

**DERECHO COMUNITARIO, DERECHOS  
FUNDAMENTALES Y DENEGACIÓN DEL CAMBIO  
DE SEXO Y APELLIDOS:  
¿UN ORDEN PÚBLICO EUROPEO ARMONIZADOR?  
(a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B.  
y García Avello)**

Por ANA QUIÑONES ESCAMEZ\*

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN EL DERECHO COMUNITARIO: NUEVO ENFOQUE Y LÍMITES.—III. CONFLICTO POSITIVO DE NACIONALIDADES, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y MOTIVOS DE ORDEN PÚBLICO EN LA DENEGACIÓN DEL CAMBIO DE APELLIDOS: 1. ¿RE-SULTA DISCRIMINATORIO EL SOLUCIONAR EL CONFLICTO POSITIVO DE NACIONALIDADES EN FAVOR DE LA NACIONALIDAD DEL FORO CUANDO COINCIDE CON LA DE LA RESIDENCIA HABITUAL (NACIONALIDAD EFECTIVA)? 2. CORRESPONDENCIA ENTRE EL DERECHO MATERIAL, LA NORMA DE CONFLICTO Y LA SOLUCIÓN DADA AL CONFLICTO POSITIVO DE NACIONALIDADES. 3. DENEGACIÓN DEL CAMBIO DE APELLIDO DE LOS HIJOS Y DERECHO FUNDAMENTAL DE LA IGUALDAD DE SEXOS EN LA TRANSMISIÓN DEL APELLIDO DE LA MADRE.—IV. RECONOCIMIENTO JURÍ-

---

\* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado, Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación SEC 2003-04248 financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, bajo el título «Pautas para la elaboración de un sistema comunitario de Derecho internacional privado» dirigido por la Dra. Núria Bouza Vidal.

DICO DEL CAMBIO DE SEXO EN EL REGISTRO CIVIL, ACCESO AL MATRIMONIO Y PERCIBO DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD: 1. CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS EN EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA TRANSEXUALIDAD EN LOS ESTADOS MIEMBROS. 2. COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE MATRIMONIO: LA DISPARIDAD DE SEXOS COMO REQUISITO DE FONDO.—V. ¿UNA EXCEPCIÓN DE «ORDEN PÚBLICO EUROPEO»? LÍMITES.—VI. REFLEXIÓN FINAL: REPERCUSIONES DE AMBAS DECISIONES EN EL DERECHO ESPAÑOL.

## I. INTRODUCCIÓN

El objeto de estas páginas es el de reflexionar acerca de la incidencia del derecho comunitario y los derechos fundamentales reconocidos en un ámbito europeo en el Derecho civil de las personas y de la familia de los Estados miembros, al hilo de dos recientes decisiones del TJCE, los asuntos *K.B.* (2004<sup>1</sup>) y *García Avello* (2003<sup>2</sup>) que traen causa en denegaciones del cambio de menciones de identidad (sexo, nombre y apellidos) en el Registro civil de un Estado miembro.

Se trata de adentrarse en un terreno de arenas movedizas, no pacífico, y que requiere no pocas matizaciones. Suele afirmarse que cualquier aproximación entre las legislaciones de los Estados miembros en el ámbito del derecho civil de la persona y de la familia debe hacerse respetando la identidad y la diversidad de legislaciones; también que la armonización completa no es necesaria ni deseable<sup>3</sup>, y que en vano se requiere la unanimidad de los Estados miembros en estos ámbitos. De modo que la búsqueda de normas comunes no tiene como punto de mira al derecho material sino al Derecho internacional privado<sup>4</sup>. La labor en el ámbito del Derecho internacional privado se ha iniciado con los Reglamentos comunitarios 44/2001, 1347/2000 y 2201/2003 conocidos como Bruselas I (alimentos),

<sup>1</sup> STJCE de 7 de enero de 2004, *K.B.*, As. C-117/01.

<sup>2</sup> STJCE de 2 de octubre de 2003, *García Avello*, As. C-148/02.

<sup>3</sup> H. GAUDEMET-TALLON, «De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union européenne?», *Estudos em homenagem à Isabel de Magalhaes Colaço* (Coimbra 2002) 259 y ss.

<sup>4</sup> Respecto a la cuestión del reparto de competencias en la materia y la interpretación de las disposiciones del TCE, véase el curso de N. BOUZA, [www.iustel.com](http://www.iustel.com) (derecho comunitario). Respecto al inicio de la «comunitarización» del DIP a través del tratado de Amsterdam, A. BORRÁS, «El tratado de Amsterdam y el Derecho internacional privado», *REDI*, 1999-2, pp. 383-426.

Bruselas II y Bruselas II bis<sup>5</sup> (divorcio y responsabilidad parental). Y si bien es cierto que estos textos se ciñen al ámbito procesal, y no afectan a los conflictos de leyes, en el futuro puede que contemos con disposiciones de derecho aplicable comunes a los Estados miembros.

De hecho, los textos vigentes tienen su origen en una propuesta ambiciosa del Grupo Europeo de DIP, de 1993, que cubre las cuestiones relativas al régimen patrimonial, la filiación y las sucesiones<sup>6</sup>; la Comisión Europea ha anunciado el inicio de trabajos dirigidos a un Reglamento Bruselas III que cubriría, para ambos sectores, los regímenes matrimoniales y las sucesiones, y recientemente se ha elaborado un Libro verde en materia de alimentos que integra las cuestiones de derecho aplicable<sup>7</sup>. Otro en materia de sucesiones está en estudio e integrará tanto los aspectos procesales como los de derecho aplicable<sup>8</sup>.

En esta tesitura, es evidente el interés de los asuntos señalados para el ámbito del Derecho internacional privado. Por una parte, en la norma de conflicto relativa al estatuto personal y en la solución al conflicto positivo de nacionalidades cuando concurren las de dos Estados miembros<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> DOUE L 338 de 23 de diciembre de 2003. Entrará en vigor el 1.3.2005. Respecto a la propuesta de Reglamento, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Nuevas normas europeas sobre responsabilidad parental y sustracción de menores. Primeras reflexiones sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental», *Revista Sepin persona y familia*, 2003, n.º 24, pp. 19-38 (igualmente en *sepinnet.com*). Respecto al Reglamento, E. RODRÍGUEZ PINEAU, «El nuevo Reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental», *La Ley*, 30 de enero de 2004, n.º 5944.

<sup>6</sup> «Proposition pour une convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière familiale et successorale», conocida como propuesta Heidelberg, ver la nota de P. LAGARDE en *REDI*, 1994; RCDIP 1993,841, IPRax 1994,67.

<sup>7</sup> COM (2004) 254 final de 14.4.2004.

<sup>8</sup> El estudio elaborado por los profesores H. DÖMER y P. LAGARDE para la Comisión va en este sentido, consultable en la dirección electrónica de la Unión.

