 BGH, XII ZB 463/13, para. 22.

25 See already DUDEN, K., *Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, 2015, p. 116–117.

26 ECLI:EU:C:2022:879 – *TB*, para. 54–55.

27 MüKoZPO/GOTTWALD, 6th ed. 2022, Brüssel Ia-VO Art. 36 para. 12; MüKoFamFG/GOTTWALD, 3rd ed. 2019, Brüssel IIa-VO Art. 21 para. 1; BeckOK ZPO/GARBER, 53rd ed. 1.7.2024, Brüssel Ia-VO Art. 36 para. 31–32; cf. e.g. ECLI:EU:C:2012:719 – *Gothaer*, para. 29 et seq.

Where a decision has no binding effect in the Member State of origin, it will not gain a binding effect in the Member State of recognition either. If a decision is not binding at home, it will not be binding abroad. As discussed above, a binding effect can therefore already be demanded as a prerequisite for what constitutes a recognizable decision. After all: What should the recognition of a non-binding foreign act mean? Recognition without a binding effect seems like a contradiction in itself.

However, one could also look at the question from the opposite perspective: If a decision of a foreign public authority issues an act with no binding effect, what is the value of clarifying that —because of the origin of that act— it cannot be recognized under procedural law? The procedural recognition of such a non-binding act would not stop the authorities of the recognizing state from analysing the legal question autonomously. Even if one would accept such a decision as an object of recognition, there would not be any legal effects to be recognized²⁸. In this light, it can be argued that it might be less important whether a certain type of foreign act can in principle be recognized than what the exact effects of that act are that would be extended to the recognizing Member State. If the understanding of the binding effect of foreign acts or the lack of such an effect is understood more clearly, one could be more generous with regard to the fundamental recognizability of foreign acts.

3. Prohibition of *révision au fond*

One, if not the decisive feature of procedural recognition is the prohibition of *révision au fond*. When foreign decisions are recognized the recognizing authorities must not second-guess whether the decision by the foreign court was taken correctly. The decision may not be reviewed as to its substance²⁹. Whether the issuing court has correctly applied the applicable conflict rules and substantive law, is not questioned in the recognition process. Like the authorities of the Member State of origin, authorities in the state of recognition are bound by the decision even if it is substantively incorrect.

The prohibition of *révision au fond* does not only extend to the substantive law and conflict rules applied. It also applies to procedural law to a large extent. In particular, the jurisdiction of the court of origin is generally not questioned. With certain exceptions³⁰, it is accepted that even decisions of courts that have wrongly affirmed their jurisdiction are recognized. In European international

28 Cf. MüKoFamFG/RAUSCHER, FamFG § 108 Rn. 10.

29 E.g. Art. 52 Brussels Ibis and Art. 71 Brussels IIter.

30 E.g. Art. 45(1)(e) Brussels Ibis.

civil procedural law, it is even repeatedly emphasized that a lack of jurisdiction cannot be asserted via the detour of a violation of public policy³¹.

4. Precedence of recognition over autonomous determination

In order to analyse whether the principle of recognition can be understood as an institute of recognition in the procedural sense it is important to highlight how recognition interacts with the autonomous determination of a legal question in the recognizing Member State based on its conflict of laws rules. Without a decision to recognize the authorities faced with a legal issue will determine the legal treatment of that issue autonomously based on their own conflict rules and the substantive law called upon by the conflict rules. If there is a foreign decision to recognize this autonomous determination is blocked. Recognition removes the legal questions addressed by the decision from the usual autonomous determination by the state of recognition. Because a court of the Member State first faced with the issue has addressed that issue authorities of other Member States are barred from re-examining the same issue. In this sense, recognition takes precedence over the conflict of laws.

The extent to which recognition precedes an autonomous determination of the legal situation depends on the extent of a binding effect of the act to be recognized. If a legal question arises in the state of recognition that goes further than the decision to be recognized, the recognition nevertheless takes precedence, but only with regard to this incidental question³². Take the following example: A court in one Member States issues a decision that declares that a person is the legal child of another person. Later, the authorities in another Member State have to determine whether the child has a maintenance claim against the parent. In this case, the recognition of the foreign decision only concerns the preliminary question of the existence of the parent-child relationship and not the existence of the maintenance claim. The court will recognize the foreign decision to determine that the person is the child of the other person. The court will, however, autonomously determine whether this filiation leads to a maintenance claim based on the conflict of laws rules of the recognizing Member State.

This interplay of recognition and autonomous determination of a legal issue is a key facet of procedural recognition that will guide our further analysis. Procedural Recognition will be understood not only as the recognition of foreign judgments. Instead, it will be understood to include other instances in

31 Art. 45(3) Brussels Ibis; Art. 69 Brussels IIter.

32 Cf. Art. 30(5) Brussels IIter.

which a foreign authority takes a decision within a formalised procedure that bares authorities in other Member States from autonomously determining that same legal issue based on their own national rules. To answer whether the principle of recognition is an instrument of recognition in this sense we must therefore ask whether there is such a decision by a foreign authority that takes precedence over an autonomous determination by the Member States which are called upon to fulfil the benchmark established by the principle of recognition.

IV. Object of recognition

Based on this understanding of procedural recognition we will analyse whether cases such as *Coman* and *Pancharevo* can appropriately be described as instances of procedural recognition. Various potential objects of recognition will be considered and it will be examined whether the CJEU jurisprudence can accurately be conceptualized as a procedural recognition of those acts.

1. Legal situation as such

A first potential object of recognition could be the legal situation as such, i.e. the mere existence of a legal fact from the perspective of the law of the Member State where that situation came into existence. Under this conception, it would be irrelevant for the duty to recognize whether the legal situation was registered by a public authority or confirmed by a court. At least in Germany it appears that the principle of recognition is sometimes understood in such a broad way. This can be seen when the case law is sometimes referred to as the «recognition of legal situations». Applied to *Pancharevo* this interpretation would mean that the case law of the CJEU would also demand the recognition of the parenthood of the mothers even if they had not been entered into the Spanish birth register. The infringement of the right to free movement, which constitutes the basis of the case law, under this reading simply consists of the existence of a limping legal relationship. If this understanding were a convincing explanation of the principle of recognition, then that principle could not be considered an institute of procedural recognition in the above mentioned sense as the recognition would not require a decision taken within a formalised procedure.

However, at least currently, this broad interpretation is not grounded in the case law of the CJEU. It goes far beyond the scope of the case law as it currently stands. This is because it ignores a key feature shared by the cases decided by the CJEU so far: In all of those cases a formal procedure to examine and document the legal situation took place in the Member State of

origin. Generally, this procedure consisted of an entry into a register³³. The companies³⁴, the names³⁵, the marriage in *Coman*³⁶ and the parenthood in *Pancharevo*³⁷ were all registered. Through an official procedure an anchor was created that documented the existence of the legal situation from the perspective of the law of the state of registration. It seems that this anchor is a necessary feature of the cases. It builds the basis for the court finding an infringement of the free movement of EU citizens.

When a legal situation is documented by a formal procedure the citizen becomes aware of the existence of that legal situation and a potential change in case of a border crossing. The expectation of cross-border continuity and mobility of that situation is created that can be disappointed if it becomes clear that the legal situation would change with a border crossing. That the legal situation could change with a border crossing is the deterrent from exercising one's right to free movement that lies at the basis of the jurisprudence of the CJEU. Conversely, if there is no registration then there is no official confirmation that the legal situation exists in the Member State of origin. Without such a confirmation there is not the same basis for the reliance on how the legal situation is treated in the first Member State. There is no threat of losing an officially confirmed legal status. Many citizens will not even be aware that a legal issue might change in case of a border crossing. The deterrent from crossing a border is much weaker.

Based on the reasoning of the CJEU we can therefore assume that —at least for now— the court would not require the recognition of a legal situation as such. Only legal situations that have been confirmed by a public authority have to be recognized.

2. Register entry

A second potential object of recognition could be the register entry. Under this reading the register entry would be treated like or at least similar to a court decision. Register entries would have the same effects in other Member States that they exert in their Member State of origin. A binding determination of a parenthood or marriage included in a register would not only bind the authorities in the Member State of registration, but also in other Member States. This reading of the case law suggests that Member States are bound

33 As an exception, in ECLI:EU:C:2010:806 – *Sayn-Wittgenstein* there was no register entry. Instead, however, there was even an adoption judgment by a court.

34 CJEU, C-212/97 – *Centros*, para. 2; ECLI:EU:C:2002:632 – *Überseering*, para. 2; CJEU, C-167/01 – *Inspire Art*, para. 34.

35 ECLI:EU:C:2016:401 – *Bogendorff von Wolffersdorff*, para. 15.

36 ECLI:EU:C:2018:385 – *Coman*, para. 9.

37 ECLI:EU:C:2021:1008 – *Pancharevo*, para. 19.

to the content of the register entry just like they are bound to the content of a court decision from another Member State. Ultimately, this reading of the case law is not convincing.

A core tenant of procedural recognition of decisions is that decisions are recognized with the same effect that they have in their country of origin. The scope and effects of the decision are determined by the law where the decision was issued. In principle, there are no upgrades or downgrades to a foreign decision³⁸. If the principle of recognition is understood to demand the recognition of the content of a register entry, then this tenant of the recognition of decisions would not be complied with. This is because register entries generally only have evidentiary effect. They are sufficient proof that the registered fact is true. However, the content of the register can be put aside if it can be shown that the fact was registered incorrectly. This merely evidentiary effect is set out in Germany in Sec. 54 Civil Register Act and in Spain in Art. 17 of Law 20/2011 on the Civil Register.

Even if the evidentiary effect of registers is important and far reaching it is not the same as the *res iudicata* effect exerted by court decisions. Once a court decision is final the content of that decision is legally binding even if it is substantively wrong. Therefore, if the principle of recognition is understood as a recognition of the substantive content of the register, then it would be an upgrade of the effects of the register. It would create a binding force which the register entry does not have on its own accord.

It is therefore fitting that the CJEU does not demand a blind recognition of the content of the register either. Rather, the court repeatedly limits the principle of recognition to legal situations that have been lawfully established in the country of origin. For instance, in *Pancharevo* the court talks about «the civil status of persons that has been established in another Member State in accordance with the law of that other Member State³⁹». The court has used a similar phrasing before. For instance, in *Coman* the court mentions the fact that the marriage in question was «lawfully concluded in the host Member State⁴⁰». In *Freitag* the court notes that the name was «legally acquired (...) in another Member State⁴¹». These references to the legal validity of the acquired status clearly show that the CJEU does not require the blind recognition of the register entry with its content. Instead, it permits a *révision au fond*, which is not permitted in the context of the recognition of foreign court decisions. In fact, it is one of the core pillars of international civil procedure that foreign decisions are recognize as they are, without re-examining whether they are substantively correct.

38 MüKoZPO/GOTTWALD, Brüssel Ia-VO Art. 36 para. 12.

39 ECLI:EU:C:2021:1008 – *Pancharevo*, para. 52.

40 ECLI:EU:C:2018:385 – *Coman*, para. 51.

41 ECLI:EU:C:2017:432 – *Freitag*, para. 47.

3. The registration as such

If neither the legal situation as such nor the register entry can be considered as the object of recognition, can we infer that —upon closer inspection— the principle of recognition should not be understood as procedural recognition after all? I do not think so. I would like to submit that the principle of recognition should be understood as an institute of procedural recognition and that the object of recognition is the procedural step of registration as such, that is the fact that the status has been registered by an authority in a Member State. A procedural step has been taken by entering the status into the register. This fact has to be recognized by the authorities of other Member States. What do I mean by this? What does it mean to recognize the registration as such and not the entry?

When filling out the register the public registrars have to determine the legal facts that have to be entered, for instance the conclusion of a marriage or the parenthood. In doing this the registrars follow the conflicts method. First, they determine the applicable law, then they apply that law. When doing this, the authorities of each Member State apply their own private international law. In *Pancharevo*, for instance, the Spanish authorities surely applied Spanish private international law and not that of Bulgaria, even though one of the mothers was from Bulgaria⁴².

The national conflicts rules can differ, however. Different conflict rules can lead to different applicable laws, which in turn lead to different substantive outcomes. On the same issue —the name, the gender identity, the filiation— the Member States might apply different substantive laws which can create different outcomes. Depending on which conflict rules are applied, i.e. depending on which state's authorities are called upon, the status can differ. These differences in the applicable substantive law, created by differences in conflict rules are the background for the principle of recognition. As addressed above, the principle of recognition has its distinct influence in those areas where there is no unified private international law within the EU.

The differences in outcome between different Member States is what the principle of recognition prohibits. After a status is registered in one Member State, the authorities of all other Member States have to verify that status on the basis of the same law as the registering authority. This appears to be the core demand of the principle of recognition: The standard applied when first registering the status in one Member State has to be applied all over the EU.

This is what is meant by the recognition of the registration itself. After the status has first been registered in one Member State, other authorities have to recognize that formalized, procedural step. They have to recognize that the

42 It is not explicitly noted in the decision of the CJEU which conflicts rule was applied in Spain.

registration fixes the applicable legal standard for the entire EU. In practice this means that other Member States have to apply the conflict rules of the state of registration, at least if those rules differ from their own rules.

However, only the legal standard is fixed by the registration. The authorities of the recognizing Member States can apply and check the legality of the status themselves. They can deviate from the content of the register in the State of origin if they find that the entry was not legally correct under the rules of that state. This is the *révision au fond* that is permitted in relation to the content of the registration.

With this understanding, the principle of recognition is still understood as a principle of procedural recognition. Even if it differs from the recognition of decisions: the recognition only takes precedent in relation to determining the applicable legal standard. It does not take precedent over the entire legal examination of the issue. It is a more limited recognition that only affects a part of the legal determination.

V. Justification of recognition

The finding that the principle of recognition can indeed be understood as an institute of procedural recognition raises subsequent questions in relation to the legitimacy of the principle of recognition. Why should Member States apply a legal standard that is different from the one they would apply under their own conflict rules, simply because another Member State has previously applied that standard? The CJEU justifies this recognition from the perspective of EU primary law. Conversely, a justification from within the logic of international civil procedure is not as easy to reach.

For the recognition of foreign court decisions, the internal justification is clear: In EU law the duty to recognize correlates with the fact that the international jurisdiction is unified⁴³. Member States recognize decisions of foreign courts because they have previously agreed on which courts within Europe should be permitted to hear the case. There is no danger of exorbitant jurisdictions. Under autonomous procedural law a similar principle applies: In many jurisdictions foreign decisions are only recognized if the foreign court would also be competent based on one's own rules of international jurisdiction⁴⁴. Again, the recognition is based on the identity of concepts of international jurisdiction. Where the foreign jurisdiction was exorbitant, the decision will not be recognized. To put it a bit more abstractly: Foreign decisions are recognized because they are rooted in shared concepts or even shared rules on the jurisdiction.

43 Cf. for instance Art. 4 et seq. Brussels Ia, Art. 3 et seq. Brussels IIb.

44 In Germany: Sec. 328(1)(1) Code of Civil Procedure; Sec. 109 (1)(1) Act on Proceedings in Family Matters and in Matters of Non-contentious Jurisdiction.

With the principle of recognition there is no similar justification. The competence of civil status registrars is based on national laws. There is no EU harmonization. With the recognition of registrations, there is a duty to recognize foreign procedural facts that is not based on unified or shared competences. This dissonance can raise doubts about the legitimacy of the duty to recognize if national laws contain competences for civil registrars that are not based on any real link to that Member State. For instance: If a couple can register a marriage during their vacation based on the simple residence in another Member State - should all member States be expected to recognize that registration? To my knowledge, the CJEU has not had to address a case yet where there was only such a loose link to the state of registration. And indeed, the principle of recognition might lack legitimacy, at least from the logic of international civil procedure law.

From the perspective of EU primary law, however, the justification of recognition is also not entirely evident. If we look at the reasoning of the past case law, the CJEU might, nevertheless, require recognition. Losing a status can deter from moving back home even if the person does not have a strong link to the state of registration. The CJEU might therefore also protect a status that was acquired «in passing». The German Federal Court of Justice, on the other hand, has issued a rather restrictive judgment in 2022. It refused to recognize a name that was acquired during a 9 month stay in another Member State, because it thought that there was no genuine habitual residence, because the residence only served the purpose of being able to acquire the chosen name and the person affected never intended to stay in that Member State long term⁴⁵. The Court did not assess any implications of EU law, that might be relevant for the outcome. Therefore, it is not clear whether the decision is in line with the CJEU jurisprudence.

While the application and legitimacy of the principle of recognition is put in doubt in cases where there is only a passing link between the persons affected and the registering state, the opposite is true as well: If there is a link between those persons and the registering state that is commonly accepted within the EU —i.e. both by the registering and by potential recognizing states— as a sufficient basis for jurisdiction, then the legitimacy of the duty to recognize is underscored also from the logic of international civil procedure and not only from the perspective of EU primary law. This framing raises the difficult subsequent question of which links can be considered as a commonly accepted basis for jurisdiction and how to determine those links. One example that would appear to be uncontroversial is the habitual residence. The habitual residence is a connecting factor that is widely used within EU law both for jurisdiction and applicable law. Even if the Member States have not yet enacted a regulation which uses habitual residence as a connecting

45 BGH, ECLI:DE:BGH:2022:191022BXII ZB425.21.0, particularly para. 21–22.

factor in the context of the creation of a civil status⁴⁶, this connecting factor has become so widely used that it can be considered as a common denominator which the Member States have agreed upon as constituting a link that can justify the jurisdiction or application of the law of the respective state. This link was also present in *Pancharevo*. The family had lived in Spain ever since the child was born⁴⁷. There is no indication that they wanted to move to Bulgaria. This observation underscores the legitimacy of that decision also from the logic of international civil procedure.

Pancharevo, just like *Coman*, was a sensation. It was another milestone for the protection of LGBTQ+ Persons within the EU. Its potential political implications are huge. Accordingly, it has found vocal critics that see the decision as an infringement on the Member States's autonomy in deciding very controversial political questions about the role and shape of families. These concerns cannot entirely be refuted. However, when we change the perspective from this political macro level to the micro level of the specific family and of their life in Spain we could also ask the question the other way around: Who else than Spanish authorities should be the first point of call to decide on the legal existence of such families living together in Spain?

VI. Bibliography

DUDEN, K., *Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, 2015.

GARBER, T., in VORWERK, V. / WOLF, C. (eds.), *Beck Online Kommentar ZPO*, C.H. Beck, 53rd ed., 1.7.2024.

GOTTWALD, P., in Rauscher, T. (ed.), *Münchener Kommentar zum FamFG*, vol. 2, C.H. Beck, 3.^a ed. 2019, Brüssel IIa-VO.

GOTTWALD, P., in KRÜGER, W. / RAUSCHER, T. (eds.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, vol. 3, C.H. Beck, 6th ed. 2022.

RAUSCHER, T., in RAUSCHER, T. (ed.), *Münchener Kommentar zum FamFG*, vol. 1, C.H. Beck, 3.^a ed. 2018.

46 See however Art. 6 and 17 of the Commission Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood, COM (2022) 695 final.

47 ECLI:EU:C:2021:1008 – *Pancharevo*, para. 18 et seq.

CUSTODIA/VISITA, VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LA SALVAGUARDIA DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS EN SITUACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES

Carmen Ruiz Sutil

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Granada*

Sumario: I. Introducción; II. Mecanismos de derechos humanos e interés superior de las niñas y de los niños expuestos a la violencia de género; III. Competencia judicial internacional para la custodia/visita en situaciones con violencia de género; 1. *Juzgado mixto español*; 2. *Independencia del foro de la residencia habitual de los hijos e hijas*; 3. *Modulación de otros foros del Reglamento 2019/1111 ante situaciones con violencia de género*; IV. Derecho aplicable a las medidas civiles de custodia/visita cuando existe violencia de género: 1. *Derecho aplicable conforme al CLH de 1996*; 2. *Respuestas del ordenamiento jurídico español*; 3. *Medidas provisionales o de urgencia*; V. Conclusiones. VI.. Bibliografía.

Resumen: En este capítulo se va a destacar la relevancia de la perspectiva de género y de infancia en la resolución de los conflictos transnacionales cuando atañen a la determinación de la custodia y del régimen de visita ante la violencia de género. El interés superior de la persona menor debe atender al derecho a no ser objeto de ninguna forma de violencia, ni siquiera por la que padece la madre a manos de su progenitor, tal y como dictaminan los tratados internacionales ratificados por nuestro país. Es innegable la necesidad de suministrar un ámbito seguro tanto a la mujer víctima como a los hijos e hijas que se encuentran inmersos en estos ambientes violentos. Por consiguiente, presentaremos un panorama práctico como consecuencia de la incursión de la legislación internacional y europea sobre dichas cuestiones que afectan especialmente a los hijos o hijas, planteando una lectura con perspectiva de género de los foros de competencia judicial internacional ante la demanda sobre custodia/visita. Igualmente, contribuiremos a otorgar pautas para la concreción del interés superior del niño y de la niña que cohabitan con la violencia de género/doméstica cuando haya que determinar el derecho aplicable al fondo del asunto. Repararemos en

las exigencias derivadas de la atención de la violencia de género y el impacto que provoca en los y las menores, que los somete a múltiples riesgos y que comprometen seriamente su salud y desarrollo evolutivo.

Palabras clave: Medidas de custodia/visita para los hijos e hijas; la exposición a la violencia de género; Reglamento 2019/1111; Derecho aplicable español e interés superior de los niños y niñas.

Abstract: This chapter will highlight the relevance of gender and childhood perspectives in resolving transnational conflicts related to the determination of custody and visitation rights in the context of gender-based violence. The best interest of the minor must include the right to be free from any form of violence, including the violence suffered by the mother at the hands of the father, as stipulated by international treaties ratified by our country. It is undeniable that a safe environment must be provided for both the victimized woman and the children immersed in these violent environments. Thus, we will present a practical overview resulting from the incorporation of international and European legislation on these issues that particularly affect children, offering a gender perspective on the forums of international jurisdiction concerning custody/visitation demands. We will contribute as well to granting guidelines for concretizing the best interests of children living under gender/domestic violence when determining the applicable law to the core of the matter. We will tackle the demands arising from addressing gender-based violence and its impact on minors, which exposes them to multiple risks and seriously compromises their health and developmental well-being.

Keywords: Custody/visitation measures for children; exposure to gender-based violence; Regulation 2019/1111; applicable Spanish law and best interests of the children.

I. Introducción

En los últimos tiempos, la tendencia del Derecho internacional privado consiste en la regulación constante del Derecho de familia en múltiples instrumentos, especialmente desde el marco normativo de la UE. Sin embargo, la doctrina viene contemplando la ausencia en éstos de perspectiva de género para dar respuesta a las situaciones privadas internacionales que embiste la violencia de género/doméstica¹.

- 1 ESPINOSA CALABUIG, R., «La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado», *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2019, n.º 3, pp. 36-57; MORENO CORDERO, G., «El *gender mainstreaming* y la protección de los menores en secuestros transfronterizos», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 15 (2), 2023, pp. 767-800; MARCHAL ESCALONA, N. «La perspectiva de género en el derecho de los abuelos y abuelas a relacionarse con sus nietos y nietas», en LARA AGUADO, A. (coord.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 553-586; *id.*, El tratamiento del derecho del menor a relacionarse con sus abuelos en contextos de violencia familiar o doméstica en el ámbito europeo, *AEDIPr*, XXI, 2021,

La sociedad ya ha comprendido que la violencia de género/doméstica dirigida hacia una madre es gravemente perjudicial para las y los niños que la presencian o que se exponen a ella. De hecho, el propio Tribunal Supremo español sostiene en su sentencia núm. 247/2018, de 24 de mayo² que la exposición a la violencia de género tiene efectos negativos sobre el bienestar del menor³.

