

UNIVERSIDAD DE GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho internacional privado e Historia del Derecho

**LAS SITUACIONES CONYUGALES EN EL
TRÁFICO INTRACOMUNITARIO:
UN MODELO DE RELACIÓN ENTRE EL
DIP_r Y EL DERECHO DE EXTRANJERÍA**

Tesis presentada por Dña. Mercedes Soto Moya

Dirigida por el Prof. Dr. D. Sixto Alfonso Sánchez Lorenzo

(Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada)

Granada 2006

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	7
INTRODUCCIÓN.....	13

PARTE I: DIPr COMUNITARIO, DERECHO DE EXTRANJERÍA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

CAPÍTULO I

ALCANCE COMPETENCIAL DEL TÍTULO IV EN MATERIA DE DIPr Y DERECHO DE EXTRANJERÍA

I. INTRODUCCIÓN.....	35
II. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMUNITARIO DE LA FAMILIA	
1. La comunitarización del DIPr.....	40
2. Alcance competencial del Título IV en materia de DIPr de la familia	
A) Interpretación del art. 65 TCE.....	48
B) El art. 65 TCE como base jurídica de los Reglamentos 1347/2000 y 2201/2003.....	67
C) Técnicas de reglamentación utilizadas por el art. 65 TCE.....	71
a) Control <i>ex ante</i> de los instrumentos jurídicos comunitarios.....	75
b) Control <i>ex post</i> de los instrumentos jurídicos comunitarios.....	83

III. EL DERECHO DE EXTRANJERÍA COMUNITARIO

1. La comunitarización del Derecho de extranjería.....	85
2. Alcance competencial del Título IV en materia de Derecho de extranjería....	98
A) Inmigración económica.....	101
B) Asilo	111
3. Inexistencia de un verdadero Derecho de extranjería en la UE.....	115

CAPÍTULO II

EL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS POR EL TERRITORIO DE LA UE

I. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

1. Regulación de la libre circulación de personas hasta el Tratado de Ámsterdam.....	125
A) Libre circulación de personas desde una perspectiva económica.....	129
B) Del mercado común al mercado interior.....	135
C) Ciudadanía europea.....	145
2. Regulación de la libre circulación de personas después del Tratado de Ámsterdam	
A) Derecho originario.....	153
B) Derecho derivado.....	160

II. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y DERECHO DE EXTRANJERIA

1. Ámbito de aplicación personal del derecho de libre circulación de personas.....	162
A) Nacionales de terceros Estados titulares del derecho de libre circulación de personas.....	163
B) Un incipiente derecho de libre circulación para los residentes de larga duración.....	172
C) Derecho a viajar.....	177
D) La nacionalidad como criterio de atribución del Derecho de libre circulación de personas.....	179

2. Ámbito de aplicación espacial	
A) Carácter ambivalente de la libre circulación de personas.....	183
a) Ámbito de aplicación espacial del Derecho de libre circulación de personas como derecho económico.....	184
b) Ámbito de aplicación espacial de la libre circulación de personas como derecho político.....	195
B) Discriminación inversa	
a) Nacional comunitario que no ejerce su derecho de libre circulación.....	212
b) Nacional español que no ejerce su derecho de libre circulación.....	218
C) Teoría del efecto útil.....	228

*PARTE II: SITUACIONES CONYUGALES EN EL TRÁFICO
INTRACOMUNITARIO*

**CAPÍTULO III
SITUACIONES CONYUGALES CON ACCESO AL TERRITORIO
DE UN ESTADO MIEMBRO**

I. EL DIP _r COMO INSTRUMENTO PARA APLICAR LAS NORMAS DE EXTRANJERÍA COMUNITARIAS.....	237
II. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE CÓNYUGE DE NACIONAL COMUNITARIO	
1. Planteamiento general.....	243
2. Aplicación del <i>Herkunftslandprinzip</i> para facilitar la libre circulación de personas	
A) Ley aplicable a la validez del matrimonio.....	252
B) Especial referencia al matrimonio homosexual	
a) Validez del matrimonio homosexual.....	254
b) Matrimonio homosexual entre nacionales comunitarios y nacionales de terceros Estados.....	259

3. <i>Bestimmungslandprinzip</i> : construcción asimétrica de la libre circulación de personas.....	273
A) Articulación de las condiciones de reagrupación de la pareja registrada a través de la técnica conflictual en la Directiva 2004/.....	274
a) Celebración conforme a la legislación de un Estado miembro.....	277
b) Trato equivalente a los matrimonios.....	280
c) Celebración de conformidad con las condiciones establecidas en el Estado miembro de acogida.....	290
d) Problemas de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2004/38.....	295
B) <i>Bestimmungslandprinzip</i> y parejas de hecho.....	301
4. Principios comunitarios que justifican la aplicación de la <i>lex loci celebrationis</i>	
A) No discriminación por razón de sexo.....	307
B) Prohibición de discriminación indirecta por razón de nacionalidad.....	314
5. Establecimiento de un concepto autónomo de cónyuge a través de la aplicación del <i>Herkunftslandprinzip</i> : Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas.....	317

III. CONCEPTO DE CÓNYUGE DE NACIONAL DE TERCER ESTADO EN LAS NORMAS DE EXTRANJERÍA DE LA UE.....	325
1. Validez de la unión matrimonial	
A) Ley aplicable a la validez del matrimonio a efectos de reagrupación.....	328
B) Matrimonio poligámico.....	334
C) Capacidad nupcial.....	337
2. Validez de las uniones <i>more uxorio</i>	
A) ¿Armonización de las normas nacionales sobre reconocimiento de parejas registradas?.....	343
B) Constitución de la pareja registrada en un Estado miembro.....	349

IV. EL MATRIMONIO DE CONVENIENCIA COMO EXPONENTE DE LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO DE EXTRANJERIA Y EL DIPr	
1. Matrimonio de conveniencia y Derecho de extranjería comunitario.....	353
2. Adaptación de los sistemas de DIPr a la política de control de flujos migratorios.....	358

CAPÍTULO IV
EL ESTATUS DE LA UNIÓN TRAS EL ESTABLECIMIENTO EN UN ESTADO MIEMBRO

I. INTRODUCCIÓN.....	371
II. UNIONES QUE CREAN UN ESTADO CIVIL	
1. Actos relativos al estado civil.....	377
2. Uniones susceptibles de inscripción en el Registro Civil.....	382
A) Matrimonios.....	386
B) Parejas registradas.....	389
III. CAMBIO DE ESTATUS Y LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS	
1. Repercusiones del cambio de estatus en la libre circulación de personas	
A) Matrimonios y parejas registradas.....	393
a) Alimentos.....	399
b) Régimen económico matrimonial.....	407
c) Sucesiones.....	410
d) Consecuencias de la reglamentación actual para la libre circulación de personas.....	411
B) Parejas de hecho.....	414
2. La transposición automática como método para facilitar la libre circulación de personas	
A) Método sustitutivo de armonización de legislaciones.....	420
B) Puesta en práctica de esta técnica: <i>Civil Partnership Bill</i>	424

IV. DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN QUE HA ACCEDIDO A UN ESTADO MIEMBRO	
1. Competencia judicial internacional y reconocimiento: ámbito de aplicación material del Reglamento 2201/2003.....	428
2. Ley aplicable a la disolución del vínculo.....	436
V. RECONOCIMIENTO DE CIERTOS EFECTOS A LOS MATRIMONIOS POLIGÁMICOS	
1. Transformación del estatus de la segunda o ulterior esposa.....	449
2. Orden público atenuado y orden público de proximidad.....	453
CONCLUSIONES:	
ESQUIZOFRENIA JURÍDICA Y NECESIDAD DE COHERENCIA EN EL SISTEMA DEL FORO	
I. LA <i>LEX LOCI CELEBRATIONIS</i> COMO MECANISMO CORRECTOR DE LA FALTA DE COHERENCIA.....	473
II. CORRECCIÓN DE LA FALTA DE COHERENCIA A TRAVÉS DE LA TRANSPOSICIÓN AUTOMÁTICA.....	480
III. CREACIÓN DE CONCEPTOS AUTÓNOMOS EN LAS NORMAS ELABORADAS POR LA UE.....	485
IV. APLICACIÓN DEL EFECTO ATENUADO DEL ORDEN PÚBLICO....	490
V. LAS NORMAS DE EXTRANJERÍA COMO OBSTÁCULO AL ACCESO DE UNIONES CALUDICANTES.....	492
VI. CREACIÓN DE UN SISTEMA CONFLICTUAL EUROPEO ORIENTADO HACIA LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS.....	499
BIBLIOGRAFÍA.....	505

ABREVIATURAS

<i>AC</i>	Actualidad Civil
<i>ACFS</i>	Anales de la Cátedra Francisco Suárez
<i>ACNUR</i>	Alto Comisionado de Naciones Unidas para el Refugiado
<i>AD</i>	Anales de Derecho
<i>ADC</i>	Anuario de Derecho Civil
<i>AEDIPr</i>	Anuario Español de Derecho Internacional Privado
<i>AFDUC</i>	Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña
<i>AFD</i>	Anales de la Facultad de Derecho
<i>AHLADIPr</i>	Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional privado
<i>AJEE</i>	Anuario Jurídico y Económico Escorialense
<i>AP</i>	Audiencia Provincial
<i>Art.</i>	artículo
<i>AS</i>	Aranzadi Social
<i>As</i>	Asunto
<i>AUE</i>	Acta Única Europea
<i>BIMJ</i>	Boletín Informativo del Ministerio de Justicia
<i>BJLS</i>	British Journal of Law and Society
<i>BOE</i>	Boletín Oficial del Estado
<i>BOJA</i>	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
<i>Bol. Mex. Der. Comp.</i>	Boletín Mejicano de Derecho Comparado
<i>Cahiers dr. europ.</i>	Cahiers de droit européen

<i>CAJI</i>	Cooperación en los Ámbitos de Justicia e Interior
<i>CC</i>	Código Civil
<i>CCJC</i>	Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil
<i>CE</i>	Constitución Española
<i>CGPJ</i>	Consejo General del Poder Judicial
<i>CIG</i>	Conferencia Intergubernamental
<i>CJFL</i>	Canadian Journal of Family Law
<i>CMLR</i>	Common Market Law Review
<i>Col. J. Europ. L.</i>	Columbia Journal of European Law
<i>Col. J. Transnat'l. L.</i>	Columbia Journal of Transnational Law
<i>CPE</i>	Cooperación Política Europea
<i>DIPr.</i>	Derecho internacional privado
<i>DOCE</i>	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
<i>DPyC</i>	Derecho Privado y Constitución
<i>EBLR</i>	European Business Law Review
<i>EDP</i>	Europa e diritto privato
<i>EEE</i>	Espacio Económico Europeo
<i>EJCL</i>	European Journal of Comparative Law
<i>EJIL</i>	European Journal of International Law
<i>EJML</i>	European Journal of Migration and Law
<i>Elec. JCL</i>	Electronic Journal of Comparative Law
<i>ELF</i>	The European Legal Forum
<i>ELJ</i>	European Law Journal
<i>ELR</i>	European Law Review
<i>EPIL</i>	European Private International Law
<i>EPL</i>	European Public Law
<i>ERPL</i>	European Review of Private Law
<i>Esp.</i>	especialmente
<i>Europ. dir. pri.</i>	Europa e diritto privato
<i>Europ. L. Rep.</i>	European Law Reporter
<i>Europ. L. Rev.</i>	European Law Review
<i>EuZW</i>	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
<i>EWS</i>	Europäisches Wirtschafts und Steuerrecht
<i>FamPra</i>	Die Praxis des Familienrechts

<i>FamRZ</i>	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
<i>FJ</i>	Fundamento Jurídico
<i>GJ-CE</i>	Gaceta Jurídica de la CE
<i>HHR</i>	Health and Human Rights
<i>Hofstra L. Rev.</i>	Hofstra Law Review
<i>ICLQ</i>	International and Comparative Law Quarterly
<i>ILTSJ</i>	Irish Law Times and Solicitors' Journal
<i>Int. Jnl. of Law, Policy</i>	International Journal of Law, Policy and the Family
<i>IPRax</i>	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
<i>Isegoría</i>	Revista de Filosofía Moral y Política
<i>ISFL</i>	The International Survey of Family Law
<i>Iuris</i>	Iuris. Actualidad y Práctica del Derecho
<i>JAI</i>	Justicia y Asuntos de Interior
<i>JCMS</i>	Journal of Common Market Studies
<i>Journ. dr. int.</i>	Journal du droit international
<i>JSWFL</i>	Journal of Social Welfare and Family Law
<i>KCLJ</i>	Kings College Law Journal
<i>La Ley</i>	Revista Jurídica Española, la Ley
<i>La Ley-UE</i>	Revista Jurídica Española, La Ley UE
<i>Leg. Iss. Eur. Int.</i>	Legal Issues of European Integration
<i>LLR</i>	Liverpool Law Review
<i>LO</i>	Ley Orgánica
<i>McGill L. J.</i>	McGill Law Journal
<i>MJ</i>	Maastricht Journal of European and Comparative Law
<i>MLR</i>	The Modern Law Review
<i>New England L. Rev.</i>	New England Law Review
<i>NILR</i>	Netherlands International Law Review
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>NLJ</i>	New Law Journal
<i>OJLS</i>	Oxford Journal of Legal Studies
<i>PACS</i>	Pacto Civil de Solidaridad
<i>PESC</i>	Política Exterior y de Seguridad Común

<i>RabelsZ</i>	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
<i>RBDI</i>	Revue Belge de Droit International
<i>RCEA</i>	Revista de la Corte Española de Arbitraje
<i>RCEC</i>	Revista del Centro de Estudios Constitucionales
<i>RCIDOB</i>	Revista Cidob d'afers internacionals
<i>RD</i>	Real Decreto
<i>RdA</i>	Recht der Arbeit
<i>RDCE</i>	Revista de Derecho Comunitario Europeo
<i>RDE</i>	Revue de droit des étrangers
<i>RDME</i>	Revista de Derecho Migratorio y Extranjería
<i>RDP</i>	Revista de Derecho Privado
<i>RDUE</i>	Revista de Derecho de la Unión Europea
<i>RE</i>	Revista de Extranjería
<i>Rec. des C.</i>	Recueil des Cours
<i>REDC</i>	Revista Española de Derecho Constitucional
<i>REDF</i>	Revista Europea de Derechos Fundamentales
<i>REDI</i>	Revista Española de Derecho Internacional
<i>REE</i>	Revista de Estudios Europeos
<i>REEI</i>	Revista Electrónica de Estudios Internacionales
<i>Rev. dr. UE</i>	Revue du droit de l'Union européenne
<i>Rev. int. dr. com.</i>	Revue du Droit international et de Droit comparé
<i>Rev. MCU. eur.</i>	Revue du Marché Común et de l'Union Européenne
<i>Rev. MU. eu.</i>	Revue du Marché Unique Européen
<i>Rev. suisse DIDE</i>	Revue suisse de droit international et européen
<i>Rev. trim. dr.b.</i>	Revue trimestrielle des droits de l'homme
<i>Rev. trim.dr.eur</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>Rev.crit.dr.int.pr</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. Dr. UE.</i>	Revue du droit de l'Union européenne
<i>RFD Univ. Gr.</i>	Revista de la Facultad de Derecho Universidad de Granada
<i>RGD</i>	Revista General de Derecho
<i>RGDE</i>	Revista General de Derecho Europeo
<i>RGDIP</i>	Revue Générale de Droit International Public

<i>RIE</i>	Revista de Instituciones Europeas
<i>Riv. dir. eur</i>	Rivista di Diritto Europeo
<i>Riv.dir.int.priv.pr.e proc</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>RIW</i>	Recht der Internationalen Wirtschaft
<i>RJC</i>	Revista Jurídica de Catalunya
<i>RMTAS</i>	Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
<i>RPJ</i>	Revista del Poder Judicial
<i>RVAP</i>	Revista Vasca de Administración Pública
<i>RXUSC</i>	Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela
<i>Saberes</i>	Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales
<i>SAP</i>	Sentencia de la Audiencia Provincial
<i>Standford L.R.</i>	Standford Law Review
<i>STEDH</i>	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<i>STJCE</i>	Sentencia del TJCE
<i>STS</i>	Sentencia del Tribunal Supremo
<i>STSJ</i>	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
<i>RD</i>	Real Decreto
<i>SYIL</i>	Spanish Yearbook of International Law
<i>TC</i>	Tribunal Constitucional
<i>TCE</i>	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
<i>TCEE</i>	Tratado de la Comunidad Económica Europea
<i>TEDH</i>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<i>TJCE</i>	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
<i>TOL</i>	Tirant on Line
<i>TS</i>	Tribunal Supremo
<i>TSJ</i>	Tribunal Superior de Justicia
<i>TUE</i>	Tratado de la Unión Europea
<i>UE</i>	Unión Europea
<i>Vid.</i>	Vide (véase)
<i>WebJCLI</i>	Web Journal of Current Legal Issues
<i>YEL</i>	Yearbook of European Law
<i>YLJ</i>	The Yale Law Journal

YPIL

Yearbook of Private International Law

ZEuP

Zeitschrift für europäisches Privatrecht

ZjRvgl

Zeitschrift für Rechtsvergleichung

INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999 fue, sin lugar a dudas, una fecha clave en la historia de la Unión Europea. El TCE estableció como objetivo fundamental en su Título IV la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, a través de la refundación jurídica e institucional de la libre circulación de personas y la supresión de controles en las fronteras interiores en el espacio común europeo. Las novedades introducidas por este Título IV fueron múltiples, entre ellas la comunitarización del DIPr y del Derecho de extranjería. Desde aquél preciso instante estas disciplinas jurídicas dejaban de ser competencia exclusivamente estatal, como hasta entonces, para convertirse en una cuestión de competencia comunitaria, llamada, por tanto, a ser regulada a través de actos de Derecho derivado. Hasta el Tratado de Ámsterdam la UE se vió constantemente confrontada con la resistencia de los Estados a perder competencias en unos ámbitos especialmente ligados a la esencia de la soberanía, y a admitir una profundización de la integración comunitaria fuera del ámbito específicamente económico. La novedad introducida por el Tratado de Ámsterdam no es aunar bajo un mismo Título estas dos materias. Esto ya lo consiguió el Tratado de Maastricht de 1992 que los consideró “ámbitos de interés común” y los incluyó en lo que comúnmente se ha denominado tercer pilar (arts. K a K.9). La innovación consiste en que estos ámbitos, de mera cooperación intergubernamental, pasan a ser de competencia comunitaria.

En un primer momento fue manifiesto el escepticismo de la doctrina en relación con los avances reales que supondría esta comunitarización¹. Con respecto a la posibilidad de elaborar normas sobre DIPr de la familia se consideraba que el intento de vincular estos textos a la libre circulación de personas había de fracasar, porque operarían en múltiples supuestos en los que no desplegarían ninguna incidencia respecto a la circulación intracomunitaria, y, por tanto, la actuación de la Comunidad no estaría justificada². En cuanto al Derecho de extranjería, el reto de encontrar el equilibrio necesario entre el déficit de seguridad en la regulación de la libre circulación de personas y, al mismo tiempo, de adoptar medidas para el control de las fronteras exteriores, constituía un proyecto hercúleo, en el que muy pocos autores confiaban en un principio. Resulta obvio que en estos primeros análisis no se incluía una ponderación de las intenciones reales del legislador comunitario al elaborar normas con base en el Título IV TCE, que ha sido utilizado prolijamente. Los cambios producidos en los últimos años exigen una profunda renovación en el discurso.

La ampliación de las competencias comunitarias llevada a cabo por el Tratado de Ámsterdam suscitaba nuevos interrogantes, dudas y expectativas, que nos han conducido a plantearnos la conveniencia de investigar en esta línea. Cuestiones tales como si las normas elaboradas

¹ J. Israel, "Conflicts of law and the EC after Ámsterdam. A Change for the Worse?", *MJ*, 2000, vol. 7, pp. 81-99; M. Gardeñes Santiago, "El desarrollo del DIPr tras el Tratado de Ámsterdam: los artículos 61 c) y 65 TCE como base jurídica", *RDCE*, núm. 11, enero/abril 2002, pp. 231-249, pp. 233-237; P. De Miguel Asensio, "El Tratado de Ámsterdam y el Derecho Internacional Privado", *La Ley*, Año XIX. Núm. 4510, 30-3-1998, p. 2.

² A. Borrás Rodríguez, "DIPr y Tratado de Ámsterdam", *REDI*, vol. LI, 1999, pp. 383-426, p. 391; M. Gómez Jene, "El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de nacionalidad," *La Ley*, 1 de junio de 2001, pp. 1-5, p. 1

por la UE son conformes al principio de proporcionalidad y subsidiariedad, la razón de la inclusión del Derecho de extranjería en el mismo Título que el DIPr, las cotas de soberanía que los Estados están dispuestos a ceder, si con esta comunitarización se logrará el objetivo de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que la libre circulación de personas esté garantizada, etc, exigen una investigación en profundidad. Para intentar aclarar todos los interrogantes suscitados es imprescindible estudiar los orígenes del Título IV, porque consideramos que es el método más fiable para entender la reforma del Tratado Constitutivo producida en 1999. Nada mejor que el recorrido histórico, expuesto sistemáticamente, para ponderar si realmente la introducción del espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Ámsterdam ha supuesto un avance decisivo en la historia de la UE.

Para comprender adecuadamente el alcance material del actual régimen jurídico recogido en el Título IV del Tratado CE no puede perderse de vista en ningún momento el carácter evolutivo de su actual configuración. Su contenido no surge *ex novo* con el Tratado de Ámsterdam. Representa una etapa más dentro de un progresivo proceso de configuración comunitaria. Esta mirada lejana en el tiempo nos permitirá analizar con otro prisma las normas elaboradas con base en él. La disección de estas reglas logrará, sin duda, constatar una intuición: la interacción entre el DIPr y el Derecho de extranjería es una constante en las normas elaboradas con base en el Título IV.

Este ha sido en realidad el punto de partida de la tesis doctoral, y su objeto se concreta en el estudio de la interacción entre el DIPr comunitario y el Derecho de extranjería utilizando como modelo de análisis las situaciones conyugales. Las razones de esta elección han sido

fundamentalmente dos. En primer lugar, la evidencia de que en la mayoría de las ocasiones la pareja es el germen de la familia. La segunda razón es la profunda transformación de los modelos convivenciales que se ha producido en los últimos veinte años en Europa. En el ámbito de las relaciones interpersonales se constata un fenómeno de diversificación de formas jurídicas. Los cambios sociológicos surgidos en la estructura familiar y la aparición de nuevos modelos de convivencia en los últimos tiempos han sido tan importantes y rápidos que el Derecho sigue a duras penas su ritmo. Constantemente se afirma la crisis de la institución familiar; sin embargo, resiste, permanece y posee la extraordinaria capacidad de adaptarse a todos y cada uno de los cambios. Este hecho nos permite sospechar que la “crisis” es sólo flexibilidad y adaptación a la realidad. La complejidad sociológica de la familia impide reducirla al modelo matrimonial. En la actualidad las parejas que conviven son plurales en su estatuto jurídico y en el modelo de vida y sexualidad. Con el auge de estas uniones aumenta el interés jurídico en su regulación porque, gradualmente, al gozar de mayor aceptación comunitaria, no pueden desconocerse las repercusiones sociales que traen aparejadas. Esta transformación de la realidad social ha tenido su reflejo en las legislaciones internas de los Estados miembros. Los Países Bajos, en 1989, fueron los pioneros en elaborar una legislación sobre parejas registradas, pero cada vez es más amplia la lista de países de la UE que tienen una regulación al respecto. Existen, por otra parte, tres países de la UE que han regulado el matrimonio entre personas del mismo sexo: Holanda, Bélgica y España. No obstante, el Parlamento sueco ya ha solicitado al gobierno que establezca una comisión parlamentaria para legislar en esta materia y el Consejo de Estado de Luxemburgo ha sugerido la apertura de la institución matrimonial a las parejas homosexuales. Además, un sector doctrinal considera que se podría incluir también la *Civil Partnership*

inglesa, que establece para las parejas que la contraigan un estatuto idéntico al del matrimonio. La inicial aproximación a estos textos legales revela que no existe ya un consenso en Europa respecto a una institución que hasta hace poco tiempo se consideraba perfectamente definida y obliga a tener presente en la elaboración de todas las normas de Derecho comunitario que se refieran al matrimonio que no existe ya una aquiescencia en Europa sobre el contenido del concepto de cónyuge.

El objeto del trabajo de investigación evidencia que no se pretende diseccionar una institución concreta, en la que se podría realizar la clásica división estructural entre competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento, abordando los tres sectores del DIPr o centrándose en uno de ellos. Nos encontramos ante una cuestión que no nos permite una argumentación ni una descripción lineal. En este trabajo de investigación será necesario estudiar tres ámbitos diferentes: DIPr comunitario, Derecho de extranjería comunitario y libre circulación de personas, interrelacionarlos y sistematizar la laberíntica amalgama de normas que regulan cada uno de ellos. Las dificultades surgirán no sólo al intentar reordenar de una forma coherente estas reglas, sino también al ser preciso diferenciar constantemente entre los titulares del derecho de libre circulación de personas y aquéllos que no lo son. Se trata de una nueva mirada que permite una visión más compleja y menos parcial de la realidad.

Para abordar el objetivo pretendido, el trabajo de investigación ha de estar dividido en dos partes. En la primera, más general, se realizará una delimitación del sistema de fuentes (capítulo I), y un análisis del Derecho de libre circulación de personas, resaltando su carácter ambivalente y la ampliación *ratione personae y materiae* que el TJCE está

llevando a cabo (capítulo II). La segunda parte, y desde una perspectiva que desciende de lo general a lo particular, estará dedicada al estudio de las situaciones conyugales en el tráfico intracomunitario. En primer lugar se analizará cuáles de estas situaciones tienen acceso al territorio de un Estado miembro (capítulo III); y, en segundo lugar, qué clase de transformaciones puede sufrir el estatus de la pareja una vez se ha establecido en el territorio de ese Estado (capítulo IV).

El sustrato legal de los tres primeros capítulos de la tesis doctoral lo constituye la normativa comunitaria, tanto de DIPr como de Derecho de extranjería. No obstante, una vez que la pareja ha accedido al territorio de un Estado miembro de acogida, el área de influencia del Derecho comunitario se difumina y el estatuto jurídico de la unión se traslada al radio de acción del ordenamiento interno. La inexistencia de un Derecho de familia material comunitario provoca que, al establecerse la pareja, el Derecho comunitario pase a un segundo plano y sean los DIPr nacionales los que determinen los efectos de esa unión en el Estado miembro de acogida. Esta es la razón fundamental de que en el capítulo IV se preste una mayor atención al Derecho español. Esta manera de utilizar las fuentes será sin duda un reto en este trabajo de investigación. No se pretende realizar un análisis de la normativa comunitaria para ponderar cómo afecta al Derecho español. La pretensión es más amplia, y consiste en estudiar qué consecuencias tiene la legislación emanada del Título IV para la circulación intracomunitaria, tanto de titulares del derecho de libre circulación de personas como para aquellos que no lo son. También será necesario estudiar si la normativa de extranjería comunitaria permite el acceso a ciertas uniones que no son válidas en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, en qué medida afecta ésto a su Derecho interno y qué consecuencias tendrá para el estatus de estas parejas.

Será imprescindible, en consecuencia, un estudio desde la perspectiva comparada de las distintas legislaciones de los Estados miembros sobre matrimonio homosexual, pareja registrada y Derecho de extranjería. Somos conscientes de la dificultad añadida que supondrá este análisis en nuestra investigación. No se tratará sólo de conocer las diferentes regulaciones que los Estados miembros han elaborado sobre matrimonio entre personas del mismo sexo o parejas registradas; resultará también necesario analizar sus respectivas normativas de extranjería, para comprender en qué medida las Directivas 2003/86, relativa al derecho a la reagrupación familiar³ y 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 miembros⁴, serán transpuestas. Este estudio de Derecho comparado nos ayudará a descubrir el grado de convergencia o divergencia de las legislaciones de los países de la UE. Si las normativas son homogéneas, la posibilidad de unificación del Derecho de familia material comunitario, que parte de la doctrina anhela, estará más cerca. Además, el desplazamiento intracomunitario de estas parejas será relativamente sencillo. Si, por el contrario, existen notables divergencias, se producirán serias restricciones al derecho de libre circulación de personas, porque la movilidad de un Estado miembro a otro seguramente provoque un cambio de estatus de esa pareja.

Se considera que el pilar básico sobre el que construir esta investigación es la delimitación del sistema de fuentes. Por eso, el primer capítulo se dedicará a estudiar el alcance de las competencias de la UE en

³ DOCE L 251, de 3 de octubre de 2003.

⁴ DOCE L 158, de 30 de abril de 2004.

materia de DIPr y en materia de Derecho de extranjería. Puede calificarse como excesivamente formal y teórico el análisis de la base jurídica, sobre todo cuando la actuación comunitaria en materia de DIPr y en materia de Derecho de extranjería es desbordante, y con perspectivas de ampliarse en un futuro; pero, a pesar de que se trate de un tema recurrente en la doctrina, es imprescindible incidir sobre esta cuestión, pues en el sistema comunitario la correcta elección de la base jurídica tiene una enorme trascendencia, ya que la Comunidad es depositaria de una competencia de atribución y sólo puede actuar en aquellos ámbitos en los que los Estados miembros le han cedido parte de su soberanía. Nos hallamos, sin lugar a dudas, ante la piedra angular en la articulación de las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos de los Estados miembros⁵.

En una primera aproximación inductiva el análisis del Título IV es imprescindible porque su alcance competencial es confuso. El art. 65 TCE proporciona las claves para delimitar las competencias de la UE en el ámbito del DIPr y establece que la UE podrá adoptar en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil las “medidas necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior”. Será necesario plantearse en este primer capítulo si los instrumentos jurídicos hasta ahora adoptados sobre la base del art. 65 TCE han respetado los límites que establece este precepto o, por el contrario, tienen una base jurídica errónea. Los trabajos doctrinales sobre esta materia son profusos y las interpretaciones del alcance concreto del art. 65 TCE variadas. En

⁵ R. Arenas García, “Nota al Reglamento nº 1347/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes”, *AEDIPr*, 2003, pp. 427-436, p. 430.

consecuencia, para conocer qué objetivos han de perseguir las normas que tengan su base jurídica en el art. 65 TCE deberá realizarse una sistematización de las diferentes opiniones doctrinales. Este método nos permitirá comprobar si las normas que se han elaborado hasta el momento cumplen con las exigencias previstas por el art. 65 TCE o, por el contrario, pueden ser calificadas de *ultra vires*.

Este mismo interrogante habrá de resolverse en relación con las normas de extranjería elaboradas con base en el Título IV TCE. Se prestará especial atención al hecho de que sólo ha sido posible elaborar reglamentos para regular las cuestiones formales (visados), y en cambio, la fórmula de la directiva ha sido la utilizada para reglamentar las materias más controvertidas, en la que los Estados tenían una legislación más dispar (reagrupación familiar, residentes de larga duración...). La elaboración de estas normas no sólo está dominada por la técnica de la unanimidad, sino también por la Europa a dos velocidades, en la que británicos, irlandeses y daneses han optado por su desvinculación de todo aquello que suponga una progresión en estos ámbitos materiales. Por eso será imprescindible plantearnos qué grado de comunitarización real ha alcanzado el Derecho de extranjería, teniendo en cuenta que las competencias actuales de la UE en esta materia adolecen de un defecto de origen: la razón de su existencia es una necesidad vinculada a la fase económica del mercado interior, que determinó la existencia de un espacio sin fronteras interiores⁶. A pesar de esto, creemos que el análisis propuesto en el trabajo de investigación reducirá en cierta manera el

⁶ A. del Valle Gálvez, “Extranjería y Tratado constitucional para Europa”, *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Prof. Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Sevilla y Málaga, Sevilla, 2005, pp. 1349-1356, p. 1350.

escepticismo preponderante ya que, al menos, el Tratado de Ámsterdam tiene la virtualidad de haber superado la resistencia de los Estados miembros de la UE a perder el poder de reglamentación en una materia profundamente ligada a su concepto de soberanía territorial e identidad nacional. En Europa, las políticas nacionales son ya impensables en algunas áreas importantes sin tomar en cuenta el nivel comunitario⁷, lo que invita a algún autor a calificar la comunitarización del Derecho de extranjería como “giro copernicano”⁸.

El espacio de libertad, seguridad y justicia creado por el Tratado de Ámsterdam tiene como objetivo fundamental facilitar la libre circulación de personas. Parece imprescindible, por tanto, dedicar una parte del trabajo de investigación al estudio de esta libertad comunitaria y ponerla en relación con el DIPr y el Derecho de extranjería. Indiscutiblemente existen múltiples cuestiones relevantes que no van a ser tratadas en este trabajo, debido a la amplitud de la materia y a la necesidad de centrarnos en aquellos ejes que nos parecen fundamentales. El estudio del derecho de libre circulación de personas se focalizará en la ampliación *ratione materiae* y *ratione personae* del concepto de ciudadanía que está realizando el TJCE.

La complejidad que introduce la conexión entre la libre circulación de personas y las demás libertades económicas origina que los pronunciamientos del TJCE parezcan en ocasiones poco claros⁹. El

⁷ P. Bendel, Intereses, valores y cambios jurídicos en la política migratoria de la Unión Europea”, *Migración y desarrollo*, 2005, pp. 54-65, p. 55.

⁸ J. Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Madrid, Colex, 2002, p. 59.

⁹ STJCE de 23 de septiembre de 2003, as. C-109/01, *Akrich*; STJCE de 7 de julio de 1992, Asunto C-370/90, *Singh*; STJCE de 31 de enero de 2006, as. C-503/03, *Comisión v. Reino de España*; STJCE de 11 de julio de 2002, as. C- 60/00, *Carpenter*; STJCE de 2

argumento con el que gran parte de la doctrina explica esta complejidad es la evolución de los derechos que confiere la ciudadanía desde el plano económico al político¹⁰. No nos parece, sin embargo, una explicación convincente porque, aún tomándola como referencia para el análisis de las sentencias del TJCE, no logra aclarar muchos de los interrogantes que éstos suscitan. Esta constatación nos produjo una inquietud intelectual que trataremos de solventar en este trabajo de investigación. Para ello, intentaremos encontrar una explicación más plausible que la de la “evolución” del concepto de ciudadanía. El problema parece estar en el carácter ambivalente de la libre circulación de personas según se ejercite como libertad económica o política. En el primer caso, no basta para que sea de aplicación la normativa comunitaria ostentar una nacionalidad distinta a la del Estado miembro donde se está residiendo. Será necesario otro tipo de conexión que dependerá de la libertad que se pretenda ejercer: domicilio o residencia de la persona física, lugar de celebración del acto, origen de la formación o titulación profesional, lugar de la recepción o la prestación del servicio. La libre circulación de personas es el presupuesto necesario para ejercer otra libertad económica: libre

de febrero de 1989, as. 186/87, *Cowan*; STJCE de 17 de junio de 1997, as. C-70/95, *Sodemare*; STJCE de 28 de junio de 1984, as. 180/83, *Moser*; STJCE de 7 de febrero de 1979, as. 115/78, *Knoors*; STJCE de 6 de octubre de 1981, as. 246/80, *Broeckmeulen*; STJCE de 10 de julio de 1991, as. C-294/89, *Comisión/Francia*.

¹⁰ M. Requejo Isidro, “Estrategias para la comunitarización: descubriendo el potencial de la ciudadanía europea”, *La Ley*, nº 5903, de 28 de noviembre de 2003, pp. 1-5, p. 3; E. Spaventa, “From Gebhard to Carpenter: Towards a (non-) Economic European Constitution”, *CMLR*, 2004, pp. 743-773; S. Álvarez González, “Derecho internacional privado y Derecho privado europeo”, *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 157-191, p. 169; P. Lagarde, nota a la STJCE de 2 de octubre de 2003, as. C-148/02, *Carlos García Avello c. État Belge*, DOCE C 275, de 15 de noviembre de 2003, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 2004, pp. 184-202, p. 193; J. D. González Campos, “El Proyecto de Constitución para Europea y el Derecho internacional privado”, *La constitucionalización del proceso de integración europea*, Colección Escuela Diplomática, nº 9, pp. 81-103, p. 85.

prestación y recepción de servicios, libertad de establecimiento o libre circulación de trabajadores.

En cambio, cuando el ejercicio de la libre circulación no tiene un componente económico, el ámbito de aplicación de esta libertad no está restringido a los supuestos intracomunitarios, no es necesario, siquiera, el desplazamiento de un Estado miembro a otro, como en los supuestos anteriores. Según una reiterada jurisprudencia del TJCE ostentar la nacionalidad de un Estado miembro distinto del Estado en el que se reside constituye un elemento suficiente para determinar la aplicación de las normas de Derecho comunitario, incluso cuando la persona que invoca dichas normas no haya cruzado nunca las fronteras del Estado miembro donde reside.

Habrá que comprobar hasta que punto esta nueva forma de analizar, bajo un prisma original, los pronunciamientos del TJCE nos permite avanzar en la investigación. Intuitivamente parece vislumbrarse que esta ambivalencia de la libre circulación de personas puede dejar al descubierto la dicotomía existente entre la ciudadanía económica y la política. Quizás en la actualidad existan dos tipos de ciudadanía y no una evolución del concepto de un plano a otro.

Sea cual sea la conclusión que alcancemos, lo que parece fuera de toda duda es que la ciudadanía de la Unión faculta a su titular a desplazarse libremente por el territorio de la UE. El espacio de libertad, seguridad y justicia creado por el Tratado de Ámsterdam se fijó como objetivo primordial facilitar esta circulación. Una de las finalidades de esta investigación es analizar si la interacción entre el DIPr y el Derecho de extranjería dificulta o por el contrario facilita la libre circulación de

personas. Esto ha hecho que nos planteáramos la conveniencia de estudiar, en una segunda parte de la tesis doctoral, las dificultades de movilidad de las situaciones conyugales por el territorio de la UE. La mayoría de la doctrina consultada centra sus análisis en la limitación a la libre circulación de personas que se produce cuando se pretenden hacer valer determinados efectos de la unión en el Estado miembro de acogida. Obvian, sin embargo, la limitación más radical que es la prohibición de acceso al Estado miembro que puede establecer la normativa de extranjería comunitaria. Por este motivo se ha considerado que era necesario estudiar dos ámbitos diferenciados: a) situaciones conyugales a las que las normas de extranjería permiten el acceso al territorio de los Estados miembros (capítulo III); b) transformación del estatus que se puede producir una vez estas parejas se han establecido en el Estado de acogida (capítulo IV).

De conformidad con las consideraciones anteriores, el capítulo III se concretará en el estudio de las situaciones conyugales con acceso al territorio de un Estado miembro. Para analizar este extremo en profundidad será indispensable diferenciar entre los titulares del derecho de libre circulación de personas y aquellos que no lo son. Estructuralmente, por tanto, se dividirá el capítulo en dos partes. La primera se concreta en el estudio del concepto de cónyuge comunitario, y la segunda en el de nacional de tercer Estado. Con este objetivo se efectuará un estudio de las condiciones de reconocimiento que exige la Directiva 2004/38, sobre libre circulación de nacionales comunitarios y sus familiares, y de la Directiva 2003/86 relativa a la reagrupación familiar. No se pretende realizar una exposición lineal de estas normas comunitarias, sino, simplemente poner de relieve cómo el DIPr deviene imprescindible para su aplicación. Así, una de las condiciones que exige la

Directiva 2004/38 para otorgar la titularidad derivada del derecho de libre circulación de personas a la pareja registrada del nacional comunitario es que “el Estado de acogida otorgue a las uniones registradas un trato equivalente al matrimonio”. No basta, en consecuencia, con que en el país de acogida exista una legislación interna al respecto, cuestión que sería sencilla de verificar, sino que la norma debe otorgar a estas uniones un trato equivalente a los matrimonios. Habrá de analizarse, ordenamiento por ordenamiento, dependiendo de donde pretenda trasladarse la pareja. Así, *ad exemplum*, en los países escandinavos, el régimen introducido para la regulación de las parejas registradas es casi idéntico al del matrimonio, igual que ocurre en los Países Bajos, [el art. 80 b) del Código Civil holandés remite en bloque a la regulación matrimonial]. En cambio, en otros países, los efectos del registro son muy limitados. En Bélgica, el registro no crea un vínculo equivalente al matrimonio (art. 58 Código de DIPr bega), y el PACs francés ha sido calificado de *minimarriage*, ya que no genera un vínculo de parentesco.

Todos estos escollos surgen ante la inexistencia de un concepto de cónyuge tanto en el propio TCE como en las normas de Derecho derivado. Por esta razón deberá acudir, nuevamente, a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que ha ido perfilando los contornos de este concepto a través de la interpretación del art. 10 del Reglamento 1612/68 sobre libre circulación de trabajadores, marcando dos pautas: debe tratarse de un matrimonio no disuelto y debe tratarse de un matrimonio válido.

Obviamente la cuestión previa que tendrá que ser resuelta en esta investigación es con respecto a qué ordenamiento jurídico se determina esa validez, si el del Estado de celebración (*Herkunftslandprinzip*) o el de

acogida (*Bestimmungslandprinzip*). Si se aplica la ley del Estado de origen, habría que atender al sistema jurídico del Estado de celebración, y, una vez que la unión se ha constituido efectivamente, la autoridad del Estado de acogida no debe volver a cuestionarlo sobre la base de su propio ordenamiento. En cambio, si se mantiene que para determinar la validez de una unión ha de estarse a la ley del Estado de acogida, la libre circulación de personas se construirá de manera asimétrica. A lo largo del trabajo de investigación se analizarán las dos posibilidades, poniéndolas en relación con principios comunitarios como la no discriminación por razón de sexo o la discriminación indirecta por razón de nacionalidad.

El estudio de la normativa de extranjería comunitaria realizado en el capítulo III proporcionará las pautas básicas para poder establecer qué tipo de uniones tienen acceso al territorio de un Estado miembro. A efectos de entrada puede ser considerada válida una unión que no lo es para el ordenamiento jurídico interno de ese Estado de acogida, relegando los problemas de validez a un momento posterior, en el que podrá producirse un cambio en el estatus conyugal de esa pareja. Es posible que, una vez que convivan en el Estado miembro de acogida los cónyuges/pareja registrada, no se consideren matrimonio/pareja registrada. El objetivo principal de este capítulo será poner de relieve la transformación del estatus conyugal que puede producirse una vez que la pareja ha accedido al territorio de un Estado miembro, y la falta de coherencia y de seguridad jurídica que supone permitir a una pareja la entrada a través de las normas de extranjería comunitarias y, posteriormente, no reconocer ciertos efectos a su unión.

El punto de partida de este capítulo consistirá en establecer qué uniones se califican como actos relativos al estado civil y, en

consecuencia, crean un estatus susceptible de transformación por el desplazamiento de un Estado a otro. Sentado lo anterior, será preciso plantearse qué efectos produce ese cambio de estatus en la libre circulación de personas, y exponer soluciones plausibles que eviten las restricciones a esta libertad comunitaria. Los efectos de la transformación del estatus de la pareja, sin embargo, no se circunscriben a la restricción a la libre circulación de personas sino que pueden ser mucho más extensos. Es factible que se permita la entrada a determinadas parejas y que, posteriormente, los tribunales del Estado miembro de acogida se declaren incompetentes para conocer de la disolución de su unión, que no exista norma de conflicto específica para determinar conforme a qué ley se rige esa disolución, o, incluso, que no se reconozca una decisión judicial sobre la ruptura del vínculo dictada en un Estado miembro. El análisis de estas cuestiones debe constituir una parte importante del trabajo de investigación, así como la propuesta de soluciones realistas y coherentes que tengan en cuenta la complejidad de la situación.

Creemos oportuno, también, el estudio de matrimonios poligámicos en una investigación en la que se pretende poner de relieve la falta de coherencia y de seguridad jurídica que supone no reconocer validez a ciertas uniones a las que se les ha permitido el acceso a través de las normas de extranjería comunitarias. Su convivencia en el territorio de la UE es perfectamente factible, porque lo permite la Directiva 2003/86. Ahora bien, la norma de extranjería comunitaria agota sus efectos tras la admisión de la convivencia del matrimonio poligámico en el Estado miembro de acogida. Será en el momento en que quieran reclamar una obligación alimenticia, pensión de viudedad e, incluso, la adquisición de la nacionalidad, cuando se susciten la mayoría de las controversias, al oponer el Estado de acogida la excepción de orden público. Ante esta realidad,

será obligado abordar en la investigación la posibilidad de atenuación del orden público y la conveniencia de aplicar la teoría de la *Inlandsbeziehung*, u orden público de proximidad.