<sup>9</sup> Haciendo hincapié en estos aspectos, nuestro trabajo, «Ciudadanía europea, conflicto entre nacionalidades de dos Estados miembros y cambio de los apellidos de los hijos», *RJC*, 2004-2. El asunto García Avello ha despertado gran interés en otros autores, con anterioridad, de los que en algún modo somos deudores: SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y Derecho comunitario», *La Ley*, 22 de octubre de 2003, p. 1-5; MIQUEL GARDEÑES, «Ciudadanía europea, doble nacionalidad y aplicación de la ley nacional de la persona. Reflexiones en torno a la sentencia del TJCE García Avello, de 2 de octubre de 2003», portal jurídico iustel.com (febrero 2004), además de los trabajos de P. Lagarde y de M. Requejo citados en la nota n.º 14.

Pero, también, es evidente su interés en el ámbito del derecho material y del derecho internacional privado si se tiene como punto de mira la incidencia de los derechos fundamentales reconocidos en el derecho comunitario como elemento espoleador de la aproximación de los derechos de los Estados miembros y coadyuvante de cierto «orden público europeo», con una función parangonable a la de la excepción de orden público internacional. Son estos extremos los que ahora interesa destacar.

La progresión de este «orden público» común y coordinador, basado en los derechos fundamentales, es plausible en la Unión. Los derechos fundamentales están expresados en el Convenio europeo de 1950 (y en las constituciones de los Estados miembros), pero también en el TCE, la Carta Europea y, cabe augurar, en la futura Constitución europea.

## II. DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN EL DERECHO COMUNITARIO: NUEVO ENFOQUE Y LÍMITES

La protección de los derechos fundamentales está siendo, de forma progresiva, un componente del derecho comunitario. Los Tratados fundacionales no los mencionan, pero el TJCE, en un *obiter dictum* del asunto *Stauder*<sup>10</sup> marcó una primera etapa al reconocer que debía asumir su respeto como «comprendidos en los principios generales del derecho comunitario». Los tratados de Maastricht en 1992, de Ámsterdam en 1997 y de Niza en 2001 han consolidado esta jurisprudencia<sup>11</sup>. Desprovista la Unión, por el momento, de un catálogo de derechos fundamentales propio al ordenamiento jurídico comunitario, el TJCE se inspira en el Convenio Europeo, principalmente, y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Yendo un poco más allá, la necesidad de hacer más visibles y propios los derechos fundamentales, sin crear un nuevo ámbito de competencias, llevó a proclamar la Carta de Derechos fundamentales de la Unión en el año 2000<sup>12</sup>. Si bien se trata de una simple declaración política, constituye, hoy, un elemento clave en el debate del

<sup>10</sup> TJCE 12 de noviembre de 1969, *Stauder c. Stadt Ulm*, C-29/69, Rec., p. 419. Asimismo, TJCE 14 mayo 1974, *Nold KG c. Comisión*, C-4/73, Rec., p. 491.

<sup>11</sup> Notablemente, en el preámbulo y el artículo 6 (2) del Tratado de la Unión Europea se reconoce expresamente la obligación de la Unión de respetar los derechos fundamentales en tanto que principios generales del Derecho comunitario.

<sup>12</sup> J.-Y. CARLIER y O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

proyecto constitucional para una nueva Europa. El proyecto de Constitución incorpora este catálogo de derechos elevándolos al rango constitucional y adaptándolos al ordenamiento jurídico europeo, y prevé la autorización de la Unión de adherirse como tal al Convenio Europeo de 1950. Ambas propuestas se encaminan a mejorar el sistema de protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión, asegurando cierta analogía en la protección, aunque el TJCE desarrolle de forma más autónoma su propia jurisprudencia<sup>13</sup>. Hoy por hoy, a falta de una adhesión de la UE al Convenio Europeo, lo que permitiría el control de las decisiones del TJCE, éste tiene en cuenta la jurisprudencia del TEDH. Tal acontece claramente en el asunto K.B.

En el asunto García Avello, el TJCE no puede inspirarse en las soluciones dadas por el TEDH respecto a la protección del derecho personalísimo al nombre y apellidos y el «derecho» a cambiarlo, ya que no son tan diáfanos.

El TJCE invoca la ciudadanía y la doble nacionalidad, olvidando, incluso, que debe tratarse de violaciones de los derechos humanos o de incompatibilidades con el derecho comunitario surgidas en un ámbito conectado a tal derecho. Extremo de la decisión que no convence a los Gobiernos belga, danés y holandés y a algunos autores<sup>14</sup>, entre los que nos encontramos. Los hijos del Sr. García Avello son nacionales belgas (además de nacionales españoles por parte de padre) que residen en Bélgica y que nunca han ejercido su derecho a la libre circulación más que en la desiderata paterna. El argumento de la Comisión de que es por encima de todo al Sr. García Avello a quien se le ha denegado el derecho al cambio de apellido de sus hijos, y de que éste es un nacional español que ha ejercido su derecho a la libre circulación al venir a vivir y trabajar en Bélgica, no es un argumento de peso para justificar la aplicación del Derecho comunitario. Es más, contemplada la cuestión bajo el prisma de los derechos fundamentales (derecho personalísimo y reconocido en el artículo 3, 7 y 8 del Convenio de Derechos del Niño<sup>15</sup>), éstos tienden a poner al hijo

<sup>13</sup> F. TURPIN, «L'intégration de la Charte de droits fondamentaux dans la Constitution européenne», *RTDE*, 2003, pp. 615 y ss.

<sup>14</sup> P. LAGARDE, nota en *Revue Critique de droit international privé*, 2004-1, pp. 192-202, y M. REQUEJO ISIDRO, «Estrategias para la «comunitarización»: descubiriendo el potencial de la ciudadanía europea», *La Ley*, n.º 5903, 28 de noviembre de 2003.

<sup>15</sup> El Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. (1989) en su artículo 3, apartado 1, dispone: «En todas las medidas concernientes a los niños que

en el centro de la relación jurídica, y más tratándose de una mención de identidad (apellidos), lo que coadyuva a tener en cuenta al hijo —y no al padre— también a efectos de determinar el ámbito de aplicación del derecho comunitario. Todo ello corrobora, en definitiva, la dificultad de centrar la conexión comunitaria en el desplazamiento que efectuara, mucho antes del nacimiento, el padre de los menores. Se trata en definitiva de un asunto en el que, por primera vez, ciudadanos que no han ejercido la libertad de circulación pueden, según el TJCE, prevalecerse de las disposiciones del Tratado en virtud de una ciudadanía (sin desplazamiento) o libertad de circulación «potencial» o «virtual».

