

LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS MATRIMONIOS DEL MISMO SEXO CELEBRADOS EN EL TERRITORIO DE LA UNIÓN EUROPEA: CONSECUENCIAS DEL ASUNTO COMAN Y OTROS

MILLÁN REQUENA CASANOVA¹
Universidad de Alicante
millan.requena@ua.es

Cómo citar/Citation

Requena Casanova, M. (2019).
Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados
en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto Coman y otros.
Revista de Derecho Comunitario Europeo, 62, 41-79.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.62.02>

Resumen

La sentencia de 5 de junio de 2018 del TJUE en el asunto *Coman y otros* exige a los Estados miembros que reconozcan el matrimonio entre personas del mismo sexo contraído entre un ciudadano de la Unión y un nacional de un tercer Estado conforme al derecho nacional de cualquiera de los Estados miembros, si bien a los efectos

¹ Profesor contratado, doctor en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Alicante (UA). Titular del módulo Jean Monnet «Migrant's Rights, EU Borders and Internal Security of Citizens: EU Values and Global Challenges». El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación coordinado, concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, «La Unión Europea ante los Estados fracasados de su vecindario: retos y respuestas desde el Derecho Internacional (II)», (DER2015-63498-C2-2-P [MINECO/FEDER]). El autor agradece las observaciones que los dos evaluadores llevaron a cabo sobre este trabajo.

exclusivos del derecho a la libre circulación y residencia. Cuando el derecho de la UE estipula que el disfrute de la libertad de circulación de un ciudadano de la UE con un miembro de su familia que le acompañe depende de la existencia de una relación jurídica como el matrimonio, y olvida que ciertos Estados no permiten el matrimonio del mismo sexo, se impide que las parejas del mismo sexo puedan ejercer el derecho de libre circulación debido a las restricciones que los Estados establecen a través de su derecho de familia. El reconocimiento de los cónyuges del mismo sexo como «cónyuges» en virtud de la Directiva 2004/38 es esencial para garantizar el disfrute efectivo del derecho de la libre circulación y residencia, pero también para prevenir la discriminación por orientación sexual y garantizar el respeto de su vida familiar. La conexión entre la libre circulación, en tanto derecho individual que deriva directamente del art. 21 TFUE, y la no discriminación por orientación sexual constituyen el elemento central para los ciudadanos afectados, y también nos sirve para evaluar hasta qué punto se puede afirmar la supremacía de ciertos derechos fundamentales que la UE pretende reconocer.

Palabras clave

Libertad de circulación; matrimonio del mismo sexo; principio de reconocimiento mutuo; orientación sexual.

FREE MOVEMENT OF SAME-SEX MARRIAGES IN THE TERRITORY OF THE EUROPEAN UNION: CONSEQUENCES OF THE COMAN AND OTHERS CASE

Abstract

ECJ Ruling of 5 June 2018 in *Coman and others* case requires that all Member States recognise same-sex marriages for the purposes of EU free movement where that marriage involves an EU citizen and was legally conducted in one of EU Member States. When EU law stipulates that the enjoyment of freedom of movement with a family member is made conditional upon the existence of a legal relationship such as marriage, and then forgets that certain Member States prevent same-sex couples from marrying, the inevitable consequence is that same-sex couples cannot exercise their right of free movement due to restrictions posed by the Member States through their domestic family law rules. Mutual recognition of same-sex spouses as “spouses” under Directive 2004/38 is crucial, not only to ensure the effective enjoyment by Union citizens of their right to free movement, but also to prevent discrimination on the basis of sexual orientation and to ensure respect for their family life. The connections between free movement, which is an individual right directly derived from the article 21 TFEU, and the general principle of equal treatment should be seen not only as a central concern for the individuals affected, but also as a test for assessing

the extent to which the EU can affirm the supremacy of certain fundamental rights that it claims to recognize.

Keywords

Free movement; same-sex marriage; mutual recognition principle; sexual orientation.

LIBRE CIRCULATION DU MARIAGE DU MÊME SEXE SUR LE TERRITOIRE DE L'UNION EUROPÉENNE: CONSÉQUENCES DE L'AFFAIRE *COMAN ET AUTRES*

Résumé

L'Arrêt CJUE du 5 Juin 2018 dans l'affaire *Coman et autres* exige que tous les États membres reconnaissent les mariages du même sexe aux fins de la libre circulation de l'UE, lorsque ce mariage implique un citoyen de l'UE et est légalement pratiqué dans l'un des États membres de l'UE. Lorsque le droit de l'UE stipule que l'exercice de la liberté de circulation avec un membre de la famille est subordonné à l'existence d'une relation juridique telle que le mariage, et oublie ensuite que certains États membres empêchent les couples de même sexe de se marier, ces derniers ne peuvent exercer leur droit de libre circulation en raison des restrictions posées par les États membres dans leurs règles de droit de la famille. La reconnaissance mutuelle des couples de même sexe en tant que «conjoints» en vertu de la Directive 2004/38 est essentielle, non seulement pour garantir aux citoyens de l'Union le droit à la libre circulation, mais aussi pour prévenir la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, et pour assurer le respect de leur vie familiale. Les liens entre la libre circulation, qui est un droit individuel découlant directement de l'article 21 du TFUE, et le principe général de l'égalité de traitement devraient être considérés non seulement comme une préoccupation pour les personnes touchées, mais aussi comme test pour évaluer dans quelle mesure l'UE peut affirmer la suprématie de certains droits fondamentaux qu'elle prétend reconnaître.

Mots clés

Liberté de mouvement; mariage du même sexe; principe de reconnaissance mutuelle; orientation sexuelle.

SUMARIO

I. DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO OBJETO DE ESTUDIO: 1. El impacto de la sentencia *Coman y otros* para la libre circulación de los matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea. 2. El supuesto de hecho: imposibilidad de reconocimiento en Rumanía del matrimonio del mismo sexo celebrado en Bélgica. II. LA COMPETENCIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA: RESTRICCIONES DERIVADAS DEL RESPETO DEL DERECHO DE LA UNIÓN. III. LA NEUTRALIDAD DEL CONCEPTO DE «CÓNYUGE» A EFECTOS DE LA DIRECTIVA 2004/38: 1. El reconocimiento mutuo del matrimonio del mismo sexo como solución técnica propuesta por la Unión Europea. 2. La definición autónoma del concepto de «cónyuge»: una interpretación dinámica y evolutiva: 2.1. *Un concepto neutro desde la perspectiva del género*. 2.2. *El consenso europeo sobre el matrimonio del mismo sexo*. 3. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre reagrupación familiar incluye al cónyuge del mismo sexo: 3.1. *El derecho al respeto de la vida privada y familiar garantizado en el artículo 7 de la Carta*. 3.2. *La influencia del principio de no discriminación por orientación sexual*. 4. Una interpretación finalista de la Directiva 2004/38: facilitar la libre circulación de personas respetando su orientación sexual. 5. El respeto a la identidad nacional de los Estados miembros y el orden público. IV. EL «CÓNYUGE» DEL MISMO SEXO DEL CIUDADANO DE LA UNIÓN DISFRUTA DE UN DERECHO DE RESIDENCIA DERIVADO, FUNDADO DIRECTAMENTE EN EL ARTÍCULO 21.1 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO OBJETO DE ESTUDIO

1. EL IMPACTO DE LA SENTENCIA COMAN Y OTROS PARA LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS MATRIMONIOS DEL MISMO SEXO EN LA UNIÓN EUROPEA

Hasta ahora, la disparidad en el derecho material de los Estados miembros con respecto al derecho de familia ha provocado graves restricciones a la libre circulación, algunas de las cuales todavía no han desaparecido. Sin embargo, el ejercicio pleno de la libre circulación de personas conlleva el reconocimiento y la continuidad extraterritorial de las uniones (matrimoniales o no) procedentes de los Estados miembros. Si no fuera así, el ciudadano comunitario se sentiría

desincentivado a circular por el territorio de la Unión Europea (UE) si su relación, válida en un Estado miembro, no lo fuera en otro (Soto Moya, 2012: 812).

Ante la inexistencia de una definición del término «cónyuge» tanto en el derecho originario como en el derivado, ha sido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) quien ha ido perfilando los contornos de este concepto, primero a través de la interpretación del art. 10 del Reglamento 1612/68 sobre libre circulación de los trabajadores² y, más recientemente, en la sentencia *Coman y otros* de 5 de junio de 2018, a través de la cual ofrece una interpretación autónoma del concepto de «cónyuge» que figura en el art. 2.2.a) de la Directiva 2004/38 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 miembros³. En términos jurídicos, la decisión del Tribunal en el asunto *Coman y otros* ha reforzado la libre circulación de los matrimonios del mismo sexo contraídos en el territorio de la Unión, aseverando que también posee la cualidad de «cónyuge» la pareja del ciudadano de la Unión, de su mismo sexo, que haya contraído matrimonio en cualquiera de los Estados miembros conforme a su legislación civil. Según el TJUE, los Estados miembros no pueden restringir la libre circulación de un ciudadano de la Unión denegando al «cónyuge», de

² Reglamento (CEE) 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena dentro de la Comunidad (DO L 257, de 19 de octubre de 1968, p. 2). Derogado por el Reglamento (CEE) núm. 492/2011 del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (DO L 141/1, de 5 de abril de 2011, p. 1). El primer asunto en el que el TJCE tuvo que interpretar el concepto de cónyuge previsto en el art. 10 del Reglamento 1612/68 fue el caso *Reed*. En esta primera toma de contacto con el concepto de cónyuge, el TJUE afirmó que el art. 10 del Reglamento 1612/68, contempla exclusivamente una relación fundada en el matrimonio, sin posibilidad de ampliarlo a una relación de «pareja estable», porque falta una evolución en la sociedad europea que justifique una interpretación extensiva del concepto cónyuge a otro tipo de relaciones. De esto se deduce que el concepto de cónyuge en este reglamento es dinámico, ya que depende de «una eventual evolución de la sociedad, por eso es necesario realizar un examen de la situación en el conjunto de la Comunidad, y no en relación con un solo Estado miembro»: Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de abril de 1986, *Reed*, C-59/85, EU:C:1986:157, apdo. 15.

³ Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, 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, por la que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE (DO 2004, L 158, p. 77; corrección de errores en DO 2004, L 229, p. 35, y DO 2007, L 204, p. 28).

su mismo sexo y nacional de un tercer país, un derecho de residencia derivado en su territorio⁴. A diferencia de otros conceptos relevantes en el derecho de la UE como el término «trabajador», respecto del cual el TJCE atribuyó en su momento un significado uniforme en toda la UE⁵, hasta ahora había existido cierta reticencia jurisprudencial para interpretar de manera autónoma el concepto de «cónyuge», al ser una noción que se encuadra en el ámbito del derecho de familia (Denys, 1999: 420).

En consecuencia, aunque los Estados miembros siguen siendo libres para autorizar los matrimonios del mismo sexo en su legislación interna, a partir de ahora si un ciudadano de la Unión contrae matrimonio con un nacional de un tercer Estado de su mismo sexo, su «cónyuge» podrá desplazarse con él al territorio del resto de Estados, sin que las normas nacionales sobre derecho de familia puedan ser un obstáculo para el ejercicio del derecho a la libre circulación.

Por otra parte, probablemente la repercusión del fallo vaya más allá del mero ámbito de la libre circulación de personas, por lo que supone para el reconocimiento, al menos de manera simbólica, de la diversidad de familias en la sociedad europea⁶. Asimismo, el fallo resulta trascendente por la expectación que ha suscitado en los medios de comunicación, incluso antes de que el TJUE resolviera, así como por el contexto nacional rumano en el que se origina⁷. Parece claro que la sentencia supone un revés para Rumanía⁸, pero

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, *Coman y otros*, C-673/16, EU:C:2018:385, apdo. 50.

⁵ Sentencia de 18 de enero de 1984, *Ekro*, 327/82, EU:C:1984:11, apdo. 107; Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2014, *Deckmyn y Vrijheidsfonds*, C-201/13, EU:C:2014:2132, apdo. 14.

⁶ El propio abogado general M. Wathelet valoró la trascendencia del tema tal cual expuso en sus conclusiones: «La definición del concepto de “cónyuge” que se adopte afectará necesariamente a la propia identidad de los hombres y mujeres de los que se trata —y por tanto a su dignidad—, así como a la concepción personal y social que tienen los ciudadanos de la Unión del matrimonio»; Conclusiones del abogado general M. Wathelet presentadas el 11 de enero de 2018, *Coman y otros*, EU:C:2018:2, punto 2.