Esta investigación parte del hecho evidente de que el individuo, cuando circula de un Estado a otro, sea haciendo uso de su derecho de libre circulación o cumpliendo los requisitos que imponen los ordenamientos para acceder y permanecer en su territorio, o, incluso, en situaciones de migración irregular, lleva consigo sus relaciones familiares, constituidas conforme a normas jurídicas diferentes a las del Estado de recepción. Sin embargo, la descoordinación de las normas genera una merma de seguridad jurídica para los particulares que pretenden desplazarse por el territorio de la UE. Algunos autores denominan a esta falta de coherencia entre los sistemas jurídicos “déficit de comunicación”¹¹. Esta descoordinación de las normas hará que nos planteemos, en la parte final de la investigación, diferentes opciones que puedan coadyuvar al desplazamiento intracomunitario de las situaciones conyugales. La existencia de un espacio jurídico no requiere indefectiblemente la unificación en su interior del Derecho material¹². Precisamente la inexistencia de un Derecho de familia material comunitario es lo que genera la necesidad de aportar soluciones que tengan en cuenta este hecho y apunten a metas más cercanas y realistas. A pesar de la importancia de la comunitarización y los cambios que genera en la legislación nacional, tal proceso no siempre resulta bien asimilado.

¹¹ Entre ellos R. Schulze y R. Zimmermann, *Textos básicos de Derecho privado europeo. Recopilación.*, Marcial Pons, Barcelona, 2002, p. 12.

¹² E. Pérez Vera, “El Derecho internacional privado y la UE”, *La UE ante el siglo XXI: los retos de Niza*, XIX Jornadas de la AEPDIPr, Madrid, 2001, pp. 174-187, p. 177.

La creación en 1999 del “pretencioso y grandilocuente” espacio de libertad, seguridad y justicia, intentó generar una UE sin fronteras interiores en la que la libre circulación de personas estuviera garantizada¹³. Se investigará en esta tesis doctoral si se ha conseguido ese objetivo, y en qué medida puede influir en su consecución la asimetría entre el Derecho comunitario, el Derecho de extranjería y los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros. También se intentará clarificar si la intrínseca complejidad de las normas elaboradas con base en el Título IV genera una falta de coherencia que dificulta la libre circulación de personas; y, si es necesaria una reforma global y coherente, frente a la dispersión y descoordinación, o es la esquizofrenia jurídica la situación ideal. Somos conscientes de las dificultades que habrá que sortear para acercarse a aquella pretensión. Seguramente “el futuro nos deparará, sin duda, reformas mucho más audaces, y tal vez aún menos meditadas”¹⁴. De ahí, tal vez, la necesidad de una investigación como ésta, cuyo objetivo es explicar, sistematizar, y ordenar la complejidad apuntada, aportando algunas soluciones.

¹³ Adjetivos utilizados por A. del Valle Gálvez, “Las fronteras de la Unión- El modelo europeo de fronteras”, *RDCE*, 2002, pp. 299-341, p. 312.

¹⁴ S. Sánchez Lorenzo, “Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: el Reglamento 44/2001”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 39-69, p. 67.

PARTE PRIMERA

DIPr COMUNITARIO, DERECHO DE
EXTRANJERÍA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE
PERSONAS

CAPÍTULO I

ALCANCE COMPETENCIAL DEL TÍTULO IV EN MATERIA DE DIP_r Y DERECHO DE EXTRANJERÍA

I. INTRODUCCIÓN

A principios del siglo XXI la UE comenzó a legislar sobre aspectos que pocos años atrás resultaban imprevisibles, por estar profundamente imbricados con la soberanía nacional. Por muy ajustadas que pudieran ser las predicciones de la doctrina, parecía imposible que ámbitos como el DIPr o el Derecho de extranjería fueran transferidos al marco competencial de la UE, como finalmente sucedió. Antes de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, la UE carecía de competencia para elaborar normas de DIPr, y también para legislar sobre Derecho de extranjería. El punto de referencia básico era el estatal. Sin embargo, se produce una transformación con la introducción en el TCE del Título IV, denominado “visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”. Este Título comunitariza los dos ámbitos señalados, y los vincula con el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia. Coincidimos con el sector doctrinal que opina que la razón de que esta comunitarización no se plasmara en los primeros artículos del Tratado fue sin duda la actitud de

los países “euroescépticos”, que no estaban dispuestos a admitir una profundización de la integración comunitaria fuera del ámbito específicamente económico¹⁵. Así, los Estados que no estuvieran conformes con la ampliación de las competencias de la UE a estos nuevos ámbitos, podían desvincularse del Título IV. El punto de partida del presente trabajo es el análisis del alcance del Título IV y las implicaciones del tratamiento conjunto de los actos que desarrollan el espacio de libertad, seguridad y justicia vinculados tanto al Derecho de extranjería como al Derecho internacional privado de la familia. El estudio de la configuración legal de ambos, de sus límites actuales y de las técnicas de reglamentación utilizadas constituyen los pilares sobre los que construir esta investigación.

No obstante, es necesario poner de manifiesto que la novedad introducida por el Tratado de Ámsterdam no es aunar bajo un mismo Título estas dos materias¹⁶. Esto ya lo hizo el Tratado de Maastricht de 1992¹⁷, que los consideró “ámbitos de interés común” y los incluyó en el pilar de la cooperación intergubernamental en los ámbitos de justicia y de los asuntos de interior, lo que comúnmente se ha denominado tercer pilar (arts. K a K.9). En él los Estados actuaban a través de instrumentos intergubernamentales. En el marco de este tercer pilar vieron la luz dos Convenios de DIPr: el Convenio de 26 de mayo de 1997, relativo a la notificación o traslado en los Estados miembros de documentos judiciales

¹⁵ R. Arenas García, “Nota al Reglamento nº 1347/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes”, *AEDIPr*, 2003, pp. 427-436, p. 429.

¹⁶ H. Dohrn, *Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft im Internationalesn Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 50.

¹⁷ BOE núm 11, de 13 de enero de 1994.

y extrajudiciales en materia civil o mercantil¹⁸, y el Convenio de 28 de mayo de 1998, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes¹⁹, ninguno de los cuales llegó a entrar en vigor, como tampoco lo hizo el Convenio de 23 de noviembre de 1995, referido a los procedimientos de insolvencia, cuya base competencial, a diferencia de los Convenios anteriores, no venía constituida por el art. K.3.2 c) TUE, sino por el art. 220 TCE. Por lo que respecta a las cuestiones de Derecho de extranjería, la cooperación intergubernamental se constreñía a cuestiones puntuales, especialmente ligadas a la dimensión económica del fenómeno de la integración comunitaria, como el ejercicio de una actividad por cuenta ajena, el ejercicio de una actividad profesional por cuenta propia, la realización de estudios, o la lucha contra los matrimonios fraudulentos.

La innovación que aporta el Tratado de Ámsterdam es que estos ámbitos, de mera cooperación intergubernamental, pasan a ser de competencia comunitaria. Entran en juego, por tanto, los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. Se analiza en este capítulo si las normas promulgadas hasta el momento conculcan estos principios, si las técnicas de reglamentación utilizadas son apropiadas en cada caso y si la base jurídica elegida es la correcta. Puede calificarse como excesivamente formal y teórico el estudio de la base jurídica²⁰, sobre todo teniendo en

¹⁸ DOCE C 361, de 27 de agosto de 1997.

¹⁹ DOCE C 221, de 16 de julio de 1998.

²⁰ Para J. L. Iglesias Buhigues se trata fundamentalmente de una cuestión doctrinal que, en principio, sólo tiene interés en el ámbito comunitario, para el jurista o para los Estados miembros desde la perspectiva de sus competencias (“La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam”, *RGD*, núm. 644, mayo 1998, pp. 5847-5862, p. 5858).

cuenta que la actuación comunitaria en materia de DIPr y en materia de Derecho de extranjería es desbordante, y con perspectivas de ampliarse en un futuro; pero creemos imprescindible abordar esta cuestión en el capítulo primero, pues nos encontramos ante el eje fundamental en la articulación de las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos de los Estados miembros.

Se estimó que el análisis del Título IV era imprescindible porque su alcance competencial es confuso. En primer lugar, por lo que respecta al DIPr de la familia, es el art. 65 TCE el que nos da las claves para su delimitación. El precepto establece que la UE podrá adoptar en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil las “medidas necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior”. Era forzoso plantearse si los instrumentos jurídicos hasta ahora adoptados sobre la base del art. 65 TCE han respetado los límites que establece este precepto o por el contrario tienen una base jurídica errónea. Los trabajos doctrinales sobre esta materia son muchos, y las interpretaciones del alcance concreto del art. 65 TCE variadas. Por esta razón, se ha realizado una sistematización de las diferentes opiniones doctrinales dividiéndolas en tres grupos: aquéllas que realizan una interpretación sistemática del art. 65; las que realizan una interpretación literal; y, en tercer lugar, las que lo hacen de una forma histórica. Interpretándolo de forma histórica, analizando sus antecedentes más inmediatos —el art. K.3 TUE— se pone de manifiesto que lo realmente importante es que la actuación comunitaria basada en el art. 65 se justifique en la consecución de alguno de los objetivos de la Unión (art. 2 TCE), particularmente la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que la libre circulación de personas esté garantizada. La interpretación literal conduce a la necesidad de que las medidas que adopte la UE sean las “necesarias para el correcto

funcionamiento del mercado interior”. Cualquier medida destinada a facilitar la libre circulación de personas será necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior y por tanto el art. 65 TCE será una base jurídica suficiente. Por último, la interpretación sistemática lleva a relacionar el art. 65 con aquellos preceptos del TCE que se han utilizado también para la elaboración de normas de DIPr (art. 95, el art. 293 -*ex.* 220- y el 308 TCE -*ex.* 235-). Cualquier instrumento jurídico que tenga como base jurídica el art. 65 TCE debe tener como objetivo principal facilitar la libre circulación de personas²¹. La cuestión que se plantea es si los instrumentos jurídicos hasta ahora adoptados con base en el art. 65 TCE han respetado estos límites o por el contrario tienen una base jurídica errónea. La vinculación de estos textos con la libre circulación de personas es débil, ya que pueden operar en supuestos en los que no tendrán ninguna incidencia en la circulación intracomunitaria de personas.

En segundo lugar, y tras el estudio del alcance competencial del Título IV con respecto al DIPr, se ha procedido a examinar la competencia de la UE para legislar en materia de Derecho de extranjería, competencia que surge a partir del art. 63 TCE. Se ha prestado especial atención al hecho de que sólo ha sido posible elaborar reglamentos para regular las cuestiones formales, y en cambio, la fórmula de la directiva ha sido la utilizada para regular las materias más controvertidas, en la que los Estados tenían una legislación más dispar. Entendemos que las razones de que no se hayan podido unificar estas cuestiones mediante la elaboración de reglamentos son variadas. Por un lado, constituye un argumento de peso el que aunque se haya logrado la comunitarización del Derecho de extranjería, se trata de un ámbito profundamente arraigado en la soberanía

²¹ C. Kholer, “Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il Diritto internazionale privato comunitario”, *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario*, Milan, Cedam, 2004, pp. 65-94, p. 71.

estatal. Y, por otro lado, el procedimiento exigido para la adopción de normas de extranjería es el de la unanimidad y la aquiescencia requerida a los Estados miembros en esta materia es prácticamente imposible de conseguir salvo por lo que respecta a las cuestiones formales.

II. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMUNITARIO DE LA FAMILIA

1. La comunitarización del Derecho internacional privado

El 1 de mayo de 1999 representa, sin lugar a dudas, una fecha clave en el proceso de unificación del Derecho internacional privado en la Unión Europea. Aquel día entró en vigor el Tratado de Ámsterdam²², en virtud del cual se operó la comunitarización²³ del Derecho internacional privado²⁴. Desde aquél preciso momento dejaba de ser una cuestión de competencia estatal, objeto de regulación a través de normas de origen

²² Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, DOCE C n° 340, de 10 de noviembre de 1997.

²³ P. J. Kuijper lo denomina “amsterdanización” (*vid.* “Some Legal Problems Associated with the Communitarization of Policy on Visas, Asylum and Immigration Under the Amsterdam Treaty and Incorporation of the Schengen Acquis”, *CMLR*, núm. 37, 2000, pp. 345-366, p. 345); C. Kholer habla de “importación”, al marco del TCE de elementos de cooperación intergubernamental (*vid.*, “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité d’Amsterdam”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1999, pp. 1-30, p. 8).

²⁴ Aunque para algunos autores como S. Griller (*The Treaty of Amsterdam, Facts, Analysis, Prospects*, Viena–Nueva York, 2000, p. 471) no siempre el traspaso de materias del primer al tercer pilar supone su comunitarización, como en este caso, y aduce tres razones fundamentales: las cláusulas temporales del art. 67 TCE, los “optings outs” y la forma en la que se deben tomar las decisiones sobre estas medidas, casi siempre por unanimidad. Para este autor, más que una comunitarización es una opción a la comunitarización o una comunitarización fragmentaria. También D. Besse (“Die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen nach dem Vertrag von Amsterdam und das EuGVÜ”, *ZEuP*, 1999, pp. 107-122, p. 122) realiza una crítica sobre los *optings outs*.

interno o convencional, como hasta entonces lo había sido, para convertirse en una cuestión de competencia comunitaria, llamada, por tanto, a ser regulada a través de actos de Derecho derivado²⁵. El legislador comunitario, en definitiva, apostaba por el establecimiento de un Derecho internacional privado propiamente europeo, que prevaleciera no sólo frente a las normativas nacionales de Derecho internacional privado, sino asimismo sobre el Derecho internacional privado uniforme que, en sectores concretos, habían llegado a conseguir los Estados miembros por vía convencional²⁶. Esta trascendente novedad, la de atribuir competencia a la Unión Europea para legislar en cuestiones de Derecho internacional privado, ha sido calificada de “revolución conflictual europea”²⁷.

Antes de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la Unión carecía de una competencia general para adoptar normas de Derecho internacional privado, y el punto de referencia básico era el estatal. Así, el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 permitía a los Estados miembros entablar negociaciones entre sí a fin de asegurar a favor de sus nacionales la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales (art. 220). En aquel momento el Derecho internacional privado ocupaba un lugar secundario en la integración europea²⁸, y por

²⁵ M. Silvestro y J. Fernández Fernández, “Le Traité d’Amsterdam: une évaluation critique”, *Rev. MCU. eur.*, nº 413, diciembre 1997, pp. 662-664, p. 664.

²⁶ R. Rueda Valdivia, “La unificación europea del derecho conflictual: presente y futuro”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Granada, Dykinson, 2003, pp. 151-179, p. 151.

²⁷ F. Pocar, “La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una European Conflicts of Law Revolution?”, *Riv.dir.int.pr.proc.*, oct-dic. de 2000, pp. 873-884, p. 873.

²⁸ R. M. Moura Ramos, “Un diritto internazionale privato della Comunità Europea: origine, sviluppo, alcuni principi fondamentali”, *Divenire Sociale e Adeguamento del Diritto (Studi in Onore de Francesco Capotorti)*, Milán, Giuffrè, 1999, pp. 273-305, p. 273.

eso se mantenía en un ámbito estrictamente intergubernamental, atribuyéndose todo el protagonismo, en lo que a su unificación se refiere, a los Estados miembros, quienes, a tal efecto, habían de recurrir al convenio internacional²⁹. Los Estados que se fueran incorporando a la Comunidad Europea tenían la obligación de ratificar los convenios celebrados en base al art. 220 TCE, y era inviable la posibilidad de denuncia. Además, se trataba de convenios multilaterales cerrados, pues se circunscribían a los Estados miembros de la Comunidad Europea. Ésto, que puede parecer negativo, permitía una mayor armonización que el convenio multilateral abierto, debido a que el número de legislaciones diferentes se encontraba bien acotado, y las peculiaridades de cada ordenamiento podían tenerse en cuenta. Además, su interpretación era uniforme, al llevarse a cabo por el TJCE³⁰. Al amparo del art. 220 TCE, se concluyó el Convenio de Bruselas de 28 de septiembre de 1968, en el que, además de las reglas de reconocimiento a las que aludía el precepto, se unificaron los criterios de competencia judicial internacional de los Estados miembros, al presentarse esta última unificación como presupuesto ineludible para poder operar las normas de reconocimiento. A pesar del carácter formalmente internacional de este texto, no puede obviarse su inspiración comunitaria, reforzada precisamente por tener su base en una disposición del TCE: el art. 220³¹. Como consecuencia del

²⁹ En palabras de S. Álvarez González, “...al albur de las negociaciones intergubernamentales de los Estados miembros”, en (“Derecho internacional privado y Derecho privado europeo”, *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 157-191).

³⁰ I. García Rodríguez, “El Derecho comunitario como fuente del Derecho Internacional Privado”, *AD*, Universidad de Murcia, núm. 12, 1994, pp. 75-99.

³¹ E. Jayme y C. Kholer, “L’interaction des règles de conflit continues dans le droit derive de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1995, pp. 1-40, p. 2.

éxito de este Convenio, y como su “complemento lógico”, se concluyó también el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, aunque al margen del art. 220 TCE³².

En esta etapa se hace patente que el alejamiento del Derecho comunitario respecto del Derecho privado producía efectos negativos para la Europa de los negocios y para el buen funcionamiento del mercado interior³³. Era preciso establecer un régimen de libre circulación de decisiones judiciales entre los Estados miembros. Sólo así la justicia impartida en un país sería efectiva en todo el territorio de la Comunidad Europea. Para ello era preciso también unificar las reglas de competencia judicial internacional de los Estados miembros en las materias patrimoniales. Este doble objetivo lo cumplió con creces el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. Tras el éxito del Convenio, la doctrina europea mantuvo con insistencia la posibilidad y conveniencia de trasladar a otros ámbitos este modelo. Ya desde el momento de su elaboración, se planteó la posibilidad de extender el Convenio de Bruselas al ámbito familiar o elaborar un nuevo Convenio para las materias de estado, capacidad, familia y sucesiones³⁴. Sin embargo, varias razones hicieron imposible la inclusión en el Convenio de todas las materias civiles y mercantiles. Una de ellas fue la disparidad en las regulaciones de los

³² *Vid.* A. Saggio, “Diritto internazionale privato e Diritto uniforme nel sistema comunitario”, *Riv. dir. eur.*, núm. 2, 1996, pp. 215-233.

³³ A. L. Calvo Caravaca, “El DIPr de la Comunidad Europea”, *AD*, nº 21, 2003, pp. 49-69, p. 50.

³⁴ Véase, A. Borrás Rodríguez, “Proposition pour une Convention concernant la compétence judiciaire et l’execution des décisions en matière familiale et successorale”, *REDI*, 1993. vol. XLV. pp. 637-645.

Estados de la Comunidad³⁵. Otra, la dificultad de justificar sobre la base jurídica del art. 220 TCE la regulación de cuestiones puramente familiares, habida cuenta de que el Derecho comunitario carecía de una atribución competencial específica en materia de Derecho de familia³⁶. Las posibilidades de actuación se limitaban *ex art.* 220 a la elaboración de convenios entre los Estados miembros. Es cierto que la utilización de la base jurídica fuera de sus límites no hubiese impedido que el instrumento promulgado pudiera ser eficaz como mero convenio, dejando de lado su vinculación con el Derecho comunitario. No obstante, este objetivo no fue abordado hasta que el TUE abrió nuevas perspectivas en este ámbito.

El Tratado de Maastricht de 1992, aunque mantiene el art. 220 TCE, incluye un Título VI que se refiere a la cooperación en los asuntos de justicia e interior³⁷. Esto marca un punto de inflexión, al incidir directamente sobre la originaria distribución de competencias realizada por el TCE, en la que los Estados miembros se habían reservado las cuestiones de Derecho internacional privado³⁸. El Título VI proclama que “los Estados miembros consideran de interés común (...) 6. La cooperación judicial en materia civil”. Al analizar el alcance de esta nueva regulación, hay que recordar que su inclusión se produce en el denominado “tercer pilar” sobre el que se construye la integración, en el

³⁵ Tal como indica el Informe Jenard, DOCE 1979, C 59, pp. 1 y ss.

³⁶ Aún hoy no existe atribución competencial, a salvo de la referencia al Derecho de familia que introdujo en el art. 67.5 TCE el Tratado de Niza, insuficiente como base jurídica.

³⁷ F. Rigaux, “Droit international privé et Droit communautaire”, *L'internationalization du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Lousouarn*, Paris, 1994, pp. 341-354, p. 343.

³⁸ L. Serena Rossi, “L'incidenza dei principi del Diritto comunitario sul Diritto internazionale privato: dalla comunitarizzazione alla costituzionalizzazione”, *Riv.dir.int.priv.pr*, enero-marzo, 2004, pp. 63-84.

que los Estados seguirían actuando a través de instrumentos básicamente intergubernamentales o con los mecanismos que evocan la cooperación horizontal, propia de las relaciones internacionales. En esta etapa asistimos pues a una incipiente institucionalización de la “cooperación judicial en materia civil”, que se abre paso coexistiendo con el art. 220 TCE³⁹. La pluralidad de bases jurídicas para la creación de normas de DIPr es una constante que, como se analizará, no ha desaparecido en la actualidad⁴⁰. En el marco del tercer pilar vieron la luz dos instrumentos convencionales: el Convenio de 26 de mayo de 1997, relativo a la notificación o traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, así como el Convenio de 28 de mayo de 1998, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, ninguno de los cuales llegó a entrar en vigor, como tampoco lo hizo el Convenio de 23 de noviembre de 1995, referido a los procedimientos de insolvencia, cuya base competencial, a diferencia de los Convenios anteriores, no venía constituida por el art. K.3.2 c TUE, sino por el art. 220 TCE. Así pues, el TUE abrió la posibilidad de incorporar al Derecho de la UE (que no al Derecho comunitario) un Convenio que trasladaba al ámbito familiar los logros del Convenio de Bruselas⁴¹.

³⁹ M. Fallon, “Variations sur le principe d’origine, entre droit communautaire et droit international privé”, *Nouveaux itinéraires du droit, Hommage à François Rigaux*, Brussels, Bruylant, 1993, pp. 187-223, p. 187.

⁴⁰ S. Álvarez González, “Derecho internacional privado y Derecho privado...”, *loc. cit.*, p. 162.

⁴¹ R. Arenas García, “Nota al Reglamento n° 1347/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000...”, *loc. cit.*, p. 429.

Pero el paso decisivo en la vía de la comunitarización⁴² se produjo con el Tratado de Ámsterdam, al incluir determinadas materias en su nuevo Título IV denominado “visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”, entre ellas el Derecho internacional privado en el ámbito “generosamente entendido”⁴³ de la cooperación judicial en materia civil⁴⁴. Los cambios operados en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil suponen un paso adelante de enorme importancia en el proceso de integración europea. El Tratado de Ámsterdam abre la puerta a la existencia de un cuerpo de DIPr

⁴² Para las causas que en cierto modo justifican la comunitarización, *vid.* J. Basedow, “European Conflicts of Laws under the Treaty of Ámsterdam”, *International Conflicts of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley, 2001, pp. 176-179; *id.* “The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam”, *CMLR*, vol. 37, 2000, pp. 687-691; P. A. de Miguel Asensio, “El Tratado de Amsterdam y el Derecho internacional privado”, *La Ley*, Año XIX. Núm. 4510, 30-3-1998; K. Boele-Woelki, “Unification and Harmonization of Private International Law in Europe”, *Private Law in the International Arena- Liber Amicorum Kurt Siebr*, pp. 61-77, 2000; G. Betlem y E. Hondius, “European Private Law after the Treaty of Amsterdam”, *ERPL*, 2001, pp. 3-20. A. Borrás Rodríguez, “DIPr y Tratado de Ámsterdam”, *REDI*, vol. LI, 1999, pp. 383-426; B. Hess, “Die Europäisierung des internationalen Zivilprozessrechts durch den Amsterdamer Vertrag-Chancen und Gefahren”, *NJW*, 2000, pp. 23-32; S. Nott, “For Better or Worse? The Europeanisation of the Conflicts of Laws”, *LLR*, núm. 24, 2002, pp. 3-7; C. Kholer, “Le droit international privé européen après le Traité d’Amsterdam”, *Divenire Sociale e Adeguamento del Diritto (Studi in Onore de Francesco Capotorti)*, Milán, Giuffrè, 1999, pp. 191-217; E. Jayme y C. Kholer, “Europäisches Kollisionrecht 1997: Vergemeinschaftung durch Säulenwechsel?”, *IPRax*, 1997, vol. 17, pp. 385-401.

⁴³ Término que emplea J. D. González Campos, “La reforma del sistema español de DIPr. Algunas propuestas para un debate”, *REDI*, vol. LII, 2000, p. 335; *id.* “Diversification, spécialisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *RCADI*, t. 287, 2000, pp. 128-129. Afirma que la cooperación judicial civil en el sentido del art. 65 TCE desborda el concepto tradicional, que se limitaría a la práctica de notificaciones y a la obtención de pruebas.

⁴⁴ En este sentido C. Kholer, afirma que la cooperación judicial civil sería en cierto modo un “cuerpo extraño” en un Título consagrado esencialmente a los aspectos administrativos de la política de inmigración; según parece la adición de las cuestiones de cooperación civil se produjo a través del *addendum* presentado por la Presidencia neerlandesa en marzo de 1997 (“Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité...”, *loc. cit.*, p. 8).

comunitario⁴⁵. Según el art. 61 TCE, "a fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia, el Consejo adoptará", entre otras, "c) medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil". Y, como tales, el art. 65 TCE recoge (a título meramente indicativo, en ningún caso con pretensión de exhaustividad), las tres siguientes: "a) mejorar y simplificar: —el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales; —la cooperación en la obtención de pruebas; —el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales; b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción y c) eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros".

Es cierto que no existe ninguna atribución competencial específica en materia de Derecho de familia, pero al tratarse de una enumeración meramente ejemplificativa se entenderá incluida en el tenor del art. 65 cualquier medida en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, que tenga repercusión transfronteriza y sea "necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior"⁴⁶. De todas formas, por si existía algún resquicio de duda, el Tratado de Niza la despeja al establecer en su art. 67.5 que "el Consejo adoptará de conformidad con el procedimiento establecido en el art. 251 TCE, las medidas previstas en el art. 65 con

⁴⁵ J. L. Iglesias Buhigues, "La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después...", *loc. cit.*, p. 5847.

⁴⁶ K. Boele-Woelki y R. Van Ooik, "The Communitarization of Private International Law", *YPIL*, vol. 4, 2002, pp. 1-36, p. 13; S. Leible y A. Staundinger, "El artículo 65 TCE: ¿Carta blanca a la Comunidad Europea para la unificación del Derecho Internacional Privado y procesal?", *AEDIPr*, t. 1, 2001, pp. 89-117, p. 96.

exclusión de los aspectos relativos al Derecho de familia”. Se infiere del precepto, por tanto, que la UE tiene competencia para legislar en materia de DIPr de la familia, con base en el art. 65 TCE.

2. Alcance competencial del Título IV en materia de Derecho internacional privado de la familia

A) Interpretación del art. 65 TCE

El alcance competencial del Título IV, y en concreto del art. 65 TCE, es confuso⁴⁷. La reforma realizada por el Tratado de Ámsterdam se proyecta directamente sobre el sistema de fuentes normativas de DIPr. Los trabajos doctrinales sobre esta materia son profusos, y las interpretaciones del alcance concreto del art. 65 TCE variadas⁴⁸. Por esta

⁴⁷ Tras examinar la génesis del art. 65 TCE el profesor Kholer, subraya el novedoso reparto o distribución competencial en materia de DIPr. La citada comunitarización se proyecta sobre una vertiente institucional, que califica como indecisa e incompleta, y sobre un plano material de alcance indeterminado. A su juicio, el tenor del Título IV plantea tres tipos de interrogantes: por un lado, la relativa al propio alcance del art. 65 TCE. En segundo lugar, respecto a las relaciones entre éste y las restantes competencias comunitarias en materias que igualmente han de implicar la utilización de normas para resolver los conflictos de leyes o jurisdicción, y por último, la incertidumbre sobre el papel que en el futuro habrá de representar el art. 293 TCE (*ex art. 220*); *vid.* (“Interrogations sur les sources du droit international privé européen...”, *loc. cit.*, pp. 1-30).

⁴⁸ G. Betlem y E. Hondius, “European Private Law after the Treaty of...”, *loc. cit.*, pp. 3-20; P. McEleavy, “The Brussels II Regulation: How the European Community has moved into Family Law”, *ICLQ*, 2002, vol. 51, pp. 883-908; F. Pocar, “La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una “European Conflicts of Law...”, *loc. cit.*, pp. 873-884; M. Gardeñes Santiago, “El desarrollo del DIPr tras el Tratado de Ámsterdam: los artículos 61 c) y 65 TCE como base jurídica”, *RDCE*, núm. 11, enero/abril 2002, pp. 231-249; J. Israel, “Conflicts of law and the EC after Ámsterdam. A Change for the Worse?”, *MJ*, 2000, vol. 7, pp. 81-99; J. Basedow, “The Communitarization of the Conflict of Laws...”, *loc. cit.*, pp. 687-691; K. Boele-Woelki y R. Van Ooik, “The Communitarization of Private International...”, *loc. cit.*, pp. 1-36; C. Kholer, “Lo spazio giudiziario europeo in materia civile...”, *loc. cit.*, pp. 65-94; K. Kreuzer, “La communautarisation du droit international privé- les aquis et les perspectives-”, *Unifier le Droit: le revé impossible?*, París, Global Law, 2001, pp. 97-157; M. Moura Ramos, “Un diritto internazionale privato...”, *loc. cit.*, pp. 273-305; O.

razón se ha realizado una sistematización de las diferentes opiniones doctrinales dividiéndolas en tres grupos. Para delimitar los contornos del art. 65 TCE se puede realizar, en primer lugar, una interpretación histórica, basándonos en su antecedente más inmediato, el art. K.3 TUE. En segundo lugar, es posible investigar la competencia de la UE para legislar en materia de DIPr mediante un análisis literal del art. 65 TCE; y, en tercer lugar, la delimitación competencial se puede realizar a través de una interpretación sistemática del precepto.

La primera interpretación, la histórica, exige analizar el antecedente inmediato del Título IV, en el que se inserta el art. 65 TCE, que es el Título VI del Tratado de Maastricht (TUE). El TUE es el resultado de dos procesos paralelos, aunque originalmente independientes, en primer lugar, el movimiento a favor de la consecución de la unión económica y monetaria, en el ámbito de la CEE; y, en segundo lugar, de un proceso, de contornos menos precisos, encaminado a extender la construcción europea al ámbito político, superando definitivamente la etapa de una integración meramente económica⁴⁹.

Una de las principales aportaciones del TUE fue la creación de una nueva entidad: la UE⁵⁰. Según el art. A, la UE encuentra su base en la

Remien, “European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice”, *CMLR*, núm. 38, 2001, pp. 53-86; R. Adam, “La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo”, *Divenire Sociale e Adeguamento del Diritto (Studi in Onore de Francesco Capotorti)*, Milán, Giuffrè, 1999, pp. 3-35; D. Besse, “Die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen nach...”, *loc. cit.*, pp. 107-122; R. Rueda Valdivia, “La unificación europea del derecho conflictual...”, *loc. cit.*, pp. 151-179; R. Wagner, “Vom Brüsseler Übereinkommen über die Brüssel I-Verordnung zum Europäischen Vollstreckungstitel”, *IPRax*, 2002, pp. 75-95.

⁴⁹ A. Boixareu Carrera, *El Tratado de Amsterdam*, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 61-62.

⁵⁰ El concepto de “Unión Europea” no resultaba del todo nuevo, pues ya había sido

Comunidades Europeas originales, completadas por un conjunto de nuevas políticas y formas de actuación. Unas y otras se hallan al servicio del cumplimiento de la misión de la Unión, la de “organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos”. En definitiva, se trata de un conjunto heterogéneo, donde coexisten formas de actuación estrictamente comunitaria, con otras fundamentalmente intergubernamentales. La existencia de un marco institucional único y un conjunto de principios comunes sólo consiguen paliar parcialmente tal heterogeneidad. Con el fin de dotar de una cierta coherencia y sistemática a este conjunto, se prevé una estructura en tres pilares: a) pilar comunitario, que contiene las tres Comunidades Europeas originales, ampliamente modificadas y completadas; b) segundo pilar: política exterior y de seguridad común (PESC); c) tercer pilar: cooperación en los ámbitos de justicia y en los asuntos de interior (JAI). Por lo que respecta a este tercer pilar, que es el realmente importante en este análisis, al ser el antecedente inmediato del Título IV, el TUE no define expresamente sus objetivos, sino que tan sólo delimita áreas de “interés común” (arts. K. al K.9), entre ellas la cooperación judicial en materia civil (art. K.3)⁵¹. No se trataba de cuestiones bajo competencia comunitaria y por tanto su evolución estaba referida a la cooperación

utilizado con anterioridad al TUE, en ámbitos diversos. En particular la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en París en el mes de octubre de 1972 ya se pronunció a favor de transformar el conjunto de relaciones entre los países miembros de la Comunidad en una Unión Europea “antes del final de decenio”. Además, el Parlamento Europeo en 1984 adoptó un Proyecto de Tratado de la Unión Europea (“Proyecto Spinelli”), en el que las tres Comunidades eran sustituidas por una Unión Europea, que pasaba a tener competencias en materia de política exterior. El AUE de 1986, no obstante, no recogió el ambicioso plan del Parlamento Europeo, aunque sí instauró una Cooperación Política Europea en materia de política exterior.

⁵¹ E. Brok, “Intergovernmental Conference 1996: Not a Maastricht II”, *CMLR*, núm. 34, 1997, pp. 1-9, p. 5.

internacional⁵². La categoría de “interés común” presupone, simplemente, la existencia de problemas comunes que requieren soluciones colectivas⁵³. El art. K.3 facultaba a los Estados, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 220 del TCE, a celebrar convenios recomendando su adopción a los Estados miembros. Este precepto permitió la elaboración del Convenio relativo a la competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia matrimonial de 28 de mayo de 1998⁵⁴, que nunca llegó a entrar en vigor porque fue transformado en un Reglamento comunitario con base en el art. 65 del Tratado de Ámsterdam⁵⁵.

Para que los Estados pudiesen celebrar convenios ente sí, el art. K.1 sólo exigía que fueran necesarios para la realización de los fines de la Unión, en concreto, de la libre circulación de personas⁵⁶. Teniendo en cuenta que el Tratado de Ámsterdam comunitariza —traspasa del tercer al

⁵² AA.VV., *Documentación jurídica. El Tratado de la Unión Europea*, Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones, nº 82-83, 1995, en especial pp. 46-109.

⁵³ J. L. Iglesias Buhigues, “La cooperación judicial en materia civil (CJC)...”, *loc. cit.*, p. 5851.

⁵⁴ DOCE C 221, de 16 de julio de 1998.

⁵⁵ Reglamento CE nº 1347/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (DOCE L 160, de 30 de junio de 2000).

⁵⁶ Para C. Kholer (“Le droit international privé...”, *loc. cit.*, pp. 202), la referencia del art. K.1 a la libre circulación de personas es a título meramente ejemplificativo. Las medidas que se pudiesen adoptar en materia de DIPr podrían tener como finalidad la consecución de cualquier objetivo de la UE, no sólo el de la libre circulación de personas, como ocurre actualmente en el Título IV. Por tanto, señala el autor que el paso de la cooperación judicial en materia civil del Título VI al Título IV ha transformado un ámbito de cooperación de alcance horizontal (la cooperación judicial en materia civil), en una competencia sectorial de la UE, circunscrita no a la consecución de cualquier fin de la Unión, sino solamente al establecimiento de un mercado interior en el que la libre circulación de personas esté garantizada. (art. 14 TCE).

primer pilar— todas estas materias que se consideraban de “interés común”⁵⁷, es posible pensar que los requisitos que se exigen para legislar a través del art. 65 TCE son los mismos que se requerían para celebrar convenios con base en el art. K.3. Se considera que los arts. 61 a 65 TCE son los “sucesores” de los arts. K.1 a K. 9⁵⁸.

Si se afronta el análisis del art. 65 TCE desde una perspectiva histórica, es factible concluir que lo realmente importante es que la actuación comunitaria basada en el art. 65 TCE se justifique en la consecución de alguno de los objetivos de la Unión (art. 2 TCE), particularmente la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que la libre circulación de personas esté garantizada. Atendiendo a esta interpretación, los instrumentos jurídicos sobre DIPr de la familia con base jurídica en el art. 65 TCE —Reglamento 1347/2000⁵⁹ y 2201/2003⁶⁰— deberían encontrar su justificación en la libre circulación de personas. Y así lo reflejan sus respectivas Exposiciones de Motivos, estableciendo que la “disparidad entre determinadas normas nacionales en cuanto a competencia y reconocimiento hace más difícil la libre

⁵⁷ Excepto la cooperación policial y judicial en materia penal. *Vid.* J. Quel López, “Análisis de las reformas en el espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Niza”, *RDCE*, enero/junio de 2001, pp. 117-145.

⁵⁸ H. Dohrn, *Die Kompetenzen der Europäischen...*, *loc. cit.*, p. 79; O. Remien, “European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom...”, *loc. cit.*, p. 61.

⁵⁹ Reglamento (CE) 1347/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (DOCE de 30 de junio de 2000).

⁶⁰ Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000 (DOCE L 338, de 23 de diciembre de 2003).

circulación de las personas”, y por eso se “justifica la adopción de disposiciones mediante las que se unifiquen las normas de conflicto de jurisdicciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, simplificándose los trámites con el fin de un reconocimiento rápido y automático de las resoluciones judiciales y su ejecución”⁶¹. Sin embargo, el intento de vincular estos textos a la libre circulación de personas ha de fracasar, ya que pueden operar en múltiples supuestos en los que no desplegará ninguna incidencia respecto a la circulación intracomunitaria de personas, y, por tanto, la actuación de la Comunidad no estaría justificada⁶².

En segundo lugar, quienes realizan una interpretación literal consideran que el art. 65 TCE contiene una cláusula de vinculación funcional que limita *a priori* su alcance competencial⁶³. El precepto establece, como únicas medidas que puede adoptar la UE en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, aquellas necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior. Esta exigencia plantea numerosos interrogantes⁶⁴. Si se compara la fórmula del art. 65 TCE con la que se

⁶¹ Considerando 4 de la Exposición de Motivos del Reglamento 1347/2000.

⁶² Este argumento será desarrollado *infra*, pp. 67-71.

⁶³ Sobre la vinculación funcional *vid.*, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, pp. 194-198; L. Cruz Pereyra, “Area judicial común en el Derecho de familia europeo. Competencia en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial”, *El Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Buenos Aires, La Ley, 2005, pp. 477-495, pp. 480-481; A. del Valle Gálvez, “Extranjería, ciudadanía, fronteras y Tribunal de Luxemburgo”, *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlín, BWV, 2003, pp. 207-218, p. 209.

⁶⁴ G. Betlem y E. Hondius, “European Private Law after...”, *loc. cit.*, p. 10; McEleavy, “The Brussels II Regulation: How the European Community has moved into Family...”, *loc. cit.*, p. 899. La inclusión de la referencia al correcto funcionamiento del mercado interior se debe a Tony Blair, según los informes de círculos oficiales. Las razones pueden ser varias. Por un lado, la intención de los Estados miembros de

configura en el art. 95 (“que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior”), es factible deducir que la primera es más amplia, lo que permitiría que el art. 65 abarcara medidas no estrictamente encaminadas a la consecución del mercado interior, sino simplemente de apoyo o que pudieran contribuir a su mejor funcionamiento⁶⁵, como por ejemplo las relativas a cuestiones matrimoniales y de familia, por su repercusión sobre la movilidad de las personas. Algunos autores consideran que las nuevas disposiciones del Título IV no afectan a las competencias que la Comunidad ya poseía en virtud de otros preceptos, porque entender lo contrario supondría restar competencias a la Comunidad y disminuir también los poderes de las instituciones en ámbitos en los que ya venía actuando (limitación del recurso prejudicial, mera consulta al Parlamento.....)⁶⁶. Estiman que el art. 65 tiene una mera función complementaria. Otro sector doctrinal le

alterar el significado de lo que hasta ahora se entendía por cooperación judicial en materia civil, ya que en el art. K.1 no se hacía ninguna referencia al funcionamiento del mercado interior; y, por otro lado, se pueden aducir quizás razones políticas: este límite permitiría al Reino Unido tener una base para poder refutar futuras actuaciones de la UE que se aparten de los objetivos “económicos” de la Unión. Atendiendo al hecho de que estos límites no estaban en el tercer pilar, está claro que algo se ha perdido en el camino de Maastricht a Ámsterdam. Además, la incorporación de la cooperación judicial en materia civil al Título IV se hizo súbitamente, casi sin que pudiera apreciarse.

⁶⁵ *Vid.* S. Leible y A. Staundinger, “El artículo 65 TCE: ¿Carta blanca a la Comunidad Europea para la...”, *loc. cit.*, p. 98; también *vid.* F. Pocar (“La comunitarizzazione del diritto...”, *loc. cit.*, p. 875) quien es partidario de realizar una interpretación extensiva del concepto “mercado interior”, no sólo referida al aspecto económico del mercado, sino que comprenda también la libre circulación de personas.

⁶⁶ Entre ellos, M. Gardéñes Santiago, “El desarrollo del DIPr tras el Tratado de Ámsterdam: los artículos 61 c) y 65 TCE como base...”, *loc. cit.*, pp. 231-249; J. Israel, “Conflicts of law and the EC after Ámsterdam. A Change for the...”, *loc. cit.*, pp. 81-99; J. Basedow. “The Communitarization of the...”, *loc. cit.*, pp. 687-691; C. Kholer, “Interrogations sur les sources du droit international privé...”, *loc. cit.*, pp. 15-16.

concede el valor de una *lex specialis*⁶⁷, esto es, todas las materias enumeradas en el art. 65 TCE al ser desarrolladas deben tenerlo como base jurídica, aunque haya otras posibles⁶⁸. Siguiendo la primera interpretación, que las nuevas disposiciones del Título IV no afectan a las competencias que la Comunidad ya poseía en virtud de otros preceptos, el ámbito de aplicación del art. 65 sería extremadamente restringido. En este caso el precepto tendría únicamente la función de completar lagunas competenciales, estando su ámbito de aplicación limitado a la armonización de las materias expresamente excluidas del art. 95 del Tratado: la libre circulación de personas y derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena (art. 95.2 TCE). De seguirse esta tesis hasta sus últimas consecuencias, los reglamentos comunitarios ya adoptados en las materias a que se refiere el art. 65 TCE tendrían una base jurídica errónea.

Para realizar una delimitación adecuada de estas bases jurídicas no se puede soslayar la interpretación del art. 95 TCE realizada por el TJCE en la sentencia de 5 de octubre de 2000⁶⁹, por la que se anuló la Directiva

⁶⁷ En este sentido, R. Wagner, “Vom Brüsseler Übereinkommen über...”, *loc. cit.*, pp. 84-86; S. Leible y A. Staundinger, “El artículo 65 TCE: ¿Carta blanca ...?”, *loc. cit.*, p. 9. K. Boele-Woelki y R. Van Ooik, “The Communitarization of Private...”, *loc. cit.*, p. 17.

⁶⁸ C. Kholer, “Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il...”, *loc. cit.*, p. 75.

⁶⁹ STJCE de 5 de octubre de 2000, as. C-376/98, *Alemania/Parlamento y Consejo*. Vid. B. Wägenbaur, “Binnenmarkt und Gesundheitsschutz – eine schwierige Kohabitation”, *EuZW*, 2000, pp. 549-551; J.M. Areilza Carvajal, “Variaciones sobre la limitación de competencias: la anulación de la Directiva de publicidad del tabaco. (Comentario a la STJCE de 5 de octubre de 2000, asunto C-376/98)”, *RDCE*, julio/diciembre 2000, pp. 643-662; E.I. Obergefell, “On División of Competence in the EU- The Tobacco Advertising Prohibition Directive Test Case”, *ELF*, 2001, pp. 153-160; M. Hilf y K. Frahm, “Nichtigerklärung der Richtlinie zum Tabakwerbeverbot: Das letzte Wort?”, *RIW*, 2001, pp. 128-133; T. Hervey, “Up in Smoke? Community anti Tobacco Law and Policy”, *Europ. L. Rev.*, 2001, pp. 101-125; I. Segura Roda, “La anulación de la Directiva 98/43/CE sobre la publicidad del tabaco; ¿novedades en el reparto de competencias comunitario?”, *GJ-CE*, 2001, n° 214, pp. 74-87; J. M. Martín y Pérez de

sobre publicidad del tabaco⁷⁰. Se trata de un pronunciamiento sobre la arquitectura de la UE en el que el Tribunal marca los límites del ámbito de las competencias comunitarias a través del control de la elección de la base jurídica. La sentencia delimita las competencias comunitarias en un supuesto de armonización para establecer el mercado interior vía art. 95 TCE (*ex art.* 100), utilizando para ello el control de la elección de la base jurídica y el principio de proporcionalidad⁷¹.

La STJCE supuso un importante punto de inflexión⁷², porque durante mucho tiempo se produjo un entendimiento amplio de la base jurídica que establecía el art. 95 TCE⁷³. El art. 95 TCE “no atribuye al legislador comunitario una competencia general para regular el mercado interior” (FJ 83 y 107). No basta para armonizar de acuerdo con el art. 95 TCE la comprobación de las disparidades entre las regulaciones nacionales o la existencia de un riesgo abstracto de aparición de obstáculos a las libertades económicas fundamentales o de distorsiones a la

Nanclares, “La publicidad del tabaco y el Derecho comunitario: sobre la difícil cohabitación entre las competencias de mercado único y salud pública”, *GJ-CE*, n° 213, 2001, pp. 75-89; R. Gosalbo Bono, “L’arrêt Tabac ou l’apport de la Cour de justice au débat sur la délimitation des compétences”, *Rev. trim.dr.eur.*, 2001, pp. 790-808.