### III. CONFLICTO POSITIVO DE NACIONALIDADES, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y MOTIVOS DE ORDEN PÚBLICO EN LA DENEGACIÓN DEL CAMBIO DE APELLIDOS

Los hijos del español *García Avello* (STJCE, 2 de octubre de 2003) fueron inscritos tras su nacimiento (1988 y 1992) en el Registro civil belga con el apellido de su padre. Años más tarde, en 1995, los padres solicitaron, de común acuerdo, a las autoridades belgas que se cambiase el apellido de sus hijos por el de García Weber, siguiendo la tradición española, país al que los hijos —de tan sólo 7 y 3 años— se sentían más vinculados. Las autoridades belgas consideraron injustificado el cambio. La decisión fue recurrida argumentándose que se infringía tanto la Constitución belga como el artículo 18 TCE, puesto que trataba dos situaciones distintas (la de los hijos con nacionalidad belga únicamente y la de los que poseen doble nacionalidad) de la misma forma. Finalmente, el Consejo de Estado belga suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia una larga cuestión prejudicial acerca de si dicha denegación es contraria a principios del Derecho comunitario relativos a la ciudadanía

---

tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño», y que el artículo 7, apartado 1, precisa, entre otras cosas, que el niño será «inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre», y con arreglo al artículo 8, apartado 1, «los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas».

europea y a la libertad de circulación de los ciudadanos<sup>16</sup>. El TJCE dio la razón a los padres al afirmar que un Estado miembro no podía rechazar la demanda de cambio de apellidos para los hijos residentes en ese Estado y que ostentan la doble nacionalidad de dicho Estado y de otro Estado miembro, conforme a cuyo derecho y tradición se avala la solicitud. Tal rechazo es contrario a los artículos 12 y 17 del TCE.

El TJCE hace girar su decisión en torno a la idea de «ciudadanía» y a la «doble nacionalidad» de los hijos del Sr. García Avello. Sin embargo, cabe indagar si no es la simple posibilidad de elegir (modificar) el apellido de los hijos lo que espolea al TJCE a dar la razón a los padres en este asunto. Si el derecho belga hubiera modificado su sistema —al igual que ha hecho el derecho alemán, el francés o hará el derecho luxemburgués— la solución que las autoridades belgas hubieran dado al caso no plantearía problema alguno ya que los padres hubieran podido elegir un único apellido o uno compuesto de los que integran el apellido de sus padres. Intentaremos demostrar que el TJCE se decanta por un sistema que permita la opción de ley o, más aún y simplemente, la elección y cambio por parte de los padres de los apellidos de los hijos de manera que puedan tener un nombre compuesto. En tal caso, el problema que subyace a todo este asunto incumbe al derecho internacional privado (conflictos positivos de nacionalidades y norma de conflicto), pero sobre todo al derecho material. Y, en definitiva, se trata de revisar los motivos de «orden público» que llevan a algunos Estados miembros a no permitir la elección

---

<sup>16</sup> La cuestión era la siguiente: «¿Deben interpretarse los principios del Derecho comunitario en materia de ciudadanía europea y de libertad de circulación de personas, consagrados especialmente por los artículos 17 [CE] y 18 [CE], en el sentido de que impiden que la autoridad administrativa belga, que conoce de una solicitud de cambio de apellido para hijos menores que residen en Bélgica y que tienen doble nacionalidad belga y española, solicitude motivada en la única circunstancia de que dichos hijos deberían llevar el apellido del que serían titulares en virtud del Derecho y de la tradición españoles, deniegue dicho cambio porque tal tipo de solicitud se deniega habitualmente debido a que, en Bélgica, los hijos llevan el apellido de su padre, especialmente cuando la actitud que la autoridad adopta generalmente obedece a que considera que la concesión de un apellido distinto puede suscitar, en el marco de la vida social en Bélgica, cuestiones de filiación del hijo afectado, pero para atenuar los inconvenientes derivados de la doble nacionalidad, se propone a los solicitantes que se encuentran en semejante situación que sólo tomen el primer apellido del padre, y excepcionalmente, puede adoptarse una decisión favorable cuando haya pocos factores de conexión con Bélgica o cuando deba restablecerse la unidad de apellido entre los hermanos de una familia?»

del apellido a los padres, a dejar inalterado el apellido inscrito de los hijos o a considerar que los nacionales deben tener el apellido del padre o, por el contrario, los dos apellidos paterno y materno (lo que ocurre en derecho español).

1. ¿RESULTA DISCRIMINATORIO EL SOLUCIONAR EL CONFLICTO POSITIVO DE NACIONALIDADES EN FAVOR DE LA NACIONALIDAD DEL FORO CUANDO COINCIDE CON LA DE LA RESIDENCIA HABITUAL (NACIONALIDAD EFECTIVA)?

El TJCE parece considerar que la autonomía de la voluntad es la solución al conflicto positivo entre las nacionalidades de dos Estados miembros. Sin embargo, el que deba ofrecerse una respuesta compatible con el derecho comunitario a los conflictos positivos entre nacionalidades no significa que la solución dada *in casu* por las autoridades belgas sea discriminatoria. Las autoridades belgas como las españolas<sup>17</sup> parten de otra base: el derecho aplicable al nombre y a los apellidos es, en ambos sistemas, la ley nacional; en ambos, la nacionalidad se transmite *ius sanguinis* por parte de padre como de madre, y, en ambos, se resuelven de forma parecida el conflicto positivo de nacionalidades. Parecida, no igual. Nuestro artículo 9.9 del Código Civil y la práctica de la DGRN son mucho más rígidas<sup>18</sup>.

Para resolver el conflicto positivo de nacionalidades, las autoridades belgas invocaron una norma convencional, el artículo 3 del Convenio de la Haya de 12 de abril de 1930. Este precepto expresa la solución general de forma flexible en el sentido de que un binacional *podrá* ser considerado por cada uno de los Estados cuya nacionalidad ostenta como su nacional. En este caso, las autoridades belgas consideraron que la nacionalidad

---

<sup>17</sup> En España, esta solución resulta del Convenio de Múnich de 5 de septiembre de 1980, en vigor desde 1990, y que tiene un ámbito de aplicación universal (art. 2). Este convenio no resuelve el problema frecuente de la doble nacionalidad. Se trata de un Convenio de escaso éxito (ratificado sólo por España, Holanda, Italia y Portugal). La referencia a la ley nacional se ha interpretado como una solución proclive a los conflictos de sistemas, atendiendo a los sistemas que optan por la ley del domicilio a través del reenvío.

<sup>18</sup> La doctrina apunta la falta de flexibilidad que ofrece la norma y su aplicación práctica por la DGRN en un ámbito como el que nos ocupa. Vid., S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y Derecho comunitario», *La Ley*, 22 de octubre de 2003, pp. 1-5.



(y la ley) belga debe prevalecer (es la de la residencia), al igual que, en otros casos, han considerado que, por ejemplo, en interés del niño debe aplicarse la ley de otro estado miembro (francesa) para autorizar la venta de un inmueble de un menor franco-belga en razón de que la tutela se había establecido con anterioridad conforme al derecho francés<sup>19</sup> a fin de asegurar cierta unidad en el derecho aplicable a las cuestiones que afectaban a su persona. En otras palabras, la solución tradicional es un punto de partida que admite excepciones. La derogación de la solución inicial (preferencia de la ley coincidente con la nacionalidad del foro) se dará frecuentemente cuando no coincide con la de la residencia, al entrecerse como una suerte de supuesto de inadaptación de la norma de conflicto. La solución del conflicto positivo de nacionalidades atendiendo a la belga, coincidente con la residencia de los niños y la familia, no podría tacharse de discriminatoria e incompatible con el derecho comunitario. Ni siquiera de insensible frente a los elementos internacionales de la situación en este asunto.

