

RECENSIÓN DE LA OBRA *OBSTÁCULOS DE GÉNERO A LA MOVILIDAD TRANSFRONTERIZA DE PERSONAS Y FAMILIAS*, DIRIGIDO POR LAS PROFESORAS PILAR JIMÉNEZ BLANCO E ISABEL RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, EDITORIAL COLEX, MADRID, 2024

CARMEN AZCÁRRAGA MONZONÍS

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universitat de València*

Las sociedades actuales no son homogéneas; se caracterizan con más y más intensidad por su diversidad y heterogeneidad debido a los múltiples elementos definidores de las personas y de los colectivos que las conforman, que se vinculan a diferentes países, nacionalidades, culturas, religiones, orientaciones sexuales o identidades de género, lo que exige de los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho un esfuerzo constante de adaptación y evolución para garantizar los derechos que asisten a todas las personas independientemente de tales circunstancias personales.

El tratamiento de estas situaciones debe considerarse tanto desde la perspectiva puramente doméstica como internacional, ya que constituye una necesidad de primer orden para garantizar la cohesión social y el respeto de los derechos humanos de todas las personas. En este contexto, la obra dirigida por Pilar Jiménez Blanco e Isabel Rodríguez-Uría Suárez titulada «Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias» constituye una aportación científica esencial por diversos motivos. Por un lado, porque contribuye a visibilizar complejas realidades marcadas por el género desde la perspectiva del Derecho internacional privado. Por otro lado, porque reivindica la necesidad de reflexionar acerca del desigual tratamiento que reciben algunas personas en las relaciones transfronterizas por motivos relacionados con esos elementos definitorios de la persona. Y, por último, aunque no por ello menos importante, porque incluye experiencias de Derecho comparado de gran interés, así como análisis de aportaciones jurisprudenciales relevantes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que han adquirido con los años un rol protagonista en la conquista de espacios y derechos en favor de colectivos tradicionalmente discriminados. La

suma de lo anterior proporciona al lector un trabajo original, actual, pertinente y exhaustivo sobre un campo de estudio fundamental en los tiempos actuales.

La obra se divide en tres partes, que aúnan diferentes capítulos que comparten un eje temático, elaborados por distintos autores y autoras que analizan con rigurosidad la materia objeto de estudio. La primera parte de esta obra colectiva se refiere a «La identidad de género en las relaciones transfronterizas», la segunda se titula «Género, orientación sexual y matrimonios transfronterizos», y la tercera recoge diversos capítulos sobre «Filiación y responsabilidad parental desde una perspectiva de género».

La primera parte comienza con un Capítulo firmado por Javier A. González Vega que introduce al lector en la realidad de la autodeterminación de género y el fundamental papel que ha tenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el establecimiento de este derecho a través de la interpretación durante cuatro largas décadas del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta contribución analiza la interesante jurisprudencia del Tribunal en esta materia, pero también señala que todavía quedan cuestiones por dilucidar, tales como las reivindicaciones de las personas intersexuales/intergénero, el necesario debate acerca del género neutro y las implicaciones del derecho a la identidad de género en el campo de la extranjería y el asilo.

A continuación, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos continúa aportando luz a esta materia por medio del análisis de los aspectos internacionales de la autodeterminación de género desde la perspectiva del Derecho español. La contribución nos adentra en la normativa española para posteriormente ahondar en los aspectos internacionales de esta materia, destacando dos problemas principales: por un lado, la ausencia de normas y de soluciones que dificultan la aplicación de esta normativa a situaciones con elementos de extranjería (como las relativas a la competencia judicial internacional y la labor de las autoridades consulares, o el tratamiento de las solicitudes en España de personas extranjeras); y por otro lado, el rígido binarismo del sistema nacional, que no acompasa con las soluciones de otros países que permiten una tercera categoría, cuyas leyes son potencialmente aplicables en calidad de ley nacional de la persona.