⁷⁰ Directiva 98/43/CE, de 6 de julio de 1998, DOCE L 213, de 30 de julio de 1998.

⁷¹ J. M. Areilza Carvajal, “Variaciones sobre la limitación de competencias...”, *loc. cit.*, p. 648.

⁷² Opinión que no es compartida por todos los autores. En contra *vid.* I. Segura Roda, “La anulación de la Directiva 98/43/CE sobre la publicidad...”, *loc. cit.*, p. 87. La autora afirma que “no se puede considerar que se trate de una sentencia cuyo contenido sea sorprendente o que constituya una inflexión jurisprudencial notable”. A favor M. Gardeñes Santiago, “El desarrollo del D.I.Pr. ...”, *loc. cit.*, p. 239.

⁷³ H. Dohrn, *Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft...*, *loc. cit.*, p. 107

competencia⁷⁴. Sólo sería lícito recurrir al art. 95 cuando la medida tuviera realmente como objeto principal y demostrable la realización del mercado interior⁷⁵. Es necesario comprobar el grado concreto de riesgo de aparición de obstáculos a las libertades fundamentales⁷⁶. La decisión de anular la Directiva sobre publicidad del tabaco pone de manifiesto el deseo del Tribunal de Luxemburgo de limitar una interpretación extensiva de las competencias comunitarias, centrándose para lograr este objetivo en el control de la elección de la base jurídica.

A raíz de este cambio de orientación jurisprudencial quizás haya de modificarse el punto de vista tradicional según el cual el TJCE evitaba una lectura restrictiva del ámbito material del TCE, no estableciendo límites estrictos a la competencia comunitaria. La sentencia analizada afirma rotundamente que sólo es posible emplear como base jurídica el art. 95 cuando la medida tenga realmente como objeto principal y demostrable la realización del mercado interior. Sentada esta premisa con respecto al art. 95 TCE es factible trasladar estas consideraciones del TJCE al análisis del art. 65 TCE. De la literalidad de este precepto: “que la medida sea necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior”, parece desprenderse un grado de exigencia inferior que el que tiene el art. 95 TCE. No haría falta que la medida tuviera por objeto la realización del mercado interior, bastando con que simplemente pudiera coadyuvar a su mejor funcionamiento⁷⁷. La atribución de competencia contenida en el art.

⁷⁴ R. Gosalbo Bono, “L’arrêt Tabac ou l’apport de la Cour de justice...”, *loc. cit.*, p. 808.

⁷⁵ M. Hilf y K. Frahm, “Nichtigerklärung der Richtlinie zum...”, *loc. cit.*, p. 133.

⁷⁶ J. M. Martín y Pérez de Nanclares, “La publicidad del tabaco y el Derecho comunitario...”, *loc. cit.*, p. 75.

⁷⁷ M. Gardeñes Santiago, “El desarrollo del D.I.Pr. ...”, *loc. cit.*, p. 239.

65 TCE va más allá, por tanto, de lo previsto en el art. 95: el mercado interior no solamente debe funcionar, sino que debe hacerlo correctamente⁷⁸. En opinión de K. Kreuzer, el término “mercado interior” no debe ser interpretado de forma estricta en sentido de “económico”, sino de forma amplia, para facilitar la libre circulación, especialmente de las personas⁷⁹. Esta interpretación encontraría confirmación en el extenso cúmulo de materias enumeradas en el art. 65 TCE y en la práctica de los Estados miembros relativa al *ex art.* K.1 n° 6 TUE, reemplazado por el art. 65 TCE, no pudiendo ser interpretada esta sustitución como una restricción al ámbito de aplicación material. Así, este precepto vendría a concretar el objetivo del art. 14 TCE según el cual el mercado interior “implicará un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado”. Se puede considerar que, en realidad, la alusión a la circulación de personas se refiere al concepto más amplio del espacio de libertad, seguridad y justicia, que aparece expresamente citado en el art. 61 TCE⁸⁰. Además, tampoco debe olvidarse que el apartado 2 del art. 95 excluye, entre otras, “*las disposiciones relativas a la libre circulación de personas*”, que son precisamente las que trata el artículo 65 TCE. Antes del Tratado de Ámsterdam las iniciativas de unificación del DIPr se justificaban sobre la base del

⁷⁸ S. Leible y A. Staundinger, “El artículo 65 TCE...”, *loc. cit.*, pp. 89-117.

⁷⁹ K. Kreuzer, “La communautarisation du droit international privé- les aquis et les...”, *loc. cit.*, pp. 97-157.

⁸⁰ Esto autorizaría las interpretaciones de la doctrina que considera el art. 65 una base general para armonizar cuestiones de DIPr. *Vid.* R. M. Moura Ramos (“Un diritto internazionale privato della Comunità Europea: origine, sviluppo, alcuni principi...”, *loc. cit.*, p. 282) cuando afirma en relación con el art. 65 TCE, que con su inclusión el Derecho primario concede claramente una competencia legislativa a la Comunidad en materia de DIPr.

entonces artículo 220 TCE o del antiguo Título VI del TUE. Por tanto, el nuevo Tratado no habría podido producir el efecto de traspasar al ámbito del art. 95 TCE lo que antes quedaba fuera de él⁸¹.

El art. 65 debería utilizarse para aquellas medidas que, por referirse a la libre circulación de personas, quedarían fuera del art. 95 TCE. Cabría pensar sobre todo en aquellos sectores no directamente relacionados con las actividades económicas o empresariales, como el Derecho de personas, familia y sucesiones⁸². Su objetivo no sería la realización del mercado interior, sino facilitar el encauzamiento de los problemas jurídicos que pueden resultar de un incremento de la movilidad de personas (matrimonios mixtos, ejercicio de derecho de visita en otros países...).

Por lo que respecta, en tercer lugar, a la interpretación sistemática, es la que pone en relación el art. 65 TCE con las bases jurídicas preexistentes. Un comentario recurrente en las primeras valoraciones que realizó la doctrina del Título IV del Tratado de Ámsterdam fue que el art. 65 TCE no iba a ser excesivamente utilizado, pues la conexión entre la competencia comunitaria y el funcionamiento del mercado interior implicaría la superposición de la nueva base jurídica sobre otras ya existentes⁸³ (además del ya analizado art. 95, el art. 293 —*ex* 220— y el

⁸¹ O. Remien, “European Private International Law...”, *loc. cit.*, p.73.

⁸² En este sentido P. A. de Miguel Asensio, “El Tratado de Amsterdam y ...”, *loc. cit.*, pp. 1-3; H. J. Sonnenberger, “Europäisches Internationales Privatrecht im Dienst freien Personenverkehrs”, *RIW*, vol 4, 1999, “Die erste Seite”; O. Remien, “European Private International Law...”, *loc. cit.*, p. 74. En contra, H. Schack, “Die EG-Kommission auf dem Holzweg von Ámsterdam”, *ZEuP*, vol. 4, 1999, pp. 805-808, p. 807; P. Beaumont, “Treaty of Ámsterdam- Community Competence in Private International Law”, *ICLQ*, enero 1999, pp. 225-229, pp. 227-228.

⁸³ En opinión de J. J. Álvarez Rubio, “salvo que se logre precisar la indefinición competencial que consagra el Tratado de Ámsterdam, el futuro más próximo puede llegar a deparar un verdadero laberinto normativo, al confluir sobre un mismo ámbito

308 TCE —*ex* 235—), circunstancia que no se ha producido⁸⁴. Por lo que se refiere al art. 293 TCE, puede parecer incongruente que sobreviva tras el Tratado de Ámsterdam, sobre todo la parte que exhorta a los Estados miembros a concluir acuerdos de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales⁸⁵. Tanto la Comisión como la Presidencia holandesa⁸⁶ propusieron la supresión del guión 4 del art. 220 que se refiere al reconocimiento y ejecución de decisiones, pero finalmente esta propuesta no prosperó, y el Tratado de Niza tampoco ha reformado esta disposición⁸⁷. Sus posibilidades de aplicación real son, sin embargo, muy reducidas⁸⁸. Para empezar, establece que los Estados miembros entablarán negociaciones “en tanto sea necesario”, necesidad que desaparece si existe

material reglas de fuente autónoma y las derivadas del ejercicio de la competencia comunitaria reconocida con le art. 65 TCE”, (“La incidencia del Tratado de Ámsterdam en el sistema español de Derecho interregional”, *AD. Universidad de la Laguna*, núm. 18, 2001, pp. 65-78, p. 70).

⁸⁴ Como ya predijo J. Basedow, “The Communitarization of the...”, *loc. cit.*, p. 697.

⁸⁵ D. Besse, “Die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen nach dem Vertrag...”, *loc. cit.*, p. 117. J.L. Iglesias Buhigues, “La cooperación judicial en materia civil (CJC)...”, *loc. cit.*, p. 5859; K. Boele- Woelki y R. Van Ooik, “The Communitarization of Private International...”, *loc. cit.*, p. 16.

⁸⁶ Doc. CONF/2500/96 ADD 1.

⁸⁷ Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001, DOCE C de 10 de marzo de 2001. En realidad son escasas las novedades incorporadas por este Tratado, debido, por una parte, al importante avance habido con la anterior modificación realizada por Ámsterdam y, por otra, a que el objetivo básico de esta nueva reforma TCE es, llevar a término el procedo iniciado por Ámsterdam. *Vid.* E. Navarro Contreras, “El Tratado de Niza: un nuevo paso en el largo camino hacia la ampliación de la UE”, *La Ley*, n° 5298, lunes 30 de abril, 2001, pp.1-4; F. J. Quel López, “Reformas en el espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Niza”, *RDCE*, enero/junio de 2001, pp. 117-145.

⁸⁸ La profesora Borrás destaca que “la práctica permite apreciar que tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam no se menciona el art. 293, sino únicamente el Título IV y, en particular, su art. 65 TCE. De esta forma el art. 293 queda reducido a un segundo plano y puede quedar de facto vacío de contenido”, (“DIPr y Tratado...”, *loc. cit.*, p. 394).

una base jurídica comunitaria que permita desarrollar la acción⁸⁹. Por tanto, en la mayoría de los supuestos en que el art. 293 fuera aplicable, también lo sería el art. 65 TCE. Además, a juzgar por los actos adoptados y las iniciativas en curso, no parece que exista intención real de recurrir al art. 293 TCE⁹⁰.

Esta duplicidad de bases jurídicas (art. 65 *versus* art. 293 TCE), ha intentado ser salvada por el Servicio Jurídico del Consejo utilizando dos argumentos: 1º El encuadramiento del art. 293 TCE en las disposiciones generales y finales le confiere un carácter subsidiario y una función complementaria de otras bases jurídicas. 2º Si los autores del Tratado de Ámsterdam reiteraron la materia en el art. 65, ello evidencia que pretendían que la nueva base jurídica fuera aplicable, ya que “permitiría la adopción de medidas comunitarias con prioridad sobre los convenios celebrados por los Estados miembros.” La doctrina explica la pervivencia de este precepto aduciendo que su ámbito de aplicación no se circunscribe al ámbito de la cooperación judicial en materia civil, sino que incluye materias penales, financieras y administrativas⁹¹. Lo único que se ha trasferido al art. 65 es la cooperación judicial en materia civil. Esto justifica la persistencia de este precepto en el TCE. También se consideró su utilidad para concluir convenios con el Reino Unido e Irlanda, en los supuestos en que no hayan

⁸⁹ K. Boele-Woelki, “Unification and Harmonization of Private International Law in...”, *loc. cit.*, pp. 61-77; J. L. Iglesias Buhigues, (“La cooperación judicial en materia civil...”, *loc. cit.*, p. 5852) opina que la delimitación entre el art. 220 TCE y el art. 65 TCE es “de escaso valor y puramente formal puesto que no obedece a criterios intrínsecos a la materia del objeto de la medida comunitaria sino generalmente a razones de oportunidad”.

⁹⁰ *Vid.* en sentido contrario, ensalzando la figura del Convenio, H. Gaudement Tallon, “Quel droit interational privé pour l’Union Européenne?”, *International Conflicts of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley, 2001, pp. 317-338.

⁹¹ J. Basedow, “The Communitarization of the...” , *loc. cit.*, p. 700.

hecho uso del *opting in*, y con Dinamarca. Sin embargo, este uso del art. 293 TCE no va a tener una excesiva virtualidad, habida cuenta de que ya se ha celebrado un Acuerdo entre la Comunidad Europea y Dinamarca por el que se extienden a este país las disposiciones del Reglamento nº 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁹², y la base jurídica utilizada ha sido el art. 300 TCE⁹³.

En cuanto al art. 308 TCE, aparentemente no habría lugar para aplicar tampoco lo que ha venido denominándose la “cláusula de imprevisión” o “doctrina de los poderes implícitos”. Según este precepto, cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo podrá adoptar por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento, las disposiciones pertinentes⁹⁴. Esta cláusula tiene por objeto, en palabras del propio TJCE, “suplir la inexistencia de poderes de acción conferidos

⁹² DOCE L 299, de 16 de noviembre de 2005.

⁹³ Los Protocolos sobre la posición del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca con respecto al Título IV, serán estudiados *infra*, pp. 74-82.

⁹⁴ Para que pueda operar la cláusula de imprevisión es preciso que se cumplan con carácter cumulativo tres requisitos. En primer lugar, el Tratado ha de carecer de regulación de los poderes de acción necesarios. El recurso a la cláusula de imprevisión como base jurídica para fundamentar la adopción de un acto sólo está justificada cuando ninguna otra disposición del Tratado confiera a las instituciones comunitarias las competencias necesarias. En segundo lugar, la acción que se vaya a adaptar debe, igualmente, perseguir uno de los objetivos de la Comunidad debiéndose entender por tales objetivos no sólo los de carácter general (arts. 2, 3 y 4). Y en tercer lugar, la acción de la Comunidad tiene, además, que resultar “necesaria” para lograr, en el funcionamiento o en el marco del mercado común uno de los objetivos de la Comunidad. *Vid.*, J. Martín y Pérez de Nanclares, “Las competencias comunitarias”, *Derecho comunitario material*, Madrid, McGraw Hill, 2000, pp. 11-23.

expresa o implícitamente a las instituciones comunitarias por disposiciones específicas del Tratado, en la medida en que dichos poderes resulten, no obstante, necesarios para que la Comunidad pueda ejercer sus funciones con vistas a lograr alguno de los objetivos previstos por él⁹⁵. Para alcanzar los objetivos que en cada caso se establecen —mercado interior, espacio de libertad, seguridad y justicia— el Tratado ya dispondría de los instrumentos de actuación correspondientes, por lo que no sería necesario “suplir la inexistencia de poderes”. Este precepto parece tener muy limitadas sus virtualidades futuras. Parte de la doctrina ha pretendido verlo como la posible base jurídica para un futuro Código Civil Europeo, basándose en el hecho de que no existen poderes de acción conferidos expresa o implícitamente a la UE para legislar en este sentido⁹⁶. No compartimos esta posición doctrinal, aunque el art. 308 TCE sí puede constituir una base jurídica adecuada si lo que se intenta es crear figuras jurídicas nuevas, como la marca europea⁹⁷ o la Sociedad Anónima europea⁹⁸, es lo que Basedow ha denominado “Derecho privado europeo facultativo”⁹⁹. Se trata de normas que no armonizan el Derecho

⁹⁵ Dictamen de 28 de marzo de 1996, (2/94), apartado 29.

⁹⁶ C. U. Schmid, “Legitimacy Conditions for a European Civil Code”, *MJ*, 2001, pp. 277-298; V. Van Gerven “Codifying European Private Law? Yes if...!”, *Europ. L. Rev.*, 2002, pp. 156-176; M. Gardeñes Santiago, “El desarrollo del DIPr. ...”, *loc. cit.*, pp. 242-243; En contra J. Basedow que afirma que un Código Civil europeo basado en el art. 308 estaría condenado al fracaso (“Codification of Private Law in the European Union: the Making of a Hybrid”, *ERPL*, 2001, pp. 35-49, p. 44); L. Cruz Pereyra, “Area judicial común en el Derecho de familia europeo. Competencia en materia de divorcio, separación judicial...”, *loc. cit.*, pp. 481-483.

⁹⁷ Reglamento 40/94 de 20 de diciembre de 1993 (DOCE L 11, de 14 de enero de 1994) sobre la marca comunitaria, modificado por Reglamento 422/2004, de 19 de febrero de 2004 (DOCE L 70, de 9 de marzo de 2004).

⁹⁸ Reglamento 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (DOCE L 294 de 10 de noviembre de 2001).

⁹⁹ J. Basedow, “Europäisches Internationales Privatrecht”, *NJW*, n° 30, 1996, pp. 1921-1929, pp. 1926-1927.

privado de los Estados miembros, sino que crean instituciones propiamente europeas¹⁰⁰, que pueden ser elegidas en lugar de las instituciones internas (facultativamente)¹⁰¹. Circunscribiendo el art. 308 TCE a esta función, es posible su subsistencia frente al art. 65, 293 y 95 TCE, aunque tenga bastante restringidas sus posibilidades de actuación. No hay que olvidar que la cláusula de imprevisión constituye un valioso instrumento para adaptar el entramado competencial comunitario al progresivo proceso de integración, el cual por definición es evolutivo y dinámico, y por este motivo no resultaría conveniente que desapareciese tal disposición.

Sintetizando lo expuesto hasta el momento, las tres interpretaciones con las que se ha sistematizado la doctrina sobre el alcance competencial del art. 65 TCE poseen un punto común: cualquier instrumento jurídico que tenga como base el art. 65 TCE debe tener como objetivo principal facilitar la libre circulación de personas. La interpretación histórica, teniendo en cuenta los antecedentes inmediatos del Título IV, llevó a la conclusión de que lo realmente importante es que la actuación comunitaria basada en el art. 65 se justifique en la consecución de alguno de los objetivos de la Unión (art. 2 TCE), particularmente la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que la libre circulación de personas esté garantizada. La interpretación literal conduce a la necesidad de que las medidas que adopte la UE sean las “necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior”. Y el mercado interior es definido por el art. 14 TCE como “un espacio sin fronteras interiores en el que la

¹⁰⁰ S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado...*, *op. cit.*, p. 125.

¹⁰¹ J. Basedow, “EC Regulations in European Private Law”, *Private Law in the International Arena-Liber Amicorum Kurt Siehr*, 2000, pp. 17-29, p. 27.

libre circulación de personas estará garantizada¹⁰²”. La interpretación sistemática lleva a relacionar el art. 65 con aquellas normas del TCE que se han utilizado también para la elaboración de normas de DIPr. Si se entiende que el art. 65 TCE tiene una mera función complementaria, su ámbito de aplicación estaría limitado a las materias expresamente excluidas del art. 95: la libre circulación de personas. Si por el contrario se opina que la función del art. 65 no es complementaria sino que se trata de una *lex specialis*, los instrumentos jurídicos elaborados con base en este precepto no deberían limitarse a las materias excluidas del art. 95, sino que la atribución de competencia del art. 65 TCE iría más allá: el mercado interior no sólo debe funcionar, sino que debe hacerlo correctamente¹⁰³, y para lograr ese objetivo, debe coadyuvar a la libre circulación de personas.

La interpretación histórica, literal o sistemática del art. 65 conduce a un mismo resultado: la actuación comunitaria con base en este precepto debe tener como objetivo facilitar la libre circulación de personas dentro de la Unión Europea. Sentado lo anterior, cabe plantearse si los reglamentos hasta ahora adoptados sobre la base de esta disposición respetan o no este límite, dado que se aplican a personas que no son titulares del derecho de libre circulación de personas. La cuestión es si la regulación de estas situaciones es precisa para el correcto funcionamiento

¹⁰² Algunos autores entienden que la condición auténticamente relevante es la de vinculación con la libre circulación de personas: si esta se cumple, habrá que entender que también se cumple la exigencia de necesidad para el correcto funcionamiento del mercado interior, porque la libre circulación de personas es al fin y al cabo un componente básico del mercado interior. *Vid.* M. Gardeñes Santiago, “El desarrollo del derecho internacional privado...”, *loc. cit.*, pp. 235; C.T. Kotuby Jr., “External Competence of the European Community in the Hague Conference on Private International Law: Community Harmonization and Worldwide Unification”, *NILR*, núm.1, 2001, p. 7.

¹⁰³ T. Drappatz, *Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, p. 95.

del mercado interior, y si realmente coadyuva a la libre circulación de personas. También en este tema existen opiniones doctrinales encontradas. Algunos autores tratan de demostrar que una extensión de los reglamentos de DIPr a las situaciones extracomunitarias atiende precisamente a un correcto funcionamiento del mercado interior¹⁰⁴. Otros opinan que esta extensión del DIPr comunitario a las situaciones extracomunitarias es una circunstancia heredada del régimen convencional anterior (Convenio de Bruselas o Convenio de Roma), que tenía sentido en un marco convencional, no institucional, donde era la voluntad de los Estados, precisada en la ratificación de un convenio internacional, la que legitimaba tal extensión, sin trabas de principios esenciales como la subsidiariedad o la proporcionalidad, que si existen en el ámbito institucional¹⁰⁵.

Sea como fuere lo cierto es que la imprecisión terminológica del art. 65 TCE autoriza diversas interpretaciones, de las que se ha impuesto la que mejor se ajustaba a los objetivos de la integración, la de las instituciones comunitarias, que ha dotado de una gran fuerza expansiva al art. 65 TCE¹⁰⁶. Esta fuerza expansiva no pudo ser prevista en las consideraciones de la doctrina inmediatamente posteriores a la entrada en

¹⁰⁴ S. Leible y A. Staudinger, "Art. 65 TCE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para ...", *loc. cit.*, p. 91, afirman que del "concepto mercado interior no se deriva ningún límite territorial que restrinja la eficacia del precepto a la armonización de las normas sobre conflictos de leyes para las relaciones puramente intracomunitarias".

¹⁰⁵ *Vid.* en este sentido, S. Sánchez Lorenzo, "Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: el Reglamento 44/2001", *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 39-67, p. 42; A. Borrás Rodríguez, "El Derecho Internacional Privado y...", *loc. cit.*, pp. 391-392.

¹⁰⁶ E. Pérez Vera, "El Derecho internacional privado...", *loc. cit.*, p. 185.

vigor del Tratado de Ámsterdam¹⁰⁷; resulta obvio que en estos primeros análisis no se incluía una ponderación de las intenciones reales de elaboración de normas con base en el art. 65 TCE del legislador comunitario.

B) El art. 65 TCE como base jurídica de los Reglamentos 1347/2000 y 2201/2003.

En el sistema comunitario la correcta elección de la base jurídica tiene una enorme trascendencia, porque la Comunidad es depositaria de una competencia de atribución y sólo puede actuar en aquellos ámbitos en los que los Estados miembros le han cedido parte de su soberanía. De esta forma, cada vez que el legislador comunitario adopte un acto, debe justificar qué disposición del Tratado le habilita a hacerlo. Al mismo tiempo, la selección de la base jurídica correcta es imprescindible para garantizar el respeto a las prerrogativas de cada una de las instituciones, puesto que sus poderes pueden ser distintos dependiendo del ámbito temático o del objetivo sobre el que recaiga la acción. El TJCE ha

¹⁰⁷ Entre los trabajos doctrinales que analizaron de una forma escéptica el posible avance que iba a suponer el art. 65 TCE J. Israel, “Conflicts of Law and...”, *loc. cit.*, pp. 81-99; R. Adam, “La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo...”, *loc. cit.*, p. 28. C. Kholer, “Le droit international...”, *loc. cit.*, p. 208; M. Gardeñes Santiago, “El desarrollo del DIPr...”, *loc. cit.*, pp. 233-237; A. Borrás Rodríguez, “La proyección externa de la comunitarización del Derecho internacional privado: los datos del problema”, *La Ley*, n° 5611, de 13 de septiembre de 2002, pp. 1-20, p. 2; J.J. Álvarez Rubio, “La incidencia del Tratado de Ámsterdam...”, *loc. cit.*, p. 72; De Miguel Asensio, “El Tratado de Ámsterdam...”, *loc. cit.*, p. 2, opina en concreto que “las novedades introducidas por el Tratado de Ámsterdam en el ámbito del DIPr presentan matices que ponen en entredicho su alcance como verdadero progreso para promover la función asignada a la uniformización de las normas de DIPr, en el proceso de integración europea y que las expectativas de desarrollo de un DIPr comunitario continúan subordinadas a la actitud futura de los Estados participantes, así como a la sensibilidad de la Comisión y a la percepción de los unos y de la otra acerca del potencial de las normas de DIPr como instrumento de integración”.

establecido los criterios de selección en caso de que dos o más bases fueran *a priori* aplicables. Si la medida puede ser adoptada conforme a más de una disposición del Tratado, todas ellas deberán adoptarse como base jurídica. Ahora bien, si las disposiciones en cuestión llevan aparejados procedimientos legislativos distintos, en tal caso debe optarse por la base jurídica más ajustada, en función de cuál sea el objetivo principal de la medida y su contenido, y esta elección será susceptible de revisión judicial¹⁰⁸.

Los dos instrumentos jurídicos adoptados hasta ahora por la UE en materia de DIPr de la familia son el Reglamento 1347/2000 y el Reglamento 2201/2003 que lo sustituyó a partir del 1 de mayo de 2005. Los dos tienen como base jurídica el art. 65 TCE. Ya se ha analizado *supra* que cualquier norma que tenga su base en este precepto debería tener como objetivo favorecer el correcto funcionamiento del mercado interior y por ende la libre circulación de personas en un espacio sin fronteras interiores¹⁰⁹.

Hace unos años Basedow afirmaba que el convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, que había descartado el estatuto personal en su art. 1, debía, a la larga, englobar esta materia si se quería evitar perturbar demasiado el principio de la libertad de establecimiento garantizada en el

¹⁰⁸ Esta jurisprudencia se resume en la STJCE de 11 de junio de 1991, as. C-300/89, *Dióxido de titanio*. Como B. Peter sostiene el procedimiento legislativo diferenciado permite evitar la conflictividad entre bases jurídicas, puesto que debe primar una en concreto, (“La base juridique des actes en Droit communautaire”, *Rev. MCU. eur.*, 1994, n° 378, pp. 324-333, p. 333).

¹⁰⁹ P. Beaumont, “Treaty of Amsterdam-Community Competence...”, *loc cit.*, pp. 227-228, opina que sobre la base del art. 65 no se pueden adoptar iniciativas en materia de Derecho de familia, porque no serían relevantes para el mercado interior.

art. 52 del Tratado de Roma¹¹⁰. Ciertamente, el ámbito del Derecho de familia se ha dejado a la determinación de los Estados miembros por la gran diversidad de legislaciones que reflejan la identidad de las diferentes culturas nacionales. Sólo en los últimos años la Comunidad ha comenzado a considerar este sector como una importante cuña, tanto para agilizar la libre circulación de personas, como para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior. El nuevo interés de la Comunidad por las cuestiones de naturaleza familiar tiene su razón de ser en la noción amplia de mercado interno¹¹¹. El espacio de libertad, seguridad y justicia no viene unido al mercado sino a la ciudadanía de la Unión. Se trata de un espacio en el que todos los ciudadanos pueden hacer valer su derecho en un Estado miembro como las personas lo hacen valer en el Estado en el que residen¹¹². Y, una vez más, seguramente el único camino para elaborar unas nociones comunes es comenzar por lo que parece menos comprometido: el Derecho procesal. La regulación de parte del Derecho de familia por el legislador comunitario se justifica con el argumento de favorecer la libre circulación de personas mediante normas que responden a lo que se puede denominar una “lógica de integración”¹¹³.

¹¹⁰ J. Basedow, “La reconnaissance des divorces étrangers. Droit positif allemand e politique législative européenne”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1978, pp. 461-482, p. 463.

¹¹¹ C. Kholer, “Libre circulation du divorce? Observations sur le Règlement communautaire concernant les procédures en matière matrimoniale”, *Estudos em homenagem à Isabel de Magalhaes Colaço*, Coimbra, 2002, pp. 231-248, p. 241.

¹¹² *Vid.* P. De Cesari, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario. Atti in vigore e in formazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Torino, G. Giappichelli, 2005, p. 131.

¹¹³ E. Rodríguez Pineau, “Algunas reflexiones sobre las reglas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental”, *XIX Jornadas AEPDIPr. La UE ante el siglo XXI: los retos de Niza*, 2001, pp. 253-258.

No obstante, un sector de la doctrina opina que el intento de vincular estos textos a la libre circulación de personas ha de fracasar, pues pueden operar en múltiples supuestos en los que no desplegarán ninguna incidencia respecto a la circulación intracomunitaria de personas, y, por tanto, la actuación de la Comunidad no estará justificada, por lo menos utilizando el art. 65 TCE¹¹⁴.

Los criterios de competencia judicial incluidos en el Reglamento 2201/2003, pueden aplicarse a ciudadanos no comunitarios, que no se benefician de la libre circulación de personas¹¹⁵. Sobre esta cuestión se manifestó la Comisión y el Servicio Jurídico del Consejo en el sentido de que tales casos serían residuales y sin importancia, por lo que la regla general seguiría siendo la aplicación a los comunitarios y, de esta forma, lo accesorio seguiría a lo principal. Para llegar a esta conclusión, los argumentos utilizados por la Comisión y el Consejo no son concluyentes¹¹⁶. Refiriéndose al Reglamento 1347/2000 señalan que, en la mayoría de los casos, al menos uno de los cónyuges tendrá nacionalidad comunitaria, conclusión bastante discutible, pues habrá ocasiones en la que los dos cónyuges serán nacionales de terceros Estados¹¹⁷.

¹¹⁴ R. Arenas García, “Nota al Reglamento nº 1347/2000 del Consejo de 29 de mayo...”, *loc. cit.*, p. 430; A. Borrás Rodríguez, “El Derecho Internacional Privado...”, *loc. cit.*, p. 391; M. Gómez Jene, “El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de nacionalidad,” *La Ley*, 1 de junio de 2001, pp. 1-5, p. 1.

¹¹⁵ Según F. Pocar (“La comunitarizzazione del diritto...”, *loc. cit.*, p. 877) la relación del reglamento Bruselas II con el mercado interior es sólo indirecta y por tanto que su base jurídica sea el Título IV, presupone una interpretación extensiva del art. 65 TCE.

¹¹⁶ A. Borrás Rodríguez, “El Derecho Internacional Privado y el Tratado de...”, *loc. cit.*, pp. 383-426.

¹¹⁷ Para J. Basedow, (“The Communitarization of the...”, *loc. cit.*, pp. 698-699) “el Reglamento Bruselas II debe tener como base jurídica el art. 65, porque el no reconocimiento del divorcio en los diferentes Estados puede limitar la libertad de

Los Reglamentos hasta ahora elaborados en materia de DIPr de la familia están en tela de juicio, ya que no respetan los límites establecidos por el art. 65 TCE. Se han puesto de relieve las discusiones doctrinales sobre las diferencias existentes entre el “correcto funcionamiento del mercado interior” e “incidencia en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior” (art. 95 TCE); pero incluso acogiendo los argumentos más vehementes, será preciso concluir que estos Reglamentos pueden afectar a supuestos que carezcan absolutamente de conexiones con la libre circulación de personas.

C) Técnicas de reglamentación utilizadas por el art. 65 TCE

El Título IV no establece en ningún momento el instrumento de Derecho derivado a través del cual se debe poner en práctica el art. 65, limitándose a señalar que el Consejo podrá adoptar “medidas” en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil¹¹⁸; pero lo cierto es que

movimiento de los esposos. En cambio el Reglamento Bruselas I cubre todas las materias civiles y mercantiles; por tanto su impacto en las libertades básicas no se limita a la libre circulación de personas. Su base jurídica debería haber sido el art. 95”. En cambio Von Hoffman, (“The Relevance of European Community Law”, *EPIL*, 1998, p. 32) opina lo contrario: el art. 65 es suficiente como base jurídica del Reglamento Bruselas II.

¹¹⁸ Esas “medidas” incluyen, según K. Boele-Woelki y R. Van Ooik, (“The Communitarization of Private...”, *loc. cit.*, p. 28), todos los instrumentos normativos que prevé el art. 249 TCE (reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes) y también el denominado *soft law*. En el mismo sentido, J. Basedow, “The Communitarization of the Conflict of Laws...”, *loc. cit.*, p. 706; D. Besse, “Die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen...”, *loc. cit.*, p. 115. A partir de la expresión “fomentar la compatibilidad” del art. 65 TCE se pretendió excluir en la doctrina el empleo de los reglamentos, aduciendo que esa expresión no se identificaba con un objetivo de uniformidad normativa, *vid.* (A. Borrás Rodríguez, “La proyección externa de la comunitarización del Derecho internacional privado...”, *loc. cit.*, p. 2). Sin embargo, esta opinión ha de ser rechazada, entre otras cosas porque si el TCE hubiese pretendido limitar los instrumentos normativos de desarrollo de este artículo lo habría hecho, como ocurre con el art. 94 TCE, *vid.* S. Leible y A. Staundinger, “El artículo 65

casí todos los instrumentos hasta ahora adoptados son reglamentos¹¹⁹. Sin embargo, hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam la técnica de la directiva como vehículo armonizador del DIPr era la más utilizada¹²⁰. El instrumento normativo que se emplee depende de los

TCE: ¿Carta blanca a la Comunidad Europea...”, *loc. cit.*, p. 109; R. Gosalbo Bono, “L’arrêt Tabac ou l’apport de la Cour de justice ...”, *loc. cit.*, p. 797.

¹¹⁹ Reglamento (CE) núm.1348/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (DOCE, L 160, de 30 de junio de 2000, p. 37); Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia, (DOCE L 160, de 30 de junio de 2000, p. 1); Reglamento (CE) núm.44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE L 12 de 16 de enero de 2001, p. 1); Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental sobre los hijos comunes (DOCE L 160, de 30 de junio de 2000, p. 19); Reglamento (CE) n° 1206/2001 el Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, (DOCE L 174, de 27 de junio de 2001, p. 1); Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000 (DOCE L 338, de 23 de diciembre de 2003). Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios (DOCE L 026, de 31 de enero de 2003). Sobre la preferencia del Consejo por los reglamentos en detrimento de las directivas véase, J. Meeusen, “Fifteen Theses on Brussels I, Rome I and the European Union’s Institutional Framework”, *Enforcement of International Contracts in the European Union, Convergence and Divergence between Brussels I and Rome I*, Intersentia, 2004, pp. 43-76, pp. 66-69.

¹²⁰ Entre las materias de DIPr que han sido objeto de armonización por medio de directivas cabe reseñar el régimen de las sociedades mercantiles, la publicidad engañosa, la responsabilidad por productos, los agentes comerciales independientes, los contratos de seguro, los contratos de consumo celebrados fuera de establecimiento mercantil, las cláusulas abusivas en contratos de consumo, la restitución de bienes culturales, los contratos de transporte alojamiento combinados, los contratos de utilización de inmuebles a tiempo compartido... Normalmente, estas directivas fijan unos estándares de protección comunes, excluyendo que las legislaciones nacionales puedan imponer niveles de protección más estrictos. Pero hay que tener en cuenta que el grado de armonización resultante no será el mismo en todos los supuestos, ya que aquél dependerá en gran medida de la concreción del instrumento de armonización, así como de la fuerza obligatoria de éste último. Así, si los estándares mínimos

objetivos que se pretendan conseguir: unificación o armonización, reglamento o directiva, respectivamente. Para algunos autores la integración debe significar unificación del DIPr; una solución menor no vale la pena, y, por tanto el instrumento jurídico mejor adaptado a la europeización del DIPr es el reglamento¹²¹. Para otros los instrumentos jurídicos elaborados con base en el art. 65 TCE deberían limitarse a eliminar los inconvenientes al funcionamiento del mercado interior, con lo que la acción no sería de unificación, sino de armonización de los Derechos nacionales, con el riesgo de “verse a menudo sometida a medidas de *soft law*”¹²². No obstante, aunque en la actualidad prácticamente todos los instrumentos jurídicos elaborados con base en el art. 65 TCE son reglamentos, esto no implica que la actuación

aparecen formulados con gran detalle, la armonización puede llegar a alcanzar en la práctica el mismo efecto que una unificación sustantiva. En cambio, si los estándares quedan apuntados de forma general, tan sólo se logrará conseguir una unificación de principios básicos. Asimismo, conviene tener presente que mientras que unas directivas fijan unos estándares de protección comunes, excluyendo que las legislaciones nacionales puedan imponer niveles de protección más estrictos, otras, sin embargo, admiten con carácter excepcional, la operatividad de reglas nacionales fijando un nivel más intenso de protección, lo que, evidentemente, habrá de suponer un menor grado de unificación. *Vid.* S. Knöfel, “EC Legislation on Conflicts of Laws: Interactions and Incompatibilities between Conflict Rules”, *ICLQ*, 1998, pp. 439-445; M. Schmidt, “Privatrechtsangleichende EU-Richtlinie und nationales Privatrecht”, *RechtsZ*, vol. 59, 1995, pp. 569-597; B. Von Hoffmann, “Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und Internationales Privatrecht”, *ZfRvgl*, vol. 36, 1995, pp. 46-47; J. Basedow, “EC Regulations in European Private...”, *loc. cit.*; *id.* “Europäisches Internationales...”, *loc. cit.*, pp. 1921-1929.

¹²¹ K. Kreuzer, “Lex communis europea de collisione legum: utopie ou nécessité?”, *España y la codificación internacional del Derecho Internacional Privado. Terceras Jornadas de Derecho internacional privado*, Madrid, 1993, pp. 225-246. Para K. Boele-Woelki y R. Van Ooik, la elección del reglamento es “drástica, aunque al mismo tiempo inevitable”, *vid.* (“The Communitarization of Private International...”, *loc. cit.*, p. 28). Para A. L. Calvo Caravaca, (“El DIPr de la Comunidad...”, *loc. cit.*, p. 54) el reglamento “potencia la seguridad jurídica internacional, permitiendo a los particulares invocarlo directamente, y a los jueces aplicarlo de oficio”.

¹²² C. Kholer, “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le...”, *loc. cit.*, pp. 20-21.

comunitaria futura tenga que desenvolverse en el mismo sentido, habida cuenta de la pluralidad de bases jurídicas existentes. El papel que para el DIPr pueda seguir desempeñando el convenio internacional (*ex art.* 220), la directiva (*ex arts.* 94 y 95) o cualquier otro instrumento dependerá de la voluntad política¹²³. La opción por uno u otro supone en realidad una toma de posición en cuanto al reparto de la carga legislativa, porque utilizar el art. 220 TCE supone contar con la participación directa de los Estados en un plano intergubernamental, mientras que el uso de los arts. 94 y 95 frente al art. 65 TCE implica una opción por un procedimiento en el que los intérpretes no desempeñan el mismo papel¹²⁴. De todas formas, la alteración del *tempus* normativo¹²⁵ que se ha producido con el Tratado de Ámsterdam ha producido un desarrollo del DIPr en el que difícilmente habrá una vuelta atrás, aunque ello sea producto de una voluntad política.

La elección del instrumento jurídico no depende únicamente de que se pretenda conseguir la unificación o la armonización en una determinada materia, sino que es necesario tener presentes también los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (arts. 5.II y III TCE¹²⁶), dado que el art. 65 TCE sólo atribuye a la UE una competencia

¹²³ E. Pérez Vera, “El Derecho internacional privado...”, *loc. cit.*, p. 185.

¹²⁴ S. Álvarez González, “Derecho internacional privado y Derecho privado...”, *loc. cit.*, p. 177.

¹²⁵ Expresión utilizada por B. Hess, “Die Integrationsfunktion des Europäischen Zivilverfahrensrecht”, *IPRax*, 2001, pp. 389-396, p. 396.

¹²⁶ El art. 5.II señala que “en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario” (principio de subsidiariedad). El art. 5.III establece que “ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado,” (principio de proporcionalidad).

compartida, no exclusiva, para la comunitarización del DIPr¹²⁷. La adecuación a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad constituyen el control *ex ante* de los instrumentos jurídicos comunitarios. El control *ex post* corresponde al TJCE.

a) Control *ex ante* de los instrumentos jurídicos comunitarios

La Comisión es la primera institución que debe confrontar su acción a la luz de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Ha de decidir si tiene competencia; si, en ese ámbito de competencia compartida, la acción comunitaria es necesaria por la dimensión transnacional del problema y su solución y si será más eficaz; y, en su caso, debe decidir sobre la intensidad de la intervención, es decir, la adecuación de los medios a los objetivos perseguidos¹²⁸.

El principio de subsidiariedad constituye un criterio de racionalidad y de moderación en el ejercicio de las competencias comunitarias no exclusivas¹²⁹. El Tratado de Ámsterdam confirma lo evidente: es un

¹²⁷ E. Jayme y C. Kholer, “Europäisches Kollisionrecht 2000: Interlokales Privatrecht oder universelles Gemeinschaftsrecht”, *IPRax*, 2000, pp. 454-465, p. 455.

¹²⁸ A. Mangas Martín, “El control del principio de subsidiariedad”, *La constitucionalización del proceso de integración europea*, Colección Escuela Diplomática, nº 9, pp. 53-81, p. 55.

¹²⁹ Según A. Boixareu Carrera (*El Tratado de...*, *op.cit.*, p. 277) la subsidiariedad se configura como un criterio de ejercicio, no de atribución, de competencias. *Vid.*, también J. M., De Areilza Carvajal, “El principio de subsidiariedad en la construcción europea”, *REDC*, Año 15, Núm. 45, 1995, pp. 53-93; A. Chicharro Lázaro, *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Navarra, Aranzadi, 2001, en especial pp. 121-123; P. A. Sáenz de Santa María, J. A. González Vega y B. Fernández Pérez, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1999, Eurolex, p. 100. Para estos autores el principio de subsidiariedad “no es una regla de atribución de competencias, sino que proporciona criterios para coordinar el ejercicio de los poderes respectivos, señalando cuándo debe actuar la Comunidad y cuándo los Estados”.

principio que, tal como se define en el Tratado, se refiere a las relaciones entre los Estados miembros y la UE en los ámbitos que no son de competencia exclusiva de la UE y, por tanto, no es un regulador de las competencias entre los Estados miembros sino que modula la forma en que deben ejercerse esas competencias en el nivel comunitario¹³⁰. Al inicio de sus trabajos, la CIG barajó la posibilidad de incluir explícitamente la “necesidad de evitar los excesos de reglamentación” y la advertencia a la Comisión de “tener en cuenta el principio de subsidiariedad en el ejercicio de sus atribuciones”¹³¹. Se pretendía que el principio de subsidiariedad no quedase como un principio abstracto sin efecto en la práctica, y que no se convirtiese en un instrumento de reducción sistemática de las competencias de la Unión¹³².

Este principio presenta dos dimensiones: una negativa o de prohibición, que pretende impedir la intervención comunitaria cuando no sea estrictamente necesaria y frenar el consiguiente centralismo; y otra positiva o de habilitación: la Comunidad intervendrá para auxiliar a los Estados miembros cuando éstos no puedan alcanzar por sí solos los fines del Tratado y la acción comunitaria resulte más eficaz. Es un principio

¹³⁰ El Tratado de Ámsterdam transcribe y codifica casi literalmente los párrafos de las conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo de 1992 (*vid.* conclusiones de dicho Consejo Europeo en la *REI*, 1992-3, p. 1027).

¹³¹ CONF/3809/96.

¹³² A. Boixareu Carrera, “Perspectivas de la Conferencia intergubernamental de 1996. El Informe del Grupo de reflexión”, *GJ-CE*, D-25, julio 1996, pp. 7-113, p. 27. Parece existir una corriente de opinión, cada vez más generalizada, que sostiene que el principio de subsidiariedad tal como se introdujo en el Tratado de Ámsterdam, “no ha dado los resultados esperados y a menudo las consideraciones políticas o de urgencia han pesado más que el respeto al principio de subsidiariedad”, (*vid.*, J. Martín y Pérez de Nanclares, “La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia”, *RDCE*, mayo/agosto 2002, pp. 343-389, p. 367).

dinámico que permite que la intervención comunitaria, dentro de los límites de sus competencias, se amplíe cuando las circunstancias así lo exijan e, inversamente, que se restrinja o abandone cuando deje de estar justificada¹³³.

El principio de proporcionalidad exige una adecuación y un equilibrio entre los medios que utiliza la Comunidad y los objetivos previstos en los Tratados, de modo que si puede optarse por diversas medidas apropiadas para lograr un determinado objetivo, habrá que recurrir a la menos restrictiva de todas ellas. Si es posible utilizar una directiva en lugar de un reglamento habrá que hacerlo; de lo contrario se estará conculcando este principio. No se debe legislar más que cuando ello sea realmente necesario, y debe respetarse la identidad y las particularidades de cada uno de los Estados miembros¹³⁴.

