

# EL IMPACTO DE LA AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL MATRIMONIO Y LA FILIACIÓN

## THE IMPACT OF GENDER SELF-DETERMINATION ON THE LEGAL STATUS OF MARRIAGE AND PARENTHOOD

Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ\*

**Resumen:** La autodeterminación de género tiene su impacto en otros estatutos familiares en los que el género es un presupuesto o elemento relevante, como ocurre con el matrimonio o la filiación. La incidencia de la autodeterminación de género en el matrimonio puede afectar a la posibilidad de su celebración, a su eficacia o incluso a su nulidad. La ausencia de una *lex matrimonii* en el sistema español de DIPr genera dudas en torno a la calificación del género dentro de la institución matrimonial. El impacto en la filiación precisa delimitar el ámbito de aplicación de la ley aplicable a la autodeterminación y la ley aplicable a la filiación, lo cual puede generar un problema de cuestión previa. La autodeterminación de género influye también en la identidad del cónyuge o del hijo, generando choque entre los distintos intereses en juego. El juego del orden público y los límites derivados de la legislación registral del foro son elementos que condicionan todo el análisis.

**Palabras Clave:** Autodeterminación de género, matrimonio, filiación, identidad del cónyuge, identidad del hijo, Derecho aplicable, reconocimiento, orden público.

**Abstract:** Gender self-determination has an impact on other family statutes in which gender is a relevant element, such as marriage or parentage. The impact of gender self-determination on marriage may affect the possibility of its conclusion, its effectiveness or even its nullity. The absence of a *lex matrimonii* in the Spanish PIL system raises doubts about the qualification of gender within the marriage institution. The impact on parentage requires delimiting the scope of application of the law applicable to self-determination and the law applicable to parentage, which may give rise to a problem of preliminary/incidental question. Gender self-determination also influences the identity of the spouse or child, creating a clash between the different interests at stake. The play of public policy and the limits derived from the registry law of the forum are elements that condition the whole analysis.

**Keywords:** Gender self-determination, marriage, parentage, identity of spouse, identity of child, applicable law, recognition, public policy.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: OBJETO Y CONTENIDO. 2. AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO Y MATRIMONIO TRANSFRONTERIZO: 2.1 Perspectiva del sistema de la *auctoritas*.

---

\* Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Profesora Ayudante Doctora de Derecho internacional Privado en la Universidad de Oviedo (uriaisabel@uniovi.es). Estudio realizado en el marco del 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, núm. 131, de 2 de junio de 2011). Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas por última vez el 29 de octubre de 2024.

2.1.1. *El modelo de matrimonio del foro como condicionante.* 2.1.2 *Autodeterminación de género anterior al matrimonio:* a) Los datos del problema b) Su definición en el DIPr español c) Su definición en sistemas que sí dan relevancia al género como elemento condicionante de la validez del matrimonio. 2.1.3. *Autodeterminación de género posterior al matrimonio.* 2.1.4. *Relevancia registral del género del contrayente en el sistema español.* 2.2. *Perspectiva del otro contrayente o cónyuge.* 3. AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO Y FILIACIÓN: 3.1. El contexto de los nuevos modelos familiares. 3.2. Impacto de la autodeterminación de género anterior al establecimiento de la filiación. 3.2.1. *La existencia y determinación del vínculo de filiación:* a) Cómo se produce el impacto b) Análisis cuando el género se ha autodeterminado en el extranjero: metodología del reconocimiento c) Análisis cuando el género se autodetermina en el foro: metodología de ley aplicable. 3.2.2. *El sexo, el nombre y la denominación del progenitor.* 3.3. Impacto de la autodeterminación de género en la filiación ya establecida. 3.3.1. *Estabilidad del vínculo de filiación y régimen jurídico de la impugnación.* 3.3.2. *Impacto en la identidad del hijo.* 3.3.3. *Particularidades del juego del orden público.* 4. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN: OBJETO Y CONTENIDO

La publicación de la denominada “Ley Trans<sup>1</sup>” supone un impacto en el ordenamiento jurídico español que va mucho más allá de la propia posibilidad por parte de una persona de autodeterminar su género. La posibilidad de cambio de género por el mero juego de la autonomía de la voluntad tiene una doble dimensión, pública y privada. Desde el punto de vista privado, el género, y su posible modificación, se erige como piedra angular de la identidad del individuo; se relaciona directamente con el principio de libre desarrollo de la personalidad y puede afectar a la intimidad personal y a la propia imagen. Mientras que desde un punto de vista público supone un presupuesto determinante para muchos aspectos de la interacción del individuo dentro de la sociedad y un elemento de control de la identificación de cada persona<sup>2</sup>. Esta doble dimensión puede traducirse también en una vertiente personal y familiar<sup>3</sup>. Desde el punto de vista personal, la autodeterminación de género tiene un impacto directo en la identificación de la persona, por lo que puede afectar al régimen del nombre y también a la documentación administrativa. Desde el punto de vista familiar, siendo el género un presupuesto relevante o incluso determinante en algunas relaciones familiares, la autodeterminación incide en materias en las que hay más personas afectadas y, por tanto, más intereses en juego, como ocurre con el matrimonio y la filiación<sup>4</sup>. Desde el

<sup>1</sup> 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 núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

<sup>2</sup> Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “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*, núm. 30, abril-junio, 2021, pp. 1-38, esp. p. 2 (versión electrónica accesible en plataforma Legalteca).

<sup>3</sup> Sobre esta estructura basa su trabajo en el tema la profesora JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, “La identidad de género en la movilidad transfronteriza: vertientes personal y familiar”, *CDT*, vol. 16, núm. 2, octubre 2024, pp. 985-999.

<sup>4</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, “El sexo de la persona física en Derecho internacional privado: evolución histórica y respuesta normativa (primera parte)”, *CDT*, octubre 2024, vol. 16, núm. 2, pp. 898-931, esp. p. 900.

momento en el que hay más personas involucradas, la sombra de la autodeterminación de género se hace más alargada, en el sentido de poder afectar a derechos de terceros, como, por ejemplo, la identidad del cónyuge o del hijo.

La autodeterminación de género supone que ciertos cimientos que antes se daban por supuestos y que, por tanto, se pasaban por alto, ahora se tambalean y exigen un replanteamiento general del ordenamiento jurídico<sup>5</sup>. Y, por supuesto, este replanteamiento también afecta al Derecho internacional privado. Esta idea se percibe fácilmente en materia de filiación, donde el sexo/género del progenitor siempre ha tenido una innegable importancia en la elección del concreto título sobre el que fundamentar el establecimiento de la filiación (o su impugnación). Pero también se percibe en el ámbito matrimonial, donde el cambio de género de uno de los cónyuges puede suponer, entre otras cosas, un problema para la concepción que del matrimonio siga el foro o, simplemente, para el régimen de su celebración o disolución<sup>6</sup>.

Estas dificultades que se derivan de la autodeterminación de género aumentan si tenemos en cuenta la existencia de otros posibles géneros distintos de los clásicos masculino y femenino, como es el caso del género no binario, ya reconocido en Alemania desde hace años<sup>7</sup>. Nuestro ordenamiento jurídico no reconoce el tercer género<sup>8</sup>, pero ello no significa que no podamos importar este género a través de situaciones privadas internacionales, como podría

---

<sup>5</sup> Vid. sobre esta cuestión en general, GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> Paz, “Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 1, enero-marzo 2022, pp. 233-245. En particular, sobre el Derecho de familia, BLACO-MORALES LIMONES, Pilar, “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho internacional privado*, núm., 1, 2015, pp.1-16, esp. p. 4, disponible en <https://www.millenniumdipr.com/ba-4-una-filiacion-tres-modalidades-de-establecimiento-la-tension-entre-la-ley-la-biologia-y-el-afecto>.

<sup>6</sup> El artículo 13 del Reglamento Roma III no obliga a un Estado miembro a disolver un matrimonio que no reconoce, posibilidad que se podría plantear en relación con un matrimonio en el que uno de los cónyuges es transexual. Vid. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo, “La cuestión previa de la existencia de matrimonio en el proceso de divorcio con elemento extranjero”, *CDT*, octubre 2013, vol. 5, núm. 2, pp. 140-208, esp. p. 180.

<sup>7</sup> En el año 2017 el Tribunal Constitucional alemán declaró inconstitucional la anterior *Personenstandsgesetz* entendiéndolo que la posibilidad de dejar en blanco la mención del sexo no era suficiente para proteger el derecho general de la personalidad. Como reacción, el legislador alemán introdujo ya en 2018 una reforma en virtud de la cual se permitió la inscripción con la modalidad “divers”. Actualmente, la ley alemana sobre autodeterminación de género de 19 de junio de 2024, que entró en vigor el 1 de noviembre del mismo año, reconoce el tercer género. Vid. una necesaria panorámica de la nueva ley en MIQUEL SALA, Rosa, “Identidad de género y tercer género en Alemania: novedades y desafíos tras la nueva Ley de autodeterminación”, en JIMÉNEZ BLANCO, Pilar/RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel (dirs.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, A Coruña, Colex, 2024, pp. 123-152, esp. pp. 127 y ss.

<sup>8</sup> La única novedad que introduce la Ley 4/2023 mínimamente relacionada con este tema es la posibilidad que habilita su artículo 74.2 de dejar en blanco la mención del sexo en el Registro Civil de las personas intersexuales, siempre y cuando haya acuerdo mutuo de las progenitoras, pero únicamente durante el plazo de un año. Transcurrido ese año, la mención del sexo será obligatoria. El plazo ha sido criticado por su excesiva brevedad y consiguiente posible ineficacia para el objetivo buscado. Vid. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, “La identidad de género en el Derecho internacional privado español”, *REDI*, vol. 75, 2023-2, pp. 343-366, esp. p. 348.

ser el caso de la celebración en España de un matrimonio entre una persona alemana de género no binario y un ciudadano español. De hecho, nuestra jurisprudencia ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un problema de reconocimiento del género no binario de un ciudadano alemán a los efectos de su inscripción en el Registro Central de Extranjeros; en la sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ordena que el sexo conste como “indeterminado, X o expresión equivalente”<sup>9</sup>.

Al hilo de la cuestión prejudicial resuelta por el TJUE en el caso *Mirin*<sup>10</sup>, el Abogado General incidió precisamente en sus conclusiones en la estrecha relación entre la autodeterminación de género y estas dos materias cuando indicó que “el Derecho de la UE no restringe la competencia de los Estados miembros para regular en su Derecho nacional los efectos del reconocimiento o inscripción de una autodeterminación de género y en materia de las personas, lo que comprende las normas relativas al matrimonio y a la filiación”<sup>11</sup>. El objeto de este estudio recoge esta afirmación para profundizar en ella y analizar cómo la autodeterminación de género puede afectar al régimen jurídico de las relaciones familiares. En concreto, el análisis se extenderá a su impacto en el matrimonio y la filiación.

La metodología de aproximación a esta problemática será, principal pero no exclusivamente, la conflictual<sup>12</sup>; en ocasiones recurriremos necesariamente al método del reconocimiento, entendiendo este, en sentido negativo, como la exclusión de una norma de conflicto del razonamiento<sup>13</sup>. El análisis técnico en términos de ley aplicable o reconocimiento se verá a veces irremediablemente mediatizado por la impronta de los Derechos humanos en la materia. Por ello, también nos toparemos con el orden público, especialmente sensible en las materias que nos ocupan. Por último, al ser materias que tienen una importante relevancia registral, nos encontraremos igualmente con proble-

---

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala Contencioso-administrativo, sección 4ª), núm. 33/2023, de 23 de enero, ECLI:ES:TSJAND:2023:792. *Vid.* el comentario a esta sentencia de OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, “Asignación de sexo legal indeterminado: STJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 4ª), núm. 83/2023, de 23 de enero”, *REEI*, núm. 46, diciembre 2023, pp. 623-628.

<sup>10</sup> Sentencia de 4 de octubre de 2024, *Mirin*, C-4/23, ECLI:EU:C:2024:845.

<sup>11</sup> Conclusiones del Abogado General, de 7 de mayo de 2024, Asunto C-4/23, *Mirin*, ECLI:EU:C:2024:385, apartado 101.

