

DOS CUESTIONES SUSCITADAS POR LA TRANSPOSICIÓN ESPAÑOLA DE LA DIRECTIVA 2004/38/CE A TRAVÉS DEL RD 240/2007: EL RÉGIMEN APLICABLE A LOS ASCENDIENTES DE ESPAÑOLES Y LA EXTENSIÓN A LAS PAREJAS REGISTRADAS DEL CONCEPTO DE «MIEMBROS DE LA FAMILIA DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN»

SARA IGLESIAS SÁNCHEZ*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LOS ASCENDIENTES DE ESPAÑOLES: LA INTRODUCCIÓN DE UN ELEMENTO DE DISCRIMINACIÓN INVERSA.
 1. LA COMPATIBILIDAD DE LA «DISCRIMINACIÓN INVERSA» CON EL DERECHO COMUNITARIO.
 2. LA COMPATIBILIDAD CON EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN.
- III. LA AMPLIACIÓN DE LA DEFINICIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA: LAS PAREJAS REGISTRADAS Y LAS PARTICULARIDADES DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA.
 1. LA NOCIÓN DE «TRATO EQUIVALENTE AL MATRIMONIO» Y EL ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES DE TRANSPOSICIÓN.
 2. LA EXIGENCIA DE LA INSCRIPCIÓN EN UN ESTADO MIEMBRO QUE NO PERMITA LA COEXISTENCIA DE REGISTROS SIMULTÁNEOS.
- IV. CONSIDERACIONES FINALES

I. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero¹ lleva a cabo la transposición al derecho español de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Euro-

* Becaría de Investigación del Departamento de Derecho Internacional Público y Privado de la Universidad Complutense de Madrid (Programa FPU del MEC).

¹ *BOE*, núm. 51, de 28 de febrero de 2007, p. 8558.

peo y del Consejo², relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, cuyas principales innovaciones han sido puestas de relieve ya por la doctrina³. En efecto, la norma comunitaria introduce algunas novedades de envergadura, cuya interpretación y aplicación por las autoridades nacionales reviste especial importancia en relación con la situación legal de los nacionales de Estados terceros familiares de miembros de la Unión, colectivo con respecto al cual se ponen manifiestamente de relieve las diferencias legales entre los diversos regímenes generales en materia de inmigración, y el derecho que ampara a aquellos que pueden considerarse incluidos dentro del ámbito de aplicación del derecho comunitario relativo a la libre circulación de personas.

² DOUE, L 158, de 30 de abril de 2004, p. 77.

³ Entre dichas innovaciones ha de destacarse que la Directiva constituye el primer texto legal que, basado en el artículo 18 TCE, se fundamenta en la noción de ciudadanía europea. Asimismo, refunde las diferentes directivas que regulaban la libre circulación de asalariados, trabajadores por cuenta propia, e inactivos, con la consiguiente simplificación del derecho derivado en esta materia y contribuye, de este modo, a la unificación de los estatutos jurídicos de los nacionales de los Estados miembros, aunque persisten algunas diferencias basadas en el desempeño o no de una actividad económica. Por otra parte, la Directiva elimina la posibilidad de que a los ciudadanos europeos les sean requeridas y emitidas tarjetas o permisos de residencia, subsistiendo esta posibilidad únicamente para sus familiares no comunitarios, y se enuncian los cauces específicos del mantenimiento del derecho a la residencia de éstos, y la adquisición de la residencia permanente, aumentándose, al mismo tiempo, la protección contra la expulsión. Otras novedades remarcables son la inclusión de las parejas registradas dentro del ámbito personal de aplicación de la Directiva, así como la referencia a «otros familiares», a los que deberá «facilitarse» la entrada y residencia cuando acompañen al ciudadano de la Unión. Existen diversos análisis de la Directiva 2004/38/CE, que describen las consecuencias jurídicas de las novedades que aquí se apuntan. Véase, por ejemplo: BLÁZQUEZ PEINADO, M.ª D.: «El derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, últimos desarrollos normativos: la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, 2004, sep-oct, n.º 233, pp. 18-32. CANDELA SORIANO, M. y CHENEVIÈRE, C.: «Droit au regroupement familial et droit au mariage du citoyen de l'Union européenne et des membres de sa famille à la lumière de la Directive 2004/38/CE», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2005, vol. 16, afl. 64, pp. 923-953; ILIOPOULOU, A.: «Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille: la directive 2004/38/CE», *Revue du droit de l'Union européenne*, 2004, afl. 3, pp. 523-557; HAILBRONNER, K.: «Neue Richtlinie zur Freizügigkeit der Unionsbürger», ZAR 8/2004, pp. 259-265; «Die Unionsbürgerrichtlinie und der ordre public» ZAR 9/2004, pp. 299-305; CARLIER, J.-Y.; GUILD, E. [et al.] (Dir.): *The future of free movement of persons in the EU: analysis of the Directive 2004-38 of 29 April 2004 on the right of citizens to move and reside freely*. Bruylant, Bruxelles, 2006.

La Directiva y su transposición al derecho nacional suscitan, en este sentido, diversas cuestiones que ponen de manifiesto la complejidad y la ausencia de un fluido engranaje normativo entre el régimen general de extranjería y el régimen comunitario⁴. Esta carencia es predicable tanto de la relación de la Directiva comunitaria con las normas que componen la política de inmigración legal de la Unión Europea como de la relación entre la normativa española reguladora del régimen general de extranjería y el nuevo Real Decreto dedicado a los ciudadanos comunitarios.

El presente trabajo, lejos de pretender atender a la totalidad de las omisiones o posibles defectos en la transposición de la Directiva⁵, analizará únicamente determinados problemas específicos planteados por la incorporación al derecho español de algunas de las innovaciones del nuevo derecho comunitario en relación con la situación jurídica de los nacionales de terceros Estados familiares de ciudadanos de la Unión⁶, en particular,

⁴ Esta situación ha sido definida por el Abogado General Geelhoed, como un dilema consistente en que: «por un lado, los nacionales de terceros países familiares de ciudadanos comunitarios tienen derechos derivados de las disposiciones que regulan la libre circulación de personas dentro de la Comunidad. Por otro lado, a falta de una armonización completa en materia de inmigración, como todavía sucede, los Estados miembros conservan la competencia para regular la primera admisión de nacionales de países terceros en su territorio e, *ipso facto*, en el territorio de la Unión Europea». Punto 2 de las Conclusiones del Abogado General Geelhoed presentadas el 27 de abril de 2006 en el Asunto C-1/05, Yunying Jia.

⁵ La doctrina ha detectado algunas omisiones que pueden comprometer la compatibilidad del derecho español con el derecho comunitario. Algunas de ellas han sido avanzadas en el documento «Notas urgentes sobre el RD. 240/2007. Entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos comunitarios y sus familias Notas Urgentes, esquema y guión para el debate», disponible en www.intermigra.info. Sobre el Real Decreto, en líneas generales, puede verse: LANZADERA ARENCIBIA, E.: «El nuevo régimen de entrada y permanencia de los ciudadanos comunitarios y sus familias en el marco de la ampliación de la Unión Europea a Rumania y Bulgaria. Comentario al Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero y al régimen transitorio de búlgaros y rumanos en España» *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social*, n.º 14, mayo 2007. BLÁZQUEZ PEINADO, M. D.: «La transposición en Derecho español de la normativa comunitaria sobre libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias: el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 27, 2007, pp. 595-622.

⁶ El peculiar estatuto jurídico de los nacionales de terceros Estados familiares de ciudadanos de la Unión ha sido objeto de la atención de la doctrina, dado su notable interés, por estar estas personas inmersas en una situación jurídica en la que convergen los regímenes general de extranjería y comunitario. El tratamiento jurídico de estas personas en el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, precedente al que aquí se estudia, ha sido abor-

la extensión del concepto de «miembros de la familia» a las parejas registradas y la cuestión del estatuto jurídico de los nacionales de terceros Estados ascendientes de nacionales españoles. La regulación de estos supuestos por el Real Decreto reviste características novedosas, en tanto en cuanto dicha norma introduce por primera vez en esta materia ciertos elementos de «discriminación inversa», y constituye el principal motivo del recurso interpuesto contra el mismo ante el Tribunal Supremo por determinadas ONGs⁷.

dado por: ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: «Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales: de la flexibilidad de la jurisprudencia del TJCE y del TS a la rigidez de la normativa vigente y futura», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º 9, 2005, pp. 9-43; «Nacionales de terceros países familiares de un ciudadano comunitario en el territorio de su propio Estado: ¿régimen de extranjería general o aplicación de la normativa comunitaria relativa a la libre circulación? (a propósito de la STJCE de 23 de septiembre de 2003)» en A. L. CALVO Carvaca y E. CASTELLANOS RUIZ: *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 23-41; «Análisis crítico del RD 178/2003, de 14 de febrero, sobre régimen jurídico de los nacionales de la Unión Europea y sobre su necesaria reforma», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 3, julio 2003, pp. 29-59; ARCE JIMÉNEZ, E.: «Los familiares extranjeros del español en el derecho de extranjería. (Libertad de circulación y de residencia en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia)», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 12, 2006, pp. 21-47; GARCÍA MURCIA: «La singular relación entre Derecho Comunitario y Derecho Interno: a propósito del Real Decreto 178/2003 sobre entrada y permanencia de ciudadanos comunitarios», *Aranzadi Social* n.º 10/2003; JIMÉNEZ BLANCO, P.: «Las libertades de circulación y residencia en los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea», *La Ley*, n.º 5771, de 30 de abril de 2003, pp. 1-13; ORTEGA JIMÉNEZ: «Real Decreto 178/2003. El nuevo estatuto administrativo de los ciudadanos comunitarios», *Iuris. Actualidad y práctica del Derecho* n.º 85, julio-agosto 2004, pp. 42-49; QUIRÓS FONS, A.: «Familiares extracomunitarios, protagonistas del RD 178/2003. Futura incidencia de la propuesta de Directiva sobre la libre circulación». *Migraciones* (Madrid) 2004, Junio (15) pp. 223- 260.