Son subsidiariedad y proporcionalidad dos conceptos diferentes y no las dos vertientes de un mismo principio. Mientras que la subsidiariedad implica que una acción determinada debe ser adoptada al nivel más idóneo (quién debe, por tanto, actuar), la proporcionalidad hace referencia a la adecuación entre los medios y los fines (cómo debe producirse esa actuación una vez resuelta la primera cuestión). El principio de subsidiariedad condiciona las competencias comunitarias a un test de eficacia¹³⁵: si los objetivos de la

¹³³ A. Carretero García, *Los principios de atribución de competencias, subsidiariedad y proporcionalidad en el Tratado de la Unión Europea*, Diputación Provincial de Toledo, 1998, p. 55.

¹³⁴ Para algún autor la “invasión” de reglamentos que se han elaborado en base al art. 65 TCE es difícilmente compatible con el principio de proporcionalidad, *vid.* H. Gaudemet-Tallon, “Quel droit international privé pour l’Union Européenne?”, *International Conflict of Laws for the Third Millenium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, Nueva York, Transnational Publishers /Ardsley, 2001, pp. 317-338, p. 328.

¹³⁵ S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado.*, *loc. cit.*, p. 218.

acción no pueden ser alcanzados de forma suficiente o equiparable por los Estados miembros, tendrá que actuar la UE. La proporcionalidad, sin embargo, proporciona un test de necesidad¹³⁶. Según la Comunicación de la Comisión de 27 de octubre de 1992, “si la Comunidad puede elegir entre varios modos de acción, debe escoger, a eficacia igual, aquél que deje más libertad a los Estados miembros, a los particulares y a las empresas”¹³⁷. Por tanto, la cuestión de la técnica de reglamentación (si reglamento, directiva, recomendación...) que se debe emplear afecta al principio de proporcionalidad, y no al de subsidiariedad¹³⁸.

Los dos instrumentos jurídicos adoptados en materia de DIPr de la familia con base en el art. 65 TCE son reglamentos. Ambos justifican en sus exposiciones de motivos su adecuación a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad¹³⁹. Por lo que respecta al principio de subsidiariedad, parece fuera de duda que la adopción de disposiciones mediante las que se unifiquen las normas de conflicto en materia

¹³⁶ M. Bussani y U. Mattei, “The Common Core Approach to European Private Law”, *Col. J. Europ. L.*, 1997/98, vol. 3, pp. 339-356, p. 350.

¹³⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo de 27 de octubre de 1992 sobre el principio de subsidiariedad, SEC (92) 682 final.

¹³⁸ Es bien sabido que, a diferencia del Derecho interno, los Tratados no establecen denominaciones diferentes según la Institución de la que emana el acto; hay, pues, reglamentos, directivas, decisiones... del Consejo y del Parlamento, o del Consejo y la Comisión. Tampoco denomina de forma distinta las normas en función de su naturaleza legislativa, reglamentaria o administrativa. Al fundarse el sistema en la atribución de competencias caso por caso a cada institución y en la paridad formal entre todas ellas tampoco establece jerarquía entre los actos institucionales. Este sistema de normas distingue únicamente en función de los destinatarios. No tiene en cuenta su objeto en el sentido de apreciar si regula los objetivos, principios y límites normativos.

¹³⁹ Considerando 5 y 32 de los Reglamentos 1347/2000 y 2201/2003, respectivamente: “con arreglo al principio de subsidiariedad y al principio de proporcionalidad los objetivos del presente Reglamento no pueden alcanzarse de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, sólo pueden lograrse a nivel comunitario”.

matrimonial y de responsabilidad parental, simplificándose los trámites con el fin de un reconocimiento rápido y automático de las resoluciones judiciales y de su ejecución, es algo que los Estados no pueden hacer por sí solos. Por eso, la acción de la Comunidad está justificada en este sentido. La unificación de las normas no es una competencia al alcance de los Estados miembros¹⁴⁰.

No está tan claro, sin embargo, que se haya respetado el principio de proporcionalidad. En efecto, una vez justificado por aplicación del principio de subsidiariedad que es la UE, la que va a legislar y no los Estados miembros, hay que establecer cuál será el instrumento jurídico que se emplee, y si su contenido excede o no de lo necesario para alcanzar los objetivos que se fijan. El elenco de foros tipificados con carácter alternativo permite al demandante acudir a diferentes órganos jurisdiccionales para solicitar la nulidad, separación o divorcio, si bien éstos aparecen limitados cuando deben tratarse aspectos referentes a la responsabilidad parental. Aquella multiplicidad de foros promueve el *forum shopping* y da lugar a supuestos de litispendencia. E, incluso, aún en materia tan concreta, se evidencia la disparidad entre los Estados miembros, en tanto algunos no conocen la figura de la separación o la de la nulidad matrimonial, difieren en las causas, exigen o no separación previa al divorcio, imponen el registro de la decisión en un determinado período de tiempo, pasado el cual, dejan de tener efecto de cosa juzgada..., disparidades que pueden llegar a afectar a exigencias constitucionales¹⁴¹. Asimismo, se suscitarán problemas si, ante una

¹⁴⁰ Esto es lo que el Prof. J. Martín y Pérez de Nanclares ha denominado “test de dimensión” (*vid.* “Las competencias...”, *loc. cit.*, p. 20).

¹⁴¹ *Vid.* el informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al art. K. 3 del Tratado de la Unión Europea sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución

demanda de divorcio, se responde con una reconvenicional de separación¹⁴², y han debido arbitrarse mecanismos que solventen los escollos que plantean tales disparidades, como el incluido para las acciones dependientes¹⁴³. Pero, evidentemente, será preferible a la determinación individual de la competencia judicial internacional por cada uno de los Estados miembros¹⁴⁴. A pesar de esta disparidad, de la posible litispendencia, y de todos los eventuales problemas que puedan suscitarse, es preferible que exista un instrumento comunitario que regule estas cuestiones a que no exista.

Cabe preguntarse si ese instrumento jurídico había de ser, necesariamente, un reglamento. La justificación para la elaboración de un reglamento es que la disparidad entre determinadas normas nacionales en cuanto a competencia y reconocimiento en estas materias hacen más difícil la libre circulación de personas así como el buen funcionamiento del mercado interior¹⁴⁵. Y, por tanto, si lo que se quiere evitar es la

de resoluciones judiciales en materia matrimonial, elaborado por la Prof. A. Borrás Rodríguez, (DO C 221, pp. 27 y ss), p. 29.

¹⁴² Acerca de este tema *vid.* J. Carrascosa González: “Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000”, *Mundialización y Familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 213-239, pp. 221-222.

¹⁴³ Art. 19.3 Reglamento 2201/2003. El segundo órgano jurisdiccional ha de inhibirse a favor del primero, aunque no pueda conocer de la nulidad solicitada por el demandante ante el segundo por no existir en su ordenamiento. No obstante, una vez obtenida la sentencia de divorcio, la parte a quien interese podrá solicitar en otro Estado miembro que se le reconozcan efectos de nulidad.

¹⁴⁴ Se ha puesto de manifiesto por la doctrina la discriminación por razón de nacionalidad, así como determinados privilegios para los nacionales comunitarios a tenor de los foros establecidos en el Reglamento Bruselas II en materia matrimonial. En concreto, M. Gómez Jene, “El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal...”, *loc. cit.*, pp. 1-5.

¹⁴⁵ Considerando 4 de la Exposición de Motivos del Reglamento 1347/2000.

disparidad en las legislaciones de los diferentes Estados miembros, era necesario un reglamento, no una directiva. Así se presenta un texto unificado, sin que los Estados puedan introducir variantes en sus respectivas legislaciones. Otro argumento que se esgrime para considerar conforme al principio de proporcionalidad la elección del reglamento como instrumento jurídico en este caso es que “principio de seguridad jurídica y los objetivos perseguidos por este Convenio requieren que se garantice la igualdad y la uniformidad de los derechos y obligaciones que se derivan del mismo para los Estados contratantes y para las personas interesadas, con independencia de las normas establecidas al respecto en dichos Estados (FJ. 13)¹⁴⁶”.

No se puede obviar que la utilización del reglamento no supone una unificación total en este caso. Hay tres Estados miembros que permanecieron, en un principio, ajenos al Título IV: Dinamarca, Reino Unido e Irlanda¹⁴⁷. Con respecto al Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda, el art. 1 establece que estos dos países no participarán en la adopción por el Consejo de medidas propuestas en virtud del Título IV TCE. Sin embargo, los arts. 3 y 4 de este Protocolo prevén la posibilidad

¹⁴⁶ STJCE de 15 de noviembre de 1983, as. 288/82, *Duijnsee v. Goderbauer*. *Vid.*, nota de G. Bonet, *Rev. crit. dr. int. pr.*, pp. 366-372; véase en defensa de este argumento A. Borrás Rodríguez, “DIPr y Tratado de...”, *loc. cit.*, p. 395.

¹⁴⁷ El art. 69 TCE establece que la aplicación del Título IV quedará sometida a los dispuesto en el Protocolo sobre la posición del Reino Unido”, así como al “Protocolo sobre la posición de Dinamarca”. Es lo que se ha denominado “protocolarización”, *vid.* M. Boer, “Justice and Home Affairs Cooperation in the Treaty on European Union: More Complexity Despite Communautarization”, *MJ*, 1997, pp. 310-316, p. 310. Esta protocolarización ha hecho que el Tratado de Ámsterdam sea conocido como el “Tratado de la flexibilidad”, (véase, P. J. Martín Rodríguez, *Flexibilidad y Tratados Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 208).

del *opting in* por parte de estos Estados¹⁴⁸. El Reino Unido e Irlanda ya han hecho uso del *opting in* para formar parte de estos dos Reglamentos¹⁴⁹. El Protocolo danés a diferencia de los dos anteriores, no prevé *opting in*. Para Dinamarca, se exceptúa el Título IV salvo las materias relativas a la determinación de los Estados terceros cuyos nacionales deben estar provistos de visado para cruzar las fronteras exteriores y al modelo uniforme de visado. Actualmente ya existe un Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca por el que se extienden a este país las disposiciones del Reglamento n° 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, aunque no será efectivo hasta tanto no sea aprobado por todos los Estados miembros¹⁵⁰. No obstante, es preciso hacer hincapié en el hecho de que no se trata de un *opting in*. Ha sido necesario celebrar un Acuerdo con base jurídica en el art. 300 TCE entre la CE y Dinamarca.

La farragosa y desordenada redacción de estos tres Protocolos ha hecho que la “flexibilidad” plasmada en el Tratado de Ámsterdam se convierta en una maraña jurídica, que, sin embargo, cuenta con la virtualidad de haber hecho posible la ampliación de las competencias comunitarias, aunque a través del modelo de la Europa a distintas velocidades.

¹⁴⁸ El mecanismo del *opting in* consiste en la exclusión de una parte de las obligaciones dimanantes del TCE para estos países, completada con la previsión de una cláusula facultativa de distinto alcance y una diversa posibilidad de renuncia a la excepción. *Vid.* P. J. Martín Rodríguez, *Flexibilidad y Tratados...*, *loc. cit.*, p. 212.

¹⁴⁹ *Vid.* H. Kortenbergh, “Closer Cooperation in the Treaty of Ámsterdam”, *CMLR*, núm. 35, 1998, pp. 833-854; H. Dohrn, *Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft...*, *loc. cit.*, p. 159-160.

¹⁵⁰ DOCE L 299, de 16 de noviembre de 2005.

b) Control *ex post* de los instrumentos jurídicos comunitarios

Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad constituyen el control *ex-ante*, que corresponde no sólo a la Comisión, sino a todas las instituciones que participan en el proceso legislativo¹⁵¹. El control *ex-post*, en cambio, ya no corresponde a las instituciones comunitarias, sino que es función del TJCE. Tras la reforma operada por el Tratado de Ámsterdam, el TJCE puede llevar a cabo una labor de interpretación del Título IV y de los actos comunitarios emanados de él¹⁵². La modificación es sustancial, si se compara con la competencia del TJCE para interpretar los Convenios, que debía ser atribuida de forma expresa y sometida a la aceptación por todos los Estados miembros¹⁵³. No obstante, el art. 68 TCE que es el que habilita al planteamiento de cuestiones prejudiciales en el ámbito del Título IV,

¹⁵¹ A. Mangas Martín, “El Tratado de Ámsterdam: aspectos generales del pilar comunitario”, *GJ-CE*, D-29, septiembre 1998, pp. 1-71, p. 63.

¹⁵² *Vid.* sobre el control del TJCE de los actos adoptados en base al Título IV, P. Eeckhout, “The European Court of Justice and the Area of Freedom, Security and Justice: Challenges and Problems”, *Judicial Review in European Union Law. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, 2000, pp. 153-166; L. N. González Alonso, “La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia”, *RDC*, núm. 4, 1998, pp. 501-545; N. Fennelly, “The Area of Freedom, Security and Justice and the European Court of Justice- A Personal View”, *ICLQ*, vol. 49, enero 2000, pp. 1-15; A. del Valle Gálvez, “Las nuevas competencias del TJCE tras el Tratado de Ámsterdam”, *NUE*, n° 186, 2000, pp. 22-36.

¹⁵³ Por ejemplo, el Protocolo de Luxemburgo de 1971 sobre la interpretación del Convenio de Bruselas, *vid.*, al respecto M. Virgós Soriano y E. Pineau Rodríguez, *Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia*, Madrid, McGraw Hill, 1999. En relación a la dificultad de que todos los Estados parte del Convenio aceptasen la competencia del TJCE *vid.* (D. Besse, “Die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen nach...”, *loc. cit.*, p. 113).

contiene dos importantes limitaciones¹⁵⁴. Por un lado, reserva la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales a los órganos que conocen en última instancia¹⁵⁵. Y, por otro lado, el art. 68 TCE establece que dicho órgano jurisdiccional pedirá al TJCE que se pronuncie sobre la cuestión planteada “si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo”. Comparando la previsión de este precepto con la contenida en el art. 234 TCE que es el que habilita, con carácter general, el planteamiento de cuestiones prejudiciales, se descubre una diferencia fundamental: este último precepto impone al órgano jurisdiccional la obligación de someter la cuestión al TJCE.

Este acceso restringido de los tribunales nacionales al TJCE puede suponer un freno a la comunitarización del DIPr¹⁵⁶. Si nos atenemos a la argumentación oficial¹⁵⁷, esta modulación de la competencia del TJCE constituye la mejor solución para conciliar dos intereses contrapuestos: por un lado la necesidad de garantizar la interpretación uniforme de este sector a través de la interpretación judicial de sus disposiciones, y por otro, la

¹⁵⁴ Un estudio amplio de estas limitaciones en P. Bertoli, *Corte di Giustizia, integrazione comunitaria e Diritto internazionale privato e processuale*, Milán, Giuffrè Editore, 2005, en especial pp. 60-71.

¹⁵⁵ Limitación que resulta criticable porque supone una dilatación del proceso, Leible y A. Staundinger, “El artículo 65 TCE: ¿Carta blanca a la Comunidad Europea...”, *loc. cit.*, p. 94. Aunque los tribunales inferiores pueden seguir planteando cuestiones prejudiciales que no versen sobre el Título IV, *vid.* (N. Fennelly, “The Area of Freedom, Security and Justice...”, *loc. cit.*, p. 5).

¹⁵⁶ H. Tagaras, “Guidelines for the Round Table Discussion in the Relationship between the Brussels and Community Law”, *L’espace juridique européen en matière civile et commerciale*, Bruselas, Bruylant, 1999, p. 186.

¹⁵⁷ Esta argumentación aparecía recogida ya en los comentarios al proyecto del art. G del documento presentado por la Presidencia irlandesa el 5 de diciembre de 1996 (CONF 2500/96) y desde entonces, fue reiterada durante las negociaciones (CONF 3823/97, de 19 de febrero de 1997).

conveniencia de evitar un colapso del TJCE como consecuencia de una avalancha de recursos prejudiciales en materia de asilo¹⁵⁸. Más allá de esta explicación “oficial”, no parece creíble que haya sido ajena al ánimo de los Estados miembros la intención de preservar un control lo más estrecho posible sobre el desarrollo de este ámbito tan profundamente imbricado en la soberanía nacional¹⁵⁹. Ahora bien, esta no resulta ser la manera óptima de resolver un futuro aumento de los asuntos que con toda seguridad se van a producir, a la vista del número de instrumentos normativos que se están adoptando, circunstancia que aconseja una reforma orgánica del TJCE y de los procedimientos hasta ahora previstos¹⁶⁰.

III. EL DERECHO DE EXTRANJERÍA COMUNITARIO

1. La comunitarización del Derecho de extranjería

El Tratado de Ámsterdam no sólo ha ampliado las competencias de la UE para legislar en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, sino que ha comunitarizado un amplio abanico de materias, que antes se desenvolvían en el marco de la cooperación intergubernamental del tercer pilar en el Tratado de Maastricht (arts. K a K.9), entre ellas las medidas sobre política de inmigración, medidas en materia de asilo, y aquellas que definan los derechos y las condiciones con arreglo a las cuales los

¹⁵⁸ Lo que para el Prof. Sánchez Lorenzo “viene a demostrar la inconveniencia de haber mezclado en el Título IV el DIPr con las cuestiones de puro Derecho de extranjería” (*vid.* “Competencia judicial, reconocimiento...”, *loc. cit.*, p. 41).

¹⁵⁹ L. N. González Alonso, “La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio...”, *loc. cit.*, p. 515; G. Betlem y E. Hondius, “European Private Law...”, *loc. cit.*, p.16.

¹⁶⁰ De esta misma opinión, R. Streinz y S. Leible, “Die Zukunft des Gerichtssystem der Europäischen Gemeinschaft. Reflexionen über Reflexionspapier”, *EWZ*, 2001, pp. 1-11.

nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro puedan residir en otros Estados miembros (art. 63 TCE)¹⁶¹. La inclusión de esta “política de inmigración” supone un importante cambio en el complejo marco jurídico en el que hasta entonces se había desarrollado la política común de extranjería¹⁶². Se somete al régimen de integración todo lo relativo a la libre circulación de personas en el mercado interior, sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en materia de orden público y salvaguarda de la seguridad interior (art. 64).

Esta nueva perspectiva implica redefinir en el Derecho originario el contenido del art. 14 TCE, ya que a partir de este momento la libre circulación de personas debe entenderse como supresión de controles a los ciudadanos comunitarios y a los no comunitarios en las fronteras interiores, y el mercado interior se configura como un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de personas, tanto de los ciudadanos de la Unión como de los ciudadanos de terceros países, estará garantizada¹⁶³. No es fácil pensar en un espacio abierto a la libre

¹⁶¹ *Vid.* K. Hailbronner, “European Immigration and Asylum Law Under the Amsterdam Treaty”, *CMLR*, núm. 35, 1998, pp. 1047-1067; J. Lodge, “Sustaining Freedom, Security, and Justice-From Terrorism to Immigration”, *LLR*, núm. 24, 2002, pp. 41-71.

¹⁶² Aunque no se puede obviar su carácter embrionario. Por ahora las competencias de la UE en esta materia no son exclusivas, sino compartidas con los Estados miembros. De todas formas, pese a tal carácter no se puede menoscabar su relevancia dada la primacía del Derecho comunitario frente a los Derechos estatales. *Vid.* C. Escobar Hernández, “Extranjería y ciudadanía de la Unión Europea”, *Extranjería e inmigración en España y en la Unión Europea*, Colección Escuela Diplomática, n°3, 1998, pp. 103-128, p. 110.

¹⁶³ R. Trotta afirma que “el desafío al que hace frente la UE para hacer efectivo ese espacio de libertad, seguridad y justicia es tridimensional. La primera dimensión sería material e implicaría la supresión de cualquier obstáculo en las fronteras interiores. La segunda sería personal y entrañaría asegurar la libertad de circulación a comunitarios y no comunitarios. La tercera sería geográfica, y se debería garantizar la extensión de

circulación de mercancías, capitales y servicios, que coexiste con la imposibilidad de movimientos de personas y la verdadera libertad de circulación de las personas consiste en la supresión de los controles, al menos, en las fronteras interiores de la UE¹⁶⁴. En consecuencia, el Tratado de Ámsterdam trata de encontrar el equilibrio necesario entre el déficit de seguridad y las medidas compensatorias, en la regulación, por una parte, de la libre circulación de personas, pero con el compromiso, por otra parte, de adoptar medidas para el control de las fronteras exteriores¹⁶⁵. Se trata sin duda de un proyecto “hercúleo”, tanto por lo que hace al intento de armonizar las diferentes normativas comunitarias, estatales y convencionales que regulan los estatutos de nacionales y extranjeros, como por afectar al corazón de la identidad de los Estados¹⁶⁶.

este espacio en las mismas condiciones a cualquier Estado miembro” (*vid.* “La dimension extérieure de la circulation des personnes après Ámsterdam”, *L’Union européenne et le monde après Amsterdam*, Bruselas, ULB, 1999, pp. 107-190, p. 131).

¹⁶⁴ K. Groenendijk, “Reinstatement of Controls at the Internal Borders of Europe: Why and Against Whom?”, *ELJ*, vol. 10, n° 2, marzo 2004, pp. 150-170, p. 167.

¹⁶⁵ R. Plender, “The Treaty of Amsterdam and the Free Movement of Persons”, *EBLR*, 1996, pp. 400-406, p.400; K. Hailbronner, “The Treaty of Amsterdam and Migration Law”, *EJML*, n° 1, 1999, pp. 9-27, pp. 26-27; A. Weyemberg, “La coopération européenne en matière de justice et d’affaires intérieures: vers un rééquilibrage du couple liberté-sécurité?”, *RBDI*, núm. 2, 2000, pp. 612-639; T. Kostakopoulou, “The Protective Union: Change and Continuity in Migration Law and Policy in Post-Amsterdam Europe”, *JCMS*, núm. 38, 2000, pp. 497-518. En el Programa de la Haya, aprobado por el Consejo Europeo en noviembre de 2004, que tendrá vigencia hasta el año 2009 en el área de Justicia y Asuntos de Interior, se han restringido las prioridades de desarrollo de la política de inmigración a las cuestiones de seguridad, sobre todo en aquellas medidas que refuerzan la restricción y el control. *Vid.*, para un análisis de este Programa, S. Peers, *Statewatch: The “Hague Programme”, Annotation of Final Version*, en <http://www.statewatch.org/news/2004/nov/hague-programme-final.pdf>.

¹⁶⁶ A. del Valle Gálvez, “Extranjería, ciudadanía, fronteras y Tribunal de...”, *loc. cit.*, p. 208.

Se ha afirmado que hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam no existía una política migratoria comunitaria en el sentido de una política común integrada¹⁶⁷. Este aserto sería correcto si por política migratoria entendemos la regulación acerca de la entrada, permanencia, circulación y política de inmigración y asilo¹⁶⁸. Pero si se entiende por política migratoria opciones económicas, actuaciones sobre el mercado de trabajo, trato a la mano de obra extranjera, etc., entonces sí la ha habido desde los orígenes, desde el Tratado de Roma¹⁶⁹. Y en esta política lo determinante fueron los objetivos económicos, para cuya consecución la presencia de trabajadores no comunitarios era una necesidad del proceso de expansión industrial y del desarrollo económico. Los modelos de trato a los trabajadores no comunitarios no se formularon jurídicamente ni socialmente, ni se concretaron políticamente, sino que eran una realidad necesaria y Europa la utilizó para alcanzar los objetivos propuestos en el Tratado CEE para Europa y para los europeos¹⁷⁰. La situación de los trabajadores procedentes de terceros países incumbía a las legislaciones nacionales y quedaba bajo la responsabilidad interna de cada Estado miembro.

El problema de la inmigración, no se planteó; no era un interés comunitario. Pero empezó a serlo a partir de la década de los sesenta

¹⁶⁷ C. Goybet, “Le manque d’ une politique européenne de l’immigration”, *Rev. MCU. eur.*, núm. 351, 1991, pp. 685-688, p.685.

¹⁶⁸ C. Escobar Hernández, “Extranjería y ciudadanía de la...”, *loc. cit.*, p. 105.

¹⁶⁹ M. L. Espada Ramos, *Europa ¿ciudad abierta? La inmigración y el asilo en la UE*, Granada, Instituto Municipal de Formación y Empleo, Ayuntamiento de Granada, 1997, pp. 50 y ss.

¹⁷⁰ D. Duyssens, “Migrant Workers from Third Countries in the European Community”, *CMLR*, 1977, pp. 501-520, p. 501.

cuando el crecimiento económico de los Estados miembros requirió una incorporación masiva de mano de obra de países subdesarrollados, tales como Turquía, Grecia, Yugoslavia, el Magreb y el África negra. Cuando tal volumen de mano de obra empezó a incidir estructuralmente en la realidad económica y social de Europa, el Consejo adoptó la resolución de 21 de enero de 1974 referida a los trabajadores inmigrantes y sus familiares, en la que se contemplaba también la situación de inmigrantes de terceros Estados, en orden a conseguir la igualdad de trato para trabajadores comunitarios y extracomunitarios, en materia de condiciones de vida, trabajo, derechos económicos y salarios¹⁷¹.

Lo cierto es que las Comunidades Europeas carecían de instrumentos jurídicos para hacer frente a la situación suscitada, y carecían de competencias para avanzar hacia un control de la inmigración. No fue un fenómeno contemplado por el Derecho comunitario y sí un fenómeno social aprovechado para el despegue económico comunitario¹⁷². El 4 de noviembre de 1976 la Comisión presentó al Consejo una proposición de Directiva referida a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros en la lucha contra la inmigración ilegal y el empleo ilegal de mano de obra no comunitaria¹⁷³. Dicha Directiva no tuvo acogida por el Consejo¹⁷⁴, pero lo relevante es que la Comisión la fundamentó en el art. 100 del TCEE y razonaba su fundamento con base en los objetivos de los

¹⁷¹ DOCE del 12 de febrero de 1974.

¹⁷² M. L. Espada Ramos, *Europa ¿ciudad abierta?...*, *loc. cit.*, p. 52.

¹⁷³ DOCE C, núm. 272, de 23 de noviembre de 1976.

¹⁷⁴ *Vid.* un análisis de esta Propuesta de Directiva en R. Plender “Competence, European Community Law and Nationals of Non-Member States”, *ICLQ*, 1990, pp. 599-611.

Tratados¹⁷⁵. Tal posibilidad abría la puerta a una acción de la Comunidad complementaria de las competencias que ejercían los propios Estados¹⁷⁶.

El 7 de marzo de 1985 la Comisión, en una comunicación transmitida al Consejo establece unas “orientaciones para una política comunitaria de las migraciones”. En ellas recuerda que “la concertación debe estar referida a la integración del mercado de trabajo comunitario y a la cooperación de los Estados miembros en los ámbitos de la política del mercado de trabajo. Los ámbitos relativos a la entrada, permanencia y empleo de los trabajadores inmigrantes de terceros países son competencia de los gobiernos de los Estados miembros”, de lo que se infiere que en estas fechas era una cuestión interna de los Estados, a pesar de que la Comisión intentara crear un esquema comunitario que, aunque indicativo, permitiera orientar modelos colectivos de las medidas estatales¹⁷⁷.

El Acta Unica Europea, de 27 de enero de 1986, proporcionó una nueva noción de mercado interior como “un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada” (art. 7). Las disposiciones del AUE tuvieron

¹⁷⁵ F. Crépeau y A. Y. Carlier, “Intégration régionale et politique migratoire. Le modèle européen entre coopération et communautarisation”, *Journ. dr. int.*, n° 1, 1999, pp. 953-1019, p. 979.

¹⁷⁶ D. O’Keeffe, “The Free Movement of Persons and the Single Market”, *Europ. L. Rev.*, n° 1, 1992, pp. 3-19, p. 17.

¹⁷⁷ A. Ortiz-Arce de la Fuente, “La extranjería no comunitaria en el marco de la Comunidad Económica Europea. Hacia la configuración de una política migratoria comunitaria y el reforzamiento de los controles exteriores”, *RCEC*, n° 12, 1992, pp. 207-231, p. 211.

consecuencias directas para la inmigración en Europa¹⁷⁸. El establecimiento de un mercado interior sin fronteras exigía un replanteamiento de la libre circulación de personas, incluso para aquellas que no eran nacionales de Estados miembros. Este precepto marcó un objetivo comunitario de naturaleza constituyente: realizar el mercado interior, potenciando las libertades propias de un mercado eficaz y competitivo (entre ellas la libre circulación de personas), adoptando las medidas e instrumentos necesarios para cubrir en tiempo y forma tal objetivo. Se creó el grupo *ad hoc* "Inmigración" (que, desde 1986, reúne a los ministros responsables), cuya secretaría se afectó a la secretaría general del Consejo¹⁷⁹. Sin embargo, aunque la Comisión tenía estatuto de observador en las reuniones del Consejo, puede decirse que la mayor parte del capítulo "inmigración", incluso tras el reconocimiento por el Tribunal de Justicia de la competencia comunitaria en la materia, se desarrolló por la vía de la intergubernamentalidad. En 1988 el Consejo Europeo de Rodas encargó al grupo intergubernamental de coordinadores sobre la libre circulación de personas que estudiara las condiciones necesarias para la creación de un "espacio sin fronteras internas", en el sentido del entonces art. 8A del Tratado, proponiendo medidas para la supresión de los controles internos. En 1989, en Palma de Mallorca y bajo presidencia española, el "Documento de Palma" proponía un programa de trabajo, de talante coordinador, para los distintos aspectos de la cooperación necesaria en Justicia y Asuntos de Interior, intentando superar el hecho de una fragmentación y multiplicación de instancias y

¹⁷⁸ *Vid.* en este sentido el análisis realizado por E. González Sánchez, "Asilo e inmigración en la Unión Europea", *RDCE*, n° 13, septiembre/diciembre 2002, pp. 833-856.

¹⁷⁹ S. Peers, "Building Fortress Europe: The Development of EU Migration Law", *CMLR*, n° 35, 1998, pp. 1235-1272, p.1238; F. Crépeau y A. Y. Carlier, "Intégration régionale et politique migratoire...", *loc. cit.*, p. 979.

grupos¹⁸⁰. En efecto, los distintos grupos trabajaban de modo separado, producían distintos documentos, y los ministros del Interior se reunían a distintos títulos para problemas comunes. Y, al tratarse de cooperación intergubernamental, los Parlamentos nacionales y el Parlamento Europeo se hallaban ausentes del eventual control de sus trabajos en un sector tan sensible¹⁸¹.

En esta etapa, todavía de cooperación intergubernamental, hay que destacar algunas realizaciones concretas que se derivaron de la dinámica del mercado interior como el Dictamen de iniciativa del Comité Económico y Social de 31 de enero de 1991, sobre el estatuto de los trabajadores emigrantes de terceros países; el Reglamento del Consejo n° 1683/95 de 29 de mayo de 1995, por el que se establece un modelo uniforme de visado¹⁸²; y el Reglamento del Consejo n° 2317/95 de 25 de septiembre de 1995, por el que se determinan los países terceros cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros.¹⁸³ Estos dos últimos instrumentos pueden valorarse como los primeros pasos de una “política migratoria de la Comunidad”.

¹⁸⁰ *Vid.* para un estudio exhaustivo de este Documento, A. Boixareu Carrera, “Los trabajos del Grupo de Coordinadores para la libre circulación de las personas: el “Documento de Palma”, *GJ-CE*, B-48, 1989, n° 72, pp. 3-11.

¹⁸¹ B. Vilá Costa, “El extranjero no comunitario: actualidad y evolución en materia de política común de inmigración: ¿Hacia un posible estatuto coherente?”, *RCIDOB*, 1996, pp. 1-12.

¹⁸² DOCE L 164, de 14 de julio de 1995.

¹⁸³ DOCE L 234, de 3 de octubre de 1995.

Los avances en el proceso de integración europea junto con el considerable incremento de los flujos migratorios hacia Europa, hizo que la UE se planteara de forma inevitable la comunitarización de las políticas públicas sobre inmigración y extranjería¹⁸⁴. El primer paso en este sentido se produjo con el Tratado de Maastricht, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993¹⁸⁵. El Tratado institucionalizó todas estas experiencias en los antiguos artículos K a K. 9 TUE, que estableció el pilar de la Cooperación Intergubernamental en los ámbitos de la Justicia y de los Asuntos de Interior (lo que comúnmente se ha denominado tercer pilar)¹⁸⁶. Se consideraron de interés común¹⁸⁷, sin perjuicio del ámbito de competencias del pilar Comunitario de la CE, los siguientes ámbitos: la política de asilo; las normas por las que se rigen el cruce de personas por las fronteras exteriores de los Estados miembros y la práctica de controles sobre estas personas; la política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados acerca de las condiciones de acceso y circulación por el territorio de los Estados miembros de los nacionales de terceros Estados, las condiciones de estancia de los nacionales de terceros Estados en el territorio de los Estados miembros, incluidos el acceso al empleo y la reagrupación familiar, la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de terceros Estados en el

¹⁸⁴ C. Jiménez Piernas, “La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia a España”, *RDCE*, septiembre/diciembre 2002, pp. 857-894, p. 870.

¹⁸⁵ BOE núm 11, de 13 de enero de 1994.

¹⁸⁶ S. Garcia-Jourdan, *L'émergence d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice*, Bruselas, Bruylant, 2005, pp. 57-58.

¹⁸⁷ H. Labayle califica la denominación de estas áreas como de interés común una fórmula “vaga” con la que resulta muy difícil alcanzar los objetivos fijados por el TCE en el art. 2, *vid.* (“La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la CIG”, *Rev. trim. dr. eur.*, núm. 33, 1997, pp. 1-35, p. 3).

territorio de los Estados miembros; la lucha contra la toxicomanía...; la lucha contra el fraude a escala internacional...; la cooperación judicial en materia civil; la cooperación judicial en materia penal; la cooperación aduanera; la cooperación policial para la prevención y la lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y otras formas graves de delincuencia internacional..." (artículo K.1. del TUE)¹⁸⁸.

La razón por la que tales cuestiones se recogieron con carácter genérico en el tercer pilar, y sólo unas pocas, muy específicas (países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros y modelo uniforme de visado), en el primer pilar (art. 100C TCE) tiene que ver con los niveles de integración aceptables por los Estados y los consiguientes instrumentos jurídicos puestos al servicio de unos u otros objetivos¹⁸⁹. A diferencia del primer pilar donde las competencias normativas del Consejo se traducen fundamentalmente en reglamentos y directivas, con sometimiento al control del Parlamento Europeo y del TJCE, el tercer pilar limita las competencias del Consejo a la adopción de "posiciones comunes", "fomento de la cooperación para la consecución de los objetivos de la Unión", adopción de "acciones comunes", y celebración de convenios. Se trata de cooperación intergubernamental: todo el conjunto de cuestiones "de interés común" tenían un tratamiento internacionalista, separado de las normas del Derecho comunitario y de los principios de primacía y obligatoriedad. Consecuentemente, eran ajenas a los controles político y

¹⁸⁸ Vid. L. Garau Juaneda, "La política común de extranjería de la Comunidad Europea", *XVII Jornadas de la Asociación española de Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, Madrid, 1999, pp. 127-141, pp. 131-138.

¹⁸⁹ J. De Miguel Zaragoza y A. Blanco de Castro, "El Título VI del Tratado de la Unión: cooperación en asuntos de justicia e interior", *GJ-CE*, D-18, septiembre de 1992, pp. 173-223, p. 199.

jurisdiccional¹⁹⁰. La cooperación intergubernamental, según lo preceptuado en el art. K.3 TUE, consistía en informes y consultas mutuas en el seno del Consejo para coordinar su acción política y administrativa¹⁹¹. No consistía, por tanto, en delegar competencias, ni transferir soberanía, sino de procurar actuaciones convergentes. Se trataba de *soft law* y constreñía su ámbito a cuestiones puntuales, especialmente ligadas a la dimensión económica del fenómeno de la integración comunitaria, como el ejercicio de una actividad por cuenta ajena¹⁹², el ejercicio de una actividad profesional por cuenta propia¹⁹³, la realización de estudios¹⁹⁴, o la lucha contra los matrimonios fraudulentos¹⁹⁵.

Hasta el Tratado de Ámsterdam, por tanto, la política común de extranjería, iniciada con el Acuerdo de Schengen en 1985¹⁹⁶, se caracterizó

¹⁹⁰ R. McMahon, "Maastricht's third pillar: load-bearing or purely decorative?" , *Leg. Iss. Eur. Int.*, 1995, pp. 51-64, p. 51.

¹⁹¹ *Vid.* E. Vilariño Pintos, "La cooperación en los ámbitos de justicia e interior en el Tratado de la Unión Europea. Los aspectos básicos para su realización", *RIE*, núm. 1, 1994, pp. 61-83, p. 75.

¹⁹² Resolución del Consejo, de 20 de junio de 1994, sobre limitaciones de la admisión de los nacionales de países no comunitarios para trabajar en el territorio de los Estados miembros, DOCE C 274 de 19.9.1996.

¹⁹³ Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 1994, sobre limitación de la admisión de nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros para ejercer en ellos una actividad profesional por cuenta propia, DOCE C 274 de 19.9.1996.

¹⁹⁴ Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 1994, relativa a la admisión de nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros con el fin de realizar estudios, DOCE C 274 de 19.9.1996.

¹⁹⁵ Resolución del Consejo, de 4 de diciembre de 1997, DOCE C 382 de 16.12.1997.

¹⁹⁶ Para un estudio completo de los Acuerdos Schengen *vid.* V. Hrebly, *La libre circulation des personnes. Les accords de Schengen*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994.

por la dispersión de sus fuentes originarias, un errático Derecho derivado debido a las técnicas normativas utilizadas (reglamentos, convenios intergubernamentales...), y falta de publicidad de parte de ese Derecho¹⁹⁷. Ello ha sido consecuencia fundamentalmente de la escasa concreción de los Tratados fundacionales, y del elevado grado de sensibilidad política en esta materia, que ha redundado en una falta de consenso entre los Estados miembros¹⁹⁸. El Tratado de Ámsterdam, ha supuesto un importante cambio en el complejo marco jurídico en el que hasta ese momento se había desarrollado la política común de extranjería¹⁹⁹. Con él se ha superado la etapa anterior, basada en un modelo convencional e intergubernamental²⁰⁰. Se ha creado un nuevo Título IV relativo a "visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas" que comprende los artículos 61 a 69 TCE²⁰¹.

El alcance de la competencia es muy amplio. No consiste únicamente en establecer normas mínimas, sino en fijar en su integridad las condiciones de entrada y residencia (art. 63.3 a.), las medidas contra la inmigración y residencia ilegales (art. 63.3 b.) y la definición de los derechos y las condiciones para que los nacionales de terceros países que

¹⁹⁷ F. Garau Juaneda, "La política común de extranjería...", *loc. cit.*, p. 141; K. Hailbronner, "The Treaty of Amsterdam and Migration...", *loc. cit.*, p.10.

¹⁹⁸ I. Blázquez Rodríguez, "Hacia una política común de inmigración en la Unión Europea", *RPJ*, nº 66, 2002, pp. 107-142, p. 114.

¹⁹⁹ F. Garau Juaneda, "La política común de extranjería...", *loc. cit.*, p. 140. Algún autor lo ha calificado como un cambio "cualitativo", H. Bribosia, "Liberté, sécurité et justice: l'ombroglio d'un nouvel espace", *Rev. MU. eu.*, nº 1, 1998, pp. 27-54, p. 31.

²⁰⁰ No consiste, sin embargo, en una ruptura con la anterior etapa, sino en una evolución, que tiene su base en todas las acciones emprendidas hasta ese momento, *vid.* (H. Labayle, "La coopération européenne en matière...", *loc. cit.*, p. 28).

²⁰¹ Un análisis más detallado de estos preceptos *infra*, pp. 153-162.

residan legalmente en un Estado miembro puedan viajar (art. 62.3) o residir en otros Estados miembros (art. 63.4)²⁰². Es sorprendente que el término “extranjero” no se utilice en todo el Título IV, y las palabras inmigrante o inmigración aparezcan insertadas como medidas para salvaguardar el espacio de libertad, seguridad y justicia. La inmigración es percibida como un elemento que amenaza dicho espacio, y las modificaciones realizadas por el Tratado de Ámsterdam, manifiestan una clara voluntad de orientar la inmigración al ámbito de la seguridad²⁰³. La política de inmigración sigue teniendo un marcado tono de control de fronteras y de lucha contra la inmigración ilegal²⁰⁴. Así se refleja en las normas elaboradas desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam.

²⁰² P.J. Kuijper, “Some Legal Problems Associated with the Communitarization of Policy on Visas...”, *loc. cit.*, pp. 358-363. Para algunos autores el lenguaje del Tratado de Ámsterdam es “borroso, y recoge una lista de medidas que deben adoptarse pero sin situarlas en un contexto político bien definido”, *vid.* (F. J. Fonseca Morillo, “Política de inmigración y política comercial en el proyecto de Tratado estableciendo una Constitución para Europa: dos marcos jurídicos separados, un esfuerzo común”, *Globalización y comercio internacional. XX Jornadas de la AEPDIPr*, 2003, pp. 123-127, p. 124).

²⁰³ R. Zapata Barrero, “Fundamentalismo estatal de la Unión Europea en torno a la inmigración”, *RCIDOB*, n° 53, mayo/junio, 2001, disponible en www.cidob.org.

²⁰⁴ C. Blanco Fernández de Valderrama, “Avances para la creación de una política común de inmigración y asilo en la Unión Europea”, *La inmigración en la UE: situación y perspectivas para Euskadi*, País Vasco, Consejo Vasco del movimiento europeo, 2002, pp. 23-35, p. 35. Esta autora es de la opinión de que “el tema de la inmigración ha vuelto a ser incluido en el sombrío reino de la amenaza y del peligro, bajo las formas de la ilegalidad y la delincuencia, y, de momento, todos los esfuerzos van en la dirección de combatirlas”. En el mismo sentido se pronuncia P. Bendel, cuando afirma que “las políticas comunes europeas que se han realizado hasta ahora tienen a concentrarse excesivamente en el uso de instrumentos de control y restricción de la migración, en el combate contra la inmigración irregular y en la política de expulsión y repatriación”, (véase “Blindando la fortaleza europea? Intereses, valores y cambios jurídicos en la política migratoria de la Unión Europea”, *Migración y desarrollo*, 2005, pp. 54-65, p. 57).

2. Alcance competencial del Título IV en materia de Derecho de extranjería

Los instrumentos hasta ahora adoptados en materia de extranjería tienen su base jurídica los arts. 62 y 63 TCE²⁰⁵. Analizando cada uno de

²⁰⁵ Reglamento (CE) n° 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países (DOCE L 157 de 15.06.2002); Reglamento (CE) n° 1091/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la libre circulación con visado para estancias de larga duración (DOCE L 150 de 06.06.2001); Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (DOCE L 149 de 02.06.2001); Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular (DOCE L 328 05.12.2002); 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 (DOCE L 016 23.01.2004); Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea (DOCE L 321 06.12.2003); Reglamento (CE) n° 693/2003 del Consejo, de 14 de abril de 2003, por el que se establece un específico documento de tránsito facilitado (FTD), un documento de tránsito ferroviario facilitado (FRTD) y se modifican la Instrucción consular común y el Manual común (DOCE L 099 17.04.2003); Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (DOCE L 261 06.08.2004); Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (DOCE L 261 06.08.2004); Reglamento (CE) n° 377/2004 del Consejo, de 19 de febrero de 2004, sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración (DOCE L 064 02.03.2004); Reglamento (CE) n° 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DOCE L 081 21.03.2001); Reglamento (CE) n° 790/2001 del Consejo, de 24 de abril de 2001, por el que el Consejo se reserva competencias de ejecución en relación con determinadas normas de desarrollo y procedimientos prácticos para la realización de controles y vigilancia en las fronteras (DOCE L 116 26.04.2001); Reglamento (CE) n° 333/2002 del Consejo, de 18 de febrero de 2002, sobre un modelo uniforme de impreso para la colocación del visado expedido por los Estados miembros a titulares de un documento de viaje no reconocido por el Estado miembro que expide el impreso (DOCE L 053 23.02.2002); Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOCE L 251 de 3.10.2003). Reglamento (CE) 2133/2004 del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, sobre la obligación para las autoridades competentes de los Estados miembros, de proceder al sellado sistemático de los

ellos se observa que sólo se han podido elaborar reglamentos para regular cuestiones formales, como el modelo uniforme de permiso de residencia, la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visados, el modelo uniforme de impreso para la colocación del visado...etc. Estas son las únicas materias en las que ha sido posible unificar. Sin embargo, la fórmula de la directiva ha sido la utilizada para regular las cuestiones más controvertidas, aquellas en las que los Estados tenían una legislación interna más dispar; así, por ejemplo, el estatuto del residente de larga duración, el reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países o la reagrupación familiar. Las razones de que no se hayan podido unificar estas cuestiones mediante la elaboración de reglamentos son variadas. Por un lado, a pesar de que se ha logrado la comunitarización del Derecho de extranjería se trata de un ámbito profundamente arraigado en la soberanía estatal. La comunitarización del Derecho de extranjería ha sido calificada de “peculiar”, por las prerrogativas que conservan los Estados²⁰⁶. La política de inmigración que el Tratado de Ámsterdam prefigura convive con un importante margen de competencia nacional en estas materias, pues el art. 63.4 TCE reconoce que los Estados miembros “pueden mantener o introducir en los ámbitos de que se trate disposiciones nacionales”²⁰⁷.

documentos de viaje de los nacionales de terceros países en el momento de cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros y por el que se modifican a tal efecto las disposiciones del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen y el Manual común (DOCE L 369 de 16.12.2004); Directiva 562/2006/CE, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), (DOCE L 105, de 13 de abril de 2006).