⁷ «Los matrimonios homosexuales tendrán los mismos derechos de residencia en toda la UE», *El País*, 5.6.2018; «Respaldo europeo a los derechos de los matrimonios homosexuales», *El Periódico*, 5.6.2018.

⁸ A pesar de ello, el Gobierno rumano se planteó blindar el concepto de matrimonio en su Constitución, tal y como sucede en otros países de la UE como Polonia, Eslovaquia, Bulgaria y Letonia. La Coalición por la Familia, una organización de la sociedad civil cercana a la Iglesia ortodoxa, impulsó la celebración de una consulta al respecto con el fin de blindar el concepto de matrimonio constitucionalmente y restringirlo

también para aquellos países que prohíben o no reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Este trabajo estudia el impacto positivo que el ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia puede tener en un matrimonio del mismo sexo, contraído conforme a la legislación de un Estado miembro, entre un ciudadano de la Unión y un nacional de un tercer Estado, examinando la situación cuando la pareja casada se traslada de un Estado miembro que reconoce el matrimonio del mismo sexo a otro que no lo hace. Esta investigación se estructura de la siguiente manera. En primer lugar, se analiza la disparidad en el derecho de familia de los Estados miembros con respecto al estado civil de las personas, si bien la competencia de cada Estado para reconocer o no el matrimonio del mismo sexo está sometida a restricciones derivadas del respeto al derecho de la Unión. En segundo lugar, si el objeto del trabajo es la libre circulación de los matrimonios del mismo sexo, el punto de partida habrá de ser si la UE los considera «cónyuges». Ante la inexistencia de una definición del concepto en el derecho derivado, acudimos a la jurisprudencia del TJUE, que, a través de una interpretación dinámica y evolutiva, nos ofrecerá un concepto neutro desde el punto de vista del género. Una vez se ha fijado el alcance del concepto de «cónyuge», la investigación se ocupa de analizar las restricciones a la libre circulación de los matrimonios del mismo sexo que los Estados pueden justificar en atención al respeto a su identidad nacional y al orden público del foro. Por último, la cuarta parte de este trabajo se dedica a analizar la argumentación utilizada por el TJUE que permite fundar un derecho de residencia «permanente» en beneficio del nacional de un tercer Estado, del mismo sexo que el ciudadano de la Unión, que ha contraído matrimonio con este último. La razón es que las disposiciones de la Directiva 2004/38 solo amparan un derecho de residencia derivado a favor de nacionales de terceros Estados miembros de la familia del ciudadano de la Unión, cuando el Estado de acogida es distinto al Estado de nacionalidad del ciudadano comunitario. El trabajo se cierra con unas conclusiones en las que se destaca la trascendencia de la sentencia *Coman y otros* para la estabilidad en el disfrute de la libre circulación de los matrimonios del mismo sexo en la Unión, y lo que ello supone para la seguridad jurídica de las personas del mismo sexo afectadas, al menos a efectos de obtener la residencia en la UE.

a la unión entre un hombre y una mujer. Dicha consulta se celebró los días 7 y 8 de octubre de 2018, si bien la baja participación del electorado (solo un 20 % de los ciudadanos rumanos acudió a votar) motivó que la consulta no lograra la participación necesaria (30 %) para poner en práctica una reforma constitucional: «Fracaso del referéndum impulsado por la ultraderecha para vetar el matrimonio igualitario en Rumanía», *eldiario.es*, 8.10.2018.

2. EL SUPUESTO DE HECHO: IMPOSIBILIDAD DE RECONOCIMIENTO EN RUMANÍA DEL MATRIMONIO DEL MISMO SEXO CELEBRADO EN BÉLGICA

El reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo puede resultar incierto si la pareja casada pretende desplazarse por el territorio de la UE. Su estabilidad jurídica podría resultar comprometida con el traslado de su residencia de un Estado miembro a otro, pues hay países que no reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en cualquier otro Estado (Soto Moya, 2012: 825). Este es el caso, por ejemplo, de Rumanía. En 2010, el Sr. Coman, doble nacional rumano-estadounidense, contrajo matrimonio con su pareja, el Sr. Hamilton, de nacionalidad estadounidense, en Bélgica, país en el que ambos residían. En 2012, la pareja inició los trámites para trasladar su residencia a Rumanía con el fin de que el Sr. Coman pudiera trabajar y residir legalmente en su país de origen, junto a su esposo, en ejercicio de la libertad de circulación que ampara la Directiva 2004/38, y que permite al cónyuge de un ciudadano de la Unión que ha ejercido dicha libertad reagruparse con él en el Estado miembro en el que este reside.

No obstante, las autoridades rumanas rechazaron que al Sr. Hamilton le pudiera corresponder un derecho de residencia permanente (superior a tres meses), al entender que no podía ser considerado «cónyuge» de un ciudadano de la Unión, dado que, en su derecho de familia, Rumanía no reconoce en su ordenamiento el matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en el extranjero⁹. El rechazo de su solicitud en sede administrativa generó un proceso judicial en el marco del cual se formuló una cuestión de constitucionalidad contra el art. 277, apdos. 2 y 4, del Código Civil rumano, al entender que el no reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero, a los efectos del ejercicio del derecho de residencia, constituye una violación de las disposiciones de la Constitución rumana que protegen los derechos a la vida privada y familiar y a la intimidad, así como del principio de no discriminación. El asunto llegó hasta el Tribunal Constitucional rumano, que elevó cuatro cuestiones prejudiciales al TJUE, siendo de relevancia para el caso las dos primeras.

La primera cuestión prejudicial planteaba al TJUE si el nacional de un tercer Estado, del mismo sexo que el ciudadano comunitario está compren-

⁹ Según lo dispuesto en el art. 277 del Código Civil rumano, apdos. 1 y 2: «1) Se prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo; 2) Los matrimonios entre personas del mismo sexo o contraídos en el extranjero por ciudadanos rumanos o por extranjeros no gozarán de reconocimiento legal en Rumanía».

dido en el concepto de «cónyuge» previsto en el art. 2.2.a) de la Directiva 2004/38; de ser así, la segunda cuestión preguntaba al Alto Tribunal si esta misma directiva concede al cónyuge del ciudadano de la Unión, de su mismo sexo, un derecho de residencia «permanente» en el Estado de origen del ciudadano comunitario.

Que una cuestión prejudicial de esta naturaleza terminaría planteándose era cuestión de tiempo, considerando tanto la disparidad entre los Estados en cuanto a la regulación del matrimonio del mismo sexo en su derecho de familia como la actitud nacionalista e identitaria, y en muchos casos homofoba, que en los últimos años se manifiesta en algunos de los Estados miembros (Álvarez González, 2018: 2). Asimismo, la trascendencia para Rumanía del asunto *Coman y otros* resulta evidente, pero también para el resto de los Estados miembros, muchos de los cuales no reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo, e incluso algunos lo prohíben dentro de sus constituciones¹⁰. No extraña que, entre quienes presentaron observaciones (escritas o en la vista oral), Rumanía, Hungría, Polonia y Letonia defendieran que el concepto de «cónyuge» debía ser objeto de una definición e interpretación conforme a la ley nacional del Estado miembro de acogida, mientras que Países Bajos y la Comisión abogaron en cambio por una interpretación autónoma del término «cónyuge».

II. LA COMPETENCIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA: RESTRICCIONES DERIVADAS DEL RESPETO DEL DERECHO DE LA UNIÓN

Si bien a partir del Tratado de Ámsterdam de 1997 la UE se concibe como un espacio de libertad, seguridad y justicia¹¹, algunas restricciones a la libre circulación de personas todavía persisten. Una de las causas de estas restricciones es la disparidad en el derecho material de los Estados miembros con respecto al derecho de familia. Cada Estado miembro es competente para autorizar el matrimonio del mismo sexo o cualquier unión de pareja en su territorio, en la medida en que no existe un solo precepto en el Tratado de

¹⁰ Según el abogado general M. Wathelet, Bulgaria, Letonia, Lituania y Polonia, aunque probablemente también Eslovaquia —art. 41— y Hungría —art. L1—: Conclusiones del abogado general M. Wathelet, presentadas el 11 de enero de 2018, *Coman y otros*, EU:C:2018:2, punto 39.

¹¹ DO C 340, de 10 de diciembre de 1997, p. 93.

Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) ni en una norma derivada que ofrezca una definición del término «cónyuge» (Soto Moya, 2012: 814).

La legislación sobre derecho de familia de los Estados miembros es un sector enraizado en la soberanía nacional que, como se ha encargado de recordar el TJUE, el derecho de la Unión no restringe¹². Sin embargo, aunque no se cuestiona la competencia de los Estados para autorizar o no el matrimonio del mismo sexo en su ordenamiento, cabe realizar dos puntualizaciones. En primer lugar, cuando los Estados miembros ejercen sus competencias para regular el estado civil de las personas deben respetar el derecho de la Unión, especialmente las disposiciones relativas al principio de no discriminación¹³. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo en los casos *Maruko*, *Romer*¹⁴ y *Hay*¹⁵. Los tres casos se referían a la disponibilidad de beneficios derivados del empleo en virtud de la Directiva 2000/78 para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹⁶ para las parejas del mismo sexo registradas en relación con los que estaban disponibles para parejas casadas heterosexuales. En los tres casos el Tribunal reconoció explícitamente que «la legislación sobre el estado civil de las personas es competencia de los Estados miembros», pero matizando que, en el ejercicio de esa competencia, los Estados miembros deben cumplir con el principio de no discriminación¹⁷, que es un principio general del derecho

¹² En este sentido, véanse la Sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2011, *Römer*, C-147/08, EU:C:2011:286, apdo. 38; de 1 de abril de 2008, *Maruko*, C-267/06, EU:C:2008:179, apdo. 59; y de 24 de noviembre de 2016, *Parris*, C-443/15, EU:C:2016:897, apdo. 58.

¹³ Sentencia de 5 de junio de 2018, *Coman y otros*, C-673/16, EU:C:2018:385, apdos. 37 y 38. En este sentido, véase, respecto de los apellidos de las personas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003, *García Avello*, C-148/02, EU:C:2003:539, apdo. 25; en materia de fiscalidad directa, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1995, *Schumacker*, C-279/93, EU:C:1995:31, apdo. 21; en materia penal, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 1999, *Calfa*, C-348/96, EU:C:1999:6, apdo. 17; y, en materia de reconocimiento jurídico del cambio de sexo a efectos de obtener una prestación social, la Sentencia de 26 de junio de 2018, *MB*, C-451/16, EU:C:2018:492, apdo. 31.

¹⁴ Ambos casos ya citados en nota 12 *supra*.

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2013, *Hay*, C-267/12, EU:C:2013:823.

¹⁶ Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, de 2 de diciembre de 2000, p. 16).

¹⁷ Sentencias de 1 de abril de 2008, *Maruko*, C-267/06, EU:C:2008:179, apdo. 59; y de 24 de noviembre de 2016, *Parris*, C-443/15, EU:C:2016:897, apdo. 58.

de la Unión. Ahora bien, en los asuntos *Maruko* y *Römer* el TJUE explícitamente dejó en manos de los tribunales del Estado miembro (en ambos casos Alemania) determinar si las parejas del mismo sexo en una unión civil son comparables a las parejas casadas heterosexuales a efectos de las prestaciones laborales. En ambos asuntos el TJUE no realizó un análisis en profundidad de los comparadores a los efectos de establecer si existía una discriminación contraria al derecho de la Unión. Como certeramente se ha sugerido al comentar el asunto *Maruko* (y la misma crítica se podría hacer en el asunto *Rommer*), «the Courts approach in Maruko has two weaknesses. Firstly, it provides no protection against discrimination where it is most needed, namely in national systems where homosexual relationships find no legal recognition. Secondly, the definition and identification of the point at which EU law steps in is entirely left to the Member States» (Toggenburg, 2008: 174).

Sin embargo, este análisis sí fue realizado por el TJUE en el asunto *Hay*. El tribunal remitente francés afirmaba en su solicitud prejudicial que, conforme al derecho francés, las parejas del mismo sexo en los denominados «PAC»¹⁸ no eran comparables a las parejas casadas. En su respuesta, el TJUE afirmó que, dado que al momento de la sustanciación de los procedimientos legales los «PAC» eran los únicos medios disponibles de unión legal entre parejas del mismo sexo, estas parejas eran comparables a las parejas casadas a los efectos de obtener beneficios laborales en virtud de la Directiva 2000/78¹⁹ ya citada. Cuando en el asunto *Hay* la decisión del tribunal nacional parecía amenazar el principio de no discriminación, el TJUE no dudó en intervenir para defender este principio en lo que respecta al ámbito de aplicación de una directiva. Como ya se ha señalado, si bien el derecho de familia es un sector enraizado en la soberanía nacional, cuando la legislación nacional afecta al «principio de no discriminación», el Tribunal ha tratado de garantizar que se respete este principio general cuando se aplique el derecho de la Unión. Del mismo modo, el TJUE también podría exigir a los Estados miembros, so pena de vulnerar el principio de no discriminación, que no obstaculizaran la libre circulación de matrimonios entre personas del mismo sexo a los efectos de alcanzar los objetivos de la Directiva 2004/38, esto es, el derecho de residencia derivado del cónyuge que acompaña al ciudadano de la Unión en su desplazamiento por la UE (Bell y Bačić, 2016: 662).