⁷ En efecto, según informa un comunicado de la Asociación Europea de Derechos Humanos (disponible en www.prouracisme.org), la APDHA, la Federación Andaluza Acoge, y CEAR, interpusieron en mayo del 2007 ante el Tribunal Supremo el anuncio de recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 240/2007, al estimar que la regulación de la reagrupación familiar de los ascendientes de españoles es discriminatoria, y por la deficiente regulación en el Real Decreto de la consideración de las parejas registradas como miembros de la familia del ciudadano de la Unión, cuando la pareja esté inscrita en uno de los registros existentes en España.

II. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LOS ASCENDIENTES DE ESPAÑOLES: LA INTRODUCCIÓN DE UN ELEMENTO DE DISCRIMINACIÓN INVERSA

El Real Decreto 1099/86⁸, primera norma que implementó en nuestro derecho nacional la libre circulación de personas, establecía ya que sus disposiciones se aplicarían también a los familiares de españoles⁹. Esa tendencia se ha mantenido en los sucesivos Reales Decretos reguladores de esta materia¹⁰, de forma que los familiares no comunitarios de españoles se han encontrado tradicionalmente sujetos al llamado «régimen comunitario», y no al régimen general de extranjería. A esta opción normativa subyace el razonamiento de no tratar a los propios nacionales de una manera más desfavorable que a los extranjeros comunitarios que ejerciten la libre circulación de personas, evitando así que surja la denominada «discriminación inversa»¹¹, entendiendo la misma como aquella situación jurídica, en

⁸ BOE, n.º 139 de 11 de junio de 1986.

⁹ Artículo 2.2 del citado Real Decreto.

¹⁰ Real Decreto 776/1992, B.O.E. 156 de 30 de junio de 1992; Real Decreto 737/1995, BOE, 133 de 5 de junio de 1995; Real Decreto 1710/1997, BOE, 274 de 15 de noviembre de 1997 y Real Decreto 178/2003, BOE, 46 de 22 de febrero de 2003.

¹¹ El caso paradigmático de este tipo de «discriminaciones», que se plantean raras veces, es el de la reagrupación familiar, ya que el derecho comunitario otorga dicho derecho a aquellos ciudadanos de la Unión que se desplacen a otro Estado miembro ejerciendo la libre circulación, pero no a aquellos ciudadanos comunitarios que, sin haber ejercitado dicha libertad, residen en el Estado del cual son nacionales, quedando su situación regulada puramente por el derecho nacional. Sobre el debate acerca de la discriminación inversa y las «situaciones puramente internas», puede consultarse: BORRAJO INIESTA, I.: «Capítulo XXII: Las libertades de establecimiento y servicios en el Tratado de Roma» en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. [et al.] *Tratado de Derecho Comunitario Europeo, estudio sistemático desde el derecho español*, tomo II, Madrid, 1986; CANNIZARO, E.: «Producing 'reverse discrimination' through the exercise of EC competences», *Yearbook of European Law*, Vol. 7, 1997, pp. 29-46; GAJA, G.: «Les discriminations à rebours: un revirement souhaitable», en *Mélanges en homage à Michel Waelbroeck*, Bruylant, Bruselas, 1999; DAVIES, G.: *Nationality Discrimination in the Internal Market*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, especialmente, su capítulo 7: «The Wholly Internal Situation»; DUE, O. y GULMANN, C.: «Restrictions à la libre circulation intracommunautaire et situations purement internes», en COLNERIC, E.; PUISOCHET y RUIZ-JARABO COLOMER (Eds.): *Une Communauté de droit-Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2003; JANER TORRENS, J. D.: «El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa» *Revista de Derecho Comunitario Europeo*,

la que el Derecho comunitario obliga a un Estado miembro a conferir derechos a los nacionales de otros Estados miembros, que aquel no extiende a sus propios nacionales, dando lugar a una situación de discriminación contra los últimos¹².

El Real Decreto 240/2007 se aparta, por primera vez, de la tendencia señalada, al desligar la reagrupación familiar de los ascendientes no comunitarios de españoles del régimen comunitario, para aplicar en este caso el régimen general de extranjería. Se introduce, así, en la Disposición final tercera, una modificación del Reglamento de extranjería¹³, en el que se añade una disposición adicional vigésima, que establece que la reagrupación familiar de los ascendientes de españoles se regirá por el régimen general de extranjería¹⁴. Las diferencias entre ambos regímenes no son insignificantes, tanto en relación con los trámites referentes a la entrada como a la residencia. Los ascendientes nacionales de terceros Estados familiares de ciudadanos de la Unión podrán acompañar o reunirse con éstos previa solicitud de un mero visado de entrada (no de residencia)¹⁵, en el

n.º 14, 2003, pp. 305- 320; KON, S. D.: «Aspects of reverse discrimination in Community Law», *European Law Review*, Vol. 6, 1981, pp. 75-101; PÉREZ DE LAS HERAS, B.: «Las discriminaciones en sentido inverso en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: su compatibilidad con el principio constitucional de igualdad entre los ciudadanos de un Estado», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 1, 1988, pp. 343-359; PICKUP, P.: «Reverse discrimination and freedom of movement for workers», *Common Market Law Review*, vol. 23, 1986, pp. 135-156; POIARES MADURO, M.: «The Scope of European Remedies: The Case of Purely Internal Situations and Reverse Discrimination», en KILPATRICK, C.; NOVITZ, T. and SKIDMORE, P.: *The Future of Remedies in Europe*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2000, pp. 117-140; RITTER, C.: «Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234», *European Law Review*, v. 31, n.º 5 2006, pp. 691-710; RUIZ-JARABO, P.: «La reacción del Ordenamiento Jurídico español ante la discriminación inversa», *Noticias de la Unión Europea* n.º 225, 2003, pp. 93-106.

¹² POIARES MADURO, M.: «The Scope of European Remedies...». *Op. Cit.*, p. 118.

¹³ Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *BOE*, núm. 6 de 7 de enero de 2005.

¹⁴ Como medida transitoria, se permite que se siga aplicando el régimen comunitario a aquellos ascendientes que en el momento de la entrada en vigor del Real Decreto 240/2007 fuesen ya titulares de una tarjeta de familiar comunitario en vigor o susceptible de ser renovada.

¹⁵ En efecto, según la instrucción de 6 de junio de 2005 de la Dirección General de Inmigración, los familiares de los ciudadanos de la Unión únicamente pueden ser requeridos de obtener un visado de estancia para entrar en territorio español. Dicha instrucción pretendía acomodar el derecho español al comunitario, tras la Sentencia del TJCE de 14 de

caso de ser éste necesario¹⁶, cuya expedición será gratuita y cuya tramitación tendrá carácter preferente¹⁷. Por el contrario, los españoles que pretendan reagrupar a sus ascendientes nacionales de Estados terceros deberán someterse al engorroso procedimiento general de tramitación de visados de residencia por reagrupación familiar¹⁸, según el cual deberán aportar, al igual que cualquier otro extranjero extracomunitario que desee reagrupar a sus ascendientes a cargo, acreditación de empleo y/ o de recursos económicos, incluyendo la asistencia sanitaria, así como justificación documental que acredite la disponibilidad de una vivienda adecuada.

Esta diferenciación de posiciones jurídicas plantea diversas cuestiones, en relación con su compatibilidad tanto con el Derecho comunitario como con la Constitución Española, que abordaremos a continuación.