²⁰⁶ N. Fernández Sola, “Distintas aproximaciones de la Unión Europea al fenómeno de la inmigración. Variedad tipológica de inmigrantes en la Unión Europea”, *Inmigración y Derechos*, Zaragoza, Mira Editores, 2001, pp. 125-143, p. 129.

²⁰⁷ K. Hailbronner, “The Treaty of Ámsterdam...”, *loc. cit.*, p. 12; En este sentido también se pronuncia J. C. Fernández Rozas, “Génesis y constitucionalización de la política migratoria en la UE”, *AEDIP*, t. V, 2005, pp. 223-251, p. 224.

Constituye un ámbito de competencia compartida, cuya parte principal la siguen detentando, por ahora, los Estados miembros²⁰⁸. En cierto sentido existe una contaminación del pilar comunitario por los métodos del pilar intergubernamental²⁰⁹. Por otro lado, el procedimiento de unanimidad exigido para la adopción de normas de extranjería requiere una aquiescencia de los Estados miembros que es prácticamente imposible de conseguir, salvo por lo que respecta a las cuestiones formales²¹⁰.

Actualmente, las dos vías principales de entrada en la Unión Europea de nacionales de terceros Estados que no son titulares del derecho de libre circulación de personas²¹¹ son la inmigración económica y el asilo. La distinción se realiza en función de los diferentes móviles que animan su decisión migratoria. Estos dos colectivos son destinatarios de opciones de política jurídica diferentes. La primera de estas políticas se basa de manera principal en planteamientos de carácter económico, mientras que la segunda se apoya sobre bases humanitarias²¹². El Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999 estableció que “las

²⁰⁸ C. Jiménez Piernas, “La comunitarización de las políticas...”, *loc. cit.*, p. 875.

²⁰⁹ J. Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo...*, *loc. cit.*, p. 65.

²¹⁰ El Tratado de Niza se limita a añadir un nuevo párrafo quinto al art. 67 TCE para extender el procedimiento de codecisión a determinadas materias. No se trata de extender este procedimiento a todo el Título IV, sino que la reforma afecta únicamente a las medidas en materia de asilo (art. 63.1 TCE) y las normas mínimas sobre protección temporal de personas desplazadas (art. 63.2 TCE).

²¹¹ Véase un análisis de los titulares del derecho de libre circulación de personas *infra*, pp. 162-183.

²¹² B. Gutiérrez-Solar Calvo, “La distinción de lógicas de las políticas de inmigración y asilo y las autorizaciones para trabajar”, *Derechos y libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Cantabria, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 809-818, p. 811.

cuestiones distintas pero estrechamente relacionadas, del asilo y la migración hacen necesario desarrollar una política común en la UE”. La interrelación entre el asilo y la inmigración ha crecido considerablemente durante los últimos años. Se ha considerado que una política común en materia de inmigración contribuiría a aliviar la presión existente sobre los sistemas de asilo de la Unión. A pesar de que, obviamente, inmigración y asilo son cuestiones diferentes, su destino —al menos en el marco europeo— queda fatalmente ligado²¹³.

A) Inmigración económica

La técnica de reglamentación utilizada por las instituciones comunitarias para desarrollar la política común de inmigración ha sido doble: se han utilizado reglamentos y directivas²¹⁴. Los reglamentos elaborados con base en el Título IV, han sido, sobre todo, en materia de visados²¹⁵. No obstante, los avances aportados por estos Reglamentos han sido bastante tímidos y se han limitado a aspectos muy puntuales. El primer aspecto sobre el que se legisló fue la determinación de los Estados a cuyos nacionales se les exige visado para entrar en el territorio de los

²¹³ J. Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad...*, *op. cit.*, p. 21.

²¹⁴ S. Peers, “Key Legislative Developments on Migration in the European Union”, *EJML*, núm. 6, 2004, pp. 67-91.

²¹⁵ Asimismo Reglamento (CE) n° 1091/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la libre circulación con visado para estancias de larga duración, que será expedido por cada Estado soberano, pero tendrá durante los tres primeros meses valor concomitante de visado para estancia de corta duración (DOCE n° L 150, de 6 de julio de 2001); el Reglamento (CE) n° 377/2004, de 19 de febrero de 2004, sobre la creación de una red de funcionarios de enlace (DOCE n° I 64, de 2 de marzo de 2004).

Estados miembros²¹⁶. Dicho visado se prevé para estancias de menos de noventa días, y constituye uno de los instrumentos más eficaces para evitar la entrada sin control de los inmigrantes, porque se fiscaliza rigurosamente la concesión de un visado de estancia a los nacionales de países sensibles a la inmigración laboral, incluidos cuidadosamente en el anexo del Reglamento 2317/95 y en sus sucesivas modificaciones²¹⁷. La de los visados es una cuestión estrechamente ligada con el control de las fronteras exteriores, y era imprescindible la existencia de una unificación en esta materia. La determinación de los Estados a cuyos nacionales se les exige visado es evidentemente un instrumento indirecto al servicio de la política exterior que pretenda desplegar la UE respecto de ese Estado. En el desarrollo de esta política exterior no se ha contado con el legítimo deseo de los Estados miembros de preservar los lazos de unión (política, cultural o estratégica), que cada uno de ellos mantenía antes de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam²¹⁸, y se ha impuesto a través de un

²¹⁶ El Reglamento 539/2001, de 15 de marzo de 2001, por el que se establece la lista de nacionales de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DOCE L 81, de 21 de marzo de 2001), modificado por el Reglamento 2414/2001, de 7 de diciembre de 2001 (DOCE L 327, de 12 de diciembre de 2001), por el Reglamento 453/2003 de 6 de marzo de 2003 (DOCE L 6, de 13 de marzo de 2003), por el Acta relativa a las condiciones de adhesión de los Estados que se incorporaron a la UE el 1 de mayo de 2004 (DOCE L 236, de 23 de septiembre de 2003) y por el Reglamento 851/2005 (DOCE L 141, de 4 de junio de 2005).

²¹⁷ Hay autores que no comparten la opinión de que el visado de corta duración sea uno de los instrumentos más eficaces para evitar la entrada sin control de inmigrantes. F. Crépeau y J. Y. Carlier, (“Intégration régionale et politique migratoire. Le modèle européen entre...”, *loc. cit.*, pp. 953-1019), afirman que su supresión conduciría a un derecho absoluto a viajar, y que esta movilidad llevaría a reducir la migración de instalación en beneficio de desplazamientos de estancias cortas.

²¹⁸ En España se han suspendido los acuerdos de supresión de visados con varios países iberoamericanos: Colombia, Perú, Cuba, República Dominicana y Ecuador, que han pasado a formar parte de la “lista negra”, y a los que por tanto se les exige visado. Es preciso asimismo recordar que los condicionamientos comunitarios no han afectado sólo a nuestras relaciones con Iberoamérica, sino también a los vínculos con los países de la cuenca mediterránea. Durante los años 50 y 60 España concluyó

Reglamento la lista de Estados cuyos nacionales necesitan visado para permanecer en el territorio de un Estado miembro por un período inferior de tres meses.

Otro aspecto sobre el que se ha legislado a través de la técnica normativa del reglamento es el establecimiento de un modelo uniforme de visado²¹⁹. En él únicamente se regulan las cuestiones relativas a la forma y características del visado: color del papel, especificidades de la etiqueta adhesiva, características de la fotografía que ha de adjuntarse... Junto con este modelo uniforme de visado, las instituciones comunitarias han unificado otros aspectos estrechamente vinculados, como el modelo uniforme de impreso para la colocación del visado expedido por los Estados miembros a titulares de un documento de viaje no reconocido por el Estado miembro que expide el impreso²²⁰. Estos dos Reglamentos han surgido para paliar los inconvenientes que suponen la diversidad de prácticas vigentes en cada ordenamiento y su dudosa seguridad frente a imitaciones y falsificaciones. El análisis de los reglamentos elaborados en base al Título IV pone de relieve que sólo se han conseguido unificar las cuestiones formales, las más técnicas, y además en un ámbito bastante reducido: la política de visados.

Las directivas elaboradas al amparo del art. 63 TCE son muy dispares. Algunas contienen una redacción extremadamente detallada que

acuerdos con Argelia, Marruecos, Túnez y Turquía sobre la supresión recíproca de visados. Como consecuencia de la ratificación por España de los Acuerdos Schengen, se denunciaron tales Acuerdos, pasándose a exigir el visado a los nacionales turcos y magrebíes.

²¹⁹ DOCE L 53, de 23 de febrero de 2002.

²²⁰ DOCE L 53, de 23 de febrero de 2002.

deja muy poco margen de actuación a los Estados miembros²²¹. Otras permiten una trasposición más diversificada, como la Directiva relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes²²². Esta Directiva establece un conjunto de reglas básicas que han de ser obligatoriamente traspuestas por todos los Estados, pero permite ampliar ese área²²³. Y otras no obligan prácticamente a nada, y tratan de armonizar las legislaciones de los Estados miembros “desde abajo”²²⁴. Es el caso de la Directiva 2003/86 sobre reagrupación familiar de los nacionales de terceros Estados, área elegida para formular la primera propuesta de desarrollo del nuevo campo de competencia comunitaria, de cara a establecer un completo régimen jurídico para la inmigración²²⁵. Esta Directiva, junto con la Directiva por la que se crea un estatuto de residente de larga duración, es el instrumento más importante elaborado al amparo de la nueva competencia comunitaria.

²²¹ Así, la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (DOCE L 149 de 02.06.2001).

²²² Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (DOCE L 261 06.08.2004).

²²³ Art. 3.3: “la presente Directiva se aplicará a los nacionales de terceros países que hayan alcanzado la mayoría de edad establecida por la legislación del Estado miembro de que se trate”. Art. 3.3.3: “no obstante lo que antecede, los Estados miembros podrán decidir aplicar la presente Directiva a los menores en las condiciones establecidas en su legislación nacional”.

²²⁴ G. Brinkmann, “The Immigration and Asylum Agenda”, *ELJ*, vol. 10, nº 2. marzo 2004, pp. 182-199, p. 189.

²²⁵ Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. DOCE L 251 de 3.10.2003.

Por lo que respecta a la Directiva 2003/109, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración²²⁶, la extensa utilización del condicional en los derechos previstos en el estatuto acredita la calificación de directiva de mínimos, en la que, tras un núcleo de derechos garantizados a los nacionales de terceros Estados, se expone una panoplia de derechos que pueden, o podrían ser, concedidos por las autoridades competentes de cada Estado miembro. De la misma forma, junto a los requisitos exigidos para obtener y beneficiarse de los derechos concedidos mediante este estatuto, aparecen una serie de potenciales exigencias complementarias que, en su caso, podrían ser requeridas por las autoridades competentes de los Estados miembros²²⁷. Estas características son propias de una norma comunitaria que intenta ser compatible con las legislaciones ya existentes de los Estados miembros, y cuya imperatividad es muy reducida.

La Directiva 2003/86 sobre reagrupación familiar es un hito importante en la construcción de una política común de inmigración, porque es la primera que trata la “integración” de los nacionales de terceros Estados en situación regular. Fue, además, el texto presentado en primer lugar como desarrollo de la nueva competencia comunitaria. La razón fundamental es que la entrada por motivos humanitarios era la única modalidad de acceso prevista de una manera u otra por todas las legislaciones de los Estados miembros y reconocida en virtud de acuerdos

²²⁶ Véase, *infra*, pp. 172-177.

²²⁷ A. Olesti Rayo, “El estatuto de los residentes de larga duración: comentario a la Directiva del Consejo 2003/109 de 25 de noviembre de 2003”, *RGDE*, núm. 4, 2004, disponible previa suscripción en www.iustel.com.

internacionales firmados por todos ellos²²⁸. Las instituciones comunitarias eran conscientes de que debía garantizarse, al menos, el derecho a la reagrupación familiar de los esposos y los hijos menores de edad, y esa fue la razón fundamental de que la reagrupación familiar fuese el ámbito escogido para elaborar la primera Directiva con base en el art. 63 TCE. Como ya se ha apuntado, en esta norma comunitaria hay muy pocos preceptos de obligado cumplimiento para los Estados. El texto de la Directiva que finalmente se aprobó dista mucho de la propuesta inicial de 1999²²⁹, que trataba de unificar la respuesta de los Estados ante el fenómeno de la reagrupación buscando evitar el símil al *forum shopping* que podría producirse por el diferente estatuto jurídico reconocido en los Estados miembros. Una regulación uniforme hubiera impedido que los nacionales de terceros Estados tuvieran la “tentación” de decidir la entrada en el territorio de la Unión por unos países en lugar de por otros, atendiendo al diferente nivel de protección establecido en la normativa interna. Tal posibilidad, no obstante, se ha demostrado inviable en el actual estado de cohesión entre los países que forman la Unión percibiéndose la necesidad de explorar cauces más discretos de colaboración.

La Directiva 2003/86, utiliza un método de armonización basado en la flexibilidad y en dos tipos de cláusulas: *stand still* y *rendez-vous*. La norma permite a los Estados un amplio margen de maniobra, y rara vez les impone algo. Todo esto hace que las diferencias en la regulación del derecho a la reagrupación familiar de un Estado miembro a otro puedan

²²⁸ A. Terrón i Cusí, “El debate sobre la inmigración en la Unión Europea. Marco general”, *RCIDOB*, nº 53, mayo/junio, 2001, disponible en www.cidob.org.

²²⁹ COM (1999) 638 final (DOCE C núm. 116, 26.4.2000).

ser abismales. Un Estado que haga uso de todas las posibilidades restrictivas que ofrece la Directiva arbitrará un reconocimiento mínimo del derecho a la reagrupación familiar. En cambio, si decide aplicar únicamente las condiciones más favorables, hará una transposición de la Directiva muy protectora del derecho. La flexibilidad puede dar lugar a que la armonización sea mínima²³⁰. Casi todo se deja en manos de los Estados miembros: reagrupación de los ascendientes, de los hijos mayores de edad, de la pareja de hecho, establecimiento de las condiciones necesarias para que puedan ser reagrupados (como por ejemplo que el reagrupante disponga de una vivienda adecuada), el periodo de residencia necesario para que el reagrupante pueda comenzar los trámites de la reagrupación, etc.

Un segundo método de armonización que en una primera propuesta utilizó la Directiva fue la cláusula *stand still*, aunque finalmente no se incluyó en su articulado²³¹. Este tipo de cláusula intenta impedir un nivel de protección decreciente en las regulaciones de los Estados miembros, y hace expresa la posibilidad de mantener en vigor estándares de protección más beneficiosos²³². En definitiva, su función es evitar que la entrada en vigor de la Directiva sea paradójicamente el origen de mayores divergencias en la regulación del derecho a la reagrupación

²³⁰ *Vid.* K. Junge, *Flexibility, Enhanced Cooperation and the Treaty of Amsterdam*, Londres, Kogan Page, 1999.

²³¹ Esta cláusula fue introducida en el texto de la Propuesta de Directiva a través de la enmienda 9ª del Parlamento Europeo, en el Dictamen sobre la Propuesta de Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar, de 6 de septiembre de 2000.

²³² P. Boles, (“Propuesta de Directiva sobre la reagrupación familiar y otras propuestas en el campo de la ley de inmigración”, *RCIDOB*, núm. 53, 2001, disponible en <http://www.cidob.org/castellano/publicaciones/Afers/53boeles.cfm>), pone de relieve, por ejemplo, la situación de los niños acogidos que no han sido adoptados, o la situación de las parejas de hecho que no está establecida de manera firme en la Directiva.

familiar de los Estados miembros. Sin embargo, la Comisión, en la Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar, consideró que una cláusula *stand still* sería incompatible con el objetivo de aproximación de las legislaciones nacionales y que varias de las disposiciones de la Directiva ofrecían ya un considerable grado de flexibilidad²³³. La justificación de la Comisión también podría estar en la necesidad de evitar flujos migratorios inducidos por esas diferencias en las legislaciones internas. Finalmente, la cláusula fue retirada. La consecuencia inmediata es que los Estados pueden hacer uso de todas las excepciones y facultades que les otorga la Directiva y pueden modificar sus legislaciones internas tanto como quieran, habida cuenta que los límites que establece la Directiva son muy amplios, y las divergencias en las legislaciones pueden llegar a ser abismales.

En tercer lugar, la Directiva incluye en su articulado una cláusula de *rendez-vous* o cláusula de “emplazamiento”²³⁴, una disposición que permite replantearse una decisión al cabo de un determinado lapso de tiempo²³⁵. Exactamente igual ocurre en la Directiva relativa al estatuto de los

²³³ De 10 de octubre de 2000, -COM (2000) 624 final, 1999/0258.

²³⁴ Término que utiliza E. López Barba, “El cónyuge en la nueva perspectiva jurídica del derecho a la reagrupación familiar”, *III Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, pp. 61-75.

²³⁵ Es frecuente, por ejemplo, en contextos como las negociaciones comerciales internacionales o los convenios salariales. Se ha invocado también como posible fórmula para acomodar los intereses nacionales contrapuestos en el debate sobre los mecanismos decisorios contemplados en el proyecto de Tratado Constitucional: “considers that the double majority rule improves decision making in an enlarged European Union, calls therefore on the IGC to reject the growing attempts to agree on a so called “rendez-vous” clause postponing the essential institutional reforms until 2009 or even later” (Resolución B5-0527/2003).

residentes de larga duración (art. 24)²³⁶. Se prevén futuros encuentros, el primero de ellos a más tardar pasados 2 años desde la fecha tope que marca la Directiva, para que los Estados miembros la traspongan a sus respectivas legislaciones internas. La finalidad es seguir avanzando en la búsqueda de la armonización, y con este objetivo la propia norma marca los puntos que han de ser revisados. La cláusula se encuentra en el art. 19, aunque no se señale expresamente. Según este artículo “periódicamente y a más tardar el 3 de octubre de 2007, la Comisión informará al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la presente Directiva en los Estados miembros, proponiendo en su caso las modificaciones necesarias. Estas propuestas de modificación se referirán prioritariamente a los artículos 3, 4, 7, 8 y 13”. Este precepto es bastante impreciso y no aclara si la protección de la vida familiar y el derecho a la reagrupación familiar será cada vez mayor, o por el contrario, cada vez más restrictiva; por ejemplo, si la posibilidad de los Estados miembros de exigir que se presenten las solicitudes de reagrupación de los hijos antes de que éstos cumplan 15 años (art. 4.6)²³⁷ se suprimirá, o por el contrario, al haber sido introducida por muchos Estados miembros en sus legislaciones, devendrá una regla general. Lo que se ignora, en definitiva,

²³⁶ 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 (DOCE L 016 23.01.2004).

²³⁷ El 22 de diciembre de 2003 el Parlamento Europeo interpuso un recurso contra el Consejo de la Unión Europea ante el TJCE, solicitando la anulación de los artículos 4.1 último párrafo, 4.6, y 8 de la Directiva de reagrupación Familiar. El Parlamento alega que “el recurso de anulación tiene por objeto defender, en el ordenamiento jurídico comunitario, los derechos fundamentales, en particular los de los hijos menores de edad”. En efecto, la Directiva, a la vez que establece reglas válidas para concretar el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de Estados terceros, contiene sin embargo un número de disposiciones inaceptables con respecto a los derechos fundamentales, especialmente el derecho a la vida familiar y del derecho a la no discriminación, cuyo respeto se exige en el ordenamiento jurídico de la UE por medio del art. 6 TUE. En la sentencia de 27 de junio de 2006, el TJCE ha resuelto desestimando el recurso (DOCE C 190 de 12 de agosto de 2006).

es si la revisión futura supondrá la permanencia de la diferencia de trato o si la homogeneización entre las legislaciones estatales se hará siguiendo el modelo mínimo o el máximo. Además, el art. 19 tampoco establece con qué frecuencia será informada la Comisión; sólo dispone que “periódicamente”. El Parlamento Europeo fijó un intervalo de cinco años en su informe de 24 de marzo de 2003²³⁸. Esta enmienda no fue aceptada al final por el Consejo²³⁹.

En una materia como la reagrupación familiar, que una directiva sea muy flexible es quizás el único modo de que pueda ser adoptada, porque hasta la entrada en vigor del Título IV del Tratado de Ámsterdam, la UE no tenía competencia para legislar en materia de inmigración y eran las legislaciones internas de cada Estado miembro las que regulaban todas estas cuestiones. Teniendo en cuenta las divergencias manifiestas entre los Estados miembros, se hacía imprescindible crear una Directiva “flexible”, con preceptos muy abiertos para que pudiera ser adoptada, y que respondiera a las particularidades de cada uno de los Estados miembros. Sin embargo, para contrarrestar esta flexibilidad era necesaria también la cláusula de *stand still*, con el objeto de evitar que los Estados modificaran sus legislaciones internas haciéndolas más restrictivas. Esta cláusula permite hacer más beneficiosa la regulación, dentro de los límites que establece al Directiva, pero nunca más restrictiva. En la utilización de esta norma de Derecho derivado, pues, subyace la clásica dialéctica entre la tendencia conservadora estatal respecto a determinadas parcelas que han

²³⁸ Informe sobre la Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el Derechos a la reagrupación familiar, Ponente C. Cerdeira Morterero, 24 de marzo de 2003, A5-0086/2003, enmienda 68.

²³⁹ También el Parlamento proponía que los Estados miembros comunicaran a la Comisión toda la información necesaria para elaborar dicho informe, pero esta sugerencia no se incluyó en la redacción final del art. 19.

pertenecido tradicionalmente a su soberanía y que, en consecuencia, quiere regular en exclusividad, y, por otra parte, la dinámica expansiva de la actuación a nivel comunitario²⁴⁰.

B) Asilo

La regulación del asilo dista mucho de una comunitarización completa. El Título IV se limita a recoger una serie de atribuciones competenciales a favor de la Comunidad (art. 63.1) en áreas muy concretas²⁴¹. El art. 63. 1 TCE dispone que deberán adoptarse medidas en le seno de la Comunidad Europea con arreglo a la Convención de Ginebra de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el estatuto de los refugiados. Las medidas relativas a los desplazados y refugiados se determinan en el art. 63.2 del TCE. Existe un sistema común de asilo como objetivo, cuya segunda fase será la creación de un procedimiento y de un estatuto uniformes para las personas a las que se les concede el asilo, que se basará en la aplicación plena y no excluyente de la Convención de Ginebra²⁴². Todas las normas dictadas hasta el momento, incluso los reglamentos promulgados, son de “carácter mínimo”²⁴³. De este modo el Consejo no será competente, por ejemplo, para dictar una

²⁴⁰ N. Arenas Hidalgo, *El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa comunitaria*, Huelva, Universidad de Huelva, 2005, p. 90.

²⁴¹ K. Hailbronner, “European Immigration and Asylum Law Under the Amsterdam...”, *loc. cit.*, pp. 1048-1049.

²⁴² M. Moya Escudero, “Artículo 1. Delimitación del ámbito”, *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 53-87, p. 72.

²⁴³ G. Brinkmann, “The Immigration and Asylum...”, *loc. cit.*, p. 193.

completa normativa comunitaria sobre el estatuto de refugiado, sino únicamente las normas mínimas para su concesión²⁴⁴.

El art. 63.1 establece un catálogo cerrado de actuaciones que conformarán la política comunitaria sobre asilo²⁴⁵. La primera de ellas es la adopción de medidas para determinar el Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo. Esta disposición ya ha sido desarrollada a través del Reglamento 2003/343, de 18 de febrero de 2003²⁴⁶. La conveniencia de adoptar un instrumento jurídico comunitario en este ámbito es innegable. Con ello se consiguen evitar los denominados “refugiados en órbita” (los que deambulan de un Estado a otro sin que ninguno examine su solicitud de asilo), y también los “refugiados múltiples” (que presentan su solicitud en varios países para incrementar la probabilidad de concesión)²⁴⁷. Con este Reglamento, un único Estado miembro resultará responsable exclusivo del examen de la solicitud.

En segundo lugar, el art. 63.1 señala que el Consejo deberá adoptar normas para el establecimiento de las condiciones mínimas comunes para

²⁴⁴ J. Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo...*, *op. cit.*, p. 212.

²⁴⁵ Para un estudio de las normas de derecho derivado en materia de asilo emanadas del Título IV, véase, P. A. Fernández Sánchez, *Derecho comunitario de la inmigración*, Atelier, Barcelona, 2006, en esp, pp. 51-131; AA.VV. *Guía sobre el Derecho de asilo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2005.

²⁴⁶ Reglamento 2003/343 del Consejo de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país (DOCE L 50, de 22 de febrero de 2003).

²⁴⁷ K. Kloth, “The Dublin Convention on Asylum: A General Presentation”, *The Dublin Convention on Asylum-Between Reality and Aspirations*, Maastricht, European Institute of Public Administration, 2001, pp. 7-16, p. 8.

la acogida de los solicitantes de asilo²⁴⁸. Como consecuencia de examinar la solicitud de asilo, existe una obligación derivada del Estado miembro que ha de tomar a su cargo al solicitante. No se ha conseguido elaborar un reglamento para regular esta cuestión, ya que las divergencias entre los Estados miembros son acusadas, pero por lo menos se ha logrado el establecimiento de unas medidas mínimas con respecto al alojamiento, asistencia médica, posibilidad de acceso al mercado de trabajo, etc.

En tercer lugar, se ha adoptado la Directiva 2004/83, de 29 de abril del 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesiten otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida²⁴⁹. El principal objetivo de esta Directiva es asegurar que los Estados miembros apliquen criterios comunes para la identificación de personas auténticamente necesitadas de protección internacional. El complemento natural de este precepto ha de ser un instrumento normativo que establezca las normas comunes para un procedimiento de asilo eficaz y justo²⁵⁰. La armonización de las normas procesales constituye la imprescindible contrapartida para lograr un sistema de reparto coherente

²⁴⁸ Cuestión que ya ha sido regulada en la Directiva 2003/9 de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros (DOCE L 31, de 6 de febrero de 2003).

²⁴⁹ Directiva 2004/83 del Consejo de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesiten otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida (DOCE L 304 de 30 de septiembre de 2004).

²⁵⁰ Directiva 2005/85 del Consejo de 1 de diciembre sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado (DOCE L 326, de 13 de diciembre de 2005).

de las demandas de asilo entre los Estados miembros²⁵¹. Es obvio que los diferentes niveles de protección en el proceso de examen de las demandas de asilo puede producir un riesgo de distorsión en el reparto de las solicitudes²⁵². Es el instrumento jurídico cuya elaboración ha resultado más compleja en el marco de las políticas de asilo porque intenta armonizar sistemas de actuación administrativa radicalmente diferentes²⁵³. La Directiva consagra el derecho del solicitante a ser informado, a tener intérprete, a que se le comuniquen por escrito las decisiones, y la posibilidad de establecer contacto con ACNUR.

Se tiende a hacer una distinción entre la regulación del asilo antes y después del Tratado de Ámsterdam. Esta divergencia no resulta solamente de la comunitarización de ciertas materias, sino que parece denotarse de una “sensibilidad” distinta²⁵⁴. En efecto, las normas que han desarrollado el art. 63.1 TCE muestran el gran interés de la UE por la armonización, aunque por ahora sólo se ha conseguido con los conceptos básicos. La preocupación de la Comunidad por el asilo antes del Tratado de Ámsterdam puede calificarse como meramente anecdótica²⁵⁵. En cualquier caso, en el marco comunitario se está formando un “sistema

²⁵¹ D. Bouteillet-Paquet, *L'Europe et le droit d'asile: la politique d'asile européenne et ses conséquences sur les pays d'Europe centrale*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 221.

²⁵² J. Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo...*, *op. cit.*, p. 243.

²⁵³ De esta misma opinión, G. Bodelón Alonso, “Derecho europeo. Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (art. 63.d 1) y Directiva 2005/85 del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado”, *Guía sobre el Derecho de asilo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2005, pp. 199-206, p. 199.

²⁵⁴ N. Arenas Hidalgo, *El sistema de protección temporal de desplazados en...*, *op. cit.*, p. 79.

²⁵⁵ P.A. Fernández Sánchez, *Derecho comunitario de la...*, *op. cit.*, p. 51.

europeo común de asilo” en materias que tradicionalmente habían pertenecido a la esfera de la competencia estatal y respecto de las cuales no parecía hace pocos años que cupiera más acercamiento que el de la cooperación intergubernamental²⁵⁶.

3. Inexistencia de un verdadero Derecho de extranjería en la UE

A pesar de la comunitarización del Derecho de extranjería, la transferencia de competencias desde los Estados miembros hacia las instituciones comunitarias no supone una desposesión completa por parte de aquéllos de poderes, sino una administración diferente de éstos²⁵⁷. Hoy por hoy sólo se puede hablar de un Derecho de extranjería comunitario en construcción²⁵⁸. Como se ha puesto de relieve, aunque ahora la UE tenga competencia para legislar en materia de Derecho de extranjería²⁵⁹, sólo en las cuestiones formales puede imponer su criterio a través de un reglamento. En las cuestiones más controvertidas, aquellas en las que los Estados tenían una legislación interna más dispar, ha tenido que optar por

²⁵⁶ N. Arenas Hidalgo, *El sistema de protección temporal de desplazados en...*, *op. cit.*, p. 79.

²⁵⁷ En este sentido, J. D. M. Steenbergen, (“All the King’s Horses...Probabilities and Possibilities for the Implementation of the New Title IV EC Treaty”, *EJML*, nº 1, 1999, pp. 29-60, p. 31) que afirma que la regulación que realiza el Tratado de Ámsterdam del Derecho de extranjería otorga una desproporcionada prioridad a los intereses de los Estados miembros.

²⁵⁸ A. Ceinos Suárez, “¿Existe una política de inmigración comunitaria?”, *Derechos y libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Cantabria, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 163-183, p. 182.

²⁵⁹ “Sin perjuicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en materia de mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior” (art. 64 TCE).

la utilización de la directiva²⁶⁰. La insuficiencia intrínseca de estas normas de carácter mínimo tiene que ser salvada por la colaboración de la normativa estatal, lo cual a su vez implica una diversidad jurídica en la transposición de la directiva entre los Estados miembros²⁶¹. Además, no se trata de directivas detalladas²⁶², *cuasi* reglamentos, sino que se ha optado por un método de armonización muy flexible, que deja un amplio margen de actuación. Esta ha sido la única forma de conseguir la unanimidad del Consejo, requisito exigido por el art. 67 TCE²⁶³. Hubiera sido deseable un avance más comprometido en la política migratoria de modo que se hubiera hecho más fácil la gestación de una política común y con una dependencia menor de la voluntad política de los Estados miembros²⁶⁴.

²⁶⁰ *Vid.* F. Caruso, “Considerazione generali su unificazione e uniformizzazione delle legislazione statali in diritto comunitario”, *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario*, Milan, Cedam, 2004, pp. 3-33, pp. 8-12. Se ha considerado que la directiva no aporta seguridad jurídica porque requiere transposición, y su grado de desarrollo es variable en función de cada legislador nacional por las diferencias nacidas de interpretaciones distintas del mismo texto de origen. *Vid.* P. A. de Miguel Asensio, “Integración europea y Derecho internacional privado”, *RDCE*, 1997, vol. 1, pp. 413-444, p. 418. Respecto a los problemas de transposición de las Directivas y los problemas de redacción en interpretación *vid.* el *Dictamen del Comité económico y social sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo* (COM, 2001 398 final; DOCE C-241 de 7 de octubre de 2002, punto 2.3).

²⁶¹ N. Arenas Hidalgo, *El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa...*, *op. cit.*, p. 93.

²⁶² Hay ocasiones en que la distinción entre reglamento y directiva puede ser desmitificada, ya que muchas veces cabe en la directiva una redacción de detalle que conlleve los contenidos propios de un reglamento. *Vid.* S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado...*, *loc. cit.*, p. 41. En expresión de C. Vallee, (“Comentario al arrêt Cohn-Bendit”, *RGDIP*, 1979, pp. 834-848), se trataría de directivas « disfrazadas ».

²⁶³ La exigencia de esta unanimidad vino impuesta por Alemania. Apoyándose en el elevado índice de inmigrantes y asilados que recibe anualmente, se mostró en todo momento inflexible en este punto, negándose incluso en un primer momento a aceptar que la toma de decisiones se hiciese por el procedimiento de codecisión pasados cinco años, *Vid.* P. Juárez Pérez, “De Maastricht a Ámsterdam: 5 años de ciudadanía” *GJ-CE*, B-129, diciembre de 1997, pp. 13-17, p. 15.

²⁶⁴ G. Simpson, “Asylum and Immigration in the European Union after the Treaty of Ámsterdam”, *EPL*, vol. 5, marzo 1999, pp. 91-124, p. 123.

Realmente no ha habido aún una armonización de la política de inmigración²⁶⁵. El tránsito hacia la comunitarización de la política de inmigración evidencia las dificultades de lograr un proceso de normación de carácter global y de contenido vinculante para los Estados miembros²⁶⁶. Las Directivas hasta ahora adoptadas han conseguido estándares mínimos, pero los Estados conservan aún un ámbito de actuación muy amplio²⁶⁷. Es cierto que se ha intentado avanzar en la elaboración de instrumentos jurídicos que lograsen una unificación²⁶⁸. Así, por ejemplo, se planteó un difícil reto: regular las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia²⁶⁹. Esta Propuesta pretendía regular un permiso de residencia tanto para el trabajador por cuenta ajena como para el cuenta propia, en su concesión

²⁶⁵ Incluso hay autores que hablan de una “resistencia a la comunitarización”, *vid.* (L. Scagliotti, “Le politiche comuni di asilo e immigrazione”, *Verso l’Europa dei diritti (Lo Spazio europeo di libertà sicurezza e giustizia)*, Il Mulino, 2005, pp. 59-101, p. 74). A. Del Valle Gálvez opina que la UE no ha adoptado aún una política de conjunto en materia de inmigración, (*vid.* “El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular”, *Inmigración irregular y Derecho*, Cádiz, Serie de estudios internacionales y europeos de Cádiz, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005, pp. 137-151, p. 144).

²⁶⁶ C. Fernández Rozas, “Génesis y constitucionalización de la política migratoria en...”, *loc. cit.*, p. 237.

²⁶⁷ G. Brinkmann, “The Immigration and Asylum...”, *loc. cit.*, p. 197.

²⁶⁸ En palabras de J.C. Fernández Rozas, “Génesis y constitucionalización de la política migratoria en...”, *loc. cit.*, p. 248, “por el momento el campo de actuación posee un marcado componente *ad extra* con una obsesión por la seguridad exterior y de control de los extranjeros y es muy limitado en la dimensión *ad intra*, en concreto con el establecimiento de criterios de igualdad, pluralismo cultural y de integración efectiva”.

²⁶⁹ Propuesta de Directiva del consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia COM (2201) 386.

inicial y en las sucesivas modificaciones. Finalmente esta Propuesta fue retirada por la Comisión²⁷⁰. No se ha conseguido legislar en este ámbito, entre otras cosas porque se consideraba que no se trataría de una aproximación de legislaciones, sino de la sustitución de las legislaciones nacionales por la normativa de la UE, que podría contradecir el principio de subsidiariedad. El objetivo fundamental de la Propuesta era la protección del mercado de trabajo de la UE. Se prestaba especial atención a las políticas de cuotas, los derechos de los trabajadores, el desempleo y se omitían las sanciones a la competencia de los Estados miembros²⁷¹.

La visible preeminencia de los Estados miembros en el proceso de creación de un Derecho de extranjería comunitario, se pone de manifiesto también en la denominada “política de readmisión”. En este aspecto la UE insta a los Estados miembros a cooperar más estrechamente con ciertos Estados terceros en orden a conseguir que los países de origen readmitan a los inmigrantes ilegales que traspasan la fronteras de la UE²⁷². El Consejo de Asuntos Generales adopta el 18 de noviembre de 2002 en Bruselas un documento sobre la “intensificación de la cooperación en lo que se refiere a la gestión de los flujos migratorios con terceros países”²⁷³. Esta cooperación se plasma en una serie de Acuerdos sobre readmisión de

²⁷⁰ DOCE C 64, de 17 de marzo de 2006.

²⁷¹ M. Moya Escudero, “Artículo 1. Delimitación del...”, *loc. cit.*, p. 67.

²⁷² *Vid.* M. Schieffer, “Community Readmission Agreements with Third Countries- Objectives, Substance and Current State of Negotiations”, *EJML*, núm. 5, 2003, pp. 343-357; D. Bouteillet-Paquet, “Passing the Buck: A Critical Analysis of the Readmission Policy Implemented by the European Union and its Member States”, *EJML*, núm. 5, 2003, pp. 359-377; A. Mrabet, “Readmission Agreements. The Case of Morocco”, *EJML*, núm. 5, 2003, pp. 379-385.

²⁷³ Sesión nº 2552 del Consejo.

residentes ilegales concluidos entre la CE y sus Estados miembros con los países terceros²⁷⁴.

En realidad, el proceso de comunitarización del Derecho de extranjería adolece de una gran confusión y complejidad jurídica, porque en el Título IV se mezcla la regulación del asilo y refugio, los visados, la inmigración y la extranjería propiamente dicha y queda además matizado por siete protocolos, diecisiete declaraciones anexas más cuatro declaraciones de Estados miembros de las que toma nota la Conferencia. A esto hay que añadir el hecho de que este Título IV sufre una contaminación intergubernamental a causa de la quiebra del monopolio de la iniciativa legislativa de la Comisión, y la relegación del papel del Parlamento Europeo a la simple consulta²⁷⁵.

No existe, en definitiva, un Derecho de extranjería en la UE, aunque sí existen un conjunto de normas de extranjería justificadas en el objetivo de instaurar un espacio de libertad, seguridad y justicia²⁷⁶. Las grandes líneas directrices de la política europea, y en general de las políticas nacionales, van dirigidas hacia la regulación de la inmigración legal y la lucha contra la inmigración ilegal. Sí es posible afirmar que hay una política común de extranjería, pero también es cierto que se deja un

²⁷⁴ *Ad exemplum*: Acuerdo entre la CE y la República de Albania sobre readmisión de residentes ilegales (DOCE L 124, de 17 de mayo de 2005); Decisión del Consejo de 3 de marzo de 2005 relativa a la celebración del Acuerdo entre la CE y la República Socialista Democrática de Sri Lanka sobre la readmisión de residentes ilegales (DOCE L, de 17 de mayo de 2005); Acuerdo entre la CE y el Gobierno de la Región Administrativa de Hong Kong de la República Popular China sobre readmisión de residentes ilegales (DOCE L 017, de 24 de enero de 2004).

²⁷⁵ C. Jiménez Piernas, “La comunitarización de las políticas de inmigración...”, *loc. cit.*, p. 874.

²⁷⁶ M. Moya Escudero, “Artículo 1. Delimitación del...”, *loc. cit.*, p. 63.

amplio margen de actuación a los Estados miembros. Se trata de una “comunitarización imperfecta”²⁷⁷, no sólo por el dominio casi absoluto de la técnica de la unanimidad, sino también por la Europa a dos velocidades, en la que británicos, irlandeses y daneses han optado por su desvinculación de todo aquello que suponga una progresión en estos ámbitos materiales²⁷⁸. Además, las competencias actuales de la UE en materia de Derecho de extranjería adolecen de un defecto de origen: la razón de su existencia es una necesidad vinculada a la fase económica del mercado interior, que determinó la existencia de un espacio sin fronteras interiores²⁷⁹.

A pesar de esto, el Tratado de Ámsterdam tiene la virtualidad de haber superado la resistencia de los Estados miembros de la UE a perder el poder de reglamentación en una materia profundamente ligada a su concepto de soberanía territorial e identidad nacional²⁸⁰. En Europa, las políticas nacionales son ya impensables en algunas áreas importantes sin tomar en cuenta el nivel comunitario²⁸¹. Se rompe, por ejemplo, con la arraigada concepción de que el régimen de entrada de extranjeros forma

²⁷⁷ I. Blázquez Rodríguez, *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001, p. 367.

²⁷⁸ N. Fernández Sola destaca que la peculiaridad de esta comunitarización está en “la presencia de elementos de intergubernamentalidad y en la limitación de los controles democrático y judicial”, (véase, “Distintas aproximaciones de la Unión Europea al fenómeno de la inmigración. Variedad...”, *loc. cit.*, p. 129).

²⁷⁹ A. del Valle Gálvez, “Extranjería y Tratado constitucional para Europa”, *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Prof. Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Sevilla y Málaga, 2005, pp. 1349-1356, p. 1350.

²⁸⁰ J. Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea...*, *loc. cit.*, p. 269.

²⁸¹ P. Bendel, “Blindando la fortaleza europea? Intereses, valores y cambios jurídicos en la política migratoria...”, *loc. cit.*, p. 55.

parte de una competencia exclusiva de los Estados. El Título IV consagra la idea de que, por el contrario, se trata de cuestiones íntimamente ligadas a la libre circulación de personas, y por tanto, sometidas al régimen comunitario.

CAPÍTULO II

EL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS POR EL TERRITORIO DE LA UE

I. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

1. Regulación de la libre circulación de personas hasta el Tratado de Ámsterdam

De las cuatro libertades fundamentales recogidas en el Tratado fundacional de la Comunidad Europea, la libre circulación de personas es la que mejor evidencia, por sus repercusiones sobre los individuos, la plural vocación económica, social y política del proceso de integración europea. Por esta razón, con independencia de que la inclusión de un principio de libre circulación de personas en el art. 3.c) del Tratado respondiera inicialmente a objetivos de carácter económico, pronto se puso de manifiesto que este principio estaba llamado a desempeñar un papel mucho más significativo. Ello se ha confirmado al distinguirse aquél

principio a lo largo de todo el proceso de integración, por su función dinamizadora del avance en la construcción europea²⁸².

El ideal de la libre circulación de las personas físicas y de la supresión de controles en las fronteras entre los Estados miembros ha trascendido su configuración originaria de objetivo económico comunitario para convertirse en un elemento político capital del proyecto de la integración europea, progresivamente vinculado con mayor fuerza a aspectos relativos a la ciudadanía y los derechos humanos en el "espacio público común europeo". Particularmente, desde mediados de los años ochenta, este objetivo de la libre circulación ha tenido en sus diversas facetas de aplicación práctica una proyección muy diversificada y desarticulada legal, política e institucionalmente.

Trascendiendo el restrictivo objetivo comunitario de la libre circulación económica de trabajadores y personas, existen actualmente, otras disposiciones, junto a la genérica regulación comunitaria sobre el establecimiento del mercado interior como un "espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada" (art. 14 TCE). Así en el TCE se regulan elementos relativos a la cooperación intergubernamental, que durante algún tiempo fue desarrollada *de facto* en el marco de la Cooperación Política Europea (CPE); también se incluye en el TCE el acervo Schengen, que en sus orígenes constituyó un ensayo de Derecho internacional público que, en paralelo y complementariamente al Derecho comunitario, pretendía precisamente este objetivo de la libre circulación de personas (los Convenios de Schengen); por último se incluyen en el Tratado de Ámsterdam determinados aspectos vinculados en el TUE al

²⁸² M. I. Lirola Delgado, *Libre circulación de personas y UE*, Madrid, Civitas, 1994, p. 25.

tercer pilar (Cooperación en los Ámbitos de Justicia y Asuntos de Interior-CAJI)²⁸³.

Estos ámbitos, de confusa implicación de competencias estatales y comunitarias, se encontraban conexos por una imperiosa necesidad política y funcional de cooperación entre los Estados miembros, y entre éstos y la UE, al objeto de suprimir los controles fronterizos de personas y de prever sus consecuencias directas e indirectas a todos los niveles (cruce de fronteras interiores, exteriores, entrada y residencia de nacionales comunitarios y de terceros países, asilo, inmigración, lucha contra la delincuencia internacional, cooperación judicial, aduanera, policial y penal, etc). Esta necesidad, que no se había visto acompañada de una adecuada ordenación y eficiente regulación práctica en el Derecho originario, se había agudizado particularmente con la entrada en vigor del Acta Única Europea (AUE) y del TUE, y de sus disposiciones sobre la libre circulación de personas y de ciudadanos en el mercado interior y la consecuente supresión virtual de las fronteras a estos efectos. Precisamente, una de las principales aportaciones del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997²⁸⁴ (levemente retocado por el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001)²⁸⁵, ha sido la de transformar de forma cualitativa el marco y la regulación jurídica de esta serie de ámbitos que recogen las implicaciones diversificadas de un mismo fenómeno,

²⁸³ Vid. A. Mangas Martín y D. Liñan Noguera, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 1999, McGraw-Hill, Madrid, pp. 698-700; P.J.G. Kapteyn and P. Verloren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities. From Maastricht to Amsterdam*, Kluwer Law International, 1998; Y. Lejeune, *Le traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Bruselas, Bruylant, 1998.

²⁸⁴ Que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, DOCE C n° 340, de 10 de noviembre de 1997.