Sobre este último aspecto se detiene pormenorizadamente Rosa Miquel Sala cuando aborda el tercer género en Alemania y las novedades y desafíos que implica la aprobación de la reciente Ley de autodeterminación de ese país. La autora estudia los concretos requisitos para el ejercicio de la autodeterminación en materia de género en sus distintas variantes y las cautelas para evitar abusos, el ejercicio de este derecho por menores de edad o personas con discapacidad, las repercusiones de la reforma en cuestiones que afectan a la filiación y al derecho al nombre y, por último, lo que se considera una de las principales novedades de la ley: la inclusión de una nueva norma de conflicto en el ordenamiento alemán, que apuesta por aplicar la ley de la nacionalidad, aunque explicitando que una persona con residencia habitual en Alemania podría elegir el Derecho alemán para modificar su identidad de género. El estudio de la experiencia alemana resulta de gran interés ante la constatación de lagunas en el sistema español.

Con Ángeles Lara Aguado el lector se adentra seguidamente en la era digital, en cuyo marco se analizan cuestiones relacionadas con la identidad personal, sexual y de género. La aportación se refiere inicialmente a dos grandes hitos transformadores del Derecho internacional privado como son, primero, la globalización promotora de la movilidad internacional de las personas, y, segundo, la digitalización de la sociedad, dando lugar incluso según la autora a una cuarta revolución industrial, la cibernética, que ha impactado también en esta disciplina y que afecta a interesantes cuestiones relacionadas con la identidad personal y digital de los sujetos en general, y de las personas trans en especial.

También se centra en el ámbito digital Olaya Fernández Fernández, quien firma una contribución dedicada a los sistemas biométricos y el control de los flujos migratorios, haciendo hincapié en el género como obstáculo a la movilidad transfronteriza. Relata la autora que la gestión del espacio Schengen afronta una remodelación en pleno contexto de disrupción tecnológica y que la inteligencia artificial ha irrumpido asimismo en la gestión de las fronteras, advirtiéndose en este estudio que se están produciendo situaciones de discriminación algorítmica basada en el género y la raza derivada de la falta de representatividad en los datos suministrados al modelo y sus deficiencias de ajuste. A esta preocupante realidad se suma la incorporación de sistemas de reconocimiento de emociones en los relatos de las personas migrantes, que dan lugar a interpretaciones de conceptos jurídicos indeterminados que suponen indicios de peligro o riesgo para la seguridad y la inmigración irregular. El novedoso Reglamento (UE) 2024/1689 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial no prohíbe su uso en este ámbito pese a ser consciente de estos peligros, por lo que resultan ciertamente pertinentes las reflexiones que sobre los mismos se realiza en esta contribución.

La primera parte de la obra culmina con un estudio enmarcado en el ámbito laboral. Noelia Fernández Avello desentraña la problemática de la identidad de género y la orientación sexual en los contratos de trabajo transfronterizos. Este trabajo parte de la premisa de que el mercado laboral no otorga un tratamiento igualitario y respetuoso a todas las personas independientemente de tales elementos definitorios, una problemática que se identifica desde la fase de selección y que se extiende hasta ciertos resultados producidos por disposiciones resultantes de la negociación colectiva que tienen precisamente por objetivo garantizar la igualdad. La contribución ofrece un análisis conjunto de los problemas que pueden suscitarse en los contratos de trabajo transfronterizos de las mujeres, las personas trans, de tercer sexo/género y parejas del mismo sexo al haberse identificado problemas comunes, para a continuación tratar la situación particular de cada uno de los colectivos una vez se ha celebrado el contrato, destacando el papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la interpretación de la libre circulación intraeuropea.

Nos adentramos en la segunda parte de la obra colectiva referenciada, dedicada al género, la orientación sexual y los matrimonios transfronterizos. La inaugura el Capítulo de Ángel Espiniella Menéndez sobre «El matrimonio igualitario desde las lógicas del Derecho internacional privado». El autor asegura que el tema objeto de estudio ha resurgido recientemente debido a un conjunto de asuntos conocidos

por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que abordan la circulación transfronteriza de los matrimonios entre personas del mismo sexo, una problemática en la que convergen planteamientos de derechos humanos, Derecho europeo y de Derecho de persona, familia y sucesiones. Por ello, el autor retoma una interesante metodología sobre dos lógicas: la internacional y la de Derecho privado. Lo anterior conducirá a reflexionar sobre nociones tan importantes para el reconocimiento transfronterizo de las parejas del mismo sexo como la transposición de instituciones, la atenuación del orden público de los países que no las aceptan y el transcendental impulso que ha tenido para el reconocimiento de derechos el respeto a la libertad de circulación dentro de la Unión Europea.