El profesor M. LORENTE ACOSTA (psiquiatra forense español y experto en violencia de género⁴), desde su investigación y experiencia, afirma que «los hijos e hijas que viven en el hogar donde el padre maltrata a la madre sufren también las consecuencias de esa violencia. Las propias características de la violencia de género, con esa continuidad caracterizada por la humillación, la crítica, el rechazo, el menosprecio, la amenaza, etc., unidos a las agresiones puntuales que se repiten con más o menos frecuencia, explican que los niños y niñas expuestos sufran consecuencias sobre su salud». Esta exposición de los menores a la violencia de género origina un abuso psicológico que en muchas ocasiones llega a alcanzar intensidades propias del maltrato psíquico, hasta el punto de sufrir las mismas consecuencias psicológicas que la madre, pero incrementados por un triple mecanismo: 1. Ver las agresiones y la violencia que sufre la madre. 2. Vivir en el ambiente de violencia que crea el maltratador. 3. Sufrir agresiones directas por parte del padre, lo que se produce en el 40 % de los casos. Todo ello, de manera directa o indirecta, da lugar a una serie de alteraciones y trastornos. Las más significativas son los desórdenes conductuales y los problemas emocionales, ocasionando conductas interiorizadas, como reacciones depresivas o ansiosas, y exterioriza-

pp. 89-109; PRETELLI, I., «Una reinterpretación del Convenio de La Haya sobre la sustracción de menores para proteger a los niños de la exposición al sexismo, la misoginia y la violencia contra las mujeres», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14 (2), 2022, pp. 1310-1337; RUIZ SUTIL, C., «La movilidad intra-europea de las mujeres extranjeras irregulares víctimas de la violencia intrafamiliar: carencia de igualdad de género en la normativa de la Unión Europea», *La Ley. Unión Europea*, 2020, n.º 83, p. 8; *id.*, *Las violencias de género en entornos transfronterizos. Interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y del derecho internacional privado*, Madrid, Dykinson, 2023; VAQUERO LÓPEZ, C., «Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de Derecho internacional privado desde una perspectiva de género», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 10 (1), 2018, pp. 439-465.

2 ECLI: ES:TS:2018:2003

3 Expresamente dispone: «...la presencia de los hijos e hijas en episodios de violencia del padre hacia la madre es una experiencia traumática produciéndose la destrucción de las bases de su seguridad, a quedar los menores a merced de sentimientos de inseguridad, de miedo o permanente preocupación, ante la posibilidad de que su experiencia traumática vuelva a repetirse. Todo lo cual se asocia a una ansiedad que puede ser paralizante, y que, desde luego, afecta muy negativamente al desarrollo de la personalidad del menor, pues aprende e interioriza los estereotipos de género, las desigualdades entre los hombres y mujeres, así como la legitimidad de uso de la violencia como medio de resolver conflictos familiares e interpersonales fuera del ámbito de la familia».

4 LORENTE ACOSTA, M. y GIBSET GRIFO, S., «Violencia familiar y de género», *Gisbert Calabuig. Medicina Legal y Toxicología*, 7.ª ed., Madrid, Elsevier España, 2019, p. 527 y ss.

das, entre las que destacan la agresividad, la desobediencia, la rebeldía, etc. También se ha comprobado cómo estos menores presentan cuatro veces más posibilidades de sufrir alteraciones psicopatológicas. Entre las consecuencias más significativas sobresale la presencia de sintomatología post-traumática en forma de pesadillas, terrores nocturnos, reexperimentación de hechos y situaciones, etc. La situación es muy delicada y compleja, porque, por un lado, la causa más habitual de este tipo de conductas de rechazo al padre, ante la violencia de género vivida durante la convivencia, permanece desconocida al no ser manifestada por la madre en el proceso de separación y, por otro, la conducta de alejarse del padre es explícita y objetiva, lo cual, al desconocerse el contexto en el que se produce, genera una cierta confusión. La causa más frecuente de estas vivencias es de repudio al padre, tras una separación con violencia previa, por lo que debe investigarse y analizarse las causas que afectan a los hijos. La clave para entender lo que sucede en estas circunstancias está en el significado que se da a esa actitud de los menores, en lugar de seguir las tesis de un síndrome de alienación parental que no existe ni ha sido aceptado por la comunidad científica⁵.

Las hijas e hijos sufren una alta victimización, al haber vivido en un ambiente de violencia permanente dirigida en principio hacia sus madres, pudiendo ser llegar a ser testigos de este tipo de agresividad o, incluso, de causarles la muerte a manos de su progenitor. Tras el cese de la convivencia de la pareja no dejan de sufrir, en muchos casos, empiezan un régimen de custodia/visitas con el padre biológico, situación que los expone a un nuevo tipo de riesgo hacia ellos o con dirección hacia la madre a través de los hijos. Este tipo de violencia es la llamada violencia vicaria. Conocer el contexto que puede rodear a las separaciones conflictivas es esencial para poder identificar qué elementos están actuando sobre los menores y efectuar una correcta valoración que permita tomar las mejores decisiones desde el punto de vista judicial y humano. La valoración de los incidentes de violencia del padre hacia la madre, como expresa el profesor LORENTE ACOSTA, debe ser a través de la investigación y de la experiencia en el daño físico o psicológico de los hijos o hijas.

En la Constitución y en los Convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, los niños y las niñas, aunque titulares de los derechos allí reconocidos, no siempre tienen garantizada su efectividad, particularmente cuando quedan expuestos a situaciones de violencia de género/doméstica. Al no tener en cuenta las circunstancias concretas de las personas destinatarias de las normas, el legislador suele corregirlas mediante excepciones a las reglas generales, aunque en ocasiones no son suficientes⁶.

5 En la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia se prohíbe expresamente la aplicación del Síndrome de Alienación Parental en juzgados y tribunales (art. 11.3 y 26.3 último párrafo).

6 LARA AGUADO, A., «El interés superior de la niñez, adolescencia y juventud en situaciones transfronterizas desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infan-

En consecuencia, nos podemos encontrar con la aplicación sin correcciones de una normativa ciega a la perspectiva de género, sin atender al interés de los y las menores en estos contextos tan dramáticos. No obstante, la interpretación de las normas y las actuaciones de los operadores jurídicos o administrativos destinados a la defensa de sus intereses deben lograr la optimización del principio del «interés superior del menor» y garantizar la mejor efectividad de sus derechos, porque no siempre se consiguen.

A nuestro modo de entender, y por compromiso en la adaptación de la disciplina a las nuevas realidades, la incorporación de la perspectiva de género en el marco del Derecho internacional privado de los y las menores debe ser significativa para colaborar con un contexto legal favorable a la igualdad de derechos y a una infancia libre de violencias. Para ello, se debe observar todas las circunstancias específicas que concurren en el caso concreto para no conducir a un resultado injusto⁷. Es esencial prestar la debida atención a este tipo de violencia de género/doméstica en las separaciones y en los acuerdos de custodia de los padres, garantizando que el interés superior del niño sea la consideración primordial. El análisis de esta problemática de género implica adentrarse en la dinámica de cada familia y de la situación del o de la menor, visibilizando las relaciones de poder en la toma de decisiones y su correlato, analizando las consecuencias del no poder, tal y como nos muestra la aplicación del *gender mainstreaming*.

En esta ocasión, el capítulo que presentamos viene a reseñar la temática de la atribución del régimen de custodia/visitas en situaciones privadas internacionales con repercusión de la violencia de género/doméstica. La complejidad en estos asuntos tan delicados nos lleva a un análisis del estado de la cuestión desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia en contextos transfronterizos. Presentaremos una panorámica práctica como consecuencia de la incursión de la legislación internacional y europea. Igualmente, aportaremos algunas pautas para la búsqueda del foro y del derecho aplicable cuando haya que determinar el régimen de custodia y visita de los y las menores que cohabitan con la violencia de género para la consecución de su verdadero interés superior en estos asuntos transnacionales.

cia algunos casos concretos», en LARA AGUADO, A. (coord.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 164-208

- 7 LARA AGUADO, A., «Discriminaciones visibles e invisibles en Derecho internacional privado: nuevos retos para la perspectiva de género», en SALINAS DE FRÍAS, A. y MARTÍNEZ PÉREZ, E. J. (dirs.), *La Unión Europea y los muros materiales e inmateriales: Desafíos para la seguridad, la sostenibilidad y el Estado de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 113-114

II. Mecanismos de derechos humanos e interés superior de las niñas y de los niños expuestos a la violencia de género

La protección de las personas menores de edad es una obligación prioritaria de los poderes públicos, reconocida en el art. 39 de la Constitución Española y en diversos tratados internacionales, entre los que destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989⁸, junto a sus tres protocolos facultativos y las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño⁹. En similar sentido, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) o el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 noviembre 1950, con sus protocolos posteriores (en adelante, CEDH).

Con se desprende de dichos textos, el superior interés del menor es un derecho prioritario que viene a ser confirmado en de la LO 1/1996 de protección jurídica del menor¹⁰ (en adelante, LOPJM), siendo además un principio de interpretación y una norma del procedimiento. Sin embargo, no puede ser invocado en abstracto, sino que ha de concretarse en cada caso, explicitando las razones por las que se llega a una respuesta determinada. Así, para los asuntos que afectan a la infancia que vive en la violencia de género, tal interés debe conectarse con los principales textos internacionales de los derechos humanos de las mujeres. Y es que las organizaciones internacionales y regionales vinculadas a las materias de mujer e infancia ya han comenzado a mostrar su preocupación en el desarrollo integral de las personas menores, inquietud derivada del impacto nocivo en los niños y niñas de las distintas formas de violencia de género.

A partir de las Conferencias mundiales sobre las mujeres, especialmente con la aprobación de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW) en 1979¹¹ y con la Declaración de Naciones Unidas sobre la violencia contra las mujeres en 1993¹², ha existido

8 BOE n.º 313, de 31 de diciembre de 1990.

9 Se han publicado varias observaciones generales relevantes a los litigios de derecho de familia y a no sufrir violencia, pues su interés superior debe ser una consideración primordial, como son la Observación General número 12, de 2009, sobre el derecho a ser escuchado, la Observación General número 13, de 2011, sobre el derecho del niño y la niña a no ser objeto de ninguna forma de violencia y la Observación General número 14, de 2014, sobre que el interés superior del niño y de la niña sea considerado primordialmente.

10 BOE n.º 15, de 17/01/1996.

11 España ratificó esta Convención mediante Instrumento de ratificación de 16 de diciembre de 1983, BOE n.º 69, de 21 de marzo de 1984.

12 Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

un despliegue de actividades con la finalidad de combatir las distintas violencias contra las mujeres. Centrándonos en el impacto de estas violencias en los hijos e hijas, varios mecanismos internacionales y regionales reconocen la importancia de los antecedentes y la prevalencia de la violencia de género/doméstica cuando se tome una decisión en los litigios por la custodia de los y las niñas, así como la invocación de la alienación parental como extensión de la violencia doméstica¹³. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) ha recordado la responsabilidad del Estado de considerar «las necesidades específicas de las mujeres y los niños a la hora de determinar la custodia de los hijos en los casos de violencia de género en el ámbito doméstico¹⁴», junto con «adoptar medidas para garantizar que el factor de la violencia doméstica se tenga en cuenta a la hora de otorgar la custodia de un hijo¹⁵». El citado Comité ha afirmado que «los derechos o reclamaciones de los autores o presuntos autores durante y después de los procedimientos judiciales [...] deberían determinarse a la luz de los derechos humanos de las mujeres y los niños a la vida y la integridad física, sexual y psicológica y regirse por el principio del interés superior del niño¹⁶».

Cobran magnitud y repercusión las manifestaciones en los menores por efecto de esta violencia¹⁷. Su alcance negativo viene explicitado en la Observación general núm. 13, de 2011 de Naciones Unidas¹⁸, en UNICEF¹⁹ o *Save the Children*²⁰, textos que aseveran que los malos tratos ejercidos sobre la

13 Sobre la temática, véase el Informe de la Relatora Especial, Reem Alsalem sobre «Custodia, violencia contra las mujeres y violencia contra los niños, sus causas y consecuencias de 13 de abril de 2023 (A/HRC/53/36). En él se analiza el vínculo entre los litigios por la custodia de los hijos, la violencia contra las mujeres y la violencia contra los niños, y se estudia en particular el abuso del término «alienación parental» y de pseudoconceptos similares.

14 CEDAW/C/CRI/CO/7, párr. 43 a).

15 CEDAW/C/FIN/CO/7, párr. 39 c).

16 CEDAW/C/GC/35, párr. 31 ii).

17 Boletín de los Jueces de la Conferencia de La Haya, en el que algunos jueces han mostrado su preocupación sobre esta problemática, tal y como las reflexiones de GILLEN, J., «La seguridad del niño a su retorno. El Convenio de la Haya y la violencia doméstica, ¿amigos o enemigos?, un punto de vista desde el common law respecto de las interpretaciones del artículo 13(1) b) del Convenio de la Haya en el contexto de la violencia doméstica», *The Judges' Newsletter*, Vol. XI, Tomo XI, 2006, pp. 19-22.

18 Véase punto 73 OG 13/2011, De las Naciones Unidas CRC/C/GC/14, Convención sobre los Derechos del Niño (Distr. General 29 de mayo de 2013).

19 La organización UNICEF insiste en que como maltrato se deben considerar «también los efectos indirectos de la violencia familiar sobre los niños» (p. 69), donde se habla de la exposición a la violencia de pareja en el hogar y efectos en niños. [https://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1\(1\).pdf](https://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1(1).pdf).

20 Véase AA. VV. (2012). Manual de atención para los niños y niñas de mujeres víctimas de violencia de género en el ámbito familiar realizado por *Save the Children*, en <https://www.savethechildren.es/publicaciones/>

madre del menor perturban negativamente al hijo o hija en igual medida que la violencia ejercida directamente sobre ellos. Precisamente, en la decisión del Comité CEDAW de 2014 sobre el caso *González Carreño c. España*²¹, se recomendó a nuestro país que se tuvieran en cuenta los antecedentes de violencia doméstica a la hora de decidir sobre el régimen de visitas, con la finalidad de que no se pusiera en peligro a la madre o a los hijos e hijas.

El hecho de no tener en cuenta la violencia en la pareja y la violencia contra los hijos en las decisiones sobre la custodia y el régimen de visitas constituye una violación de los derechos del niño y del principio del interés superior del mismo. El art. 12 del Convenio sobre los Derechos del Niño establece que los Estados parte les garantizarán que estén en condiciones de formarse un juicio propio y el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que los afecten, en función de su edad y madurez. También se establece que se dará a los niños la oportunidad de ser oídos en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado. El art. 19 de esta misma convención confirma el derecho de los niños a ser protegidos contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

A estas iniciativas hay que sumar las de otros organismos regionales. El Consejo de Europa, con el Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011 (en adelante Convenio de Estambul), instrumento que ya ha entrado en vigor para la UE²², cuenta con estándares internacionales que garantizan la protección de los derechos de las personas menores de edad, ocupándose, además, de las cuestiones de la custodia parental y su relación con la violencia contra las mujeres. Particularmente, los arts. 31 y 45 del Convenio de Estambul exigen a las autoridades judiciales que no establezcan derechos de visita sin tener en cuenta los incidentes de violencia contra el cuidador no maltratador y el niño, hechos que harán imponer sanciones «efectivas, proporcionales y disuasivas». En dicho sentido, el Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, en sus labores de supervisión, ha destacado los puntos fuertes y débiles de los países partes en relación con las víctimas

21 Véase CEDAW/C/58/D/47/2012.

22 El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica fue celebrado por la Unión mediante la Decisión (UE) 2023/1075 del Consejo (DO L 143 I de 2.6.2023), en lo que respecta a las instituciones y la administración pública de la Unión, y mediante la Decisión (UE) 2023/1076 del Consejo (DO L 143 I de 2.6.2023), en lo que respecta a los asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia penal, asilo y no devolución, y entró en vigor para la Unión el 1 de octubre de 2023.

de violencia doméstica, incluida la invocación generalizada de la alienación parental como medio de minimizar las pruebas de violencia doméstica²³. En su tercer informe general, el Grupo de Expertos expuso la necesidad de «garantizar que los profesionales pertinentes estén informados de la falta de fundamento científico del ‘síndrome de alienación parental’ y del recurso al concepto de “alienación parental” en el contexto de la violencia doméstica contra las mujeres». Este Grupo presentó observaciones por escrito al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la STEDH de 10 de julio de 2021, en el asunto Kurt c. Austria²⁴, a partir del asesinato de un niño de 8 años a manos de su padre cuando la madre ya había denunciado los actos de violencia doméstica. La demandante alegó, en particular, que las autoridades austriacas habían fallado en protegerla a ella y a sus hijos de su marido violento, lo que ocasionó el asesinato del hijo a manos de su marido. En todo caso, el marco legal austriaco para la protección de los niños en el contexto de la violencia doméstica había sido insuficiente. El CEDH reconoce que la violencia doméstica entra en el ámbito de aplicación de sus artículos 2, 3, 8 y 14²⁵, aunque sostuvo por unanimidad que no había habido violación del art. 2 del Convenio en su parte sustantiva. En la mayoría de los casos, se conoce que la violencia doméstica persiste y se intensifica con el tiempo. Por lo tanto, se requiere una evaluación sensible al contexto²⁶. La conclusión es la no violación de las obligaciones positivas de las autoridades austriacas, sin embargo, ello no es coherente con el razonamiento otorgado por el TEDH de los hechos descritos. La diligencia especial debería haber incluido un análisis de los factores típicos que inciden en la violencia de género, tal como los describen GREVIO, la demandante y los demás terceros²⁷. Y es que, conforme a los citados preceptos del CEDH, los Estados tienen obligaciones positivas de adoptar medidas eficaces contra violencia de género/doméstica e investigar eficazmente las acusaciones creíbles de violencia o negligencia infantil. Desde el contenido del Convenio de Estambul o del art. 17.1 b) de la Carta social europea²⁸, los Estados

23 Consejo de Europa, tercer informe general del Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (2022), disponible en: <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/-/3rd-general-report-on-grevio-s-activities#>.

24 Demanda n.º 62903/15.

25 Véase el voto concurrente del juez Koskelo. También *vid.* la STEDH Opuz v. Turkey, demanda n.º 33401/02, 9 de junio de 2009; STEDH Talpis v. Italy, demanda n.º 41237/14, 2 de marzo de 2017; STEDH Kurt v Austria, demanda n.º 62903/15, 15 de junio de 2021 o la STEDH Landi v. Italy, demanda n.º 10929/19, 7 de abril de 2022.

26 Como ha ocurrido en el asunto del TEDH Talpis c. Italia (n.º 41237/14, 2 de marzo de 2017) o en la resolución del TEDH Volodina c. Rusia (n.º 41261/17, 9 de julio de 2019) («riesgo real e inmediato... teniendo en cuenta el contexto de violencia doméstica»).

27 *Cfr.* el voto disidente del juez Elósegui.

28 Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, BOE n.º 139, de 11 de junio de 2021.

quedan obligados prohibir todas las formas de violencia contra los niños y adoptar disposiciones apropiadas en materia de derecho penal y civil.

En el contexto de la Organización de Estados Americanos, el art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer²⁹, conocida como la Convención de Belém do Pará, declara que los Estados parte deben «condenar a todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia», y «actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer»³⁰. De hecho, el Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará ha subrayado la obligación de los Estados parte de «tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer»³¹.

Desde el ámbito africano, nos encontramos con el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de la Mujer en África³² (Protocolo de Maputo), que dispone explícitamente en su art. 7 que «ante la separación, divorcio o anulación del matrimonio, la mujer y el hombre tendrán responsabilidades y derechos recíprocos para con sus hijos. De cualquier modo, se concederá una importancia primordial a los intereses de los hijos».

Esta realidad no ha permanecido inmutable para la UE. A fin de promover un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, se han adoptado diversos instrumentos normativos en los que ha quedado plasmada la necesidad de dispensar una protección específica a los niños, niñas y adolescentes expuestos a la violencia intrafamiliar, como así se ha evidenciado en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos³³; en el Considerando K de la Resolución

29 <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.

30 Para comprobar su aplicación práctica por la jurisprudencia, *vid.* VILLEGAS, C. N., «Retos del Derecho internacional privado frente al ODS 5 de la Agenda 2030», *Revista Direito. UnB*, Vol.7 (3), 2023, pp. 137-165, en especial p. 143-149.

31 Declaración conjunta del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará y la Relatora Especial publicada el 12 de agosto de 2022, disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/women/sr/2022-08-15/Communique-Parental-Alienation-SP.pdf>.

32 Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya, en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>.

33 DOUE L 315, de 14 de noviembre de 2012. Esta Directiva fue incorporada al ordenamiento español en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE n.º 101, de 28 de abril de 2015).

del Parlamento Europeo, de 25 de febrero de 2014, sobre recomendaciones destinadas a la comisión sobre la lucha contra la violencia intrafamiliar ejercida sobre las mujeres³⁴, así como en la Directiva 2011/99/EU, sobre la Orden Europea de Protección³⁵ y en el Reglamento 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil³⁶. Justamente, la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre el impacto de la violencia intrafamiliar y del derecho de custodia en las mujeres y los niños³⁷, ha expresado su profunda preocupación por el alarmante número de feminicidios e infanticidios en Europa cometidos después de que la mujer haya denunciado incidentes de violencia de género. A menudo, en algunos Estados miembros, se pasa por alto la esta violencia. Por ello se insiste en que los tribunales deben garantizar que las decisiones sobre medidas de guarda, custodia y derecho de visita se tome con arreglo al principio de «interés superior del menor», que implica escucharlo, contar con la participación de todos los servicios pertinentes, proporcionar asistencia psicológica, etc.³⁸.

Con este espíritu evolutivo se aprueba la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica³⁹, que incorpora en su art. 2 apartado c) el concepto de víctima «a toda persona, independientemente de su género, que haya sufrido algún daño directamente causado por violencia contra las mujeres o violencia doméstica e incluye a los menores que hayan sufrido algún daño porque hayan sido testigos de violencia doméstica». Debido a su vulnerabilidad, ser testigo de violencia de género/doméstica dentro de la familia o unidad familiar puede ser devastador para los menores. Ellos suelen sufrir daños psicológicos y emocionales directos que afectan a su desarrollo y corren un mayor riesgo de padecer enfermedades físicas y mentales, tanto a corto como a largo plazo. El reconocimiento de que los menores que han sufrido daños causa-

34 DOUE C 285, de 20 de agosto de 2017.

35 DOUE L 338, de 21 de noviembre de 2011. España incorporó su texto en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (BOE n.º 282, de 21 de noviembre de 2014).

36 DOUE L 184, de 29 de junio de 2013.

37 2019/2166(INI), en DOUE C 132/27 de 24 de marzo de 2022, en particular los Considerandos I e N

38 MARCHAL ESCALONA, N., «El impacto de la violencia intrafamiliar en el ejercicio del derecho de visita transfronterizo en la Unión Europea: ¿una oportunidad perdida?», *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja*, n.º 32 (en prensa).

39 DOUE n.º 1385, de 24 de mayo de 2024. Con un enfoque enfático en la prevención, los derechos de las víctimas, y una amplia cooperación transnacional, la Directiva pretende garantizar una respuesta robusta y uniforme a este grave problema social. Refleja el compromiso continuo de la Unión Europea con la protección de los derechos humanos y la erradicación de la violencia de género.

dos directamente por haber sido testigos de violencia doméstica supone un paso importante en su protección ante estos contextos violentos. Precisamente, en el Considerando 70 de esta Directiva, con el fin de garantizar la seguridad de los menores durante posibles visitas del autor o sospechoso de un delito que ostente la patria potestad con derecho de visita conforme a lo establecido en las normas aplicables del Derecho civil nacional, los Estados miembros deben asegurarse de que se faciliten lugares neutrales supervisados, incluidos los locales de los servicios de protección de menores o de asistencia social, de modo que esas visitas atiendan al verdadero interés superior del menor. En caso necesario, las visitas deben realizarse en presencia de funcionarios de protección de menores o asistentes sociales. Cuando sea necesario proporcionar un alojamiento provisional, los menores deben alojarse prioritariamente con el titular de la patria potestad que no sea el autor o sospechoso, tal y como recoge en su art. 34 sobre «seguridad de los menores».