## 2. CORRESPONDENCIA ENTRE EL DERECHO MATERIAL, LA NORMA DE CONFLICTO Y LA SOLUCIÓN DADA AL CONFLICTO POSITIVO DE NACIONALIDADES

Los hijos del Sr. García Avello, en función de sus afinidades, acabarán llevando los apellidos que marca la legislación y la tradición española con el que dicen sus padres se sienten más identificados. Este resultado no es ajeno el debate, surgido principalmente en Alemania<sup>20</sup>, que preconiza en un espacio europeo la introducción de normas de conflicto basadas en la autonomía de la voluntad, viendo en ésta una directriz conforme con el principio de la libre circulación de las personas. La opción de ley en la norma de conflicto absorbería la solución dada, en una norma auxiliar general, a los conflictos positivos de nacionalidades basada en privilegiar a la del foro o en factores objetivos. El derecho positivo alemán permite en esta materia (artículo 10.2 EGBGB) la opción por la ley nacional de uno de los padres o por la ley alemana si uno de ellos reside en Alema-

<sup>19</sup> Tribunal civil de Bruxelles du 28.2. 2001, *Journal des Tribunaux*, 2001, p. 550. nota H. BOULARBAH.

<sup>20</sup> VON WILMOWSKY, «Der internationale Verbrauchervertrag im EG-Binnenmarkt», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1995, p. 735.

nia<sup>21</sup>. Y resuelve los conflictos positivos de nacionalidades —aunque el artículo 5.1 EGBGB lo haga en otros ámbitos en favor de la nacionalidad alemana— descartando la solución general, lo que significa que todas las leyes nacionales de los padres pueden ser elegidas ya se correspondan con la nacionalidad más efectiva o con una nacionalidad extranjera.

Sin embargo, no existe convergencia en los Estados miembros respecto al derecho internacional privado ni a la elección de ley en materia de nombre y apellidos. Las normas de conflicto retienen, en muchos casos, la ley nacional. La divergencia es acusada en el ámbito del derecho material como del derecho internacional privado. Parta facilitar el reconocimiento, la Comisión Internacional del Estado Civil ha adoptado el 25 de septiembre de 2003 en el curso de su Asamblea general, en Madrid, el texto definitivo del citado convenio n.º 31 sobre el reconocimiento de apellidos, estando previsto que los países CIEC lo firmen el próximo septiembre 2004 durante la Asamblea General. Este Convenio trata de reducir el número de situaciones en las cuales a una misma persona se le atribuyen apellidos distintos por las distintas leyes a las que se vincula. Pero su futuro es incierto, a la vista del asunto García Avello, ya que el Convenio solucionaría un caso como el que nos ocupa sobre la base de la nacionalidad efectiva<sup>22</sup>. Atiende, en general, a la proximidad y, en los conflictos positivos, a la nacionalidad coincidente con la residencia habitual<sup>23</sup>. La autonomía de la voluntad no tiene el lugar privilegiado que se desgaja del

<sup>21</sup> Esta norma de conflicto prescribe que: «(I) El apellido de una persona está sujeto a la ley del Estado del que es nacional. (II) Los esposos pueden elegir el apellido común (de familia) que van a llevar en el futuro en el momento del matrimonio o después mediante declaración ante el funcionario del Registro Civil según: 1. la ley del estado de la nacionalidad de uno de los esposos (...) 2. la ley alemana, si uno de los esposos tiene su residencia en Alemania. (...). (III) El titular de la autoridad parental puede declarar ante el funcionario del registro civil que el hijo recibirá el apellido según: 1. la ley del Estado de la nacionalidad de uno de los padres (...). 2. la ley alemana, si uno de los padres tiene su residencia habitual en Alemania. 3. la ley nacional de una persona de la que el hijo tiene el apellido.

<sup>22</sup> Se reconoce el apellido atribuido en el lugar de nacimiento si es el de la nacionalidad y la residencia habitual del hijo o los padres (art. 4).

<sup>23</sup> Teniendo en cuenta que el art. 1 dispone que en caso de matrimonio de una persona que tenga la nacionalidad de un Estado parte, el apellido atribuido a esta persona con ocasión de la celebración del matrimonio o en el curso de éste, tal que resulta del derecho aplicado en el Estado de la residencia común de los esposos, es reconocido en los otros Estados partes, si uno de los esposos tiene la nacionalidad de dicho Estado.

asunto García Avello, que es seguido por algunas legislaciones como la alemana en la norma de conflicto.

Podría afirmarse que el TJCE espolea la autonomía de la voluntad tanto material como conflictual Y, más aún, la posibilidad de que los padres puedan elegir el apellido de sus hijos. Como indica —siguiendo a SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ—, MARTA REQUEJO ISIDRO: «Finalmente, al amparo de los artículos 12 y 17 TCE los interesados terminarán ostentando el apellido que desean»<sup>24</sup>. Situación que reflejaría la evolución en sentido liberal del régimen relativo al derecho al nombre y apellidos<sup>25</sup>.

### 3. DENEGACIÓN DEL CAMBIO DE APELLIDO DE LOS HIJOS Y DERECHOS FUNDAMENTAL DE LA IGUALDAD DE SEXOS EN LA TRASMISIÓN DEL APELLIDO DE LA MADRE

La decisión del TJCE encuentra cierto sostén en los derechos fundamentales: por una parte, en la necesidad de injerir lo menos posible en el libre desarrollo de la personalidad del individuo (derecho personalísimo). Por otra, tratándose del apellido de los hijos, en la necesidad de no conculcar el principio de no-discriminación de sexos ofreciendo un sistema que permita el optar por cierta variedad de soluciones en la determinación de los apellidos de los hijos. Solución que se aleja de la tradicional aplicación automática del patronímico del padre, a no ser que sea elegida.

El TJCE aboga *de lege ferenda* por un sistema jurídico que permita a los padres elegir el apellido/s de sus hijos. Incluso puede darse un paso más y afirmarse que tal modo de ver las cosas es independiente de la

<sup>24</sup> *Op. cit.*, nota n.º 13.

<sup>25</sup> Como apuntan J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO si en un momento histórico, relativamente reciente, el derecho al nombre y a los apellidos «estaba impregnado de un componente jurídico público, sirviendo como institución de control e identificación de las personas. En la actualidad, dicha función se cumple a través de otros mecanismos (documentos de identidad, números de identificación de las personas, etc.), y el nombre y los apellidos se ha transformado en una institución de Derecho preferentemente privado, vinculada a los derechos de la personalidad y a los derechos humanos, donde cobra especial relieve el interés y el derecho de los individuos a adquirir un nombre, no ser privado de él, y a que el régimen del nombre y los apellidos garantice la identificación psicológica del individuo con su nombre, tanto desde una perspectiva personal, como social y familiar» *Derecho Internacional Privado*, Civitas, n.º 369.

nacionalidad de los padres, la binacionalidad o de los elementos internacionales de la situación. En los países de apellido único, que son la mayor parte en Europa, existe cierta convergencia en atribuir a los hijos un apellido de familia compuesto de los primeros apellidos de los padres<sup>26</sup>. Se trata de una evolución que es hostil a la preferencia del patronímico único masculino y que permanece en Bélgica, Italia y Luxemburgo, donde existen reformas en curso<sup>27</sup>. Tratándose de los hijos, el que el derecho material les transmita automáticamente el apellido patronímico del padre como apellido de familia; o, mejor dicho, la intransmisibilidad del apellido de la madre plantea dificultades a la luz del principio de igualdad de sexos (artículo 14 del Convenio Europeo de 1950).