<sup>12</sup> *Vid.* en este sentido, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, *loc. cit.*, p. 4, donde ya destacaba el método conflictual como el correcto en casos de cambio de nombre, determinación de la filiación o celebración del matrimonio cuando concurriera además un cambio de sexo o género.

<sup>13</sup> Reducción que hacemos conscientes de la dificultad que aún hoy genera la concreta delimitación del llamado “método del reconocimiento”, sobre todo, en los aspectos que tratamos en este trabajo. *Vid.*, significativamente, la heterogeneidad que muestra la síntesis de los informes nacionales (también publicados en el mismo medio) que realizan GÖSSL, Susanne, y MELCHER, Martina, “Recognition of a Status Acquired Abroad in the EU. A Challenge for Nationals Laws from Evolving Traditional Methods to New Forms of Acceptance and Bypassing Alternatives”, *CDT*, vol. 14, núm. 1, pp. 1012-1043. *Vid.*, igualmente, “Guidelines on the Recognition of A Foreign Legal Relationship”, aprobadas por el Grupo europeo de Derecho internacional privado en su reunión de Milán (2023). Accesible en la página web del GEDIP.

mas de eficacia en la aplicación del Derecho extranjero en relación con los moldes sensiblemente más rígidos del Registro Civil.

En nuestro estudio partiremos de la hipótesis de la aplicación del artículo 9.1 CC a las situaciones transfronterizas de autodeterminación de género. La “Ley Trans”, en la tónica habitual del legislador, obvia completamente las situaciones privadas internacionales y carece de previsión normativa que concrete cuándo las autoridades españolas son competentes para conocer de una autodeterminación de género, qué ley tendrían que aplicar o cómo reconocer el cambio de género realizado ante una autoridad extranjera. Ante la ausencia de respuesta legislativa y dejando al margen el análisis de posibles propuestas más elaboradas de *lege ferenda*, jugaremos aquí con la hipótesis indicada y aplicaremos la ley de la nacionalidad de la persona interesada a la autodeterminación de género<sup>14</sup>.

El trabajo está dividido en dos partes claras: la primera analiza el impacto de la autodeterminación en el matrimonio transfronterizo y la segunda el impacto en el régimen jurídico de la filiación. Para la ejecución de la primera parte del trabajo, distinguiré las situaciones y problemas que se pueden plantear diferenciando, por un lado, la perspectiva de la autoridad que celebra el matrimonio, con especial incidencia entre los sistemas que dan relevancia al género como condicionante de la validez del matrimonio y los que no; y, por otro lado, la perspectiva del otro cónyuge o contrayente. En la segunda, abordaré el impacto de la autodeterminación de género en el régimen jurídico de la filiación estructurando el análisis en función de que la autodeterminación haya tenido lugar antes o después del establecimiento de la filiación. Por último, culminaré con unas conclusiones.

## 2. AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO Y MATRIMONIO TRANSFRONTERIZO

### 2.1. Perspectiva del sistema de la *auctoritas*

#### 2.1.1. El modelo de matrimonio del foro como condicionante

La combinación de dos materias poco pacíficas en el ámbito de Derecho material y de Derecho internacional privado supone un impulsor de problemas para los que actualmente todavía no hay una clara solución. Tal y como hemos mencionado en la introducción, el sexo/género de los contrayentes es un presupuesto o elemento relevante en muchos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, de tal forma que el género puede condicionar la posibilidad de contraer matrimonio.

---

<sup>14</sup> A falta de una solución específica, *vid.* OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, *loc. cit.*, P. 350; JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *loc. cit.*, p. 990; BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, “Derecho de la persona y de la familia”, *CDT*, vol. 17, núm. 1 (2025), pp. 955-985, especialmente parágrafo 62.

Actualmente, sigue habiendo una gran heterogeneidad en relación con la institución del matrimonio. La famosa sentencia del TJUE en el caso *Coman* es buen indicador de la vivacidad de la cuestión<sup>15</sup>. Sin ánimo de caer en la reiteración y como mera contextualización, en este asunto quedó patente la perseverancia de Rumanía en su concepción de sistema en el que no se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Pese al mandato del TJUE de reconocimiento del matrimonio entre dos hombres a los meros efectos del cumplimiento y disfrute de la libertad de circulación de un ciudadano europeo y sin que ello implicara la necesidad de tener que reconocer su validez a todos los efectos, hoy en día la pareja de *Coman* no ha podido establecer su residencia en Rumanía<sup>16</sup>. En el momento que se escriben estas líneas, hay otra cuestión prejudicial pendiente ante el TJUE sobre matrimonio entre personas del mismo sexo, cuyo origen es la negativa de Polonia a la inscripción en su Registro Civil de un matrimonio entre dos hombres, uno de nacionalidad polaca y otro de doble nacionalidad polaco-alemana, que contrajeron matrimonio en Alemania, consecuencia del cual el primero adoptó el apellido del segundo<sup>17</sup>.

En puridad, siguen existiendo dos grandes modelos matrimoniales en Derecho comparado: por un lado, aquellos sistemas que admiten tanto los matrimonios tradicionales entre personas de distinto sexo, como los matrimonios entre personas de mismo sexo, entre los que se encuentra el sistema español; y, por otro, los sistemas que solo admiten matrimonios entre personas de distinto sexo. En esta segunda categoría se distinguen además aquellos que prevén una figura análoga a la del matrimonio para las uniones entre personas del mismo sexo, como es el caso de Italia, de aquellos otros que no ofrecen cobertura jurídica alguna para estas uniones. En los sistemas que integran el primer modelo, la reasignación de género no tendría por qué suponer problema alguno, porque simplemente el sexo/género de los contrayentes deja de ser relevante. Para los pertenecientes al segundo modelo, sin embargo, la reasignación de género puede afectar, según el caso, a la posibilidad de contraer matrimonio o a la eficacia del matrimonio previamente contraído. A todo ello hay que añadir un elemento más: la posible concepción binaria del matrimonio, esto es, como institución reservada para hombres y mujeres, y

---

<sup>15</sup> Sentencia de 5 de junio de 2018, *Coman* y otros, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385. El supuesto de hecho que generó esta cuestión prejudicial fue la negativa de Rumanía a conceder el derecho de residencia al cónyuge estadounidense de un ciudadano rumano y estadounidense, que habían contraído matrimonio en Bélgica.

<sup>16</sup> De hecho, la cuestión está actualmente pendiente de sentencia ante el TEDH. *Coman* se ha dirigido a este tribunal ante la inexecución de la sentencia del TJUE por parte de Rumanía, con el fin de obtener una resolución en la que condene a este país por la vulneración de los artículos 8, 12 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Vid. PÉREZ MARTÍN, Lucas Martín, "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", en JIMÉNEZ BLANCO, Pilar/RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel (dirs.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, A Coruña, Colex, 2024, pp. 259-288. esp. pp. 273 y ss.

<sup>17</sup> Asunto C-713/23, *JC-T* y *MT*.

la existencia de ordenamientos jurídicos que reconocen un tercer género, que implica el posible planteamiento de un matrimonio con una persona no binaria. En cualquier caso, la autodeterminación de género añade otro elemento disidente a un viejo problema: el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo.

### 2.1.2. Autodeterminación de género anterior al matrimonio

#### a) *Los datos del problema*

La autodeterminación de género realizada antes de la celebración del matrimonio tiene su importancia en función del modelo que siga la autoridad celebrante (*auctoritas*), sobre todo en el caso de que tal autodeterminación suponga que la unión posterior sea entre personas del mismo sexo, porque puede suponer un impedimento para los modelos de matrimonio exclusivamente heterosexual. En estos casos, debemos distinguir dos problemas distintos: uno, la no admisión/reconocimiento del cambio de género, ya sea en general o ya sea a través de una autodeterminación. Otro, que sí se reconozca la autodeterminación de género, pero consecuencia de ello se limite o suprima el *ius connubi*. Debemos recordar aquí la doctrina del TEDH en el sentido de que, si un ordenamiento jurídico admite el cambio de sexo, lo debe hacer con todas sus consecuencias, en particular en lo que se refiere a la habilitación del cambio de datos sobre el estado civil, la facultad de contraer matrimonio y la asunción de los correspondientes roles en cuanto a la maternidad/paternidad<sup>18</sup>.

En el caso del ordenamiento jurídico español, hace veinte años que el sexo/género de los contrayentes dejó de ser relevante a los efectos de la celebración de un matrimonio<sup>19</sup>. La modificación del artículo 44 CC realizada por la *Ley Trans* zanja también la cuestión para el caso de la transexualidad, en cuanto que ya no se habla de hombre y mujer, sino de que *toda persona* tiene derecho a contraer matrimonio<sup>20</sup>. Ahora bien, esta irrelevancia no se extiende a otros extremos importantes tales como la inscripción del matrimonio en el

<sup>18</sup> *Christine Goodwin c. Reino Unido*, núm. 28957/95. Vid. sobre el impacto de la sentencia en materia matrimonial, GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 75; en general, sobre la evolución de la doctrina del TEDH en materia de identidad de género, vid. DURÁN AYAGO, Antonia, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Navarra, Aranzadi, 2023, pp. 35 y ss.; GONZÁLEZ VEGA, Javier A., "La larga marcha en pos de la autodeterminación de género: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en JIMÉNEZ BLANCO, Pilar/RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel (dirs.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, A Coruña, Colex, 2024, pp. 25-50, esp. pp. 27 y ss.

<sup>19</sup> Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, BOE, 2-VII-2005.

<sup>20</sup> Como veremos más adelante, la sustitución de la referencia a los clásicos géneros binarios masculino y femenino por la categoría neutra de persona nos permite plantearnos la posible cabida de contrayentes de otros géneros desconocidos en nuestro sistema.

Registro civil que, hoy en día, sigue reflejando el sexo de los contrayentes. Por ello, en cualquier caso, persiste la necesidad de determinar el género de los cónyuges o futuros cónyuges.

*b) Su definición en el DIPr español*

En la descripción efectuada hemos partido de datos aceptados, posibles, que, sin embargo, tienen tras de sí un razonamiento más complejo, que no siempre está claro. Me refiero al significado, o técnicamente a la calificación, de la autodeterminación de género dentro del elenco de leyes que confluyen en la celebración de un matrimonio internacional: ¿qué ley es la que mide la relevancia de la autodeterminación de género en esa celebración? En España se ha barajado tanto la ley aplicable a la capacidad, que conduciría a consultar la ley nacional, como una calificación más “de fondo” que emparejaría el género y su trascendencia con la propia ley española como *lex auctoritas*.

La calificación como aspecto referido a la capacidad fue la opción que siguió la DGRN en su Resolución de 25 de enero de 2005, en la que este órgano directivo se pronunció sobre un caso que afectaba a una mujer trans de origen costarricense que quería contraer matrimonio con un nacional español<sup>21</sup>. El artículo 9.1 CC, aplicable a la capacidad para contraer matrimonio, conducía al Derecho costarricense, según el cual no se reconocía el cambio de sexo de la contrayente, siendo, por tanto, una persona de sexo legal masculino (en coincidencia con su biología); esta consideración impedía en aquel momento la celebración del matrimonio por corresponder a personas del mismo sexo<sup>22</sup>. La DGRN excepcionó la aplicación del Derecho costarricense por considerarlo contrario al orden público español, sobre la base de que la posibilidad de cambio de sexo es un principio básico e irrenunciable del ordenamiento jurídico español, protegido por el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad. En suma, la primera opción implica la calificación de la autodeterminación de género a los efectos de la celebración del matrimonio como una cuestión de capacidad, con la consiguiente aplicación del artículo 9.1 CC y, en su caso, la posible activación del expediente de excepción de orden público en aquellos casos en los que la ley personal no permita la celebración del matrimonio al contrayente trans por el hecho de la autodeterminación<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> RJ2005\1954. Vid. la nota a esta resolución de SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, en *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, vol. 94, núm. 4, octubre-diciembre, 2005, pp. 614-627; también, REQUEJO ISIDRO, Marta, *REDI*, vol. LVII (2005), 2, pp. 986-994.