Conforme a estos instrumentos internacionales que abordan la violencia de género/doméstica y el efecto muy serio y negativo en el desarrollo de las y los hijos⁴⁰, los Estados deben abordar las reformas necesarias. El interés del o la menor es crucial, por lo que el operador jurídico debe ser capaz de limitar, condicionar e, incluso, negar el disfrute de la custodia o del ejercicio de visita respecto del progenitor violento. En consecuencia, la adopción de la perspectiva de género en el ámbito transfronterizo, además de la dimensión interna, implica velar por el «interés del o de la menor» que viven en estos contextos violentos, adoptando todas las medidas que fuesen necesarias, a fin de garantizar su protección y una vida libre de violencia de género/doméstica⁴¹. Para llegar a esa conclusión, es vital la evaluación del riesgo en los casos de violencia de género/doméstica, que debe tener en cuenta las circunstancias concretas de las víctimas, incluidas, en particular, su origen social y cultural, junto al peligro que corren las y niñas y niños pertenecientes al hogar común. Por estas razones, la STC 115/2024, de 23 de septiembre (a pie de página: BOE núm. 264, de 01 de noviembre de 2024, ECLI:ES:TC:2024:115, subraya la necesidad de considerar el contexto de violencia y su conexión con los derechos a la igualdad y la no discriminación al evaluar el cumplimiento del régimen de visitas.

40 HALE, B., «Domestic Violence and Child Abduction», *Current Legal Problems*, vol. 70, n.º 1, pp. 3-16, en <https://academic.oup.com/clp/article/70/1/3/4082282>, en <https://doi.org/10.1093/clp/cux001>; REYES CANO, R., *Menores y violencia de género: nuevos paradigmas*, tesis doctoral, Universidad de Granada, 2018, en: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/54414/87798.pdf>.

41 MARCHAL ESCALONA, N., «El impacto de la violencia intrafamiliar en el ejercicio del derecho de visita transfronterizo...», *loc. cit.*, p. 107.

III. Competencia judicial internacional para la custodia/visita en situaciones con violencia de género

1. Juzgado mixto español

Al determinar la competencia judicial internacional de los jueces españoles sobre la atribución de la custodia o del derecho de visita de los hijos o hijas, proceso derivado de la denuncia de la violencia de género, es necesario establecer previamente la competencia interna del órgano judicial español especializado y encargado de los asuntos mixtos (penal y civil). La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁴² (en adelante LO 1/2204) creó un sistema completo de protección a la mujer y los hijos e hijas que son objeto de violencia de género, dedicando el Título V a la tutela judicial que afecta a la competencia objetiva, territorial y funcional de los procesos de disolución matrimonial o de pareja cuando la controversia deriva de la violencia de género y se haya incoado un proceso penal. En consecuencia, el juzgado de violencia sobre la mujer conocerá de todas las cuestiones mixtas (penales y civiles) que afecten a la violencia de género en el matrimonio o fuera del mismo, alcanzado también a las cuestiones sobre responsabilidad parental⁴³, tanto para asuntos internos como transfronterizos.

Ante la denuncia penal de la progenitora basada en la violencia de género, el art. 15 bis de la LECr., adicionado por el art. 59 de la LO 1/2004, dirige la cuestión al juzgado de violencia sobre la mujer del lugar del domicilio de la víctima⁴⁴, correspondiéndole la competencia territorial interna, al margen del fuero general del lugar de comisión de los hechos (art. 14 LECr.). Este juzgado de violencia sobre la mujer únicamente resulta competente cuando el hecho delictivo fuese cometido en España o, si no es así, se den el resto de los presupuestos del art. 23.4 l) de la LOPJ.

42 BOE n.º 313, de 29 de diciembre de 2004.

43 Tal y como dispone la STS 297/2020, de 2 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:734), «ello obedece, no a la idea, no expresada, de que tales juzgados pertenezcan a un único orden jurisdiccional, sino a la conveniencia para la más eficaz protección de la mujer [...] de que unas y otras (causas penales y civiles) en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede».

44 Por modificación de la LO 1/2004, este precepto de la LECr. dispone que «en el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al juez de violencia sobre la mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos».

Este mismo juzgado conoce del ámbito civil vinculado a dicha causa penal, conforme a los arts. 87.2 ter de la LOPJ y 44.2 de la LO 1/2004, ya que se le atribuye la competencia objetiva de forma exclusiva y excluyente, siempre que queden relacionadas con las causas penales instruidas como consecuencia de la violencia de género⁴⁵. En principio, este juzgado mixto y especializado va a conocer de las cuestiones de custodia y derecho de visita de los hijos e hijas que están inmersos en la violencia de género. En asuntos transfronterizos, dicho juez también tendrá que llevar a cabo un análisis *ius* internacional privatista y que, en la mayoría de los casos, va a quedar obligado a revisar las reglas de competencia judicial internacional contenidas en el Reglamento 2019/1111 y que, a continuación, expondremos.

2. Independencia del foro de la residencia habitual de los hijos e hijas

En el orden civil y ante una denuncia de violencia de género/doméstica, vamos a analizar las posibilidades de actuación de nuestros órganos jurisdiccionales para la protección de los hijos e hijas a partir del principal instrumento europeo que contiene foros de competencia judicial internacional, como es el Reglamento 2019/1111. Destacaremos los foros que consideramos más relevantes en la materia tratada, con la finalidad de determinar en qué medida podrían ser operativos en relación con los supuestos de violencia de género/doméstica que se plantean en nuestro país, a pesar de que dicho texto europeo no incida en un enfoque de género.

En el ámbito de la responsabilidad parental y de las medidas de protección de menores, el art. 7 Reglamento 2019/1111 acoge el foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro como factor determinante para determinar la competencia judicial internacional. Los tribunales españoles, por tanto, van a determinar su competencia cuando el hijo o hija reside habitualmente en España. Si no fuese el caso, podríamos encontrar otra vía de

45 Las competencias de los juzgados de violencia sobre la mujer están detalladas en el art. 87.2 ter de la LOPJ. Se resuelven en esta sede materias como la filiación, maternidad y paternidad, la nulidad del matrimonio, separación y divorcio, las relaciones paternofiliales, la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar, guarda y custodia de hijos e hijas menores, alimentos, asentimiento en la adopción, protección pública de menores o liquidación del régimen económico matrimonial. El art. 49.5 bis de la LEC, precepto modificado por LO 1/2004, es el encargado de resolver los conflictos de competencia entre el juzgado de familia o primera instancia y el juzgado de violencia sobre la mujer cuando se determine la concurrencia simultánea de varios presupuestos. Incluso, en algunas ocasiones, los órganos especializados van a resultar competentes para ejecutar resoluciones de otro Estado en materia de alimentos y responsabilidad parental. *Vid.* MARTÍN MAZUELOS, F. J., «La posible (o imposible) competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para ejecutar resoluciones civiles sobre medidas dictadas en otro Estado», *Millennium DIPr.*, vol. 13, 2021, pp. 1-20, en: <http://www.millenniumdipr.com>

solución gracias a otras disposiciones del texto de la UE. Asimismo, el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños⁴⁶ (en adelante CLH 1996) resulta aplicable si la niña o el niño reside en el territorio de un Estado participante de esta convención (art. 5)⁴⁷ y que no sea Estado miembro del Reglamento 2019/1111, como por ejemplo Marruecos⁴⁸, mientras que si es residente en otro país al que no nos une normativa internacional se acude, en la medida de lo posible, al Reglamento 2019/1111⁴⁹.

Como advertimos, el foro general para la competencia judicial internacional recae ante el juez de la residencia habitual del o de la menor (art. 7 Reglamento 2019/1111)⁵⁰, por considerarse mejor situado en conocer del litigio

46 BOE n.º 291, de 2 de diciembre de 2010.

47 En paralelo al Reglamento hay que referirse al art. 5 del Convenio de La Haya de 1996, donde también se recoge que serán competentes, con carácter general, los órganos jurisdiccionales del lugar de residencia habitual del menor. Este precepto no va a ser muy relevante para nuestras autoridades, por las relaciones que se establecen entre ambos instrumentos internacionales. Del art. 97 Reglamento 2019/1111 y del art.

52.2 del Convenio de La Haya de 1996 se desprende que nuestras autoridades aplicarán las normas de competencia judicial internacional del Reglamento, con preferencia sobre las del Convenio, cuando el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro. Sobre esta cuestión *vid.* CAMPUZANO DÍAZ, B., «El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 1, 2020, pp. 97-117, en especial p. 105.

48 Sobre la competencia judicial y la ley aplicable en orden a medidas de responsabilidad parental discutidas por cónyuges de nacionalidad marroquí por un juzgado sobre violencia de género, véase la SAP de Madrid, de 30 de junio de 2022, ECLI:ES:APM:2022:10249.

49 Existe una gran semejanza entre las reglas de competencia del Reglamento y del Convenio, pues los foros de competencia del texto convencional sirvieron de inspiración al propio legislador de la UE, si bien las coincidencias no son absolutas. En todo caso, el CLH de 1996 no delimita el ámbito de aplicación espacial de sus normas al hecho de que un menor resida en un Estado participante, tal y como explícitamente su informe preliminar. Ello obliga a determinar la aplicabilidad de cada norma de competencia judicial de forma independiente. La única forma razonable de exponer la aplicación virtual de las normas de competencia judicial del Convenio consiste en hacerlo a la luz de la explicación del juego de las normas de competencia judicial internacional del Reglamento. *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 12.ª ed., Navarra, Cívitas, 2022, pp. 424-426.

50 GONZÁLEZ MARIMÓN, M., *Menor y Responsabilidad parental en la Unión Europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 143 y ss.; *id.*, «Un paso más en el proceso de armonización del derecho privado europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el Reglamento Bruselas II bis», *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 30, 2020, pp. 470-495; PÉREZ MARTÍN, L. A., «Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18, PPU», *La Ley Unión Europea*, n.º 66, 2019, pp. 1-17; CAMPUZANO DÍAZ, B., «Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el

suscitado, salvo las excepciones que detalla el propio texto institucional⁵¹. Dicho lugar se entiende que es donde la persona menor tiene los vínculos afectivos y relevantes para conseguir estabilidad y su mejor desarrollo, aunque ello no debe evaluarse en abstracto, sino caso por caso⁵². Suele ser habitual que el concepto de residencia habitual no sea definido ni en el Reglamento ni en el CLH para preservar su carácter fáctico.

El concepto de residencia habitual ha sido objeto de un intenso tratamiento en la jurisprudencia europea, debido a la participación de los Estados europeos en el conjunto de convenios internacionales de protección de los menores adoptados en la Conferencia de La Haya, a la utilización del mismo concepto en diversos reglamentos europeos en la materia y a la incidencia como parte del Derecho europeo de la jurisprudencia del TEDH. Esto ha llevado a que se dicten un buen número de decisiones relacionadas con la aplicación de la Convención Europea sobre Derechos Humanos de 1950⁵³.

Un principio elemental de interpretación teleológica exige interpretar el concepto de residencia habitual del menor conforme con los objetivos de

marco del Reglamento 2201/2003: Sentencia de 17 de octubre de 2018, UD y XB, as. 393/18 PPU», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11 (2), 2019, pp. 462-471.

51 *Vid.* Considerando 20 Reglamento 2019/1111.

52 En la STJUE de 1 de agosto de 2022, C-501/20, Cendoj: 62020CJ0501, se pronuncia sobre la competencia de los tribunales españoles en virtud del RBr. II bis, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en la que se expone que la residencia habitual del menor debe determinarse sobre la base de un conjunto de circunstancias de hecho que son particulares en cada caso. Además de la presencia física del menor en un Estado miembro, debe tenerse en cuenta otros factores que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional. Entre esos factores figuran la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia del menor en el territorio de un Estado miembro y la nacionalidad del menor, variando los factores pertinentes en función de la edad del menor de que se trate.

53 Entre otras muchas, STEDH de 22 de mayo de 2018 (M.R. y D.R. c. Ucrania); STEDH de 18 de junio de 2019 (Vladimir Ushakov c. Rusia,); STEDH de 8 de octubre de 2019 (Milovanović c. Serbia); STEDH (sección 2..ª) de 29 de octubre de 2019 (Pisică c. Moldavia); STEDH de 14 de enero de 2020 (Rinau c. Lituania); STEDH 16 de enero de enero de 2020 (Oluri c. Macedonia del Norte); STEDH de 7 de julio de 2020 (Michnea c. Rumanía); STEDH de 7 de julio de 2020 (Voica c. Rumanía); STEDH de 1 de diciembre de 2020 (Makhmudova c. Rusia); STEDH de 28 de enero de 2021 (Stanovska y Rodgers c. Ucrania); STEDH de 18 de marzo de 2021 (I.S. y otros c. Malta); STEDH de 30 de marzo de 2021 (Thomson c. Rusia); STEDH de 1 de abril de 2021 (M.V. c. Polonia); STEDH de 15 de junio de 2021 (Y.S. y O.S. c. Rusia); STEDH de 19 de octubre de 2021 (Spinello c. Rusia); STEDH de 28 de octubre de 2021 (Kupás c. Hungría); STEDH 23 de noviembre de 2021 (Tapayeva y otros c. Rusia); STEDH 14 de diciembre de 2021 (Moglan c. República de Moldavia); STEDH de 11 de enero de 2022 (Velasco Ayra c. Rusia); STEDH de 11 de enero de 2022 (ED c. Rusia); STEDH de 3 de mayo de 2022 (P.D. c. Rusia); STEDH de 13 de mayo de 2022 (X. c. República Checa); STEDH de 14 de febrero de 2023 (Byčenko c. Lituania); STEDH de 21 de febrero de 2023 (G.K. c. Chipre); STEDH de 30 de marzo de 2023 (X. c. República Checa); STEDH de 8 de junio de 2023 (P.N. c. República Checa).

protección que justifican tales instrumentos internacionales y, en particular, de acuerdo con el principio de «interés superior» del niño o menor⁵⁴. El Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 contiene, al respecto, directrices generales sobre el valor supremo del interés del menor, que habrá que trasladar a los procedimientos de responsabilidad parental y a los casos de secuestro internacional. El mismo Reglamento UE 2019/1111 dispone que las normas de competencia en materia de responsabilidad parental se conciben en función del interés superior del menor, conforme el art. 24 de la Carta de los Derechos y Libertades Fundamentales de la UE y la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU (Considerando 19 del texto europeo). En consecuencia, el interés del menor constituye el principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas de Derecho internacional privado y de Derecho material, y se encuentra explícito o implícito en los textos convencionales, principio que debe regir a la hora de localizar de la residencia habitual del menor o de la menor. No obstante, las interrogantes suscitadas en la práctica judicial obligan a clarificar la distinción de la residencia del hijo o hija de la de sus progenitores, por más que en la práctica suelen coincidir en muchas ocasiones. Todo ello como consecuencia del principio del interés superior del menor o de la menor.

La residencia habitual de los niños o niñas se trata, pues, de un concepto autónomo e independiente, que debe determinarse en atención de las circunstancias particulares⁵⁵. La residencia de los progenitores no puede asociarse inmediatamente a la residencia de los menores en el marco de las Convenciones internacionales o Reglamentos de la UE. Es un concepto desligado y que debe interpretarse con arreglo al contexto en el que se inserta (interpretación sistemática), además del objetivo que persigue en el texto europeo o internacional aplicable al asunto (interpretación teleológica).

Por lo que se refiere a la residencia habitual de los adultos, es un concepto de hecho que no se refiere simplemente al lugar físico en que se vive, sino que se configura con un elemento volitivo o «*animus manendi*». Dicho en

54 FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «Aproximación al interés superior del menor en el Derecho internacional privado español», *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, n.º 151, 2018, pp. 107-134.

55 Véase en este sentido STJUE, de fecha 1 de agosto de 2022, C-501/20, MPA vs. LCDNMT, ECLI:EU:C:2022:619. El Tribunal de Justicia de la UE ha declarado reiteradamente que la residencia habitual del menor constituye un concepto autónomo de Derecho de la Unión y que debe interpretarse a la vista del contexto de las disposiciones que lo mencionan y de los objetivos del Reglamento n.º 2201/2003 y, concretamente, del que resulta de su Considerando 12, según el cual las normas de competencia que establece dicho Reglamento están concebidas en función del interés superior del menor y la proximidad (STJUE de 28 de junio de 2018, HR, C512/17, apartado 40 y jurisprudencia citada, EU:C:2018:513; STJUE 17 octubre 2018, UD vs. XB, C-393/18 PPU, apdo. 46, ECLI:EU:C:2018:835; STJUE 2 abril 2009, A, C-523/07, apdos. 34-35, EU:C:2009:225).

términos sencillos, la residencia habitual requiere una presencia física «con ánimo de permanecer» o pretensiones de estabilidad. Una presencia ocasional en un territorio no implica «residencia habitual» en el ámbito del Derecho internacional privado, con independencia de su duración. Así, una estancia de dos años en una Universidad extranjera para cursar un máster o un desplazamiento laboral a una obra de larga duración no implican un cambio de residencia del estudiante o del ingeniero o trabajador. Es posible que, en el ámbito fiscal, de extranjería o administrativo exista una «residencia» o «domicilio» en el Estado en cuestión, pero no en el ámbito del Derecho internacional privado. La temporalidad u ocasionalidad de la estancia no puede comportar un cambio de residencia en términos de Derecho internacional privado, pues ello implicaría en muchos casos, por ejemplo, un cambio del régimen sucesorio o del régimen económico matrimonial, que en muchos sistemas dependen de la residencia habitual de las personas. Se entiende que la residencia habitual, que actualmente suele sustituir a la nacionalidad como conexión personal, exige una significación o vínculo fuerte con un territorio, que implique con carácter general el centro de intereses y vida principal de la persona.

En lo que atañe a la residencia de las personas menores, tal y como hemos afirmado, constituye un concepto autónomo en este sector material debido principalmente por dos motivos: por una parte, la voluntad de permanecer solo es posible en la determinación de la residencia de los adultos, por cuanto dicha voluntad no puede ser apreciable respecto de menores que carecen de capacidad de obrar, máxime cuando son de muy corta edad; por otra parte, el criterio de interpretación de la residencia habitual en el caso de los menores no es, pues, subjetivo, sino que deviene objetivo se centra en el interés superior del o de la menor. Debemos tener presente que a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en materia de extranjería, la residencia de los progenitores no determina la residencia de los menores en el Derecho internacional privado. En la práctica, cuando los progenitores deciden establecerse con carácter permanente en un determinado Estado, éstos tendrán allí su residencia habitual en el sentido del Derecho internacional privado. Al trasladarse junto a sus hijos o hijas, lo más usual es que estos desarrollen un arraigo o nivel de integración y relaciones en dicho país que justifique considerar que, objetivamente, los niños tienen en ese país su lugar de referencia social y su «residencia habitual» que expresa el interés superior del menor. No obstante, a efectos de Derecho internacional privado, son determinadas circunstancias objetivas las que justifican la residencia habitual del menor y no la presunta decisión subjetiva de sus padres. A la luz de la STJUE, de fecha 1 de agosto de 2022, C-501/20, MPA vs. LCDNMT⁵⁶, en cuanto a la residencia habitual de los menores en el sentido del anterior art. 8, apartado 1, del Reglamento Bruselas II bis aplicable a la pretensión de la competencia

56 ECLI:EU:C:2022:619.

judicial internacional en materia de responsabilidad parental, se declara que dicho criterio constituye un «concepto autónomo e independiente» y que será determinado en cada caso en función de las circunstancias particulares. La jurisprudencia del TJUE exige a los tribunales que vayan a ser competentes en materia de responsabilidad parental en virtud de la residencia de los menores, al menos la presencia física en un determinado Estado miembro que no tenga carácter temporal u ocasional y refleje cierta integración de los menores en un entorno social y familiar»⁵⁷, lo que corresponde al su centro de vida⁵⁸. Particularmente, el TJUE insiste en la necesidad de un análisis de las circunstancias concretas en cada caso para delimitar el concepto autónomo e independiente de «residencia habitual» en función del contexto y objetivos del instrumento aplicable, estableciendo condiciones específicas y factores determinantes para su localización según el ámbito material en el que se encaja la pretensión que se demanda.

En este sentido, los elementos a considerar a los efectos de determinar que concurren las condiciones necesarias para considerar que el menor tiene de residencia habitual son dos: elemento objetivo (estabilidad o regularidad) y elemento subjetivo (intencionalidad). En cuanto al elemento objetivo, los indicadores son de muy diversa índole, entre otros, la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia del menor en el territorio de un Estado, incluso la nacionalidad del menor. Necesariamente varían los factores determinantes en función de la edad del menor de que se trate⁵⁹. Son relevantes, asimismo, el lugar y las condiciones de escolarización del menor, sus relaciones familiares y sociales en el Estado miembro en cuestión⁶⁰. En cuanto al elemento subjetivo, la intención de permanecer en un lugar es un elemento que marca la diferencia entre la residencia habitual y una simple estancia temporal⁶¹. Y ello con independencia de su duración,

57 STJUE de 22 diciembre 2010, Mercredi, C-497/10, apdo. 47, EU:C:2010:829; STJUE de 2 abril 2009, A, C-523/07, apdos. 38 y 39, ECLI:EU:C:2009:225; STJUE de 15 febrero 2017, W, Vvs. X, C-499/15, apdo. 60, ECLI:EU:C:2017:118.

58 *Vid.* STJUE de 28 de junio de 2018, HR, as. C512/17, apdo. 41 y jurisprudencia allí citada, EU:C:2018:513.

59 *Vid.* STJUE de 8 de junio de 2017, OL, as. C111/17 PPU, apartado 43 y jurisprudencia allí citada, EU:C:2017:436; STJUE 28 junio 2018, HR, C-512/17, apdo. 40 y ss., ECLI:EU:C:2018:513; STJUE 9 octubre 2014, PPU, C-M, C-376/14, apdo. 50, 51 y 53, EU:C:2014:2268.

60 Véase, en este sentido, la STJUE, de 28 de junio de 2018, as. C512/17, apartado 43, ECLI:EU:C:2018:513; SAP de Granada (sección 5.ª) n.º 298/2020 de 25 de septiembre de 2020.

61 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la intención de los padres no puede, en principio, ser decisiva por sí sola para determinar la residencia habitual de un menor, pero constituye un «indicio» que puede venir a completar un abanico de otros elementos concordantes, tal y como exponen el apartado 47 de STJUES de 8 de junio de 2017, C-111/2017 o el apartado 46 y jurisprudencia citada en la STJUE de 28 de junio de 2018, HR, C512/17, EU:C:2018:513.

que constituirá un mero indicio en la evaluación de la existencia o no de estabilidad suficiente. Así, no cabe estimar que un menor tiene su residencia habitual en un país en el que está escolarizado y en el que cuenta con vivienda propia, además de otras vinculaciones, si se prueba que el menor se hallaba en tal país sólo porque había regresado con su progenitor para que sus padres intentaran una reconciliación. La residencia del menor en dicho Estado es, pues, meramente temporal y está condicionada por el intento de sus padres de alcanzar su reconciliación⁶².

Cuando la ruptura de los progenitores sobreviene al poco de producirse el traslado del domicilio de la familia, es conveniente que los órganos jurisdiccionales valoren adecuadamente la tensión que se genera entre la existencia de un *animus manendi* y la necesidad de arraigo social y familiar, además de la salvaguarda del interés superior de las personas menores⁶³. Si bien en los textos europeos o en los Convenios de La Haya no se especifica el periodo exigido para adquirir la residencia habitual en un concreto Estado, esta debe representar la vinculación más estrecha con el país y su centro de vida. Para determinar un periodo mínimo o de una cierta duración deben tenerse en cuenta factores cuantitativos, como la regularidad, que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional⁶⁴. A nivel jurisprudencial, la intención puede quedar expresada a través de determinados hechos externos, como, entre otras, la compra o el alquiler de una vivienda en el Estado miembro de que se trate⁶⁵.

El hecho de que los menores lleven una vida errante en un Estado miembro durante un corto período de tiempo puede ser un indicio contrario, resultando difícil confirmar la existencia de una «residencia habitual del menor», al tratarse de menores «de vida errante». La STJUE (Sala Quinta) de 28 de junio de 2018, Asunto C-512/17: «*Sąd Rejonowy Poznań - Stare Miasto w Poznaniu*»⁶⁶

62 Así lo indica la Corte di Cassazione italiana (*Ordinanza de la Corte di Cassazione Italia*, de 22 noviembre 2021 n.º 35841 [restitución de menor desde Italia a Eslovaquia] [*Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2022-III, pp. 644-650]).

63 Como se ha expuesto en la STJUE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, apdo. 4, ECLI:EU:C:2009:225; también en la STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-497/10, Mercredi, apdo. 50, ECLI:EU:C:2010:829.