Sin embargo, el TEDH no ha dicho que la denegación del cambio de apellido sea necesariamente una «ingerencia en el ejercicio del derecho del interesado al respeto a su vida privada»<sup>28</sup>. De lo que resulta que las partes contratantes en el Convenio de 1950 deben permitir un cambio voluntario del apellido al margen de la modificación derivada del vínculo de filiación, pero que las autoridades nacionales tienen cierto poder de apreciación. En el citado asunto *Stjerna c. Finlandia* el TEDH señaló que: «Apenas existen puntos de convergencia entre los sistemas internos de los Estados partes en el Convenio en cuanto a las condiciones en las que un cambio de apellido puede efectuarse legalmente»<sup>29</sup>. El TEDH deduce que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación. El rechazo al cambio de apellido en el asunto citado no contraviene necesariamente el artículo 8 del Convenio en combinación con el artículo 14 (igualdad de sexos). Otra cosa es la posible incompatibilidad del derecho material belga con el Convenio Europeo (1950) en la atribución de los apellidos a los hijos.

La convergencia entre el TEDH y el TJCE en este caso es mucho menor que la que se produce en el asunto *K.B.*, si bien las decisiones dictadas

---

<sup>26</sup> Ley n.º 2002-304 de 4 de marzo de 2002 relativa al apellido de familia (*JO* 5 de marzo de 2002, p. 4159) que ha introducido el artículo 311-21 Código Civil francés por el que se da a los padres la posibilidad de elegir el apellido de sus hijos, sea el del padre, sea el de la madre, o sea el de sus dos apellidos unidos en el orden elegido por los mismos y con el límite de un apellido de familia para cada uno de ellos. A falta de elección, el niño lleva el apellido de su padre. Cuando los padres o uno de ellos lleva un doble apellido, pueden, por declaración conjunta, no transmitir más que un apellido al hijo.

<sup>27</sup> *Chambre des Représentants*, sesión extraordinaria 2003, doc. 510089/001.

<sup>28</sup> Asunto *Stjerna*, Serie A, n.º 229-B.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

por ambos tribunales conducen a pensar que el doble apellido tarde o temprano será la norma en la *atribución* del de los hijos, en atención al principio de igualdad de sexos.

#### IV. RECONOCIMIENTO JURÍDICO DEL CAMBIO DE SEXO EN EL REGISTRO CIVIL, ACCESO AL MATRIMONIO Y PERCIBO DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

La opinión al unísono del TJCE y del TEDH se manifiesta claramente en el asunto K.B de 7 de enero de 2004<sup>30</sup> relativo a las consecuencias del cambio de sexo en el acceso al matrimonio y, concretamente, en el percibo de la pensión de viudedad<sup>31</sup>. En este caso, una mujer que trabajó durante unos 20 años para el *National Health Service (NHS)* británico estaba afiliada a su sistema de pensiones. Desde hace varios años vivía con un compañero, K, que había nacido con el sexo femenino, pero que se sometió a una operación quirúrgica de cambio de sexo. En el Registro civil seguía registrado como una persona de sexo femenino sin que el cambio hubiere modificado tal mención de identidad, razón por la cual no pudieron contraer matrimonio. Sólo celebraron una ceremonia religiosa sin efectos civiles ante la Iglesia Episcopal, y las dificultades surgieron cuando se planteo la cuestión de si el compañero sobreviviente podría percibir la pensión de viudedad en calidad de cónyuge ya que tal condición exigía un matrimonio legal. El TJCE consideró que existe una desigualdad de trato que trae causa en la condición previa de acceso al matrimonio y la capacidad de casarse (puntos 30 y 31 de la sentencia) que le impide beneficiarse de la remuneración (en sentido amplio) desconociendo las exigencias del artículo 141 TCE (puntos 33 y 34).

El TJCE hace suyo el giro jurisprudencial dado por el TEDH que reconoce a las personas transexuales el derecho al matrimonio bajo su nueva identidad sexual (asuntos *Christine Goodwin c. Reino Unido* y *I. c. Rei-*

<sup>30</sup> Asunto C-117/01, K.B c. NHS, de 7 de enero de 2004, *cit.*

<sup>31</sup> En concreto, la cuestión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) al Tribunal de Justicia es la siguiente: «La exclusión del compañero (transexual masculino) de una mujer afiliada al régimen de pensiones del *National Health Service*, con arreglo al cual la única persona a cargo de la afiliada que puede beneficiarse de la pensión controvertida es el viudo, ¿constituye una discriminación contraria al artículo 141CE y a la Directiva 75/117?».

no Unido) ambos de 11 de julio de 2002<sup>32</sup>. Recordando que el TEDH ha afirmado que la imposibilidad de contraer matrimonio para un transexual constituye una violación del *ius nubendi* en el sentido del artículo 12 del Convenio Europeo de 1950, constata que la legislación controvertida del Reino Unido<sup>33</sup> es considerada, en principio, incompatible con el derecho comunitario: «Una legislación como la controvertida en el litigio principal, que vulnera el CEDH y que impide que una pareja como K.B. y R. cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro, debe considerarse, en principio, incompatible con las exigencias del artículo 141 CE». Y añade que: «Incumbe al juez nacional comprobar si, en un caso como el del litigio principal, una persona en la situación de K.B. puede invocar el artículo 141 CE para que se le reconozca el derecho a que su compañero pueda disfrutar de una pensión de supervivencia».

#### 1. CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS EN EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA TRANSEXUALIDAD EN LOS ESTADOS MIEMBROS

El bagaje normativo existente en los Estados miembros en materia de reconocimiento jurídico de la transexualidad es escaso, reciente y en gran medida de orden jurisprudencial. Suecia fue el primer país a legislar (le de 21 abril 1972) le siguieron Alemania (10 de septiembre de 1980), Italia (14 de abril de 1992), los Países-Bajos (14 de abril de 1985 y Turquía (12 de mayo de 1988). El Reino Unido e Irlanda (al igual que Andorra) son los Estados miembros que obstaculizan el matrimonio, aunque la cuestión en el Reino Unido está siendo revisada. En otros países, como el nuestro, no existe una ley, y deja la cuestión a los tribunales. El cambio jurídico del sexo se admite si se dan algunas condiciones médicas (operación de cambio de sexo) y judiciales (decisión judicial que confirme el

<sup>32</sup> Puntos 97-104 y 77-84 respectivamente. Un comentario en sentido crítico en, P. WACHSMANN y A. MARIENBURG-WACHSMANN, RTDH, 2003, pp. 1157 y ss.