¹⁸ «Pacto Civil de Solidaridad», una forma contractual de unión civil entre dos personas adultas para organizar su vida en común.

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2013, *Hay*, C-267/12, EU:C:2013:823, apdos. 36-37.

En segundo lugar, cuando los Estados miembros ejercitan sus competencias con respecto al derecho de familia, deben respetar las disposiciones del TFUE relativas a la libertad, reconocida a todo ciudadano de la Unión, de circular y residir en el territorio de la UE, tal como señaló el TJUE en los asuntos *García Avello y Grunkin y Paul*²⁰. De igual modo, en el asunto *Iida*, el TJUE señaló que una situación regulada por normativas que, *a priori*, son competencia de los Estados miembros puede estar «intrínsecamente relacionada con la libertad de circulación de un ciudadano de la Unión, que se opone a que el derecho de entrada y de residencia les sea denegado a nacionales de un tercer país en el Estado miembro en el que reside el ciudadano, para no menoscabar esta libertad»²¹. Por tanto, la imposibilidad de reconocer el matrimonio del mismo sexo en el Estado de acogida a los efectos exclusivos de facilitar la libre circulación de personas podría ser una restricción no justificada al ejercicio de este derecho. En efecto, si el derecho a la libre circulación y residencia pudiera ser invocado en un Estado miembro, pero no en otro, por el mero hecho de que el estado civil del interesado pueda ser apreciado de forma distinta dentro del territorio de la Unión, ello sería contrario a la misma idea de integración, pues precisamente en el ámbito que nos ocupa, la Unión se concibe como un espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 3.2 TUE).

²⁰ A este respecto, los asuntos *García Avello y Grunkin y Paul*, relativos al régimen de los apellidos, son instructivos. Aunque el TJUE reconoció que la Unión no tenía competencia respecto del derecho de familia en la atribución de apellidos debido a su importancia cultural, los Estados miembros seguían sujetos a las normas del mercado interior y la libre circulación de sus ciudadanos. Para lograr un resultado que cumpliera con la legislación de la Unión, el TJUE se basó en el principio judicial de reconocimiento mutuo para resolver una cuestión de libre circulación que afectaba al derecho de familia. Al hacerlo, es evidente que la competencia de los Estados miembros para definir autónomamente los conceptos en el ámbito del derecho de familia ya no es una razón aceptable para imponer restricciones desproporcionadas al funcionamiento del mercado interior. En este sentido, véanse la sentencias de 2 de octubre de 2003, *García Avello*, C-148/02, EU:C:2003:539, apdo. 25; de 14 de octubre de 2008, *Grunkin y Paul*, C-353/06, EU:C:2008:559, apdo. 16; y de 2 de junio de 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14, EU:C:2016:401, apdo. 32.

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 2012, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, apdo. 72. Se trataba de una normativa relativa al derecho de entrada y de residencia de los nacionales de terceros países fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DO 2004, L 16, p. 44), o de la Directiva 2004/38.

III. LA NEUTRALIDAD DEL CONCEPTO DE «CÓNYUGE» A EFECTOS DE LA DIRECTIVA 2004/38

1. EL RECONOCIMIENTO MUTUO DEL MATRIMONIO DEL MISMO SEXO COMO SOLUCIÓN TÉCNICA PROPUESTA POR LA UNIÓN EUROPEA

Como hemos señalado, el legislador de la Unión no elabora conceptos autónomos en el ámbito del derecho de familia, sino que se remite a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. En consecuencia, que el concepto de «cónyuge» pudiera gozar de una interpretación autónoma en el seno de la UE no sería actualmente viable²², a salvo del papel que pudiera desempeñar el TJUE a este respecto²³.

Ahora bien, hay disposiciones específicas del TFUE que se refieren al reconocimiento mutuo como el mecanismo apropiado para armonizar la legislación en el derecho de familia transfronterizo (art. 81.3 TFUE), e incluso existe un principio judicial del reconocimiento mutuo desarrollado por el TJUE (Janssens, 2013: 11), el cual se ha aplicado en diferentes políticas, especialmente en el mercado interior. Junto a ello, el reconocimiento mutuo también ha sido recomendado como solución técnica en varios documentos que describen la «política» de la Unión sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En primer lugar, las «Explicaciones» que acompañan a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE señalan que el art. 9 de la Carta, que garantiza el derecho a contraer matrimonio, está formulado en términos «neutros» desde la perspectiva del género²⁴. En segundo lugar, en el informe de la

²² Entre la doctrina, no obstante, se ha afirmado que «estamos ante un concepto jurídico que goza además de una interpretación autónoma, esto es, no diferida a cada uno de los ordenamientos nacionales. Ahora bien, el TJCE no ha precisado el contenido de la noción, sino que se ha limitado a diseñar sus contornos» (Requejo Isidro, 2003: 245).

²³ Ahora bien, en contraste con el pronunciamiento del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Obergefell v. Hodges*, el TJUE no tiene competencia para exigir a los Estados miembros que «legalicen» el matrimonio del mismo sexo en su ordenamiento interno. El Tribunal Supremo de Estados Unidos respondió esa pregunta sosteniendo que la decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos requería que cada Estado de la Unión —en el marco de la estructura federal del país— «legalizara» el matrimonio entre personas del mismo sexo y, además, reconociera los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados legalmente en otros Estados: *Obergefell v. Hodges, Director, Ohio Department of Health* 576 U.S. (2015).

²⁴ Véase «Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales», Explicación relativa al art. 9 — Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia—.

Agencia de Derechos Fundamentales de la UE de 2015 también se subraya que la Directiva 2004/38 no distingue entre parejas casadas del mismo sexo y de sexo opuesto²⁵. Además, aunque el art. 9 de la Carta dispone claramente que la «institucionalización» del matrimonio se debe realizar conforme al derecho nacional de los Estados miembros, el «Comentario sobre la Carta de Derechos Fundamentales» redactado por la Network of Independent Experts on Fundamental Rights afirma que la posibilidad de solemnizar los matrimonios del mismo sexo no excluye que la Carta exija que los matrimonios de este tipo contraídos de conformidad con la legislación de cualquier Estado miembro se reconozcan en el resto de Estados²⁶.

En tercer lugar, las directrices de la Comisión para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38 llegan a sugerir que los matrimonios válidamente contraídos, incluso fuera de la Unión, deben reconocerse en los

Las propias «Explicaciones» establecen que «este artículo [9] ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo» (DO 2007, C 303, p. 17). Por tanto, corresponde a cada Estado miembro decidir libremente extender o no el estatuto propio del concepto matrimonio a las parejas homosexuales, sin que ello suponga una violación del art. 9 de la Carta. A este respecto, se ha señalado que de la formulación del art. 9 de la Carta debería ser una exigencia comunitaria el reconocimiento por el resto de los Estados miembros de los matrimonios celebrados —y legalmente aceptados como tales— en el resto de Estados miembros. Ahora bien, surge una relevante duda a propósito de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Sin embargo, prosigue Martín y Pérez de Nanclares, «una lectura atenta de las Explicaciones del Praesidium podría conducir a considerar que la Carta en realidad no incluye estas uniones dentro del concepto de matrimonio, sino que más bien las equipara a la hora de fundar una familia [...]. Parece como si, pese a la nueva redacción, el legislador comunitario siguiera reservando el concepto matrimonio para las uniones entre hombre y mujer». Sin embargo, este autor concluye afirmando que la interpretación del TJCE en la sentencia *D y Suecia/Consejo* no resulta sostenible en la actualidad, ya que el propio Tribunal dejaba la puerta abierta a un posible cambio al incluir en todo caso que se hacía «en el estado actual de desarrollo del Derecho Comunitario (sentencia de 7 de febrero de 1998, *Grant*)», (Martín y Pérez de Nanclares, 2008b: 248-249).

²⁵ *Protection against discrimination on grounds of sexual orientation, gender identity and sex characteristics in the EU. Comparative legal analysis Update 2015, FRA Report* (2015), p. 81.

²⁶ Véase EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights (establecida por la Comisión Europea, Dirección General de Justicia, Libertades y Seguridad, a propuesta del Parlamento Europeo), «Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union» (junio 2006), p. 102: <https://bit.ly/2Gtia6Z> (consultada el 31 de julio de 2018).

Estados miembros en virtud de la directiva. Estas directrices ponen de relieve que la libre circulación de personas es uno de los fundamentos del derecho de la Unión y, por ello, debe recibir una interpretación lo más amplia posible²⁷. También el Parlamento Europeo se ha pronunciado sobre el reconocimiento del matrimonio del mismo sexo legalmente contraído en el Estado miembro de procedencia y la «portabilidad» de su estatus al resto de Estados. En un debate celebrado en 2010, la comisaria de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía declaró lo siguiente: «The law is very clear: its about non-discrimination, right to free movement and mutual recognition [...]. If you live in a legally-recognised same-sex partnership or marriage in a country A, you have the right — and that is a *fundamental right* — to take this status, and the one of your partner, to country B. *If not, it is a violation of EU law*»²⁸.

La propuesta que subyace en estos documentos atiende al sistema jurídico del Estado de procedencia del matrimonio del mismo sexo pues, una vez constituido en origen, la autoridad del Estado de acogida no debería cuestionarlo conforme a su propio ordenamiento. En este planteamiento se advierte un cierto parentesco con la regla del reconocimiento mutuo que rige en el mercado interior, y que se trasladaría al sector de la libre circulación de personas y a las ventajas que comporta.

En suma, la «política» de la UE, manifestada a través de diferentes documentos, sugiere la aplicación del reconocimiento mutuo de las relaciones matrimoniales del mismo sexo como solución más adecuada para el pleno ejercicio de la libre circulación de personas en la UE. En este sentido, para evitar los «matrimonios claudicantes», es decir, que no surten efectos más allá de las fronteras donde se contraen, entendemos que:

The application of mutual recognition in the context of same-sex relationships would have to be recognized as such and as having the legal status acquired in their home State, regardless of the position of same-sex couples in the domestic law of the host State. The legal status granted to same-sex couples in their home State would have to be recognized for the purposes of both the right to enter and reside in another Member State, as well as their treatment under national law, once they have been admitted into the host State (e.g. for purposes of taxation assessment or the grant of benefits (Tryfonidou, 2015: 243).

²⁷ *Commission Guidelines for better transposition and application of Directive 2004/38*, Brussels, 2.7.2009 COM (2009) 313 final, p. 10. <https://bit.ly/2Sffj2D> (consultada el 31 de julio de 2018).

²⁸ European Parliament Debate, Strasbourg, 7 September 2010, official minutes. Cursiva añadida.

2. LA DEFINICIÓN AUTÓNOMA DEL CONCEPTO DE «CÓNYUGE»: UNA INTERPRETACIÓN DINÁMICA Y EVOLUTIVA

2.1. *Un concepto neutro desde la perspectiva del género*

El pronunciamiento del TJUE en el asunto *Coman y otros* ha adquirido una inusitada trascendencia jurídica, pues, por primera vez, el TJUE se ha pronunciado en relación con la definición del término «cónyuge» previsto en el art. 2.2.a) de la Directiva 2004/38, en el contexto de un matrimonio entre dos varones. Así las cosas, las autoridades rumanas informaron a los solicitantes que al Sr. Hamilton, nacional de un tercer Estado casado con el Sr. Coman (ciudadano de la Unión), solo le correspondía un permiso de residencia de tres meses por no ser considerado «cónyuge» conforme a su Código Civil.

A los efectos de conceder un derecho de residencia, a título derivado, la aplicación del art. 3.1 de la directiva es clave. Esta disposición otorga derechos de residencia a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que es nacional, así como a «los miembros de su familia», tal como se definen en el art. 2.2 de la Directiva, que lo acompañen o se reúnan con él. Estos derechos son particularmente relevantes para los nacionales de terceros países, ya que su derecho de residencia en el territorio de la UE se deriva de su condición de miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión (Bonini-Baraldi, 2008: 657).