<sup>22</sup> La Resolución es anterior a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, con el fin de habilitar la posibilidad de celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo.

<sup>23</sup> Vid. JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *loc. cit.*, p. 996, donde la autora advierte además de la afectación al Convenio de París de 1964 tendente a facilitar la celebración de matrimonios en el extranjero.

La segunda opción se podría derivar de una aplicación analógica de la conocida Resolución-Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005<sup>24</sup>, según la cual la cuestión de la diversidad/identidad de sexo respecto de la institución matrimonial no sería un problema de capacidad, sino un elemento vinculado directamente con la propia naturaleza del derecho a contraer matrimonio<sup>25</sup>. Ahora bien, pese a ser una vieja reivindicación de la doctrina<sup>26</sup>, seguimos, en la actualidad, sin tener una *lex matrimonii*. Algunos vieron en la argumentación de la Resolución Circular un germen para la creación de una norma de conflicto aplicable a las condiciones de fondo del matrimonio y basada en la *lex auctoritas*<sup>27</sup>; sin embargo, la habitual desidia del legislador español hace que veinte años después la situación no haya cambiado<sup>28</sup>.

La realidad es que tanto si se sigue la calificación de capacidad, como la calificación de fondo se llega al mismo resultado: la ley española va a posibilitar la celebración del matrimonio de una persona transexual. Lo contrario sería difícilmente sostenible, pues la aplicación de una ley extranjera que juzgue la autodeterminación de género como impedimento para contraer matrimonio supondría la vulneración de principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que, por un lado, la autodeterminación de género se deriva directamente del principio de libre desarrollo de la personalidad y, por otro lado, el sexo/género del contrayente es irrelevante para acceder al matrimonio. El problema es que el juego del orden público, cuya activación debe ser excepcional, correría el riesgo de convertirse en una herramienta de uso habitual, por lo que quizá esta no sea la metodología más adecuada<sup>29</sup>.

En todo caso, la calificación “de fondo” parece preferible<sup>30</sup>. El clásico estatuto de la capacidad es un estatuto genérico que debe limitarse a determinar

<sup>24</sup> Resolución Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo. BOE núm. 188, de 8 de agosto de 2005.

<sup>25</sup> Vid. especialmente el fundamento jurídico séptimo de la Circular. Esta Resolución Circular ha sido ampliamente comentada por la doctrina. Vid. por todos, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica”, *Diario La Ley*, núm. 6629, 15 de enero de 2007.

<sup>26</sup> Por ejemplo, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 62 y ss. y 178 y ss.; ARENAS GARCÍA, Rafael, “La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en los supuestos internacionales”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 351-371, pp. 357 y ss.; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, “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. 511.

<sup>27</sup> Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Matrimonio entre personas...”, *loc. cit.*, p. 3; ARENAS GARCÍA, Rafael, *loc. cit.*, p. 369.

<sup>28</sup> El desinterés es extensible también al legislador europeo, vid. ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel, “El matrimonio igualitario desde las lógicas del Derecho internacional privado”, *CDT*, vol. 16, núm. 2, pp. 617-632, esp. pp. 624 y ss.

<sup>29</sup> Así lo puso de manifiesto, en relación con los matrimonios entre personas del mismo sexo, ARENAS GARCÍA, Rafael, *loc. cit.*, pp. 361 y ss.

<sup>30</sup> En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos/SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho internacional privado*, 13ª ed., Madrid, Civitas, pp. 497 y 498.

cuestiones estrictamente relacionadas con la aptitud de los contrayentes para asumir los derechos y obligaciones derivados de la institución del matrimonio. La transexualidad de una persona en absoluto afecta ni se relaciona con tal aptitud, por lo que debe quedar fuera de este estatuto. En realidad, la posibilidad de que una persona transexual pueda contraer matrimonio depende de la concreta configuración que de la institución matrimonial tenga el foro<sup>31</sup>.

Que, en todo caso, este tema merecería una respuesta legislativa lo atestigua el asunto *Szypula v. Poland*<sup>32</sup> pendiente ante el TEDH, en el que España es también protagonista. En él se evidencia la necesaria actuación del legislador para clarificar cómo deben calificar nuestras autoridades las cuestiones relacionadas con el sexo/género de los contrayentes. El asunto surge por la negativa de Polonia, como Estado de la nacionalidad de los contrayentes, de expedir un certificado de capacidad matrimonial por ser su sistema contrario al matrimonio entre personas del mismo sexo. La duda se plantea en relación con las razones que llevaron a nuestras autoridades a solicitar la expedición de tal certificado de capacidad a las autoridades polacas<sup>33</sup>.

*c) Su definición en sistemas que sí dan relevancia al género como elemento condicionante de la validez del matrimonio*

La problemática es de mayor calado en los sistemas que sí toman en consideración el género como condicionante para acceder a la institución del matrimonio. Desde el momento en que el género es un elemento relevante (ejemplo paradigmático serían los sistemas que sólo contemplan un matrimonio entre personas de distinto género), la *auctoritas* tendrá que determinar, con carácter previo a la celebración del matrimonio, el género de cada contrayente. La casuística puede ser muy variada, no sólo en función del modelo de matrimonio, sino también de la postura del foro en relación con el cambio de género (si lo admite o no y con qué condiciones y alcance), en general, y con la autodeterminación, en particular (si, de nuevo, la admite o no y con qué condiciones y alcance).

La incidencia de la autodeterminación de género en la celebración del matrimonio se podría afrontar, según el caso, desde una perspectiva conflictual (siempre cuando se haya producido en el foro) o desde el reconocimiento (opción, junto a la conflictual, si el cambio se ha producido en el extranjero). En ambos casos habrá que poner especial atención al posible juego del orden público, especialmente ejecutivo en esta materia.

---

<sup>31</sup> Al igual que ocurre con la monogamia o poligamia o con el grado de exogamia exigido. *Vid.* ARENAS GARCÍA, Rafael, *loc. cit.*, p. 355.

<sup>32</sup> *Szypula v. Poland*, núm. 78030/14 y 23669/16, TEDH.

<sup>33</sup> *Vid.* la crítica al respecto de ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel, *loc. cit.*, pp. 624 y 625. Obsérvese que Polonia ni siquiera es parte del Convenio de Múnich de 5 de septiembre de 1980 relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial.

Desde la perspectiva de ley aplicable, la operación a realizar tiene dos fases, consecuencia de la necesaria delimitación del ámbito de aplicación de cada ley aplicable. En primer lugar, habría que aplicar la norma de conflicto a la autodeterminación de género y como resultados tendremos un Derecho que puede admitir o no admitir los efectos típicos de la reasignación del sexo a través de una manifestación de voluntad. Como decíamos, en esta operación puede entrar en juego el orden público en aquellos casos en los que el Derecho extranjero contravenga los principios fundamentales del foro en la materia (por ejemplo, porque el Derecho reclamado no permita la autodeterminación de género y para el foro esta posibilidad se derive del principio de libre desarrollo de la personalidad o viceversa). En cualquier caso, tras esta operación tendremos como resultado la concreción de un género (nuevo o “viejo” en caso de no permitirse la autodeterminación).

En segundo lugar, con el género determinado conforme a la operación anterior, la *auctoritas* valorará si es posible o no el acceso a su institución del matrimonio (en función de si estamos ante un matrimonio entre personas de igual o distinto sexo, en el caso de que solo se permitan estos últimos). Es decir, el género del contrayente tras la autodeterminación se utilizará como un dato a valorar en la autorización del matrimonio. Por ejemplo, si la *auctoritas* solo reconoce los matrimonios entre personas de distinto sexo, pero ha posibilitado (o reconocido) la autodeterminación de un hombre transexual que se quiere casar con una mujer tendrá que autorizar el matrimonio<sup>34</sup>. Por el contrario, si no admite o reconoce la autodeterminación de género, al considerar la *auctoritas* que jurídicamente se trata de dos mujeres, no autorizará la celebración del matrimonio.

### 2.1.3. Autodeterminación de género posterior al matrimonio

La incidencia de la autodeterminación de género en el matrimonio también se produce cuando el matrimonio ya está celebrado. Desde la perspectiva de la *auctoritas*, la autodeterminación de género realizada por un cónyuge puede afectar a la eficacia o incluso existencia del matrimonio. Esto puede ocurrir en el caso de que el género sea relevante para la celebración del matrimonio en el sistema de la *auctoritas* y el cambio de género del cónyuge implique que ambos pasen a tener el mismo sexo.

Sin embargo, en sistemas como el español, el cambio de género posterior a la celebración del matrimonio de uno de los cónyuges no tiene por qué afectar a la validez del matrimonio<sup>35</sup>. Si partimos de la hipótesis de la celebración del matrimonio en España, se pueden distinguir dos situaciones: caso en el que la

---

<sup>34</sup> En el contexto del CEDH ya hemos visto cómo autorizado o reconocido un cambio de sexo, éste tiene que admitirse como tal a los efectos de la celebración del matrimonio (*vid. supra* nota núm. 17).

<sup>35</sup> Cuestión distinta es el error en el consentimiento que una autodeterminación pueda generar en el otro cónyuge, problemática que trataremos *infra* en el epígrafe 2.2.

autodeterminación de género se pide ante las autoridades españolas y caso en el que la autodeterminación de género se haya realizado en el extranjero.

En el supuesto de que la autodeterminación se solicite ante las autoridades españolas, nos enfrentaremos a un problema de ley aplicable. Un supuesto podría ser el de un matrimonio celebrado entre un alemán y una española, en el que, tras la celebración, el cónyuge alemán quiere “transicionar” a mujer y así lo solicita a las autoridades españolas, correspondientes a su domicilio<sup>36</sup>. Se aplicará la ley de la nacionalidad a la autodeterminación de género, en virtud del artículo 9.1 CC; y, en cuanto al impacto en el matrimonio de ese cambio de género del cónyuge, debe aplicarse la ley de la *auctoritas* (en consonancia con la calificación que hemos defendido), esto es, la ley española, según la cual el cambio de género de un cónyuge no tiene incidencia alguna en el matrimonio, al ser irrelevante.

En el caso de que este ciudadano alemán acuda a las autoridades de su nacionalidad para ejercer su derecho a la autodeterminación, se plantea, en primer lugar, un problema de reconocimiento de esa autodeterminación de género que, normalmente, va a constar en una certificación registral<sup>37</sup>. En el caso de ser reconocida, de nuevo aplicamos la ley española a título de *lex auctoritas*.

Llegados a este punto podemos plantearnos el ejemplo con una variante: el matrimonio entre el alemán y la española se celebra en Italia y se procede a su reconocimiento en España, constando en el Registro Civil. Con posterioridad a la celebración del matrimonio el cónyuge alemán ejerce en Alemania su autodeterminación de género pasando a ser legalmente una mujer. En el caso de que Italia reconozca esa autodeterminación de género, la legislación italiana prevé la disolución del matrimonio, al pasar ambas cónyuges a tener el mismo sexo, y la conversión automática en una unión civil, en el caso de que las interesadas manifiesten su voluntad de no disolución<sup>38</sup>. Sin embargo, el hecho de que la autoridad que celebró el matrimonio lo entienda como disuelto, no va a afectar a la validez y existencia del matrimonio (ya reconocido) en España. Una vez reconocido el matrimonio ya es “español” y en

---

<sup>36</sup> Dejamos al margen, por exceder del objeto de estudio, las dudas que plantea la falta de previsión de normas de competencia judicial internacional en la Ley 7/2023. De *lege ferenda*, propone un doble foro de competencia judicial internacional basado en la nacionalidad española y, alternativamente, en la residencia habitual en España, JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *loc. cit.*, p. 989. Más tímidamente, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, “La identidad de género...”, *loc. cit.*, p. 358.

<sup>37</sup> Vid. MIQUEL SALA, Rosa, *loc. cit.*, pp. 130 y ss. Cosa distinta es que se tenga que hacer un control de legalidad, de conformidad con el artículo 98.1 c) de la Ley de Registro Civil, tal y como advierte JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *loc. cit.*, p. 991.