²⁸⁵ DOCE C de 10 de marzo de 2001.

agrupándolos bajo el TUE y el TCE y recomponiéndolos en unos objetivos comunes²⁸⁶.

En el período comprendido entre el AUE (1986) y el Tratado de Ámsterdam (1997), el objetivo de la libre circulación y de sus importantes consecuencias de todo orden se reguló en diversos planos institucionales, aunque sin un tratamiento global y centralizado por la UE. En este período, en efecto, se configuran varios planos —no necesariamente complementarios— de regulación jurídica de la libre circulación de personas y de sus consecuencias en el territorio europeo. En el momento de la aprobación del Tratado de Ámsterdam, las sedes reguladoras eran básicamente: el ámbito comunitario, el Convenio y Acuerdo de aplicación Schengen y el tercer pilar de la Unión²⁸⁷.

A partir del Tratado de Ámsterdam, el régimen previsto con el objetivo de mantener y desarrollar el indicado espacio de libertad, seguridad y justicia quedó edificado sobre estas bases: a) creación de un nuevo Título IV que regula la acción comunitaria en gran parte de los ámbitos de justicia y de los asuntos de interior, que son los sustraídos al ámbito del Título VI del TUE; b) mantenimiento del Título VI que se limita a recoger las “Disposiciones sobre cooperación policial y judicial en asuntos penales”; c) incorporación por medio de un Protocolo especial del “acervo Schengen” dentro del marco de la UE. El Tratado de Niza sólo introduce reformas de carácter procedimental²⁸⁸, por lo que debe

²⁸⁶ *Vid.* A. del Valle Gálvez, "La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia", *RDCE*, núm 3, 1998, pp. 41-79.

²⁸⁷ J. D. M. Steenbergen, "All the King's Horses... Probabilities and Possibilities for the Implementation of the New...", *loc. cit.*, p. 32.

considerarse consolidado el contenido sustantivo establecido en Ámsterdam²⁸⁹.

A) Libre circulación de personas desde una perspectiva económica

En el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 (TCEE), los Estados miembros se fijaron como objetivo principal "el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros" (art. 2 TCEE). El modelo de integración económica, correspondiente al establecimiento de un mercado común que recoge el TCEE suponía la integración de las mercancías mediante la liberalización del comercio entre los Estados miembros. Para lograr este objetivo era imprescindible también la integración de los demás factores de producción, a través de la supresión de los obstáculos a su libre circulación. El sentido inicial de la inclusión de la libre circulación de personas en el TCEE era poner el factor de producción "trabajo" al servicio de la integración económica, y evitar la distorsión de la

²⁸⁸ Mediante la inclusión del párrafo 5 en el art. 67 TCE el Tratado de Niza amplía el ámbito de la toma de decisiones comunitarias por mayoría cualificada y por procedimiento de codecisión a las siguientes materias del Título IV: cooperación judicial en materia civil (art. 65 TCE), salvo Derecho de familia; normas y procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para la realización de controles sobre las personas en las fronteras exteriores (art. 62.2.a); medidas que establezcan las condiciones en las que los nacionales de terceros países puedan viajar libremente en el territorio de los Estados miembros durante un periodo no superior a los tres meses (art. 62.3); medidas en materia de asilo (art. 63.1); normas mínimas de protección temporal a personas desplazadas (art. 63.2); inmigración y residencia ilegales (art. 63.3).

²⁸⁹ Por su parte, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (DOCE C 310, de 16 de diciembre de 2004), aunque no ha llegado a consolidarse, ponía fin a la estructura en tres pilares, lo que consagraba la personalidad jurídica de la UE. El tercer pilar (la cooperación en materia penal), pasaba a ser regido por el método comunitario. El reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales se convertía en el principio básico de esta cooperación. Pero se mantenían las novedades que introdujo Ámsterdam con respecto al espacio de libertad, seguridad y justicia.

competencia en un mercado abierto, sin barreras protectoras intracomunitarias. Esta visión económica de la libre circulación de personas vendría a reflejarse en la sistemática utilizada en el Tratado que la desarrolla junto con las demás libertades del mercado común: la libre circulación de mercancías, servicios y capitales²⁹⁰. El conjunto de estas tres libertades económicas hacían posible que cualquier persona física, nacional de un Estado miembro, pudiera establecerse, trabajar, ofrecer o recibir servicios en otro Estado miembro, en condiciones análogas a las que se aplicaban a los nacionales. La libre circulación de las personas ha tenido, desde sus orígenes, un carácter esencialmente instrumental, y ha ido siempre conectada con el ejercicio de una actividad económica²⁹¹. Esta conexión económica no sólo se hacía patente en el Derecho originario, sino también en el derivado, que seguía la misma técnica del Tratado, desarrollando la libre circulación a partir de categorías de personas contempladas en su calidad de agentes económicos²⁹².

La determinación del contenido específico de la libertad de circulación de personas no se recogía en el TCEE. Era un derecho de estructura abierta, que fue incorporando otros derechos por conexión. La libre circulación de personas aparecía básicamente ligada al ejercicio de cada una de las libertades económicas recogidas en el Título III (artículos 48, 56 y 59 TCEE): libre circulación de trabajadores, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. El TJCE consideró éstas

²⁹⁰ M. I. Lirola Delgado, *Libre circulación de personas...*, *loc.cit.*, p. 35.

²⁹¹ Se pondrá de relieve en este capítulo cómo actualmente puede hablarse de la libre circulación de personas no sólo como derecho económico, sino también político, véase *infra*, pp. 183-121.

²⁹² M.I. Lirola Delgado, *Libre circulación de personas...*, *loc. cit.*, pp. 34-35.

libertades como aspectos particulares de un sistema uniforme²⁹³. En este sentido, precisó que los supuestos contenidos en los arts. 48, 56 y 59 TCEE, pese a aparecer sistemáticamente en capítulos distintos, tenían — en la medida en que desarrollaban un principio fundamental del Tratado consagrado en el art. 3.c)²⁹⁴— un núcleo común de contenido formado por unos mismos principios, tanto en lo que concierne a la entrada y residencia en el territorio de los Estados miembros de las personas sometidas al Derecho Comunitario, como a la prohibición de toda discriminación ejercida sobre estas personas en razón de la nacionalidad²⁹⁵.

El contenido de la libertad de circulación de las personas que resultaba del TCEE abarcaba dos ámbitos bien determinados. Por una parte, esta libertad se identificaba con un conjunto de derechos a la movilidad física o territorial, ya que, aunque la libertad física de desplazamiento y residencia sólo aparecía mencionada en el art. 48 TCEE, cualquiera de las tres libertades económicas implicaba “un conjunto de derechos de movimiento físico; una libertad de circulación en el sentido más riguroso del término que aparece como sustrato común a las tres libertades comunitarias”²⁹⁶. Por otra parte, el concepto de libertad de

²⁹³ En este sentido se pronunció también parte de la doctrina, *ad exemplum* L. Millan Moro, “Algunas limitaciones a la libre circulación de personas en el Tratado CEE”, *GJ-CE*, 1988, D-9, pp. 135-188, p. 382.

²⁹⁴ El art. 3 c) TCEE establecía que “la acción de la Comunidad llevará consigo, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales”.

²⁹⁵ En este sentido se manifestó por primera vez el Tribunal en la STJCE de 7 de julio de 1976, as. 118/75, *Watson/Belmann*; STJCE de 7 de julio de 1992, as. 370/90, *Surinder Singh*.

²⁹⁶ I. Borrajo Iniesta, “Las libertades de establecimiento y de servicio en el Tratado de

circulación de las personas contenía un mandato de prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, que, formulado de manera positiva, se traducía en una equiparación legal del extranjero comunitario con el nacional, en aplicación del principio general de igualdad de trato del art. 7 TCEE, principio que los artículos 48, 52 y 59 desarrollaban y concretaban.

El art. 3 c) TCEE establecía que "la acción de la Comunidad llevará consigo, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado, la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales". El objetivo de este precepto era un proyecto a largo plazo, porque no estaba limitado a los nacionales de los Estados miembros, quedando potencialmente abierto a la discrecionalidad de apreciación de la Comunidad según su dinámica histórica. No obstante, el Derecho derivado, al ir desarrollando la definición abierta de libertad de circulación de las personas, fue erosionando poco a poco la resistencia inicial de los Estados a incluir a los nacionales de terceros Estados bajo el paraguas comunitario²⁹⁷. Así, en el ámbito de la libertad de circulación de trabajadores, el Reglamento 1612/68²⁹⁸, aún partiendo de la reserva de libertad de circulación a los trabajadores comunitarios (art. 1), reconoció el derecho al reagrupamiento familiar con independencia de la nacionalidad comunitaria o no de los miembros de la familia del

Roma", *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho Español*, tomo II, Madrid, 1986, pp. 149-260.

²⁹⁷ J. M. Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y...*, *loc. cit.*, p. 34.

²⁹⁸ Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, JOCE L 257 de 19.10.1968.

trabajador comunitario. Al respecto consideraba como tales, no sólo la familia nuclear (cónyuge y descendientes del trabajador y de su cónyuge), sino también a los ascendientes respectivos (art. 10)²⁹⁹. Además, este derecho era escoltado por el correlativo derecho del acceso al trabajo o el derecho a la educación de esos familiares reagrupados, así como por el no menos lógico derecho de asistencia y recepción de prestaciones sociales, recogido en un Reglamento posterior³⁰⁰. El derecho a la reagrupación familiar conllevaba, pues, una indefectible extensión de la libertad de circulación a estos ciudadanos extranjeros no comunitarios, aunque estableciendo desde los orígenes una diferenciación entre el reagrupamiento familiar de los trabajadores comunitarios y el de los no comunitarios (cuyas relaciones serían fijadas por el Derecho nacional)³⁰¹. Además, el art. 59.2 TCEE otorgaba al Consejo la posibilidad de extender el derecho a la libre prestación de servicios a los nacionales de terceros Estados que estuvieran establecidos dentro de la Comunidad. Sin embargo, el margen de discreción legislativo dejado por la definición abierta y por esta posibilidad de extensión de la libertad de prestación de servicios fue siempre utilizado por los Estados de manera restrictiva, y nunca se hizo uso de la posibilidad prevista en el citado art. 59.2 TCE³⁰².

²⁹⁹ Para el análisis más detenido de las razones por las cuales se introdujo el derecho a la reagrupación familiar en la legislación comunitaria *vid.* G. Barrett, “Family Matters: European Community Law and Third-Country Family Members”, *CMLR*, núm. 40, 2003, pp. 369-421, p. 376.

³⁰⁰ Reglamento 1408/71 de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social de los trabajadores y sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, JOCE L 149 de 5 de julio de 1971.

³⁰¹ J. M. Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo en la...*, *loc. cit.*, pp. 34-35.

³⁰² Propuesta de Directiva del Consejo por la que se extiende la libre prestación de servicios transfronterizos a los nacionales de un tercer Estado establecidos dentro de la Comunidad, COM (1999) 3 final de 27 de enero de 1999, DOCE C 67 de 10.3.1999, p. 12.

En ese momento se puede diferenciar, por tanto, entre beneficiarios directos y beneficiarios indirectos de la libre circulación de personas. Los primeros serían los nacionales de un Estado miembro que desempeñan una actividad económica. Los segundos serían los miembros de la familia del trabajador comunitario o los nacionales de Estados terceros con los que la Comunidad hubiese concluido acuerdos de cooperación³⁰³.

En términos prácticos, ha de afirmarse que en esta época, para aproximarse al estatus del nacional de un tercer Estado, era necesario atender casi de modo exclusivo a las políticas migratorias de cada uno de los Estados miembros, complementadas éstas por los acuerdos de reclutamiento y cooperación, que los distintos Estados miembros realizaban con terceros Estados, como resultado de la amplia libertad que mantenían las administraciones estatales para el tratamiento de la extranjería comunitaria. Todo ello estaba modulado por los acuerdos de cooperación y

³⁰³ En esta época es posible destacar: el Acuerdo de Asociación con Turquía, de 12 de septiembre de 1963 y su Protocolo Adicional de 23 de noviembre de 1970 (JOCE L n° 217, de 29 de diciembre de 1964 y JOCE L n° 293, de 29 de diciembre de 1973); Acuerdo de Cooperación con Marruecos de 27 de abril de 1976 (JOCE L n° 264 de 27 de septiembre de 1978); Acuerdo de Asociación con Argelia (JOCE L n° 263, de 27 de septiembre de 1978); Acuerdo de Asociación con la República tunecina (JOCE L n° 265, de 27 de septiembre de 1978). También existían Acuerdos concluidos por los Estados comunitarios con Estados terceros. Pueden mencionarse los siguientes: a) Francia: El Convenio hispano-francés de 1961, sobre trabajadores permanentes; el Convenio franco-marroquí de 1963; el Convenio franco-argelino relativo a la circulación, al empleo y a la estancia en Francia de ciudadanos argelinos y sus familias, firmado en 1968; el Acuerdo franco-portugués relativo a la inmigración, a la situación y a la promoción social de los trabajadores portugueses y de sus familias en Francia, de 1977; el Protocolo franco-malí relativo al empleo y a la estancia de los trabajadores asalariados y de sus familias, de 1977; b) República Federal de Alemania: Acuerdo hispano-alemán federal de 29 de marzo de 1960, sobre migración, contratación y colocación de trabajadores españoles; Convenio con Marruecos firmado den mayo de 1963; Convenio con Túnez firmado en octubre de 1965; Acuerdo con Turquía de 15 de junio de 1971, sobre formación técnica y profesional de los trabajadores turcos. c) Benelux: Acuerdo hispano-belga de 28 de noviembre de 1956 de emigración; acuerdo hispano-holandés de 8 de abril de 1961, sobre migración, contratación y colocación de trabajadores españoles.

de asociación que fue concluyendo la Comunidad Europea en virtud del art. 238 TCEE con determinados Estados terceros, y que dieron lugar a que nacionales no comunitarios gozaran en el seno de la UE de un estatus diverso al instituido en el régimen general. Por tanto, y a la luz de todos estos datos, es factible señalar en esta etapa una cierta ambigüedad con relación al tratamiento de los nacionales de terceros Estados, pues ni se excluyen ni se incluyen totalmente de su campo de aplicación³⁰⁴.

B) Del mercado común al mercado interior.

En el avance del proceso de integración europea, el principio de libre circulación de personas experimentó un aumento de su contenido debido tanto a la propia dinámica de la integración económica como al desarrollo de la dimensión política de este proceso. Esta ampliación se desarrolló lentamente, en un proceso plagado de dificultades y, en ocasiones, de contradicciones. El inicio se sitúa en la interpretación extensiva de los supuestos que podían incluirse dentro del marco de las libertades económicas, realizada por el Tribunal de Justicia en un primer momento, y por el legislador comunitario después³⁰⁵.

Aunque el art. 8. a) TCEE incorporara directamente la libre circulación de las personas a la consecución del mercado interior³⁰⁶, el proceso de afianzamiento de la libre circulación de los inactivos vino a

³⁰⁴ I. Blázquez Rodríguez, *Los nacionales de terceros países en la Unión...*, *loc. cit.*, p. 63.

³⁰⁵ M. I. Lirola Delgado, *Libre circulación de personas...*, *loc. cit.*, p. 61.

³⁰⁶ Art. 8 A TCEE: “Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”.

remolque de la solución jurisprudencial. El TJCE amplió la libre circulación de personas a los turistas y a los estudiantes, que no eran agentes económicos, utilizando diferentes argumentos³⁰⁷. Por lo que respecta a los turistas, las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios sólo contemplaban de manera expresa la posibilidad del desplazamiento temporal del prestador del servicio al Estado donde la prestación fuese a realizarse, pero no la del destinatario de dicho servicio (art. 60.2 TCEE). Frente a la indeterminación del Tratado, el legislador comunitario incorporó el derecho de entrada y estancia del destinatario del servicio en la Directiva 64/221³⁰⁸, aunque en este primer período de la integración tales derechos se entendieron de manera muy restrictiva. Sería la Directiva 73/148³⁰⁹ la que confirmaría de manera específica la libertad de circulación de los destinatarios de servicios, estableciendo de manera general los derechos de entrada y estancia de los nacionales de los Estados miembros que se desplazan a otro Estado en calidad de destinatarios de una prestación de servicios. En cuanto a los estudiantes, sus derechos de entrada y residencia no se podían reconocer sobre la base de las disposiciones relativas a los destinatarios de servicios, como en el caso anterior, ya que en el supuesto

³⁰⁷ *Vid.* STJCE de 7 de julio de 1976, as. 118/75, *Watson y Belman*; STJCE de 3 de enero de 1984, as. 286/82 y 26/83, *Luisi y Carbone*. En este pronunciamiento el Tribunal afirma que “la libre prestación de servicios incluye la libertad del destinatario de los servicios de trasladarse hasta otro Estado miembro para beneficiarse de un servicio sin ser molestado por restricciones” (FJ 16).

³⁰⁸ Directiva 64/221, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, JOCE L n° 56, de 4 de abril de 1964.

³⁰⁹ Directiva 73/148, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y prestación de servicios, JOCE L n° 172, de 28 de junio de 1973.

de los cursos impartidos en el marco de un sistema nacional de educación no puede hablarse de la existencia de remuneración, en la medida en que el Estado no pretende implicarse en actividades lucrativas. Esta cuestión la resolvió el Tribunal aplicando el principio de igualdad de trato del art. 7 TCEE, en relación a la ejecución de una política de formación profesional del art. 128 TCEE. En virtud de esta formulación podría considerarse que se reconocía implícitamente un derecho de entrada y residencia de los estudiantes, necesario corolario para hacer efectivo el acceso al centro de enseñanza³¹⁰. En el acceso a la formación profesional el derecho de igualdad de trato no solamente contemplaba las exigencias impuestas por el centro de enseñanza, como los gastos de inscripción, sino toda medida susceptible de impedir el ejercicio de este derecho, entre las que se incluye el derecho de residencia durante el periodo de formación. Así resolvió el Tribunal los problemas que se iban planteando, intentando casar dos lógicas por naturaleza antitéticas: aplicar por un lado las categorías tradicionalmente previstas por los Tratados, y satisfacer, por otro, las lógicas pretensiones de la sociedad europea.

La noción de *mercado interior*³¹¹ como “espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de personas está asegurada”, incorporada por el art. 7³¹² del AUE³¹³ ofreció un apoyo tanto conceptual

³¹⁰ STJCE del 2^a de febrero de 1992, as. C-357/89, *Raulin*. Vid. comentario de este pronunciamiento en C. Pellisé Urquiza, *RJC*, 1993, pp. 1128-1131; D. O’Keefe, *CMLR*, pp. 1215-1228.

³¹¹ Hay autores que consideran que no nos hallamos ante ningún concepto nuevo, ni desde una perspectiva económica ni jurídica, en este sentido *vid.* J. M. Beneyto, *Europa 1992. El Acta Única Europea: mercado interior y cooperación política europea*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 49-50. Otros opinan que el empleo intencionado del adjetivo “interior” en lugar de “común”, sí está cargado de una fuerza política considerable, así P. Jiménez de Parga Maseda, *El derecho de libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria*, Madrid, 1994, p. 46.

³¹² El número original de este precepto era el art. 8 A del TCEE. Tras la firma del

como jurídico que permitió superar la visión económica que condicionaba la comprensión del principio de libre circulación de personas en la Comunidad³¹⁴. También logró desbloquear la ampliación del ámbito de aplicación de dicho principio a supuestos que no se apoyaban en el marco de las libertades económicas, mediante el reconocimiento del llamado derecho de residencia de las personas no activas económicamente, incorporado por las Directivas 90/364³¹⁵, 90/365³¹⁶ y 93/96³¹⁷, relativas al derecho de residencia, el derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional y derecho de residencia de los estudiantes, respectivamente³¹⁸. Mediante éstas Directivas se extendió a los nacionales comunitarios la

Tratado de la Unión Europea dicho precepto pasó a ser el art. 7 A. En la actualidad, dicha disposición es el art. 14 TCE.

³¹³ De 27 de enero de 1986, que entró en vigor el 1 de julio de 1987, tras su publicación en el DOCE L n° 169, de 19 de junio de 1987.

³¹⁴ Bajo el mercado común la libre circulación de personas quedó limitada por el propio sistema del Tratado a la libre circulación de las personas económicamente activas. Con la nueva terminología (mercado interior), se proclama un espacio sin fronteras interiores del que se extraer una importante consecuencia: las personas, y no sólo los agentes económicos, quedan vinculadas por la realización de este proyecto común, *vid.* P. Jiménez de Parga Maseda, *El derecho de libre circulación...*, *loc. cit.*, p. 47.

³¹⁵ De 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, DOCE L n° 180 de 13 de julio de 1990.

³¹⁶ De 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, DOCE L n° 180, de 13 de julio de 1990.

³¹⁷ De 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, DOCE L n° 317, de 18 de diciembre de 1993.

³¹⁸ Es significativo observar que las tres Directivas fueron aprobadas antes que el TUE introdujera el concepto de ciudadanía de la Unión, el cual posibilita a todo nacional de un Estado miembro residir libremente en el territorio de los Estados miembros de la UE, aunque sometido a las limitaciones establecidas por el derecho derivado.

posibilidad de trasladarse y residir en otro Estado miembro³¹⁹. En calidad de beneficiarios indirectos, tales Directivas reconocían igualmente el derecho a establecerse en el nuevo país de residencia a los familiares de aquéllos. Pero las Directivas contemplaban el concepto de familia con distinta extensión, según la diferente situación sociológica de los titulares del derecho de residencia³²⁰. En este sentido, la Directiva relativa al derecho de residencia de los estudiantes recogía una noción restrictiva de familia que sólo incluía al cónyuge y los hijos a su cargo³²¹. La razón del legislador comunitario de prescindir de los ascendientes del estudiante, resultaba injustificada y carecía de toda coherencia jurídica. Es evidente que normalmente el estudiante se asocia a una persona joven, cuyos progenitores rara vez viven a sus expensas³²². Pero es totalmente viable encontrarse con situaciones personales en las cuales la imposibilidad de llevar consigo a sus ascendientes pueda suponer un fuerte obstáculo a la hora de trasladarse a otro Estado miembro³²³. En cambio las Directivas 90/364 y 90/365 recogían un concepto amplio de familia en el que se

³¹⁹ D. O'Keefe, "Comments on the Free Movement of Various Categories of Persons", *Free Movement of Persons in Europe*, M.C.Asser Institute, Nijhoff, Dordrecht, 1993, pp. 515-520.

³²⁰ Sobre las dificultades planteadas por la extensión del concepto de familia, a lo largo de todo el proceso legislativo, *vid.* H.C. Tascher, "Free Movement of Students, retired Persons and Other European Citizens – a Difficult Legislative Process", *Free Movement of Persons in Europe*, M.C.Asser Institute, Nijhoff, Dordrecht, 1993, pp. 427-436.

³²¹ Art. 1 de la Directiva 93/96.

³²² I. Blázquez Rodríguez, "La reagrupación familiar: especial referencia a la inmigración magrebi", *Inmigración magrebi y Derecho de familia*, Sevilla, Junta de Andalucía, 2005, pp. 95-134, p. 103.

³²³ El 30 de abril del 2006 entra en vigor 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 miembros (DOCE L 158, de 30 de abril de 2004. Corrección de errores, DOCE L 229/35, de 29/6/2004). A partir de ese momento los Estados miembros estarán obligados a permitir la reagrupación de los ascendientes del estudiante titular del derecho de libre circulación.

incluye al cónyuge, a los descendientes a su cargo, y a los ascendientes del titular del derecho de residencia y de su cónyuge que estén a su cargo. A pesar de configurarse en disposiciones independientes, las tres Directivas presentaban una serie de notas comunes. En primer lugar, compartían su carácter subsidiario: sólo era necesario recurrir a ellas si el individuo no disfrutaba ya del derecho de residencia en virtud de otras disposiciones de Derecho comunitario. Y, en segundo lugar, limitaban el derecho, ya que sólo se reconocía en tanto que los beneficiarios cumpliesen los requisitos económicos exigidos por la norma —que se reconducían a la disposición de unos recursos suficientes y de un seguro de enfermedad—, y que tenían como finalidad garantizar que el titular del derecho y los miembros de la familia no se convirtiesen en una carga para la asistencia social del Estado de acogida.

La importancia del art. 7 AUE no residía únicamente en la ampliación de la libre circulación a las personas no activas económicamente, sino que la mayor o menor amplitud de la libre circulación dependía también de la interpretación de este precepto; en concreto, acerca de qué sentido se debía atribuir a los términos “personas” y “espacio sin fronteras interiores”. Por “personas” podría entenderse, en su significado textual, todo individuo de la especie humana, o, por el contrario, podría reconducirse el término a una interpretación sistemática, que diese cuenta de los objetivos queridos por sus redactores³²⁴. A favor de una interpretación amplia, encaminada a incluir a todas las personas, operaba de forma contundente el argumento teleológico y su interpretación conforme al efecto útil. Si se pretendía hacer desaparecer los controles sobre las fronteras interiores, no cabía

³²⁴ Sobre esta cuestión véase R. Plender, “Competence, European Community Law and Nationals of Non...”, *loc. cit.*, pp. 599-611.

otra posibilidad que suprimirlos también para los ciudadanos de Estados terceros que se desplazasen de un Estado miembro a otro. De otro modo, además, se estaría vinculando la libre circulación de personas a las libertades económicas, sin que se pudiera percibir diferencia alguna respecto a la situación existente antes del AUE³²⁵. No se dejaría a los Estados miembros ningún margen de discreción, habida cuenta de que supondría una obligación de resultado³²⁶. Esta primera corriente interpretativa casaba bastante bien con la posición mantenida por el TJCE a propósito de impedir que todo el ámbito de la política de inmigración respecto a terceros Estados quedase dentro del concepto de seguridad pública³²⁷. De acuerdo con esta corriente, la Comisión anticipó en el “Libro blanco para la consecución del mercado interior” la presentación de propuestas para regular el derecho de asilo y de refugio, los visados, reglas comunes sobre extradición y la coordinación de las normas aplicables a los nacionales de terceros Estados en materia de entrada, residencia y acceso al mercado de trabajo³²⁸. Por el contrario, una interpretación sistemática implicaría reemplazar el término personas por la lógica del art. 8 A. Esta es la interpretación que se impuso finalmente: la que concebía el nuevo concepto como un compromiso entre la voluntad

³²⁵ W. Lobkowicz, “Quelle libre circulation des personnes en 1993?”, *Rev. MCU. eur.*, 1990, pp. 93-102, pp. 97-98.

³²⁶ *Ibid.*, p. 95.

³²⁷ STJCE de 9 de julio de 1987, as. C- 281, 283 a 285 y 287/85, *Alemania, Francia, Países Bajos, Dinamarca/Comisión*. Tal como ha expresado A. Ortiz-Arce de la Fuente “es a partir de este momento cuando se producirá el desplazamiento progresivo de la responsabilidad sobre los trabajadores y sobre los extranjeros no comunitarios en general porque a partir del nivel de integración alcanzado con el AUE resultaba difícil mantener el desentimiento hacia la extranjería no comunitaria por parte de las instituciones comunitarias”, (véase, “La extranjería no comunitaria en el marco de la Comunidad Económica...”, *loc. cit.*, pp. 207-231).

³²⁸ COM (85) 310 de 14 de junio de 1985.

de integración y la preservación de la soberanía. Esta interpretación restrictiva circunscribía el concepto de libertad de circulación de personas en el mercado interior tan sólo a los nacionales de los Estados miembros, y de derechos complementarios y beneficios indirectos del titular-comunitario de la libre circulación para los no comunitarios.

En segundo lugar, la expresión “espacio sin fronteras interiores”, significaba prácticamente la abolición de los controles fronterizos³²⁹. Esta obligación para los Estados miembros planteaba problemas de alcance político, legal y técnico. Políticamente, suponía prescindir de elementos que habían expresado tradicionalmente el poder y la soberanía de los Estados en el control de su territorio. Asimismo, implicaba renunciar a la garantía de las cuestiones de orden público y seguridad, en la relación inmediata y directa con posibles factores exógenos de perturbación. Los aspectos políticos alcanzaban también a exigencias legislativas. Los Estados miembros tendrían que armonizar Derecho nacional penal, legislación sobre sanidad, reglamentaciones policiales... Técnicamente, la abolición de los controles fronterizos internos exigía unas determinadas condiciones prácticas de realización, como el intercambio de información y la cooperación policial y judicial entre los Estados miembros³³⁰.

El mercado interior también reclamaba un control de fronteras exteriores, porque, al abolir las fronteras físicas y fiscales internas para crear un espacio libre y sin trabas, el espacio económico quedaba sin

³²⁹ A. Boixareu Carrera, “Perspectivas de la Conferencia intergubernamental de 1996. El Informe del Grupo de...”, *loc. cit.*, p. 47.

³³⁰ M. L Espada Ramos, *Europa ¿ciudad abierta? La inmigración y el asilo...*, *loc. cit.*, pp. 99-100.

cobertura³³¹. Por tanto, y para no desmantelar de protección el marco económico global, se exige la construcción de una frontera exterior común, regida por principios y prácticas de control fronterizo uniformes en sus modos y nivel de exigencia. La política de control de las fronteras exteriores no podía ser eficaz si era determinada unilateral e individualmente por cada Estado miembro. El AUE abrió un espacio cauteloso de actuación. Por una parte, aprovechó el espacio abierto por el TJCE en relación a la interpretación del efecto útil del art. 118, instando a una concentración en materia de extranjería. Y, por otra, confirmó los poderes tradicionales de los Estados en estas materias mediante dos Declaraciones políticas anexas al Acta Única³³². Por lo que respecta a la interpretación del art. 118 TCE, la Comisión dictó el 8 de julio de 1985 la Decisión 85/381, “estableciendo un procedimiento de comunicación previa y de concertación sobre las políticas migratorias respecto a Estados terceros”, por la que se obligaba a los Estados miembros a informar a la Comisión y a los restantes Estados sobre los proyectos de medidas nacionales o de acuerdos concernientes a los trabajadores de Estados terceros y a los miembros de sus familias en las materias de entrada, estancia y empleo, incluso ilegales³³³. Mediante tal obligación, los Estados miembros debían comunicar a la Comisión y a los restantes Estados los textos de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas en

³³¹ F. J. Carrera Hernández, “El Tratado de Ámsterdam y el libre cruce de fronteras en la Unión Europea: perspectivas de realización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural*, Alcalá de Henares, Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, 1999, pp. 155-175, p. 158.

³³² Declaración general sobre los artículos 13 a 19 del Acta y la Declaración política de los Gobiernos de los Estados miembros sobre la libre circulación de personas.

³³³ Para un estudio detallado puede verse F. Manzini, “Politica comunitaria e nazionale delle migrazioni nella prospettiva dell’Europa sociale”, *Riv. dir. eur.*, 1989, pp. 309-319.

vigor y de los acuerdos con países terceros³³⁴. Esta Decisión fue recurrida por cinco Estados ante el Tribunal de Justicia, so pretexto de la incompetencia de la Comisión para poder emitir la citada Decisión en base al art. 118 del Tratado de Roma³³⁵. En opinión de los Estados recurrentes, la política migratoria respecto a Estados terceros no formaba parte del ámbito social en los términos del mencionado art. 118³³⁶. En la STJCE de 9 de julio de 1987³³⁷, se afirma que la política migratoria respecto de los Estados terceros no resultaba extraña respecto al art. 118, el cual preveía una colaboración entre los Estados miembros. Los problemas de empleo, de las condiciones de trabajo y de la integración profesional y social no podían ser separados de la situación de la población inmigrada. La Sentencia tiene interés para afianzar un ámbito de competencia comunitario respecto a cuestiones migratorias³³⁸, y

³³⁴ “Se trataba de paliar el entonces panorama descoordinado y diferenciado entre los Estados comunitarios en materia inmigratoria” (*vid.*, A. Ortiz-Arce de la Fuente, “Los extranjeros no comunitarios ante el Derecho comunitario europeo. Las actuaciones de las instituciones comunitarias, de las instancias gubernamentales y de los gobiernos de los Estados miembros”, disponible en www.ecsanet.org/dialogue/contributions/Ortiz_Arce.doc).

³³⁵ Estos Estados fueron Alemania, Francia, Dinamarca, Países Bajos y Reino Unido. No obstante, el recurso de los Países Bajos fue declarado inadmisibile por entrar fuera de plazo, aunque los demás pudieron continuar el procedimiento.

³³⁶ Art. 118 TCEE: “Sin perjuicio de las restantes disposiciones del presente Tratado, y de conformidad con los objetivos generales del mismo, la Comisión tendrá por misión promover una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social (...), a tal fin la Comisión actuará en estrecho contacto con los Estados miembros, mediante estudios, dictámenes y la organización de consultas, tanto para los problemas que se planteen a nivel nacional, como para aquellos que interesen a las organizaciones internacionales.”

³³⁷ STJCE de 9 de julio de 1987, Asuntos acumulados 281-283, 284, 285 y 287/85, *República Federal de Alemania y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*. *Vid.* nota de B. Vilá Costa, *RJC*, 1988, pp. 516-520.

³³⁸ A. Ortiz-Arce de la Fuente, “La extranjería no comunitaria en el marco de la...”, *loc. cit.*, disponible en www.ecsanet.org/dialogue/contributions/Ortiz_Arce.doc.

además porque obligó a la Comisión a dictar una segunda Decisión, la 88/384³³⁹.

C) Ciudadanía europea.

El día 1 de noviembre de 1993 el proceso de integración europea iniciaba una nueva etapa, cualitativamente diferente de las anteriores, con la entrada en vigor del TUE³⁴⁰. El TUE es el resultado de dos procesos paralelos, originalmente independientes: 1) el movimiento a favor de la consecución de la unión económica y monetaria, en el ámbito de la CEE y 2) un proceso, de contornos menos precisos, encaminado a extender la construcción europea al ámbito político, superando definitivamente la etapa de una integración meramente económica³⁴¹.

Una de las principales aportaciones del TUE fue la creación de una nueva entidad, la UE³⁴². Según el art. A, la UE encuentra su base en la Comunidades Europeas originales, completadas por un conjunto de

³³⁹ Decisión de la Comisión de 8 de junio de 1988 por la que se establece un procedimiento de notificación y de concertación sobre las políticas migratorias en relación con terceros países, DOCE L 183, de 14-7-1988.

³⁴⁰ BOE núm 11, de 13 de enero de 1994.

³⁴¹ P. Biglino Campos, “Ciudadanía europea y legitimidad democrática”, *REE*, nº 9, enero-abril, 1995, pp. 3-13, p. 4.

³⁴² El concepto de “Unión Europea” no resultaba del todo nuevo, pues ya había sido utilizado con anterioridad al TUE, en ámbitos diversos. En particular la Cumbre de jefes de Estado y de Gobierno celebrada en París en el mes de octubre de 1972 ya se pronunció a favor de transformar el conjunto de relaciones entre los países miembros de la Comunidad en una Unión Europea “antes del final de decenio”. Además, el Parlamento Europeo en 1984 adoptó un Proyecto de Tratado de la Unión Europea (“Proyecto Spinelli”), en el que las tres Comunidades eran sustituidas por una Unión Europea, que pasaba a tener competencias en materia de política exterior. El AUE de 1986, no obstante, no recogió el ambicioso plan del Parlamento Europeo, aunque sí instauró una Cooperación Política Europea en materia de política exterior.

nuevas políticas y formas de actuación. Unas y otras se hallan al servicio del cumplimiento de la misión de la Unión, que no es otra que la de “organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos”. Se trataba de un conjunto heterogéneo, donde coexistían formas de actuación estrictamente “comunitarias”, con otras fundamentalmente “intergubernamentales”. La existencia de un marco institucional único y un conjunto de principios comunes sólo consiguieron paliar parcialmente tal heterogeneidad³⁴³. Con el fin de dotar de una cierta coherencia y sistemática a este conjunto, se prevé una estructura en tres pilares: a) pilar comunitario, que contiene las tres Comunidades Europeas originales, ampliamente modificadas y completadas; b) Segundo pilar, política exterior y de seguridad común (PESC); c) Tercer pilar, cooperación en los ámbitos de justicia y en los asuntos de interior (JAI), que incluye: política de asilo, normas sobre el cruce de fronteras exteriores, política de inmigración, lucha contra la toxicomanía, lucha contra el fraude internacional, cooperación aduanera, policial y judicial. Estos dos últimos pilares no representan una novedad absoluta. La PESC evoluciona a partir de la Cooperación Política Europea establecida por el Acta Única³⁴⁴. Por su parte la JAI tenía un variado número de precedentes, como las reuniones de los Ministros de Justicia e Interior en el seno del “Grupo de Trevi”, el “Grupo de Rodas”, o de coordinación sobre la libre circulación de personas, el “Grupo *ad hoc* inmigración” o el “Grupo cooperación judicial”³⁴⁵.

³⁴³ A. Boixareu Carrera, *El Tratado de...*, *loc. cit.*, p. 61.

³⁴⁴ Título tercero del AUE, “Disposiciones sobre la cooperación europea en materia de política exterior”.

³⁴⁵ Para situarse en el entramado insitucional de Bruselas véase, E. González Sánchez, *Manual del negociador en la Comunidad Europea*, Oficina de Información Diplomática, Madrid, 1992.

Con el TUE se superó la etapa de la integración europea de carácter meramente económico, y, además, se consolidó la libre circulación de las personas como derecho fundamental del ordenamiento comunitario³⁴⁶. En efecto, concebida como uno de los elementos configuradores del estatuto del ciudadano de la Unión, la libre circulación de las personas apenas planteaba problemas respecto de los nacionales de los Estados miembros. Así, el art. 8 A TUE (actual art. 18 TCE), establecía que “todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”³⁴⁷.

Ciudadano de la Unión, según establece el art. 8, será “toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro”³⁴⁸. Este *status*

³⁴⁶ P. Jiménez de Parga Maseda, *El derecho de libre circulación de las...*, loc. cit., p.169.

³⁴⁷ Para un análisis exhaustivo del concepto de ciudadanía, *vid.* D. Dunkerley, *Changing Europe. Identities, Nations and Citizens*, Routledge, London-New York, 2002; E. Pérez Vera, “Citoyenneté de l’Union Européenne, nationalité e condition des étrangers”, *R. des. C.*, 1996, T. 261, pp. 251-425; *id.* “La ciudadanía europea en el Tratado de Maastricht”, *Hacia un Nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1123-1148; J. Bourrinet, “Vers une citoyenneté européenne. Aspects économiques”, *Rev. MCU. eur.*, 1992, pp. 772-776; R. Closa, “The concept of Citizenship in the Treaty on European Union”, *CMLR*, 1992, pp. 1137-1169; *Id.* “Citizenship of the Union and Nationality of Member States”, *CMLR*, 1995, pp. 487-518; S. Halls, “Loss of Union Citizenship in Breach of Fundamental Rights”, *Europ. L. Rev.*, 1996, pp. 129-143; J. Soderman, “Le citoyen, l’administration et le droit communautaire”, *Rev. MU. eu.*, 1998, pp. 19-67; P. Dollat, *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne: enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1998; M. D. Blázquez Peinado, “Los derechos de ciudadanía y otros derechos reconocidos a los ciudadanos de la Unión: de Maastricht a Amsterdam”, *RDCE*, enero/junio, 1998, pp. 261-279; P. Juárez Pérez, *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Madrid, Marcial Pons, 1998; T. Margue, “L’Europe des citoyens: des droits économiques à la citoyenneté européenne”, *Rev. MU. eu.*, 1995, pp. 97-122.

³⁴⁸ M. J. Agudo Zamora afirma que la utilización del término “ciudadanía” implica una clara intención política de igualdad entre los individuos (véase “La Ciudadanía de la

civitatis impide calificarlos ya de extranjeros frente a los Estados miembros³⁴⁹. Por tanto, la ciudadanía de la Unión dimana de otra institución preexistente que es la nacionalidad, a la que complementa o se superpone³⁵⁰, estableciéndose un vínculo indisoluble entre la nacionalidad de un Estado miembro y la ciudadanía de la Unión.³⁵¹ Así, serán los Estados miembros quienes decidan quiénes son ciudadanos de la Unión al fijar en sus legislaciones internas los términos en los que se adquiere, se conserva o se pierde la nacionalidad³⁵². Los derechos recogidos en el art. 8 A, derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, pasan a reconocerse con carácter general a todas las personas que tienen la condición de ciudadano de la UE. Ahora bien, este precepto también precisa que estos derechos “quedan sujetos a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado, y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”. La interpretación de esta cláusula constituye un punto de referencia esencial para determinar el alcance de estos derechos. Al respecto conviene poner de manifiesto la distinción que se hace entre limitaciones y condiciones. Las únicas limitaciones posibles a estos derechos son las previstas en el TCE por razones de orden público, seguridad y salud públicas, en tanto que las condiciones

Unión Europea”, *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, Córdoba, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, pp. 47-67, p. 47).

³⁴⁹ E. Pérez Vera, “Citoyenneté de l’Union Européenne...”, *loc. cit.*, p. 397. Pérez Vera afirma que “precisamente la originalidad de la ciudadanía europea está en que surge como una especie de supranacionalidad, como un *tertium genus* entre la nacionalidad y la extranjería” (*vid.* “La ciudadanía europea en el Tratado...”, *loc. cit.*, pp. 1131-1132).

³⁵⁰ B. Tomás Carrasco, “La nacionalidad de los Estados miembros en el ámbito comunitario”, *REE*, nº 12, enero-abril, 1996, pp. 77-87, p. 80.

³⁵¹ *Vid.*, P. Juárez Pérez, “De Maastricht a Ámsterdam: 5 años de...”, *loc. cit.*, pp. 13-17.

³⁵² B. Tomás Carrasco, “La nacionalidad de los Estados miembros en el...”, *loc. cit.*, p. 77.

harán referencia a los requisitos para el ejercicio de estos derechos, que establecían las disposiciones de Derecho derivado adoptadas para su aplicación. De todas formas, el TUE, a pesar de los avances conseguidos, no logró llevar hasta sus últimas consecuencias el objetivo que perseguía: situar al ciudadano en el centro de la construcción comunitaria³⁵³.

En lo que atañe a nacionales de Estados terceros, la situación es distinta, al presentarse delicados problemas de distribución de competencias entre los Estados y las Comunidades Europeas³⁵⁴. De un lado, se afirma, la competencia exclusiva de la Comunidad Europea sobre determinadas materias (por ejemplo, política de visados, art. 100 TUE). Por otro, se consagra la constitucionalidad de la tesis de las competencias concurrentes Estados/Comunidad Europea en otros muchos ámbitos: política de asilo, política de inmigración, etc.

Con el fin de esclarecer los ámbitos de competencia exclusiva de la Comunidad, los de competencia exclusiva de los Estados, y los de competencia concurrente Estados/Comunidad Europea, el TUE atiende a un criterio material de distribución de competencias. La primera consecuencia que se deriva de esta distribución es que persiste un núcleo duro, irreductible, de competencia exclusiva de los Estados: el orden público y la seguridad interior. La segunda es la afirmación de la competencia exclusiva de la Comunidad Europea sobre el régimen

³⁵³ A. Boixareu Carrera, *El Tratado de...*, *loc. cit.*, p. 68. Para este autor, las razones de que el TUE no consiguiera llevar al ciudadano hasta sus últimas consecuencias son variadas: “la complejidad del TUE y de las estructuras creadas por el mismo, la falta de transparencia, la multiplicación de procedimientos decisorios, y el bloqueo de la creación de un espacio sin fronteras interiores para la libre circulación de personas, no permitieron, en muchos casos, un acercamiento real del ciudadano a la UE”.

³⁵⁴ Para una visión general de esta cuestión *vid.* Ch. Tomuschat, “The Legal Status of Non-Citizens of the EU. General Introduction”, *EPL*, vol. 7, n° 3, 1995, pp. 543-563.

jurídico de la libre circulación de los nacionales de los Estados miembros. La tercera se traduce en la aceptación de una excepcional penetración de la propia competencia de los Estados respecto de la circulación ilícita de los nacionales de los Estados miembros. La cuarta consecuencia de la mencionada distribución es la creciente y tendencial penetración de la competencia comunitaria sobre materias consideradas de interés común de los Estados, en concreto, las materias colacionadas en el art. K.1 y respecto de las cuales el artículo K.9 faculta a los Estados a proceder a su comunitarización. Sin embargo, este último artículo establece una salvaguardia que debe ser conectada con la primera de las conclusiones: el orden público y la seguridad interior. En ningún caso podrán ser objeto de comunitarización ni el ejercicio de la jurisdicción penal, ni la política aduanera, ni la prevención y la lucha contra el terrorismo, o cualesquiera otras formas de delincuencia internacional. Dichos ámbitos continúan en manos de los Estados, quienes, a lo sumo, podrán cooperar entre sí, aunque esta cooperación sólo se planteará si se demuestra apta para asegurar resultados más eficaces que los derivados de una acción aislada de los Estados³⁵⁵.