<sup>33</sup> El artículo 11, letra c, de la *Matrimonial Causes Act 1973* (Ley de 1973, reguladora del matrimonio) considera nulo todo matrimonio en el que los cónyuges no sean, respectivamente, de sexo masculino y femenino. Por su parte, el artículo 29, apartados 1 y 3, de la *Birth and Death Registration Act 1953* (Ley de 1953 sobre la inscripción de los nacimientos y las defunciones) prohíbe toda modificación registral de la partida de nacimiento, salvo en caso de error de transcripción o de error material.

cambio). El carácter constitutivo de la decisión acarrea el cambio del nombre y del sexo en el Registro civil, y modificado éste último, la persona tiene un sexo distinto y ya no hay prohibición de contraer matrimonio con una persona que tiene el mismo sexo que tenía la persona transexual en el momento del nacimiento. Este modo de ver las cosas es reciente en nuestro país. Tres resoluciones de la DGRN del año 2001 marcan el giro<sup>34</sup>.

La STJCE no sorprende a nuestro sistema. El STSJ de Canarias<sup>35</sup> en un caso que guarda una gran simetría con el asunto K.B., ha resuelto en el mismo sentido siguiendo las dos sentencias del TEDH de 11 de julio de 2002, en las que ya se inspiró, con anterioridad, nuestro Tribunal Supremo<sup>36</sup>. Sustentándose en esta jurisprudencia otorga la pensión de viudedad al compañero transexual ya que: «Obtenida sentencia de cambio de sexo, que no contiene declaración sobre la falta de capacidad matrimonial no hay obstáculos legales que impidan al transexual contraer matrimonio con persona perteneciente en realidad al otro sexo, aunque no coincidan los sexos biológicos invariables de ambos contrayentes». El matrimonio no pudo contraerse por falta de sentencia firme declaratoria del cambio de sexo en el Registro civil que se dicta días después de que fallezca el compañero. En definitiva, tras la modificación del acta correspondiente la persona transexual tiene jurídicamente un sexo distinto al del nacimiento y puede contraer matrimonio.

La modificación del acta de nacimiento en el Registro civil después de un cambio de sexo es reconocida sobre la base del respeto al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada, reconocidos en los artículos 10 y 18 de la CE, y en el artículo 8 del CEDH. En lo que respecta al acceso al matrimonio, previsto en el artículo 12 del CEDH, hasta que el TEDH no dictó las dos sentencias de 11 de julio de 2002, el criterio seguido era biológico en la determinación del sexo en vistas al matrimonio (Res, Cossey, Sheffield y Horsham). Es en los asuntos Goodwin c. Reino Unido y I c. Reno Unido de 11 de julio de 2002, en los que también se hace alusión al artículo 9 de la Carta Europea<sup>37</sup>, que se modifica la juris-

<sup>34</sup> Dos de ellas de 8 de enero de 2001 (RJ 2001, 2568) y de 31 de enero de 2001 (RJ 2001, 5095) comentada en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 486, 2001, p. 4.

<sup>35</sup> STSJ Canarias, Las Palmas núm. 1561/2003 (social) de 7 de noviembre de 2003. Ver nota de C. FERREIRO REGUEIRO en AS (presentaciones), 2003, pp. 41-44.

<sup>36</sup> STS (Civil) 6 de septiembre de 2002, RJ 2002, 7180 (Civil).

<sup>37</sup> Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea que considera que ofrece una noción más amplia de matrimonio. Ciertamente el art. 9 de la Carta no hace

prudencia anterior. Ciertamente se trata de una evolución previsible a la vista de la situación existente en los Estados miembros. El consenso existe y el TEDH y el TJCE lo constata, y con ello impulsa la labor del legislador interno. Tal ocurre en el Reino Unido.

En esta tesitura, el TJCE considera que la prohibición por una legislación nacional de modificar el estado civil de una persona respecto al cambio de sexo, a fin de que pueda contraer matrimonio, constituye una discriminación en vistas al derecho comunitario. Sin que quepa hablar de un «derecho matrimonial europeo», sino sólo de garantizar la plena eficacia del principio de no-discriminación basada en el sexo, el *ius nubendi* no puede ser supeditado a requisitos —señala el Abogado General— «contrarios al orden público europeo». No suscita serias dudas calificar la discriminación por razón de sexo. Así se desprendía de la sentencia del TJCE en un asunto anterior P./S. (1996), según la cual, ese concepto no puede reducirse «a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo, sino que incluye aquellas que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo del interesado. Tales discriminaciones se basan esencialmente, sino exclusivamente, en el sexo del interesado».

## 2. COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE MATRIMONIO: LA DISPARIDAD DE SEXOS COMO REQUISITO DE FONDO

El acceso al matrimonio implica cierta regulación donde las condiciones de fondo y las formalidades se complementan e imponen a los futuros esposos. En la fase preparatoria, de tramitación del expediente matrimonial permite al funcionario del registro civil el verificar que no haya un obstáculo substancial a la celebración de la unión. Entre los documentos incluidos en el expediente, el acta de nacimiento tiene un lugar particular pues informa, entre otros, del sexo de los contrayentes. En estos debe figurar también los cambios habidos (por ejemplo de apellidos) entre los que puede darse el de un cambio de sexo. De ahí se extrae la condición de

---

referencia al sexo para reconocer el derecho a contraer matrimonio, pero remite a los derechos nacionales. Si bien el texto no puede aislarse de los otros artículos y notablemente del artículo 21 que incluye entre las discriminaciones prohibidas el sexo y la orientación sexual. La combinación de estas dos disposiciones podrá en un futuro acordar los mismos derechos a las parejas registradas que a las casadas sin alterar la noción de matrimonio.



fondo relativa a la capacidad matrimonial de los contrayentes. En estas se incluye el control de condiciones de orden físico como es el sexo distinto, salvo que no sea un obstáculo como ocurre en Holanda o Bélgica<sup>38</sup>.

Si la persona se ha sometido a una operación de cambio de sexo podrá solicitar la modificación de la mención sexo y cambiar su nombre según las condiciones establecidas (por ejemplo, una decisión judicial). Así, el TJCE, siguiendo al TEDH, señala que compete al juez nacional la tarea de verificar si una persona en la situación de K.B. puede beneficiarse de la pensión de viudedad. Si tal modificación se ha producido, según los requisitos previstos, el registro civil se modificará y se procederá a la celebración del matrimonio. El problema surge cuando la modificación no está permitida, no consta y el funcionario del registro civil ha de estar al «sexo jurídico». Sólo los ordenamientos (además del andorrano), irlandés y británico parecen oponerse, lo que no es óbice para discernir una tradición jurídica suficientemente uniforme, capaz de ser fuente de un principio general del derecho comunitario.

Se discrimina, en tal caso, al no reconocerse jurídicamente el acceso a un derecho protegido (*ius nubendi*). Todo lo dicho supone unos valores comunes que inciden en la configuración del orden público internacional frente a una legislación que impida el reconocimiento jurídico del cambio de sexo o que no confiera a la persona transexual reconocida como tal la capacidad para celebrar el matrimonio.

## V. ¿UNA EXCEPCIÓN DE «ORDEN PÚBLICO EUROPEO»?: LIMITES

En un ámbito comunitario, el tener en cuenta la divergencia y la convergencia hace necesario un sistema de valores comunes y unos mecanismos de reconocimiento mutuo de dicha diversidad. Reconocimiento mutuo que puede no sólo afectar a las decisiones judiciales sino a los actos constitutivos de uniones de pareja registradas, matrimonios con personas que han cambiado su sexo, o a inscripciones de los apellidos registrados en otro Estado miembro.