A continuación, los investigadores Marco Rizzuti y Giacomo Pailli coautorizan un interesante estudio (en italiano) que nos permite aprender sobre la experiencia italiana en materia de parejas del mismo sexo. El trabajo analiza el Derecho material italiano y las normas de Derecho internacional privado que regulan la determinación de la ley aplicable y la competencia sobre estas situaciones familiares, así como los efectos producidos en Italia por las parejas establecidas en el extranjero. Italia no permite los matrimonios entre personas del mismo sexo, sí las uniones civiles, por lo que esta contribución ofrece una buena oportunidad para conocer un sistema diferente al español, pero tampoco ajeno al mismo, ya que se refiere a un país de nuestro entorno, que forma parte de la Unión Europea, y con el cual pueden presentar lazos múltiples parejas vinculadas también con España.

Cierra la segunda parte del libro la contribución titulada «El caso Coman entre el TJUE y el TEDH: la identidad nacional como límite ¿ilícito? a la práctica de la libertad de circulación en la UE». Su autor es Lucas Andrés Pérez Martín, quien, de partida, sitúa al lector en un escenario preocupante que se pregunta sobre la eficacia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la hora de garantizar la libertad de circulación de las parejas del mismo sexo. La sentencia de 5 de junio de 2018 dictada en el asunto Coman no se ha ejecutado en la práctica, impidiendo que esta persona haya podido residir en Rumanía con su pareja del mismo sexo a pesar de que el Tribunal instó a ese país a emitir los permisos de extranjería necesarios en favor del señor Hamilton para permitir que esta familia pudiera residir en su territorio. Esta contribución no se limita al análisis de la sentencia, sino que va más allá, exponiendo los motivos procesales esgrimidos por una Rumanía «en rebeldía» que no aplica la citada doctrina y reflexionando acerca de las causas por las que esta situación no ha provocado un procedimiento de incumplimiento. Se informa además de que el señor Coman ha acudido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que permite al autor vaticinar un posible resultado favorable a la luz de la reciente doctrina de este Tribunal sobre los derechos familiares de las parejas del mismo sexo respecto a otros Estados parte del Convenio.

Finalmente, la obra colectiva que se presenta incluye una tercera parte sobre «Filiación y responsabilidad parental desde una perspectiva de género», un terreno sobre el que existen actualmente también obstáculos a la movilidad transfronteriza y colectivos que están viendo vulnerados sus derechos por motivos vinculados al

género. El hecho de que una persona modifique legalmente su género puede afectar a otras personas y a las relaciones jurídicas que las vinculan. Una primera aproximación a esta problemática se estudia por Isabel Rodríguez-Uría Suárez en el Capítulo «La incidencia de la autodeterminación de género en el régimen jurídico de la filiación», que aborda dos estatutos diferenciados pero interrelacionados —la autodeterminación de género y la filiación—, que se regulan de distinto modo, pudiendo dar lugar a disfunciones derivadas de la falta de coordinación normativa.

Junto con ello, también en el ámbito de la filiación y en este caso, la adoptiva, Antonia Durán Ayago analiza interesantes cuestiones relativas a la adopción internacional desde la perspectiva de género y la orientación sexual. Se asume en la actualidad que los niños y las niñas tienen derecho a crecer en una familia, pero a partir de aquí la autora se pregunta... ¿qué familia? El principio del interés superior del niño no se interpreta de la misma manera en todos los países, al igual que no se reconoce la posibilidad de adoptar en todos los países a todos los perfiles de personas que se ofrecen. En este campo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos adopta de nuevo un papel protagonista en la interpretación del derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo, aunque la adopción internacional de estas personas se encuentra severamente limitada debido a la aplicación de leyes de países que no reconocen esta clase de familias.