Sobre esta situación, el Tribunal recuerda que la Directiva 2004/38 únicamente regula los requisitos de entrada y residencia de un ciudadano de la Unión en Estados miembros distintos de aquel del que es nacional, y no puede dar soporte a un derecho de residencia derivado en favor de los nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro del que este es nacional²⁹. En consecuencia, la Directiva 2004/38 no da soporte jurídico a un derecho del Sr. Hamilton a que Rumanía le facilite la concesión de una autorización de residencia en dicho país³⁰.

²⁹ Así resulta de una interpretación literal, sistemática y teleológica de las disposiciones de la Directiva 2004/38. Véanse las Sentencias de 12 de marzo de 2014, O. y B., C-456/12, EU:C:2014:135, apdo. 37; la de 10 de mayo de 2017, Chávez-Vílchez y otros, C-133/15, EU:C:2017:354, apdo. 53; de 14 de noviembre de 2017, Lounes, C-165/16, EC:C:2017:862, apdo. 33, y de 8 de noviembre de 2012, Iida, C-40/11, EU:C:2012:691, apdos. 61 y ss.

³⁰ Siguiendo este razonamiento, el TJUE ha señalado *a posteriori* que la Directiva 2004/38 tampoco puede dar soporte a un derecho del nacional de un tercer Estado, pareja registrada de un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro del que este es nacional, a que este último Estado facilite una autorización de residencia: Sentencia del Tribunal de

Ahora bien, en determinados casos, sostiene el TJUE, los nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, que, en virtud de las disposiciones de la Directiva, no pueden disfrutar de un derecho de residencia derivado en el Estado miembro del que es nacional ese ciudadano, pueden obtener el reconocimiento de ese derecho en base al art. 21.1 TFUE, disposición que confiere directamente a los ciudadanos de la Unión el derecho fundamental e individual de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros³¹. A este respecto, siguiendo su razonamiento en el asunto *O. y B.*, el TJUE sostuvo que, si con ocasión de la residencia efectiva en un Estado miembro distinto del que es nacional, de acuerdo con los requisitos de la Directiva 2004/38, se desarrolla o consolida una convivencia familiar en ese Estado miembro, el «efecto útil» de los derechos que el art. 21.1 TFUE confiere al ciudadano de la Unión exige que la convivencia familiar mantenida por este ciudadano en el Estado miembro de residencia pueda continuar a su regreso al Estado de origen, mediante la concesión de un derecho de residencia derivado al miembro de la familia en cuestión, nacional de un tercer Estado³². Si no fuera así, se podría disuadir al ciudadano de la Unión de salir del Estado miembro del que es nacional para ejercer su derecho de residencia en otro Estado miembro, ante la incertidumbre de si podrá continuar, en su Estado de origen, una convivencia familiar desarrollada o consolidada en el Estado miembro de acogida³³.

Justicia de 12 de julio de 2018, Banger, C-89/17, EU:C:2018:570, apdos. 25 y 26. Se trataba del caso de la Sra. Banger (nacional sudafricana), con la que el Sr. Rado (nacional del Reino Unido) mantenía «una relación estable, debidamente probada», si bien para el Tribunal la Directiva no puede dar soporte a un derecho de la Sra. Banger a que el Reino Unido le facilite la concesión de una autorización de residencia en dicho país.

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, Coman y otros, C-673/16, EU:C:2018:385, apdo. 23. Así lo manifestó previamente en el asunto *Lounes*, Sentencia de 14 de noviembre de 2017, C-165/16, EU:C:2017:862, apdo. 46.

³² Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de marzo de 2014, *O. y B.*, C-456/12, EU:C:2014:135, apdo. 35; Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014, *McCarthy y otros*, C-202/13, EU:C:2014:2450, apdo. 31. Este argumento ha sido reiterado con respecto a la situación que contempla el art. 3.2, letra b) de la Directiva, esto es, en el supuesto de la pareja, nacional de un tercer Estado, con la que el ciudadano de la Unión mantiene una «relación estable, debidamente probada», pues esta disposición preceptúa que el Estado miembro de acogida solamente «facilitará», de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de dicha pareja: Sentencia de 12 de julio de 2018, Banger, C-89/17, EU:C:2018:570, apdo. 28.

³³ Sentencia de 5 de junio de 2018, Coman y otros, C-673/16, EU:C:2018:385, apdo. 24, refiriéndose en este sentido al asunto *O. y B.*, Sentencia de 12 de marzo de 2014, C-456/12, EU:C:2014:135, apdo. 54.

Para conceder este derecho de residencia, a título derivado, el Tribunal entiende que la Directiva 2004/38 debe aplicarse por analogía a esta situación. Esto significa que los requisitos que debe tener en cuenta el Estado de acogida no deben ser más estrictos que los establecidos por la Directiva para la concesión de ese derecho de residencia a un nacional de un tercer Estado, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, que ejerce el derecho de libre circulación y se establece en un Estado miembro distinto del que es nacional³⁴. Ahora bien, para llegar a esta conclusión el Tribunal ha llevado a cabo una interpretación autónoma del concepto de «cónyuge» previsto en el artículo 2.2.a) de la Directiva. En el razonamiento realizado por el TJUE han ejercido una influencia relevante el respeto al derecho a la vida privada y familiar (art. 7 de la Carta) y a la no discriminación por orientación sexual (art. 21 de la Carta).

2.2. El consenso europeo sobre el matrimonio del mismo sexo

La Directiva 2004/38, relativa al derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión, permite la reagrupación del cónyuge, sin especificar en su art. 2.2.a) si se incluye o no también al cónyuge del mismo sexo. En efecto, aunque las personas del mismo sexo no han sido excluidas explícitamente del término «cónyuge» de la Directiva 2004/38, tampoco queda claro que estén cubiertas por este concepto (Bell y Bačić, 2016: 657; Borg-Barthet, 2012: 363; Bell, 2004: 613)³⁵. Conforme a la Directiva, no está claro el significado que debe aplicarse al concepto de «cónyuge» para los ciudadanos de la Unión (Soto Moya, 2013: 138) y, lo que es más importante, quién debería

³⁴ Sentencia de 5 de junio de 2018, Coman y otros, C-673/16, EU:C:2018:385, apdo. 25. En el presente asunto, las cuestiones prejudiciales planteadas parten de la premisa de que el Sr. Coman, durante su residencia efectiva en Bélgica en virtud del art. 7.1 de la Directiva 2004/38, desarrolló o consolidó una convivencia familiar con el Sr. Hamilton.

³⁵ No obstante, se ha señalado que una interpretación literal de la Directiva sobre reagrupación familiar sugiere que un matrimonio, aun siendo del mismo sexo, siempre es un matrimonio, «and legally married migrant EU citizens should be recognized as “spouses” under meaning of Article 2(2)(a) of the Directive» (Costello, 2009: 615-616). Algunos autores señalan que el hecho de que la Directiva 2004/38 no precise si los cónyuges del mismo sexo han de ser reconocidos como tales por el Estado miembro al que se desplacen en ejercicio de la libre circulación tendría como consecuencia jurídica la adopción tácita de la legislación nacional del Estado de acogida en la materia (Tryfonidou, 2015: 212; Bonini-Baraldi, 2008: 541).

definirlo³⁶. La ausencia de consenso europeo sobre si las parejas del mismo sexo pueden contraer un matrimonio válido explicaría la imposibilidad de que la jurisprudencia pueda interpretar extensivamente este concepto en el contexto de la Directiva 2004/38. Sin embargo, en opinión del abogado general M. Wathelet, los trabajos preparatorios de la Directiva 2004/38 confirmarían la neutralidad deliberada del concepto de «cónyuge» empleada por el legislador de la Unión.

Así las cosas, el Parlamento Europeo presentó una enmienda a la propuesta de directiva³⁷, en la que se adicionaba al término «cónyuge» la siguiente afirmación: «Independientemente de su sexo, conforme a la correspondiente legislación nacional». Este matiz se justificaba en la circunstancia de que «la legislación de la UE relativa a la libre circulación debía reflejar y respetar la diversidad de relaciones familiares existentes en la sociedad actual»³⁸. No obstante, el Consejo manifestó su reticencia a aceptar una definición del término «cónyuge» que incluyera expresamente a los cónyuges del mismo sexo, dado que en ese momento solo dos Estados miembros (Bélgica y Países Bajos) contemplaban en su legislación los matrimonios del mismo sexo. Además, este planteamiento se fundaba en la tesis mantenida por el TJUE para el término «matrimonio» en el asunto *D y Suecia/Consejo*, según la definición admitida en general por los Estados miembros que designa una unión «entre dos personas

³⁶ Esto se refiere tanto a la definición sustantiva del término como al método por el cual se define. ¿Debería ser a través de la legislación de la UE? En caso afirmativo, ¿debería dejarse a la interpretación del TJUE o se debería aprobar una nueva norma específica sobre esta cuestión? (Bell y Bačič, 2016: 657). Algún autor ha sugerido la conveniencia de enmendar la Directiva por vía legislativa. Concretamente ha planteado que, a fin de garantizar que los Estados miembros no violen los derechos de libre circulación de los ciudadanos de la Unión y/o que no los discriminen por motivos de orientación sexual, la Directiva 2004/38 debería modificarse de la siguiente manera: «a) Article 2(2)(a) should be amended to provide explicitly that same-sex spouses are also covered by the term “spouses” and that a couple that has married in accordance with the laws of its home State should be recognized as such everywhere in the EU. Accordingly, Article 2(2)(a) should be amended to read: ‘the spouse, irrespective of sex, according to the relevant legislation of the home State’» (Tryfonidou, 2015: 241).

³⁷ Véase el art. 2.2.a) de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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 [COM (2001) 257 final, DO 2001, C 270 E, p. 150].

³⁸ Enmienda 14, adoptada el 23 de enero de 2003, PE 319.238, documento de sesión A5-0009/2003.

de distinto sexo»³⁹. Basándose en las objeciones del Consejo, la Comisión decidió limitar «su propuesta a una noción de cónyuge entendida, en principio, como cónyuge de distinto sexo, salvo evolución futura»⁴⁰. En definitiva, la Comisión se decantó por restringir la noción de cónyuge al de distinto sexo, «salvo evolución futura». Esta reserva de la Comisión resultó clave para que el abogado general M. Wathelet propusiera que la definición del concepto de «cónyuge» debe someterse a la evolución del consenso europeo sobre esta noción⁴¹. Si en el momento en que se negoció la Directiva solo dos Estados

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 2001, *D y Suecia/Consejo*, C-122/99 P y C-125/99 P, EU:C:2001:304, apdo. 34. Cursiva añadida. Véase la Posición común (CE) núm. 6/2004 aprobada por el Consejo el 5 de diciembre de 2003 con vistas a la adopción de la Directiva 2004/.../CE) del Parlamento Europeo y del Consejo 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 por la que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1612/68 (DO 2004, C 54 E, p. 28). Si bien el Consejo no precisa la jurisprudencia a la que se alude, la Comisión remite, en su propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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 [COM (2003) 199 final], a la sentencia de 31 de mayo de 2001, *D y Suecia/Consejo*. Seguramente, los asuntos *Grant* (C-249/96) y *D y Suecia/Consejo* —en los que el TJUE tuvo que decidir si el compañero sentimental del mismo sexo (*Grant*) o la pareja registrada (*D y Suecia/Consejo*) de un trabajador podían disfrutar de ciertos beneficios relacionados con el trabajo (ambos decididos de forma negativa)— contribuyeron a consolidar la renuencia de la Comisión y, sobre todo, del Consejo a incorporar la definición de miembros de la familia no limitados a la familia nuclear tradicional (Bonini-Baraldi, 2008: 528).

⁴⁰ Comisión de las Comunidades Europeas, Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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, COM (2003) 199, p. 11. Se reprocha esta visión tan conservadora de la familia que no es acorde con la evolución de la sociedad europea (Berthou y Masselot, 2002: 689). En este mismo sentido, en el asunto *Baumbast* (C-413/99) el abogado general L. A. Geelhoed afirmó, incluso, que «la legislación derivada... (en este asunto el Reglamento 1612/68), se ha adaptado insuficientemente a la evolución socio-cultural y económica experimentada desde los años sesenta»: Conclusiones del abogado general L. A. Geelhoed presentadas el 5 de julio de 2002, *Baumbast*, EU:C:2011:385, punto 34.