1. LA COMPATIBILIDAD DE LA «DISCRIMINACIÓN INVERSA» CON EL DERECHO COMUNITARIO

Aunque algunos Estados miembros han decidido otorgar a sus propios nacionales el mismo tratamiento jurídico que a aquellos nacionales de otros Estados miembros que ejercen su derecho de libre circulación y residencia¹⁹, la

abril de 2005 en el asunto C-157/03 (*Rec. p. I-02911*), que estimó un recurso de incumplimiento contra España por imponer a estas personas la obligación de obtener un visado de residencia. Esta solución ha sido recogida en el RD 204/2007, si bien en él se hace referencia a un «visado de entrada» en lugar de a un «visado de estancia».

¹⁶ Según lo dispuesto en el Reglamento (CE) 539/2001, de 15 de marzo, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. *DOUE L 81* de 21 de marzo de 2001, p. 1.

¹⁷ Según el artículo 4.2 del RD 240/2007, y en cumplimiento de la jurisprudencia del TJCE en el asunto MRAX, (Sentencia de 25 de julio de 2003 en el asunto C-459/99 (*Rec. p. I-06591*), tras efectuarse la entrada en territorio Español, y para obtener la tarjeta que acredita el derecho a la residencia por un período superior a 3 meses, según el artículo 8 del RD 240/2007, bastará con aportar el título de viaje, documentación acreditativa de la situación familiar, el certificado de registro del ciudadano de la Unión y prueba de que dichos ascendientes están a cargo.

¹⁸ El régimen general de la reagrupación familiar aparece regulado en el capítulo II del título I (artículos 16 a 19) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por las leyes orgánicas 8/2000, 14/2003, y en los artículos 38 a 44 de su Reglamento de aplicación.

¹⁹ Véase, por ejemplo, la Ley portuguesa de 9 de agosto de 2006 o la ley griega n.º 3366 sobre entrada, residencia e integración social de los extranjeros, de 23 de agosto de 2005. Tradicionalmente, el régimen comunitario se ha aplicado a los familiares de los

solución distinta es la más generalizada. La exposición de motivos del Real Decreto 240/2007 hace hincapié en la conformidad de esta opción normativa con el derecho comunitario, señalando que «el derecho a la reagrupación familiar se determina como un derecho inherente al ciudadano de un Estado miembro, pero asociado necesariamente al ejercicio de su derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los otros Estados miembros, todo ello de conformidad con la normativa comunitaria y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». En efecto, dicho Tribunal ha declarado conformes al Derecho comunitario las diferencias de trato que afectan a situaciones puramente internas²⁰.

Ahora bien, la normativa española puede ver comprometida su conformidad con el Derecho comunitario en aquellos casos en los que la denominada «discriminación inversa» está proscrita por el mismo, es decir, cuando un nacional español haya ejercido su libertad de circulación acompañado de sus progenitores en otro Estado miembro, regrese a España²¹, o

belgas la ley de extranjería belga. No obstante, una reciente reforma de 25 de abril de 2007 —Loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers— ha incluido un nuevo artículo 40ter para hacer una excepción a esta regla, aplicando a los ascendientes de sus propios nacionales condiciones que son más restrictivas que las aplicadas a los familiares de comunitarios, si bien no se reconduce la regulación de los ascendientes al régimen general de extranjería. Otros Estados miembros, como Austria, Finlandia y Reino Unido, únicamente aplican el régimen comunitario a los familiares de sus nacionales cuando éstos regresen a su territorio después de haber ejercido la libre circulación. Véase, a este respecto, la nota 23 del presente trabajo.

²⁰ Véanse, a modo de ejemplo, sobre este particular las Sentencias del TJCE de 28 de marzo de 1979 en el asunto 175/78 *Saunders* (Rec. p. 1129); de 27 de octubre de 1982, en el asunto 35/82, *Morson and Jhanjan / Netherlands State* (Rec. p. 3723); de 3 de enero de 1986, en el asunto 298/84, *Iorio/ Azienda autonoma delle ferrovie dello Stato* (Rec. p. 247); de 28 de enero de 1992 en el asunto C-332/90, *Steen / Deutsche Bundespost* (Rec. p. I-341); de 5 de junio de 1997, en el asunto C-64/96, *Uecker and Jacquet / Land Nordrhein-Westfalen* (Rec. p. I-3171).

²¹ De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE en su sentencia de 7 de julio de 1992, (*Surinder Singh*, C-379/90, Rec. p. I-04265, punto 29) «podría disuadirse a un nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, a efectos del Tratado, en el territorio de otro Estado miembro, si no pudiera gozar, al regresar al Estado miembro de su nacionalidad para ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, de facilidades de entrada y de residencia cuando menos equivalentes a aquellas de las que puede disponer, conforme al Tratado o al Derecho privado, en el territorio de otro Estado miembro». Bien es cierto que en este asunto el TJCE se pronunció exclusivamente en relación con el cónyuge del ciudadano comunitario. No obstante, no existe razón para no aplicar análogamente este razonamiento

cuando manteniendo su residencia legal en nuestro país, se encuentre amparado por alguna de las libertades comunitarias²². Las personas en estas situaciones podrían alegar válidamente, a nuestro juicio, que la reagrupación familiar de sus ascendientes directos debería quedar regida por las disposiciones más favorables aplicables a los ciudadanos de la Unión que ejercen la libre circulación²³.

2. LA COMPATIBILIDAD CON EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN

El propio TJCE ha puesto de manifiesto que el remedio para prevenir las consecuencias no deseables de las situaciones en las que se producen

a los ascendientes que, conforme al derecho comunitario, hubieran gozado de un derecho de residencia en el Estado miembro en el cual el ciudadano comunitario hubiera ejercido su libre circulación.

²² En el asunto *Carpenter*, a pesar de que el ciudadano comunitario residía en su país de origen (Reino Unido), se consideró que, dado que sus actividades profesionales se encontraban enmarcadas dentro del ámbito de la libre prestación de servicios comunitaria, su cónyuge, nacional de Filipinas, derivaba del derecho a la libre circulación, interpretado a la luz de los Derechos Humanos, un derecho de residencia en el citado Estado miembro. Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 2002, *Mary Carpenter contra Secretary of State for the Home Department* (*Rec. p. I-06279*) Asunto C-60/00. Como en el caso anterior, el hecho de que el TJCE se pronunciase en este asunto únicamente con respecto al cónyuge del nacional comunitario, no excluye la posibilidad de interpretar de forma analógica el derecho a la residencia de los ascendientes de los ciudadanos de la Unión.

²³ Un ejemplo de una legislación que ha resuelto adecuadamente este asunto es la Ley Austriaca: *Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich* (*Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz – NAG*) *BGBI. I Nr. 100/2005 idF BGBI. I Nr. 99/2006*, cuyo artículo 57 otorga el mismo tratamiento a los nacionales austriacos que hayan ejercido la libre circulación de personas que a los nacionales de otros Estados miembros que se encuentren en Austria, amparados por las disposiciones del Derecho comunitario. Esta solución es también la adoptada por el Reino Unido, que ha transpuesto a su derecho nacional la Directiva 2004/38/CE a través de los *Immigration (European Economic Area) Regulations 2006* (No. 1003) que entraron en vigor el 30 de abril del 2006. Según el punto 7 de dichos reglamentos, las disposiciones correspondientes al régimen comunitario únicamente son aplicables a los propios nacionales del Reino Unido en aquellos casos en los que éstos hayan ejercido la libre circulación y vuelvan al Reino Unido, adoptándose así una solución semejante a la austriaca, si bien, añadiendo múltiples condiciones. También Finlandia ha recogido en su ley de extranjería 301/2004, una solución semejante, en la sección 49a (introducida por la ley 360/2007), que en su tercer apartado, al referirse a los nacionales finlandeses que hayan ejercido su derecho a la libre circulación acompañados de sus familiares, remite a las disposiciones relativas a los ciudadanos de la Unión, contenidas en el capítulo 10 de dicha ley.

las denominadas discriminaciones inversas deberá provenir de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros²⁴. Sobre la compatibilidad de este tipo de situaciones con el artículo 14 de nuestra Constitución existen pronunciamientos emitidos tanto por el Tribunal Supremo como por el Consejo de Estado, poniendo de relieve estas instituciones interesantes argumentos que consideramos aquí de interés.

El Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse con respecto al fenómeno de la discriminación inversa en varias ocasiones, manteniendo en sus dictámenes posiciones divergentes. En su dictamen, 1259 de 2 de marzo de 1995²⁵, se planteaba directamente la cuestión del tratamiento menos favorable para los españoles con respecto a la modificación del Real Decreto 766/1992²⁶, que se hacía necesaria para adecuar el derecho español a la jurisprudencia del TJCE en el asunto *Diatta*²⁷. En el proyecto del gobierno sometido a consulta, se aplicaba tal jurisprudencia únicamente a los nacionales de otros Estados miembros, y no a los españoles, que quedaban, por lo tanto, en una situación desfavorecida. Sin embargo, el Consejo de Estado, enfocó el asunto como una diferencia de trato entre extranjeros, y no como una desigualdad de trato entre españoles y el resto de ciudadanos de la Unión²⁸, por lo cual, entre otras consideraciones, estimó que tal regulación no era contraria a la Constitución es-

²⁴ Así lo señala la STJCE de 5 de junio de 1997, Uecker y Jacquet c. Land Nordrhein-Westfalen, Asuntos acumulados C-64/96 y C-65/96. (*Rec.* p. I-03171) en su punto 23: «A este respecto, procede señalar que la ciudadanía de la Unión, prevista en el artículo 8 del Tratado CE, no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado también a situaciones internas que no tienen ningún vínculo con el Derecho comunitario. Por otra parte, el artículo M del Tratado de la Unión Europea prevé que ninguna disposición de dicho Tratado afectará a los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea sin perjuicio de las disposiciones por las que se modifican expresamente dichos Tratados. Las posibles discriminaciones de que pueden ser objeto los nacionales de un Estado miembro en lo que respecta al Derecho de ese Estado están comprendidas en el ámbito de aplicación de éste, por lo que deben ser resueltas en el marco del sistema jurídico interno de dicho Estado».

²⁵ Consejo de Estado, *Recopilación de Doctrina Legal 1995*. BOE, Madrid, 1996, pp. 1514-1533.

²⁶ En efecto, el artículo 2 de dicho Real Decreto excluía de la aplicación del régimen comunitario a los cónyuges que estuvieran separados «de hecho o de derecho».

²⁷ STJCE de 13 de febrero de 1985 en el asunto C-267/83 (*Rec.* p. 00567). Según esta jurisprudencia, la unión conyugal sólo debe considerarse disuelta si hay separación de derecho, no de hecho.

²⁸ RUIZ-JARABO, P.: «La reacción del Ordenamiento Jurídico español ante la discriminación inversa», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 225, 2003, pp. 93-106, p. 100.

pañola, aunque diversos Consejeros, que emitieron un voto particular, adoptaban una visión completamente divergente²⁹. Finalmente, el gobierno abdicó de sus intenciones, otorgando, a través del Real Decreto 737/1995, el mismo trato a los españoles que al resto de ciudadanos de la Unión, por lo cual la «discriminación inversa» nunca llegó a entrar en vigor.

Con ocasión de una nueva reforma en el régimen comunitario, el Consejo de Estado modificó considerablemente su doctrina, declarando que «las medidas contempladas por el Derecho nacional para la efectividad de las disposiciones del Tratado no pueden dar lugar a un trato menos beneficioso para los nacionales de la Unión que para los extranjeros no nacionales dentro del mismo Estado en cuestión, sin que el régimen de libertad consecuencia de la integración en la UE pueda generar, como consecuencia de la adopción de las medidas para el logro de tales libertades, un trato discriminatorio para los españoles respecto de los ciudadanos comunitarios»³⁰. En este mismo sentido, el dictamen emitido sobre el proyecto del Real Decreto que nos ocupa, si bien no se ha referido expresamente a la posible incompatibilidad del mismo con el artículo 14 de la Constitución, tras constatar la divergencia de trato, ha señalado que «esta diferencia de régimen jurídico, de mayor rigor para los ciudadanos españoles, implica una situación menos favorable para estos respecto de los comunitarios y nacionales de otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el EEE que carece de justificación. Por ello, se propone que el contenido del actual apartado cuarto de la nueva disposición adicional vigésima se acomode a lo que, para los ascendientes directos a cargo de ciudadanos comunitarios, establezca el artículo 2 del proyecto»³¹.

Por otra parte, el Tribunal Supremo se ha pronunciado, si bien únicamente con carácter incidental, sobre la pertinencia de la aplicación del mismo régimen jurídico a los familiares comunitarios y a los familiares de españoles. En su sentencia resolviendo el recurso interpuesto contra el Real Decreto 178/2003, estimó que, la extensión del régimen comunitario a los

²⁹ Según se expresa en el voto particular: «A juicio de los Consejeros que suscriben nada de ello legitima al Estado español para someter a los familiares de sus nacionales a un régimen jurídico más oneroso y perjudicial que el aplicable a los familiares de los ciudadanos de los demás Estados. Podrá ser neutro el derecho comunitario ante esa situación, pero no es neutro ni silente el ordenamiento jurídico español».

³⁰ Dictamen n.º 2679/2002, aprobado el 14 de noviembre del 2002, sobre el Proyecto Real Decreto sobre entrada y permanencia de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

³¹ Dictamen 1829/2006, aprobado el 2 de noviembre de 1996.

familiares de españoles «obedece sin duda a la necesaria igualdad de trato, en función de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución en relación con el 19 de la misma, que ha de darse tanto a los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo así como a los españoles, como pone de manifiesto en su dictamen el Consejo de Estado. De ello se deduce que la solución aplicable a los familiares de los nacionales de otros Estados a los que se extiende el ámbito de aplicación del precepto impugnado ha de ser la misma que la aplicable a los familiares, nacionales de terceros Estados, de los ciudadanos españoles, como prevé el Real Decreto»³².

Según las anteriores consideraciones, tanto el Consejo de Estado, tras la apuntada evolución doctrinal, como el Tribunal Supremo, condenan este tipo de discriminaciones «a la inversa» con respecto de los españoles. Por otra parte, aunque el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado expresamente sobre este problema, aplicando su jurisprudencia sobre el artículo 14 CE podríamos llegar a conclusiones semejantes³³.

Con carácter preliminar, hay que señalar, que, si bien el artículo 14 únicamente predica la igualdad entre españoles, puede estimarse que de dicho artículo se desprende para éstos «el derecho a no ser discriminados respecto a los extranjeros, siendo la nacionalidad una de las circunstancias personales subsumibles en la cláusula antidiscriminatoria, como una condición personal»³⁴. Una vez constatado que los dos términos de la compa-

³² Sentencia del Tribunal Supremo, sala 3ª sección 6ª, de 10 de junio de 2004, *BOE* de 23.8.04, p. 18635.

³³ Sobre la interpretación y aplicación del artículo 14 por el Tribunal Constitucional puede verse: MARTÍNEZ TAPIA, R.: *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Almería, 2000; SUA Y RINCÓN, J.: *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1985, así como los comentarios al artículo 14 contenidos en los comentarios a la Constitución. ALONSO GARCÍA, E.: «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española», *Revista de Administración Pública*, 1983, n.º 100-102, volumen I, pp. 21- 92; JIMÉNEZ CAMPO, J.: «La igualdad jurídica como límite frente al legislador» *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, núm. 9, 1983, pp. 71-114.

³⁴ GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: «Españoles/Extranjeros», *Revista española de Derecho Internacional*, vol. LVIII (2006) 1, pp. 61-116. En este mismo sentido se pronuncia Pablo Ruiz-Jarabo, que estima que del artículo 13 de la Constitución española se deduce que los extranjeros gozarán «de un estatuto inferior al nacional, en todo caso similar, pero nunca superior». RUIZ-JARABO, P.: «La reacción del Ordenamiento Jurídico español ante la discriminación inversa», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 225, 2003, pp. 93-106, p. 95.

ración constituyen sujetos en situaciones de hecho semejantes y que tienen una pretensión a ser tratados de forma igual, según reiterada jurisprudencia, «las diversificaciones normativas son conformes a la igualdad cuando cabe discernir en ellas una finalidad conforme con la Constitución y cuando además las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura de razonable proporcionalidad con el fin perseguido»³⁵.

Con respecto a la finalidad de la diferencia de trato establecida por el Real Decreto, su exposición de motivos no desvela las razones últimas que han impulsado a introducir elementos de discriminación inversa en la normativa española. Sin embargo, ahondando en la lógica de la situación demográfica y social de nuestro país, puede vislumbrarse que, quizás, el elevado número de naturalizaciones que se producen cada año podría llevar aparejado un aumento considerable del flujo migratorio de los ascendientes no comunitarios de los nuevos españoles. De ser ciertas estas consideraciones, sería dudoso que el interés del Estado en controlar la inmigración supusiera una finalidad suficientemente legítima como para asegurar la compatibilidad de dicha desigualdad de trato con la Constitución, más aún cuando lo que está en juego es la aplicación de determinados procedimientos legales afectan directamente al ejercicio del derecho fundamental a la vida familiar.

III. LA AMPLIACIÓN DE LA DEFINICIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA: LAS PAREJAS REGISTRADAS Y LAS PARTICULARIDADES DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA

Una de las novedades más celebradas de la Directiva 2004/38/CE es el haber ampliado el alcance de la noción «miembro de la familia», de forma que las parejas registradas deberán ser consideradas miembros de la familia de aquellos ciudadanos de la Unión que ejerzan su libertad de circulación, si bien con el condicionante de que el Estado miembro de acogida ha de otorgar a este tipo de uniones un trato equivalente al matrimonio, y de acuerdo con las condiciones establecidas en la legislación de dicho Estado miembro.