<sup>38</sup> Artículo 1 apartados 26 y 27 de la Legge 20 maggio 2016, n° 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, consultada en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/05/21/16G00082/sg>. Vid. RIZUTTI, Marco/PAILLI Giacomo “L’Unione di coppie del medesimo sesso in Italia: un problema ancora aperto”, en JIMÉNEZ BLANCO, Pilar/RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel (dirs.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, A Coruña, Colex, 2024, esp. p. 242.

España el cambio de género de un cónyuge no tiene relevancia. Es decir, una vez que el matrimonio está reconocido en España, el tratamiento de la autodeterminación de género del cónyuge alemán respecto del matrimonio es el mismo que hemos visto en el caso de celebración del matrimonio en España: aplicación de la *lex auctoritas* (española) con el consiguiente resultado de la irrelevancia del cambio de género.

Ahora bien, no está de más advertir que la solución no habría sido la misma en el caso de que el reconocimiento de la autodeterminación de género por parte de las autoridades italianas se hubiera producido antes del reconocimiento del matrimonio en España; en ese caso, el matrimonio nunca llegaría a existir para el ordenamiento jurídico español, por haberse disuelto antes de su reconocimiento. Desde este punto de vista sí podemos decir que una autodeterminación de género de un cónyuge puede tener cierta incidencia en función del momento en el que el matrimonio celebrado por autoridad italiana entre en contacto con el sistema español.

Una afirmación evidente, pero que no está de más destacar es que, el tratamiento del matrimonio en España debe ser el mismo, con independencia de que éste se haya celebrado ante autoridad española o ante autoridad extranjera y posteriormente reconocido en España.

#### **2.1.4. Relevancia registral del género del contrayente en el sistema español**

Tal y como ya hemos mencionado, el hecho de que el género de los cónyuges sea irrelevante a los efectos de celebración de un matrimonio en España no evita la necesidad de tener que determinarlo. El matrimonio tiene una importante perspectiva registral y en el caso de que el matrimonio deba acceder al Registro Civil, el sexo de los cónyuges es uno de los datos que tiene que reflejarse y es uno de los datos que se manifiesta en cualquier certificado o extracto.

El supuesto de mayor interés en relación con el acceso al Registro Civil tiene que ver con la posible existencia de un tercer género no conocido por el sistema español y establecido en aplicación de una ley extranjera. Una autodeterminación de género de masculino a femenino o viceversa no es problemática.

Por ejemplo, la hipótesis de celebración en España de un matrimonio entre ciudadano alemán de género no binario y mujer española. A los efectos de la celebración del matrimonio el hecho de que el tercer género no sea una categoría reconocida en nuestro sistema no plantea problema, en coherencia con la calificación de fondo que hemos mantenido y la irrelevancia en cuanto al género que recoge el artículo 44 CC. Es decir, el ciudadano alemán podrá casarse como no binario sin impedimento alguno<sup>39</sup>. Cosa distinta es que, a la

---

<sup>39</sup> De la misma opinión, en Francia, *vid.* HAFTEL, Bernard, "Identité sexuelle et droit international privé", en *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, BOLLÉE, Sylvain/PATAUT, Etienne (dirs.), París, IRJS, 2016, pp. 139-148, esp. p. 146.

hora de inscribir el matrimonio, el tercer género del cónyuge alemán pueda tener su reflejo en nuestro Registro Civil.

Vaya por delante que el reconocimiento del tercer género no tendría por qué plantear *a priori* problema alguno; se trata de una categoría desconocida para nuestro sistema, pero que en ningún caso podríamos considerar como contraria a nuestro orden público<sup>40</sup>. Ahora bien, la perspectiva registral tiene sus propias particularidades y limitaciones. El punto de partida es que, por un lado, deben constar en el Registro Civil los hechos y actos inscribibles que afecten a españoles y los referidos a extranjeros acaecidos en territorio español (artículo 9 de la Ley de Registro Civil); por otro lado, las circunstancias que respecto de esos extranjeros que accedan al Registro Civil se refieran, como el género, a su estatuto personal, van a regirse por una ley extranjera (la de su nacionalidad, en virtud del artículo 9.1 CC).

Sin embargo, la aplicación de esa ley extranjera puede toparse con restricciones porque la legislación registral de un país se corresponde, o al menos así se presupone, con las concepciones y categorías que recoja el Derecho del foro. Esto significa que un sistema cuyo Derecho material no conoce más que el género binario masculino y femenino, difícilmente va a poder prever a nivel registral una casilla para la categoría de uno (o varios) géneros distintos y desconocidos para el foro. En nuestro ejemplo, el cónyuge alemán no binario tendría que reconducir en el Registro Civil su género a una de las categorías conocidas por el Derecho español: la masculina o la femenina<sup>41</sup>.

El reciente ejemplo de la *Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 8 de junio de 2023* es más que elocuente. Dicha sentencia rechazó la inscripción del cambio de nombre y sexo operado por un nacional suizo en Alemania. El rechazo versó solamente sobre el cambio de género, no por una cuestión de orden público (que el TF no considera siquiera relevante), sino por una cuestión estrictamente registral; por exigencias de la estructura y la llevanza del registro<sup>42</sup>.

La solución no es nada satisfactoria y supone negar, en el ámbito registral, la identidad de género del extranjero, con la consiguiente vulneración de los

---

<sup>40</sup> De la misma opinión, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, “La identidad de género...”, *loc. cit.*, p. 351; en Francia, *vid.* HAFTEL, Bernard, *loc. cit.*, p. 143 quien tras plantear primeramente una posible excepción de orden público internacional francés a la posibilidad de reconocer un tercer género, continúa con una visión más matizada, en la que un tercer género podría tener cabida, haciendo especial hincapié al respeto al derecho a la vida privada y, en el marco de la UE, a los condicionantes derivados de los principios de libertad de establecimiento y circulación.

<sup>41</sup> *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Una visión de las propuestas...”, *loc. cit.*, pp. 15 y ss. *Vid.* también, CALVO CARAVACA, Alfonso Luis/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Tratado de Derecho internacional privado*, tomo I, 2º ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 1294, quienes defienden que, si bien la adquisición de un tercer género en España conforme a una ley extranjera no sería contraria al orden público, sí podría serlo su acceso al Registro Civil español.

<sup>42</sup> [https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/expert/http/print.php?highlight\\_docid=aza://08-06-2023-5A\\_391-2021](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/expert/http/print.php?highlight_docid=aza://08-06-2023-5A_391-2021).

derechos de libre desarrollo de la personalidad, intimidad e identidad<sup>43</sup>; y es que en esta materia cualquier adaptación a una realidad distinta que exista en el foro implica contradecir el género extranjero. Ante esta situación, es cierto que no podemos estirar el Registro Civil como un chicle para adaptarlo a infinitos posibles géneros distintos al masculino y femenino que pueda prever un Derecho extranjero<sup>44</sup>. Pero sí creo que la cuestión se podría paliar habilitando una tercera casilla genérica para incluir a “otros” géneros o, al menos, se debería permitir dejar el dato en blanco<sup>45</sup>. Con tales opciones, aunque no se consiga un reconocimiento pleno de la identidad de género del extranjero, al menos el Registro Civil no reflejará un dato incorrecto, sino solamente inexacto<sup>46</sup>.

## 2.2. Perspectiva del otro contrayente o cónyuge

Siendo el matrimonio una institución a la que se accede por el consentimiento de dos personas, la posible incidencia de la autodeterminación de género de un cónyuge o futuro cónyuge debe analizarse también desde la perspectiva de la otra parte.

Desde este punto de vista, la autodeterminación de género de un cónyuge puede reflejarse, en primer lugar, en términos de vicios del consentimiento, en cuanto que el género de una persona es un dato lo suficientemente importante como para poder generar un error o vicio en el consentimiento del otro. El artículo 73.4 CC prevé la nulidad del matrimonio, cualquiera que fuera su forma de celebración, en caso de celebrarse “por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes en la prestación del consentimiento”. Por ejemplo, un español se casa en España con un ciudadano italiano, cuya residencia habitual está en Alemania y cuya biología se corresponde claramente con la del sexo femenino; sin embargo, sin conocerlo el cónyuge español, el italiano había realizado una autodeterminación de género en Alemania, siendo legalmente un hombre<sup>47</sup>. Tratándose de una situación privada

<sup>43</sup> Vid. GÖSSL, Susanne Lilian., “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, núm. 2, 2016, pp. 1-19, esp. p. 16, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2826067](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2826067).

<sup>44</sup> Tendemos a pensar en el tercer género o género no binario por ser una realidad que nos es próxima, desde el momento en el que un ordenamiento jurídico de nuestro entorno, el alemán lo reconoce; pero basta que cualquier Derecho extranjero prevea cualquier género distinto del binario.

<sup>45</sup> La casilla en blanco es una opción conciliadora; en este sentido, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, “La identidad de género...”, *loc. cit.*, p. 351; JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *loc. cit.*, p. 987.

<sup>46</sup> La cuestión puede ser mucho más amable fuera de la rigidez del ámbito del Registro Civil, como, por ejemplo, en la documentación administrativa. Por extensión de la citada sentencia del TSJ de Andalucía (*vid. supra* nota núm. 9), nada debería impedir que el cónyuge alemán solicite el reflejo de su género no binario en el Registro Central de Extranjeros, en su Tarjeta de Identificación de Extranjero y en cualesquiera otros registros, formularios o matrículas de la vida cotidiana.

<sup>47</sup> El extranjero que cuente en Alemania con un derecho de residencia indefinido, que resida de forma legal en territorio alemán y tenga un permiso prorrogable o que sea titular de una Tarjeta Azul UE, podrá ejercer la autodeterminación de género ante las autoridades alemanas. Se le permite escoger el

internacional, en la premisa de las causas del error en el consentimiento puede introducirse la variable de que la autodeterminación de género realizada en Alemania no se haya reconocido, porque no se haya solicitado, en España ni en Italia. En esas circunstancias, el ciudadano italiano podría, pese a la autodeterminación realizada en Alemania, casarse conforme a su sexo biológico (y el conocido por el otro cónyuge) en España; ahora bien, pese a la situación claudicante de la autodeterminación de género realizada en Alemania, cabría plantearse un posible error en el consentimiento por parte del cónyuge español.

Desde el punto de vista del Derecho internacional privado esta incidencia debe tratarse en términos de ley aplicable. El artículo 107 CC establece que la nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán conforme a la ley aplicable a su celebración. Esta previsión no arroja claridad alguna en relación con la ausencia de una *lex matrimonii* en nuestro sistema y el clásico debate en torno a las leyes aplicables a la celebración del matrimonio y a la calificación de cuestiones de fondo, forma y capacidad. Tratándose de la ley aplicable al consentimiento, ese clásico debate se mueve entre los que consideran que debe ser regido por la ley nacional de cada contrayente, en aplicación del artículo 9.1 CC, y los que, en una visión más matizada y depurada, consideran que el consentimiento debe regirse por la ley de la autoridad que lo celebra<sup>48</sup>. En este punto, el hecho de que el error en el consentimiento venga de la mano de una autodeterminación de género, no aporta ningún dato nuevo al debate, pues, al margen de la discusión doctrinal, será la ley que identifiquemos como aplicable la que determinará si ese error es invalidante o no.

En segundo lugar, la autodeterminación de género realizada por un cónyuge ya casado genera una clara incidencia en la institución del matrimonio en relación con la identidad del otro cónyuge. En el trasfondo, se encuentra la importante cuestión de hasta dónde se pueden extender los efectos de una autodeterminación de género cuando esta afecta a los derechos de otra persona<sup>49</sup>. El planteamiento del problema es sencillo: yo estaba casada con “Juan” y mi matrimonio era heterosexual y ahora tengo que estar casada con “Carmen” y además mi matrimonio pasa a ser homosexual, o viceversa. En estos casos se produce un choque de derechos: por un lado, el derecho al libre de-

---

Derecho alemán en el caso que la ley de su nacionalidad no le permita realizar el cambio de género, tal y como se deriva del artículo 7 a párrafo segundo EGBGB en su versión dada por la ley sobre autodeterminación de género de 19 de junio de 2024. Vid. MIQUEL SALA, Rosa, *loc. cit.*, p. 144. DEURING, Silvia, “Die Geschlechtszugehörigkeit im Internationalen Privatrecht”, *Iprax*, 2024, (Heft 6), pp. 433–439.