⁴¹ Sobre la interpretación evolutiva del concepto de «cónyuge», el TJUE ha señalado que una disposición de derecho de la Unión debe ser interpretada a la luz de su grado de evolución en el momento en que se aplica: Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1928, *Cilfit y otros*, 283/81, EU:C:1982:335, apdo. 20.

miembros contemplaban en su legislación el matrimonio del mismo sexo, desde entonces once Estados adicionales han autorizado en su legislación este tipo de matrimonio⁴². En la actualidad, el consenso europeo sobre el concepto de «cónyuge» habría superado la solución adoptada en 2001 por el TJUE, según la cual la definición del matrimonio generalmente aceptada en la sociedad europea se limitaba a la unión entre dos personas de sexo opuesto⁴³.

Siguiendo la tesis del abogado general M. Wathelet, la estructura del art. 2.2 de la Directiva, en relación con el art. 3.2, letra b), asocia el concepto de «cónyuge» al matrimonio⁴⁴, por lo que para el TJUE el término «cónyuge» al que se refiere la Directiva 2004/38 designa una relación estable entre dos personas unidas por el vínculo de matrimonio⁴⁵. Esta asociación del concepto «cónyuge» al vínculo matrimonial ya fue expresada en el asunto *Metock y otros*, a cuyo tenor el TJUE declaró que «los términos de [la] familia [de un ciudadano de la Unión] que le acompañen», que figuran en el art. 3.1 de la Directiva 2004/38, debían interpretarse en el sentido de que «el nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión, que reside en un Estado miembro del que no tiene la nacionalidad, que acompaña a ese ciudadano de la Unión o se reúne con él, puede acogerse a las disposiciones de esa Directiva,

⁴² Los Estados miembros que reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo son, por orden cronológico: Países Bajos, Bélgica, España, Suecia, Portugal, Dinamarca, Francia, Reino Unido, (a excepción de Irlanda del Norte), Luxemburgo, Irlanda, Finlandia, Alemania y Malta. Asimismo, el Tribunal Constitucional austriaco, mediante sentencia de 4 de diciembre de 2017 (G 258-259/2017-9), anuló las disposiciones del Código Civil que limitan el derecho al matrimonio a las parejas heterosexuales y, además, declaró que el matrimonio entre personas del mismo sexo sería posible a partir del 1 de enero de 2019, si no se adoptan normas antes de esa fecha.

⁴³ Sentencia de 31 de mayo de 2001, D y Suecia/Consejo, C-122/99 P y C-125/99 P, EU:C:2001:304, apdo. 34

⁴⁴ En efecto, además de los descendientes directos y los ascendientes directos a los que se refiere el art. 2.2, letras c) y d), de la Directiva, los «miembros de la familia» en el sentido de la Directiva 2004/38 son el cónyuge y la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada. El art. 3.2 de la Directiva añade a los beneficiarios de la Directiva «la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada». Dado que la mera relación fuera de todo vínculo jurídico se contempla en el art. 3 de la Directiva y que la existencia de una unión registrada se contempla en el artículo 2.2, letra b), de la Directiva, el término cónyuge comprende el tercer y último supuesto jurídicamente posible, es decir, una relación estable basada en el matrimonio: Conclusiones del abogado general M. Wathelet presentadas el 11 de enero de 2018, *Coman y otros*, EU:C:2018:2, puntos 46 y 47.

⁴⁵ Sentencia de 5 de junio de 2018, *Coman y otros*, C-673/16, EU:C:2018:385, apdo. 34.

independientemente del lugar o del momento en que hayan contraído matrimonio o de las circunstancias en que ese nacional de un país tercero haya entrado en el Estado miembro de acogida»⁴⁶. Siguiendo este razonamiento, el abogado general M. Wathelet concluyó que el término «cónyuge» que utiliza el art. 2.2.a) de la Directiva es «neutro» desde el punto de vista del género e indiferente del lugar donde se haya contraído⁴⁷.

3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE REAGRUPACIÓN FAMILIAR INCLUYE AL CÓNYUGE DEL MISMO SEXO

3.1. *El derecho al respeto de la vida privada y familiar garantizado en el artículo 7 de la Carta*

El derecho al respeto de la vida privada y familiar, que garantiza el art. 7 de la Carta, ha influido en la definición del término «cónyuge» ofrecida por el TJUE. El concepto de «cónyuge» dispuesto en la Directiva 2004/38 está relacionado necesariamente con la vida privada y familiar y, por consiguiente, con la protección que le confiere el art. 7 de la Carta⁴⁸. A este respecto, y dado que hasta el momento el Tribunal no ha interpretado el art. 7 de la Carta, hay que tener en cuenta la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) relativa al art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH).

⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2008, *Metock y otros*, C-127/08, EU:C:2008:449, apdo. 99. Del mismo modo, en la Sentencia de 17 de abril de 1986, *Reed*, 59/85, EU:C:1986:157 el TJUE vinculó el concepto «cónyuge» en el sentido de la norma anterior a la Directiva 2004/38 [el Reglamento (CEE) núm. 1612/68] a una relación fundada exclusivamente en el matrimonio (apdo. 15). La decisión del TJUE en el asunto *Metock y otros* implica que un nacional de un Estado miembro que haya nacido y residido solamente en su Estado de nacionalidad y esté casado con, digamos, un ciudadano canadiense en Canadá (país que permite los matrimonios entre personas del mismo sexo), donde hayan vivido durante algún tiempo, podrá regresar a su Estado de origen y exigir que este último reconozca su matrimonio canadiense a efectos de la reunificación familiar, si su Estado de nacionalidad decide extender, por su propia voluntad, los derechos de la reunificación familiar otorgados por la legislación de la UE a sus propios nacionales en situaciones puramente internas (Tryfonidou, 2015: 248, nota 171).

⁴⁷ Conclusiones del abogado general M. Wathelet, presentadas el 11 de enero de 2018, *Coman y otros*, EU:C:2018:2, punto 49.

⁴⁸ El considerando 31 de la Directiva 2004/38 señala expresamente que la Directiva respeta los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Carta.

En virtud del art. 52.3 de la Carta, el sentido y el alcance de los derechos que corresponden a derechos garantizados por el CEDH son iguales a los que les confiere dicho convenio⁴⁹. Ahora bien, ello no impide que el derecho de la Unión proporcione una protección más amplia, por lo que el TJUE puede considerar obligaciones adicionales de los Estados miembros en relación con el derecho a la vida privada y familiar (Tryfonidou, 2015: 237).

En efecto, aunque el TEDH ha confirmado la libertad de los Estados parte para abrir el matrimonio a las personas del mismo sexo⁵⁰, en el asunto *Vallianatos y otros c. Grecia* estimó que era «artificial mantener el planteamiento de que, a diferencia de las parejas de distinto sexo, las del mismo sexo no pueden disfrutar de “vida familiar” a los efectos del artículo 8 del CEDH»⁵¹, interpretación que ha reiterado en múltiples ocasiones⁵². En efecto, si bien el art. 8 del CEDH no conlleva una obligación general de aceptar la instalación de cónyuges no nacionales o de autorizar la reagrupación familiar en el territorio de un Estado contratante, las decisiones adoptadas por los Estados en materia migratoria pueden constituir, en determinadas circunstancias, una injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada y familiar protegido por el art. 8 del CEDH⁵³. Más aún, el TEDH

⁴⁹ Según las «Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales» —que deben ser «tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión» (art. 52.7 de la Carta)— los derechos garantizados en el art. 7 de la Carta corresponden a los garantizados por el art. 8 del CEDH, por lo que los primeros tienen el mismo sentido y alcance que los segundos. En este sentido, véase «Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales», Explicación relativa al artículo 7 — Respeto de la vida privada y familiar (DO 2007, C 303, p. 20). No obstante, el art. 7 no hace referencia alguna a la cuestión de las limitaciones. Sí lo hace, en cambio, el art. 8.2 del CEDH. Por ello, se ha sostenido con razón que «en consonancia con lo previsto en el art. 52.3, a este precepto ha de dársele en el ámbito comunitario el mismo sentido y alcance que el concedido por la jurisprudencia del TEDH al ya citado párrafo segundo del art.8 del CEDH» (Martín y Pérez de Nanclares, 2008a: 217-218).

⁵⁰ En este sentido, la Sentencia de 9 de junio de 2016, *Chapin y Charlentier c. Francia*, CE:ECHR:2016:0609JUD004018307, apdos. 38 y 39

⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 2013, *Vallianatos y otros c. Grecia*, CE:ECHR:2013:1107 JUD002938109, apdo. 73.

⁵² Sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de febrero de 2016, *Pajic c. Croacia*, CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, apdo. 64; de 14 de junio de 2016, *Aldeguer Tomás c. España*, CE:ECHR:2016:0614JUD003521409, apdo. 75; y de 30 de junio de 2016, *Taddeucci y McCall c. Italia*, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, apdo. 58.

⁵³ Es lo que ocurre, en particular, cuando los interesados tienen vínculos personales y familiares suficientemente fuertes en el Estado de acogida que corren el riesgo de verse

ha confirmado recientemente que del art. 8 del CEDH —y, por tanto, del art. 7 de la Carta— se infiere una obligación positiva de ofrecer a estas personas, como a las heterosexuales, la posibilidad de obtener el reconocimiento legal y la protección jurídica de su pareja⁵⁴.

En puridad, de acuerdo a la jurisprudencia del TEDH en relación con el alcance del art. 8 del CEDH, el art. 7 de la Carta solo protegería el derecho a la vida privada y familiar de las parejas del mismo sexo, nacionales de un tercer Estado, ya establecidas en el Estado de acogida, después de ser admitidas en el mismo. Por el contrario, es probable que las parejas del mismo sexo que deseen ser admitidas por primera vez en el Estado de acogida no puedan contar con la protección que garantiza dicha disposición, a menos que el TJUE interprete el art. 7 de la Carta de manera más amplia que el TEDH ha interpretado el art. 8 del CEDH (Tryfonidou, 2015: 239). En este mismo sentido extensivo se manifestó el abogado general M. Wathelet en sus conclusiones, al sostener que la evolución del derecho del respeto de la vida familiar previsto en el art. 7 de la Carta conduciría a una interpretación del concepto de «cónyuge» independiente del sexo de las personas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38⁵⁵. En cambio, una interpretación contraria constituiría una diferencia de trato entre parejas casadas dependiendo de si son del mismo o distinto sexo, puesto que ningún Estado miembro prohíbe el matrimonio heterosexual. Tal diferencia de trato sería inaceptable en virtud del art. 7 de la Carta, tal como debe interpretarse en relación con el art. 8 del CEDH. Como quiera que el art. 7 de la Carta garantiza el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el TJUE sostuvo que, de la jurisprudencia del TEDH en relación con este mismo derecho previsto en el art. 8 del CEDH, resulta que la relación que mantiene una pareja homosexual puede estar comprendida en el concepto de «vida privada»

gravemente comprometidos en caso de aplicación de la medida en cuestión: Sentencia del TEDH de 30 de junio de 2016, Taddeucci y McCall c. Italia, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, apdo. 56.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de julio de 2015, Oliari y otros c. Italia, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, apdo. 185.

⁵⁵ Conclusiones del abogado general M. Wathelet, presentadas el 11 de enero de 2018, *Coman y otros*, EU:C:2018:2, punto 66. Se ha señalado que la *ratio legis* de la Directiva, adoptada según su sexto considerando para «mantener la unidad de la familia en un sentido amplio», pone de relieve cómo el derecho a la vida privada y a la vida familiar que proclama el art. 7 de la Carta deberían bastar para ampliar el derecho de residencia en la UE (Pérez Vera, 2014: 227).

y de «vida familiar», del mismo modo que la de una pareja heterosexual que se encuentre en la misma situación⁵⁶.

3.2. La influencia del principio de no discriminación por orientación sexual

Cuando el Tribunal ha tenido que interpretar el principio de no discriminación por orientación sexual se ha aproximado a confrontar el reconocimiento de las relaciones entre personas del mismo sexo, si bien no en un contexto transfronterizo. En efecto, ninguno de los casos que llegaron al TJUE involucró la cuestión del reconocimiento legal por el Estado miembro de acogida de una pareja del mismo sexo desplazada a su territorio después de ejercer el derecho de libre circulación. Los distintos casos que llegaron al Tribunal (*Maruko*, *Römer* y *Hay*) involucraban a una pareja del mismo sexo «estancada», esto es, objeto de trato discriminatorio en su Estado de nacionalidad⁵⁷.

Ahora bien, la doctrina se ha mostrado tajante con respecto a la exclusión de las parejas del mismo sexo, casadas o no, del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38, subrayando que es difícil admitir cómo «cualquier exclusión de las parejas casadas del mismo sexo [...] de los derechos de libre circulación

⁵⁶ Sentencia de 5 de junio de 2018, *Coman y otros*, C-673/16, EU:C:2018:385, apdo. 50. En particular, el TJUE se apoyó en la Sentencias del TEDH de 7 de noviembre de 2013, *Vallianatos y otros c. Grecia*, CE: ECHR:2013:1107 JUD002938109, apdo. 73 y de 14 de diciembre de 2017, *Orlandi y otros c. Italia*, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, apdo. 143.