El Real Decreto 240/2007 incorpora al derecho español esta novedad, si bien de una forma un tanto problemática, en la letra b) de su artículo 2, que se ocupa de determinar qué personas ostentan la cualidad de miembros de la familia de un ciudadano de la Unión. En efecto, entre

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1988, fundamento jurídico 6º.

ellos se incluyen, según la redacción de nuestra norma nacional a «la pareja con la que [el ciudadano de la Unión] mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el EEE, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, siempre que no se haya cancelado la inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado». Con respecto a esta disposición, se plantean dos cuestiones relevantes, derivadas de las especiales complejidades que la regulación de las parejas de registradas recibe en nuestro país³⁶. En primer lugar, es necesario determinar qué entiende la Directiva por «trato equivalente al matrimonio», para poder analizar el alcance de las obligaciones del Estado español respecto a la autorización de la entrada, residencia y acceso al mercado laboral de los nacionales de Estados terceros que fueran pareja de hecho de un ciudadano de la Unión. En segundo lugar, son necesarias algunas consideraciones con respecto al requisito, no existente en la Directiva comunitaria, de la inscripción en un Estado del EEE «que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado».

³⁶ Como es sabido, no existe aún legislación de alcance nacional en esta materia, sino que se encuentra regulada por múltiples leyes autonómicas, que establecen sus respectivos registros, existiendo notables diferencias en el concepto y regulación de la figura jurídica de las «uniones de hecho», concernientes, sobre todo a la medida en la que tales legislaciones equiparan las consecuencias jurídicas de la unión de hecho al matrimonio, y a la medida en que dicho contrato otorga una posición semejante a la del cónyuge en determinadas relaciones con la administración pública. Hasta el momento, existen las siguientes leyes autonómicas: La Ley 10/98 de uniones estables de pareja, de 15 de julio, de Cataluña (*BOE* de 19 de agosto de 1998); La Ley 6/99, de 26 de marzo, relativa a las parejas estables no casadas, de Aragón (*BOE*, 95 de 21 de abril de 1999); la Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (*BOE*, 214 de 6 de septiembre de 2000); la Ley 1/2201, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho, de la Comunidad Valenciana (*BOE*, 112 de 10 de mayo de 2001; la Ley 11/2001, de 19 de diciembre de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (*BOE*, 55 de 5 de marzo de 2001); la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas Estables, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (*BOE*, 14 de 16 de enero de 2002); La Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables (*BOE*, 157 de 2 de julio de 2002); la Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho (*BOE*, 11 de 13 de enero de 2003); la Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 5/2003, de 6 de marzo (*BOE*, 89 de 14 de abril de 2003); La Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho (*BOE*, 111 de 9 de mayo de 2003); la ley reguladora de las parejas de hecho del Parlamento Vasco, de 7 de mayo de 2003 (*BOE*, de 20 de agosto de 2003).

1. LA NOCIÓN DE «TRATO EQUIVALENTE AL MATRIMONIO» Y EL ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES DE TRANSPOSICIÓN

La Directiva 2004/38/CE, optando por una solución diferente de la adoptada en la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar³⁷, obliga a aplicar sus disposiciones a las parejas registradas en aquellos Estados que otorguen a este tipo de uniones un trato equivalente al matrimonio, si bien, de acuerdo con la legislación aplicable en cada Estado miembro. No obstante, la Directiva no determina qué ha de entenderse por

³⁷ Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. *DOUE* L 251 de 3 de octubre de 2003, p. 12. Las parejas registradas eran incluidas en la primera propuesta de la Comisión entre los miembros de la familia susceptibles de ser reagrupados. No obstante, esta cuestión fue objeto de un intenso debate a lo largo del proceso de negociación en el Consejo, en el que ya se apuntaron los principales elementos de la problemática de la inclusión de estas personas en el ámbito de aplicación personal de la Directiva. Entre las posibles soluciones, se barajó la adopción del criterio de la equivalencia con el matrimonio, y en especial, se consideró la posibilidad de que estas personas fuesen consideradas miembros de la familia únicamente en aquellos Estados miembros que otorgasen un trato semejante a cónyuges y parejas registradas en materia de inmigración. En efecto, una solución de este tipo había sido ya adaptada por la Directiva 2001/55/CE de 20 de julio de 2001 de normas mínimas para la concesión temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas (*DOUE* L 212 de 7 de agosto de 2001, p. 12), cuyo artículo 15 considera como miembros de la familia a las parejas de hecho que tengan una relación duradera «cuando la legislación del Estado miembro en cuestión considere la situación de las parejas no casadas como similar a la de las casadas con arreglo a su propia normativa de extranjería». Esta solución, que se ha mantenido en todos los actos comunitarios referentes al asilo, fue desechada en las negociaciones de la Directiva sobre reagrupación familiar, dada la firme oposición de algunos Estados miembros, optándose por conceder discrecionalidad a los legisladores nacionales, y, en el caso de que éstos decidieran considerar a las parejas no casadas como miembros de la familia, la Directiva establece unos criterios probatorios específicos que habrán de ser tenidos en cuenta. Sobre esta cuestión, son ilustrativos los Documentos del Consejo n.º 6450/01, de 6 de marzo del 2001; n.º 7145/01, de 23 de marzo del 2001; n.º 7144/01 de 23 de marzo del 2001 y n.º 7612/01 de 11 de abril de 2001. La influencia de las negociaciones de la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar se ha hecho notar en el proceso de negociación de la Directiva 2004/38/CE, ya que algunos Estados miembros abogaron por incluir en ésta última la misma solución que se había adoptado en la primera. La Comisión logró oponerse, esta vez con éxito, a las consideraciones antedichas, prevaleciendo el criterio de «equivalencia con el matrimonio», sin más precisiones. Pueden verse, a este respecto, los Documentos del Consejo n.º 15380/01, de 18 de diciembre de 2001; n.º 10572/02 de 10 de julio de 2002; n.º 14451/02 de 19 de noviembre de 2002 y 6147/03, de 7 de febrero de 2003.

trato equivalente al matrimonio. En efecto, durante el procedimiento de negociación, algunos Estados miembros pusieron de relieve que, el hecho de que un Estado reconozca un estatuto jurídico para las uniones de hecho, no supone que éstas se consideren equivalentes al matrimonio³⁸. Ante estas observaciones, la Comisión manifestó que, para determinar el alcance de la equivalencia de las parejas registradas con el matrimonio, debería acudir a la legislación nacional y a la jurisprudencia, expresando su deseo de mantener a este respecto el mayor grado de flexibilidad posible, al estimar que corresponde a cada Estado miembro el estudiar su legislación para determinar si existe tal asimilación³⁹. De estas consideraciones se infiere que el mero reconocimiento de las uniones registradas en un Estado miembro no obliga a aplicar la Directiva a los familiares no comunitarios de un ciudadano de la Unión, sino únicamente cuando su legislación configure las uniones registradas en términos equivalentes a los matrimonios, correspondiendo a cada Estado miembro la determinación de la existencia de dicha equivalencia. Es más, la Directiva permite únicamente aplicar el derecho comunitario a aquellos Estados que consideren a las parejas registradas como equivalentes al matrimonio en sus propias legislaciones⁴⁰. Ahora bien, consideramos que, a pesar del indudable margen de apreciación que la Directiva otorga a los Estados miembros, éstos no son absolutamente libres de determinar los criterios de la equivalencia con el matrimonio, sino que tal equivalencia debe ser apreciada objetivamente, según la situación legislativa en el momento de la transposición de la Directiva. En este sentido, parece que el Real Decreto 240/2007 ha sabido mirar más allá de la complejidad normativa reinante en materia de parejas registra-

³⁸ Véanse los comentarios de Portugal sobre la letra b) del apartado 2 del artículo 2 de la propuesta de Directiva en el Documento del Consejo 15380/01, de 18 de diciembre de 2001.

³⁹ Documento del Consejo 15380/01, de 18 de diciembre de 2001. Observaciones al artículo 2, nota 5, página 7.

⁴⁰ Dicha interpretación, además de desprenderse del tenor literal de la Directiva, está avalada por lo estipulado en el acuerdo político contenido en el Documento del Consejo 12218/03, de 5 de septiembre de 2003, acerca de la definición de los miembros de la familia. En él, se determinó que «a los efectos de la Directiva, si la legislación nacional de un Estado miembro establece para las uniones de hecho registradas un trato equivalente al de las uniones por vínculo matrimonial, ese Estado miembro tendrá que admitir en su territorio y conceder derecho de residencia a la pareja de hecho registrada de un ciudadano de la Unión. A la inversa, los Estados miembros cuya legislación no contemple la figura de la unión de hecho registrada o no la considere equivalente al matrimonio, las parejas de hecho registradas no podrán ser tratadas como miembros de la familia».

das en nuestro país, al reconocer una equivalencia de las parejas registradas con el matrimonio, derivada de la conjunción de diversos cuerpos normativos.