<sup>48</sup> Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos/SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *op. cit.*, p. 486; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, *op. cit.*, pp. 178 y ss.; especialmente, *vid.* los argumentos esgrimidos a favor de la aplicación de la *lex auctoritas* de ARENAS GARCÍA, Rafael, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, pp. 215 y ss.

<sup>49</sup> Vid. *infra* el planteamiento de esta misma problemática, pero en relación con el hijo.

sarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y a la propia imagen de la cónyuge trans; por otro lado, el derecho a la identidad del cónyuge no trans.

Evidentemente este planteamiento no lo hacemos en términos de si la autodeterminación de género puede tener lugar o no, pues eso lo asumimos como hipótesis; sin embargo, no hay una respuesta clara a la cuestión de en qué documentos se puede reflejar esa autodeterminación, sobre todo en aquellos que afecten también al cónyuge del trans. La respuesta conlleva una toma de postura y consiguiente frustración de los derechos de alguna de las partes.

En este punto es de obligada referencia la sentencia del TEDH de 16 de julio de 2014, en el asunto *Hämäläinen contra Finlandia*<sup>50</sup>, donde se planteó el necesario equilibrio del derecho al reconocimiento legal del cambio de género con otros derechos, incluidos los del cónyuge de la persona transexual, bien es cierto que todo ello en el contexto de la concepción que Finlandia tiene en ese momento del matrimonio, reservado para personas de distinto sexo<sup>51</sup>. La demandante es una mujer transgénero finlandesa que estaba casada y tenía una hija con su cónyuge. En un momento posterior a la celebración del matrimonio realiza su reasignación de sexo, constando legalmente como mujer. El problema viene de la imposibilidad de solicitar su nuevo número de identificación, correspondiente a su nuevo sexo, sin el consentimiento de su cónyuge. Dicho consentimiento implicaba, además, la conversión del matrimonio en una figura análoga reservada para parejas del mismo sexo, como una unión registrada. Es decir, las opciones se limitaban a dos: constancia del matrimonio, sin posibilidad de modificar su número de identificación para adecuarlo a su nuevo género (lo cual implicaba la evidencia de su transexualidad cada vez que tenía que aportar su número identificativo) o la conversión del matrimonio en una figura análoga, con el consentimiento de la cónyuge no trans, en el marco de la cual sí se podría otorgar un nuevo número identificativo. El TEDH entendió que no concurría una violación de la vida personal y familiar del artículo 8 CEDH por entender que la exigencia del consentimiento del cónyuge era proporcionada.

Bien es cierto que esta sentencia está muy mediatizada por la concepción que Finlandia sostiene sobre la institución del matrimonio; sin embargo, aunque sea de forma indirecta, sirve como ejemplo del impacto de la autodeterminación de género de un cónyuge en los derechos del otro. En esa necesaria toma de postura, es importante tener en cuenta las declaraciones del TEDH en relación con que el derecho al reconocimiento legal del género no es absoluto y debe ser equilibrado, proporcionado, en su convivencia con otros derechos, especialmente los del otro cónyuge.

<sup>50</sup> *Hämäläinen contra Finlandia* (GS), núm. 37359/09, TEDH (2014).

<sup>51</sup> Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, "Una visión de las propuestas...", *loc. cit.*, p. 14; GONZÁLEZ VEGA, Javier A., *loc. cit.*, p. 31.

### 3. AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO Y FILIACIÓN

#### 3.1. El contexto de los nuevos modelos familiares

Si el matrimonio no escapa a los efectos de una autodeterminación de género por parte de uno de los cónyuges, el sector de la filiación por naturaleza resulta igualmente sensible a la nueva forma de ver y reconocer la identidad de género y su expresión. Y la misma diversidad de cuestiones que suscita en la materia matrimonial se evidencia en filiación, donde, además, nos encontramos en un momento de transformación del Derecho sustantivo que es notorio, al menos en los ordenamientos de nuestro entorno<sup>52</sup>.

En efecto, el Derecho material de filiación por naturaleza se encuentra actualmente en una situación de crisis y transformación. Los viejos moldes tradicionales de familia compuesta por un padre y una madre (con correspondencia con su sexo biológico) han dejado de ser paradigma, para compartir espacio con nuevas realidades que van desde familias monoparentales a familias pluri-parentales, modelos socioafectivos multilaterales, familias heteroparentales u homoparentales, y las particularidades de la maternidad subrogada<sup>53</sup>. A toda esta variedad hay que añadir el dato de que el sexo biológico de un progenitor ya no tiene por qué coincidir con el género legalmente reconocido, lo que supone un importante desafío para una regulación en la que tradicionalmente el sexo de los progenitores ha sido un elemento capital<sup>54</sup>.

Estas transformaciones sociales no van siempre acompañadas de las modificaciones legislativas deseables, evidenciando en ocasiones el Derecho de filiación obsoleto que no siempre puede proporcionar respuestas coherentes<sup>55</sup>. A ello hay que sumarle el impacto de ciertas reformas sectoriales, como ocurre, en nuestro caso, con la “Ley Trans”, que carece de una previsión sobre su incidencia en otras áreas del Derecho y, en concreto, en la filiación. En el artículo 116 CC podemos encontrar un ejemplo de incoherencia derivada del

<sup>52</sup> Vid. GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “La filiación en Derecho internacional privado: en la encrucijada entre la protección de los derechos humanos y el reconocimiento mutuo”, en CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz/DIAGO DIAGO, María del Pilar/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, María Ángeles (coords.), *De los retos a las oportunidades en el Derecho de familia y sucesiones internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 229-252, esp. pp. 233 y ss.

<sup>53</sup> Vid. BARBA, Vincenzo., “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, esp. pp. 17 y ss., donde el autor mantiene que nos encontraríamos ante el desafío de un replanteamiento global del concepto jurídico de familia y de la filiación, destacando el auge de la lógica de la socioafectividad, frente a la tradicional lógica de los vínculos de sangre.

<sup>54</sup> Vid. HEIDERHOFF, Bettina, “Geschlecht in Familienrecht: eine Einführung”, en HEDERHOFF, Bettina/RÖTHEL, Anne (dirs.), *Geschlecht in Familienrecht-eine überholte Kategorie?*, Frankfurt, Wolfgang Metzner Verlag, pp. 9-26, esp. p. 10, donde la autora reivindica en Alemania el desligar los títulos de legitimación de la filiación del género de los progenitores, por no ajustarse a la evolución constitucional de la autodeterminación de género.

<sup>55</sup> Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen/SOLÉ RESINA, Judith, *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, esp. pp. 13 y ss.

impacto normativo de la introducción en nuestro sistema de la autodeterminación de género. Dicho artículo sigue recogiendo la clásica presunción de paternidad a favor del marido de la madre como título de legitimación para el establecimiento de la filiación matrimonial. La despatologización del cambio de sexo implica la posibilidad de que una persona trans pueda tener un hijo con el uso de sus órganos reproductivos biológicos; podría ser el caso, por ejemplo, de un hombre casado con una mujer, que realiza una autodeterminación de género, pasando a constar legalmente como mujer y tras la autodeterminación, usando sus gametos masculinos, tiene un hijo con su cónyuge. *A priori*, la mujer trans no podría ser destinataria de esa presunción de paternidad pensada y diseñada para el marido de la madre<sup>56</sup>.

Es cierto que el impacto habría sido mucho mayor en el caso de que la “Ley Trans” hubiera reconocido un tercer género, pues todo nuestro sistema jurídico está basado en el binarismo. Sin embargo, tal cual hemos visto en relación con el matrimonio, no es descartable que nuestro ordenamiento jurídico se tenga que enfrentar a cuestiones de filiación respecto de progenitores extranjeros no binarios. El contexto en Derecho comparado goza de una gran heterogeneidad, derivada de los distintos ritmos y concepciones políticas y culturales en torno a las transformaciones sociales, que hacen del Derecho internacional privado un escenario donde la casuística nos permite ver especialmente cómo la autodeterminación de género incide en el régimen jurídico de la filiación. Lo haremos reproduciendo la misma secuencia que hemos utilizado en relación con el matrimonio, distinguiendo los supuestos en los que la autodeterminación de género es anterior al establecimiento de la filiación de los que se produce con posterioridad; si bien, a efectos simplificadores operaremos con casos o hipótesis predefinidas a las que aplicaremos las reglas de que disponemos en la actualidad.

### **3.2. Impacto de la autodeterminación de género anterior al establecimiento de la filiación**

#### **3.2.1. La existencia y determinación del vínculo de filiación:**

##### *a) Cómo se produce el impacto*

En los casos en los que la autodeterminación de género se haya realizado antes del establecimiento de la filiación, el impacto se produce en relación con la posible duda en torno a la existencia o no del vínculo de filiación y, en el caso de existir este, en torno a la selección del concreto título de legitima-

---

<sup>56</sup> Sobre esta problemática en Alemania, ALTHOFF, Nina, “Gender diversity in law: the German perspective”, en SCHERPE, Jens M./DUTTA, Anatol/HELMS, Tobias (eds.), *The Legal Status of Intersex Persons*, Cambridge, Intersentia, 2018, pp. 393-412, esp. pp. 406 y ss. En Francia, HAFTEL, Bernard, llega a la conclusión de que esta presunción de paternidad debe reservarse únicamente para los hombres, excluyendo a las mujeres y a las personas de sexo indeterminado; no aclara, sin embargo, el autor si dentro de la categoría hombres se incluye también a los hombres transexuales, *vid. loc. cit.*, p. 147.

ción de la filiación. Utilizaremos dos ejemplos para ver cómo se genera esta incidencia.

Una mujer búlgara y una mujer transexual española tienen un hijo en Bulgaria utilizando los gametos masculinos de esta última. Quieren inscribir la filiación ante las autoridades búlgaras. La filiación respecto de la madre que da a luz quedará determinada seguramente sin problema; sin embargo, es muy posible que la filiación respecto de la mujer trans española no quede determinada. Y si se quedase, sería en todo caso en calidad de padre y no de madre, al no aceptarse en Bulgaria la doble filiación materna<sup>57</sup>. Podría ser un ejemplo de cómo la autodeterminación de género puede incidir en la existencia (legal) del vínculo de filiación.

Como ejemplo de la incidencia de la autodeterminación de género en la selección del concreto título sobre el que basar el establecimiento de la filiación, es imperativo referirnos a la sentencia del *Kammergericht* de Alemania, de 12 de enero de 2021, donde el tribunal se tuvo que enfrentar a esta problemática en el contexto de una situación privada internacional<sup>58</sup>. Un hombre transgénero de nacionalidad austriaca y con domicilio en Alemania, dio a luz posteriormente a un niño en Alemania, al mantener sus órganos reproductivos femeninos. Una de las dudas que se plantearon ante el tribunal alemán fue la selección del concreto título de legitimación sobre el que basar el establecimiento de la filiación; en concreto, se planteó la duda de si se podía aplicar el clásico *mater semper certa est* tratándose de un hombre transgénero o si había que buscar otra alternativa. El tribunal llegó a la conclusión de que sí se podía utilizar el criterio y que legalmente tendría que constar como madre en el Registro Civil<sup>59</sup>. Curiosamente, la inscripción como “madre” se compartía con la de su nuevo nombre de hombre y su género “masculino”.

La aproximación a esta problemática desde el Derecho internacional privado va a depender de si la autodeterminación de género por parte del progenitor se realiza ante autoridad extranjera o si se realiza ante la misma autoridad que tiene que resolver sobre la filiación. Desde la perspectiva de ley aplicable, utilizaremos el artículo 9.1 CC para la autodeterminación de género y el artículo 9.4 CC para la filiación<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Vid. el supuesto que dio origen a la STJUE de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20, Caso *Pancharevo*, ECLI:EU:C:2021:1008.