64 *Vid.* la STJUE 28 de junio 2018, HR, C-512/17, apdo. 41; la STJUE 15 de febrero 2017, W, V vs. X, C-499/15 apdos. 60-61 o la STJUE 8 de junio 2017, PPU, OL vs. PQ, C-111/17, apdo.43

65 La STJUE, As. C512/17, apartado 46 y jurisprudencia allí citada.

66 En mismo sentido, STJCE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, apdo. 41, ECLI:EU:C:2009:225, que fue de las primeras resoluciones que sentaron las notas configuradoras del concepto de residencia habitual, que después se han ido manteniendo con las necesarias adaptaciones en función de las peculiaridades del caso concreto. En esta ocasión, se señaló que la mera presencia física del menor en un Estado miembro no puede bastar para determinar la residencia habitual del menor (p. 33), pues deben tenerse en cuenta otros factores que demuestren que no tiene carácter temporal u ocasional, y

subraya que la residencia habitual del menor corresponde al lugar en que se sitúa, en la práctica, su centro de vida cuando se interpone la demanda relativa a la responsabilidad parental respecto del menor, sobre la base de un abanico de elementos concordantes. En este caso concreto, valora como circunstancias determinantes: el hecho de que el menor haya residido, desde su nacimiento hasta la separación de sus padres, generalmente con ellos en un lugar determinado; la circunstancia de que el progenitor que ejerce, desde la separación de la pareja, la guarda y custodia del menor en la práctica siga residiendo a diario con este y ejerza en ese lugar su actividad profesional en una relación laboral por tiempo indefinido, y el hecho de que el menor mantenga, en dicho lugar, un contacto regular con su otro progenitor, que sigue residiendo en ese mismo lugar. La nacionalidad de los hijos menores de edad y el hecho de que hayan nacido en ese mismo Estado pueden constituir factores pertinentes, pero no si no hay pruebas de que los menores hubieran estado físicamente presentes, de manera no ocasional, en el territorio de tal Estado y dispusieran en él, habida cuenta de su edad, de cierta integración, en particular, en un entorno escolar, social y familiar.

Tampoco cabe afirmar que los progenitores hubieran decidido instalarse en una residencia de forma permanente cuando no sea posible constatar una voluntad de permanencia *sine die* en un determinado Estado si la movilidad familiar ha sido una constante en la familia, como sucede en la SAP Barcelona sección 18.^a, de 6 julio 2023⁶⁷. Con base al mismo criterio, la STJUE (Sala Quinta) de 8 de junio de 2017, Asunto C-111/17 PPU: «OL/PO»⁶⁸ señaló que no puede identificarse la residencia habitual del menor⁶⁹ y que la determinación del órgano jurisdiccional competente debería realizarse conforme al criterio de la «presencia del menor» en virtud del art. 13 del Reglamento «Bruselas II bis» (actual art. 11 del Reglamento 2019/1111 o art. 6 del CLH de 1996). Efectivamente, existe una cláusula de salvaguarda que establece la competencia basada en la propia presencia del menor, de modo que cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor y no pueda establecerse la competencia de otro Estado miembro, serán competentes los órganos jurisdiccionales donde el menor esté presente.

que hay una cierta integración en un entorno social y familiar (p. 38). En cuanto a cuáles pueden ser factores, el Tribunal se refirió a la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del menor en dicho Estado (p. 39).

67 ECLI:ES:APB:2023:7322

68 ECLI:EU:C:2017:436

69 Punto 69 de la resolución citada.

Por tanto, el hecho de que los menores permanezcan durante un corto período de tiempo en un Estado en el que llevan una vida errante o sin residencia habitual identificable indica que los menores no tienen su residencia habitual en ese Estado. La provisionalidad de la estancia del menor en un determinado territorio no permite la determinación de la residencia habitual del menor y no puede configurarse como un elemento concluyente para considerar producido un cambio de residencia habitual⁷⁰. Los criterios cualitativos deben prevalecer sobre los cuantitativos.

Es interesante la STJUE (Sala primera) de 17 de octubre de 2018, Asunto C- 393/18 PPU-UD y XB18⁷¹, en la que se plantea la cuestión de si la presencia física del menor en un Estado miembro constituye un elemento esencial de la residencia habitual, en el sentido del anterior art. 8 del Reglamento 2201/2003. Esta cuestión, por sí sola, carecería de sentido, pero se explica en relación con un segundo asunto que se formula al Tribunal y que está referida a si para la determinación de la residencia habitual influye el hecho de que la madre fuera inducida a trasladarse a otro Estado, supuestamente mediante engaño, en el que fue retenida ilícitamente por el padre mediante presiones u otro acto ilegal, viéndose obligada a dar a luz en ese país. Nos encontramos ante un caso en el que puede presumirse la existencia de violencia de género, con la peculiaridad de que la madre y el niño recién nacido se encontraban en un tercer Estado, Bangladés. El Abogado General, Sr. H. SAUGMANDS-GAARD ØE, propuso en sus conclusiones una interpretación que se apartaba y forzaba en cierta medida la línea interpretativa que había venido mantenido hasta entonces el TJUE, para lograr la competencia de los tribunales ingleses, país de la residencia de la progenitora. Era de la opinión de que, en este caso, la intención de la madre de no vivir en Bangladés debía revestir una importancia particular, pues los elementos objetivos que rodeaban la estancia del menor y de la progenitora en aquel país no eran indicativos del lugar en el que estos estaban realmente integrados en un entorno familiar y social (p. 92). No obstante, el TJUE mantuvo su línea interpretativa relativa a la necesaria presencia física del menor en un Estado miembro para que pudieran actuar los órganos jurisdiccionales del Reino Unido en base al criterio de la residencia habitual del menor. El TJUE no fue ajeno a que en este caso se alegaba una posible vulneración de los derechos de la madre o de la

70 En este sentido, véase el apartado 54 de la STJUE de 22 diciembre 2010, Mercredi, C-497/10, EU:C:2010:829.

71 Comentada por CAMPUZANO DÍAZ, B. y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.^a A., «Las autoridades competentes para la protección de los niños y niñas un análisis comparado de las normas aplicables a nivel europeo y en las relaciones con terceros estados», en LARA AGUADO, A. (coord.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 357-382, en especial pp. 360 y 361.

menor, con referencia a los arts. 3 y 5 del CEDH y que se reproducen en los arts. 4 y 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El TJUE se esforzó por preservar su línea jurisprudencial anterior, sin alterarla en función de las circunstancias del caso concreto, con un argumento con el que pasa de forma un tanto superficial por este asunto⁷². Gracias al art. 14 del Reglamento, no se impidió a los órganos judiciales acudir a sus normas internas del Reino Unido para que, con arreglo a ellas, pudieran actuar, aunque se vinculó la residencia del menor a la de su madre. Lo llamativo de esta resolución, como podemos apreciar, es que el TJUE sigue teniendo resistencia en incorporar la perspectiva de género para la evaluación de los asuntos transfronterizos, a pesar de existir violencia sobre la mujer y el impacto negativo en los hijos e hijas.

En suma, a la hora de fijar la residencia habitual de los menores en casos litigiosos, deben tenerse en cuenta las particulares circunstancias. En estos asuntos que afectan a la infancia es preciso conjugar diversos elementos para concluir si la presencia física del niño o la niña en un país es meramente ocasional o refleja, al contrario, su integración en el entorno social y familiar. Como hemos expuesto, entre los distintos factores se podrá valorar la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado y del traslado de la familia a dicho país; la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del menor en dicho Estado, la fijación de una vivienda familiar estable en propiedad o arrendamiento de larga duración, etc.⁷³. No obstante, ante contextos de violencia de género/doméstica, como el ocurrido en el asunto descrito en la STJUE de 17 de octubre de 2018, Asunto C- 393/18 PPU-UD y XB18, no podemos obviar la transversalidad del género y la incorporación de los textos internacionales y europeos que versan sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Esta violencia, teniendo en cuenta su carácter sistémico y estructural, traspasa a las situaciones de responsabilidad parental. Las soluciones con perspectiva de género deben quedar incorporadas a la hora de la localización del foro de la residencia habitual de los hijos e hijas que viven en dichas circunstancias tan dramáticas.

72 En este sentido PÉREZ MARTÍN, L. A., «Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales...», *loc. cit.*, p. 5.

73 STJUE de 15 de febrero de 2017, C-499/15-W y V (ECLI:EU:C:2017:118), se refirió a la operatividad del foro de la residencia habitual en relación con una demanda de modificación de medidas en materia de responsabilidad parental y alimentos, reiterando las consideraciones ya vistas sobre los elementos configuradores del concepto de residencia habitual (p. 61)

3. Modulación de otros foros del Reglamento 2019/1111 ante situaciones con violencia de género

Puesto que la violencia de género ejercida por el padre hacia la madre influye a lo largo del curso del procedimiento judicial de responsabilidad parental, resulta relevante buscar el foro más apropiado y lograr materializar el interés de la o del menor. En circunstancias tan graves y delicadas, partimos de la necesidad de unas correcciones al Reglamento 2019/1111 mediante la incorporación de la lectura y la aplicación de su articulado a través de la perspectiva de género, con la finalidad de otorgar respuestas que afronten la lacra de la violencia sobre la mujer y el impacto en sus hijos e hijas.

La competencia general de la residencia habitual del menor se modula en los preceptos 9, 10, 11 y 12 del Reglamento a través de una serie de excepciones para casos singulares, como pudiera ser cuando asalta la violencia de género/doméstica. Con independencia del traslado o retención ilícitos de un menor (art. 9⁷⁴), se puede fundar la competencia con un acuerdo de elección de foro en los términos del art. 10 del Reglamento 2019/1111⁷⁵. Esta disposición nos indica que, a falta de residencia habitual del menor en el Estado del foro, respecto de las acciones de responsabilidad parental derivadas de la crisis matrimonial de los progenitores, es posible que este tribunal conozca de ambos asuntos, siempre que la competencia sea aceptada por las partes y se den el resto de los requisitos impuestos por el precepto señalado. No obstante, en realidades donde ataca la violencia de género, consideramos que resulta improbable que las partes acuerden libremente la competencia para los asuntos de responsabilidad parental según las condiciones descritas en el art. 10 del texto europeo⁷⁶. Tal y como venimos exponiendo, la violencia de género ocasiona una relación de poder y sumisión entre maltratador y víc-

74 ESPINOSA CALABUIG, R., «Artículo 9. Competencia en caso de traslado o retención ilícitos de un menor», PALAO MORENO, G. y GONZÁLEZ MARIMÓN, M. (dirs.), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores: Comentarios al Reglamento (UE) n.º 2019/1111*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 141-154.

75 El Considerando 23 del Reglamento 2019/1111 dispone que debe ser posible -por razones de conexidad procesal-, que la competencia en materia de responsabilidad parental sea también establecida en un Estado miembro donde haya pendiente un procedimiento de divorcio, separación legal o nulidad matrimonial entre los progenitores o en otro Estado miembro con el que el menor tenga un vínculo estrecho (art. 10 Reglamento 2019/1111).

76 Por un lado, el propio precepto enumera factores para considerar que el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro (art. 10.1.a Reglamento 2019/11) y; por otro lado, la elección por las partes o cualquier otra persona con responsabilidad parental se haga en el momento y en la forma en que se determina en este precepto (art. 10.1.b en conexión con el art. 10.2 Reglamento 2019/1111), siempre que esta competencia responda al interés superior del menor (art. 10.1.c Reglamento 2019/11).

tima que impide tanto la mediación⁷⁷ como la posibilidad de elegir libremente un juez competente para los asuntos de custodia y derecho de visita de los hijos e hijas comunes. El desequilibrio existente entre las partes, donde el maltratador se ha encargado de establecer una relación de poder respecto de su víctima, impide llegar a acuerdos válidos. Al igual que lo hace parte de la doctrina⁷⁸, sospechamos que en un supuesto marcado por violencia de género resulta imposible alcanzar por los titulares de la responsabilidad parental un acuerdo válido de elección de foro. Tampoco conocemos cual será el impacto para las víctimas si, en ciertas ocasiones, se celebra el pacto de atribución de foro en materia de responsabilidad parental al mismo juez que está conociendo del divorcio con violencia de género, cuando los representantes legales de la víctima y del acusado llegan a la consideración de que pudiera ser más operativo por economía procesal.

Como complemento a las reglas de competencia señaladas, el Reglamento 2019/1111 contempla supuestos especiales. Así, al no poder determinarse la residencia habitual del o de la menor y tampoco se pudiera establecer la competencia sobre la base del art. 10 del texto institucional, se podrá acudir a las autoridades del lugar donde se encuentre la persona menor para que conozcan del asunto de responsabilidad parental (art. 11 Reglamento 2019/1111). Este foro actúa como salvaguarda, donde la presencia física constituye un requisito indispensable, aplicable también a situaciones de menores refugiados o desplazados internacionalmente a causa de disturbios o guerras en el país de la residencia habitual. Desde nuestro punto de vista, el foro de la presencia de la persona menor puede ser acertado en situaciones donde prevalece la violencia machista, siendo deseable que fuera constatado por la jurisprudencia del TJUE.

Excepcionalmente,⁷⁹ cabe declinar la competencia a favor de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que se considere mejor situado (art. 12 Reglamento 2019/1111)⁸⁰, excluyendo tal opción en caso de competencia

77 En los casos de violencia de género/doméstica, no resulta apropiada acceder a esta vía tal y como se desprende del propio considerando 43 del Reglamento.

78 Tal y como ha expuesto CAMPUZANO DÍAZ, B. y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., «Las autoridades competentes para la protección de los niños y niñas: un análisis comparado...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 372.

79 Precisamente, el Auto TJUE (Sala Octava) de 10 de julio de 2019 (As. C-530/18: «EP/FO») resalta el carácter de excepción a la competencia general del anterior art. 8 RBr. II bis, lo que implica acudir al art. 15 de dicho Reglamento.

80 No obstante, el art. 97.2.b) de Reglamento 2019/1111 aclara que en los casos en que se realice una transferencia de competencia entre un tribunal de un Estado miembro y un tribunal de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en que no se aplique el texto europeo debe aplicarse las reglas del Convenio. Véase sobre el tema RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., «La remisión y transferencia de la competencia en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12 (2), 2020, pp. 706-723.

exclusiva en virtud de *prorrogatio fori* (art. 10). Se trata, sin duda, de otra cooperación judicial que deja una puerta abierta a una mayor discrecionalidad judicial. La remisión del asunto a un foro más conveniente se efectúa por el órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer el fondo del asunto, a instancia de parte o de oficio, informando a la otra autoridad judicial de la posibilidad de ejercer la competencia con arreglo a lo regulado. Con objeto de atender a las peculiaridades de cada caso y siempre conforme el interés superior del niño o de la niña, este segundo órgano podrá declararse competente si se establece el vínculo estrecho conforme al apartado 4 del art. 12 citado Reglamento⁸¹. Para tal fin, se expone determinadas circunstancias que pueden hacer presumir la vinculación estrecha con otro Estado miembro⁸², elementos que, sin embargo, no contemplan la situación de violencia de género/doméstica. Asimismo, se ha previsto el caso inverso, es decir, en el supuesto en que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no tenga competencia, puede reclamarla a su favor, siempre el que la o el menor tenga un vínculo estrecho con dicho país (art. 13 del texto institucional)⁸³.

A nuestro entender, en los procedimientos que asalta la violencia de género/doméstica y se deban adoptar medidas de responsabilidad parental, la coordinación entre autoridades implicadas es fundamental para conseguir su máxima protección⁸⁴. Por ejemplo, cuando el asunto civil quede conectado con la causa penal, la autoridad del país donde sucede el hecho delictivo se convierte en una de las mejores situadas para conocer de la responsabilidad parental, aportando un valor añadido real y concreto a la hora de la adopción de una decisión sobre el o la menor que vive en estos contextos de violencia estructural. En consecuencia, los arts. 12 y 13 del texto de la UE podrían ser aplicados en asuntos de responsabilidad parental si, tras un episodio mortal de violencia de género/doméstica, los hijos e hijas han quedado huérfanos de madre. La autoridad judicial que esté conociendo debe decidir si estos menores mantienen vínculos estrechos con otro Estado, como el correspondiente al de su nacionalidad u otro país en el que vivan sus

81 Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado... op. cit.*, p. 424 y ss.

82 Como confirma el Considerando 26, debe tratarse de una lista exhaustiva de elementos para decidir la vinculación especial. En este sentido, se viene afirmando por el TJUE se trata de una lista tasada, tal y como establece en la STJUE de 27 de octubre de 2016, Asunto 428/15, ECLI:EU:C:2016:819 (p. 51) la STJUE de 10 de julio de 2019, C-530/18, EO y FO, ECLI:EU:C:2019:583 (p.28).

83 Para considerar el vínculo más estrecho, ver el art. 12, apartado 4 del Reglamento.

84 PERALTA LÓPEZ, E., «La interpretación del principio del interés superior del menor en las medidas parterno-filiales acordadas en situaciones de violencia de género», en PERALTA CARRASCO, M. (dir.), *Derecho de familia: nuevos retos y realidades*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 255-264.

familiares⁸⁵. De existir un consenso en torno a la idea de que las personas menores que viven en la violencia de género precisan de un sistema de protección específico y autónomo⁸⁶, en conexión con el de las madres víctimas de las violencias machistas, se podría alcanzar una lectura armonizada con perspectiva de género de los arts. 12 y 13 del Reglamento 2019/1111.

De otra parte, en materia de responsabilidad parental, se plantea la posibilidad de acudir a la competencia residual, tal y como se redacta en el art. 14 del Reglamento 2019/1111. Por tanto, si de los art. 7 a 11 no se deduce la jurisdicción de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, el foro podrá determinarse con arreglo a sus leyes internas. En el caso español, la formulación del art. 22 *quárter* d) de la LOPJ habilita foros, no solo si el menor reside en España, sino cuando el demandante ostente la nacionalidad española o resida habitualmente en nuestro país, en todo caso, al menos seis meses antes de la presentación de la demanda⁸⁷. Como observamos, por el hecho de que la persona demandante sea española es viable que nuestros tribunales se atribuyan la competencia en materia de responsabilidad parental respecto de menores que residen en un tercer Estado, siempre no se trate de países de la Unión Europea o participantes en el CLH de 1996.

En definitiva, tal y como hemos dispuesto, la perspectiva de género⁸⁸ debe quedar incorporada en la interpretación de las citadas disposiciones del Reglamento 2019/1111 para poder materializar el interés del o de la menor que vive en estos escenarios tan complicados. Como venimos argumentando, pese a que la letra de la norma no atienda expresamente a las cuestiones de género, es importante tener una lectura atenta a esta metodología del referido instrumento europeo, máxime cuando estos niños o niñas corren el riesgo elevado de victimización secundaria o reiterada. Confiamos que estas realidades tan dramáticas puedan ser afrontadas por la próxima jurisprudencia del TJUE, a la luz del Convenio de Estambul y la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

85 Caso expuesto por CAMPUZANO DÍAZ, B. y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A. (dirs.), *Las autoridades competentes...* op. cit., pp. 357-381, en especial 378.

86 Tal y como afirma REYES CANO, P., *Menores y violencia de género...* op. cit., pp. 181-217.

87 Según FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...* op. cit., pp. 425-426, la consecuencia práctica está siendo la declaración de competencia de los tribunales españoles respecto de menores que residen en un tercer Estado (no miembro de la Unión Europea ni parte del CLH de 1996) por el simple hecho de que el demandante sea español o resida en España.

88 El Comité de la CEDAW, en su Recomendación 33, ya había sostenido que juzgar sin perspectiva de género compromete directamente la imparcialidad y la integridad de la justicia y puede conducir a errores judiciales.

IV. Derecho aplicable a las medidas civiles de custodia/visita cuando existe violencia de género

1. Derecho aplicable conforme al CLH de 1996

En lo que se refiere a la determinación del Derecho aplicable, si nos ceñimos al estudio de las normas de conflicto que afectan a los litigios transnacionales en materia de responsabilidad parental, nos encontramos con una inexistencia de fuentes institucionales⁸⁹. Esto origina que la autoridad judicial española competente delimite la ley aplique conforme las reglas de conflicto del CLH de 1996, instrumento de ámbito de aplicación universal (art. 20) que desplaza al art. 9.6 Cc., posibilitando la unificación conflictual entre los Estados parte, aunque va más allá del ámbito europeo, tan necesaria para la consecución del principio de reconocimiento mutuo.

La respuesta conflictual la encontramos en el art. 15.1 del CLH de 1996, que conduce a la solución «*lex fori in foro proprio*» para fijar la ley que rige la custodia y del derecho de visita. No obstante, la cautela contenida en el art. 15.2 permite corregir, con carácter excepcional, la aplicación de la *lex fori*, toda vez que habilita al tribunal a tomar en consideración la legislación de otro Estado con la que la situación tenga un vínculo estrecho y si la protección de la persona menor lo requiera⁹⁰. Un ejemplo de la aplicación jurisprudencial de este instrumento se observa en la SAP Madrid (sec. 31.ª) de 14 de julio de 2023⁹¹, que organiza los diversos textos internacionales vinculados al asunto en varios apartados: por un lado, los correspondientes a la crisis matrimonial generada por la violencia de género y, por otro lado, los referidos a la protección de menores, resultando que va a regir el derecho español conforme al art. 15 del CLH 1996⁹². Como a continuación analizaremos, al fondo de la cuestión resultará aplicable el art. 154 Cc. para establecer las medidas provisionales sobre los hijos e hijas que viven en la violencia de género/doméstica.

89 Concretamente, en el Considerando 92 del Reglamento 2019/1111 se señala que la legislación aplicable en materia de responsabilidad parental debe determinarse de conformidad con las disposiciones del Capítulo III del CLH de 1996.

90 Sobre el funcionamiento de este precepto véase SAP de Barcelona, de 28 de junio de 2022, ECLI:ES:APB:2022:6524, sobre la petición de una modificación de medidas de la sentencia de 28 de abril de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia del Tribunal de Familia de Frankfurt am Main (Alemania).

91 ECLI: ES:APM:2023:19789. En similar sentido, el FJ 2.º de la SAP Madrid (sec. 24.ª) de 30 de junio de 2022, ECLI: ES:APM:2022:10249; SAP Madrid (sec. 24.ª) de 28 de enero de 2022, ECLI: ES:APM:2022:1243.

92 *Vid.* FJ 3.º de esta resolución.

2. Respuestas del ordenamiento jurídico español

Cuando la respuesta otorgada por el art. 15.1 CLH 1996 derive en la ley española, es necesario concretar el Derecho material que va a resolver el fondo del litigio. En los asuntos transfronterizos que atañen a la violencia de género tendremos que atender al actual marco normativo interno para adoptar medidas de protección sobre las y los niños expuestos a la violencia de género/ doméstica, tanto provisionales como definitivas. La realidad en nuestro país ha llevado a confirmar que existe un elevado riesgo de derivación de la violencia hacia los y las menores ante casos que de violencia habitual del padre sobre la madre. Pese a las distintas herramientas jurídicas que el ordenamiento español ha puesto a disposición de los/as operadores jurídicos, sigue siendo una cuestión que, para la doctrina especializada⁹³, no ha quedado resuelta de forma satisfactoria.

Sucesivamente, el legislador español ha efectuado varias reformas legislativas para reconocer que las situaciones de violencia sobre la mujer también afectan a los menores que se encuentran dentro del entorno familiar, considerándolos víctimas tanto directas como indirectas⁹⁴. En consecuencia, y con arreglo a la Convención sobre los Derechos del Niño y el resto de los referentes normativos expuestos anteriormente, nuestro ordenamiento jurídico articula herramientas penales, civiles y procesales relacionadas con las figuras de la patria potestad, la guarda y custodia y el régimen de visitas, que pueden asociarse con la protección del menor en situaciones de violencia de género/doméstica. Con el objetivo de mejorar los mecanismos de protección de los hijos e hijas de las víctimas de la violencia de género, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante LO 8/2015)⁹⁵ y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁹⁶, optimizan la atención y la protección de los y las menores. Por su parte, la Ley 26/2015, de 28 de julio o en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia⁹⁷ (en adelante, LO 8/2021) introduce como principio rector el amparo de las personas menores de edad contra todas las formas de violencia, incluidas las producidas en su entorno familiar, de género, la trata y el tráfico de seres humanos y la mutilación genital femenina, entre otras.