⁵⁷ Conforme a la jurisprudencia del TJUE en materia discriminatoria, si una pareja casada del mismo sexo se trasladara a un Estado miembro que no reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero su legislación sí permite reconocerlos como «pareja registrada», con un estatus comparable al matrimonio (heterosexual) a los fines pertinentes (por ejemplo, la concesión de beneficios sociales), el Estado de acogida debería tratar a la pareja, en virtud de la Directiva 2000/78, de la misma manera que a un matrimonio de sexo opuesto en lo que respecta a ese beneficio concreto. Por consiguiente, cuando una pareja casada del mismo sexo se traslade a un Estado miembro que no reconoce su matrimonio, no sufrirán ninguna desventaja práctica en cuestiones tales como las ventajas fiscales, las prestaciones sociales o los beneficios que entran en el ámbito de la Directiva 2000/78, puesto que dicho Estado debe tratar a las parejas registradas de manera equivalente a las casadas, cuando se trata de ese beneficio o ventaja particular. Incluso, con respecto a las situaciones que estén fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, se ha sugerido que el «Article 21 of the Charter may come to rescue, but this will depends on whether the situation falls within its scope of application» (Tryfonidou, 2015: 233).

podría conciliarse con el principio de no discriminación por la orientación sexual» (Bell, 2002: 349). Asimismo, la exclusión de las personas del mismo sexo de los términos «cónyuge», «pareja registrada» o «pareja» supondría no solo una violación de la Directiva 2004/38, cuyo considerando 31 establece que los Estados miembros deberán implementar la Directiva sin discriminar a sus beneficiarios por motivos de orientación sexual, sino también una vulneración del art. 21 de la Carta, que prohíbe la discriminación directa por razón de la orientación sexual (Bell, 2005: 5). Si el TJUE tuviera que pronunciarse sobre la cuestión, se ha apuntado, como solución técnica, acudir al principio del reconocimiento mutuo. Así, ante esta situación, se ha señalado que «the Court should make it clear — if and when it is given the opportunity — that the principle of mutual recognition is fully applicable in this context as well, and it should ensure that interprets Directive 2004/38 in a way that does not lead to discrimination on the ground of sexual orientation» (Tryfonidou, 2015: 247)⁵⁸.

Entre sus argumentos, el abogado general M. Wathelet acudió a la jurisprudencia del TEDH en el ámbito de la reagrupación familiar, que establece que la protección de la familia tradicional no puede justificar una

⁵⁸ Véase, en este sentido, el *Report of the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs on the Application of Directive 2004/48 on the Right of Citizens of the Union and Their Family Members to Move and Reside Freely Within the Territory of the Member States* [008/2184(INI), March, 2009], donde se afirmó que una de las cuestiones problemáticas en relación con la aplicación por los Estados miembros de la Directiva 2004/38 es la interpretación restrictiva por parte de algunos Estados miembros de los conceptos de «miembro de la familia» (art. 2), «otro miembro de la familia» y «pareja» (art. 3), particularmente en relación con parejas del mismo sexo y el derecho a libre circulación en virtud de la Directiva 2004/38. Por tanto, el Parlamento ha pedido a los Estados miembros que apliquen «plenamente los derechos otorgados en virtud del artículo 2 y el artículo 3 de la Directiva 2004/38/CE no solo a cónyuges de diferente sexo, sino también a la pareja registrada, miembro de la familia y su pareja, incluidas las *parejas del mismo sexo* reconocidas por un miembro Estado, *independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de su no reconocimiento en el derecho civil por parte de otro Estado miembro, sobre la base del principio de reconocimiento mutuo, igualdad, no discriminación, dignidad, vida privada y familiar*» (pp. 8-9; cursiva añadida). Además, pidió «on Member States to bear in mind that the Directive imposes an obligation to recognize freedom of movement to all Union citizens (including same-sex partners) without imposing the recognition of same-sex marriages» y, para este propósito, llamó la atención sobre la Comisión «to issue strict guidelines, drawing on the analysis and conclusions contained in the Fundamental Rights agency report and to monitor these issues» (p. 9). Disponible en: <https://bit.ly/2TosQuk> (consultada el 31 de julio de 2018).

discriminación por razón de la orientación sexual. Según el TEDH, si bien «la protección de la familia tradicional puede constituir, en determinadas circunstancias, un objetivo legítimo en virtud [del art. 14 del CEDH que prohíbe la discriminación], el Tribunal considera que, en el ámbito de que se trata, esto es, la concesión de un permiso de residencia por motivos familiares al miembro de la pareja extranjero y homosexual, no puede constituir una razón “particularmente sólida y convincente” que pueda justificar, en las circunstancias del caso, una discriminación por razón de la orientación sexual»⁵⁹. El TEDH considera incluso que una diferencia de trato basada únicamente —o de manera decisiva— en la orientación sexual del demandante sería inaceptable en virtud del CEDH⁶⁰.

En el contexto relativo a la aplicación del principio de igualdad de trato en el marco de la Directiva 2000/78, el abogado general N. Jääskinen expresó un punto de vista similar al señalar que «la finalidad de proteger el matrimonio o la familia no puede legitimar una discriminación por motivos de orientación sexual, ya que es difícil imaginar qué nexo causal podría conectar este tipo de discriminación, como medio, y la protección del matrimonio, como efecto positivo que pueda derivarse de ella»⁶¹. En consecuencia, la defensa de la esencia heterosexual del matrimonio tradicional es un argumento que difícilmente puede sostenerse en un «marco europeo» (Requejo Isidro, 2003: 249), puesto que esta limitación es contraria a un sistema jurídico

⁵⁹ Sentencia del TEDH de 30 de junio de 2016, *Taddeucci y McCall c. Italia*, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, apdo. 93. Sobre la falta de una «razón sólida y convincente», incluida la protección de la familia «en el sentido tradicional del término», para justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual, véase la sentencia del TEDH de 7 de noviembre de 2013, *Vallianatos y otros c. Grecia*. En este último caso, se trataba de la exclusión de las parejas del mismo sexo de la ley relativa a las parejas estables registradas, a pesar de que la República Helénica no ofrecía a estas parejas ningún otro reconocimiento oficial y jurídico, al contrario que a las parejas heterosexuales. Así, la obligación de facilitar la entrada y la residencia del nacional de un tercer Estado del mismo sexo que el ciudadano de la Unión con el que haya contraído matrimonio es todavía más vinculante, y el margen de apreciación todavía más reducido, cuando el Estado miembro no autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo y tampoco ofrece a las parejas homosexuales la posibilidad de celebrar una unión registrada.

⁶⁰ En este sentido, véanse las sentencias del TEDH de 23 de febrero de 2016, *Pajic c. Croacia*, CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, apdos. 59 y 84, y de 30 de junio de 2016, *Taddeucci y McCall c. Italia*, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, apdo. 89.

⁶¹ Conclusiones del abogado general N. Jääskinen presentadas el 15 de julio de 2010, *Römer*, C-147/08, EU:C:2010:425, punto 175.

supranacional que prohíbe la discriminación por razón de la orientación sexual (Borg-Barthet, 2012: 387)⁶².

En todo caso, negar la consideración de cónyuges, a los efectos del ejercicio del derecho de libre circulación y residencia, a dos personas del mismo sexo que han contraído matrimonio en un Estado miembro podría vulnerar el principio de confianza comunitaria, ya que el matrimonio se ha celebrado en un Estado miembro de la UE conforme a su legislación interna. Pero, además, esta negativa daría lugar a una situación problemática, con dos estatutos diferenciados en función de la orientación sexual de los cónyuges, a saber: matrimonios válidos de acuerdo con la legislación nacional y de la UE, en referencia a los heterosexuales; y matrimonios válidos únicamente dentro de la esfera nacional de cada Estado miembro que reconozca en su ordenamiento el matrimonio del mismo sexo (Bell, 2004: 621; Bonini-Baraldi, 2008: 551).

4. UNA INTERPRETACIÓN FINALISTA DE LA DIRECTIVA 2004/38: FACILITAR LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS RESPETANDO SU ORIENTACIÓN SEXUAL

La finalidad perseguida por la Directiva 2004/38 refuerza igualmente una interpretación neutra del término «cónyuge», que prescindiera de su orientación sexual. Debe recordarse, tal como se afirmó en el asunto *Metock y otros*, que el objeto de la Directiva 2004/38 es facilitar el ejercicio del derecho fundamental e individual de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, que el art. 21.1 TFUE confiere directamente a los ciudadanos de la Unión, así como su refuerzo⁶³. Conforme a su reiterada jurisprudencia, el

⁶² En este sentido, la reflexión formulada en el marco de un estudio sobre la portabilidad del estatuto personal sería extrapolable a los efectos de la Directiva 2004/38, pues «el argumento principal que se opone al reconocimiento del matrimonio homosexual se refiere a la voluntad de proteger el matrimonio tradicional. No obstante, el reconocimiento del matrimonio homosexual extranjero no perjudica directamente al matrimonio tradicional del Estado del foro. No impide que las parejas heterosexuales contraigan matrimonio. *Tampoco permite que las parejas homosexuales contraigan matrimonio en el Estado de acogida. El efecto del reconocimiento del matrimonio homosexual extranjero se limita, por tanto, a las parejas afectadas y no perjudica a la superestructura*» (Pfeiff, 2017: 572; cursiva añadida).

⁶³ Así resulta de los considerandos primero, cuarto y undécimo de la Directiva. Véanse las sentencias de 25 de julio de 2008, *Metock y otros*, C-127/08, EU:C:2008:449, apdo. 82; de 18 de diciembre de 2014, *McCarthy y otros*, C-202/13, EU:C:2014:2450, apdo. 31, y de 14 de noviembre de 2017, *Lounes*, C-165/16, EU:C:2017:862, apdo. 31. Además, como señala el quinto considerando de la Directiva, para que pueda ejercerse en con-

TJUE ha señalado que el ejercicio de las libertades que el TFUE garantiza a los ciudadanos de la Unión se vería seriamente obstaculizado si no se les permitiera llevar una vida familiar normal en el Estado de acogida. De este modo, se podría disuadir a los ciudadanos de la Unión de abandonar el Estado miembro cuya nacionalidad poseen y establecerse en el territorio de otro Estado miembro si no tuvieran la certeza de poder continuar, tras su regreso a su Estado miembro de origen, una vida familiar iniciada en el Estado miembro de acogida, por efecto del matrimonio o de la reagrupación familiar⁶⁴.

Si la finalidad de la Directiva 2004/38 es la consecución de estos objetivos, sus disposiciones no deben ser privadas de su «efecto útil» a través de una interpretación restrictiva⁶⁵. En función de ello, de acuerdo con la propuesta del abogado general M. Wathelet, entre una interpretación del término «cónyuge» que restringe el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38 y otra que, respetando el tenor literal de la disposición interpretada y su contexto, facilita la libre circulación de un número mayor de ciudadanos, procede adoptar la segunda⁶⁶. Y otro tanto ocurre con otro objetivo que subyace en la Directiva: la consecución de un alto nivel de seguridad jurídica y de transparencia, pues quien sea cónyuge en cualquier Estado miembro, con independencia de su orientación sexual, será considerado cónyuge en el resto. En consecuencia, la negativa de un Estado miembro a reconocer, al objeto únicamente de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado, el matrimonio de este con un ciudadano de la Unión del mismo sexo, nacional de dicho Estado miembro, contraído durante su residencia efectiva en otro Estado miembro de conformidad con sus leyes civiles, puede obstaculizar el

diciones objetivas de dignidad, el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros debe ser reconocido también a los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad. Sentencia de 25 de julio de 2008, *Metock y otros*, C-127/08, EU:C:2008:449, apdo. 83.

⁶⁴ Sentencia de 25 de julio de 2008, *Metock y otros*, C-127/08, EU:C:2008:449, apdo. 64.

⁶⁵ *Ibid.*, apdo. 84, y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014, *McCarthy y otros*, C-202/13, EU:C:2014:2450, apdo. 32. Incluso, el TJUE ha reconocido que se trataba en este caso de un principio en virtud del cual «las disposiciones que, como la Directiva 2004/38, establecen la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, deben interpretarse en sentido amplio». Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de enero de 2014, *Reyes*, C-423/12, EU:C:2014:16, apdo. 23.