En efecto, en España, la regulación de las uniones registradas es particularmente complicada, ya que no existe una única legislación aplicable a todo el territorio nacional. La apreciación de la existencia en España de la equivalencia de las uniones registradas al matrimonio ha de hacerse, por lo tanto, tomando en consideración múltiples elementos, tales como las legislaciones autonómicas, las disposiciones de alcance nacional que contemplan determinados efectos a las uniones de hecho, y las decisiones jurisprudenciales. Empezando por este último elemento, es preciso poner de relieve, que la jurisprudencia constitucional ha negado la equivalencia del matrimonio y las parejas de hecho en términos absolutos, considerando que «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes (ATC 56/1987), sino realidades jurídicamente distintas, por lo que, en principio, su tratamiento jurídico diferenciado y, correlativamente, la diversa atribución de derechos y obligaciones, no es contraria al derecho fundamental a la igualdad que reconoce el art.14 C.E.»⁴¹. La inexistencia de una equivalencia absoluta en términos constitucionales no obsta, sin embargo, a la existencia de determinados elementos normativos que permitan que las parejas registradas disfruten de un estatuto jurídico que puede considerarse, con respecto a determinadas situaciones particulares, equivalente al matrimonio. En efecto, si bien no existe una regulación nacional uniforme que aborde la regulación de la uniones de hecho o de las parejas registradas, existen numerosas normas de distinto alcance que otorgan a estas figuras jurídicas un amplio grado de reconocimiento, al mismo tiempo que la jurisprudencia ha tendido a aplicar en determinadas situaciones ciertas consecuencias jurídicas previstas para el matrimonio⁴².

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de julio de 1998 (BOE de 18 agosto núm. 197. Suplemento 155/1998). Estas consideraciones han sido reiteradas en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de septiembre de 2001.

⁴² Existe una numerosa jurisprudencia que otorga a las parejas de hecho determinados derechos, en muchas ocasiones, por una extensión analógica de la normativa aplicable al matrimonio. Puede consultarse la jurisprudencia en relación con la subrogación en el arrendamiento de una vivienda, en materia de pensiones compensatorias o en materia de asignación de la vivienda familiar en CAMARERO SUÁREZ, V.: *Las uniones no matrimoniales en derecho español y comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, especialmente en las páginas 61 y ss. Una exposición más profunda del tratamiento de determinados problemas jurídicos ligados a las uniones no matrimoniales puede encontrarse en ROCA

Bien es cierto que, atendiendo a la jurisprudencia constitucional que establece la no equivalencia del matrimonio a las uniones no matrimoniales, a la hora de transponer al derecho español la Directiva comunitaria, podría haberse considerado que, dada la no equivalencia en términos estrictos de la figura de las parejas registradas con el matrimonio, no existía obligación para considerar «miembros de la familia del ciudadano de la Unión» en el sentido de la Directiva, a las parejas registradas.

Sin embargo, el Real Decreto 240/2007 hace aplicable el régimen comunitario a las parejas registradas, aun cuando, dada la ausencia de una equivalencia estricta en nuestro derecho entre las parejas registradas y el matrimonio, podría haberse excusado de ello. La consecuencia inmediata de esta regulación es que, a través del Real Decreto 240/2007 se reconoce la equivalencia de las parejas registradas y del matrimonio en el derecho español, a los efectos de la aplicación del régimen comunitario de libre circulación de personas, lo cual resulta paradójico, a la luz del tratamiento desfavorable que reciben las parejas registradas en los registros autonómicos o municipales españoles por medio de la condición adicional impuesta por el Real Decreto de la que ahora nos ocupamos.

2. LA EXIGENCIA DE LA INSCRIPCIÓN EN UN ESTADO MIEMBRO QUE NO PERMITA LA COEXISTENCIA DE REGISTROS SIMULTÁNEOS

La letra b) del artículo 2 del RD 240/2007, ha añadido un requisito no previsto por la Directiva, para la aplicación del régimen comunitario a las parejas registradas de los ciudadanos de la Unión: que la unión esté

TRÍAS, E. (dir.): *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005. Interesantes consideraciones para determinar cuando procede aplicar la analogía a las relaciones jurídicas entre los miembros de parejas no matrimoniales con las soluciones previstas para el matrimonio, aparecen en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1992, que a continuación reproducimos. En efecto, estas consideraciones pueden aportar una guía válida del tipo de uniones que se consideran «equivalentes» al matrimonio: «No obstante tales uniones para que puedan generar aplicación de la normativa legal, deben de cumplir ciertos requisitos que se derivan de su propia naturaleza, a fin de evitar que una interpretación amplia y no debidamente medida, desborde y desvirtúe la correspondiente aplicación del Derecho. La convivencia «more uxorio», ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar».

registrada en un Estado que no permita la existencia de registros simultáneos⁴³. Esta disposición ofrece cierto margen para la interpretación, teniendo en cuenta que la palabra «registro» puede referirse tanto a la «inscripción registral» como a las dependencias de la Administración donde la misma se lleva a cabo. En efecto, podría considerarse que el requisito enunciado se refiere a que no debe existir la posibilidad legal de que en un Estado miembro sean realizadas dos inscripciones registrales simultáneas, o, por el contrario, podría considerarse que el requisito se refiere a la inexistencia «física» de diversos registros que permitan la inscripción de parejas de hecho.

Las Instrucciones DGI/SGRJ/03/2007 de la Secretaría de Estado de Inmigración y emigración parecen haberse decantado por la última de las interpretaciones propuestas, ya que señalan que «los diferentes Registros de Parejas estables existentes en diversas Comunidades autónomas o ayuntamientos españoles no serán válidos a estos efectos, por el momento, en tanto no cumplen los requisitos señalados en el artículo 2.b) del Real Decreto 240/2007»⁴⁴. No obstante, según este criterio interpretativo, un Estado miembro en el cual existiera un registro único en el cual se permitiera la inscripción de diversas parejas de hecho de una misma persona cumpliría con el requisito enunciado por el Real Decreto. Por lo tanto, entendemos aquí que el requisito enunciado por el Real Decreto se refiere, lógicamente, a la existencia de un sistema de registro que impida la posibilidad de que una persona forme parte de diversas uniones registradas, lo cual, en

⁴³ Aunque esta disposición se refiere a los ciudadanos comunitarios, la disposición adicional vigésima introducida en el Reglamento de Extranjería por la disposición final tercera del Real Decreto 240/2007, establece que la regulación de esta última norma será aplicable a la pareja del ciudadano español «con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la UE o en un Estado parte del EEE, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado (...)».

⁴⁴ Instrucciones DGI/SGRJ/03/2007, relativas al Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Las instrucciones aportan algunos ejemplos de registros que cumplen la condición de impedir la posibilidad de dos registros simultáneos, tales como el registro alemán en base a la Ley de Partenariado y Convivencia de parejas del mismo sexo de 2000, el registro establecido en Francia basado en la Ley 1999-944, de 15 de noviembre, del Pacto civil de solidaridad, el Registro establecido en Reino Unido en base a la Ley del Partenariado Civil de 2004, u otros registros públicos estatales existentes en la República Checa, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Luxemburgo y Suecia.

materia de inmigración, podría llegar a ser un grave problema. Según esta última interpretación, más acorde con la lógica normativa, aunque no del todo apoyada por el tenor literal del Real Decreto, los registros municipales autonómicos y municipales cumplirían el requisito del Real Decreto en tanto en cuanto garantizaran que las personas integrantes de dicha pareja no forman parte de otra pareja registrada en el territorio nacional⁴⁵. A este respecto, hay que señalar, que, aunque la mayoría de leyes autonómicas a este respecto prevén como un impedimento para la constitución de la pareja registrada que ya se forme parte de otra unión de esta naturaleza, para ello se requiere una mera declaración jurada, y se carece de coordinación en materia de intercambio de información en esta materia entre los diferentes registros municipales y autonómicos. Por ello, la Secretaría de Estado de inmigración y emigración, considera que ninguno de estos registros cumple las condiciones estipuladas por el Real Decreto.

De esta forma, el Real Decreto, tras reconocer la equivalencia de las parejas registradas al matrimonio en derecho español, a través de la interpretación que del mismo se ha hecho a por medio de las referidas Instrucciones, se niega a las parejas registradas en alguno de los registros existentes en nuestro país la posibilidad de verse amparadas por los beneficios que el régimen jurídico aplicable a los familiares de comunitarios comporta.

La conformidad con el Derecho comunitario del requisito de que la pareja esté inscrita en un Estado miembro que no permita la existencia de registros simultáneos, y de la interpretación adoptada por la administración, parece quedar salvada por lo dispuesto en la letra b) del apartado segundo del artículo 2 de la Directiva, que establece que el reconocimiento de la pareja registrada como familiar del ciudadano de la Unión, y por tanto, la aplicación al mismo del régimen comunitario, deberá hacerse «de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida». Dado el consiguiente margen de discrecionalidad que esta disposición supone, algunos Estados miembros han procedido a enunciar determinadas condiciones para la aplicación a las parejas registradas del régimen comunitario⁴⁶, aunque parece difícil imaginar que

⁴⁵ Esta es la interpretación que se ha sostenido en el Documento de trabajo sobre «El Real Decreto 240/2007 sobre comunitarios y las parejas de hecho registradas» elaborado por el Equipo jurídico Servicio de atención jurídico-social a personas inmigrantes extranjeras de la C.A.E. (HELDU) del Gobierno Vasco, de Junio de 2007, disponible en www.harresiak.org.