93 Entre otros, MARTÍN NÁJERA, P., «La protección de los menores víctima de violencia de género», *La Ley de Derecho de Familia. Revista jurídica sobre menores y familia*, n.º 27, 2020, pp. 8-10.

94 Sobre el tema, *vid.* REYES CANO, P., *Menores y violencia de género...op. cit.*

95 BOE n.º 175, de 23 de julio de 2015.

96 BOE n.º 180, de 29 de julio 2015.

97 BOE n.º 134, de 5 de junio de 2021.

Con este panorama normativo, aunque se perfecciona la atención y la protección de los hijos e hijas de las mujeres víctimas de la violencia de género y de la infancia que es víctima de otras formas de violencia contra la mujer, se aglutina un conjunto de reglas que genera cierta dispersión normativa e interpretativa. Ello puede conducir a un resultado insatisfactorio, más aún cuando se trata de establecer la custodia y del régimen de visita de los hijos e hijas en un ámbito transnacional. A continuación, vamos a destacar dos aspectos que pueden ser controvertidos:

En primer lugar, aunque las distintas reformas operadas en España priorizan el bienestar y la seguridad de los niños y niñas, siguen siendo invisibles para el sistema judicial⁹⁸. Particularmente, la LO 8/2021 enmienda el art. 154.3 del Cc. para esclarecer el contenido de la patria potestad, del que forma parte la facultad de decidir el lugar de residencia de las personas menores de edad y que, por regla general, corresponde a ambos progenitores. Esta cuestión se perfecciona con la redacción del art. 158.3 del Cc. que contempla aquellas medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por parte de alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, el sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio del domicilio del menor (apartado último de dicho precepto). No olvidemos que el art. 154 del Cc. configura la patria potestad como responsabilidad parental, de acuerdo con la moderna concepción de las relaciones paternofiliales de ambos progenitores como una función que debe ejercerse conjuntamente en interés de las y los hijos. En este sentido, el art. 160 del Cc. preceptúa el que éstos tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial. Incluso, en caso de privación de libertad de los progenitores, siempre que el interés superior del menor recomiende las visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. A menudo, el padre agresor obstaculiza determinadas decisiones adoptadas por la madre en beneficio del hijo o hija, como es el cambio de su residencia habitual. Más aún, cuando el ordenamiento español sigue dotando al padre que ejerce violencia de género de la herramienta de control y dominio hacia las mujeres a través del ejercicio de la patria potestad o de los resquicios de esta institución, tales como los descritos en el art. 160 Cc.⁹⁹.

Bajo la tesitura de la ley española que va a regir la determinación de la custodia y el régimen de visita en situaciones de violencia de género/

98 Sobre esta afirmación, véase REYES CANO, P., *El olvido de los derechos de la infancia en la violencia de género*, Madrid, Reus, p. 282.

99 Sobre estas consecuencias, *vid.* DÍAZ VELÁZQUEZ, M.^a A., «La suspensión de visitas ante la violencia de género y la perspectiva de género», *Práctica de tribunales. Revista de derecho procesal civil y mercantil*, n.º 156, 2022, p. 156.

doméstica, consideramos de interés plantear en siguiente asunto transfronterizo: cuando a la progenitora extranjera, víctima de violencia conyugal, se le haya otorgado judicialmente el ejercicio exclusivo de la patria potestad y sin ninguna atribución al padre maltratador del derecho de visitas o comunicaciones respecto de las y los hijos, si aquélla podrá decidir trasladarlos de residencia habitual a otro Estado¹⁰⁰. Si concebimos que esta violencia dificulta el ejercicio conjunto de la patria potestad¹⁰¹ y de proceder a su privación respecto del maltratador, nos preguntamos si la progenitora que ostenta exclusivamente la representación legal de las y los hijos puede decidir unilateralmente trasladarlos fuera de nuestras fronteras. En todo caso, la respuesta jurisprudencial que se otorgue a este interrogante debe quedar conectada con la reforma operada del art. 225 bis del Código Penal, precepto que tipifica como sustracción de menores cuando se produce el cambio de su residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor, con el propósito de que pueda ser sujeto activo del delito el que tenga atribuida, inclusive, la guarda y custodia de las y los hijos. La literalidad del citado precepto del Código Penal nos hace sospechar que la madre, a pesar de tener en exclusiva la patria potestad, si pretende el traslado internacional del hijo o hija, queda supeditada a obtener el consentimiento de la autoridad judicial competente para no incurrir en un delito de sustracción de menores, incluso cuando se vea forzada a salir de España por razones de su seguridad. La modificación del art. 154 del Cc., a fin de establecer con claridad que la facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos e hijas menores de edad forma parte del contenido de la potestad y que, por regla general, corresponde a ambos progenitores, podría haber aclarado las situaciones descritas. A nuestro entender, hoy en día existe más confusión, porque se dispone que «...salvo suspensión, privación de la potestad o atribución exclusiva de dicha facultad a uno de los progenitores, se requiere el consentimiento de ambos o, en su defecto, autorización judicial para el traslado de la persona menor de edad, con independencia de la medida que se haya adoptado en relación a su guarda o custodia, como así se ha fijado ya explícitamente por algunas comunidades autónomas». A ello se une la redacción última del art. 158 del Cc. que ha incorporado medidas de protección para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno

100 La privación de la patria se refiere, en aquellos casos de violencia más grave realizada por el progenitor hacia la madre del menor, sobre todo si ha sido en su presencia. La LO 8/2021 ha completado la situación de la privación de la patria potestad como medida proporcional a hechos graves como los de homicidio, asesinato y sus formas imperfectas, lo que determina la viabilidad de que la medida cautelar ex art. 544 *quinquies* LECr. sea absolutamente proporcional en casos en los que, de dictarse la condena, la pena de esta privación de la patria potestad venga a ser preceptiva según el Código Penal.

101 DE LA IGLESIA MONJE, I., «Responsabilidad parental y violencia de género examen tras de un año de vigencia de la Ley 8/2021, de 4 de junio», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 792, 2022, pp. 2267- 2290.

de los progenitores o por terceras personas y, en particular, la necesidad de someter a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor si no hay consenso¹⁰².

En segundo lugar, sucede que en contextos de violencia de género/doméstica, el art. 170 Cc. prevé que los progenitores «podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial». Por su parte, el art. 92.3 Cc. establece que «el juez podrá acordar en la sentencia relativa a la separación, nulidad o divorcio la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello». Dicha cuestión es referida también el art. 61.2 LO 1/2004, que impone «la obligación al juez que esté conociendo de un procedimiento relacionado con la violencia de género de pronunciarse sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento que correspondan, determinando su plazo y régimen de cumplimiento, así como las medidas complementarias que fueran precisas». Sin embargo, la privación de la patria potestad comporta una pérdida de la titularidad, lo que viene a ser considerado por la jurisprudencia una medida excepcional y de aplicación sumamente restrictiva¹⁰³. Como comprobamos, nos encontramos con un paradigma normativo que aún gravita en conservar la relación paterno-filial del progenitor maltratador para un adecuado desarrollo de la persona menor.

A pesar de las reducidas ocasiones que se produzca el otorgamiento del ejercicio exclusivo de la patria potestad a la víctima y ninguna atribución al padre maltratador del derecho de visitas o comunicaciones respecto de las y los hijos, nos asalta la cuestión vinculada a la suerte que deparará la solicitud de homologación de esta sentencia española ante la autoridad extranjera. Pese a que nos encontramos en sede de ley aplicable, el reconocimiento de la decisión judicial viene vigilado por el orden público internacional, recurso excepcional y de uso restrictivo que puede ser utilizado para rechazar la homologación de la resolución extranjera. Únicamente sería posible acudir a él en aquellos casos en que se produzca una contrariedad manifiesta con los principios básicos que ordenan el sistema jurídico del Estado requerido. No obstante, la cooperación internacional instaurada en los convenios existentes en materia de reconocimiento de resoluciones judiciales se estructura desde el respeto por la diversidad de soluciones jurídicas. Ello explica el que la barrera del orden público no se levante frente a cualquier resultado, salvo que sea manifiestamente intolerable para el sistema básico de valores del Estado requerido¹⁰⁴.

102 Véase el punto II del Preámbulo de la LO 8/2021.

103 Como señala MÚRTULA LAFUENTE, V., *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 93, al igual que sucede en sede penal, de forma unívoca los Tribunales adoptan esta medida en casos de asesinato de la madre o su tentativa.

104 Sobre la temática en general, MORENO CORDERO, G., «Las diferencias materiales y su impacto en divorcios transfronterizos. Tensiones entre el orden público internacional esta-

En esta dirección, si pensamos en un asunto de una víctima marroquí, que ha obtenido una resolución española que confirma la atribución para ella de la patria potestad y, a su vez, solicita el reconocimiento de tal decisión ante las autoridades de su país de origen, esta pretensión puede quedar rechazada por afectar al orden público internacional marroquí [art. 23.2 d) del CLH 1996]. Desde la óptica de aquel ordenamiento, resulta casi improbable que al padre se le excluya de la patria potestad o *wilaya*¹⁰⁵, según el art. 236 del Código de familia marroquí. No obstante, el art. 238 b) del dicho texto dispone que la madre ejercerá la tutela legal sobre sus hijos e hijas a condición de que: el padre no pueda asumir la tutela por motivo de ausencia, fallecimiento, desaparición, incapacidad o «cualquier otra causa». Precisamente, esta última expresión es objeto de una reciente jurisprudencia marroquí¹⁰⁶. En consecuencia, nos preguntamos si la existencia de condena penal del progenitor por malos tratos origina que los tribunales marroquíes acojan esta causa para que el padre condenado no asuma la tutela legal de las y los menores y que la madre pudiera ostentar su representación legal. Desde esta dimensión, cuando se proceda a activar el orden público marroquí, se tendrá que precisar su contenido y alcance internacional a la hora de otorgar la validez de la citada sentencia española. Es posible, entonces, que el pronunciamiento contenido en la decisión española desplegara efectos en Marruecos, evitando situaciones claudicantes y garantizando el interés supe-

tal y el orden público europeo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13 (2), 2021, pp. 1048-1070.

- 105 Esta expresión habitualmente se traduce por tutela y que significa «autoridad paterna», es decir, la que tiene el padre con respecto a sus hijos/as en todos los aspectos de la vida hasta que alcanzan la mayoría de edad. Por tanto, se trata de una medida de protección en virtud de la cual la persona está bajo la autoridad y protección de otra, habitualmente el padre (arts. 229-239 CF).
- 106 En un primer caso, el tribunal de Casablanca ha denegado la demanda de pérdida de la tutela paterna introducida por la madre por falta de contacto y de manutención del padre al hijo en común. El tribunal se ha limitado a autorizar las gestiones bloqueadas por el padre, como era el cambio de colegio, de domicilio o de viajes fuera del país. Y es que el *bayt al-zawwiyya* o domicilio conyugal o lugar de residencia habitual de la familia, le corresponde al esposo determinarlo. En el caso de disolución del matrimonio, también se asigna la decisión al padre como representante legal de los/as hijos/as hasta su mayoría de edad (art. 229 en relación con el art. 231 del Código de familia marroquí). El segundo asunto, por el contrario, el tribunal de apelación de Casablanca ha confirmado la sentencia del tribunal de primera instancia sobre la pérdida de la tutela del padre a favor de la madre, ya que se pudo probar su ausencia fuera del país desde hace varios años y la falta total de comunicación con sus dos hijas. Para consultarlos, ante la imposibilidad de acceder a la jurisprudencia original, hay que acudir a las referencias de los periódicos locales, *vid.* <https://www.watanserb.com/2023/02/28/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%BA%D8%B1%D8%A8-%D8%AD%D9%83%D9%85-%D9%82%D8%B6%D8%A7%D8%A6%D9%8A-%D8%AC%D8%B1%D8%AF-%D8%A3%D8%A8-%D8%A7-%D9%85%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%88%D9%84%D8%A7%D9%8A-%D8%A9-%D8%B9%D9%84%D9%89/>

rior del niño o de la niña que viven en la violencia de género/doméstica, tal y como advierte el art. 23.2 d) del CLH 1996.

En definitiva, existen resquicios patriarcales en torno a la patria potestad. Cuando el asunto es transfronterizo y pese a los cambios legislativos producidos en nuestro país, debemos procurar tener presente la perspectiva de género y de la infancia, metodología que tiene impacto sobre las personas, sociedades, sobre los hechos y sobre la norma jurídica. En particular, ayuda a tener una visión crítica de la realidad que «permita modificar las prácticas de aplicación e interpretación del derecho y actuar de una manera global sobre el conflicto jurídico»¹⁰⁷. Ello facilita el que los tribunales españoles tengan en cuenta los incidentes de violencia de género y/o doméstica, como ha sucedido en la decisión de no devolución de las y los menores que fueron sustraídos a España (SAP de Barcelona, de 12 de junio de 2020)¹⁰⁸. Esto nos indica que estamos trazando el camino para combatir el impacto gravísimo de la violencia machista en los hijos e hijas.

3. Medidas provisionales o de urgencia

Según los datos de derecho comparado que dispone el TEDH sobre la legislación de cuarenta y dos Estados participantes del Consejo de Europa, todos los países encuestados cuentan con una serie de medidas de protección y/o prevención aplicables en el contexto de la violencia de género/doméstica recogidas en diversas disposiciones legales (penal, civil y/o derecho administrativo). Veintinueve Estados miembros mencionaron las medidas específicas de las que disponen para la protección y/o prevención aplicables a los niños en el contexto de la violencia doméstica. Estas medidas incluyen la posibilidad de restringir o quitar la patria potestad y/o colocar a los niños en hogares de guarda (veintitrés Estados miembros) y limitar el contacto entre los niños y los perpetradores (diecisiete Estados miembros). En doce Estados parte, las medidas protectoras/preventivas aplicadas a los niños incluían limitar el contacto del perpetrador con los hijos de la víctima en ubicaciones geográficas específicas, por ejemplo, sus escuelas¹⁰⁹. En consecuencia, resulta necesario que los niños y las niñas y su interés superior se tengan en las evaluaciones de los riesgos, lo que va a permitir establecer la adecuación de medidas de protección, tanto provisionales como definitivas, en relación con el progenitor violento.

Situándonos en España, la adopción de una orden de protección a partir de la denuncia de la víctima de maltrato comprende medidas de carácter penal, civil y asistencial o de protección social, estableciéndose de manera

107 SOSA, M. J., «Investigar y juzgar con perspectiva de género», *Revista Jurídica AMFJN*, vol. 8, 2021, disponible en: <https://www.amfjn.org.ar/revista-juridical>

108 ECLI: ES: APB: 2020:4886.

109 Puntos 99 y 100 de la STEDH de 10 de julio de 2021, en el asunto Kurt c. Austria

provisional y con una vigencia determinada¹¹⁰. Ante una denuncia de violencia de género, una de las decisiones más complejas del juez es la otorgar/mantener la custodia, además del régimen de visitas a los hijos que viven en la violencia de género. En caso de error, tanto si se otorga visitas como si no, las consecuencias pueden ser nefastas¹¹¹.

Cuando el asunto es transnacional, en orden siempre a salvaguardar el interés superior del menor y evitar la dilación que podría suponer un pronunciamiento del tribunal del fondo, los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro puedan asumir la competencia para adoptar medidas provisionales, incluidas las cautelares, ante la presencia del menor en dicho territorio (art. 15 del Reglamento 2019/1111)¹¹². Un caso de urgencia¹¹³ es, ineludiblemente, cuando el niño o la niña tienen contacto con el progenitor y existe un maltrato contra el otro progenitor, siendo necesario suspenderlo de forma inmediata y encontrar una solución temporal para la persona menor.

En situaciones transnacionales, dada la configuración de la orden de protección como medida cautelar provisional y la competencia atribuida al juez como diligencia urgente, las medidas destinadas a tal fin se adoptarán conforme a su propia ley (art. 15 CLH). En nuestro sistema interno existe un decálogo de posibilidades de protección para las víctimas y sus hijos o hijas, según el contenido del art. 544 bis LECr.¹¹⁴, del art. 544 ter LECr., que recoge

110 Véase la exposición de motivos de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica

111 <https://x.com/AeafaAbogados/status/1797942778032218428>, entrevista completa a partir minuto 7: <https://ib3alacarta.com/play/tv/aldia/e1712>

112 Entre las peculiaridades que presenta el art. 16 del Reglamento 2019/1111, se permite, por una parte, que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conozca con carácter incidental de una cuestión de responsabilidad parental, a pesar de carecer de competencia con arreglo al Reglamento; y por otra, que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro pueda decidir sobre la validez de un acto jurídico que vaya a realizarse en nombre del menor en un procedimiento sucesorio, a pesar también de carecer de competencia con arreglo al Reglamento. Esta norma entendemos que no podría aplicarse cuando el niño resida en un Estado parte exclusivamente del CH 96, dado que este Convenio no contiene una norma similar. En ambos instrumentos internacionales sí se regula la competencia para adoptar medidas provisionales, incluidas las cautelares, en caso de urgencia, de forma similar, atendiendo a la presencia del menor o de sus bienes (art. 15 del Reglamento 2019/1111 y arts. 11-12 CH 96).

113 Tal y como sucede en la STJCE de 2 de abril de 2009, Asunto C-523/07: «A», ECLI:EU:C:2009:225, respecto de la competencia cautelar (anterior art. 20 del Reglamento Bruselas II bis), que indica que debe tratarse de medidas urgentes, provisionales y adoptables sobre menores presentes en el territorio del Estado miembro en cuestión, cuyo carácter vinculante depende de lo establecido por el Derecho nacional

114 Cabe la posibilidad de que se adopten medidas cautelares de protección de la víctima sin orden de protección. Esto puede ocurrir cuando resulta imposible la celebración de la comparecencia de orden de protección, por ejemplo, y no se consigue localizar al denunciado, cuya presencia en dicha comparecencia es imprescindible para dictar el auto de

la orden integral de protección y la adopción de medidas civiles o, también, el art. 544 *quinquies* LECr. Así, cuando se adopta una orden de protección, con la finalidad de evitarle al niño o niña un peligro o perjuicio, las medidas civiles pueden ser las siguientes; la suspensión cautelar del ejercicio de la patria potestad; la suspensión cautelar del régimen de visitas; la prohibición cautelar de las comunicaciones; la suspensión cautelar del ejercicio de guarda y custodia; la prohibición de aproximarse al menor o las medidas necesarias para evitar la sustracción del menor, entre otras.

Uno de los temas que han dado lugar a una intensa polémica doctrinal y jurisprudencial ha sido el relativo a la existencia de un régimen de visitas en concordancia con una previa situación de hechos de violencia de género. El art. 544.7.º ter LECr., en su párrafo 3.º, se dispone claramente que «cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existieran indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia a la que se refiere el apartado 1 de este artículo, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él...», suspensión del régimen de visitas que bastaría con que la perciban de alguna manera¹¹⁵. Paralelamente, las modificaciones de la Ley 8/2021 en relación con el art. 94.4 Cc.¹¹⁶, introduce la posibilidad de no proceder al establecimiento de un régimen de visita o estancia y, si existiera, se suspenderá respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos¹¹⁷. Con ello, el art. 94.4 Cc se decanta en la línea del citado precepto de la LECrim¹¹⁸. A este tenor, se confiere una

orden de protección. En este supuesto, para no dejar desprotegida a la víctima, se pueden acordar por el juez determinadas medidas cautelares, sin necesidad de audiencia, si bien esta adopción no otorga el estatuto de protección a la víctima que la orden sí conlleva, ni autoriza la adopción de medidas civiles.

115 A estos efectos es importante la STS, Sala Segunda, n.º 188/2018, de 18 de abril de 2018 (EDJ 46772). Al respecto, *vid.* MAGRO SERVET, V., «La regla general de suspensión del régimen de visitas ante casos de violencia en el hogar y posibles excepciones», *Revista Derecho de Familia*, septiembre 2022.

116 Véase la Nota de Servicio 1/2021 de la Fiscal de Sala Unidad de Violencia sobre la mujer sobre «Criterios orientativos en la interpretación de la nueva redacción de los arts. 544 ter LECrim y 94.4 Cc».

117 ORTEGA CALDERÓN, J. L., «La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio», *Diario La Ley*, n.º 9892, Sección Tribuna, 15 de Julio de 2021.

118 GÓMEZ VILLORA, J. M.^a, «El régimen preceptivo de suspensión del régimen de visitas del art. 544.ter 7, párrafo 3.º LECrim tras la LO 8/2021», *Práctica de Tribunales*, Sección Estudios, n.º 156, 2022 (LA LEY 5927/2022).

nueva redacción al art. 66 de la LO 1/2004¹¹⁹, con la finalidad de imponer al juez el que ordene la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de las y los menores que dependan de él. Ahora bien, es factible no acordarlas en base al interés superior de la niña o del niño, aunque la autoridad judicial deberá pronunciarse sobre la forma en que se mantendrá o ejercerá, respecto de los y las menores, el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género.

En todo caso, tal y como afirma un sector de la doctrina¹²⁰, basta con que se observe una situación objetiva de riesgo o que las niñas o niños verbalicen de una forma clara y contundente su voluntad de no querer estar con el progenitor violento para adoptar la suspensión de las visitas. Aunque se debe acudir a la casuística del supuesto concreto para evaluar la existencia de que esa violencia de género con la que han convivido los menores¹²¹, ya no cabe discrecionalidad judicial. Gracias a la Disposición final 2.ª.3 de la LO 8/2021, que aborda el cambio del art. 158.6 del Cc., se permite a la autoridad judicial el que pueda acordar la suspensión cautelar del ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia; el régimen de visitas o las comunicaciones para apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Además, si el juez optara por la concesión de visitar o el establecimiento de algún tipo de relación con la persona indiciariamente maltratadora, es necesario motivarlo.

En nuestro país, son muchas mujeres las que no denuncian este tipo de violencia, entre otros motivos, por miedo al proceso judicial, a las represalias tras la interposición de la denuncia o por sus circunstancias laborales y económicas, temores que en la mayoría de los casos se relacionan con el daño que pudieran sufrir sus hijos¹²². Esta realidad muestra la idoneidad de permitir el tratamiento psicológico de los menores expuestos a la violencia

119 Conforme dispone el apartado trece de la Disposición final novena de la LO 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual, BOE n.º 215, de 7 de septiembre de 2022.

120 GÓMEZ VILLORA, J. M.ª., «El régimen preceptivo de suspensión del régimen de visitas del art. 544. ter 7, párrafo 3.º LECrim...», *loc. cit.*

121 Como sucedió en la STS 697/2018, de 8 de enero de 2018 (EDJ 500223), donde una mujer que anunció su deseo de separarse de su pareja y que, por venganza, el padre mató a su propio hijo de 13 años de edad. Resulta evidente el daño terrible de violencia vicaria. De ahí la necesidad de detección de este riesgo para adoptar decisiones urgentes que eviten estos casos tan graves. Al respecto, la STS 625/2022, de 26 de septiembre (EDJ 2022/695249) de un supuesto de suspensión del régimen de visitas en atención al interés superior del menor por haber existido hecho de violencia de género, comentada por MAGRO SERVET, V., «Suspensión del régimen de visitas entre padre e hija por interés superior del menor en casos de violencia», *Revista Derecho de Familia*, febrero de 2023.

122 *Vid.* Delegación del Gobierno contra la violencia de género, *Sobre la inhibición a denunciar de las víctimas de violencia de género*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015, pp. 39-56 y p. 105.

machista en el hogar sin el consentimiento del padre agresor, aun cuando no se hayan iniciado actuaciones judiciales. En los casos que no existieran denuncias de violencia de género/doméstica ni orden de protección, el art. 158 Cc contempla algunas medidas provisionales urgentes que podrá acordar el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal. Estas deben dirigirse a proteger a la persona menor cuando exista un peligro o perjuicio en su entorno familiar y obedecen a razones de urgencia o para evitar el entorpecimiento en las decisiones que pudiera adoptar la mujer víctima de la violencia de género respecto del hijo menor cuando se requiera el consentimiento del progenitor y no exista resolución judicial en la que se acuerde suspensión o privación de la patria potestad¹²³. Estas medidas que abarcan a las facultades de la patria potestad (art. 156 Cc.) y se pueden solicitar en un expediente de jurisdicción voluntaria. Asimismo, se permite eximir de la obligación de recabar la autorización del otro progenitor o judicial en aquellos casos en que «no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite tal situación¹²⁴».