⁶⁶ Conclusiones del abogado general M. Wathelet, presentadas el 11 de enero de 2018, *Coman y otros*, EU:C:2018:2, punto 74. Esta interpretación está tanto más justificada cuanto que es acorde con otro objetivo de la Directiva 2004/38, enunciado en su considerando 31, que señala que los Estados miembros deben aplicar la Directiva sin discriminar entre sus beneficiarios por razones como la orientación sexual.

ejercicio del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros consagrado en el art. 21.1 TFUE⁶⁷. Esta negativa restringe la libre circulación de personas, que podría variar de un Estado miembro a otro en función de las normas nacionales que regulan el matrimonio entre personas del mismo sexo, situación que no sería conforme con la finalidad que persigue la Directiva 2004/38, cuyas disposiciones no deben ser privadas de su «efecto útil»⁶⁸.

En definitiva, si el Sr. Coman ha ejercido, en su condición de ciudadano de la Unión, su libertad de circulación y de residencia en un Estado miembro distinto (Bélgica) de su Estado de origen (Rumanía), puede invocar los derechos inherentes al estatuto de ciudadanía contemplados en el art. 21.1 TFUE, también en relación con su Estado de origen⁶⁹. Y es que, entre los derechos que el art. 21 TFUE reconoce a los ciudadanos de la Unión se incluye el de llevar una vida familiar normal, disfrutando de la presencia del cónyuge de su mismo sexo, tanto en el Estado de acogida como en el Estado de nacionalidad cuando regresen a este⁷⁰. No obstante, como señalaron varios Gobiernos en sus observaciones, la libre circulación de personas puede estar sometida a ciertas restricciones, independientemente de la nacionalidad, en función de consideraciones de interés general y siempre que sean proporcionadas.

5. EL RESPETO A LA IDENTIDAD NACIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y EL ORDEN PÚBLICO

Como recuerda el TJUE, el ejercicio del derecho de libre circulación y residencia en el territorio de la Unión debe respetar también la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a sus estructuras políticas y

⁶⁷ Sentencia de 5 de junio de 2018, Coman y otros, C-673/16, EU:C:2018:385, apdo. 40.

⁶⁸ *Ibid.*, apdo. 39, citando la jurisprudencia en los asuntos *Metock y otros*, apdo. 85, y *McCarthy y otros*, apdo. 32.

⁶⁹ Sentencia de 5 de junio de 2018, Coman y otros, C-673/16, EU:C:2018:385, apdo. 31. Así lo ha confirmado el TJUE en su jurisprudencia constante sobre esta cuestión: Sentencias de 23 de octubre de 2007, Morgan y Bucher, C-11/06 y C-12/06, EU:C:2007:626, apdo. 22; de 18 de julio de 2013, Orinz y Seeberger, C-523/11 y C-585/11, EU:C:2013:524, apdo. 23, y de 14 de noviembre de 2017, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, apdo. 51.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, Coman y otros, C-673/16, apdo. 32. En este sentido, el TJUE acude a su jurisprudencia constante en los asuntos *Singh*, Sentencia de 7 de julio de 1992, C-370/90, EU:C:1992:296, apdos. 21 y 23, y *Lounes*, Sentencia de 14 de noviembre de 2017, C-165/16, EU:C:2017:862, apdo. 52.

constitucionales, conforme al art. 4.2 TUE⁷¹. En efecto, la libre circulación de personas puede estar sometida a restricciones independientes de la nacionalidad de los particulares afectados, siempre que estas restricciones se basen en consideraciones objetivas de interés general y sean proporcionadas al objetivo perseguido por el derecho nacional.

En cuanto a los motivos de interés general, varios Gobiernos presentaron observaciones (escritas y en la vista oral) señalando el carácter fundamental de la institución del matrimonio, blindada por algunas constituciones como una unión entre personas de sexo opuesto. Así, tal restricción a la libre circulación de personas, fundada en una concepción exclusivamente heterosexual del matrimonio, estaría justificada por razones relacionadas con el orden público y la identidad nacional, puesto que el art. 4.2 TUE admite y protege una suerte de pluralismo cultural en la UE⁷². No era descartable, por tanto, que el orden público del foro pudiera impedir el reconocimiento de los matrimonios del mismo sexo y, consecuentemente, de la cualidad de cónyuge (Álvarez González, 2018: 4)⁷³. Ahora bien, el orden público debe interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unila-

⁷¹ Sentencia de 5 de junio de 2018, Coman y otros, C-673/16, apdo. 34. Puede verse también, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de junio de 2016, Bogendorff von Wolffendorff, C-438/14, EU:C:2016:401, apdo. 73.

⁷² Sin embargo, debe subrayarse que, de conformidad con el párr. 3 del mismo artículo, los Estados miembros han asumido una obligación de cooperación leal, una moderación en la adopción de cualquier medida que pueda poner en peligro la consecución del objetivo de la Unión y la adopción de todas las medidas apropiadas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados. El cumplimiento de estas obligaciones por un Estado miembro que se niega a reconocer a las parejas del mismo sexo legalmente casadas en otro Estado miembro sería cuestionable (Bell y Bačić, 2016: 681, nota 181).

⁷³ Si bien en referencia exclusivamente al no reconocimiento del matrimonio del mismo sexo y no al orden público que pueda actuar en el marco de la Directiva 2004/38, dentro de las generales limitaciones del derecho de entrada y del derecho de residencia. En ese sentido, el art. 27.2 de la Directiva constituye un obstáculo insalvable para los Estados miembros al tratar de justificar sus medidas, pues dicha disposición exige que las medidas adoptadas por el Estado de acogida que se funden en el orden público «se basen exclusivamente en la conducta personal del interesado». Evidentemente, esto no se cumplirá cuando un Estado miembro se niegue a admitir en su territorio al cónyuge del mismo sexo, nacional de un tercer Estado, de un ciudadano de la Unión, ya que excluye a toda una categoría de personas (personas LGTBI) simplemente porque se encuentran dentro de esa categoría, por lo que su exclusión no se basaría en su conducta personal.

teralmente su alcance sin control por parte de las instituciones de la Unión. Por tanto, el orden público solo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad del Estado de acogida, en nuestro caso la sociedad rumana⁷⁴, sin que la defensa del matrimonio «tradicional» pueda justificar una amenaza de esa gravedad. Por ello, permitir la libre circulación del matrimonio del mismo sexo extranjero, a los efectos de obtener la residencia permanente en la Unión, no puede alegarse como contrario al orden público rumano. El reconocimiento de la cualidad de cónyuges a dos personas del mismo sexo que han contraído matrimonio —recuérdese—, a los solos efectos de entrada y residencia, no impone a dicho Estado el deber de solemnizar el matrimonio del mismo sexo en su legislación nacional. Tal obligación de reconocimiento, al objeto únicamente de conceder un derecho de residencia derivado al nacional de un tercer Estado, no atenta contra la identidad nacional ni supone una amenaza al orden público nacional⁷⁵. Según el TJUE, una restricción a la libre circulación de personas solo se justifica si es conforme con los derechos fundamentales garantizados por la Carta⁷⁶, lo que no sucede en este caso.

Ahora bien, el que se considere cónyuge a la pareja del mismo sexo del ciudadano de la Unión a efectos de concederle la residencia no implica en absoluto que se esté reconociendo ese matrimonio a otros efectos⁷⁷.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de junio de 2016, *Bogendorff von Wolfendorff*, C-438/14, EU:C:2016:401, apdo. 67, y de 13 de julio de 2017, *E*, C-193/16, EU:C:2017:542, apdo. 18. En efecto, un Estado debe demostrar que el reconocimiento —a diferencia de la «institucionalización»— del matrimonio entre personas del mismo sexo, a los solos efectos de la libre circulación y residencia en el Estado de acogida, plantea una amenaza real y suficientemente grave para los valores fundamentales de la sociedad, como la concepción tradicional del matrimonio o de la familia (Bell y Bačić, 2016: 683).

⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, *Coman y otros*, C-673/16, EU:C:2018:385, apdo. 46.

⁷⁶ Sentencia de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, apdo. 66. En su jurisprudencia sobre justificaciones de las restricciones a la libre circulación basadas en políticas públicas, el Tribunal parece preferir nociones de política pública que se refuerzan con la protección de los derechos fundamentales y la promoción de la igualdad: Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, EU:C:2010:806, apdo. 86.

⁷⁷ La legislación de derecho internacional privado de la UE en materia matrimonial en ningún caso garantiza el reconocimiento de los matrimonios del mismo sexo. Ni siquiera en los nuevos reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, del Consejo de 24 de junio de 2016, relativos a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento

Sin embargo, aislar ese reconocimiento de otros efectos vinculados a su cualidad de cónyuge no será una tarea fácil, pues no se trata solo de permitir que el cónyuge, nacional de un tercer Estado, resida en Rumanía. El matrimonio no es solo presupuesto cuasi necesario para ejercitar el derecho de libre circulación, sino que también lo es para acceder, entre otras, a ventajas de tipo económico. Si el Estado miembro de acogida se niega a reconocer el estatuto jurídico de un matrimonio del mismo sexo, por ejemplo, a los efectos de la obtención de prestaciones sociales o de ventajas fiscales, esta negativa conducirá a una discriminación por orientación sexual contraria al art. 21 de la Carta, si a un matrimonio heterosexual que se desplaza se le reconociera, en una situación comparable, su estatus legal obtenido en el Estado de procedencia. En conclusión, ignorar el objetivo de una integración más estrecha en el ámbito del derecho de familia podría colisionar, antes o después, con la propia política de la UE, basada en un conjunto de valores y principios tan fundamentales que no pueden dejarse de lado (Bonini-Baraldi, 2008: 549).

y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DO L 183/1), y en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DO L 183/30), respectivamente, que entrarán en vigor el 29 de enero de 2019, se ha conseguido incluir a los matrimonios y a las parejas del mismo sexo como concepto autónomo, y esto a pesar de que se ha acudido a la vía de la cooperación reforzada. Sobre esta cuestión, la doctrina ha sugerido que la solución adecuada para el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo podría ser la adopción de una nueva norma derivada que unificara las reglas sobre el derecho aplicable relacionadas con el reconocimiento de las relaciones entre personas del mismo sexo (Melcher, 2013:153-154). Sin embargo, también se ha subrayado que diseñar una nueva legislación basada exclusivamente en el «reconocimiento por referencia» a las reglas sobre el derecho aplicable no es una forma realista de resolver la incertidumbre que afecta a las parejas casadas del mismo sexo. La base jurídica para adoptar tal legislación sería el art. 81.3 TFUE y enfrentaría exactamente los mismos problemas. Determinar la ley aplicable, incluso bajo una legislación unificada de la UE, puede ser muy incierto. Las reglas sobre derecho aplicable, que normalmente buscan determinar el lugar con la conexión más fuerte con el tema relevante, a menudo se centra en hechos particulares. Mientras haya Estados miembros que no reconocen el matrimonio del mismo sexo, siempre habrá margen para argumentar que el derecho aplicable es la ley nacional de uno de esos Estados (Bell y Bačić, 2016: 671). Por ello, se ha estimado más adecuado el recurso al principio de reconocimiento mutuo como un concepto autónomo de la UE, por el cual un estatus jurídico legalmente adquirido en un Estado miembro es automáticamente reconocido para los fines de la legislación de la UE en todos los demás Estados, sin necesidad de una referencia posterior a las normas sobre derecho aplicable (Tryfonidou, 2015: 247; Melcher, 2013: 154).