<sup>58</sup> KG, Beschluss vom 12.01.2021-1W 1920/20, consultada en <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=KG&Datum=12.01.2021&Aktenzeichen=1%20W%201920/20>.

<sup>59</sup> Lo cierto es que cuando la autodeterminación de género implica hombres transexuales que pueden dar a luz, la incidencia de la autodeterminación no genera tanto problema, por el hecho biológico incontestable entre quien nace y quien da a luz. Nuestro CC ha añadido al clásico concepto de “madre” el de “progenitor gestante”. Vid. QUICIOS MOLINA, M. Susana., “Las relaciones de filiación de las personas LGTBI tras la Ley 4/2023”, *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 5, 2023, pp. 2-7, esp. p. 3.

<sup>60</sup> No parece que por el momento prospere la 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->

*b) Análisis cuando el género se ha autodeterminado en el extranjero: metodología del reconocimiento*

Como anunciamos, el siguiente análisis partirá de hipótesis concretas. En este caso, retomamos el ejemplo del cónyuge alemán de género no binario casado con una española, con residencia habitual en España. Con posterioridad al cambio de género, su mujer da a luz a un niño utilizando sus gametos masculinos y se plantea el establecimiento de la filiación respecto del progenitor transexual. En este caso vamos a jugar con la variante de que el progenitor transexual autodeterminó su género ante las autoridades alemanas, por lo que metodológicamente hay que enfrentar primeramente un problema de reconocimiento y después otro de ley aplicable.

En un supuesto como este, antes de determinar la ley aplicable a la filiación habría que establecer el género del progenitor por la vía del reconocimiento de la autodeterminación realizada ante las autoridades alemanas. Esto nos sitúa de nuevo en la problemática ya comentada en torno a la posibilidad de reconocer o no reconocer un género que no es contrario a nuestro orden público, pero que nuestro ordenamiento jurídico no conoce. En este caso, se trataría de ver si es posible reconocer el género no binario a los efectos de la determinación de la filiación. Reconocido el género no binario establecido ante autoridad extranjera, el siguiente paso es encajarlo en el Derecho aplicable a la filiación, que, en el ejemplo, es el Derecho español a título de residencia habitual del hijo (artículo 9.4 CC). *A priori* ese género desconocido en nuestro sistema de Derecho de filiación binario no encaja; sin embargo, sí creo que es posible una adaptación en esta materia sin necesidad de negar el género no binario del progenitor<sup>61</sup>. Una interpretación teleológica del artículo 116 CC permitiría integrar al cónyuge de la persona que da a luz en la presunción de paternidad con independencia de su género (máxime si además no hay dudas sobre el vínculo biológico entre el progenitor y el hijo)<sup>62</sup>. No obstante, debemos reconocer que a veces esa adaptación no va a poder ser posible y será necesaria una sustitución acorde con el sistema de género de la *lex causae*, cuando siendo esta una ley extranjera no sea tan flexible como pueda ser la española en el ejemplo descrito<sup>63</sup>.

---

ac50-ba13ed981897\_en, que establece una solución de ley aplicable muy diferente a la prevista en nuestro CC. *Vid.* RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel., “La ley aplicable en la Propuesta de Reglamento de Filiación a la luz de los nuevos modelos de familia”, *AEDIP*; t. XXIII, 2023, pp. 167-190, esp. pp. 171 y ss. Por otra parte, la Conferencia de La Haya continúa, tras más de una década, trabajando en la elaboración de un Convenio en la materia.

<sup>61</sup> A favor del esfuerzo por una adaptación del ordenamiento jurídico de recepción del género no binario extranjero, GÖSSL, Susanne Lilian., “From Question of Fact...”, *loc. cit.*, pp. 17 y 18.

<sup>62</sup> Recordemos que el precepto sigue hablando de la presunción de “*hijos del marido*” de la madre.

<sup>63</sup> *Vid.* DUTTA, Anatol/PINTENS, Walter, “Private international law aspects of intersex”, en /DUTTA, Anatol/HELMS, Tobias (eds.), *The Legal Status of Intersex Persons*, Cambridge, Intersentia, 2018, pp. 415-426, esp. p. 424, donde los autores destacan que la necesidad de sustitución emerge incluso en casos internos del Derecho alemán, donde a pesar de reconocerse un estatus para las personas inter-

Por otro lado, existe otra posible opción, más discutible, pero que puede tomarse en consideración, en relación con la norma de conflicto en cascada del artículo 9.4 CC. Si la ley de la residencia habitual del hijo no permitiese el establecimiento de la filiación, se podría considerar la posibilidad de pasar al segundo punto de conexión, esto es, la ley de la nacionalidad del hijo (que, en muchas ocasiones coincidirá con la nacionalidad del progenitor transexual y, por tanto, con el sistema bajo el que se ha adquirido un tercer género), según la que quizá sí se pueda determinar la filiación respecto del progenitor de género no binario reconocido en España.

El problema del reconocimiento de una autodeterminación de género de un progenitor realizada ante autoridad extranjera no supone mayor problema (al margen de los inevitables problemas de adaptación mencionados en caso de género desconocido) para un sistema como el español, donde se permite tanto la autodeterminación de género, como la filiación homoparental. Sin embargo, esto no tiene por qué ser así en otros sistemas en los que tal reconocimiento podría ser un problema. Pienso, por ejemplo, en un sistema como el búlgaro, en el que tal y como quedó patente en el mencionado caso *Pancharevo*, no tiene cabida la homoparentalidad. Por ello, en caso de reconocerse en Bulgaria el cambio de género realizado en el extranjero por un progenitor (biológico) puede ser un obstáculo para el establecimiento de la filiación si la autodeterminación de género da como resultado una filiación homoparental. Obviamente, en este tipo de sistemas, no puede descartarse ni la ausencia de reconocimiento de la autodeterminación, ni la hipótesis de que incluso un reconocimiento positivo no se traslade a la determinación de la filiación y pudiera reconocerse una filiación bilateral heterosexual. En ambos supuestos, la filiación quedaría establecida, pero no en función del nuevo género de la persona trans.

*c) Análisis cuando el género se autodetermina en el foro: metodología de ley aplicable*

En el caso de que la autodeterminación de género del progenitor se haya realizado ante las mismas autoridades que están conociendo de la filiación, se nos plantea una posible concurrencia de leyes diferentes: la aplicable al género, y su posible autodeterminación, y la aplicable a la filiación. Si continuamos con nuestro ejemplo de progenitor alemán no binario, que realizó su autodeterminación de género ante las autoridades españolas, que ahora tienen que determinar la filiación, vemos que la autodeterminación de género se rige por el artículo 9.1 CC, ley de la nacionalidad, esto es, el Derecho alemán, que reconoce el tercer género. La filiación se rige por el artículo 9.4 CC que, en su primer punto de conexión determina la aplicación de la ley de

---

sexuales, el Derecho de familia alemán sigue basándose en el binarismo, como ocurre precisamente con la cuestión de si una persona de género indeterminado puede ser madre o padre.

la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación, lo que en el ejemplo conduciría a la aplicación de la ley española, cuyo sistema de filiación está basado en el binarismo. La hipótesis plantea diversos interrogantes.

La pregunta que debemos hacernos es qué ley debe determinar la cualidad de “progenitor”, “padre”, “madre” o equivalente. En otras palabras, nos encontramos ante un problema de delimitación del ámbito de aplicación de las leyes aplicables: ¿aplicamos la ley alemana a título de ley aplicable al género o la ley española a título de ley aplicable a la filiación? Desde el momento en el que el género ya no tiene por qué coincidir con el sexo biológico y, por tanto, no se puede dar por sentado, es necesario dar respuesta a esta pregunta, en cuanto que va a suponer la clave para identificar el concreto título de legitimación de la filiación sobre el que debemos basarnos. Y desde el momento en que tenemos que dar contenido a un concepto (el de “progenitor”, “padre”, “madre”...) cuya esencia está potencialmente regulada por una ley distinta (la ley de la nacionalidad de artículo 9.1 CC) de aquella que estás aplicando (la residencia habitual del hijo, en virtud del artículo 9.4 CC), se plantea un clásico problema de cuestión previa<sup>64</sup>.

De entre las posibles formas de abordar esta problemática suelen destacarse dos soluciones <sup>65</sup>. La primera posibilidad supone la eliminación de la ley aplicable al género, de tal forma que la ley aplicable a la cuestión principal, la filiación, se aplica a la determinación de lo que se debe entender por “madre”, “padre”, “progenitor” o concepto equivalente. La supresión de una de las normas de conflicto en la ecuación supone eliminar, o al menos simplificar, el riesgo de problemas de adaptación, en cuanto que se presume la existencia de una coherencia entre el Derecho material aplicable a la filiación y el regulador del género de las personas físicas. En el ejemplo, esta opción nos conduce la aplicación de la ley española (como ley de la residencia habitual del hijo) a la cualidad del progenitor, lo que implicaría el no reconocimiento del cambio de género realizado por este, al no reconocerse en nuestro sistema género distinto de los binarios.

La segunda opción implica que el concepto utilizado por la ley rectora de la filiación (el de “madre”, “padre” o equivalente) esté regulado por una ley potencialmente distinta: aplicaremos a la cuestión previa, la autodetermina-

---

<sup>64</sup> Vid. GÖSSL, Susanne Lilian, “Intersexuelle Menschen im Internationalen Privatrecht”, *Das Ständesamt. Zeitschrift für Ständesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, internationales Privatrecht des In – und Auslands*, n° 10, 2013, pp. 301-305, esp. pp. 302 y 303; DUTTA, Anatol/PINTENS, Walter, “Private international law...”, *loc. cit.*, esp. pp. 423 y 424; DUTTA, A., “Geschlechtsidentität statt Körper – Die Freizeit zur Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem geplanten Selbstbestimmungsgesetz”, *FamRZ*, 2023, pp. 993-999, esp. p. 999; en la doctrina española, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Una visión de las propuestas...”, *loc. cit.*, pp. 22 y ss.

<sup>65</sup> Destacamos las dos soluciones más clásicas, sin olvidar que no son las únicas. Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “¿Qué norma de conflicto hay que adoptar para determinar la ley aplicable a las cuestiones previas a efectos de la sucesión?”, *REDI*, vol. 69, 2017, núm. 1, pp. 19-48, esp. pp. 25 y ss.

ción de género, su propia norma de conflicto<sup>66</sup>. En el ejemplo que manejamos, esta solución daría como resultado la aplicación de la ley alemana a la cualidad del progenitor trans. En estos casos se puede plantear un problema de juicio de equivalencia y sustitución, en el caso de que el Derecho rector de la cuestión principal no conozca la institución, concepto o realidad jurídica del Derecho rector de la cuestión previa (por ejemplo, el género no binario del progenitor alemán) o no la conoce con el mismo contenido o alcance. Aquí podemos dar por reproducidas las inquietudes en torno a la difícil adaptación en materia de género, donde cualquier maniobra implicaría en realidad la opción por uno de los dos géneros binarios<sup>67</sup>.

### 3.2.2. El sexo, el nombre y la denominación del progenitor

La autodeterminación de género, además de suponer una reasignación de sexo, suele ir acompañada de un cambio de nombre con el fin de adecuar la identidad al nuevo sexo legal del interesado<sup>68</sup>. Si la reasignación y el cambio de nombre se han realizado ante autoridad extranjera, habrá que tratarlo como una cuestión de reconocimiento, respecto de la que, en principio, no tendría por qué plantearse problema, dado que nuestro ordenamiento jurídico no exige una correlación entre el nombre y el sexo o la identidad de género<sup>69</sup>. Si se realiza ante autoridad española, la solución de ley aplicable coincidirá, habitualmente, con la de la autodeterminación de género, al ser la ley de la nacionalidad el criterio general que recoge el Convenio de Múnich de 1980<sup>70</sup>.