La obra continúa analizando otro modelo de familia conocido en España dentro de la filiación homoparental: la «co-maternidad» (doble maternidad derivada de técnicas de reproducción humana asistida), y su reconocimiento en el Derecho italiano, un estudio elaborado por Natalia Viganò Martínez que se enmarca en la aprobación de la nueva Propuesta europea sobre filiación. La autora analiza el marco regulador de esta figura en España y en Italia, constatando los avances aprobados en el primer país en contraposición al segundo, así como, en general, las divergencias existentes en esta materia dentro de la Unión Europea. De ahí la importancia del nuevo texto europeo, el cual, de entrar en aplicación en el futuro, contribuirá a eliminar obstáculos a la libre circulación de las personas.

El siguiente capítulo, firmado por Helena Mota, amplía la perspectiva comparada al centrar la atención en dos escenarios, portugués y brasileño. La autora estudia (en portugués) el reconocimiento en Portugal del establecimiento de la filiación en el extranjero, analizando en particular la posible eficacia en ese país de una modalidad de filiación que no existe en el mismo y que se encuentra por ello con la barrera del orden público: la filiación socio-afectiva multiparental brasileña, que supone el reconocimiento judicial o extrajudicial de una filiación concurrente (o no) con la filiación biológica, basada en una relación socioafectiva preexistente entre el niño y sus progenitores.

A continuación, Konrad Duden ha elaborado el capítulo (en inglés) titulado: «Parenthood and the principle of recognition: what is there to recognize?». Se trata de un estudio de enorme relevancia en el contexto de la obra en su conjunto, ya que «el principio del reconocimiento» acuñado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea subyace en todas las materias estudiadas cuando se aspira a que un estado

creado en un país pueda desplegar eficacia en otro país, sobre todo si no existe en este último. Tal principio presenta potencial para la movilidad intracomunitaria y la lucha por el reconocimiento transfronterizo de los distintos modelos de familia, por lo que entender correctamente sus claves puede coadyuvar por ende a la extensión de derechos en las situaciones privadas internacionales de familia.

Con Carmen Ruiz Sutil, el lector tendrá la ocasión de reflexionar acerca de la importancia de la perspectiva de género y de la de infancia en la resolución de conflictos transnacionales sobre custodia y visita ante situaciones de violencia de género. Con este fin, la autora presenta un panorama práctico de la legislación internacional y europea sobre cuestiones que afectan especialmente a los hijos o hijas, planteando una lectura con perspectiva de género de los foros de competencia judicial internacional ante la demanda sobre custodia/visita. Igualmente, el estudio persigue otorgar pautas para la concreción del interés superior del niño y de la niña que cohabitan con la violencia de género cuando hay que determinar el Derecho aplicable al fondo del asunto. En todo caso la autora considera que la sociedad ya ha comprendido hoy en día que la violencia de género/doméstica dirigida hacia una madre es gravemente perjudicial para las y los niños que la presencian o que se exponen a ella. Y en este ámbito, no solo tiene un papel importante el Derecho penal; señala la autora con acierto que, ante una ruptura familiar, el castigo penal ha de complementarse con las técnicas del Derecho internacional privado para garantizar la seguridad y las libertades fundamentales de las mujeres y de sus hijos e hijas.

La última contribución de esta obra colectiva, elaborada por Beatriz Vázquez Rodríguez, lleva por título «Un paso en la erradicación de la violencia contra las mujeres en la UE: análisis de la Directiva 2024/1385 y su implementación en España». Se centra en un nuevo texto legal europeo que, a pesar de no ser suficientemente ambicioso según la autora por haber dejado lagunas en la protección de las víctimas, constituye una novedad relevante en Europa, donde permitirá impulsar una cierta armonización legal contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. La transposición se prevé en tres años, periodo durante el cual los Estados Miembros de la Unión Europea deberán adaptar sus ordenamientos. Las reformas no tendrán que ser drásticas en España por su avanzada legislación en este campo, pero deberá en todo caso adaptarse a esta novedad.

En suma, nos encontramos ante una obra pionera y de necesaria lectura por parte de aquellas personas que busquen aprender y mejorar sus conocimientos sobre múltiples realidades vinculadas al género y a la orientación sexual en las relaciones privadas internacionales, unos conocimientos necesarios para la convivencia en entornos diversos y heterogéneos como los que existen actualmente en la gran mayoría de estados.