IV. EL «CÓNYUGE» DEL MISMO SEXO DEL CIUDADANO DE LA UNIÓN DISFRUTA DE UN DERECHO DE RESIDENCIA DERIVADO, FUNDADO DIRECTAMENTE EN EL ARTÍCULO 21.1 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

La segunda cuestión prejudicial planteada por el órgano remitente preguntaba al TJUE, en esencia, si el art. 21.1 TFUE permite fundar un derecho de residencia derivado por un período superior a tres meses al nacional de un tercer Estado, del mismo sexo que el ciudadano de la Unión, que ha contraído matrimonio con este en un Estado miembro de conformidad con el derecho de dicho Estado, en el territorio del Estado miembro de origen del ciudadano de la Unión. Sobre esta cuestión cabe señalar que el art. 7.2 de la Directiva 2004/38 establece un derecho automático: el derecho de un ciudadano de la Unión a residir por un período superior a tres meses en el territorio de otro Estado miembro se amplía a su cónyuge, nacional de un tercer Estado, que le acompañe o se reúna con él en el Estado miembro de acogida, siempre que el primero cumpla los requisitos del art. 7.1, letras a), b) o c), de la Directiva⁷⁸. No obstante, como ha recordado el TJUE, el Sr. Hamilton no puede invocar la Directiva 2004/38 en su beneficio porque sus disposiciones no amparan un derecho de residencia derivado en favor de nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro cuya nacionalidad posee

⁷⁸ En efecto, como ha señalado el TJUE, «se desprende tanto del tenor del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38 como de la estructura general de ésta que el legislador de la Unión ha establecido una distinción entre los miembros de la familia del ciudadano de la Unión definidos en el artículo 2, punto 2, de la Directiva 2004/38, que, en determinadas condiciones enunciadas en dicha Directiva, se benefician de un derecho de entrada y de residencia en el Estado miembro de acogida del referido ciudadano, y los otros miembros de la familia a los que se refiere el artículo 3, apartado 2, párrafo primero, letra a), de [esta] Directiva, cuya entrada y residencia únicamente han de facilitarse por dicho Estado miembro». Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de septiembre de 2012, Rahman y otros, C-83/11, EU:C:2012:519, apdo. 19. Por tanto, el art. 3.2 de la Directiva 2004/38 no obliga a los Estados miembros a reconocer un derecho de entrada y de residencia en favor de las personas que estén comprendidas en el ámbito de aplicación de esta disposición. Únicamente les impone una obligación de otorgar a las solicitudes de personas incluidas en su ámbito de aplicación un trato más favorable que a las solicitudes de entrada y de residencia de otros nacionales de terceros Estados: *ibid.*, apdo. 21.

dicho ciudadano⁷⁹. Ahora bien, el TJUE consideró que el Sr. Hamilton disfruta de un derecho de residencia, a título derivado, basado en el art. 21.1 TFUE, pues el efecto útil de los derechos que el artículo 21.1 TFUE confiere al ciudadano de la Unión exige que la convivencia familiar mantenida con ocasión de la residencia efectiva en el Estado miembro de acogida pueda continuar a su regreso al Estado miembro de origen, mediante la concesión de un derecho de residencia, a título derivado, al cónyuge del mismo sexo, nacional de un tercer Estado⁸⁰.

Para la concesión del derecho de residencia derivado el Tribunal considera que se debe aplicar por analogía la Directiva 2004/38, solución que también es válida con respecto a la pareja, nacional de un tercer Estado, con la que el ciudadano de la Unión mantiene una «relación estable, debidamente probada», en el sentido del art. 3.2, letra b), de esta Directiva, como ha reiterado posteriormente en el asunto *Banger*⁸¹. En estas circunstancias, y de acuerdo a la jurisprudencia consolidada del TJUE, este derecho de residencia derivado no está sometido a requisitos más estrictos que los establecidos en el art. 7.2 de la Directiva 2004/38, esto es, si el nacional de un tercer Estado se encontrara en una situación en la que su cónyuge ejerciera su derecho de libre circulación estableciéndose en un Estado miembro distinto del que es nacional⁸².

⁷⁹ Véanse las sentencias de 12 de marzo de 2014, O. y B., C-456/12, EU:C:2014:135, apdo. 37; de 10 de mayo de 2017, Chávez-Vílchez y otros, C-133/15, EU:C:2017:354, apdo. 53, y de 14 de noviembre de 2017, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, apdo. 33.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, Coman y otros, C-673/16, EU:C:2018:385, apdo. 53. En función de la respuesta del TJUE, el Tribunal Constitucional rumano decidió interpretar que las disposiciones del art. 277, apartados (2) y (4) del Código Civil son constitucionales en la medida en que permiten la concesión del derecho de residencia en el territorio del Estado rumano en las condiciones estipuladas por la legislación europea a los cónyuges —ciudadanos de los Estados miembros de la UE y/o nacionales de terceros países— de un matrimonio entre personas del mismo sexo, contraído en un Estado miembro de la Unión Europea: Decisión núm. 534 de 18 de julio de 2018, relativa a la excepción de la inconstitucionalidad de las disposiciones del artículo 277 (2) y (4) del Código Civil, p. 27, en <https://bit.ly/2Si9nOS> (consultada el 8 de octubre de 2018).

⁸¹ Sentencia de 12 de julio de 2018, Banger, C-89/17, EU:C:2018:570, apdo. 33.

⁸² Sentencia de 5 de junio de 2018, Coman y otros, C-673/16, EU:C:2018:385, apdo. 56. En este sentido, véase la Sentencia de 12 de marzo de 2014, O. y B., C-456/12, EU:C:2014:135, apdos. 50 y 61; y respecto a la situación de una pareja, nacional de un tercer Estado, con la que el ciudadano de la Unión mantiene una «relación estable, debidamente probada», prevista en el art. 3.2, letra b) de la Directiva, véase la Sentencia de 12 de julio de 2018, Banger, C-89/17, EU:C:2018:570, apdo. 29.

V. CONCLUSIONES

La reciente sentencia del TJUE en el asunto *Coman y otros* ha adquirido una inusitada trascendencia jurídica pues ha permitido al Tribunal, por primera vez, ofrecer una definición autónoma del concepto de «cónyuge» previsto en el art. 2.2.a) de la Directiva 2004/38, en el contexto de un matrimonio celebrado entre dos varones. Hasta ahora, el Tribunal se había mostrado reacio a proporcionar una definición propia y autónoma del concepto de «cónyuge» pues, pese a ser un concepto relevante para el ejercicio de la libertad de circulación, se trata de un término vinculado directamente con el derecho de familia, una materia enraizada en la soberanía de los Estados miembros. Sin embargo, a través de un método evolutivo, el Tribunal ha llevado a cabo una interpretación autónoma de este concepto, afirmando que el término «cónyuge» de la Directiva es neutro desde el punto de vista del género, por lo que también puede incluir a la persona casada con un ciudadano de la Unión, de su mismo sexo, nacional de un tercer Estado. Ciertamente, en su decurso, el Tribunal ha recordado que, tanto el consenso europeo sobre el término «cónyuge», reflejado en el creciente número de Estados miembros que autorizan el matrimonio del mismo sexo, como el alcance del derecho al respeto a la vida privada y familiar que garantiza el art. 7 de la Carta conducen a interpretar el concepto de «cónyuge» con independencia de su orientación sexual. En este sentido, haciéndose eco de la jurisprudencia del TEDH en el ámbito de la reagrupación familiar, el Tribunal sostiene que la protección del matrimonio tradicional no justifica una discriminación por razón de la orientación sexual limitadora de la libre circulación de personas.

En función de ello, afirma el Tribunal que la negativa de un Estado miembro a reconocer, únicamente a efectos de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado, el matrimonio del mismo sexo de este con un ciudadano de la Unión contraído en otro Estado miembro puede obstaculizar el ejercicio del derecho de ese ciudadano a circular y residir libremente en el territorio de la UE. Esta negativa supone una restricción no justificada de la libre circulación de personas, que podría variar de un Estado miembro a otro en función de las disposiciones de su legislación civil que regulan el matrimonio del mismo sexo. Tal restricción no sería conforme con los objetivos que persigue la Directiva 2004/38, cuyas disposiciones no deben ser privadas de su efecto útil. La argumentación del Tribunal en este orden reposa en la estabilidad en el disfrute de la libre circulación de personas, así como en la seguridad jurídica de los ciudadanos de la Unión en el ejercicio de este derecho, al margen del Estado miembro en el que se resida. Esta interpretación autónoma de la cualidad de «cónyuge» respeta la identidad nacional de los Estados miembros y el pluralismo cultural que es inherente a sus estructuras

políticas y constitucionales, por lo que no cabe invocar el orden público del foro, que en todo caso debe interpretarse de modo estricto.

No obstante, debe precisarse que esta definición autónoma y dinámica del término «cónyuge», a los efectos de la obtención de la residencia a título derivado, no implica el reconocimiento legal del matrimonio del mismo sexo ni de sus efectos civiles en otro Estado miembro. Y es que este pronunciamiento del Tribunal no afecta en absoluto a la libertad de los Estados para autorizar el matrimonio entre personas del mismo sexo en su ordenamiento, dado que el derecho de familia y, por ende, las normas sobre el estado civil son competencia de los Estados. Dicho de otro modo, los Estados miembros que no reconocen o prohíben el matrimonio entre personas del mismo sexo, como es el caso de Polonia, Eslovaquia o Rumanía, podrán seguir haciéndolo, pero estarán obligados a garantizar la libre circulación de todos los matrimonios, sean del mismo o de distinto sexo, al menos a efectos de conceder al cónyuge del ciudadano comunitario, nacional de un tercer Estado, la tarjeta de residencia de la UE. De no hacerlo, se estaría produciendo una injustificada restricción del art. 21.1 TFUE, que reconoce directamente el derecho a circular y residir libremente a los ciudadanos de la Unión.

En todo caso, la estabilidad en el disfrute del derecho de libre circulación y residencia, concebida como valor y fundamento de la Unión, no debería contribuir a profundizar en la disparidad que existe entre los Estados miembros con respecto a la regulación del estatus civil de las personas. En efecto, no debe obviarse que la decisión del Tribunal en el asunto *Coman y otros* aumenta la brecha que separa a la UE de determinados países del Centro y del Este de Europa, recelosos de que la Unión intervenga en materias que consideran de índole doméstica. En este sentido, los problemas derivados de la disparidad existente entre los Estados miembros con respecto al reconocimiento legal de las relaciones entre personas del mismo sexo se deberían resolver a través de un proceso de «voluntary harmonization, which will absolve the UE from any criticism that it wished to impose its own views on the matter on the Member States» (Tryfonidou, 2015: 248).

Bibliografía

- Álvarez González, S. (2018). ¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE? A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto *Coman*. *La Ley*, 56, 1-6.
- Bell, C. H. y Bačić Selanec, N. (2016). Who is “Spouse” under the Citizens’ Rights Directive? The Prospect of Mutual Recognition of Same-Sex Marriages in the EU. *European Law Review*, 41, 655-686.

- Bell, M. (2002). We are Family? Same-sex Partners and EU Migration Law. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 9, 335-355.
- (2004). Holding Back the Tide? Cross-Border Recognition of Same-Sex Partnerships within the European Union. *European Review of Private Law*, 12 (5), 613-662.
- (2005). EU Directive on Free Movement and Same-Sex Families: Guidelines on the Implementation Process. Brussels: ILGA-EUROPE. Disponible en: <https://bit.ly/2FUoIi4>.
- Berthou, K. y Masselot, A. (2002). Le mariage, les partenariats et la CJCE: ménage à trois. *Cahiers du Droit Européen*, 5-6, 679-694.
- Bonini-Baraldi, M. (2008). EU Family Policies Between Domestic “Good Old Values” and Fundamental Rights: The case of same-sex families. *Maastrich Journal of International Law*, 4, 517-551.
- Borg-Barthet, J. (2012). The Principled Imperative to Recognise Same-Sex Unions in the EU. *Journal of Private International Law*, 8, 359-388. Disponible en: <https://doi.org/10.5235/JPRIVINTL.8.2.359>.
- Costello, C. (2009). Metock: Free Movement and “Normal Family Life” in the Union. *Common Market Law Review*, 46 (2), 587-622.
- Denys, C. (1999). Homosexuality: A Non-Issue in Community Law? *European Law Review*, 419-420.
- Janssens, C. (2013). *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199673032.001.0001>.
- Martín y Pérez de Nanclares, J. (2008a). Artículo 7. Respeto de la vida privada y familiar. En A. Mangas Martín (dir.). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA, 209-222.
- (2008b). Artículo 9. Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia. En A. Mangas Martín (dir.). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA, 244-255.
- Melcher, M. (2013). (Mutual) Recognition of Registered Relationships via EU Private International Law. *Journal of Private International Law*, 9 (1), 149-170. Disponible en: <https://doi.org/10.5235/17441048.9.1.149>.
- Pérez Vera, E. (2014). Ciudadanía y nacionalidad de los Estados miembros. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 27-28, 217-230.
- Pfeiff, S. (2017). *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*. Bruxelles: Bruylant.
- Requejo Isidro, M. (2003). DIPr. de la familia y libre circulación de trabajadores: reflexiones suscitadas por el matrimonio homosexual. *La UE ante el siglo XXI: los retos de Niza*, XIX Jornadas de la AEPDIRI. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Soto Moya, M. (2012). Libre circulación por el territorio de la Unión Europea de los matrimonios del mismo sexo celebrados en España. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 43, 807-847.

- (2013). *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Toggenburg, G. N. (2008). LGTBT go Luxemburg: On the Stance of Lesbian Gay Bisexual and Transgender Rights Before the European Court of Justice. *European Law Reporter*, 4, 174-185.
- Tryfonidou, A. (2015). EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: The Case of Mutual Recognition. *Columbia Journal of European Law*, 21 (2), 195-248.