⁴⁶ A modo de ejemplo, el segundo apartado del artículo 40 bis, de la Ley Belga de 25 de abril de 2007, Loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le

alguno de ellos opte por introducir alguna condición que las parejas registradas en su propio territorio no pudieran cumplir.

Por otra parte, podría parecer que la realidad fáctica resultante de esta regulación es un ejemplo de la llamada «discriminación inversa», y valdrían entonces aquí las consideraciones hechas con respecto a la disconformidad de la discriminación de los ascendientes de españoles con el artículo 14 de la Constitución. No obstante, la nueva condición incluida por el Real Decreto no afecta únicamente a los españoles, sino a todas aquellas parejas registradas en los registros de nuestro territorio, por lo que es susceptible de afectar también a aquellas parejas en las que uno de los miembros sea nacional de otro Estado miembro⁴⁷. En todo caso, se trataría de una discriminación inversa de carácter indirecto, ya que, a pesar de no referirse directamente a la nacionalidad, es obvio que en la gran mayoría de parejas registradas en los registros autonómicos y municipales, al menos uno de los miembros, será de nacionalidad española⁴⁸. En todo caso, parece que la opción normativa adoptada en esta ocasión tiene una razón de ser comprensible, y la discriminación resultante podría ser justificada desde el punto de vista de su finalidad, imbuida de motivos lindantes con el orden público: evitar la posibilidad de que un mismo individuo forme parte de diversas parejas registradas, y que, de ese modo, se deriven derechos en materia de inmigración a favor de varios sujetos. No obstante, la

séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (*Moniteur belge* 11.05.2007), establece como condiciones que «se trate de una relación duradera y estable de un año por lo menos, que sean ambos mayores de 21 años y solteros y que no tengan otra relación duradera con otra persona».

⁴⁷ Actualmente, se encuentra pendiente ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas un asunto similar. Véanse, las Conclusiones del Abogado General Sharpston de 28 de junio de 2007, en el asunto C-212/06, *Government of the Frech Community and Walloon Government v. Flemish Government*.

⁴⁸ Un ejemplo de una situación de este tipo fue la que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Constitucional 96/2002, de 25 de abril, que declaró inconstitucional la disposición adicional octava de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (*BOE*, núm. 313, de 31 de diciembre), que ampliaba a las personas físicas y jurídicas residentes en la Unión Europea determinados beneficios fiscales establecidos por determinadas leyes autonómicas, discriminando a aquellas personas que, siendo residentes en España, no lo fueran en los territorios forales Ley 42/1994. Pablo RUIZ-JARABO propone esta sentencia como un caso en el que una discriminación inversa puede dar lugar a la inconstitucionalidad de una disposición. Sin embargo, como bien indica este autor, las circunstancias especiales del caso señalado impiden que se puedan generalizar las conclusiones que de él se deducen. RUIZ-JARABO, P.: «La reacción del Ordenamiento Jurídico español ante la discriminación inversa...». *Op. Cit.*, p. 102.

interpretación que del nuevo requisito introducido por el Real Decreto han llevado a cabo las Instrucciones de la Secretaría de Estado de emigración e inmigración resulta desproporcionadamente restrictiva, al no permitir bajo ninguna circunstancia que una pareja registrada en territorio español pueda beneficiarse del régimen comunitario. En efecto, podrían plantearse mecanismos adecuados que garantizasen el cumplimiento del requisito del impedimento de los registros simultáneos. Una de las interpretaciones posibles del requisito añadido por el Real Decreto admitiría como válidos a los efectos de considerar miembros de la familia del ciudadano de la Unión a aquellas parejas registradas en alguno de los registros españoles que establecen como requisito para dicho registro la emisión de una declaración jurada de que no se forma parte de ninguna otra pareja registrada⁴⁹. De adoptarse una interpretación más restrictiva, aunque el trámite resultase extremadamente engorroso, podría aceptarse como prueba de que no existen registros simultáneos las certificaciones negativas de los registros de las Comunidades Autónomas distintas a aquella en la que se inscribió la pareja cuyos integrantes pretenden acogerse al régimen comunitario.

La situación resultante de las consideraciones anteriores induce a la conducción de las solicitudes de permisos de residencia por parte de las parejas de hecho inscritas en territorio español al régimen general de extranjería. La práctica administrativa parece ampararse en la figura de la «residencia por circunstancias excepcionales» para hacer frente a estas solicitudes. No obstante, es indudable que el amplísimo margen de aprecia-

⁴⁹ Esta es la interpretación sostenida por el Equipo jurídico Servicio de atención jurídico-social a personas inmigrantes extranjeras de la C.A.E. (HELDU) del Gobierno Vasco, que concluye: «3º que analizadas las normativas vigentes en materia de parejas de hecho procedente de las diferentes Comunidades Autónomas, se puede decir que salvo Cataluña, Murcia, Galicia, La Rioja, Ceuta y Melilla, el resto de CC AA prevén la posibilidad de que la pareja de hecho quede inscrita en un registro público constituido a tal efecto. En cuanto al tercer requisito sobre acreditación de que la inscripción no consta en otro registro de parejas de hecho la mayoría de legislaciones cumplen con este requisito de dos maneras diferentes: o bien se prohíbe expresamente el acceso al registro de las parejas que ya estuvieran inscritas como pareja de hecho en otro registro, o bien la anterior exigencia se refuerza con la aportación de una declaración de ambos miembros de la pareja en la que se hace constar tal circunstancia.

4.º que de lo anterior se infiere que las Instrucciones de 22 de marzo de la Directora General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales excluyen los registros de parejas de hecho del Estado español de manera arbitraria». Documento de trabajo sobre «El Real Decreto 240/2007 sobre comunitarios y las parejas de hecho registradas». *Op. Cit.*, p. 22.

ción que esta figura jurídica comporta no supone una solución aceptable desde el punto de vista de la seguridad jurídica, y puede llevar a prácticas discordantes dependiendo del lugar en el cual se presente la solicitud⁵⁰.

Bien es cierto que, tanto el requisito establecido por el Real Decreto, como la interpretación restrictiva que de él ha avanzado la Secretaría de Estado, se deben a la particular regulación de las parejas registradas en nuestro Estado, en el cual la adopción de una normativa en el ámbito nacional se ha mostrado especialmente de difícil consecución⁵¹. No obstante, y por las razones avanzadas, no consideramos que la solución más adecuada sea la plasmada en las mencionadas instrucciones. En efecto, este tipo de problemas pretendían ser evitados por la Directiva comunitaria, que precisamente adoptó la solución de la «equivalencia al matrimonio» para evitar situaciones de discriminación inversa, es decir, la obligación de aplicar el régimen comunitario a las parejas registradas se reservaba a aquellos Estados que situasen a las parejas registradas en una posición jurídica semejante a la del cónyuge⁵².

⁵⁰ Esta parece ser la práctica adoptada por la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya. Una de las resoluciones concediendo un permiso de residencia por circunstancias excepcionales a la pareja de hecho de un nacional español puede consultarse en: www.intermigra.info.

⁵¹ En este sentido, el dictamen del Consejo de Estado 1829/2006 señala que «esta regulación ha sido objeto, a lo largo del expediente, de diversas críticas, no tanto por la inclusión de tales parejas en el ámbito de aplicación, cuanto por la inexistencia en nuestro ordenamiento de un único instrumento jurídico que garantice la igualdad de esas uniones registradas en el conjunto del territorio español. En concreto, se ha criticado la inexistencia en nuestro Derecho de un instrumento normativo de carácter general que establezca uniformes requisitos y consecuencias para dichas parejas en el conjunto del Estado. El Consejo de Estado, que ya advirtió de los posibles efectos perjudiciales de la falta de una disposición estatal de estas características en nuestro Derecho en el Dictamen n.º 2628/2004, (...) entiende que esa carencia no afecta en general a la aplicación del Proyecto, lo que no obsta para que sí pueda generar disfunciones en relación con alguna de las previsiones del Proyecto, como la interdicción de un doble o múltiple registro en un mismo Estado.»