En este sentido, en materia de nombre y apellidos, cabe citar la reciente decisión del Tribunal administrativo del Gran Ducado de Luxem-

<sup>38</sup> En Holanda (2001) y en Bélgica (2003) se ha abierto el matrimonio a las personas del mismo sexo.

burgo de 16 de febrero de 2004<sup>39</sup> cuando, en un asunto parecido al del caso García Avello (si bien con desplazamiento al extranjero). Primero señala que «En virtud de los principios del Derecho internacional privado el apellido es parte del estado de la persona y esta sujeto a su ley nacional que es la que determina la formación, la composición y las condiciones de un cambio»; que «Conforme a tales principios la ley luxemburguesa tiene vocación de aplicarse cuando se trata de verificar la atribución del apellido patronímico de una persona de nacionalidad luxemburguesa. (...) aunque las personas en causa posean una o varias nacionalidades además de la luxemburguesa (...)». Luego añade que, sin embargo, y aunque el apellido del marido de la madre no es el que se ha atribuido a los hijos conforme a la ley alemana (es el de la madre), los artículos 8 y 14 del TEDH y el artículo 10bis de la Constitución, entre otros, permiten al tribunal reconocer el acto extranjero de inscripción en el registro alemán por lo que procede a controlarlo verificando la competencia y el límite de orden público. Una reflexión en tal sentido es plausible en el ámbito de los Estados miembros. Y en este ámbito concreto en el marco del proyectado Convenio n.º 31 de la CIEC, concluido en Madrid el 25 de septiembre de 2003, sobre reconocimiento de los apellidos<sup>40</sup>.

El asunto K.B, tiene interés al reforzar el TJCE la convergencia entre los Estados miembros acerca del acceso al matrimonio de las personas que han cambiado su sexo (transexuales) al hilo de dos recientes decisiones del TEDH en las que ha dado un giro a su restrictiva posición inicial. Cabe recapitular que en el derecho español las soluciones son jurisprudenciales; no contamos con una ley de reconocimiento jurídico de la transexualidad, pero la práctica judicial se ha pronunciado ya en el mismo sentido que lo ha hecho, en el año 2002, el TEDH y, con este asunto, el TJCE. Incluso en un caso que guarda gran similitud con el asunto K.B.<sup>41</sup> Aunque este asunto sea interno, es evidente que afectará a la cuestión del reconocimiento jurídico de las decisiones relativas al cambio de sexo dictadas por los Estados miembros. Podrá afectar a las condiciones de fondo (sexo) relati-

<sup>39</sup> Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg, 16.2.2004, Número 16901.

<sup>40</sup> La revisión del Convenio al hilo del asunto García Avello ha sido anunciada en el última nota presentada por el Secretario de la CIEC, P. LAGARDE, en mayo de 2004 ([www.ciecl.org](http://www.ciecl.org)).

<sup>41</sup> STSJ Canarias, Las Palmas núm. 1561/2003 (social) de 7 de noviembre de 2003.

vas al acceso al matrimonio de los extranjeros (reguladas por la ley nacional) y, en cierta medida, al juego de la excepción de orden público internacional. La existencia de la decisión del TJCE y de valores comunes podrá igualmente coadyuvar a nuestra adhesión al Convenio de la CIEC n.º 29 relativo al reconocimiento de decisiones constatando un cambio de sexo, abierto a los Estados miembros de la CIEC y de la UE, pero que ha sido sólo firmado por cuatro Estados miembros (Alemania, Austria, Grecia y Países Bajos). Y dentro de este texto, a la posible aplicación de la condición de reconocimiento relativa al orden público. Este límite pierde, hoy (actualidad del orden público), el peso que tenía en 1999 cuando se emprendieron los estudios destinados a su elaboración y el TEDH no había dado un giro a su jurisprudencia<sup>42</sup>.

Nos interesa este punto en común de ambas decisiones. El que el TJCE espolea cierta aproximación de legislaciones y/o configuran cierto orden público europeo. Induce a pensarlo, el que las legislaciones y la práctica de los Estados miembros en el reconocimiento jurídico de la transexualidad, al menos en lo que concierne al acceso al matrimonio, no esté del todo asentada<sup>43</sup>. Y, en mayor medida, el que, en el ámbito del derecho al nombre y apellidos, las divergencias sean acusadas y obedezcan a razones y tradiciones arraigadas. El asunto García Avello plantea en este sentido mayores dudas. A diferencia del asunto K.B., no cuenta el TJCE en este caso con una jurisprudencia del TEDH asentada que le sirva de inspiración. Cierto es que el Abogado General menciona algunas decisiones para avalar sus conclusiones, pero éstas no van tan lejos como el TJCE.

Los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo de 1950, aunque de ámbito universal, reflejan la visión europea de tales de-

<sup>42</sup> Al respecto el estudio inicial, «Transexualisme, état civil, vie privée et familiale dans les Etats de la CIEC», *RDF (Jurisclasseur)*, 1998, n.º 12, pp. 3-9, y, a petición del Consejo de Europa, la CIEC ha redactado una nota «Transexualisme en Europe», Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, junio 2000, modificada el 20 de septiembre de 2002 para dar cuenta del cambio de jurisprudencia del TEDH (véase, al respecto, la página 10).

<sup>43</sup> Las decisiones del TEDH y del TJCE obedecen al unísono, a una evolución en la materia que ni remite al derecho interno ni busca la convergencia legislativa entre los Estado. Cuestión esta última relevante en el asunto D c. Consejo, de 31 de mayo de 2001 (STJCE, AS. C-122/99 D., de 31 de mayo de 2001) en el que no se trataba de un matrimonio (o de su acceso) sino de la unión registrada entre una pareja del mismo sexo. La cuestión de competencia exclusiva de los Estados y la falta de consenso en los Estados miembros, a efectos de establecer una equivalencia, permitieron denegar la pretensión.

rechos. La idea de un «orden público europeo» se aproxima a la función de la excepción de orden público internacional. Cumpliría el papel de aproximar las legislaciones de los países europeos, de definir el «orden público» y coadyuvar al reconocimiento de las decisiones procedentes de otros Estados creados conforme a tales derechos<sup>44</sup>.

La cuestión más delicada es su extensión a un ámbito internacional. Por ejemplo si el *ius nubendi* de un transexual cuya ley nacional le prohíbe el matrimonio pudiera ser un impedimento para la celebración del mismo sobre territorio europeo. En Alemania, el Amtsgericht de Hamburgo, el 17 de marzo de 1983, estimó que el impedimento del derecho de Malasia es contrario a la Ley Fundamental, y que el orden público debería descartar tal derecho<sup>45</sup>. Sin embargo, hoy, tras la entrada en vigor del artículo 13.2 del EGBGB (1986) se exigirá cierta proximidad, que uno de los contraentes tenga su residencia en Alemania o la nacionalidad alemana. Y los ejemplos podrían multiplicarse, en Francia, la *Cour de Cassation* francesa ha dictado recientemente cinco decisiones sobre la eficacia del repudio musulmán (procedentes de Marruecos y de Argelia) en las que se invoca el artículo 5 del Protocolo n.º 7 de 22 de noviembre de 1984 del Convenio Europeo de 1950 rechazándose la eficacia por motivos de orden público tratándose de esposos extranjeros (Marruecos o Argelia) domiciliados (los dos o la mujer) en Francia<sup>46</sup>.

