

OBSTÁCULOS DE GÉNERO A LA MOVILIDAD TRANSFRONTERIZA DE PERSONAS Y FAMILIAS

Dirección

Pilar Jiménez Blanco
Isabel Rodríguez-Uría Suárez



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

COLEX 2024

Copyright © 2024

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

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

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

© Pilar Jiménez Blanco

© Isabel Rodríguez-Uría Suárez

© Editorial Colex, S.L.

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

A Coruña, 15004, A Coruña (Galicia)

info@colex.es

www.colex.es

ASPECTOS INTERNACIONALES DE LA AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO

Patricia Orejudo Prieto de los Mozos

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

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

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

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

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

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

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

I. Cuestiones previas¹

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

-
- 1 Este trabajo relabora otro de mi autoría, publicado en la *Revista Española de Derecho Internacional* bajo el título «La identidad de género en el Derecho internacional privado español» [*REDI*, vol. 72, 2023 (2), pp. 343-366]. Mientras el trabajo de la *REDI* pretendía analizar críticamente la reciente normativa española, este busca aportar una visión del tema más amplia y actualizada. De esta manera, además, mi aportación resulta fiel a los contenidos del Congreso, recogidos en el presente volumen, cuyas organizadoras velaron por que se tratasen las principales cuestiones que surgen en torno a los «Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza» y que se expusieran en el orden más adecuado.
- 2 Creo que son convincentes los argumentos en contra de considerar al sexo legal un estado civil: cf. MAYOR DEL HOYO, M. V., «El sexo de la persona: ¿un estado civil en el Derecho español», *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 139, 2016, pp. 31-56. También coincido con quienes rechazan que sea un elemento fáctico (como sería el color de los ojos o la altura, que son datos que aparecen en algunos documentos oficiales, como el pasaporte francés) y apuntan a que tiene naturaleza jurídica: así, DUTTA, A. y PINTENS, W., «Private International Law Aspects of Intersex», *The Legal Status of Intersex Persons. Intersentia*, 2018, pp. 415-426, esp. p. 416; y GÖSSL, S.L., «From Question of Fact to Question of Law to Question of Private International Law», <https://www.academia.edu/>. Además, que es un elemento integrante de la identidad de la persona se pone de manifiesto en la jurisprudencia del TC español, cuando indica que «la propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad»: STC 99/2019, de 18 de julio, *BOE*, n.º 192, de 12 de agosto de 2019. La normativa registral española, no obstante, cuando se refiere a las menciones que debe contener el Registro civil en relación con cada persona, diferencia identidad (nombre y apellidos) y sexo: *vid.* arts. 44.2, 49 y 50.2 de la Ley del Registro Civil (Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, *id.*, n.º 175, de 22 de julio de 2011, en adelante LRC). El Reglamento del Registro civil (correspondiente a la anterior Ley, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, *id.* n.º 296, de 11 de diciembre de 1958, vigente en tanto no se apruebe un nuevo reglamento para la LRC de 2011) ni siquiera incluye el sexo entre las «menciones de identidad»: *vid.* art. 12 RRC.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Determinación del sexo legal

1. Asignación del sexo legal

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

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

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

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

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

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

21 Expresamente, art. 170 RRC.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Reasignación del sexo legal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- 41 Que en el momento en el que se redacta este estudio aún reconoce el derecho a la autodeterminación, pero ha aprobado una ley, que entrará en vigor el 1 de julio de 2024, prohibiendo todo cambio: *vid.* <https://www.equaldex.com/region/idaho>.
- 42 Donde hasta julio de 2023 cabía la posibilidad, sujeta a ciertas condiciones: <https://www.equhttps://www.equaldex.com/region/montanaaldex.com/region/tennessee>.
- 43 <https://www.equaldex.com/region/montana>.
- 44 <https://www.equaldex.com/region/kansas>.
- 45 <https://www.equaldex.com/region/iraq>.
- 46 <https://www.equaldex.com/region/russia>.
- 47 Hungría aprobó una ley en 2020 para prohibir toda posibilidad de reasignación, que el Tribunal constitucional habría avalado, de manera que no cabe sino para las personas que hubieran solicitado antes de la entrada en vigor de esa norma. Lógicamente, la decisión se llevará al TEDH: *Vid.* KNIGHT, K. y GALL, L., «Hungary Court Closes Door on Transgender Legal Recognition», <https://www.hrw.org/news/2023/02/09/hungary-court-closes-door-transgender-legal-recognition>. Bulgaria ha modificado también sus leyes en sentido restrictivo: si antes cabía, con ciertas condiciones, desde febrero de 2023 está totalmente prohibido: <https://www.equaldex.com/region/bulgaria>.
- 48 <https://www.equaldex.com/region/austria>.
- 49 <https://www.equaldex.com/region/italy>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. La autodeterminación en situaciones internacionales

1. El obligado reconocimiento de categorías no binarias

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Ejercicio del derecho a la autodeterminación ante autoridades españolas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B) Ejercicio del derecho a la autodeterminación por personas extranjeras

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Conclusiones

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

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

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

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

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

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

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

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

V. Bibliografía

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

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

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

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

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

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

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