El título de legitimación de la filiación que se seleccione en cada caso concreto no tiene, *a priori*<sup>71</sup>, por qué influir ni determinar el nombre del progenitor. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, son cuestiones independientes, a cada una de las cuales se les aplica su propia norma de conflicto<sup>72</sup>. Esto significa que se puede utilizar un título de legitimación de la filiación previsto para el sexo femenino (como es el clásico *mater semper certa est*) y, sin embargo, reflejar un nombre del progenitor correspondiente con el sexo masculino al que ha transicionado. Esta es la solución a la que llegó sobre este aspecto la sentencia del *Kammergericht* de Alemania ya referenciada. En el caso, el nacional austriaco había cambiado también su nombre para adecuarlo a su nueva identidad ante las autoridades de su nacionalidad. En

<sup>66</sup> De esta opinión, GÖSSL, Susanne Lilian, "Intersexuelle Menschen...", *loc. cit.*, p. 999.

<sup>67</sup> *Vid. supra*, epígrafe 2.1.4.

<sup>68</sup> *Vid.* sobre el impacto de la autodeterminación de género en el régimen jurídico del nombre, JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, "La identidad de género...", *loc. cit.*, pp. 934 y ss.

<sup>69</sup> Artículo 51.2 Ley Registro Civil.

<sup>70</sup> Art. 1 del Convenio relativo a la ley aplicable a los nombres y los apellidos, hecho en Múnich, el 5 de septiembre de 1980.

<sup>71</sup> Salvo juego del orden público del foro. *Vid. infra*.

<sup>72</sup> De hecho, de haber una influencia de una en la otra sería justo al revés, a la luz de la solución a la cuestión previa recogida en el Convenio de Múnich de 1980.

el momento de determinar la filiación, el tribunal alemán, tras optar por el título de legitimación correspondiente con el sexo biológico femenino, determinó que en la partida de nacimiento aparecería su nuevo nombre, correspondiente con su identidad de género masculina.

Un problema diferente, pero también relevante, es el de la nomenclatura para referirse al progenitor transexual respecto de su descendencia. Esta es una cuestión que tiene su reflejo en el Registro Civil o incluso en aquella documentación administrativa del hijo en la que se requiera el dato y que, por tanto, está regulada por el Derecho del foro. El asunto no es baladí, pues en función de la terminología utilizada se puede revelar más o menos información sobre el género del progenitor y, en consecuencia, puede suponer indirectamente la revelación del dato de la transexualidad de una persona. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de que la nomenclatura utilizada haga referencia a si el progenitor es gestante o no gestante o, por supuesto, si se usa la clásica mención de madre y padre. Tratándose de un hombre transexual, cuyo nombre determinado por su ley nacional se identifica con su nuevo género masculino, la nomenclatura de progenitor “gestante” (por haber dado a luz a su hijo usando sus órganos reproductores biológicos) o de “madre” revela su condición de transexualidad, pudiendo entenderse vulnerada su identidad de género<sup>73</sup>.

Por último, otro dato que puede constar en la documentación registral o administrativa del hijo es el del sexo del progenitor. El esquema y la solución es la misma que hemos visto respecto del dato del nombre del progenitor. Formalmente, y aunque *a priori* parezca una incoherencia, nada impide que el sexo del progenitor reflejado en el certificado de nacimiento no coincida con el sexo en el que se base el título de legitimación de la filiación utilizado para su establecimiento. El género, y su posible autodeterminación, tiene su propia norma de conflicto y es una cuestión independiente. Las adaptaciones o sustituciones o, simplemente, interpretaciones que la ley de la filiación realice sobre el género del progenitor a los efectos de aplicar un título de legitimación, deben limitarse precisamente a esto. Dicho de otro modo, el trato que del género de la persona trans realice el Derecho aplicable a la filiación no debe arrastrar al género del progenitor (determinado por su propia norma de conflicto) a otros efectos. Por ello es posible que, como en la sentencia del

---

<sup>73</sup> Es interesante la postura que adoptó la Corte de Apelación de Montpellier, en su sentencia de 14 de noviembre de 2018, en la que el tribunal determinó judicialmente la filiación de dos mujeres (una biológica y otra transexual) ordenando que la inscripción de ambas constara con el término neutro de “progenitor”; el tribunal pretendía conciliar el interés superior del niño de ver reconocida su filiación y el derecho de la mujer transexual de ver reconocido su vínculo de filiación respetando el derecho a la vida privada. *Vid. Cour d’Appel de Montpellier, arrêt du 14 novembre 2018*, n° RG 16/06059, disponible en <http://efaidnbmnnnibpcajpcgclcfindmkaj/https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2018/11/16-06059.pdf> La sentencia fue, no obstante, anulada por la Corte de Casación francesa a la que nos referiremos *infra*, por no prever el Derecho francés vigente en ese momento la homoparentalidad.

*Kammergericht* de Alemania, la filiación se determine con base en un título previsto para ser “madre” y el género del progenitor en el registro conste como masculino.

### **3.3. Impacto de la autodeterminación de género en la filiación ya establecida**

#### **3.3.1. Estabilidad del vínculo de filiación y régimen jurídico de la impugnación**

La autodeterminación de género realizada con posterioridad al establecimiento de la filiación también puede impactar en su régimen jurídico. La problemática que se puede derivar de esta situación se observa muy bien en la sentencia de la Corte de Casación de Francia de 16 de septiembre de 2020<sup>74</sup>. Se trataba del caso de una mujer transgénero que, una vez realizado el cambio de sexo, procrea con su esposa, utilizando sus gametos masculinos. La sentencia, pese a que no es fruto de una situación privada internacional, es interesante porque a la duda en torno a cuál debe ser el título de legitimación de la filiación en casos de progenitores transexuales, se añadió el elemento de que ya existían hijos de la misma pareja nacidos antes del cambio de género y respecto de los que se había determinado pacíficamente la filiación paterna. El tribunal francés decidió que debían aplicarse los títulos de legitimación de la filiación previstos para padres/varones con base en dos razones: una, porque el Derecho francés no reconocía la homoparentalidad, por lo que no podrían constar dos madres; dos, porque esta solución permitía mantener el mismo título de filiación respecto de los hermanos mayores. A raíz de este caso podemos plantearnos la siguiente pregunta ¿cambia el régimen jurídico de la filiación ya establecida en el caso de una autodeterminación de género posterior de uno de los progenitores? La cuestión tiene especial relevancia en relación con la posibilidad de impugnar la filiación establecida. Si el padre ha “transicionado” a mujer y la ley aplicable establece vías diferentes para la impugnación de la maternidad y de la paternidad, ¿cuáles se aplican?

En este caso, creo que el planteamiento debe ser distinto y la competición entre leyes aplicables descartada. El título de legitimación de la filiación ya está seleccionado, y la filiación establecida. El artículo 9.4 CC determina temporalmente el punto de conexión al momento del establecimiento de la filiación<sup>75</sup>. Por tanto, la lógica indica que cualquier tipo de circunstancia que

<sup>74</sup> Pourvoi n° 18-50.080, ECLI:FR:CCASS:2020:C100519, disponible en <https://www.courdecassation.fr/decision/5fca35855aecfb4efa770d5c>

<sup>75</sup> Con todas las críticas que esta imprecisa concreción temporal ha recibido, ya que finalmente no resuelve completamente el clásico problema de conflicto móvil que presentaba este precepto en sus versiones anteriores. *Vid.* al respecto, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “La ley aplicable a la filiación por naturaleza”, en VVAA (eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2020, pp. 91-109, pp. 101-103;

pueda afectar al título de legitimación de la filiación ya determinada, debe entenderse incluido dentro del ámbito de aplicación de la ley aplicable a la filiación<sup>76</sup>. Por ello, debe ser esta ley la que decida si da relevancia o no a un cambio posterior del género respecto del título de legitimación de la filiación ya establecida<sup>77</sup>. Un ejemplo nos ayuda a ilustrar esta idea.

Pensemos en un hombre de nacionalidad maltesa y domicilio en Madrid, casado, que tiene un hijo con su mujer, respecto del que se establece la filiación matrimonial en virtud de la presunción de paternidad del marido de la madre recogida en el artículo 116 CC. Con posterioridad al establecimiento de la filiación, el interesado autodetermina su género pasando a ser considerado legalmente como mujer, de conformidad con la ley maltesa. Y con posterioridad a dicha autodeterminación, surgen dudas en torno a su vínculo de filiación. El problema surge porque las acciones de impugnación de la filiación también tienen sus propios títulos de legitimación, a veces basados en el género de los progenitores. En nuestro sistema la estructura de las acciones de filiación gira más en torno a la diferencia entre filiación matrimonial y filiación no matrimonial y la introducción de las nociones de “progenitor gestante” o “progenitor no gestante”. Aun así, hay preceptos, como el del art. 136 CC que regula específicamente la acción de impugnación de la “paternidad” por parte del “marido”. El problema interpretativo está servido en un nivel meramente interno y se complica en el internacional.

Desde el punto de vista de la determinación de la ley aplicable, a los problemas de delimitación de estatutos, se añade un problema temporal en relación con el momento en el que se debe valorar el género del supuesto progenitor: si el género que tenía cuando se estableció la filiación o si el género que tiene en el momento de la impugnación. Del artículo 9.4 CC se puede derivar una solución a esta cuestión, en el sentido de que la ley aplicable a la filiación y determinada en el momento del establecimiento (y no de la impugnación), es la que debe decidir esta cuestión. En el ejemplo, la ley aplicable sería la española y, por tanto, habría que decidir si al caso se puede aplicar la acción de impugnación para el marido de la madre prevista en el artículo 136 CC o si hay que explorar otras opciones que tengan cabida con el nuevo género femenino del progenitor, como la prevista en el artículo 140.2 CC.

---

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos/SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *op. cit.*, p. 553, donde los autores abogan por un desdoble del punto de conexión a favor del hijo.

<sup>76</sup> De la misma opinión, SCHULZ, Alix, *Geschlechtliche Selbstbestimmung im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023, p. 179.

<sup>77</sup> En el caso del ordenamiento jurídico español, esta lógica es conforme con el principio de estabilidad de la filiación y el principio de seguridad jurídica, que se puede derivar del artículo 112 CC. Además, una aplicación retroactiva de la reasignación de género en relación con la filiación sería contradictoria con el efecto constitutivo de la rectificación registral que prevé el artículo 46.1 de la “Ley Trans”. En este sentido, JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *loc. cit.*, p. 998.

### 3.3.2. Impacto en la identidad del hijo: análisis de los intereses en juego

Tal y como ya hemos visto, parte de la identidad del hijo está conformada por los nombres y el sexo de sus progenitores. Son datos, además, que suelen tener cierta publicidad, en los casos en los que se reflejan en documentos identificativos del hijo. Desde el Derecho internacional privado, la determinación de la ley aplicable al nombre y al género del progenitor trans supone la aplicación de las normas de conflicto del nombre y del género (o su reconocimiento, en el caso de que esta operación la haya realizado autoridad extranjera), que nada tienen que ver con el hijo. Sin embargo, la clásica operación conflictual se va a ver muy mediatizada por la impronta de los Derechos humanos y, en concreto, por la afectación del principio de identidad del hijo.

La autodeterminación de género no debe plantear recelo o controversia alguna desde el punto de vista de los intereses del hijo cuando ésta se hace antes del establecimiento de la filiación. En un sistema como el español, en el que la autodeterminación de género se deriva directamente de un principio constitucional, la transexualidad de un progenitor es sencillamente irrelevante. La doctrina del TEDH, como hemos visto, es clara también en este sentido: cuando se reconoce el derecho a la reasignación de sexo de una persona, se debe hacer con todas las consecuencias, sin restringir ni el *ius connubi*, ni su posibilidad de procrear<sup>78</sup>. Sin embargo, la cuestión no es tan pacífica en el caso de que la autodeterminación del progenitor se haya realizado una vez que la filiación está establecida. Sobre todo, en relación con las cuestiones adyacentes que afectan directamente a la identidad del hijo: el nombre del progenitor, el posible reflejo de su sexo en la documentación del hijo y la terminología utilizada por el foro para conceptuar el vínculo de filiación. En estos casos existe un choque entre los intereses de la persona transexual y los intereses del hijo<sup>79</sup>.