En definitiva, el interés del niño o niña ante la violencia de género no es una foto fija, hay que materializarlo en los supuestos concretos y con las circunstancias particulares, teniendo presente que tiene derecho a una vida libre de violencias y a una seguridad física/psicológica (art. 2.2 de la LO 1/2004).

V. Conclusiones

En ambientes de violencia de género/doméstica, las hijas e hijos sufren una alta victimización, al haber cohabitado con la violencia permanente dirigida en principio hacia sus madres, pudiendo ser llegar a ser testigos de esta agresividad o, incluso, de causarles la muerte a manos de su progenitor. Hoy en día, la sociedad ya ha comprendido que la violencia de género/doméstica dirigida hacia una madre es gravemente perjudicial para las y los niños que la presencian o que se exponen a ella. Así viene avalado por el paraguas normativo internacional que, desde nuestra opinión, sirve para articular respuestas en el sistema interno. Los hijos e hijas que son víctimas de la violencia de género/doméstica son personas particularmente vulnerables

123 Ampliamente, véase AZNAR DOMINGO, A. y MEDINA ÁLVAREZ, M., «La protección jurídica del menor en supuestos de violencia de género. Especial referencia a las medidas relativas a las relaciones paterno-filiales», *Tribunal El Derecho.com*, de 10 de junio de 2022.

124 Tras la reforma operada por la Disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género y por el art. 2.19 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, BOE n.º 132, de 3 de junio de 2021.

y tienen derecho a la protección del Estado, en forma de disuasión efectiva contra violaciones tan graves de la integridad personal, en particular como consecuencia de las obligaciones positivas de los Estados en virtud del art. 2 del CEDH. Para construir un verdadero sistema internacional de protección a la infancia frente a las violencias de género, se debe de partir de la base de que un maltratador no es un buen padre, además de conocer las secuelas que deja este tipo de violencia estructural en los niños y niñas.

En los asuntos de custodia/visita, hemos comprobado que el Reglamento 2019/1111 desaprovechó la oportunidad de incorporar respuestas a las situaciones de violencia de género/doméstica, dejando a un lado el *gender mainstreaming*. Dado que estas violencias son el resultado de percepciones históricamente establecidas de la posición subordinada de la mujer en la sociedad y, por lo tanto, una forma de discriminación contra la mujer basada en el género, tales casos deben evaluarse con la metodología adecuada. Concluida definitivamente la adhesión de la UE al Convenio de Estambul y la publicación de la Directiva (UE) 2024/1385 de violencia sobre la mujer, confiamos en que se implementarán las diversas acciones para poner fin a esta lacra, protegiendo a las víctimas (mujeres y menores) y castigando a los agresores. Por consiguiente, hemos propuesto una lectura del Reglamento 2019/1111 debe quedar alineada con la perspectiva de género, con la idea que sus reglas sean aplicadas de forma más ambiciosa a la hora de determinar los foros para conocer de una demanda de custodia/visita de existir estas circunstancias tan dramáticas.

Cuando embiste la violencia de género/doméstica en nuestro país, el juzgado mixto va a conocer de estas situaciones delictuales, donde se ventilan las cuestiones civiles que señala el art. 87 ter de la LOPJ y, a su vez, determinando la competencia conforme el Reglamento 2019/1111 en relación con la situación privada internacional que se le plantea. Al ser aplicable el derecho español a las relaciones transfronterizas estudiadas, conforme al art. 15 del CLH 1996, se debe procurar el que la custodia y el derecho de visita se efectúen en las máximas condiciones de seguridad posibles, tal y como se recoge en nuestra legislación interna y recuerda la STC n°115/2024, 23 de septiembre de 2024,. La localización del interés superior del o de la menor en estos contextos requiere un análisis reposado y especializado para lograr un ambiente seguro, pacífico y libre de violencias, cuestiones que ya han sido alertadas por el Parlamento Europeo. Si los asuntos traspasan el ámbito nacional, estamos convencidos que los operadores jurídicos van a extremar las cautelas necesarias para lograr el interés del o de la menor ante el fenómeno de la violencia contra la mujer en toda su dimensión, a pesar de algunos flecos de resistencias patriarcales en materia de responsabilidad parental. Sobre ello, hemos destacado que algunas sombras de las últimas reformas legislativas internas van a tener repercusión en las relaciones privadas internacionales.

En definitiva, la necesaria persecución y el castigo penal de los delitos de violencias machistas, complementados con las técnicas del Derecho inter-

nacional privado ante los asuntos de ruptura familiar, exigen soluciones que garanticen la seguridad y las libertades fundamentales de las mujeres y de sus hijos e hijas. Luchar por los derechos de las mujeres y la infancia es batallar por garantizar los de toda la ciudadanía.

VI. Bibliografía

AZNAR DOMINGO, A. y MEDINA ÁLVAREZ, M., «La protección jurídica del menor en supuestos de violencia de género. Especial referencia a las medidas relativas a las relaciones paterno-filiales», *Tribunal El Derecho.com*, de 10 de junio de 2022.

CAMPUZANO DÍAZ, B., «El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 1, 2020, pp. 97-117.

— *Id.*, «Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: Sentencia de 17 de octubre de 2018, UD y XB, as. 393/18 PPU», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11 (2), 2019, pp. 462-471.

CAMPUZANO DÍAZ, B. y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.^a A., «Las autoridades competentes para la protección de los niños y niñas un análisis comparado de las normas aplicables a nivel europeo y en las relaciones con terceros estados», en LARA AGUADO, A. (coord.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 357-382, en espec. pp. 360 y 361.

DE LA IGLESIA MONJE, I., «Responsabilidad parental y violencia de género examen tras de un año de vigencia de la Ley 8/2021, de 4 de junio», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 792, 2022, pp. 2267- 2290.

DÍAZ VELÁZQUEZ, M.^a A., «La suspensión de visitas ante la violencia de género y la perspectiva de género», *Práctica de tribunales. Revista de derecho procesal civil y mercantil*, n.º 156, 2022.

ESPINOSA CALABUIG, R., «La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado», *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2019, n.º 3, pp. 36-57.

— *Id.*, «Artículo 9. Competencia en caso de traslado o retención ilícitos de un menor», PALAO MORENO, G. y GONZÁLEZ MARIMÓN, M. (dirs.), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores: Comentarios al Reglamento (UE) n.º 2019/1111*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 141-154.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «Aproximación al interés superior del menor en el Derecho internacional privado español», *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, n.º. 151, 2018, pp. 107-134.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 12.ª ed., Navarra, Cívitas, 2022, pp. 424-426.

GONZÁLEZ MARIMÓN, M., *Menor y Responsabilidad parental en la Unión Europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 143 y ss.

— *Id.*, «Un paso más en el proceso de armonización del derecho privado europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el Reglamento Bruselas II bis», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, 2020, pp. 470-495.

GÓMEZ VILLORA, J. M.ª, «El régimen preceptivo de suspensión del régimen de visitas del art. 544.ter 7, párrafo 3.º LECrim tras la LO 8/2021», *Práctica de Tribunales*, Sección Estudios, n.º 156, 2022 (LA LEY 5927/2022).

HALE, B., «Domestic Violence and Child Abduction», *Current Legal Problems*, vol. 70, n.º 1, pp. 3-16, en <https://academic.oup.com/clp/article/70/1/3/4082282>, en: <https://doi.org/10.1093/clp/cux001>

LARA AGUADO, A., «El interés superior de la niñez, adolescencia y juventud en situaciones transfronterizas desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia algunos casos concretos», en LARA AGUADO, A. (coord.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 164-208.

LORENTE ACOSTA, M. y GISBET GRIFO, S., «Violencia familiar y de género», *Gisbert Calabuig. Medicina Legal y Toxicología*, 7.ª edic, Madrid, Elsevier España, 2019, p. 527 y ss.

— *Id.*, «Discriminaciones visibles e invisibles en Derecho internacional privado: nuevos retos para la perspectiva de género», en SALINAS DE FRÍAS, A. y MARTÍNEZ PÉREZ, E. J. (dirs.), *La Unión Europea y los muros materiales e inmateriales: Desafíos para la seguridad, la sostenibilidad y el Estado de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 113-114.

MAGRO SERVET, V., «La regla general de suspensión del régimen de visitas ante casos de violencia en el hogar y posibles excepciones», *Revista Derecho de Familia*, septiembre 2022.

— *Id.*, «Suspensión del régimen de visitas entre padre e hija por interés superior del menor en casos de violencia», *Revista Derecho de Familia*, febrero de 2023.

MARCHAL ESCALONA, N. «La perspectiva de género en el derecho de los abuelos y abuelas a relacionarse con sus nietos y nietas», en LARA AGUADO, A. (coord.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 553-586.

— *id.*, El tratamiento del derecho del menor a relacionarse con sus abuelos en contextos de violencia familiar o doméstica en el ámbito europeo, *AEDIPr*, XXI, 2021, pp. 89-109.

MARCHAL ESCALONA, N., «El impacto de la violencia intrafamiliar en el ejercicio del derecho de visita transfronterizo en la Unión Europea: ¿una oportunidad perdida?», *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja*, núm. 32 (en prensa).

MARTÍN MAZUELOS, F. J., «La posible (o imposible) competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para ejecutar resoluciones civiles sobre medidas dictadas en otro Estado», *Millennium DIPr.*, vol. 13, 2021, pp. 1-20, en: <http://www.millenniumdipr.com>

MARTÍN NÁJERA, P., «La protección de los menores víctima de violencia de género», *La Ley de Derecho de Familia. Revista jurídica sobre menores y familia*, núm. 27, 2020, pp. 8-10.

MORENO CORDERO, G., «El *gender mainstreaming* y la protección de los menores en secuestros transfronterizos», *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 15 (2), 2023, pp. 767-800.

MORENO CORDERO, G., «Las diferencias materiales y su impacto en divorcios transfronterizos. Tensiones entre el orden público internacional estatal y el orden público europeo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13 (2), 2021, pp. 1048-1070.

MÚRTULA LAFUENTE, V., *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Madrid, Dykinson, 2016

ORTEGA CALDERÓN, J. L., «La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio», *Diario La Ley*, n.º 9892, Sección Tribuna, 15 de Julio de 2021.

PERALTA LÓPEZ, E., «La interpretación del principio del interés superior del menor en las medidas parterno-filiales acordadas en situaciones de violencia de género», en PERALTA CARRASCO, M. (dir.), *Derecho de familia: nuevos retos y realidades*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 255-264.

- PÉREZ MARTÍN, L. A.**, «Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2018, asunto c-393/18, PPU», *La Ley Unión Europea*, n.º 66, 2019, pp. 1-17.
- PRETELLI, I.**, «Una reinterpretación del Convenio de La Haya sobre la sustracción de menores para proteger a los niños de la exposición al sexismo, la misoginia y la violencia contra las mujeres», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14 (2), 2022, pp. 1310-1337.
- REYES CANO, R.**, *Menores y violencia de género: nuevos paradigmas*, tesis doctoral, Universidad de Granada, 2018, en: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/54414/87798.pdf>
- RODRÍGUEZ PINEA, E.**, «La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de 63 nuevo sobre la función del Derecho Internacional Privado Europeo», *Revista Española de Derecho Internacional Sección Estudios*, vol. 69 (1), 2017, pp. 139-165.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A.**, «La remisión y transferencia de la competencia en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12 (2), 2020, pp. 706-723.
- RUÍZ SUTIL, C.**, «La movilidad intra-europea de las mujeres extranjeras irregulares víctimas de la violencia intrafamiliar: carencia de igualdad de género en la normativa de la Unión Europea», *La Ley. Unión Europea*, 2020, núm. 83, p. 8.
- *id.*, *Las violencias de género en entornos transfronterizos. Interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y del derecho internacional privado*, Madrid, Dykinson, 2023.
- SOSA, M. J.**, «Investigar y juzgar con perspectiva de género», *Revista Jurídica AMFJN*, vol. 8, 2021, disponible en: <https://www.amfjn.org.ar/revista-juridica/>
- VAQUERO LÓPEZ, C.**, «Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de Derecho internacional privado desde una perspectiva de género», *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 10 (1), 2018, pp. 439-465.
- VILLEGAS, C. N.**, «Retos del Derecho internacional privado frente al ODS 5 de la Agenda 2030», *Revista Direito.UnB*, vol. 7 (3), 2023, pp. 137-165.

UN PASO EN LA ERRADICACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LA UE: ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA 2024/1385 Y SU IMPLEMENTACIÓN EN ESPAÑA

Beatriz Vázquez Rodríguez

*Prof.^a Contratada Doctora (Acred. Titular)
Universidad de Oviedo**

Sumario: I. Introducción. II. La Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. 1. *La propuesta de la Comisión: un primer paso en la erradicación de esta lacra.* 2. *Las posiciones de las instituciones colegisladoras: una rebaja -con matices- de su contenido.* III. El impacto de la Directiva en el ordenamiento jurídico español. IV. Un compromiso incompleto, pero en la dirección correcta. V. Bibliografía.

Resumen: El pasado 13 de junio entró en vigor la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, cuyo propósito es garantizar un nivel mínimo de protección contra este tipo de violencia en toda la Unión Europea. Su importancia no es desdeñable puesto que por primera vez a escala de la UE se tipifican una serie de delitos, se introducen medidas para la protección, apoyo y acceso a la justicia de las víctimas y otras relativas al ámbito de la prevención. Sin embargo, la Directiva ha sufrido una rebaja de sus contenidos con respecto de la propuesta inicial de la Comisión; en este sentido, destaca la exclusión del delito de violación ante la negativa de varios Estados argumentando la falta de base jurídica en los Tratados. En el caso de España, si bien no se trata de una regulación *ex novo* —puesto que nuestro ordenamiento jurídico cuenta con nor-

* El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2021-123452OB-I00 (GENDERMOB), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE, en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE, n.º 131, de 2 de junio de 2011).

mativa específica sobre el particular— el legislador tendrá que realizar las reformas oportunas durante los próximos tres años para ajustarse adecuadamente al contenido de aquella.

Palabras clave: Delitos relacionados con la explotación sexual de mujeres y menores y con la delincuencia informática, Directiva (UE) 2024/1385, Espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ), Violencia contra las mujeres, Violencia doméstica.

Abstract: Directive (EU) 2024/1385 of the European Parliament and of the Council on combating violence against women and domestic violence, which aims to ensure a minimum level of protection against such violence throughout the European Union, entered into force on 13 June. Its importance is not negligible since for the first time at EU level it criminalises a few offences, introduces measures for the protection, support and access to justice for victims and measures in the field of prevention. However, the Directive has suffered a reduction in its content with respect to the Commission's initial proposal; in this regard, the exclusion of the crime of rape stands out in the face of the refusal of several States, arguing the lack of a legal basis in the Treaties. In the case of Spain, although this is not an *ex novo* regulation - given that our legal system has specific regulations on the matter - the legislator will have to carry out the appropriate reforms over the next three years in order to adjust adequately to the content of the proposal.

Keywords: Offences concerning sexual exploitation of women and children and computer crime, Directive (EU) 2024/1385, Area of freedom, security and justice (AFSJ), Violence against women, Domestic violence.

I. Introducción

La encuesta más reciente a nivel de la Unión Europea (UE) sobre el impacto de las diversas formas de violencia contra las mujeres constata que socavan sus derechos fundamentales, como la dignidad, el acceso a la justicia o la igualdad de género¹ puesto que evita que las mujeres y las niñas disfruten plenamente de aquellos derechos. El documento pone de relieve que una de cada tres mujeres (33 %) ha sufrido violencia física y/o sexual desde los 15 años. Además, una de cada cinco mujeres (18 %) ha sufrido acoso y una de cada dos (55 %) se ha enfrentado específicamente al acoso sexual². De igual manera, se confirma que la ciberviolencia también va en aumento; según un estudio del Parlamento Europeo se calcula que entre el 4 y el 7 % de las mujeres de la UE ha sido víctima de ciberacoso, mientras que entre el 1 y el 3 %

1 European Union Agency for Fundamental Rights, Violence against women: an EU-wide survey, 2014, (disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14_en.pdf. Todos los enlaces web han sido revisados por última vez el 9/07/2024).

2 *Doc. cit.*, p. 167.

ha sufrido cyberbullying³. Teniendo presente estos datos, la conclusión es que este tipo de violencia no puede considerarse como una cuestión marginal, sino que afecta de manera desproporcionada a las mujeres y a las niñas y puesto que «la igualdad de género es un valor central de la UE, un derecho fundamental y un principio clave del pilar europeo de derechos sociales⁴», esta cuestión debe reflejarse en todas las políticas que adopte esta organización supranacional tal como le exigen los Tratados.

Siendo así, la UE no podía seguir aplazando su compromiso para combatir esta lacra⁵, resultando necesario una atención renovada en sus políticas que sea sensible a la violencia contra las mujeres y elimine la desigualdad de género como germen de esa violencia⁶. De ahí que en últimos años esta organización ha dado pasos muy significativos en esta dirección. Por un lado, con la ratificación por parte de la UE del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul), que entró en vigor para la UE el 1 de octubre de 2023⁷, lo que ya ha tenido sus primeras consecuencias por vía

-
- 3 LOMBA, N., NAVARRA, C., FERNANDES, M., «Combating gender-based violence: Cyber violence. European added value assessment», *Study, Parliamentary Research Services (EPRS)*, March 2021, p. 8, (disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU\(2021\)662621](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU(2021)662621)). Véase también: Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la lucha contra la violencia de género: la ciberviolencia (2020/2035(INL)) y European Parliament, Directorate-General for Internal Policies of the Union, «Cyber violence and hate speech online against women, European Parliament», 2018, (disponible en: <https://data.europa.eu/doi/10.2861/738618>).
 - 4 Comunicación de la Comisión «Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025», COM(2020) 152 final, 5 de marzo de 2020, p. 1.
 - 5 Véase: ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «La Unión europea y la erradicación de la violencia de género: luces y sombras de un compromiso inaplazable», en CALZADILLA MEDIDA, M. A., y MARTÍN QUINTERO, R., (directores), *El derecho de la Unión Europea ante los objetivos de desarrollo sostenible*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 43-68.
 - 6 FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Causas y perfiles subyacentes en la violencia de género extrema», en VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., (coordinadora), ALONSO IBÁÑEZ, M. R., (directora), *Las relaciones entre el derecho y los objetivos de desarrollo sostenible (ODS)*, Navarra, Aranzadi, 2022, p. 79.
 - 7 Decisión (UE) 2023/1075 del Consejo de 1 de junio de 2023, relativa a la celebración del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta a las instituciones y la administración pública de la Unión; Decisión (UE) 2023/1076 del Consejo de 1 de junio de 2023, relativa a la celebración del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta a asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia penal, asilo y no devolución (DOUE, L 143I de 2.6.2023). Sobre esta cuestión véase: PRECHAL, S., «The European Union's Accession to the Istanbul Convention» en LENAERTS, K., BONICHOT, J.-C., KANNINEN, H., NAÔMÉ, C., POHJANKOSKI, P., (editores), *An Ever-Changing Union? Perspectives on the Future of EU Law in Honour of Allan Rosas*, Oxford, Hart Publishing, 2019, pp. 279-291.

jurisprudencial puesto que en el asunto *Intervyuirasht organ na DAB pri MS (Femmes victimes de violences domestiques)*⁸, el TJ consolida una interpretación que tiene en cuenta las cuestiones de género en la política de asilo de la UE que crea ventajas significativas para proteger a las mujeres víctimas de violencia de género⁹. Por otro, con la adopción de legislación sectorial en materia de derecho penal sustantivo y derecho procesal que aborda parcialmente la violencia de género, como son la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos¹⁰; la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección¹¹, el Reglamento 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil¹² o la reciente Directiva 2024/1712 por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas¹³. Además, la UE también ha adoptado actos normativos que impulsan la igualdad de género entre sus Estados miembros en el ámbito empresarial y laboral, como la Directiva 2022/2381/UE relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas¹⁴ o la Directiva 2023/970 contra la discriminación retributiva entre hombres y mujeres por un mismo trabajo¹⁵. Sin embargo, hasta la fecha no existía un instrumento normativo en el

8 STJ de 16 de enero de 2024, *Intervyuirasht organ na DAB pri MS (Femmes victimes de violences domestiques)*, asunto C-621/21, ECLI:EU:C:2024:47.

9 Según el TJ, «dicho Convenio [Estambul] enuncia obligaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 78 TFUE, apartado 2, que faculta al legislador de la Unión para adoptar medidas relativas a un sistema europeo común de asilo, como la Directiva 2011/95. [Además] en la medida en que se relaciona con el asilo y la no devolución, también forma parte de los tratados pertinentes contemplados en el artículo 78 TFUE, apartado 1», STJ de 16 de enero de 2024, *Intervyuirasht organ na DAB pri MS (Femmes victimes de violences domestiques)*, ap. 46.

10 Directiva (UE) 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, (DOUE, n.º 315, de 14 de noviembre de 2012).

11 Directiva (UE) 2011/99 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección, (DOUE, n.º 338, de 21 de diciembre de 2011).

12 Reglamento (UE) 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, (DOUE, n.º 181, de 29 de junio de 2013).

13 Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, (DOUE, n.º 1712, de 24 de junio de 2024).

14 Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas, (DOUE, n.º 315, de 7 de diciembre de 2022).

15 Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por

seno de la Unión Europea que se ocupara de forma específica de prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

Así, el pasado 13 de junio entró en vigor la Directiva 2014/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica¹⁶, sin duda la más compleja a la hora de lograr un consenso sobre su contenido y cuyo texto se consiguió consensuar el pasado mes de febrero, tras dos años de intensas negociaciones. Este lapso temporal entre la propuesta de la Comisión y su entrada en vigor da una idea de las dificultades para llegar a un acuerdo entre las posturas de los colegisladores y de los propios Estados en el seno del Consejo, lo que ha significado que el contenido de este acto normativo se ha visto modificado en algunos aspectos principales que se recogían en la propuesta inicial de la Comisión tal como veremos a continuación. A partir de aquella fecha, los Estados miembros cuentan con un plazo de tres años para transponerla a sus ordenamientos internos.

II. La Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica

Ya hemos apuntado la relevancia de la Directiva (UE) 2024/1385 puesto que, si bien una gran mayoría de los Estados miembros han introducido en sus ordenamientos internos medidas para erradicar la violencia basada en el género o en la orientación sexual —impulsadas principalmente por el Convenio de Estambul— éstas están fragmentadas y no han abordado este fenómeno de manera eficaz, al no cubrir todas las dimensiones de la violencia contra las mujeres¹⁷.

Además, la necesidad de adoptar legislación propia en el seno de la Unión se justifica en que se trata de delitos graves con una indudable dimensión

la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento, (DOUE, n.º 132, de 17 de mayo de 2023).

16 Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, (DOUE, n.º 1385, de 24 de mayo de 2024).

17 DE VIDO, S., SOSA, L., *Criminalisation of gender-based violence against women in European States, including ICT-facilitated violence*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2021, pp. 193-194, (disponible en: <https://www.equalitylaw.eu/downloads/5535-criminalisation-of-gender-based-violence-against-women-in-european-states-including-ict-facilitated-violence-1-97-mb>).

transfronteriza, por lo que al ser tipificados a nivel de la UE se favorece una respuesta más armonizada mejorando, además, el impacto interno y la coherencia de la acción de la UE en el ámbito de la igualdad de género. De esta forma, el propósito de la Directiva es *«proporcionar un marco integral para prevenir y combatir eficazmente la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica en toda la Unión»*¹⁸ alcanzando así algunos de los objetivos previstos en el Convenio de Estambul, complementando el acervo de la UE y posibilitando cierta homogeneización de las legislaciones de los Estados miembros. Para ello, esta Directiva adopta medidas relativas a la tipificación de ciertos delitos y armoniza sus penas máximas de prisión, incluye medidas de protección de las víctimas y para el acceso a la justicia, incorpora otras relativas al apoyo a las víctimas y la mejora de la recogida de datos, así como otras concernientes a la prevención, la coordinación y la cooperación. Es importante poner de relieve que algunas de estas medidas se inspiran en las recomendaciones del Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (GREVIO); no obstante, el contenido de la Directiva difiere en algunos aspectos de lo establecido en el Convenio de Estambul, pues aquella incluye una serie de estándares mínimos para los 27 Estados miembros dentro de los ámbitos de competencia de la UE y añade además la tipificación de delitos cibernéticos, los cuales no están cubiertos específicamente por aquel tratado.