⁵² El documento del Consejo n.º 8675/03, de 25 de abril de 2003 (no disponible en versión española), pone de relieve el propósito de la Comisión de evitar situaciones discriminatorias con respecto a las parejas registradas nacionales: «With regard to partners, whether they be registered partners or unmarried partners, the Commission is also of the opinion that recognition of such situations must be based exclusively on the legislation of the host Member State. Recognition for purposes of residence of non-married couples in accordance with the legislation of other Member States could pose problems for the host Member State if its family law does not recognise this possibility. To confer rights which are not recognised in the case of its own nationals on couples from other Member States

En definitiva, si bien, podría argumentarse la conformidad de la nueva condición impuesta por el Real Decreto con el derecho comunitario dado el amplio margen de apreciación del que disponen los Estados miembros, el sistema resultante del «artilugio jurídico» ideado por nuestra norma de transposición no puede calificarse más que de paradójico, ya que se adopta una solución avanzada y liberal al reconocer la equivalencia de las parejas registradas con el matrimonio para, a continuación, privar de validez a estos efectos, a las parejas registradas en las Comunidades Autónomas y municipios españoles.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La transposición al derecho español de la Directiva 2004/38/CE por medio del Real Decreto 240/2007 ha sido llevada a cabo, en grandes rasgos, de una forma adecuada, en lo que a su compatibilidad con el Derecho comunitario concierne. No obstante, el Real Decreto supone un punto de inflexión en la tendencia mantenida a lo largo del tiempo en nuestro país, consistente en evitar las llamadas «discriminaciones inversas».

En efecto, dos de las grandes cuestiones que el Real Decreto suscita están relacionadas con la aplicación de un régimen menos favorable a ciertos familiares de nacionales españoles con respecto a los familiares de otros ciudadanos de la Unión. Así pues, las restricciones afectan tanto a los ascendientes no comunitarios de españoles como a aquellas parejas registradas nacionales de terceros Estados cuya unión haya sido registrada en España, por lo que es previsible que se trate en su mayoría de parejas en las cuales uno de los miembros es nacional español.

could in fact create reverse discrimination, which the Commission would prefer to avoid». En este sentido, Alemania propuso una nueva redacción para el artículo 3 de la Directiva, recogida en el Documento del Consejo 12218/03, de 5 de septiembre de 2003, que establecía que: «la entrada y residencia de la pareja registrada, sin derecho a circular libremente, de un ciudadano de la Unión estará regida por las disposiciones de la legislación nacional pertinente del Estado miembro de acogida que regulen también la entrada y residencia de la pareja registrada de nacionalidad extranjera, sin derecho a circular libremente, de un nacional. Otro tanto sucederá con la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantenga una relación estable debidamente certificada, siempre y cuando la legislación nacional del Estado miembro de acogida contemple ese tipo de relación». Esta solución, que se corresponde con la adoptada por el apartado 6 del artículo 3 de la Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern, de 30 de julio de 2004 (BGBl I 2004, 1950, 1986), no fue finalmente adoptada.

Con respecto a los ascendientes de españoles, si bien el Real Decreto presenta algunas fricciones puntuales con el Derecho comunitario, los mayores problemas se plantean en relación con el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de nuestra Constitución, ya que la reconducción de la situación jurídica de estas personas al régimen general de extranjería supone una diferencia de trato difícilmente justificable con relación a los ascendientes de otros ciudadanos comunitarios.

Más compleja resulta la crítica a la regulación dada a las parejas de hecho inscritas en los registros españoles. La inconsistencia del Real Decreto, a este respecto, se fundamenta en la adopción de una posición liberal en lo que a la cuestión de la equivalencia del matrimonio se refiere, que contrasta con la postura restrictiva en relación con las parejas de hecho inscritas en los registros españoles. Por diversas cuestiones, esta solución jurídica no ofrece una solución duradera a los problemas planteados y conlleva que la resolución práctica de los casos concretos quede relegada a la creatividad y/o discrecionalidad administrativa.

El avance, si bien lento, del Derecho europeo hacia una ciudadanía de la Unión y hacia una política común de inmigración que suponga unos derechos y libertades comunes no ha de ser desvirtuado por la voluntad de los Estados miembros de romper la simetría de derechos con respecto a sus propios nacionales, amparándose en la falta de competencia comunitaria. Las respectivas tradiciones constitucionales, y en particular, el principio de igualdad que éstas enuncian como un derecho subjetivo, han de proscribir todos aquellos intentos de situar a los propios nacionales en una posición desfavorecida.

DOS CUESTIONES SUSCITADAS POR LA TRANSPOSICIÓN ESPAÑOLA
DE LA DIRECTIVA 2004/38/CE A TRAVÉS DEL RD 240/2007: EL RÉGIMEN
APLICABLE A LOS ASCENDIENTES DE ESPAÑOLES Y LA EXTENSIÓN
A LAS PAREJAS REGISTRADAS DEL CONCEPTO
«MIEMBROS DE LA FAMILIA DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN»

RESUMEN: La transposición española de la Directiva 2004/38/CE a través del Real Decreto 240/2007 plantea cuestiones específicas en relación con su compatibilidad con el derecho comunitario europeo, con el derecho constitucional español a través de la introducción de determinados elementos problemáticos que afectan, principalmente, a los ascendientes de ciudadanos españoles y a las parejas de hecho registradas en alguno de los registros municipales o autonómicos españoles.

Con respecto a los ascendientes de españoles, el abandono de la tendencia legal consistente en otorgar el mismo trato a los nacionales españoles que a los ciudadanos comu-

nitarios, plantea fricciones concretas con el derecho comunitario, y en especial, problemas de compatibilidad con el principio de igualdad recogido en nuestra Constitución. Por otra parte, las disposiciones sobre las parejas registradas incurren en una contradicción que resta coherencia a la norma española, ya que, tras avanzar un trato favorable a la institución de las parejas de hecho, se procede a restar toda relevancia jurídica a aquellas parejas registradas en los registros existentes en territorio español.

PALABRAS CLAVE: libre circulación - discriminación inversa - situaciones puramente internas - parejas registradas - ascendientes de ciudadanos de la Unión.

TWO ISSUES POSED BY THE SPANISH TRANSPOSITION OF THE DIRECTIVE 2004/38/EC BY THE ROYAL DECREE 240/2007: THE LAW APPLICABLE TO THE ASCENDANTS OF SPANISH NATIONALS AND THE EXTENSION OF THE CONCEPT «MEMBERS OF THE FAMILY OF UNION CITIZENS» TO REGISTERED PARTNERSHIPS

ABSTRACT: The Spanish transposition of the Directive 2004/38/EC through the Royal Decree 240/2007 poses two specific questions related to its compatibility with European Community law and Spanish Constitutional law. Namely, it introduces certain problematic elements which mainly affect ascendants of Spanish nationals and partnerships registered in the municipal or regional registers existing in Spain. As regards family members who are ascendants of Spanish nationals, the Royal Decree deviates from the legal trend aiming at the conferral to family members of Spanish nationals equal rights as those granted to family members of EU citizens. This new approach can be deemed to be inconsistent to certain extent with Community law and moreover, with the principle of equality declared in the Spanish Constitution. On the other hand, the provisions on registered partnerships contained in the Royal Decree are somehow contradictory and undermine the coherence of the national norm inasmuch as they confer a favourable treatment to those partnerships but they do not recognise any legal effect to the partnerships registered in the Spanish territory.

KEY WORDS: free movement - reverse discrimination - purely internal situations - registered partnerships - ascendants of Union citizens.

DEUX QUESTIONS POSÉES PAR LA TRANSPOSITION ESPAGNOLE DE LA DIRECTIVE 2004/2007/CE PAR LE DÉCRET ROYAL 240/2007: LE RÉGIME APPLICABLE AUX ASCENDANTS DES NATIONAUX ESPAGNOLS ET L'EXTENSION DU CONCEPT «MEMBRES DE LA FAMILLE DES CITOYENNES DE L'UNION» AUX PARTENARIATS ENREGISTRÉS

RÉSUMÉ: La transposition espagnole de la Directive 2004/38/CE par le Décret Royal 240/2007 pose deux questions spécifiques concernant sa compatibilité avec le droit communautaire européen et le droit constitutionnel espagnole en introduisant certaines éléments problématiques qui affectent principalement aux ascendants de citoyennes espagnols et aux

partenariats enregistrés dans les registres municipaux et des Communautés autonomes espagnoles. En ce qui concerne les ascendants de nationaux espagnols, le Décret abandonne la tendance normative consistant à conférer aux membres de la famille des espagnoles le même traitement juridique qu'aux membres de la famille de citoyennes communautaires. Cette nouvelle solution juridique risque de remettre en question la compatibilité du Décret avec certains aspects du droit communautaire, mais principalement, avec le principe d'égalité proclamé dans la Constitution espagnole. En outre, les dispositions concernant les partenariats enregistrés sont contradictoires et diminuent la cohérence de la norme espagnole, en tant qu'elle donne un traitement favorable aux partenariats enregistrés mais elle ne reconnaît aucune valeur juridique aux partenariats enregistrés dans les registres existants dans le territoire espagnol.

MOTS CLÉS : libre circulation - discrimination au rebours - situations purement internes - partenariats enregistrés - ascendants des citoyennes de l'Union.