En cuanto a la Cooperación intergubernamental en Justicia y Asuntos de Interior (el denominado tercer pilar), el TUE no define expresamente sus objetivos sino que tan sólo delimita áreas de “interés común”: la política de asilo, la política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados, para lograr materializar plenamente la libertad de circulación de personas. La categoría de “interés común” presupone la existencia de problemas comunes que requieren soluciones colectivas. Ahora bien, como se acaba de apuntar, no se trata de

³⁵⁵ P. Jiménez de Parga Maseda, *El derecho de libre circulación de las...*, *loc. cit.*, pp. 214-220.

cuestiones bajo competencia comunitaria y, por tanto, su evolución está referida a la cooperación internacional. El alcance concreto de la consideración de ámbito de interés común coincidía en buena parte con el objetivo comunitario de “adoptar medidas relativas a la entrada y circulación de personas en el mercado interior, conforme a las disposiciones del art. 100 C”. Se producía así una cierta coincidencia de objetivos que anticipaba una difícil convivencia entre pilares y una compleja delimitación competencial³⁵⁶. La línea divisoria entre un pilar comunitario en el que residían las atribuciones competenciales en materia de libertad de circulación de personas derivada del mercado único (art. 14 TCE) y visados (art. 100 C TCE) y un pilar extracomunitario que ni siquiera establecía sus objetivos más allá de la simple enumeración de nueve ámbitos de interés común era absolutamente artificial y auguraba inevitables distorsiones³⁵⁷. Ciertamente se preveía en el TUE la existencia de una pasarela parcial –quedaban excluidos los ámbitos de cooperación policial y judicial en materia penal- hacia el pilar comunitario³⁵⁸. Mas, para comprender sin mayor dificultad que la citada pasarela era más teórica que práctica, baste recordar que al requisito de la unanimidad en el Consejo se le añadía la exigencia de ratificación por todos los Estados miembros (antiguo K.9 TUE)³⁵⁹.

³⁵⁶ De idéntica opinión, S. Garcia-Jourdan, *L'émergence d'un espace européen de liberté, de sécurité...*, *loc. cit.*, p. 62.

³⁵⁷ P.C. Müller Graff, “The Legal Basis of the Third Pillar and its Position in the Framework of the Union Treaty”, *CMLR*, 1994, pp. 493-510.

³⁵⁸ F. Crépeau y A. Y. Carlier, “Intégration régionale et politique migratoire. Le modèle européen entre coopération...”, *loc. cit.*, p. 979.

³⁵⁹ Algunos autores incluso hablan del “fracaso cosechado con el Tratado de Maastricht”, *vid.* L. N. González Alonso, “La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad...”, *loc. cit.*, p. 544.

A pesar de todo, las crecientes exigencias de la seguridad a escala europea, los desafíos planteados por la inmigración irregular, las perspectivas de nuevas ampliaciones de la Unión y los peligros para los derechos humanos derivados de la opacidad del sistema, impulsaron la formación de un consenso entre los actores estatales y comunitarios en torno a la necesidad de introducir reformas sobre el funcionamiento del Título VI del TUE, su vinculación con el pilar comunitario, y la inclusión en éste de un número creciente de asuntos de justicia e interior³⁶⁰.

Y es precisamente en estas cuestiones en las que profundiza el Tratado de Ámsterdam de 17 de junio de 1997³⁶¹, comunitarizando parte de las materias incluidas en el tercer pilar (asilo inmigración, cooperación judicial en materia civil), integrando en el Tratado el acervo Schengen³⁶², y reformando las materias que regulará el renovado tercer pilar.

³⁶⁰ *Vid.* AA.VV., “Una Unión la servicio del ciudadano: un espacio de libertad, seguridad y justicia”, *El Tratado de Ámsterdam de la Unión Europea. Análisis y comentarios*, Oreja Aguirre (Dir.), Vol. I, Madrid, McGraw Hill, 1998, pp. 255-297.

³⁶¹ DOCE C núm. 340, de 10 de noviembre de 1997.

³⁶² El Tratado de Ámsterdam denominó acervo Schengen al Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 sobre la supresión de controles en las fronteras comunes entre los Estados del Benelux, Francia y Alemania. A estos Estados se añadieron el resto de los Estados miembros de la UE, excepto Irlanda y Gran Bretaña. Islandia y Noruega tienen estatuto de asociado (firmaron un acuerdo de intenciones para la adhesión en Luxemburgo el 19 de diciembre de 1996). Este Acuerdo fue completado por el Convenio de aplicación Schengen de 19 de junio de 1990, en vigor desde el 26 de marzo de 1995. A esto habría que añadir la compleja amalgama de actos y decisiones adoptadas por el Comité ejecutivo creado por el Acuerdo Schengen. *Vid.* F.J. Carrera Hernández, “El Tratado de Ámsterdam y el libre cruce...”, *loc. cit.*, pp. 163-164.

2. Regulación de la libre circulación de personas después del Tratado de Ámsterdam

A) Derecho originario

El Tratado de Amsterdam operó en el plano del Derecho originario de la Unión una refundación jurídica e institucional del conjunto de los aspectos y consecuencias de un mismo fenómeno, el de la libre circulación de personas y supresión de controles en las fronteras interiores en el espacio común europeo, ámbitos ahora reagrupados por su complejidad bajo el nuevo objetivo del *espacio de libertad, seguridad y justicia*. En el epígrafe anterior se han analizado la pluralidad de instancias y de sistemas jurídicos diferenciados ocupados del tratamiento de las distintas facetas prácticas de la libre circulación de personas y sus consecuencias. Se ha planteado la complejidad de planos y de regulaciones diferentes de un mismo fenómeno. El Tratado de Ámsterdam realizó una reconducción global de todos estos planos al ámbito institucional y jurídico de la UE. Comunitarizó determinadas materias excluidas hasta ese momento del primer pilar como el asilo, la inmigración y la cooperación judicial en materia civil, redefinió el tercer pilar dándole un nuevo nombre (“disposiciones sobre cooperación policial y judicial en materia penal”), y concepción, e integró la normativa Schengen en el marco de la UE. Y esto, entre otras razones, se debió a las debilidades estructurales que habían mermado la eficacia del tercer pilar, como por ejemplo la necesidad de que el Consejo adoptase por unanimidad las acciones y posiciones comunes previstas en el antiguo art. K. 3, así como por la exigencia de ratificación por los 15 Estados miembros de los convenios suscritos al amparo de esta disposición para su entrada en vigor. La llamada pasarela del antiguo art. K.9 no había sido utilizada por su rigidez

(requería unanimidad del Consejo y ratificación por los Estados miembros). Además, las potencialidades ofrecidas por el título VI del TUE no tuvieron un correcto desarrollo operativo, en primer lugar por la falta de definición de objetivos en el tercer pilar (limitándose el antiguo art. K.1 a la enumeración casuística de nueve ámbitos de “interés común”); y, en segundo lugar, por el riesgo de solapamiento entre pilares derivado de la escisión un tanto artificial de la libre circulación de personas entre el primer pilar (definición global del mercado interior en el actual art. 14, política de visados en el antiguo art. 100 C) y el tercero (donde habían tenido cobijo los aspectos más problemáticos de dicha libertad: controles en el cruce de fronteras exteriores, lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada internacional...).

El hecho de que no se activara la pasarela del antiguo art. K. 9 desde la entrada en vigor del TUE el 1 de noviembre de 1993, las crecientes exigencias de la seguridad a escala europea, los desafíos planteados por la inmigración irregular, las perspectivas de nuevas ampliaciones de la Unión y los peligros para los derechos humanos derivados de la opacidad del sistema, impulsaron la formación de un consenso entre los actores estatales y comunitarios en torno a la necesidad de introducir reformas sobre el funcionamiento del Título VI del TUE. El informe del Grupo de Reflexión de la CIG 1996 ya señalaba en su punto 49 que sería necesario comunitarizar, al menos parcialmente, el Título VI del TUE³⁶³. Numerosos miembros del Grupo coincidieron en identificar como ámbito de lo que debía comunitarizarse el régimen de extranjería:

³⁶³ E. Brok, “Intergovernmental Conference 1996: Not...”, *loc. cit.*, pp. 1-9; en relación a las diferentes posiciones de los Estados miembros ante la CIG 1996 véase, *Libro blanco sobre la Conferencia Intergubernamental de 1996*, vol. II, http://www.europarl.eu.int/igc1996/pos-toc_es.htm.

política de inmigración, asilo, normas comunes para el control de las fronteras exteriores³⁶⁴... Esto fue, en definitiva, lo que hizo el Tratado de Amsterdam: proceder a una “comunitarización parcial” del tercer pilar del Tratado de Maastricht, articulada en torno a un núcleo de cuestiones conectadas con el Derecho de extranjería, e introducir un nuevo concepto como objetivo: el espacio de libertad, seguridad y justicia. El contenido del concepto abarca el conjunto de materias que afectan directa o indirectamente a la libre circulación de personas, antes dispersas, como lo demuestra la redacción del cuarto párrafo del art. B TUE: “mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia”.

Este régimen previsto por el TCE con el objetivo de mantener y desarrollar el indicado espacio de libertad, seguridad y justicia, quedó edificado sobre estas bases: a) creación de un nuevo Título IV que regula la acción comunitaria en gran parte de los ámbitos de justicia y de los asuntos de interior, que son los sustraídos al ámbito del Título VI del TUE; b) mantenimiento del Título VI que se limita a recoger las “disposiciones sobre cooperación policial y judicial en asuntos penales”; c) incorporación por medio de un Protocolo especial del “acervo Schengen” dentro del marco de la UE³⁶⁵.

³⁶⁴ A. Boixareu Carrera, “Perspectivas de la Conferencia intergubernamental de 1996. El Informe...”, *loc. cit.*, p. 11; J. Lipsius, “La Conférence intergouvernementale de 1996”, *Rev. trim.dr.eur.*, nº 31, 1995, pp. 175-206.

³⁶⁵ Esto demuestra la complejidad técnica que ha sido necesaria para lograr la comunitarización parcial del tercer pilar. Esta dificultad se pone de manifiesto en el hecho de la existencia de optings-outs (flexibilidad predeterminada) y el mantenimiento de la unanimidad durante un periodo transitorio de cinco años tras al entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. A ello debe añadirse la integración del

Los artículos 61 a 69 TCE, que son los que conforman el Título IV³⁶⁶, establecen una ordenación de las medidas y políticas que deben adoptarse para culminar el perfeccionamiento de la libre circulación de personas en el espacio sin fronteras interiores. Estas medidas tendentes a “establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia” son³⁶⁷: medidas de garantía, “destinadas a garantizar la libre circulación de personas de conformidad con el art. 14”, (art. 61.a y 62.1 TCE); medidas de acompañamiento (art. 62.2, 62.3, 63.1.a, 63.2 a.); medidas complementarias (art. 63.1. b, 63.1 c., 63.1 d.); medidas sobre política de inmigración (art. 63.3 y 63.4); medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil (art. 65), y administrativa (art. 66).

Las medidas de garantía (art. 61.a y 62.1 TCE), son aquellas que pretenden dar directa y efectiva plenitud al art. 14 TCE³⁶⁸ y comprenden

acervo Schengen en el Derecho de la UE, a repartir entre la parte comunitarizada del tercer pilar y el tercer pilar residual.

³⁶⁶ El Tratado de Niza no altera esta numeración.

³⁶⁷ Hay diferentes clasificaciones de las políticas y medidas reguladas por el Título IV. Así, A. Del Valle Gálvez (“La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Derecho comunitario material*, Madrid, McGraw Hill, 2000, pp. 51-63), considera que sólo se puede hablar de medidas de garantía, medidas de acompañamiento y medidas complementarias. Dentro de las últimas se agruparían las medidas sobre acogida de asilados y refugiados, la política de inmigración, la cooperación judicial civil y la administrativa; por su parte, J. M. Martín y Pérez de Nanclares (*La inmigración y el asilo...*, *loc. cit.*, pp. 69-74) clasifica las medidas recogidas en el Título IV TCE, en dos grupos, medidas de garantía y medidas de acompañamiento. Integran este último grupo el cruce de fronteras exteriores, las medidas sobre acogida de refugiados y asilados, la política de inmigración, la cooperación judicial civil y la administrativa. Creemos que la clasificación arriba indicada es la más sistemática y clara, por eso se ha preferido.

³⁶⁸ Art. 14 TCE: “La Comunidad adoptará las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior (...). El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado”.

el cruce de fronteras interiores y exteriores de personas comunitarias y no comunitarias, en los únicos aspectos de control en frontera y breve estancia en el territorio UE. Entre las dos opciones existentes en los Tratados para fundar el desarrollo de la libre circulación, esto es, la libertad de circulación ligada al mercado único (art. 14 TCE) o el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros como derecho de ciudadanía (art. 18.1 TCE), el Tratado de Ámsterdam escogió (lógicamente) la primera. La ciudadanía europea y sus derechos de libre circulación y residencia han sido relegados como base jurídica fundamental. La opción del art. 14 supone la postergación de la ciudadanía a un papel secundario como fundamento jurídico clave de la libre circulación de las personas físicas en Europa. La causa de fondo de esta postergación es que los derechos del art. 18 sólo se reconocen a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión, y no a los de terceros Estados. Y es precisamente el cruce de las fronteras interiores y exteriores, la entrada y breve estancia, o la residencia en el territorio UE de nacionales de terceros Estados el verdadero problema que impidió durante muchos años que los derechos de libre circulación y residencia no pudieran desplegar plenamente sus efectos prácticos de abolición de las fronteras interiores³⁶⁹.

El estatuto de ciudadanía y, con él, el correspondiente derecho de circulación y residencia, va unido al vínculo de nacionalidad con alguno de los Estados miembros de la Unión, mientras que el espacio de libertad se funda en la libre circulación y beneficia tanto a los comunitarios como a los no comunitarios. Puede afirmarse que mientras que el art. 18

³⁶⁹ A. Del Valle Gálvez, “La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad...”, *loc. cit.*, pp. 51-63.

“consagra a favor de los nacionales de los Estados miembros una posibilidad de carácter sustitutivo, a saber, un derecho a circular y residir libremente en el sentido auténtico del término, que existe con independencia de cualquier fin, en beneficio de su titular y no en beneficio de la Comunidad y de la consecución de sus objetivos”, los preceptos derivados de la libre circulación de personas en el marco del mercado único establecen “a favor de los nacionales de los Estados miembros, una posibilidad de carácter funcional, concebida para ser ejercida con el fin de establecer un mercado común”. El espacio de libertad no se fundamenta en el concepto de ciudadanía, sino en el de residencia (legal) en territorio comunitario³⁷⁰. El espacio de libertad en sentido estricto podría ser concebido como aquél que garantiza la libre circulación entre los Estados miembros de todas las personas, sean o no comunitarias³⁷¹. Por eso, el Tratado encomienda al Consejo con toda rotundidad la adopción de las medidas que resulten necesarias para garantizar la completa desaparición de los controles sobre las personas, sean o no comunitarias, en el cruce de las fronteras interiores. (art. 62.1 TCE). Que el TCE se fije estos objetivos no significa que esto tenga un fiel reflejo en el Derecho derivado. Actualmente no todas las personas gozan de libre circulación por el territorio de la UE, como analizaremos *infra*³⁷².

Por lo que respecta a las medidas de acompañamiento (art. 62.2, 62.3, 63.1.a, 63.2 a.), hacen referencia básicamente al cruce de comunitarios y no comunitarios por las fronteras exteriores, así como a la admisión, para estancia y viaje no superior a tres meses, de no

³⁷⁰ J. M. Martín Y Pérez de Nanclares., *La inmigración...*, *loc.cit.*, pp. 70-73.

³⁷¹ De esta opinión A. del Valle Gálvez, “Las fronteras de la Unión-El modelo europeo de...”, *loc. cit.*, p. 313.

³⁷² Véase *infra*, pp. 162-183.

comunitarios en el territorio UE. Encuentran aquí también su encaje las primeras medidas que, principalmente en frontera exterior, deben adoptarse respecto a solicitantes de asilo, refugiados y personas desplazadas que desean ser acogidos en la UE con estos estatutos. Una reglamentación adecuada del cruce de fronteras *ad extra*, necesariamente acompañada de una política común de visados, se erige en piedra angular de la construcción del espacio de libertad y de seguridad. Y esto porque paralelamente a la garantía de supresión de controles en fronteras interiores, la plenitud del art. 14 TCE exige medidas respecto al cruce de las fronteras exteriores.

En tercer lugar, las medidas complementarias (art. 63.1. b, 63.1 c., 63.1 d.) son las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros (art. 63.1. b), para la concesión del estatuto de refugiado (art. 63.1 c) y para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado (art. 63.1 d). En un espacio sin fronteras interiores en el que se pretende que los nacionales de terceros países también puedan desplazarse libremente de un Estado a otro, parece del todo punto necesaria la existencia de una cierta armonización de las normas de admisión de refugiados y demandantes de asilo. De lo contrario, se crearían evidentes distorsiones y desequilibrios en la presentación de demandas de asilo que obviamente se concentrarían en los Estados con regímenes jurídicos más favorables, soslayando así a los Estados con regímenes más estrictos. La regulación del asilo en la nueva normativa comunitaria, se limita únicamente a recoger una serie de atribuciones competenciales en favor de la Comunidad (art. 63.1 TCE) en áreas muy concretas y detalladas³⁷³. El

³⁷³ Como ya se analizó *supra*, pp. 98-101.

resto, obviamente, sigue en manos de los Estados y les resultan plenamente aplicables las normas nacionales en la materia, condicionadas a su vez por las normas de Derecho internacional público.

B) Derecho derivado

El que la UE se marque una serie de objetivos en el Tratado constitutivo no significa que tengan fiel e inmediato reflejo en el Derecho derivado de la Unión. Y esto es lo que ocurre precisamente con la libre circulación de personas. Desde el Tratado de Ámsterdam, como se ha analizado, la Unión incluyó en el Tratado constitutivo el objetivo de conseguir un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que no hubiese controles para ninguna persona. Conseguir que la libre circulación de personas sea un derecho derivado de la residencia en el territorio de la UE, no de la nacionalidad de uno de los Estados miembros. Sin embargo, esto todavía no se ha logrado. En abril de 2004, se publicó en el DOCE la 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 miembros³⁷⁴. La Directiva establece que la ciudadanía de la Unión debe ser la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros que ejercen su derecho de libre circulación y residencia. Por ello considera imprescindible rebasar el enfoque sectorial que existía hasta ese momento en el que se trataba en instrumentos separados a los asalariados, los trabajadores por cuenta propia, los estudiantes y otras

³⁷⁴ 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 miembros, DOCE L 158, de 30 de abril de 2004. Corrección de errores, DOCE L 229/35, de 29/6/2004.

personas inactivas³⁷⁵. Por esta razón unifica toda la regulación del derecho de libre circulación de personas, que era muy dispersa y se encontraba en varios Reglamentos y Directivas³⁷⁶. La Directiva dota de mayor consistencia y coherencia al estatuto de ciudadano de la UE, y con ella se supera el enfoque fragmentario del derecho de libre circulación y residencia que caracterizaba a la normativa comunitaria.

³⁷⁵ Considerando 3 de la Exposición de Motivos.

³⁷⁶ Reglamento (CEE) 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena dentro de la Comunidad, DOCE L 257, de 19 de octubre de 1968. Reglamento 1251/70, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, DOCE L 142, de 30 de junio de 1970; Directiva 64/221, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas; Directiva 68/360 relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y sus familias dentro de la Comunidad, DOCE L 257, de 19 de octubre de 1968; Directiva 72/194, por la que se amplía a los trabajadores que ejercen el derecho a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, el campo de aplicación de la Directiva de 25 de febrero de 1964 sobre la coordinación de medidas especiales para extranjeros en materia de desplazamiento y estancia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, DOCE L 121, de 18 de mayo de 1972; Directiva 73/148, relativa a la supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y prestación de servicios, DOCE L 172, de 28 de junio de 1973; Directiva 75/34 relativa al derecho de los nacionales de un Estado miembro a permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido en él una actividad por cuenta propia, DOCE L 14 de 20 de enero de 1975; Directiva 75/35, por la que se extiende el campo de aplicación de la Directiva 64/221/CEE para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad pública y salud pública, a los nacionales de cualquier Estado miembro que ejerzan el derecho de permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido en él una actividad no asalariada, DOCE L 014, de 17 de diciembre de 1974; Directiva 90/364 relativa al derecho de residencia, DOCE L 180, de 13 de julio de 1990; Directiva 90/365, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, DOCE L 180, de 13 de julio de 1990; Directiva 93/96, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, DOCE L 317, de 18 de diciembre de 1993. A todo esto hay que añadir la amplia jurisprudencia del TJCE.

No obstante, ni siquiera en estos momentos de “avance” de la ciudadanía de la Unión se consigue que este derecho de libre circulación sea pleno, sin límites ni condicionantes. Los límites siguen siendo el orden público, la seguridad y la salud pública (arts. 27, 28 y 29). Las condiciones para residir por un periodo superior a tres meses en el territorio de otro Estado miembro: a) ser un trabajador por cuenta propia o ajena o; b) disponer para sí y los miembros de su familia de recursos económicos suficientes y un seguro de enfermedad, si se trata de un estudiante (matriculado en un centro con la finalidad principal de cursar estudios), o de una persona no activa económicamente que simplemente pretende residir (art. 7). Pero esta Directiva no incluye en su articulado ningún cambio fundamental en lo que respecta a la titularidad del derecho de libre circulación, que sigue teniendo su fundamento en la nacionalidad, aunque con algunos matices como se analizará en el epígrafe siguiente.

II. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y DERECHO DE EXTRANJERIA

1. Ámbito de aplicación personal del derecho de libre circulación de personas

Para establecer quién es titular del derecho de libre circulación de personas y quién no, no es suficiente la distinción entre nacionales comunitarios y nacionales de terceros Estados. Es necesario realizar un análisis más exhaustivo, ya que también son titulares de este derecho los nacionales del EEE, suizos, y ciertos familiares de éstos, aunque sean nacionales de terceros Estados. Además, los residentes de larga duración disfrutan de un derecho de libre circulación “atenuado” o “restringido” del que se benefician también sus familiares, que se encuentran en una

situación intermedia, a caballo entre la de los familiares de los comunitarios, EEE o suizos, y la de los familiares de los nacionales de terceros Estados que no son residentes de larga duración³⁷⁷. Así las cosas, la concepción clásica de la dicotomía nacional-extranjero existente en toda legislación de extranjería se ha transformado³⁷⁸.

A) Nacionales de terceros Estados titulares del derecho de libre circulación de personas

Actualmente gozan del derecho de libre circulación por el territorio de la UE, los nacionales de los Estados miembros de la UE³⁷⁹, los nacionales del EEE³⁸⁰, y los nacionales suizos³⁸¹. Éstos son los únicos titulares del derecho de libre circulación a título principal. Sin embargo, también gozan de este derecho sus familiares aunque sean nacionales de

³⁷⁷ Algunos autores, incluso, se cuestionan si los residentes de larga duración gozan de una cuasi-ciudadanía *vid.* (N. Reich, “Union Citizenship-Metaphor or Source of Rights?”, *ELJ*, vol. 7, 2001, pp. 4-23, p. 18).

³⁷⁸ I. Blázquez Rodríguez, *Los nacionales de terceros países en la..., loc. cit.*, p. 41.

³⁷⁹ Hay 10 países que entraron a formar parte de la UE el 1 de mayo de 2004, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y República Checa. En los anexos del Acta relativa a las condiciones de adhesión de ocho de estos Estados (todos menos Chipre y Malta), se determina la posibilidad de aplicar una cláusula de salvaguardia hasta que trascurra un período total de siete años, respecto al régimen de libre circulación de trabajadores asalariados nacionales de dichos Estados. Son titulares del derecho de libre circulación sin restricciones para cursar estudios, para trabajar por cuenta propia o simplemente para residir. *Vid.* A. Adinolfi, “Free Movement and Access to Work of Citizens of the New Member States: The Transitional Measures”, *CMLR*, núm. 42, 2005, pp. 469-498.

³⁸⁰ Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, adoptado en Oporto el 2 de mayo de 1992, se hacen extensivas a los nacionales de Noruega, Islandia y Liechtenstein. (DOCE L n° 1, de 3 de enero de 1994).

³⁸¹ Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, hecho en Luxemburgo el 21 de junio de 1999, que entró en vigor el 1 de junio de 2002.

terceros Estados. Su derecho de libre circulación se constituye como derecho derivado del derecho originario del que es titular la persona que ejerce la libre circulación en el ámbito comunitario. Su cualidad de extranjero se atenúa ante la de ser miembro de la familia de un nacional de la UE, del EEE o de Suiza. Se considera, en primer lugar, que el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, para que pueda ejercerse en condiciones objetivas de libertad y dignidad, debe serle reconocido también a los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad. Si se pretende crear un espacio sin controles interiores donde no existan trabas para la libre circulación de personas es imprescindible hacerse acompañar de los familiares más próximos, independientemente de la nacionalidad que éstos ostenten. El fin último del reconocimiento de este derecho es hacer posible una integración real y efectiva del nacional comunitario en el Estado miembro de acogida, equiparando su posición y condiciones a las del propio nacional y no a las del “extranjero”.

Para que los nacionales de terceros Estados puedan ejercitar el derecho de libre circulación es imprescindible la existencia de un vínculo familiar que permita abstraer al nacional extracomunitario desde su estatus de “extranjero” al de “beneficiario del Derecho comunitario”. En concreto, los familiares que gozan de este derecho son: el cónyuge de derecho; los hijos del reagrupante o de su cónyuge menores de 21 años o mayores de esa edad que vivan a sus expensas; y los ascendientes del reagrupante o de su cónyuge, excepto si el reagrupante es un estudiante, en cuyo caso no podrá reagruparlos³⁸². La Directiva 2004/38³⁸³ amplía

³⁸² *Vid.* para un análisis del régimen aplicable a los nacionales de la UE y sus familiares, M. Moya Escudero, “Derecho a la reagrupación familiar”, *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Comares, Granada, 2001, pp. 673-709; M. Moya Escudero y R. Rueda Valdivia, *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, Madrid, La Ley, 2003, en

este núcleo de familiares que gozan del derecho de libre circulación a título derivado, y los Estados miembros tenían que haberla transpuesto

concreto, pp. 47-75; A. Álvarez Rodríguez, “Nacionales de terceros países familiares de un ciudadano comunitario en el territorio de su propio Estado: ¿régimen de extranjería general o aplicación de la normativa comunitaria relativa a la libre circulación? (a propósito de la STJCE de 23 de septiembre de 2003)”, *El Derecho de familia ante el s. XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 23-37; *id.* “Régimen aplicable a los nacionales de la UE, asimilados y sus familiares”, *Derecho de extranjería, un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España*, pp. 105-153; *id.* “Análisis crítico del RD 178/2003: algunas de sus deficiencias y su necesaria reforma”, *RDME*, 3, *Lex Nova*, 2002, pp. 29-63; *id.* “Régimen jurídico de los nacionales de la Unión Europea y de los nacionales de los Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de sus familiares tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000”, *Ley de Extranjería*, Servicio Editorial del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, 2000, pp. 161-196; A. Ferrer I Gómez, “Derecho de entrada de nacionales de países terceros cónyuges de nacionales de Estados miembros”, *La Ley: Unión Europea*, año XXIII, n° 5566, 29 de noviembre de 2002; A. Giménez Ortega, “Real Decreto 178/2003. El nuevo estatuto administrativo de los ciudadanos comunitarios”, *Iuris*, n° 85, julio-agosto 2004, pp. 42-49; J. L. Iglesias Buhigues, “Entrada, permanencia y trabajo en España de nacionales de Estados miembros de la Comunidad Europea”, *La Ley: Comunidades Europeas*, 1986, núm. 3, pp. 25-44; P. Jiménez Blanco, “Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea”, *Extranjería e Inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 71-146; A. Quirós Fons, “Familiares extracomunitarios, protagonistas del RD 178/2003. Futura incidencia de la Propuesta de Directiva sobre libre circulación”, *Migraciones*, n° 15, 2004, pp. 223-260; *id.* “El art. 8 del Convenio de Roma (1950) y la Directiva 2003/86 sobre el derecho a la reagrupación familiar: una conquista del Derecho internacional en el Derecho comunitario”, *REDI*, vol. 2002, pp. 1074-1079; C. Molina Navarrete, G. Esteban de la Rosa y E. Arce Jiménez, *La inmigración extranjera. Comentario sistemático al RD 2393/2004, de 30 de diciembre*, Estudios Financieros, 2005, pp. 47-51; M. Vargas Gómez-Urrutia, “La reagrupación familiar de los extranjeros en el Derecho comunitario de la inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas en el Derecho comunitario”, *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 819-845.

³⁸³ 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 miembros (DOCE L 158, de 30 de abril de 2004; corrección de errores, DOCE L 229/35, de 29/6/2004). *Vid.* M. P. Canedo Arrillaga, “La propuesta de Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar: algunos comentarios desde el Derecho internacional privado”, *Mundialización y Familia*, Colex, 2001, pp. 121-142; A. Álvarez Rodríguez, “Nacionales de terceros...”, *loc. cit.*, pp. 23-37; M. D. Blázquez Peinado, “El derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, últimos desarrollos normativos: la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril”, *GJ-CE*, septiembre/octubre, n° 233, 2004, pp. 18-32.

antes del 30 de abril de 2006³⁸⁴. Por lo que respecta al cónyuge, la novedad que introduce la Directiva es que podrá ser reagrupado incluso si está separado de hecho. Además, los Estados miembros tendrán la obligación de reagrupar a la pareja registrada si se cumplen una serie de requisitos, así como la facultad de permitir la reagrupación a la pareja de hecho³⁸⁵. Con respecto a los hijos, la Directiva no varía la situación existente: descendientes directos menores de 21 años o a cargo. En cuanto a los ascendientes, se amplía el derecho de libre circulación a título derivado a los de los estudiantes (art. 2). Todos estos familiares gozarán del estatus de beneficiarios indirectos del Derecho comunitario en tanto que dicho vínculo familiar se mantenga.

En el caso de que el cónyuge nacional de tercer Estado decidiera divorciarse del titular del derecho de la libertad comunitaria, aquél perdería automáticamente los derechos y beneficios que de dicha relación familiar se derivaban³⁸⁶. No obstante, existen importantes excepciones a esta regla general. La Directiva 2004/38 dispone en su art. 13 que el divorcio no supondrá la pérdida del derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro cuando el matrimonio haya durado, al menos, tres años y uno de ellos en el Estado miembro de acogida; cuando la custodia de los hijos del ciudadano de la Unión hubiera sido confiada al cónyuge que no tenga la nacionalidad de un Estados miembro;

³⁸⁴ El legislador español no ha transpuesto aún la Directiva, aunque ya existe un borrador para reformar el RD 178/2003. Puede consultarse el texto en www.extranjerossinpapeles.com

³⁸⁵ Un análisis amplio de las condiciones de reagrupación de la pareja *infra*, pp. 272-300.

³⁸⁶ A. Evans, "Third Country Nationals and the Treaty on European Union", *EJIL*, 1994, pp. 199-219, p. 207.

cuando así lo exigieran circunstancias especialmente difíciles, como haber sido víctima de violencia doméstica durante el tiempo del matrimonio³⁸⁷. En caso de fallecimiento, el derecho de residencia de los miembros de la familia nacionales de terceros Estados se mantendrá, si han residido en el Estado miembro de acogida durante al menos un año antes del fallecimiento. Existe, por tanto, una posibilidad real de que el miembro de la familia nacional de tercer Estado pueda adquirir y disfrutar permanentemente de la residencia en el territorio de un Estado miembro con independencia del vínculo familiar que la generó. Esta independencia administrativa del familiar comunitario no le otorga la titularidad del derecho de libre circulación, pero sí la posibilidad de residir de forma permanente en ese Estado miembro.

Tomando como referencia todas estas pautas, debería ser relativamente sencillo determinar si una persona es o no titular del derecho de libre circulación de personas. No obstante, hay supuestos en los que determinar si un individuo se encuentra dentro del ámbito de aplicación personal del derecho de libre circulación es una tarea harto complicada, como ocurrió en el asunto *Chen & Zhu*³⁸⁸. La Sra. Chen, de

³⁸⁷ En España ésta posibilidad se ha regulado también en relación con los nacionales de terceros Estados. Así, el art. 19.1 de la LOEXIS establece que “el cónyuge del extranjero residente podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando haya sido víctima de violencia doméstica”. En este caso, podrá tener la citada residencia independiente desde el momento en que se haya dictado una orden de protección a favor de esta persona. (La LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana violencia doméstica e integración social de los extranjeros, no sólo ha ampliado las conductas que lesionan el bien jurídico protegido, sino que ha agravado la pena impuesta por este delito). *Vid.* M. Moya Escudero y C, Ruiz Sutil, “La mujer extranjera víctima de malos tratos”, *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres*, Madrid, Instituto Andaluz de la Mujer. Consejería de la Presidencia, 2004, pp. 236-300.

³⁸⁸ STJCE de 19 de octubre de 2004, As. C-200/02, *Chen & Zhu v. Secretary of State of the Home Department*. *Vid.* H. Toner, *Partnership Rights, Free Movement and EU Law*, Hart Publishing, 2004, p. 225; J. Ferrer Lloret, “El ejercicio de los derechos de la ciudadanía

nacionalidad china y madre de un niño de la misma nacionalidad, entró en Belfast, Irlanda del Norte, para dar a luz a su segunda hija (Catherine). Ésta adquirió la nacionalidad irlandesa, ya que la normativa de este país permitía en ese momento adquirir la nacionalidad irlandesa a toda persona que naciera en la isla (lo que incluye el territorio de Irlanda del Norte, bajo la soberanía del Reino Unido) en unas condiciones determinadas. En cambio, Catherine no adquirió la nacionalidad británica, porque no reunía los requisitos necesarios³⁸⁹. Posteriormente, la Sra Chen se traslada con sus hijos a Cardiff (Reino Unido), donde se niegan a concederles un permiso de residencia de larga duración. Tal negativa se basa, por una parte, en que Catherine, de ocho meses de edad, no tiene capacidad para ejercer autónomamente ningún derecho derivado del Tratado CE, y, por otra, en que la Sra. Chen no está autorizada a residir en el Reino Unido con arreglo a la normativa comunitaria, puesto que es nacional de un tercer Estado. Se interpuso recurso contra tal resolución ante la *Immigration Appellate Authority*, que fue la que planteó la cuestión prejudicial. Los interrogantes que se suscitaban eran básicamente tres. En primer lugar, si el litigio se refería a una cuestión puramente interna. En segundo lugar, si la niña tenía derecho a residir con carácter permanente en el Reino Unido como destinataria de servicios, como ciudadana

de la UE: libre circulación y residencia. Comentario a la Sentencia del TJCE de 19 de octubre de 2004 (*Chen contra Secretary of the Home Department*, asunto C-200/02)", *RGDE*, nº 6, de 6 de enero de 2005, disponible previa suscripción en www.iustel.com.; K. Fach Gómez, "El TJCE y la extranjería", *RDME*, marzo 2005, vol. 8, pp. 149-182; D. Liakopoulos, "La condizione giuridica dello straniero: evoluzione del concetto di cittadinanza alla luce delle norme internazionali", www.immigrazioneelavoro.it/public/im.pdf, 2005, pp. 1-19, p. 8; T. Ballarino y B. Ubertazzi, "On Avello and Other Judgements: A New point Of Departure in the Conflicts of Laws?", *YPIL*, Vol. VI, 2004, pp. 85-128, pp.107-110; M. Hutchinson, "Irish Born Children and the Case of Chen & Zhu", *Law Centre Information Briefing*, núm. 11, agosto 2004, pp. 1-3; B. Kunoy, "A Union of National Citizens: The Origins of the Courts Lack of *Avant-Gardisme* on the *Chen* Case", *CMLR*, núm. 43, 2006, pp. 179-190.

³⁸⁹ La normativa aplicable está recogida en la *British Nationality Act* de 1981.

comunitaria no activa, pero que dispone de medios económicos suficientes y de un seguro de enfermedad (conforme a la Directiva 93/364) o, por último, en virtud directamente del art. 18 TCE. Y, en tercer lugar, si la madre es titular de un derecho de residencia como miembro de la familia a cargo, como responsable de educar y velar por Catherine o, por último, teniendo en cuenta el respeto a la vida familiar reconocido en el art. 8 CEDH.

La primera cuestión de si se trata de un asunto interno o es posible la aplicación del Derecho comunitario será dilucidada en el epígrafe correspondiente a la delimitación del ámbito de aplicación espacial de la libre circulación de personas. En este momento, la investigación se centrará en el estudio de los dos últimos interrogantes planteados al TJCE, esto es, la capacidad para ejercer el derecho de libre circulación y la capacidad para ejercer el derecho de residencia. El TJCE se plantea si la niña, de ocho meses de edad y ciudadana comunitaria, tiene derecho a entrar y residir en el Reino Unido, y si lo tiene la madre. Para residir en el Reino Unido, Catherine sólo necesita acreditar que posee un seguro de enfermedad y recursos económicos suficientes (art. 1 de la Directiva 90/364, relativa al derecho de residencia). El problema es que los recursos económicos se los proporciona su madre, nacional de un tercer Estado. El TJCE establece que es necesario realizar una interpretación amplia del término “disponer de recursos económicos”, porque está en juego el derecho de libre circulación de personas, y lo único importante es garantizar que los ciudadanos de la Unión que ejercitan su libertad de circulación no se conviertan en una carga para el erario público del Estado de acogida (FJ 29). La procedencia de los recursos, por tanto, es intrascendente. En cuanto al derecho de residencia de la Sra. Chen, se plantea en la sentencia si es posible que lo ejercite a través de la

reagrupación familiar. El art. 1.2 de la Directiva 90/364 garantiza a los ascendientes del titular del derecho de residencia “que estén a su cargo”, el derecho a instalarse con dicho titular. En este supuesto se presenta la situación inversa, pues el titular del derecho de residencia está a cargo del nacional de un Estado tercero. En cambio, afirma el TJCE que “la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un Estado tercero, que se ocupa del cuidado efectivo de un niño al que el TCE reconoce un derecho de residencia, resida con el menor en el Estado miembro de acogida, privaría de todo efecto útil al derecho de residencia de este último”.

Es evidente que el disfrute de un derecho de residencia por un niño de corta edad implica necesariamente que el niño tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado miembro de acogida. Por esta razón, cuando el art. 18 TCE y la Directiva 90/364 confieran un derecho de residencia por tiempo indefinido en el Estado miembro de acogida a un menor de edad, nacional de otro Estado miembro, estas mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho ciudadano resida con él. Con esta jurisprudencia, el TJCE confirma que la condición de ciudadano de la Unión genera por sí misma una categoría de extranjería privilegiada que se asocia estrechamente a ella. Esta situación surge ante la necesidad de impedir que los ciudadanos vean obstaculizado el ejercicio de su derecho a circular libremente como consecuencia de que alguno de sus progenitores sea extranjero³⁹⁰.

³⁹⁰ J. Ferrer Lloret, “El ejercicio de los derechos de la ciudadanía...”, *loc. cit.*, disponible previa suscripción en www.iustel.com.

Se trata de una posición de extranjería privilegiada, vinculada al ejercicio de los derechos de ciudadanía de la Unión, y que tiene su fundamento último en el derecho al respeto a la vida familiar, reconocido en el art. 8 CEDH y en el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Tal situación tiene una autonomía propia, al incardinarse dentro del estatuto de ciudadano de la UE. Así se explica que en esta sentencia no se haya hecho ninguna referencia a los preceptos citados que regulan el respeto a la vida familiar como un derecho fundamental. El Tribunal basa su decisión exclusivamente en la normativa comunitaria que regula los derechos que corresponden al ciudadano de la UE, en concreto, la Directiva 90/364 y el art. 18 TCE³⁹¹. Este razonamiento del TJCE parece difícilmente rebatible. Conforme a la normativa comunitaria en vigor, art. 18 TCE y la Directiva 90/364, es obvio que un menor de corta edad que dispone de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad es titular del derecho de libre circulación y residencia, ya que el ejercicio de tales derechos no se supedita a una determinada edad. Asimismo, la extensión de la aplicación de este derecho a la progenitora del menor de corta edad, nacional de tercer Estado, a pesar de no contar con el apoyo expreso de ninguna norma comunitaria, puede fundamentarse no sólo en el derecho al respeto a la vida familiar, sino en los principios generales de los que ha

³⁹¹ *Vid.* en este sentido, STJCE de 20 de septiembre de 2001, C-184/99, *Grelczyk*, y la nota de F. David, “La citoyenneté de l’Union, statut fondamental des ressortissants des Etats membres”, *Rev.trim.dr.eur.*, 2003, pp. 561-578; STJCE de 17 de septiembre de 2002, as. C-413/99, *Baumbast*, *vid.* nota de S. Bode en *EuZW*, 2002, pp. 767-768; R. C. A. White, “Free Movement, Equal treatment, and Citizenship of the Union”, *ICLQ*, vol. 54, octubre 2005, pp. 885-906, p. 885; E. Urso, “Il Diritto di famiglia nella prospettiva europea”, *Il Diritto di famiglia nell’Unione Europea*, Padua, CEDAM, 2005, pp. 515-611, pp. 532-533; D. Martin, “Comments on Mazzoleni (ex parte Guillaume) (case C-165/98 de 15 de marzo de 2001), Lecler (case C-43/99 de 31 de mayo de 2001) and Grelczyk (case C-184/99 de 20 de septiembre de 2001)”, *EJML*, núm. 4, 2002, pp. 127-144; STJCE de 12 de mayo de 1998, as. C-85/96, *Martínez Sala*, (*vid.* O’Leary, “Putting Flesh on the Bones of European Union Citizenship”, *Europ. L. Rev.*, n° 24, 1999, pp. 68-79); STJCE de 2 de octubre de 2003, as. C-148/02, *Carlos García Avello*.

hecho uso el TJCE en su dilatada jurisprudencia, como la teoría del efecto útil que será analizada posteriormente.

B) Un incipiente derecho de libre circulación para los residentes de larga duración

Aparte de los familiares de los titulares originarios del derecho de libre circulación, ningún otro nacional de tercer Estado es titular del derecho, ni siquiera los residentes de larga duración³⁹². Aunque esta afirmación ha de ser matizada. El residente de larga duración es aquél nacional de tercer Estado que lleva residiendo legalmente en el territorio de un Estado miembro por un periodo legal e ininterrumpido de cinco años (art. 4). La Directiva relativa al estatuto del residente de larga duración establece que, para convertirse en un verdadero instrumento de integración social, el estatuto del residente de larga duración deberá garantizar la igualdad de trato del residente con los ciudadanos del Estado

³⁹² Directiva CE 2003/109 del Consejo de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. DOCE L 16/44 de 23.1.2004. *Vid.* E. Crespo Navarro, “La Directiva 2003/109 del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración”, *RDCE*, núm. 18, 2004, pp. 531-552; S. Peers, “Implementing equality? The Directive on Long-Term Resident Third-Country Nationals”, *Europ. L. Rev.*, vol. 29, 2004, pp. 437-460; K. Fach Gómez, “Propuesta de Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en la UE”, *RDME*, vol. 2, 2003, pp. 53-64; J. García Blesa, “Los derechos de los inmigrantes permanentes en la Union Europea: un test sobre la accion de integracion comunitaria”, *IV Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, 2005, en prensa.; E. Guild, “Exceptionalism and the Rule of Law in the EU: the Case of Long-Term Resident Immigrants”, *European Liberty and Security: Security issues, Social Cobesion and Institutional Development of the European Union*, documento extraído de www.eliseconsortium.org; A. Olesti Rayo, “El estatuto de los residentes de larga duración: comentario a la Directiva del Consejo 2003/109 de 25 de..”, *loc. cit.*, disponible previa suscripción en www.iustel.com; S. Boelaert-Suominen, “Non-EU Nationals and Council Directive 2003/109/CE on the Status of Third-Country Nationals Who Are Long-Term Residents: Five Paces Forward and Possibly Three Paces Back”, *CMLR*, núm. 42, 2005, pp. 1011-1052.

miembro (considerando 12). El Consejo Europeo de Tampere³⁹³ fue el que definió los elementos básicos de la política de la UE sobre asilo e inmigración, entre los que incluyó la exigencia de garantizar al nacional de tercer Estado que resida legalmente en el territorio de la UE un trato justo y no discriminatorio que se aproxime al estatuto jurídico de los ciudadanos comunitarios y facilite su integración³⁹⁴. Como respuesta a esta exigencia, la Comisión presentó una Comunicación sobre “una política comunitaria de migración”, en la que propone la concesión a los nacionales de terceros Estados de un estatuto jurídico que estaría compuesto por una serie de derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la UE³⁹⁵. Dicho estatuto iría desarrollándose progresivamente, en función de la duración de la residencia, hasta alcanzar el reconocimiento de una “ciudadanía cívica” en el Estado miembro de residencia³⁹⁶. Ésta podría ser, a juicio de la Comisión, bien una garantía suficiente en sí misma para la integración social del inmigrante, o bien, en su caso, un primer paso hacia la adquisición de la nacionalidad del Estado miembro en cuestión. Pues bien, la Directiva relativa al estatuto del

³⁹³ Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999. Boletín-UE 10, 1999.

³⁹⁴ Puntos 18 a 21 de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere.