1. La propuesta de la Comisión: Un primer paso en la erradicación de esta lacra

A comienzos de 2021, al manifestarse sobre los retos futuros para los derechos de la mujer en Europa, el Parlamento Europeo solicitó a la Comisión que presentase *«una propuesta de Directiva de la Unión global y centrada en las víctimas con el fin de prevenir y luchar contra todas las formas de violencia de género»*¹⁹. La Comisión, en respuesta a esta petición y después de haber tomado conciencia sobre el incremento de la violencia de género gracias a diferentes movimientos y asociaciones en defensa de los derechos y libertades de las mujeres, propuso el 8 de marzo de 2022 la primera Directiva con el objeto de erradicar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica en la UE²⁰.

18 Considerando 1, Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

19 Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de febrero de 2021 sobre los retos futuros para los derechos de la mujer en Europa: más de veinticinco años después de la Declaración y la Plataforma de Acción de Pekín (2021/2509(RSP), ap. 35.

20 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de marzo de 2022, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, COM/2022/105 final, pp. 2-3.

Según la Comisión, la propuesta contribuye al establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia ya que al tipificar formas de violencia que afectan de manera desproporcionada a las mujeres refuerza los derechos de las víctimas, por lo que se opta por el art. 82.2 del TFUE que proporciona una base jurídica para establecer normas mínimas sobre tales derechos, favoreciendo el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones en materia penal y la mejora de la cooperación judicial en dicha materia. Además, aquella institución también recurrió al art. 83.1 del TFUE con el objeto de establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en relación con la explotación sexual de las mujeres y los niños y la delincuencia informática²¹.

En cuanto a su estructura y sus aspectos más relevantes, la propuesta de Directiva consta de siete capítulos que se mantendrán en el texto definitivo. En su primer capítulo se establecen las disposiciones relativas al objeto de la propuesta y a su ámbito de aplicación, que abarca las infracciones penales definidas en aquella, los actos de violencia contra las mujeres o de violencia doméstica tipificados penalmente en el Derecho de la Unión o en las legislaciones nacionales. Además, este capítulo contiene también las definiciones de los términos utilizados. Esto es particularmente interesante puesto que como se ha dicho:

«Resulta sumamente difícil abordar en la Unión Europea el fenómeno de la violencia de género porque no existe un concepto unitario que entienda qué es la violencia de género y las formas de violencia contra la mujer que existen; hay un desconocimiento generalizado entre los países sobre el contexto histórico, político y social en que se incardina esta violencia así como las medidas y herramientas para combatir la violencia de género; (...) nada tienen que ver en cada país ante sensibilidades normas y recursos tan dispares. Esto es la Unión Europea en materia de violencia de género»²².

El capítulo segundo se ocupa de las normas mínimas aplicables a la definición de las infracciones penales y de las sanciones conforme al artículo

21 Sobre la definición de violencia de género como un nuevo ámbito delictivo recogido en el artículo 83, apartado 1, del TFUE véase: NAVARRA, C., FERNANDES, M., LOMBA, N., MUÑOZ, G., «Gender-based violence as a new area of crime listed in Article 83(1) TFEU. European added value assessment», *Study, European Parliamentary Research Service (EPRS)*, June 2021, (disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662640/EPRS_STU\(2021\)662640_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662640/EPRS_STU(2021)662640_EN.pdf)); Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 2021, con recomendaciones a la Comisión sobre la definición de la violencia de género como nuevo ámbito delictivo recogido en el artículo 83, apartado 1, del TFUE (2021/2035(INL)), 16 de septiembre de 2021.

22 MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 18. En el mismo sentido: BORGES BLÁZQUEZ, R., «La construcción de una Europa más igualitaria desde la protección de las víctimas de violencia de género», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 43, 2021, p. 191.

83.1 del TFUE. Estos delitos se refieren a determinadas formas de violencia contra las mujeres o de violencia doméstica y concretamente recoge seis: los delitos de violación, mutilación genital femenina, difusión no consentida de material íntimo o manipulado, el ciberacecho, el ciberacoso y la incitación a la violencia por medios cibernéticos. Además, hay que advertir que, aunque estos delitos afectan de manera desproporcionada a las mujeres, según la propuesta de la Comisión, la tipificación prevista de estos delitos es aplicable a todas las víctimas, incluidos los hombres y las personas no binarias, a excepción de los delitos de violación y de la mutilación genital femenina que se aplica solo a las mujeres o niños en virtud de lo que establece el art. 83.1 TFUE. Se incluyen también disposiciones sobre las distintas formas de participación en el delito como la inducción, la complicidad y la tentativa, la armonización de las sanciones penales en los 27 Estados miembros para estos delitos estableciendo penas máximas de prisión y unos plazos de preinscripción comunes. Además, la propuesta también contempló una lista de circunstancias agravantes que incluye situaciones como que los delitos se cometan contra menores; se lleve a cabo en el seno de la familia o del matrimonio, que se cometan en abuso de una posición de confianza, autoridad o influencia.

El capítulo tercero se dedica a las medidas de protección y el acceso a la justicia de las víctimas y tampoco excluye que los hombres o las personas no binarias puedan acogerse a estas si llegan a ser víctimas de esa violencia, por ejemplo, en situaciones de violencia doméstica. Este capítulo intenta servir de acicate para impulsar a que las víctimas denuncien a los autores en estos casos de violencia, facilitando el acceso a los procesos ante la justicia e integrando un enfoque sensible a las cuestiones de género. Se intenta garantizar que los delitos sean eficazmente investigados y enjuiciados y contando con los recursos y conocimientos especializados necesarios. Además, se debe poner en valor que este capítulo introduce una evaluación individual de riesgos para determinar las necesidades de protección y apoyo de las víctimas adaptadas a las necesidades específicas de las víctimas de la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica y se establece la necesidad de que los Estados miembros proporcionen órdenes urgentes de prohibición y de protección para asegurar que las víctimas estén protegidas además de ofrecer unas directrices para las autoridades policiales y judiciales que les ayuden a garantizar que las víctimas reciban un trato adecuado a lo largo de todo el proceso. En lo que se refiere específicamente a los delitos relacionados con la ciberviolencia, se garantiza la eliminación de los contenidos en línea, lo que permitirá acelerar los procedimientos judiciales para retirarlos más rápidamente. El derecho de las víctimas a solicitar una indemnización a los autores de los delitos también se contempla, incluyendo aquí los gastos provenientes de la asistencia sanitaria, los servicios de apoyo, la pérdida de ingresos y aquellos derivados de los daños físicos y psicológicos sufridos por las víctimas.

El capítulo cuarto contiene las disposiciones sobre el apoyo a las víctimas y contiene medidas específicas de apoyo a las víctimas de violencia sexual, obligando a que los Estados miembros pongan en marcha centros de atención urgente a las víctimas de violaciones y a que faciliten apoyo especializado para aquellas que han sufrido mutilación genital femenina o acoso sexual en el trabajo. Los Estados miembros deben crear líneas telefónicas nacionales de ayuda a las víctimas con un número armonizado en la UE y refugios especializados u otros alojamientos provisionales para garantizar que reciban asistencia con el fin de que se pueda garantizar su futura integración social y laboral. Además, los Estados miembros también deben ocuparse de las víctimas menores, teniendo en cuenta el interés superior del menor y aquellas salvaguardias específicas para las víctimas pertenecientes a grupos en riesgo²³.

Las disposiciones del capítulo cinco se centran en la prevención efectiva de la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica a través del desarrollo de campañas de sensibilización y programas de investigación y educación, así como dando difusión a la información pertinente. Los profesionales que tengan más probabilidades de estar en contacto con las víctimas deben recibir formación específica garantizando que puedan reconocer los casos de violencia y responder a ellos adecuadamente.

El capítulo seis acoge normas sobre la coordinación de las políticas de los Estados miembros en materia de violencia contra las mujeres y violencia doméstica, así como disposiciones sobre la coordinación a nivel de la UE, exigiendo a sus Estados miembros que designen un organismo oficial para coordinar y supervisar las políticas en este ámbito. Además, puesto que las ONG son clave en la prestación de apoyo a las víctimas y la prevención de la violencia, se prevé que los Estados miembros deben cooperar con estas. Otra cuestión fundamental es el tema de la recogida de datos y la investigación, de ahí que se establezcan normas mínimas para su recogida en los Estados miembros con el fin de poder disponer de datos comparables a nivel de la UE. Finalmente, el capítulo siete está formado por las disposiciones finales, destinadas a aclarar su relación con otras directivas, como las que regulan los derechos de las víctimas, la lucha contra la trata o los abusos sexuales a menores, la cláusula de no regresión y las disposiciones sobre la transposición de la presente Directiva, fijando un plazo inicial de dos años desde su entrada en vigor.

23 Sobre las medidas de apoyo véase: PICCHI, M., «Violence against Women and Domestic Violence: The European Commission's Directive Proposal», *Athens Journal of Law*, vol. 8, issue 4, 2022, pp. 403-404.

2. Las posiciones de las instituciones colegisladoras: una rebaja —con matices— de su contenido

En el seno del Consejo de la UE, la propuesta fue examinada por primera vez por el Grupo sobre Cooperación Judicial en Materia Penal (COPEN) en el año 2022. Tras varias reuniones el Consejo, en formación de Justicia y Asuntos de Interior (JAI), el 9 de junio de 2023 adoptó una orientación general respecto de la propuesta de Directiva antes mencionada que constituyó el mandato para las negociaciones con el Parlamento Europeo en el marco del procedimiento legislativo ordinario y que incluyó modificaciones con respecto de la propuesta de la Comisión²⁴. En este sentido, el principal punto de discrepancia en las negociaciones entre las instituciones colegisladoras y también entre los propios Estados en el seno del Consejo, giró en torno al delito de violación basado en la ausencia de consentimiento. De esta forma, el Consejo consideró que no existía base jurídica suficiente en los Tratados para incluir este delito en un acto legislativo de la UE. Recordemos que con arreglo al art. 83.1 TFUE, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatir las según criterios comunes. Entre los ámbitos delictivos enumerados en esa disposición se encuentra la explotación sexual de mujeres y niños. A juicio del servicio jurídico del Consejo, el artículo 83.1 del TFUE no cubre delitos como el de violación ya que esta disposición se refiere a la explotación sexual de mujeres y la violación no podía incluirse dentro de aquella noción puesto que:

«both in international instruments and in the EU acquis, the notion of “sexual exploitation” is generally used in relation to, or as a specific aspect of, human trafficking or, in any event, concerns crimes characterised by a component of essentially exploitative nature and related to taking unjust advantage of a sexual activity imposed upon a person in a vulnerable situation. Conversely, the notion of “sexual exploitation” is generally not used to cover crimes like rape or engaging sexual activity with a person without his or her consent, of which the essential constitutive element is sexual violence directly affecting physical integrity and sexual freedom»²⁵.

24 Council of the European Union, «Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating violence against women and domestic violence. General approach», 10717/23, 15 June 2023.

25 Council of the European Union, «Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating violence against women and domestic violence, Legal basis. Scope of Article 83 TFEU», 14277/22, 31 October 2022, ap. 44.

No obstante, el propio servicio jurídico dejaba abierta la posibilidad de que el Consejo optara por enfoque diferente haciendo una lectura más amplia de la base jurídica en lo que se refiere a la noción de explotación sexual de mujeres y niños aunque advertía que:

«If that were the case, and if the EU co-legislators were to consider rape as being part of the area of “sexual exploitation of women and children”, the CLS stresses that this would constitute an important extension of the scope of Article 83 TFEU. Such an extension would constitute a precedent as regards possible extensive interpretations of the areas of crimes already established by this provision. In particular, the notion of “sexual exploitation” in the legal basis would then have to be read as allowing the EU co-legislators to adopt secondary legislation on all forms of sexual abuse based on violence and, in effect, as covering “sexual exploitation of persons». Furthermore, such an extensive interpretation of the areas of crime already provided for by Article 83 TFEU would entail significant legal risks in case of litigation. It could also be considered as encroaching on the specific powers conferred on the Council to extend the list of “euro-crimes”, as provided for in the third subparagraph of Article 83(1) TFEU»²⁶.

De esta forma parece que, según el servicio jurídico de esta institución, el art. 83.1 TFUE al referirse específicamente a ciertos ámbitos delictivos debe entenderse como una lista cerrada que no admite ninguna modificación salvo que se aplique el párrafo tercero del citado artículo, según el cual, teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en la citada disposición, pronunciándose por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo. Sin embargo, en oposición a la postura del Consejo, el Parlamento Europeo criticó esa interpretación tan restrictiva justificándose en que el artículo 83.1 TFUE se refiere a ámbitos delictivos más amplios y consideró que esta interpretación limitaría injustamente la expresión de «trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños» únicamente al delito específico de trata. Además, el Parlamento Europeo alegó que, a lo largo del proceso de redacción del citado artículo, esta había evolucionado desde una redacción inicial que hacía alusión a la «trata de seres humanos, en particular la explotación de mujeres, explotación sexual de niños» a la final que se refiere a «la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños». Por último, en su argumentación el Parlamento Europeo puso de relieve que las instituciones colegisladoras en función legislativa ya habían interpretado el concepto de «explotación sexual» del artículo 83.1 del TFUE para referirse el abuso sexual a menores, como es el caso de la Directiva 2011/93 relativa a la lucha contra los abusos y la explotación sexuales de los menores, cumpliendo, además, con los umbrales de gravedad exigido por dicha disposición²⁷.

26 *Doc. cit.*, ap. 46.

27 European Parliament, Legal basis for the inclusion of the offence of rape in the Directive on Combating Violence against Women and Domestic Violence, On behalf of European Parlia-

Se ha dicho que el verdadero motivo de la eliminación de la violación como delito basándose en la falta de consentimiento no es la ausencia de base jurídica en los Tratados siendo —según algunos— posible e incluso necesaria la armonización europea de aquel delito²⁸, sino una falta de voluntad política. En el momento actual la mayoría de Estados miembros regulan el delito de violación, sin embargo, las definiciones jurídicas y los requisitos en sus códigos penales son de muy distinto calado, como sucede con la cuestión del consentimiento, puesto que en muchos de ellos la comisión de este delito no pivota en la ausencia del consentimiento²⁹. Siendo así, algunos se han lamentado de esta oportunidad perdida³⁰.

ment co-rapporteurs Frances Fitzgerald MEP & Evin Incir MEP, 11th of December 2023, (disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20231213RES15908/20231213RES15908.pdf>). La postura del Parlamento Europeo es compartida por alguna autora en el sentido de que «the 2011/93 Directive on the fight against sexual exploitation of children and child pornography, which replaced the Framework Decision 2004/6847, that introduced a minimum of approximation of the EU Member States' legislations in order to criminalize the most serious forms of child sexual abuse and exploitation, to extend domestic jurisdiction, and to provide assistance to victims. The previous framework decision was transformed into a directive after the entry into force of the Lisbon Treaty, using as a legal basis the same Articles 82.2 and 83.1 (...) This can be considered as evidence that the Commission —and the Parliament and the Council in the approval of the Directive— have already interpreted in a broad way, using existing international legal instruments, the wording «sexual exploitation of women and children» in Article 83.1 TFEU: therefore it seems that using it as a legal basis for the approval of the new directive should not constitute a problem, without any need to extend the list of Eurocrimes», BERGAMINI, E., «Combating violence against women and domestic violence from the Istanbul Convention to the EU Framework: the proposal for an EU directive», *Freedom, security & justice: European Legal Studies*, n.º 2, 2023, pp. 33-34.

28 ÇELEBI, D., KOOP, L. M., MELCHIOR, L., «Germany Blocks Europe-Wide Protection of Women Against Violence. Why a European Harmonization of the Definition of Rape is Possible and Necessary», *VerfBlog*, 2024/1/17, (disponible en: <https://verfassungsblog.de/germany-blocks-europe-wide-protection-of-women-against-violence/>).

29 Según datos publicados por el European Women's Lobby en octubre de 2023, en catorce Estados miembros entre los que se incluye España, aplican a ley «Solo sí es sí» basada en la necesidad de un consentimiento sexual claro e inequívoco. Sin embargo, en Estados como Austria y Alemania, aplican el «no means no approach», que exige a las víctimas demostrar que se negaron verbalmente a participar en actos sexuales. En otros once Estados, que incluyen a Francia, Italia y la mayoría de los países de Europa del Este, se consideran elementos esenciales del delito de violación la resistencia a la violencia o una situación amenazante, European Women's Lobby, EWL Observatory Analysis of definitions of rape in the EU- The added value the EU Directive on VAW, 10/10/2023, (disponible en: <https://www.womenlobby.org/EWL-Observatory-Analysis-of-definitions-of-rape-in-the-EU-The-added-value-of?lang=en>).

30 Statement from Frances Fitzgerald, «Fitzgerald secures historic deal for new landmark EU Directive to combat Violence Against Women», 6 February 2024, (disponible en: <https://www.francesfitzgerald.ie/post/fitzgerald-secures-historic-deal-for-new-landmark-eu-directive-to-combat-violence-against-women>); Statement Reem Alsalem, Special Rapporteur on violence against women and girls, its causes and consequences, 13 May 2024, (disponible en: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2024/05/european-directive-combating-violence-against-women-and-domestic-violence>).

Posición de los Estados miembros sobre la inclusión del delito de violación en la Directiva relativa a la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica

LA EUROPA QUE NO AMABA A LAS MUJERES

Posición de los Estados miembros sobre la inclusión del delito de violación en la Directiva relativa a la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

- A FAVOR
- EN CONTRA
- INDECISOS
- NO FORMA PARTE

www.mujeresalfrente.org



Estado miembro	Posición
Austria	A favor
Bélgica	A favor
Chipre	A favor
Croacia	A favor
Eslovenia	A favor
España	A favor
Finlandia	A favor
Grecia	A favor
Italia	A favor
Lituania	A favor
Luxemburgo	A favor
Suecia	A favor
Alemania	En contra
Bulgaria	En contra
Eslovaquia	En contra
Francia	En contra
Holanda	En contra
Hungría	En contra
Malta	En contra
República Checa	En contra
Irlanda	Indeciso
Letonia	Indeciso
Polonia	Indeciso
Rumanía	No forma parte

Fuente: Rodríguez Ramos, S., La Europa que no amaba a las mujeres: la directiva contra la violencia de género, más lejos hoy que nunca, 2023, (<https://mujeresalfrente.org/la-europa-que-no-amaba-a-las-mujeres-la-directiva-contra-la-violencia-de-genero-mas-lejos-hoy-que-nunca/>)

Excluido el delito de violación y después de introducir otros ajustes al texto propuesto por la Comisión y que pasaremos a abordar a continuación, en febrero de 2024 el Consejo y el Parlamento Europeo alcanzaron un acuerdo acerca del primer acto legislativo de la UE sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica³¹, que lleva por título Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. En su primer capítulo, el art. 2 recoge una definición de violencia contra las mujeres que se ajusta mejor a lo establecido en los tratados internacionales sobre la materia pues toma «como punto de referencia el Convenio de Estambul y da una definición de violencia de género en línea con este instrumento internacional, así como con la Convención sobre la eliminación

31 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating violence against women and domestic violence. Confirmation of the final compromise text with a view to agreement, 12 february 2024, (disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6341-2024-INIT/en/pdf>). Posteriormente el texto fue aprobado en primera lectura por el Parlamento Europeo, véase: European Parliament legislative resolution of 24 April 2024 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on combating violence against women and domestic violence (COM(2022)0105 – C9-0058/2022 – 2022/0066(COD)) y aprobado por el Consejo el 7 de mayo de 2024, (<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9783-2024-INIT/es/pdf>).

de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)³² e incluye también una definición de violencia doméstica que se ajusta a las definiciones ofrecidas por aquellos instrumentos.

En el capítulo dos, en relación con los tipos penales ya se ha dicho que se elimina el delito de violación, en cambio la Directiva incluye un nuevo delito, el que se refiere al **matrimonio forzoso**. Esto es un aspecto muy positivo puesto que como se ha puesto de relieve con carácter reciente, como consecuencia de la pandemia, diez millones de niñas más se encuentran en riesgo de contraer matrimonio infantil en la próxima década³³. De esta forma se garantizan normas de protección, prevención y criminalización de seis formas de violencia de género³⁴. Además, al tipificarse los delitos de ciberacecho, el ciberacoso y la incitación a la violencia o al odio por medios cibernéticos, será la primera vez que se regule el ámbito *online*, puesto que —como ya se ha señalado— este era un ámbito que no estaba cubierto por el Convenio de Estambul³⁵. En cuanto a las circunstancias agravantes se añaden tres nuevas situaciones que elevan el estándar de protección: que el delito se cometa contra mujeres que ostenten cargo público, periodistas o defensoras de derechos humanos, en respuesta al incremento de la ciberviolencia dirigida en particular contra mujeres jóvenes y mujeres que ejercen su actividad en la esfera pública; o que la intención de los delitos fuera restaurar el llamado «delito de honor» o castigar a la víctima por su orientación sexual, género, color, origen social o convicciones políticas³⁶. También en el capítulo dos, pero en relación con los plazos de prescripción, la propuesta de la Comisión armonizaba los plazos entre los cinco y los veinte años en función del delito, cuestión que finalmente no se contempla en la Directiva ya que alude a «tiempo suficiente a partir de la comisión de dichos delitos de modo que estos se puedan perseguir de manera eficaz³⁷» dejando por tanto en manos de los Estados miembros libertad para que establezcan los plazos de preinscripción que consideren dentro de aquella referencia *in abstracto*.

32 BORGES BLÁZQUEZ, R., «La lucha contra la violencia de género en la Unión Europea: una propuesta de directiva y varios interrogantes a resolver», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 73, n.º. 287, 2023, p. 123.

33 A/78/80-E/2023/64, 27 de abril del 2023, Informe del Secretario General, Progresos realizados para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible: hacia un plan de rescate para las personas y el planeta, p. 13. Véase: GARCÍA RUIZ, C. R., *El derecho de la mujer a una vida libre de violencia: premisas básicas de su regulación internacional*, Navarra, Aranzadi, 2023, pp. 131-134.

34 Art. 3 a 9, Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

35 Véase: DE VIDO, S., «A first insight into the EU proposal for a Directive on countering violence against women and domestic violence», *EJIL: Talk!*, 7 de abril de 2022, (disponible en: <https://www.ejiltalk.org/a-first-insight-into-the-eu-proposal-for-a-directive-on-countering-violence-against-women-and-domestic-violence/>).

36 Art. 11, Directiva (UE) 2024/1385.

37 Art. 13, Directiva (UE) 2024/1385.

El capítulo cuarto —dedicado al apoyo a las víctimas— no contiene modificaciones sustanciales con respecto de la propuesta de la Comisión, no obstante, el artículo 26 que se refiere al apoyo especializado para las víctimas de violencia sexual, hace mención expresa a los servicios de salud sexual y reproductiva, una cuestión que aparece por primera vez en una directiva europea³⁸. Además, en el capítulo siguiente, es importante poner de relieve que como contrapeso a la ya mencionada exclusión del delito de violación, en el transcurso de las negociaciones, el Parlamento Europeo logró en el último momento incluir en el texto definitivo de la Directiva un artículo sobre medidas específicas para prevenir la violación y la promoción del papel fundamental del consentimiento en las relaciones sexuales que está en consonancia con la definición de violación y violencia sexual del Convenio de Estambul. A tenor de este artículo, los Estados miembros deberán realizar campañas de sensibilización para aumentar el conocimiento de que el sexo no consentido se considera un delito penal y se fomentan la elaboración de material educativo sobre consentimiento adaptado a diferentes edades con el objetivo de promover cambios en los patrones de comportamiento en las relaciones entre hombres y mujeres y los estereotipos de género³⁹. En nuestra opinión, el aspecto más importante con respecto del capítulo sexto —que se ocupa de las medidas de coordinación y cooperación— es que se incluye un nuevo artículo que obliga a los Estados a adoptar planes de acción para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, los cuales —como tarde— los Estados deberán implementar en los próximos cinco años⁴⁰. En las disposiciones finales se incluyen dos artículos, uno que se refiere a la libertad de prensa y libertad de expresión en otros medios de comunicación⁴¹, según el cual la directiva no afectará a los regímenes especiales de responsabilidad relativos a estos principios fundamentales. Esperemos que esta disposición no sea utilizada para limitar la capacidad de prevenir la violencia online contra las mujeres y las niñas bajo el argumento de la garantía de aquellos derechos. La otra novedad relevante consiste en que se introduce una «cláusula de revisión» que atribuye competencia a la Comisión para realizar una evaluación, cinco años después de la transposición de la norma, en la que se pronuncie sobre la necesidad de una ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva y la necesidad de introducir nuevos delitos⁴². Finalmente, el plazo que se otorga a los Estados para transponer la Directiva se amplía en un año respecto a la propuesta de la Comisión⁴³.