Este solución que no procede a aplicar los derechos fundamentales de forma directa, como si fueran normas de aplicación necesaria, parece la vía adecuada, si bien cabe pensar que la proximidad, los vínculos o el impacto en el «foro» habría que extenderlo a un ámbito europeo (o de los países europeos) y no sólo al impacto en el territorio nacional (o vínculos con el foro).

<sup>44</sup> Tendencia destacada por A. BUCHER en su *Recueil des Cours* del año 2000, «La familia en droit international privé», p. 13.

<sup>45</sup> *IPRspr.* 1983, n.º 1 y *StAZ* 1984, p. 42, citadas por S. OTHENIN-GIRARD en, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, 1999, p. 331.

<sup>46</sup> *Cour de cassation*, civil, n.º 02-11.618, n.º 01-11.549 et n.º 02-17.479. <http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/02-15766.htm> Vid., P. COURBE, «Le rejet des répudiations musulmanes», *D.*, 25 mars 2004, p. 815-823. Y favorable a un orden público de proximidad, P. LAGARDE, «Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial», *Festschrift für H.Jürgen Sonnenberger*, 2004, p. 491.

## VI. REFLEXIÓN FINAL: REPERCUSIONES DE AMBAS DECISIONES EN EL DERECHO ESPAÑOL

La STJCE en el asunto *García Avello* incidirá en el artículo 9.9 del Código Civil. La aplicación automática de la ley (nacionalidad) española en la solución de los conflictos positivos de nacionalidades, concurriendo las de dos Estados miembros, se encontrará sancionada. Esto no quiere decir que la única solución compatible con el derecho comunitario para tales conflictos sea la autonomía de la voluntad. A nuestro entender, no resulta discriminatoria la solución dada en el caso por las autoridades belgas que es la de la nacionalidad coincidente con la residencia habitual.

La autonomía de la voluntad no deberá ser necesariamente, a nuestro entender, la directriz en la solución de los conflictos positivos entre las nacionalidades de Estados miembros. Es más, podrá serlo para la materia concreta de la que se ocupa el caso *García Avello*: el nombre y apellidos. Pero esto no significa que los binacionales puedan invocar, según su desiderata, para todas las materias «del estatuto personal» o del derecho de persona y de familia que contengan la conexión de la nacionalidad, la que les convenga. Por ejemplo, para hacer testamento o nombrar un tutor en caso de incapacidad<sup>47</sup>.

La autonomía de la voluntad no es *la* solución generalizada a los conflictos positivos de nacionales entre Estados miembros. Y si lo es en el ámbito de los apellidos lo es en la medida en que la autonomía material impregne el derecho material y la norma de conflicto en la materia.

Se verá, también, alterada con este asunto la concepción del orden público que se mantiene respecto al régimen de los apellidos en España. El sistema español de doble apellido deja de ser de «orden público». Un español podrá ostentar un único apellido si es hijo de padres de distinta nacionalidad. No habrá lugar a las Resoluciones de la DGRN que, como la de 5 de diciembre de 1989, señalan que: «En ningún caso es posible que un español ostente un solo apellido, pues los artículos 109 CC, 53 y 55 LRC y 194, 199 y 213 RRC, contienen un principio de orden público que no puede estar sujeto a excepción alguna, ni siquiera tratándose de extranjeros nacionalizados españoles».

<sup>47</sup> Es interesante al respecto el ejemplo que expone el profesor P. LAGARDE en su ya citado comentario a esta sentencia respecto a la cuestión de la autotutela (pp. 196-197).

No habiendo orden público, siendo el derecho disponible, la autonomía de la voluntad puede abrirse paso. En este sentido, es incierta la suerte del citado Convenio de la CIEC n.º 31 (elaborado en Madrid en septiembre de 2003) que atiende al principio de proximidad en el control del reconocimiento de los apellidos de los Estados parte. Pero en todo caso, el reconocimiento de un único apellido para los nacionales españoles, que permite el Convenio, dejará de ser un motivo de orden público para la no adhesión al mismo.

Respecto a la aplicación de la excepción de orden público internacional, contemplada en nuestro sistema de forma rígida, un orden público de proximidad que atienda a los vínculos existentes con el «territorio europeo» (y no sólo al impacto o vínculos con el foro) —v. gr., teniendo en cuenta en caso de repudio o de celebración del matrimonio de un transexual la residencia o la nacionalidad de uno de los esposos en Francia u otro país europeo— puede ser una solución adecuada, siempre que la cuestión vulnere el orden público, evitando la aplicación directa de tales derechos que, aunque universales, son también reflejo de una visión europea.

El comentario conjunto de los asuntos K.B y García Avello ha mostrado que la intervención del TJCE en el ámbito del derecho de la persona y de la familia, sobre la base de unos principios generales comunes, constituye una realidad presente, y no sólo una proyección con la mira puesta en una Constitución europea.

En el caso García Avello, el TJCE respalda el derecho de los binacionales a elegir su apellido de acuerdo con la ley y costumbre de un Estado miembro en el que nunca han residido. La argumentación podría afectar al «estatuto personal» (y no sólo a los apellidos); puede poner en entredicho la utilidad de la conexión de la «nacionalidad» en un ámbito comunitario, e incluso la compatibilidad de la legislación belga (transmisión automática del patronímico del padre) con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950). Sin embargo, el TJCE no se adentra en estos extremos. La binacionalidad comunitaria es sólo un «motivo» que coadyuva a flexibilizar una rígida práctica administrativa denegatoria del cambio de los apellidos de los hijos, sin perjuicio de la competencia de la ley belga rectora de las condiciones de dicho cambio registral ni, en principio, de su contenido. El asunto pone en relieve, junto a ello, el que inscripción de los apellidos en un Estado miembro requiere establecer unas normas de reconocimiento comunes en los otros Estados, atendiendo a la materia

relativa al derecho personalísimo al nombre y apellidos. No en vano la CIEC estudia, en estos momentos, un Convenio en la materia.

En el asunto K.B., el TJCE se atribuye la defensa de las decisiones dictadas por el TEDH en aplicación del artículo 12 del CEDH (derecho a contraer matrimonio). Ciertamente es que la Carta y el proyecto de Constitución europea (art. II-9) establecen que el derecho a casarse se garantiza «según el derecho nacional», pero el TJCE atiende a una suerte de «orden público común europeo» inspirado en los derechos fundamentales que da como resultado una aproximación de legislaciones armoniosa y respetuosa con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Esta intervención del TJCE no debe menospreciarse, ya que procede de un recurso prejudicial planteado por el propio Estado miembro (con un legislador nacional dudoso (o perezoso) o con una práctica judicial reticente a la aplicación de normas supranacionales. Constituye un factor de efectividad de las decisiones del TEDH y una vía de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros.