En el trasfondo nos encontramos con la impronta de derechos tales como el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la vida personal y familiar, la dignidad de la persona o la identidad de la persona, entre otros. Por ello, como decíamos, este contexto hace que el análisis en términos conflictuales quede mediatizado, o casi desplazado por el análisis en términos de derechos<sup>80</sup>. Las preguntas que debemos hacernos son: desde la perspectiva del progenitor transexual, ¿tiene derecho quien antes era padre a ser madre a partir del momento de la autodeterminación?; y desde el punto de vista del hijo, ¿tiene este que asumir que su padre “Juan” pase a ser su madre “Carmen”?

Como todo análisis en términos de valores y de confrontación de derechos, la respuesta implica una toma de postura en la que siempre va a haber

<sup>78</sup> Vid. supra, fundamentalmente en la referencia al caso *Christine Goodwin c. Reino Unido*.

<sup>79</sup> También da cuenta de este problema, en Alemania, SCHULZ, Alix, *op. cit.*, p. 179.

<sup>80</sup> Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Una visión de las propuestas...”, *loc. cit.*, p. 8.

algún interés que salga perjudicado. Si ya hemos visto las reticencias en torno a la posibilidad de obligar a un cónyuge a soportar el cambio de género de su consorte, más dudas se plantean cuando esas consecuencias se refieren a la identidad del hijo. En general, es difícil pensar que el derecho a la identidad de género de una persona pueda suponer la imposición de una modificación del contenido concreto del derecho a la identidad de otra. No obstante, cabe realizar algunas matizaciones en función de que el hijo sea mayor o menor de edad.

En el caso de que el hijo sea mayor de edad, el impacto de la autodeterminación de género del progenitor sobre su identidad debería depender de su voluntad. Es decir, solo en el caso de que el hijo esté de acuerdo se modificarán los datos relativos a la identificación de su progenitor (nombre, nomenclatura y sexo) en la documentación que le afecte.

En el caso de hijos menores de edad, habrá que tener en cuenta el interés superior del menor. No es inusual que, en materia de filiación, de forma incorrecta, se introduzca como parámetro de valoración este principio a la hora de buscar respuestas desde el Derecho internacional privado<sup>81</sup>. Sin embargo, aquí no estamos hablando realmente de filiación, sino de identidad del hijo (derivada de esa filiación) y, por tanto, sí creo que el interés superior del menor es un válido parámetro para considerar en aquellos casos en los que la identidad del hijo afectada por la autodeterminación de género del progenitor sea, además, la identidad de un menor. Obviamente, en caso de entrar en juego este principio, tendríamos un argumento más para limitar el alcance del derecho a la libre determinación del progenitor trans, frente al derecho a la identidad del hijo<sup>82</sup>. Por último, la voluntad del menor podría ser tenida en cuenta también, en función de su edad y madurez. En este sentido, las disposiciones de la propia “Ley Trans” sobre la autodeterminación de género en menores podrían servir como parámetro.

### 3.3.3. Particularidades del juego del orden público

No podemos cerrar este análisis sin hacer referencia al posible juego del orden público del foro, especialmente sensible en las materias que nos ocupan. La autodeterminación de género deriva directamente del principio de libre desarrollo de la personalidad, pero también afecta al derecho a la identidad en relación con el derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH. La filiación configura, al igual que el matrimonio, la identidad familiar social y cultural de una sociedad. Buena prueba de ello son los casos *Pancharevo*<sup>83</sup>

<sup>81</sup> Lo denuncia ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “La ley aplicable a la filiación...”, *loc. cit.*, pp. 93 y ss.

<sup>82</sup> El derecho a la identidad del niño se recoge en el artículo 8 de la Convención sobre los derechos del niño de Naciones Unidas.

<sup>83</sup> *Vid. supra.*

y *Rzecznik*<sup>84</sup> sustanciados ante el TJUE, en los que queda patente el difícil equilibrio entre las libertades europeas y el respeto a la identidad nacional y orden público de los Estados miembros a propósito de la filiación homoparental, no reconocida ni en Bulgaria, ni en Polonia respectivamente. Bajo estas circunstancias, es muy probable que vaya a prevalecer la concepción que el foro tenga sobre la autodeterminación de género y sobre la filiación. El análisis, como siempre, tendrá que hacerse caso por caso.

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, el orden público tendría que actuar en el caso de que un ordenamiento extranjero niegue la determinación del vínculo de filiación por el hecho de la transexualidad del progenitor, ya sea por la vía del control de condiciones en el reconocimiento de una resolución o certificado emitido por autoridad extranjera, ya sea por la vía de la excepción del orden público del artículo 12.3 CC. No obstante, en el contexto del método conflictual, habría que tener en cuenta la relación entre la cascada del artículo 9.4 CC y la activación del orden público. Nuestra norma de conflicto es una norma materialmente orientada al *favor filiationis*, esto es, al objetivo de que la filiación quede establecida. Si el primer punto de conexión de la cascada nos conduce a la aplicación de una ley extranjera en la que la autodeterminación de género de un progenitor suponga un obstáculo a la determinación de la filiación, habría que dar curso a la cascada y pasar al segundo punto de conexión. En el caso de que en aplicación de este segundo punto de conexión lleguemos al mismo resultado de no establecimiento de la filiación, en último término, la norma de conflicto prevé como conexión de cierre la aplicación de la ley sustantiva española, según la cual la filiación sí quedaría establecida, por lo que no sería necesario acudir al mecanismo del orden público<sup>85</sup>.

Sin embargo, la cuestión puede plantearse de una forma más compleja en la práctica, en el sentido de que: o bien se determine la filiación negando la autodeterminación de género del progenitor o bien no se determine a favor de ese progenitor, sino a favor de una tercera persona (por ejemplo, el marido de la madre, respecto del que esta se encuentra separada de hecho únicamente). En estos casos, la relación entre la cascada del artículo 9.4 CC y el orden público es más delicada, en cuanto que la filiación está establecida y la orientación material del mencionado artículo cumplida. La activación de la cascada conflictual con el recurso a la ley subsidiariamente aplicable implicaría introducir en la orientación material de esta norma de conflicto otros intereses u objetivos ajenos al establecimiento de la filiación en sí: el libre desarrollo de la personalidad y la identidad del progenitor transgénero. Dicho de otro modo, supondría que la norma de conflicto del artículo 9.4 CC estaría tomando partido entre dos tipos de filiaciones (la que tiene en cuenta

---

<sup>84</sup> Auto TJUE de 24 de junio de 2022, asunto C2/21, Caso *Rzecznick*, ECLI:EU:C:2022:502.

<sup>85</sup> Vid. JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *loc. cit.*, p. 997.

la autodeterminación de género frente a la que no). Tal interpretación no nos parece procedente, por lo que, en estos casos, parece más adecuado activar directamente la excepción del orden público<sup>86</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

Las Conclusiones del Abogado General Jean Richard de la Tour en el caso *Mirin* mostraron una preocupación específica por la incidencia del cambio de género más allá de la esfera estrictamente personal del interesado. En ellas se apuntó a posibles efectos en “materia de estado de las personas, lo que comprende las normas relativas al matrimonio y a la filiación”. El presente trabajo ha demostrado que, efectivamente, tales efectos existen y pueden tener más o menos trascendencia, sobre todo, en función de la receptividad y flexibilidad de las leyes nacionales para asumir nuevas realidades del estado civil, de las nuevas personas y de las nuevas familias.

Adaptar todo un ordenamiento jurídico a una reforma legislativa como la que implica la introducción de la autodeterminación de género supone un gran desafío para el legislador. Las adaptaciones se hacen inmediatamente necesarias al verse afectados los pilares sobre los que tradicionalmente se han basado materias como el matrimonio o, más evidentemente, la filiación. Este escenario se hace aún más palpable en el ámbito internacional, donde la conjugación de la distinta heterogeneidad normativa y la confrontación de valores a veces contrapuestos de los distintos ordenamientos jurídicos, multiplica los problemas y dificulta su solución y adaptación.

La incidencia de la autodeterminación de género a los efectos de la celebración del matrimonio depende directamente de la concepción del foro respecto de la institución matrimonial. En ordenamientos jurídicos, como el nuestro, en los que el género no es un elemento relevante para el acceso al matrimonio la incidencia es generalmente manejable, hasta el punto de que un extranjero con un género no conocido para nuestro sistema puede casarse ante una autoridad española sin recelo alguno. No obstante, persiste la necesidad de una acción por parte del legislador que aclare cómo debemos calificar la autodeterminación de género de los contrayentes dentro del elenco de leyes que confluyen en la celebración del matrimonio, recomendándose una calificación de fondo que nos conduzca a la *lex auctoritas*.

Si la autodeterminación de género se realiza por un cónyuge, una vez que el matrimonio ya está celebrado, la incidencia se puede producir en términos de eficacia o incluso nulidad del vínculo matrimonial (por ejemplo, por crear

---

<sup>86</sup> Vid. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel, “La incidencia de la autodeterminación de género en el régimen jurídico de la filiación”, en JIMÉNEZ BLANCO, Pilar/RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel (dirs.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, A Coruña, Colex, 2024, pp. 291-315, esp. pp. 307 y ss.

un vicio en el consentimiento del otro cónyuge o error en torno a la identidad del otro). De nuevo, desde nuestro ordenamiento jurídico se plantea la necesidad, a falta de una *lex matrimonii*, de concretar qué ley sería la que debe determinar esa posible afectación a la eficacia del matrimonio celebrado o qué ley debe determinar, en su caso, esa nulidad. Ahora bien, sea cual fuere la solución, hay que tomar en consideración el posible juego del orden público español, por ejemplo, en los casos en los que, como ocurre en Italia, la autodeterminación de género de uno de los cónyuges supone la terminación del matrimonio.

La cuestión plantea más limitaciones en el ámbito registral, donde los moldes del Registro Civil no pueden adaptarse a las exigencias de leyes extranjeras. En concreto, nuestro sistema sigue estando basado en el binarismo, de tal forma que, si bien hemos defendido que un extranjero no binario puede perfectamente casarse como tal ante autoridad española, sin embargo, a la hora de inscribir el matrimonio en el Registro Civil español será necesario, en el estado actual, realizar una adaptación a alguno de los géneros conocidos en nuestro sistema.

Respecto del régimen de filiación, la autodeterminación de género de un progenitor impacta en la aplicación e interpretación de las normas de filiación que aún están estrechamente ligadas al dato del sexo. En Derecho internacional privado el problema se traduce en la necesidad de delimitar los estatutos en juego y la posible cuestión previa entre la ley rectora de la filiación y la ley rectora de la autodeterminación de género, con los consiguientes problemas de adaptación o sustitución. A la hora de plantearse el establecimiento de una filiación, la autodeterminación puede incidir, en primer lugar, en la propia existencia del vínculo; por ejemplo, en la hipótesis de que la autodeterminación de género implique el paso de una filiación heteroparental a homoparental en aquellos casos en los que la ley aplicable rechace esta última o que sea contraria al orden público del foro. En segundo lugar, la autodeterminación puede generar dudas en torno a la selección del concreto título de legitimación de la filiación determinado por la *lex causae*; por ejemplo, en el caso de la aplicación de la presunción de la paternidad del marido de la madre del artículo 116 CC a un hombre transexual o a una persona con un tercer género.

Cuando la autodeterminación de género por parte del progenitor tiene lugar una vez determinada la filiación, el impacto puede darse respecto del régimen de impugnación de la filiación y, en concreto, en torno a la concreta acción o título sobre el que basar la misma. Esta problemática no debe tratarse como una competencia entre distintas leyes, sino como un problema de aplicación temporal. Será la ley aplicable a la filiación la que incluya dentro de su ámbito de aplicación cuál es el momento en el que hay que valorar el género del progenitor y, en consecuencia, concretar el régimen de impugnación.

Por último, no debemos olvidar que todas las ecuaciones planteadas están condicionadas por el posible juego del orden público, especialmente ejecutivo en las materias afectadas, de forma que no pueda ser sorprendente que en el resultado final prevalezca la concepción del foro. Sobre todo, es necesario tener en cuenta la impronta de los Derechos humanos, que están presentes no solo respecto del libre desarrollo de la personalidad de la persona trans, sino también respecto de la identidad del cónyuge o del hijo.