38 RODRIGUEZ RAMOS, S., «Europa: paso decisivo contra la violencia de género», *El Independiente*, 25/02/24, (disponible en: <https://www.elindependiente.com/opinion/2024/02/25/europa-paso-decisivo-contra-la-violencia-de-genero/>).

39 Art. 35, Directiva (UE) 2024/1385.

40 Art. 39, Directiva (UE) 2024/1385.

41 Art. 47, Directiva (UE) 2024/1385.

42 Art. 45.3, Directiva (UE) 2024/1385.

43 Art. 49, Directiva (UE) 2024/1385.

III. El impacto de la Directiva en el ordenamiento jurídico español

España goza de una amplia normativa sobre el tema⁴⁴. De este modo, al no tratarse de una regulación *ex novo*, se puede afirmar que nuestro Estado ya se ajusta al contenido de la Directiva en relación con varias cuestiones como las que tienen que ver con medidas en los ámbitos de la protección a las víctimas y acceso a la justicia; las que tienen que ver con el apoyo a las víctimas y las que se refieren a la prevención y a la intervención temprana⁴⁵, sin perjuicio de que deba hacerse algún ajuste menor. Además, en España también vamos un paso adelante en lo que se refiere a las medidas de coordinación y cooperación puesto que ya se cuenta con una Estrategia para combatir las violencias machistas 2022-2025, la segunda que se aprueba en nuestro país y que «constituye un nuevo instrumento de planificación y ordenación de actuaciones en el ámbito de las políticas públicas para contribuir de forma decidida a la prevención, detección, erradicación, y reparación de las violencias contra las mujeres⁴⁶». Nuestro

44 En ellas hay que destacar la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género; el Real Decreto 1023/2020, de 17 de noviembre, por el que se actualizan las cuantías, los criterios y el procedimiento de distribución de las transferencias para el desarrollo de nuevas o ampliadas competencias reservadas a las entidades locales en el Pacto de Estado en materia de violencia de género o la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

45 Por ejemplo, cabe destacar, que con respecto del artículo 23, relativo a las medidas para eliminar material en línea, incluido en el capítulo tres de la Directiva que se ocupa de la protección a las víctimas y apoyo a la justicia, la LO 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual, mediante su disposición final primera se introdujo en la LEC un nuevo párrafo al art. 13 que dice que «la instrucción de delitos cometidos a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, el juzgado podrá acordar, como primeras diligencias, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares consistentes en la retirada provisional de contenidos ilícitos, en la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos o en el bloqueo provisional de unos y otros cuando radiquen en el extranjero». Además, en lo que concierne al art. 24, sobre la indemnización a cargo de los autores, la legislación española ya se ocupa de esta cuestión a través de la Ley 4/2015, de 27 de abril, sobre el estatuto de la víctima del delito y Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito y reforzado por lo establecido en la LO 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual. Con respecto del capítulo cuarto de la Directiva, el art. 35 de la LO 10/2022, ya regula los servicios de asistencia integral especializada y accesible, sin perjuicio de los ya implantados a través del art. 19 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, para las mujeres víctimas de este tipo de violencia. En este sentido, véase: GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., «La nueva Directiva para combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica en el espacio común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea», *La Ley Unión Europea*, n.º 126, 2024, pp. 9-15.

46 Estrategia Estatal para combatir las violencias machistas 2022-2025, Delegación de Gobierno contra la violencia de género, 2020, p. 12, (disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/EEVM_2022_2025-introduccion.pdf).

Estado —dentro del Plan Estadístico Nacional (2021-2024)— también ha puesto en marcha la Encuesta Europea de Violencia de Género (EEVG) dentro del marco del Sistema Estadístico Europeo (SEE) y que ha sido coordinada por el Eurostat⁴⁷. Así «dado lo avanzado de nuestro marco legislativo e institucional, la Directiva tendrá menos repercusión para España que la previsible para otros Estados miembros, menos avanzados en este campo», no obstante, «la aprobación de la Directiva requerirá un análisis profundo de la legislación penal y procesal penal española⁴⁸» para ajustarse adecuadamente a la lista de delitos y las circunstancias contempladas en los tipos delictivos recogidos en la Directiva y a las distintas formas de participación en el delito según el grado de implicación de los autores; teniendo que adaptar asimismo los topes máximos de prisión para cada delito y cada una de las circunstancias agravantes que prevé el texto.

Concretando esas posibles reformas, creemos que en el caso del delito de mutilación genital femenina el CP se ajusta a los requisitos de la Directiva a excepción de que nuestra normativa no contempla el apartado 3b) de la Directiva, por lo que se recomendaría añadir esta cuestión al art. 149.2 CP. En cuanto a los delitos de matrimonio forzoso, la difusión no consentida de material íntimo o manipulado y el ciberacecho, se ajustarían al texto de la Directiva salvo en lo que atañe a las sanciones, puesto que en el CP tanto para el supuesto del 172.1 bis y 172.2 bis (de las coacciones: matrimonio forzoso), 172 ter. (de las coacciones: ciberacecho) y 197.2 (del descubrimiento y revelación de secretos) cabe que con carácter alternativo se imponga una pena de multa con la única excepción de la circunstancia del art 5c) de la Directiva que podría ir por la vía del art. 169 CP y que no da alternativa de una sanción pecuniaria. En cuanto al delito de ciberacoso, consideramos que alguno de sus apartados también podría quedar bajo el amparo de las amenazas genéricas del art. 169 CP, sin embargo, lo recomendable sería incluir un tipo nuevo con las cuatro circunstancias contempladas en la Directiva. Finalmente, el delito de incitación a la violencia por medios cibernéticos se recoge en el art. 510 del CP y las penas se ajustan, aunque quizás sería conveniente incluir explícitamente la expresión «medios cibernéticos». El siguiente cuadro ofrece una visión de conjunto de la situación:

47 Recordemos que el art. 44 de la Directiva se refiere a que los Estados miembros dispondrán de un sistema para la recogida de datos, el desarrollo, la elaboración y la difusión de estadísticas sobre la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (...) los miembros transmitirán a la Comisión (Eurostat) los datos resultantes de las encuestas). Véase: Encuesta Europea de Violencia de Género, Subdirección General de Sensibilización, Prevención y Estudios de la Violencia de Género (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, Ministerio de Igualdad, 2022, (disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/EEVG.pdf>).

48 Informe 38/2022 de la Comisión Mixta para la Unión Europea, sobre la aplicación del principio de subsidiariedad respecto de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, (BOCG, n.º 240, serie A, 7 de junio de 2022, p. 26, (disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CORT/BOCG/A/BOCG-14-CG-A-240.PDF).

Delitos en la Directiva 2024/1385	Mutilación genital femenina (Art. 3)		Matrimonio forzoso (Art. 4)		Difusión no consentida de material íntimo o manipulado (Art. 5)		
Apdos. Directiva 2024/1385	a) Mutilación de los labios o el clitoris	b) Obligar a someterse a actos de letra a) o de proporcionarles los medios	a) Obligar a contraer matrimonio	b) Atraer a un país con la intención de obligar a contraer matrimonio	a) Hacer accesible mediante TIC, materiales que representen actividades sexuales o partes íntimas sin consentimiento	b) Producir o manipula y, hacer accesible mediante TIC, materiales, haciendo que parezca que está practicando actividades sexuales sin consentimiento	c) Amenazar con conductas letras a) o b) con el fin de coaccionar a una persona para que realice un acto o se abstenga
Inducción Art. 9.1 Directiva	Sí		Sí		Sí		
Inducción en el CP	28 CP	28 CP	28 CP		28 CP		
Complicidad Art. 9.2 Directiva	Sí	/	Sí		Sí		
Complicidad en el CP	28/29 CP Pena: 61/63 CP		28/29 CP Pena: 61/63 CP		28/29 CP Pena: 61/63 CP		
Delitos en la Directiva 2024/1385	Mutilación genital femenina (Art. 3)		Matrimonio forzoso (Art. 4)		Difusión no consentida de material íntimo o manipulado (Art. 5)		
Tentativa Art. 9.3 de la Directiva	Sí		Sí		/		
Tentativa en el CP	16 CP Pena: 62 CP	16 CP Pena: 62 CP	16 CP Pena: 62 CP				
Penas en la Directiva	Máxima de al menos 5 años		Máxima de al menos 3 años		Máxima de al menos 1 año		
Código Penal español	6 a 12 años 149.2 CP	No está tipificado	6 meses a 3 años y 6 meses o multa de 12 a 24 meses 172.1 bis	6 meses a 3 años y 6 meses o multa de 12 a 24 meses 172.2 bis	3 meses a 1 año o multa de 6 a 12 meses 197.2 CP	3 meses a 1 año o multa de 6 a 12 meses 197.2 CP	Amenazas genéricas 169 y ss. CP 1 a 5 años 169.1 CP 6 meses a 2 años 169.2 CP
Modificaciones necesarias	El 3.3b hay que incluirlo		La pena no se ajusta, en el CP español cabe la multa como alternativa		La pena no se ajusta, en el CP español cabe la multa como alternativa		

Fuente: elaboración propia.

Ciberacecho (Art. 6)	Ciberacoso (Art. 7)				Incitación a la violencia por medios cibernéticos (Art. 8)
Conducta intencionada de someter reiterada a vigilancia, sin consentimiento o una autorización legal mediante TIC, a fin de rastrear sus movimientos	a) Participación en conductas amenazantes, cuando esa conducta implique amenazas de cometer delitos mediante TIC	b) Participación, con otras personas, mediante TIC, en conductas amenazantes accesibles públicamente	c) Envío no solicitado, mediante TIC, de imágenes de los genitales	d) Hacer accesible mediante TIC, material que contenga los datos personales sin consentimiento, con el fin de incitar a un 3º a causar lesiones físicas o psicológicas	Incitar a la violencia o al odio contra un grupo por referencia al género, publicando mediante TIC
Sí	/	Sí	/	/	/
28 CP		28 CP Introducir delito en el CP			510 CP
Sí	Sí				Sí
28/29 CP Pena: 61/63 CP	28/29 CP Introducir delito en el CP Pena: 61/63 CP				28/29 CP Pena: 61/63 CP
Ciberacecho (Art. 6)	Ciberacoso (Art. 7)				Incitación a la violencia por medios cibernéticos (Art. 8)
/	/				/
Máxima de al menos 1 año	Máxima de al menos 1 año	Máxima de al menos 1 año	/	Máxima de al menos 1 año	Máxima de al menos 1 año
3 meses a 2 años o multa de 6 a 24 meses 172 ter CP	Amenazas genéricas 1 a 5 años 169.1 CP 6 meses a 2 años 169.2 CP	Amenazas genéricas 1 a 5 años 169.1 CP 6 meses a 2 años 169.2 CP	No está tipificado	No está tipificado	1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses 510.1 CP
La pena no se ajusta, en el CP español cabe la multa como alternativa	Para los apartados 7.a) y b) podrían incluirse en el art. 169 y ss CP “de las amenazas”. Sin embargo, lo recomendable sería incluir un nuevo delito de Ciberacoso que contemplase los cuatro apartados.				Introducir en 510 CP explícitamente “por medios cibernéticos”

Fuente: elaboración propia.

En cuanto a las circunstancias agravantes contempladas en la Directiva, podemos concluir que, en su mayoría, se pueden considerar como agravantes genéricas del art. 22 del CP; sin embargo, para garantizar que la legislación penal contempla todas las agravantes sería recomendable incluir agravantes específicas en la misma redacción del artículo que recoja el tipo penal concreto.

Circunstancias agravantes (art. 11 de la Directiva)	¿Es agravante en el Código Penal?
a) que el delito, u otro delito de violencia contra las mujeres o de violencia doméstica, se haya cometido reiteradamente;	/
b) que el delito se haya cometido contra una persona considerada vulnerable por circunstancias particulares, como una situación de dependencia o un estado de discapacidad física, mental, intelectual o sensorial;	Art. 22. 2.ª CP, abuso de superioridad
c) que el delito se haya cometido contra un menor;	En los arts. 149, 172 bis, 172.4 ter y 197 se recogen penas especiales en caso de que la víctima sea menor. No obstante, podría caber en el 22. 2.ª CP, abuso de superioridad
d) que el delito se haya cometido en presencia de un menor;	Art. 22. 2.ª CP, abuso de superioridad
e) que el delito haya sido cometido por dos o más personas actuando conjuntamente;	Art. 22. 2.ª CP, abuso de superioridad
f) que el delito haya ido precedido o acompañado de niveles extremos de violencia;	/
g) que el delito se haya cometido utilizando un arma o amenazando con utilizarla;	/
h) que el delito se haya cometido utilizando la fuerza o amenazando con utilizarla, o con coacción;	/
i) que la conducta haya provocado la muerte de la víctima o le haya causado graves lesiones físicas o psicológicas;	Penas específicas

j) que el autor haya sido condenado con anterioridad por delitos de la misma naturaleza;	Art. 22. 8.ª CP, reincidencia
k) que el delito se haya cometido contra un cónyuge o excónyuge o contra una pareja o expareja;	Art. 23 CP, agravantes de parentesco
l) que el delito haya sido cometido por un miembro de la familia de la víctima o por una persona que conviva con la víctima;	Art. 23 CP, agravantes de parentesco
m) que el delito se haya cometido abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia;	Art. 22. 6.ª CP, abuso de superioridad Art. 22.7.ª CP, carácter público del culpable
n) que el delito se haya cometido contra alguien por ser esa persona representante público, periodista o defensora de los derechos humanos;	/
o) que la intención del delito fuera preservar o restaurar el llamado «honor» de una persona, una familia, una comunidad u otro colectivo similar;	/
p) que la intención del delito fuera castigar a la víctima por su orientación sexual, género, color, religión, origen social o convicciones políticas.	Art. 22. 4.ª CP, racismo, antisemitismo o discriminaciones

Fuente: elaboración propia.

IV. Un compromiso incompleto, pero en la dirección correcta

A pesar de que se ha dicho que el texto final de la Directiva UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, no es suficientemente ambicioso y puede dejar lagunas en la protección de las víctimas, no creemos que se deba reprobar un logro tan importante como supone el tratarse de la primera legislación en la UE que aborda la violencia contra las mujeres y las niñas y la violencia doméstica. Una Directiva que se refiere a esta lacra como una forma de discriminación de género estableciendo estándares comunes de protección para las víctimas de este tipo de violencias en la UE, que también define de manera clara y en consonancia con el Convenio de Estambul y la CEDAW, y donde además se aboga por una concienciación de este fenómeno atacando algunas de las causas subyacentes de esa violencia. Especialmente relevante es la inclusión de cuatro delitos vinculados al

ámbito *online* pues situaciones como el ciberacoso, el sometimiento a alguien a vigilancia de forma reiterada o continua sin su consentimiento, la incitación al odio o la violencia en relación con su género mediante publicaciones en TIC o la difusión no consensuada de imágenes íntimas o sexualmente explícitas ahora estarán perseguidas en los 27 Estados miembros. Teniendo en cuenta que actualmente asistimos a un desarrollo sin precedentes de las tecnologías de la información y las comunicaciones es poco probable que delitos de este tipo disminuyan sin una actuación a nivel de la UE.

Sin duda el mayor descalabro que ha tenido la adopción del texto de la Directiva es la exclusión del delito de violación por falta de base jurídica y/o de voluntad política, pero debemos recordar que los Estados miembros se han comprometido a poner en marcha campañas y materiales para el fomento de una mayor concienciación sobre la exigencia del consentimiento para excluir el delito de violación, lo que puede contribuir a evolucionar en los próximos años hacia una cultura basada en el respeto a ese principio. De esta forma, cuando la Comisión active la cláusula de revisión, tanto esta como los Estados miembros quizás estén preparados para combatir este delito a escala de la UE.

V. Bibliografía

- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.**, «La Unión europea y la erradicación de la violencia de género: luces y sombras de un compromiso inaplazable», en CALZADILLA MEDIDA, M. A., y MARTÍN QUINTERO, R., (dirs.), *El derecho de la Unión Europea ante los objetivos de desarrollo sostenible*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- BERGAMINI, E.**, «Combating violence against women and domestic violence from the Istanbul Convention to the EU Framework: the proposal for an EU directive», *Freedom, security & justice: European Legal Studies*, n.º 2, 2023.
- BORGES BLÁZQUEZ, R.**, «La lucha contra la violencia de género en la Unión Europea: una propuesta de directiva y varios interrogantes a resolver», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 73, n.º 287, 2023.
- BORGES BLÁZQUEZ, R.**, «La construcción de una Europa más igualitaria desde la protección de las víctimas de violencia de género», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 43, 2021.
- ÇELEBI, D., KOOP, L. M. y MELCHIOR, L.**, «Germany Blocks Europe-Wide Protection of Women Against Violence. Why a European Harmonization of the Definition of Rape is Possible and Necessary», *VerfBlog*, 2024/1/17.

- DE VIDO, S.**, «A first insight into the EU proposal for a Directive on countering violence against women and domestic violence», *EJIL:Talk!*, 7 de abril de 2022.
- DE VIDO, S.** y **SOSA, L.**, *Criminalisation of gender-based violence against women in European States, including ICT-facilitated violence*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2021.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.**, «Causas y perfiles subyacentes en la violencia de género extrema», en VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., (coords.), ALONSO IBÁÑEZ, M. R. (dir.), *Las relaciones entre el derecho y los objetivos de desarrollo sostenible (ODS)*, Navarra, Aranzadi, 2022.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J.**, «La nueva Directiva para combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica en el espacio común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea», *La Ley Unión Europea*, n.º 126, 2024.
- GARCÍA RUIZ, C. R.**, *El derecho de la mujer a una vida libre de violencia: premisas básicas de su regulación internacional*, Navarra, Aranzadi, 2023.
- LOMBA, N.**, **NAVARRA, C.** y **FERNANDES, M.**, «Combating gender-based violence: Cyber violence. European added value assessment», *Study, Parliamentary Research Services (EPRS)*, March 2021.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E.**, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- NAVARRA, C.**, **FERNANDES, M.**, **LOMBA, N.** y **MUÑOZ, G.**, «Gender-based violence as a new area of crime listed in Article 83(1) TFEU. European added value assessment», *Study, European Parliamentary Research Service (EPRS)*, June 2021.
- PICCHI, M.**, «Violence against Women and Domestic Violence: The European Commission's Directive Proposal», *Athens Journal of Law*, vol. 8, issue 4, 2022.
- PRECHAL, S.**, «The European Union's Accession to the Istanbul Convention» en LENAERTS, K., BONICHOT, J.-C., KANNINEN, H., NAÔMÉ, C. y POHJANKOSKI, P., (edit.), *An Ever-Changing Union? Perspectives on the Future of EU Law in Honour of Allan Rosas*, Oxford, Hart Publishing, 2019.



LA EDITORIAL JURÍDICA DE REFERENCIA PARA
LOS PROFESIONALES DEL DERECHO **DESDE 1981**



Paso a paso

Códigos
comentados

Vademecum



Formularios



Flashes
formativos



Colecciones
científicas

DESCUBRA NUESTRAS OBRAS EN:

www.colex.es

Editorial Colex SL Tel.: 910 600 164 info@colex.es

OBSTÁCULOS DE GÉNERO A LA MOVILIDAD TRANSFRONTERIZA DE PERSONAS Y FAMILIAS

Esta obra colectiva presenta un análisis jurídico sobre los obstáculos a la movilidad transfronteriza, de personas y de familias, vinculados al género, derivados de diferentes modelos de regulación estatales. Se presenta, por una parte, el enfoque individual, partiendo de la autodeterminación de género y todas sus implicaciones en situaciones internacionales vinculadas al reconocimiento de la reasignación sexual o la superación del binarismo. Por otra parte, se incluye el enfoque familiar, considerando el impacto del género y la orientación sexual, sobre el matrimonio igualitario y el establecimiento de la relación de filiación respecto de parejas homoparentales, o la aparición de nuevos modelos familiares.

En torno a estos ejes, los estudios se realizan a partir de las realidades sociales y su cobertura normativa, incluyendo la protección desde la perspectiva de los derechos humanos, la configuración constitucional, los diferentes modelos de Derecho comparado y la incidencia del Derecho de la Unión Europea a través de la libre circulación de personas para tratar de evitar que la normativa de los Estados miembros se convierta en frontera.

El libro incluye la participación de 17 especialistas procedentes de ocho universidades españolas y cuatro universidades de otros países europeos, que ofrecen una visión bastante completa sobre la problemática derivada de las diferentes regulaciones sobre el género y la identidad de género en las citadas dimensión personal y familiar.

DIRECCIÓN

Pilar Jiménez Blanco e Isabel Rodríguez-Uría Suárez

AUTORES

Konrad Duden, Antonia Durán Ayago, Ángel Espiniella Menéndez, Noelia Fernández Avello, Olaya Fernández Fernández, Javier A. González Vega, Rosa Miquel Sala, Helena Mota, Ángeles Lara Aguado, Giacomo Pailli, Lucas Andrés Pérez Martín, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, Marco Rizzuti, Isabel Rodríguez-Uría Suárez, Carmen Ruiz Sutil, Beatriz Vázquez Rodríguez y Natalia Vigano Martínez

ISBN: 978-84-1194-815-9



9 788411 948159

OBSTÁCULOS DE GÉNERO A LA MOVILIDAD TRANSFRONTERIZA DE PERSONAS Y FAMILIAS

Esta obra colectiva presenta un análisis jurídico sobre los obstáculos a la movilidad transfronteriza, de personas y de familias, vinculados al género, derivados de diferentes modelos de regulación estatales. Se presenta, por una parte, el enfoque individual, partiendo de la autodeterminación de género y todas sus implicaciones en situaciones internacionales vinculadas al reconocimiento de la reasignación sexual o la superación del binarismo. Por otra parte, se incluye el enfoque familiar, considerando el impacto del género y la orientación sexual, sobre el matrimonio igualitario y el establecimiento de la relación de filiación respecto de parejas homoparentales, o la aparición de nuevos modelos familiares.

En torno a estos ejes, los estudios se realizan a partir de las realidades sociales y su cobertura normativa, incluyendo la protección desde la perspectiva de los derechos humanos, la configuración constitucional, los diferentes modelos de Derecho comparado y la incidencia del Derecho de la Unión Europea a través de la libre circulación de personas para tratar de evitar que la normativa de los Estados miembros se convierta en frontera.

El libro incluye la participación de 17 especialistas procedentes de ocho universidades españolas y cuatro universidades de otros países europeos, que ofrecen una visión bastante completa sobre la problemática derivada de las diferentes regulaciones sobre el género y la identidad de género en las citadas dimensión personal y familiar.

DIRECCIÓN

Pilar Jiménez Blanco e Isabel Rodríguez-Uría Suárez

AUTORES

Konrad Duden, Antonia Durán Ayago, Ángel Espiniella Menéndez, Noelia Fernández Avello, Olaya Fernández Fernández, Javier A. González Vega, Rosa Miquel Sala, Helena Mota, Ángeles Lara Aguado, Giacomo Pailli, Lucas Andrés Pérez Martín, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, Marco Rizzuti, Isabel Rodríguez-Uría Suárez, Carmen Ruiz Sutil, Beatriz Vázquez Rodríguez y Natalia Vigano Martínez

ISBN: 978-84-1194-815-9



9 788411 948159