³⁹⁵ COM (2000) 757 final, de 22 de noviembre de 2000. De todas formas esta no fue la primera propuesta en este sentido, sino la Resolución del Consejo, adoptada el 4 de marzo de 1996, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países que sean residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros en la que se instaba a la equiparación de los nacionales de terceros Estados con los nacionales comunitarios en determinados ámbitos específicos (DOCE C 80 de 18 de marzo de 1996).

³⁹⁶ Hay autores que opinan que la necesidad de reforzar el estatuto de residente de larga duración no puede hacerse, de ningún modo, a costa de desvirtuar el estatuto de ciudadanía de la Unión. *Vid.* C. Jiménez Piernas, “La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia...”, *loc. cit.*, pp. 887-888; E. Crespo Navarro, “La Directiva 2003/109 del Consejo relativa...”, *loc. cit.*, p. 538.

residente de larga duración plasma en su articulado los objetivos de la Comisión, estableciendo una serie de ámbitos en los que debe reflejarse la igualdad entre el ciudadano comunitario y el residente de larga duración, como la obtención de un puesto de trabajo asalariado, la educación y formación profesional, la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria, las ventajas sociales y fiscales, la libertad de asociación, afiliación y participación en organizaciones de trabajadores o empresarios, el acceso a bienes y servicios y el libre acceso a la totalidad del territorio del Estado miembro en cuestión; todo esto, según precisa el art. 11 *in fine*, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan extender el disfrute de la igualdad de trato a otros ámbitos distintos de los enumerados. Pero, junto a todos estos derechos, el progreso o avance consiste en otorgarle el derecho de libre circulación por el territorio de la UE.

La Directiva dispone que el nacional de un tercer Estado que sea residente de larga duración en un Estado miembro adquirirá el derecho a “residir” por un periodo superior a tres meses en el territorio de otros Estados miembros, bien para trabajar, bien para estudiar o simplemente para residir (art. 14.2). Esta situación presenta un paralelismo evidente con lo que ocurrió en los años 90 con la promulgación de las Directivas que extendieron el derecho de libre circulación a los nacionales comunitarios no activos económicamente³⁹⁷. Como ya se ha expuesto en la primera parte del capítulo, la extensión del derecho de libre circulación a los inactivos comenzó con la interpretación extensiva realizada por el TJCE de los supuestos que podían incluirse dentro del marco de las libertades económicas, y por el legislador comunitario después, con la promulgación

³⁹⁷ Véase *supra*, pp. 135-145.

de las Directivas 90/364, 90/365 y 93/96, relativas al derecho de residencia, al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional y derecho de residencia de los estudiantes, respectivamente.

La Directiva nunca menciona el término “libre circulación” sino que lo denomina “derecho de residencia”, porque no se trata de un derecho de libre circulación exactamente igual al de los nacionales comunitarios³⁹⁸. Los Estados pueden mantener restricciones al acceso al empleo (art. 14.3.1), y además podrán establecer las condiciones con arreglo a las cuales los residentes de larga duración que se trasladen a su país podrán ejercer una actividad económica. Además, se exige un permiso de residencia (art. 15.1), y pruebas de que el interesado dispone de recursos fijos y regulares y un seguro de enfermedad (art. 15.2). Estos dos últimos requisitos son lógicos, ya que se exigen también a los nacionales comunitarios cuando ejercen su derecho de libre circulación. Se prevén también requisitos adicionales para permitir la residencia en función de cual sea la razón de ésta³⁹⁹. Así, en el caso de residencia para el ejercicio de una actividad económica se podrá exigir, si es por cuenta ajena, prueba de que cuenta con un contrato de trabajo o con una propuesta en este sentido⁴⁰⁰, y si es por cuenta propia, prueba de que el interesado dispone de los recursos necesarios para ello. En caso de estudios o formación profesional se exigirá la matriculación en un centro

³⁹⁸ A partir de ahora siempre que se haga referencia a los nacionales comunitarios se entenderán incluidos los nacionales del EEE y los nacionales suizos, y los familiares de éstos, aunque sean nacionales de terceros Estados.

³⁹⁹ E. Crespo Navarro, “La Directiva 2003/109 del Consejo relativa...”, *loc. cit.*, p. 541.

⁴⁰⁰ El art. 15.4 a) i) permite a los Estados miembros exigir, conforme a su legislación, bien pruebas de que tiene un contrato de trabajo, bien una declaración del empleador, o bien una propuesta de contrato.

privado o público. También podrán requerir los Estados miembros que los residentes de larga duración cumplan las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional (art. 15.3). Tampoco incluye la Directiva una cláusula general de equiparación de derechos con los residentes comunitarios, ni se les reconoce el derecho al voto en las elecciones municipales y europeas como fundamental elemento de integración. Se excluyen, además, de su ámbito de aplicación, un conjunto de extranjeros, aunque sean residentes legales: los autorizados a residir en virtud de una protección temporal o por formas subsidiarias de protección, los estudiantes, doctorandos, temporeros, asalariados desplazados por un prestador de servicios..., porque, en definitiva, se piensa en la integración del trabajador permanente, asentado ya en el territorio de la UE⁴⁰¹.

A pesar de todos los requisitos que pueden exigir los Estados, el avance es notable. No hay que olvidar la naturaleza jurídica del instrumento que estamos analizando: una Directiva de mínimos. Ésta señala los límites más restrictivos que pueden establecer los Estados miembros, aunque la regulación puede ser mucho más favorable. Por lo que respecta a sus familiares, gozarán de un derecho de “residencia” derivado del de los residentes de larga duración, con el fin de mantener la unidad familiar. Si la familia ya estaba constituida en el Estado miembro de origen, la reagrupación será menos restrictiva que si no lo estaba (art. 16). En el primer caso, el Estado miembro está obligado a reagrupar a los familiares que establece la Directiva sobre reagrupación familiar de

⁴⁰¹ M. Moya Escudero, “¿Extranjería o extranjerías?”, *La inmigración en España. Contextos y alternativas. Tercer Congreso Nacional de Inmigración*, Granada, 2002, pp. 551-565.

nacionales de terceros Estados⁴⁰². No se supedita, por tanto, la concesión del derecho ni siquiera a un período de tiempo determinado⁴⁰³.

C) Derecho a viajar

Si bien es verdad que los nacionales de terceros Estados no gozan del derecho de libre circulación —con las salvedades expuestas—, sí tienen en cambio un derecho a viajar por el territorio de los Estados miembros por un periodo máximo de tres meses. Resulta oportuno indicar la distinción fundamental entre un derecho a la libre circulación y un derecho a viajar⁴⁰⁴. El derecho de libre circulación ha de ser entendido

⁴⁰² Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOCE L 251 de 3.10.2003).

⁴⁰³ La transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español no supondrá problemas, pero tampoco avances, ya que en la actualidad se recoge la situación administrativa de residente permanente a la que tienen derecho los que hayan residido cinco años en España, tras sucesivas obtenciones de autorizaciones de residencia temporal. No obstante, a tenor de lo preceptuado en el art. 72.3 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre, la autorización de residencia permanente puede también concederse sin necesidad de haber residido legalmente cinco años, cuando concurren determinadas circunstancias. Lógicamente estos nacionales de terceros Estados no podrán obtener el estatuto de residente permanente ni esgrimir su derecho a circular por el territorio de la UE. Por otro lado, y por lo que se refiere a la expulsión, si bien existe coincidencia en la causa, “por haber realizado actividad contraria al orden público”, no la hay por lo que se refiere a la “comisión de una tercera infracción grave siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza” (art. 54.e LO), lo que imposibilita la expulsión por esta causa para el residente de larga duración. Por último, tampoco aumentará la cota de derechos, puesto que el extranjero nacional de tercer Estado residente legal goza ya de todos los derechos en igualdad con los españoles, salvo el acceso a la función pública (sólo los que se rigen por el régimen comunitario) y el derecho al voto (*vid.* M. Moya Escudero, “Nota a la Directiva CE 2003/109 del Consejo de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración”, *AEPDIPr*, 2005, pp. 458-461; E. Crespo Navarro, “La Directiva 2003/109 del Consejo relativa...”, *loc. cit.*, pp. 548-552).

⁴⁰⁴ Esta distinción terminológica la han hecho, entre otros, T. Hoogenboom, “Integration into Society an Free Movement of Non-EC Nationals”, *EJIL*, nº 3, 1992,

como derecho de desplazamiento al territorio de otro Estado miembro, con la intención de trabajar, estudiar o residir. En cambio, cuando se hace referencia a los nacionales de terceros Estados, el derecho a desplazarse se limita a un derecho a viajar por el territorio de los Estados miembros durante un breve periodo de tiempo, exactamente hasta tres meses. Esta movilidad no conlleva ningún derecho a estancias que no sean de breve duración, ni la posibilidad de acceder al mercado de trabajo en el territorio de los Estados miembros. La finalidad de la UE no es favorecer el reconocimiento del derecho a los nacionales de terceros Estados con el fin de facilitar su entrada y tránsito por el territorio de la UE, sino que, *a sensu contrario*, las medidas llevadas a cabo en este ámbito material, tienen el objetivo de facilitar la libre circulación de los titulares de este derecho⁴⁰⁵.

El Convenio de Aplicación Schengen (arts. 18 y ss) es el que regula actualmente las estancias hasta tres meses, mientras que las más prolongadas se configuran como política de inmigración, es decir, encuentran su base jurídica en el Título IV⁴⁰⁶. Son beneficiarios del Derecho a viajar aquellos extranjeros que estando en posesión de un visado hayan cumplido las condiciones de entrada necesarias para el cruce de las fronteras exteriores. Tales personas gozan de un derecho a transitar

pp. 36-52, p. 39; I. Blázquez Rodríguez, *Los nacionales de terceros países en la...*, *loc.cit.*, pp. 133-135.

⁴⁰⁵ I. Blázquez Rodríguez, *Los nacionales de terceros países en la...*, *loc.cit.*, p. 128.

⁴⁰⁶ Existía una Propuesta de Directiva relativa a las condiciones en las que los nacionales de terceros países pueden viajar libremente por el territorio de los Estados miembros por un periodo no superior a tres meses por la que se introduce una autorización específica de viaje y por la que se fijan las condiciones de entrada para desplazamientos de una duración no superior a tres meses (DOCE C 270 E, de 25 de septiembre de 2001), aunque finalmente fue retirada por la Comisión el 17 de marzo de 2006 (DOCE C 64, de 17 de marzo de 2006).

libremente por el territorio de los Estados miembros durante el periodo de validez de su visado y con un máximo de tres meses desde su entrada. Los extranjeros exentos de la obligación de visado pueden, asimismo, circular libremente por el “espacio Schengen” por un lapso máximo de tres meses a partir de la fecha de su primera entrada. Además, se reconoce el mencionado derecho a aquellos extranjeros titulares de un permiso de residencia expedido por una de las partes contratantes.

D) La nacionalidad como criterio de atribución del Derecho de libre circulación

Del análisis del ámbito de aplicación personal del derecho de libre circulación de personas realizado se infiere que los ciudadanos procedentes de terceros países han pasado a ser los verdaderos extranjeros no sólo frente a los propios Estados miembros, sino también frente a la Unión Europea⁴⁰⁷. Quienes acceden a Europa por razón de inmigración, se ven excluidos, al menos a título principal, de la libre circulación de personas y de la condición de ciudadanos de la UE por no poseer la nacionalidad de uno de los Estados miembros. La titularidad de este derecho la otorga, hoy por hoy, la nacionalidad, no la residencia. Y no hay que olvidar que la legislación sobre nacionalidad de los Estados miembros de la Unión Europea se encuentra dentro de las competencias exclusivas de éstos y, por ende, que los legisladores nacionales son autónomos a la

⁴⁰⁷ *Vid.* sobre la conexión entre nacionalidad y ciudadanía M. Moya Escudero y A. Rubio Castro, “Nacionalidad y ciudadanía: una relación a debate”, *Ciudadanía e inmigración*, ACFS, nº 37, 2003, pp. 105-155.

hora de determinar las reglas de adquisición de su nacionalidad sin que el legislador comunitario pueda inmiscuirse en ello⁴⁰⁸.

Los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas han guardado desde el principio, y a través de sus sucesivas modificaciones, un celo evidente en concretar el ámbito de aplicación territorial de sus normas. Esta concreción la han logrado con la expresa mención de las partes del territorio nacional de aquellos Estados miembros que pudieran resultar dudosas⁴⁰⁹. En contraposición, los Tratados constitutivos no recogen ni siquiera referencias mínimas en cuanto a la determinación del ámbito personal, esto es, cuándo debe entenderse que una persona es nacional de uno de los Estados miembros. Y, sin embargo, la utilización del concepto de nacionalidad estaba presente para hacer realidad la libre circulación de personas, la creación de un único mercado laboral, bajo el principio de no discriminación, así como la aplicación del nuevo concepto de ciudadanía europea introducido por Maastricht⁴¹⁰. Aún así, las normas sobre atribución de la nacionalidad, se dejaron a las disposiciones legislativas de cada Estado miembro⁴¹¹. Para mayor constancia de esta posición, la Declaración 2ª, relativa a la nacionalidad de un Estado Miembro que acompaña el Tratado de Maastricht, dejaba claro que “la cuestión de saber si una persona tiene la nacionalidad de un Estado

⁴⁰⁸ G. R. De Groot, “Towards a European Nationality Law”, *EJCL*, vol. 8.3, octubre 2004, pp. 1-37.

⁴⁰⁹ Así, los departamentos franceses de Ultramar, las islas Canarias, las islas Åland, las islas Azores y Madeira para incluirlos, o los países y territorios de ultramar, las islas Feroe, las zonas bajo soberanía británica en Chipre, las islas Anglo-Normandas, y la isla de Man, para excluirlas.

⁴¹⁰ M. I. García Catalán, “La adquisición de la nacionalidad a la luz de la política de inmigración europea”, www.ecsanet.org/dialogue/contributions/García_Catalán.doc, Bruselas, 20 y 21 de marzo de 2002, p. 2.

⁴¹¹ A. del Valle Gálvez, “Extranjería, ciudadanía y fronteras...”, *loc. cit.*, p. 210.

miembro se regula únicamente por referencia al derecho nacional del Estado concernido”⁴¹². Y en el mismo sentido se pronuncia reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴¹³.

Por estos motivos, la conveniencia de armonizar las diferentes legislaciones sobre nacionalidad de los Estados miembros ha sido planteada hace tiempo⁴¹⁴. La falta de armonización puede suponer un caldo de cultivo para el *law shopping* y reconducir los flujos migratorios hacia los países cuya regulación sea menos exigente. Las posibilidades de llegar a adquirir la nacionalidad del Estado miembro de acogida pueden pesar en la decisión del nacional de un tercer país a la hora de establecerse en uno u otro de los países de la Comunidad, tanto como otros factores como las condiciones de entrada o residencia, o la situación del mercado laboral⁴¹⁵. La opción del legislador comunitario sobre la armonización se vuelca exclusivamente, sin embargo, sobre las normas extranjería, especialmente las de entrada y residencia.

⁴¹² Declaración relativa a la nacionalidad de un Estado miembro, aprobada por la Conferencia Intergubernamental de 1992.

⁴¹³ Desde la STJCE de 7 de julio de 1992, as. 369/90, *Micheletti*, hasta la STJC de 20 de febrero de 2001, as. C-192/99: “la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad, es, de conformidad con el derecho internacional, competencia de cada Estado miembro”. En este mismo sentido la STJCE de 20 de febrero de 2001, as. C- 192/99, *Kaur*). Tal como pone de relieve A. del Valle Gálvez estos pronunciamientos pueden tener lecturas críticas pues el “enfoque orilla importantes cuestiones como la del alcance del control del respeto al Derecho internacional y comunitario por las particulares normativas estatales de nacionalidad”, (*vid.* A. del Valle Gálvez, “Extranjería, ciudadanía y fronteras...”, *loc. cit.*, p. 210).

⁴¹⁴ *Vid.* en este sentido A. Evans, “Nationality Law and European Integration”, *Europ. L. Rev.*, 1991, pp. 190-215, p. 191.

⁴¹⁵ *Vid.* como ejemplo la STJCE de 19 de octubre de 2004, as. C-200/02, *Chen & Zhu v. Secretary of State of the Home Department*. Los nacionales de terceros Estados — debidamente asesorados— deciden acceder a la UE a través de Irlanda del Norte para que al nacer su hija el ordenamiento de este país le atribuyese la nacionalidad irlandesa por *ius soli*.

Hay sectores doctrinales que empiezan a plantear la conveniencia de suplantar el concepto eje de nacionalidad por la residencia, como factor de discriminación clave a la hora de asignar unos u otros derechos en el disfrute de las posibilidades que ofrece el mercado único⁴¹⁶. Si esto llegara a suceder, el concepto de ciudadanía de la Unión, entendida como una suerte de extranjería atenuada o privilegiada, dejaría de vincularse a la nacionalidad de un Estado miembro, para fundarse sobre la base de la residencia en el territorio comunitario⁴¹⁷. La crisis del concepto de Estado-Nación es la que lleva a plantearse la conveniencia de alejarse de términos tradicionales, como *ius soli* o *ius sanguinis* a la hora de establecer un vínculo entre una persona y un Estado, a favor de otros conceptos como *ius connectionis* o país con el que una persona mantiene unos vínculos más estrechos y efectivos⁴¹⁸. Resultaría deseable para una más profunda integración europea desvincular el derecho a la libre circulación de las

⁴¹⁶ P. de Miguel Asensio, “El Derecho internacional privado ante la globalización”, *AEDIPr*, vol. I, 2001, pp. 37-87, p. 79; D. Kostakopoulou, “EU Grants European Denizenship to Long-Term Resident Nationals of Third Countries”, www.foreview.com/magazine. La autora entiende que esta sustitución debería operar al menos para los residentes de larga duración. Para J. de Lucas la opción debe ser “transferir el vínculo de ciudadanía desde la nacionalidad a la residencia” (*vid.* J. De Lucas, “La herida original de las políticas de inmigración”, *Isegoria*, n° 26, junio 2002, pp. 59-84, pp. 82-83). Esta idea no es compartida por A. Rubio Castro y M. Moya Escudero, que opinan que “si se opta por la residencia frente a la nacionalidad se corre el riesgo, dada la movilidad geográfica que la globalización impondrá a la masa trabajadora, de construir una ciudadanía encerrada en lo privado, en los derechos civiles y laborales, y alejada del compromiso político. Parece peligroso ante el futuro de inestabilidad que se avecina diluir los pocos vínculos políticos que la globalización aún no ha logrado pulverizar” (*vid.* “Nacionalidad y ciudadanía: una relación...”, *loc. cit.*, p. 150).

⁴¹⁷ H. Oger, “Residence’ as the New Additional Inclusive criterion for citizenship”, *WebJCLI*, n° 5, 2001, disponible en <http://webjcli.ncl.ac.uk/>. *Vid.* H. Gaudement-Tallon, “Nationalité, statut personnel et droits de l’homme”, *Festschrift für Erik Jayme*, München, European Law Publisher, 2004, pp. 205-223.

⁴¹⁸ M.I. García Catalán, “La adquisición de la nacionalidad a la luz...”, *loc. cit.*, p. 9.

personas de todo condicionante diferente del de ostentar la ciudadanía comunitaria, aunque no es previsible que se alcance esta situación en un futuro inmediato⁴¹⁹.

2. **Ámbito de aplicación espacial**

A) **Carácter ambivalente de la libre circulación de personas**

La cuestión central en este epígrafe estriba en determinar qué elementos de conexión pueden considerarse suficientes para que una situación pueda considerarse como intracomunitaria y no puramente interna. El ámbito de aplicación espacial de las libertades comunitarias no es homogéneo. Para aplicar el Derecho comunitario es necesario, en la mayoría de los casos, un “referente comunitario”, algún elemento de contacto con otro Estado miembro. Sin embargo, por lo que respecta a la libre circulación de personas, esta conexión es variable. Es la peculiaridad de esta libertad frente a las demás proclamadas en el TCE. En unos supuestos aquél referente lo constituirá el lugar de celebración del acto, el origen de la formación profesional, etc, pero, en otros, será suficiente ostentar la nacionalidad de un Estado miembro distinta a la del Estado miembro en que se reside. La razón de esta diversidad es el carácter ambivalente de la libre circulación de personas, según se contemple desde la perspectiva económica o política. Diferenciar nítidamente estas dos situaciones será el único modo de no extraer conclusiones erróneas tras la

⁴¹⁹ R. Arenas García, “La incompatibilidad del Derecho español con le comunitario en materia de reagrupación de familiares de comunitarios (Comentario a la STJCE (Sala 2ª) de 14 de abril de 2005)”, *La Ley UE*, nº 6350, de 31 de octubre de 2005, pp. 1-5, p. 2.

lectura de las decisiones del TJCE⁴²⁰. El análisis que se realiza intentará poner de manifiesto que no sólo existen dos modos de ejercitar el derecho de libre circulación de personas, sino que correlativamente han surgido dos tipos de ciudadanía de la UE: la “económica” y la “política”.

- a) *Ámbito de aplicación espacial de la libre circulación de personas como libertad económica*

El ámbito de aplicación espacial de la libre circulación de personas como libertad económica está limitado a los supuestos intracomunitarios. No basta ostentar una nacionalidad distinta a la del Estado miembro donde se está residiendo para que resulte de aplicación la normativa comunitaria. Será necesario otro tipo de conexión que dependerá de la libertad que se pretenda ejercer: domicilio o residencia de la persona física, lugar de celebración del acto, origen de la formación o titulación profesional, lugar de la recepción o la prestación del servicio⁴²¹. La libre circulación de personas es el presupuesto necesario para ejercer otra

⁴²⁰ Afirmaciones tales como que el TJCE ya no piensa en el individuo como operador económico, o que en un futuro cercano ya no existirán supuestos puramente internos, son fruto de esta confusión, y se refieren únicamente al ámbito de aplicación espacial de la libre circulación de personas como libertad política. En este sentido, A. Mattera, “Civis europeus sum. Citoyenneté européenne, droit de circulation, et de séjour, application directe de l’article 8 A du traité CE”, *Rev. MU. eu.*, nº 3, 1998, pp. 5-28; E. Spaventa, “From Gebhard to Carpenter: Towards a (non-) Economic European Constitution”, *CMLR*, 2004, pp. 743-773.

⁴²¹ *Vid.* en particular STJCE de 28 de junio de 1984, as. 180/83, *Moser*; STJCE de 7 de febrero de 1979, as. 115/78, *Knors* (*vid.* Nota de G. Morse, *Europ. L. Rev.*, 1979, pp. 377-378); STJCE de 6 de octubre de 1981, as. 246/80, *Broeckmeulen* (*vid.* Nota de L. Gormley, *Europ. L. Rev.*, 1982, pp. 37-42; Nota de G. Druesne, *Rev. trim. dr. eur.*, 1981, pp. 776-778); STJCE de 10 de julio de 1991, as. C-294/89, *Comisión/Francia*; STJCE de 2 de octubre de 2003, as. C-148/02, *Carlos García Avello c. État Belge*, DOCE C 275, de 15 de noviembre de 2003; STJCE de 19 de octubre de 2004, as. C-200/02, *Chen & Zhu v. Secretary of State of the Home Department*.

libertad económica: libre prestación y recepción de servicios, libertad de establecimiento o libre circulación de trabajadores.

Con el objetivo de proceder a una correcta diferenciación de estas situaciones se analizan, en primer lugar, tres pronunciamientos del TJCE (*Sodemare*, *Cowan* y *Carpenter*) en los que la libre circulación de personas se convierte en un derecho instrumental, imprescindible para ejercer otra libertad comunitaria. Con el análisis de estos supuestos se pretende poner de manifiesto que el referente comunitario es diferente dependiendo de la libertad que se esté ejerciendo y que en la mayoría de las ocasiones es necesario hacer uso de la libertad de circulación por el territorio de la UE para ejercitar otra libertad de tipo económico. El asunto *Sodemare*⁴²² constituye un gráfico ejemplo de este extremo. La sociedad luxemburguesa Sodemare constituyó en Italia otra sociedad para explotar varias residencias de ancianos. Una de ellas se encontraba en Lombardía, región en la cual se reserva a las sociedades sin ánimo de lucro la prestación de servicios de asistencia social de carácter sanitario. Las cuestiones prejudiciales que se elevan al TJCE son, entre otras, si se puede invocar en este caso el Derecho comunitario, si con esto se restringe la libre prestación de servicios, o si se trata de un supuesto puramente interno. El Tribunal afirma que no se trataría de prestación de servicios, porque el requisito de la ocasionalidad es fundamental, y la sociedad luxemburguesa participa de forma estable y continua en la vida económica italiana, con lo que en todo caso, se aplicarían las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento (FJ 24). La cuestión, por tanto, estaría en determinar si la necesidad de inexistencia de ánimo de lucro (en el ámbito del sistema de asistencia social), puede suponer una restricción a la

⁴²² STJCE de 17 de junio de 1997, as. C-70/95, *Sodemare*; *vid.* M. Nogueira Gustavino, “Reseña de la jurisprudencia del TJCE en el primer semestre de 1999”, *RMTAS*, nº 27, 1999, pp. 179-221, p. 179-185.

libertad de establecimiento o no. El Tribunal concluye que se trata de un supuesto puramente interno, y que no existe restricción alguna, con lo que no se aplicaría el Derecho comunitario sobre libertad de establecimiento.

Admitido lo anterior, es necesario dilucidar si sería de aplicación el Derecho comunitario a los nacionales de otros Estados miembros que se desplazan a Lombardía para establecerse en la residencia de ancianos que explota la sociedad Sodemare. Al respecto, el Tribunal establece que falta, una vez más, el requisito de la ocasionalidad: “los nacionales de otros Estados miembros que se trasladan a Italia para alojarse en las residencias de la sociedad luxemburguesa, desean acogerse con carácter permanente o por tiempo indefinido a los servicios prestados en dicha residencia” (FJ 39). Por tanto, no les es aplicable la normativa comunitaria sobre libre prestación de servicios, porque van a fijar su residencia en Italia. El hecho de que su desplazamiento fuera un cambio de domicilio definitivo, dada la naturaleza del servicio, bastó para entender que se trataba de un supuesto puramente interno italiano, con independencia de la nacionalidad de los destinatarios del servicio (que eran daneses).

El Tribunal niega la aplicación del Derecho comunitario por inexistencia de los presupuestos necesarios. Ciertamente, la legislación italiana no restringe la libertad de establecimiento. No obstante, sería incorrecto inferir de esta argumentación que se trata de un supuesto puramente interno. Es cierto que no puede aplicarse la normativa comunitaria sobre libre prestación de servicios, ni sobre libertad de establecimiento, pero los nacionales de otros Estados miembros que se desplazan a Italia para establecerse en la residencia de ancianos están ejerciendo su derecho de libre circulación de personas, que les permite no solo desplazarse, sino residir en otro Estado miembro. El derecho de libre

circulación de personas se está utilizando en este caso de una forma instrumental. Desde el punto de vista de los nacionales de otros Estados miembros sería de aplicación el art. 18 TCE (estatuto de ciudadano de la Unión). El TJCE no se pronuncia acerca de la trascendencia que pudiera tener la ciudadanía de la Unión en este asunto. No lo hace porque la cuestión prejudicial la eleva la región de Lombardía, por una parte, y la sociedad Sodemare por otra, para dilucidar si la legislación italiana restringía las libertades comunitarias de la sociedad, y no los particulares que se desplazan hasta Italia para ingresar en la residencia de ancianos. Pero, el que no se pronuncie al respecto, no significa que se trate de un supuesto meramente interno en todos los niveles, sino sólo a los efectos de la libre prestación de servicios, donde la conexión nacionalidad tiene valor cero⁴²³. De todas formas, aunque en el fondo se trate de un supuesto intracomunitario, la única consecuencia sería la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, es decir, la igualdad de trato con los nacionales italianos, lo que no aportaría en este supuesto ninguna ventaja a los usuarios de la residencia de la tercera edad.

El planteamiento realizado hasta ahora puede reforzarse con el análisis de otros pronunciamientos del TJCE, en los que la libre circulación de personas es el presupuesto del ejercicio de otra libertad comunitaria. Entre los más destacados está el asunto *Cowan*⁴²⁴. La cuestión se suscita en el marco de un litigio entre el Estado francés y un nacional británico, y versa sobre la indemnización del perjuicio resultante de una

⁴²³ S. Sánchez Lorenzo, "Libertades comunitarias y nacionales de terceros Estados", *AEDIPr*, 2005, pp. 253-267, p. 264.

⁴²⁴ STJCE de 2 de febrero de 1989, as. 186/87, *Cowan*; *vid.* nota de A. Arnulf, *Europ. L. Rev.*, 1989, pp. 166-169; S. Hackspiel, *NJW*, 1989, pp. 2166-2171; S. Weatherill, *CMLR*, 1989, pp. 563-581; M. Simon-Depitre, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1990, pp. 88-91; J. Melters de Wilmars, *Cahiers dr. europ.*, 1990, pp. 393-402.

agresión violenta de que fue víctima a la salida de una estación de metro, con ocasión de una estancia de turismo en París. De dicha indemnización sólo podían beneficiarse los nacionales franceses o los titulares de un permiso de residencia. El TJCE estimó en este asunto que la legislación nacional francesa impedía a los turistas desplazarse libremente a otro Estado miembro a fin de recibir en él prestaciones de servicios. Esto hubiese sido suficiente para aplicar la normativa comunitaria. Lo considera un supuesto intracomunitario porque se trata de un receptor de servicios, al que una legislación nacional le está restringiendo su derecho a recibir dichas prestaciones⁴²⁵. Sin embargo, el TJCE incluye en su sentencia el argumento de la no discriminación por razón de nacionalidad. Y lo hace porque está implicada la libre circulación de personas que es requisito indispensable para hacer turismo, y ser, por tanto, receptor de servicios. Afirma el Tribunal que “cuando el Derecho comunitario garantiza a una persona física la libertad de desplazarse a otro Estado miembro, la protección de la integridad de esta persona en el Estado miembro de que se trata, en pie de igualdad con los nacionales y con las personas que residen en él, constituye el corolario de esta libertad de circulación. El principio de no discriminación se aplica a los destinatarios de servicios en el sentido del Tratado” (FJ 17).

La complejidad que introduce la conexión entre la libre circulación de personas y las demás libertades económicas origina que los pronunciamientos del TJCE sean en ocasiones confusos y poco claros. Quizás, en determinados supuestos, fuese más clarificador aplicar directamente el art. 18 TCE, el estatuto de ciudadano de la Unión. Es cierto que en el Sr. Cowan es un receptor de servicios, pero puede resultar

⁴²⁵ *Vid.* en este sentido J. Hanlon, *European Community Law*, Londres, Thomson, 2003, p. 210.

un poco forzado afirmar que la legislación francesa sobre indemnizaciones en caso de agresión va a desincentivar el libre desplazamiento de los ciudadanos comunitarios que pretendan hacer turismo. Es más correcto establecer que el Sr. Cowan ejerció su derecho de libre circulación de personas, y en consecuencia debe aplicarse el principio de igualdad de trato con los nacionales franceses, con lo que le corresponde la indemnización exactamente igual que le correspondería a un nacional francés.

La pretensión fundamental de esta tesis es el análisis de la interacción entre el derecho de libre circulación de personas, el Derecho de extranjería y el Derecho de familia. Lo interesante es, por tanto, investigar en qué medida se pueden relacionar estos tres conceptos en el marco del ámbito de aplicación espacial del Derecho comunitario.

Dicha relación existe, y se puede concretar en la siguiente afirmación: los familiares nacionales de terceros Estados de los nacionales comunitarios no quedan incluidos en la protección comunitaria salvo que previamente estos últimos hayan ejercido alguna de las libertades que les confiere el TCE, toda vez que los supuestos puramente internos, vinculados en todos sus extremos esenciales con un único Estado, se encuentran fuera del ámbito de aplicación espacial del Derecho comunitario⁴²⁶.

⁴²⁶ Entre los pronunciamientos más llamativos nos encontramos con la STJCE de 27 de octubre de 1982, as. 35/82 y 36/82, *Morson y Jhanjan*. En este caso, las demandantes domiciliadas en Surinam habían optado por la nacionalidad de este Estado, mientras que sus hijos, residentes en Holanda, conservaban la nacionalidad de este país. Las recurrentes se trasladaron a Países Bajos y solicitaron el permiso de residencia para permanecer junto a sus hijos sobre la base del art. 10 del Reglamento 1612/68. El TJCE resolvió en contra de las demandantes señalando que los trabajadores comunitarios, hijos de las recurrentes, residían y ejercían su actividad en el Estado de su nacionalidad. Por ello no era posible invocar la aplicación del art. 10 mencionado ni

Para que los citados nacionales de terceros Estados puedan ser titulares de forma derivada de la libre circulación de personas, es necesario que el familiar del que van a depender ejerza alguna libertad comunitaria⁴²⁷. Esta tesis es la mantenida por el TJCE en el asunto *Carpenter*⁴²⁸. El caso gira en torno a una nacional filipina contra la que el Reino Unido ha dictado una orden de expulsión. Está casada con un nacional británico y su pretensión es ser tratada en Reino Unido como una beneficiaria de las libertades comunitarias por este motivo. Su marido, el Sr. Carpenter, dirige una empresa que está establecida en el Reino Unido, pero que vende espacios publicitarios a anunciantes establecidos en otros Estados miembros. Por este motivo el TJCE considera que el Sr.

los arts 7 y 48 TCEE. En La STJCE de 25 de julio de 2002, As. C- 459/99, *MRAX*, el TJCE señala que “la normativa comunitaria relativa a la libre circulación de los trabajadores, a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento no puede aplicarse a situaciones que no presenten algún punto de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho comunitario. En consecuencia, dicha normativa no puede aplicarse a la situación de personas que no hayan ejercido nunca dichas libertades” (apartado 39). *Vid.* E. Urso, “Il Diritto di famiglia nella prospettiva...”, *loc. cit.*, pp. 533-534.

⁴²⁷ Aunque cada Estado miembro puede, si quiere, incluir a los familiares de sus propios nacionales dentro del ámbito de la protección comunitaria. Así ha sucedido en España, *vid. infra*, pp. 212-218.

⁴²⁸ STJCE de 11 de julio de 2002, as. C-60/00, *Carpenter*. *Vid.* G. Toggenburg, “Familienangehörige aus Drittstaaten: der Schutz des Familienlebens als trompe d’oeil-Tor zum Binnenmarkt?”, *Europ. L. Rep.*, núm. 9, 2002, pp. 319-328; J y F Vanneste, “Case C-60/00. Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department”, *Col. J. Europ. L.*, vol. 9, 2003, pp. 447-455; S. Acierno, “Notes and Shorter Articles —The Carpenter judgment: Fundamental rights and the limits of the Community legal order”, *Europ. L. Rev.*, vol. 28, 2003, p. 399-407; M. Luby, “Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de Justice des Communautés Europeennes”, *Journ. dr. int.*, núm. 2, 2003, pp. 593-596; Editorial, “Freedoms unlimited? Reflections on Mary Carpenter v. Secretary of State”, *CMLR*, núm. 40, 2003, pp. 537-543. U. Mager, “Dienstleistungsfreiheit und Achtung des Familienlebens. C-60/00 Mary Carpenter”, *Juristenzeitung*, vol. 58, Heft 4, 2003, pp. 204-207; E. Urso, “Il Diritto di famiglia nella prospettiva...”, *loc. cit.*, pp. 534-535; H. Toner, “Comments on *Mary Carpenter v. Secretary of State*, 11 de Julio 2002 (Case C-60/00)”, *EJML*, vol. 5, nº 1, 2003, pp. 163-172.

Carpenter es un prestador de servicios en el sentido del Derecho comunitario, y que lo sería incluso si no se desplazara para prestarlos (FJ 29), no es necesario siquiera que ejerza el derecho de libre circulación. Sentada esta premisa, es obvio que el Sr. Carpenter tiene derecho a ejercer su actividad en todo el mercado interior sin que se le impongan restricciones ilegales. La expulsión de su cónyuge le obligaría a irse a vivir con ella a Filipinas o a separarse de los miembros de la familia si él permaneciese en el Reino Unido. Afirma el Tribunal que en este caso la actividad profesional del Sr. Carpenter quedaría afectada, y se restringiría su derecho de la libre prestación de servicios. La normativa de extranjería del Reino Unido está limitando una libertad comunitaria.

Al ser el Sr. Carpenter un prestador de servicios en el sentido del art. 49 TCE, aunque nunca hubiese ejercitado su derecho de libre circulación de personas, se considera a su cónyuge incluida en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria. Se le concede un derecho de libre circulación derivado del de su marido. Nótese que el Tribunal no afirma que la normativa nacional restrinja el derecho a circular y residir en otros Estados miembros del ciudadano comunitario, sino que se limita el derecho a la libre prestación de servicios, pero la consecuencia es que se concede al cónyuge un derecho de libre circulación. El pronunciamiento del Tribunal no se basa en la restricción del derecho de libre circulación de personas, sino en la restricción al derecho de libre prestación de servicios. A la postre, no se trataba de un derecho personal de su esposa, sino de una restricción a la propia prestación de servicios transfronteriza del señor Carpenter.

Como pone de relieve el asunto Carpenter, para que el Derecho comunitario sea de aplicación a los familiares nacionales de terceros

Estados, es imprescindible que el nacional comunitario del que dependen haya ejercido alguna libertad comunitaria. Así lo pone de manifiesto el TJCE en los asuntos *Akrich*⁴²⁹, *Singh*⁴³⁰ y *Comisión v. Reino de España*⁴³¹. Se analizan por el Tribunal, en todos los casos, los derechos del cónyuge nacional de tercer Estado de un comunitario que ha ejercitado su derecho de libre circulación y ha abandonado su Estado miembro de origen para establecerse y trabajar en otro Estado miembro. Para que el derecho del nacional comunitario a circular y residir en cualquier otro Estado miembro de la UE no se vea restringido es necesario que pueda ser acompañado por su cónyuge. Además, es imprescindible que si pretende regresar a su país de origen, se le siga aplicando a su cónyuge nacional de tercer Estado la normativa comunitaria.

⁴²⁹ STJCE de 23 de septiembre de 2003, as. C-109/01, *Akrich*. Vid. R. Plender, “Quo vadis? Nouvelle orientatio des regles sur la libre circulation des personnes suivant l’affaire Akrich”, *Cahiers dr. europ.*, 2004, núm. 1-2, pp. 261-288; G. Schaufler, “Wiedereinreise eines drittstaatsangehörigen Ehegatten nach Ausweisung”, *Europ. L. Rep.*, núm. 12, 2003, pp. 465-467; E. Spaventa, “Case C-109/01, Secretary of State for the Home Department v. H. Akrich, Judgement of the Full Court of 23 september 2003”, *CMLR*, vol. 42, 2005, pp. 225-240; R.C.A. White, “Conflicting Competences: Free Movement Rules and Immigration Laws”, *Europ. L. Rev.*, vol. 29, 2004, pp. 385-396, pp. 391-395; E. Pérez Martín, “La entrada y residencia de los cónyuges de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (STJCE de 23 de septiembre de 2003, asunto Akrich. C-109/01)”, *REDF*, n° 3, 2004, pp. 121-153.

⁴³⁰ STJCE de 7 de julio de 1992, as. C-370/90, *Singh*. Vid. Nota de M.C. Boutard-Labarde, *Journ. dr. int.*, 1993, pp. 426-427; R. White, *Europ. L. Rev.*, 1993, pp. 527-532. Véase también el análisis de J. Hanlon, *European Community...*, *loc. cit.*, pp. 192-196, que pone en relación este asunto con otros pronunciamientos del TJCE.

⁴³¹ STJCE de 31 de enero de 2006, as. C-503/03, *Comisión v. Reino de España*. En este asunto el TJCE condena a España por denegar la entrada a dos nacionales de terceros Estados (argelinos), cónyuges de nacionales españolas residentes en el Reino Unido e Irlanda respectivamente. Ellas habían ejercido su derecho de libre circulación, y pretendían volver a España con sus maridos. El referente comunitario es el desplazamiento de un Estado miembro a otro. Si no se hubiese producido España podría aplicar en este supuesto su normativa interna y no podría ser condenada por la incorrecta aplicación del Derecho comunitario. Sin embargo, las españolas, al ejercer su derecho de libre circulación, propician la inclusión de sus cónyuges argelinos en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

En el asunto *Akrich*, se discute la aplicación del derecho de libre circulación y residencia al cónyuge de un ciudadano de la UE (del Reino Unido), nacional de un tercer Estado (Marruecos), que había sido expulsado como inmigrante ilegal del Reino Unido en varias ocasiones. Ambos cónyuges trasladan su residencia a Irlanda para crear deliberadamente un derecho de residencia a favor del Sr. Akrich a su regreso al Reino Unido. El TJCE considera que la normativa de inmigración inglesa restringe en este caso el derecho de libre circulación de un nacional comunitario. Y ello a pesar de que esa ciudadana comunitaria sea británica: la legislación de su país limita el derecho de libre circulación de su propio nacional. No se considera un asunto puramente interno porque la nacional comunitaria ha ejercido su derecho de libre circulación, se ha desplazado a otro Estado miembro para trabajar. Desea volver a establecerse en su país de origen con su marido de nacionalidad marroquí. Si no se permite la entrada en el Reino Unido de su cónyuge nacional de tercer Estado, se restringe también su entrada, y se la disuade de ejercitar los derechos de circulación reconocidos por el TCE. El Tribunal concluye que el Reino Unido debe admitir al cónyuge la entrada y residencia en su territorio de acuerdo con la normativa comunitaria, y excluye la utilización de las normas internas de inmigración, que impedirían la residencia en el Reino Unido del cónyuge nacional de tercer Estado. El TJCE se muestra especialmente garantista con los derechos del nacional comunitario que ha ejercido su libertad de circulación. Para facilitar su derecho, le permite ir acompañado del cónyuge nacional de tercer Estado. De otro modo, su libertad de movimiento se convertiría en una quimera⁴³².

⁴³² S. Sanz Caballero, *La familia en la perspectiva internacional y europea*, Valencia, Tirant monografías, 384, 2006, p. 325.

Similar es la argumentación del TJCE en el asunto *Singh*. En esta sentencia, afirmó que una orden de expulsión adoptada por las autoridades británicas respecto al cónyuge no comunitario —de nacionalidad india— de una ciudadana británica, era contraria al Derecho comunitario. El argumento básico para llegar a este fallo, y admitir las pretensiones del demandante, fue el hecho de que habiendo residido durante cierto tiempo en Alemania, la esposa había hecho uso de la libertad comunitaria de libre circulación y residencia. El Tribunal argumentó que el efectivo ejercicio de esta libertad se vería seriamente obstaculizado si al regresar el Estado de origen el nacional comunitario no gozara de las mismas condiciones de entrada y residencia, por lo que se procedió a su inclusión al amparo de las normas sobre la libre circulación.

El nacional de un Estado miembro que se desplaza al territorio de otro Estado miembro para ejercer en él una actividad asalariada y regresa a su Estado de origen, goza del derecho a ser acompañado por su cónyuge, tanto cuando se desplaza como cuando regresa al territorio nacional. De otro modo se estaría obstaculizando la libertad de circulación del nacional comunitario.

La interacción entre la extranjería y la libre circulación de personas se refleja de forma clara en esta jurisprudencia. La norma de Derecho de extranjería nacional está limitando el derecho de libre circulación de un nacional comunitario. En estos supuestos el Tribunal considera que el familiar nacional de tercer Estado se rige por la normativa comunitaria, y se le otorga también la titularidad del derecho de libre circulación, aunque de forma derivada. Se introduce el Derecho comunitario en un supuesto que podría ser interno, porque de otra forma se limitaría la libre

circulación de personas. El cónyuge debe disfrutar, por lo menos, de los mismos derechos que le otorgaría el Derecho comunitario si su esposo/a entrase y residiese en el territorio de otro Estado miembro del que no es nacional.

b) **Ámbito de aplicación espacial de la libre circulación de personas como libertad política**

Cuando el ejercicio de la libre circulación no tiene un componente económico, el ámbito de aplicación de esta libertad no está restringido a los supuestos intracomunitarios, no es necesario siquiera el desplazamiento de un Estado miembro a otro, como en los supuestos anteriores. Según una reiterada jurisprudencia comunitaria, tener la nacionalidad de un Estado miembro distinto del Estado en el que se reside constituye un elemento suficiente para determinar la aplicación de las normas de Derecho comunitario, incluso cuando la persona que invoca dichas normas no haya cruzado nunca las fronteras del Estado miembro donde reside⁴³³.

Así lo ha señalado el TJCE en el asunto *Chen & Zhu*. El Gobierno del Reino Unido alega en este caso, que las demandantes nunca ejercitaron la libertad de circulación que les atribuye el Tratado, puesto que nunca abandonaron el Reino Unido para desplazarse a otro Estado

⁴³³ STJCE de 27 de septiembre de 1988, as. C- 235/87, *Matteucci*, en la que se discutía sobre el derecho de una ciudadana italiana, nacida y residente en Bélgica, donde trabajaba, a no ser discriminada en la concesión de una beca de perfeccionamiento. *Vid.* nota de M.C. Boutard Labarde, *Journ. dr. int.*, 1989, pp. 422-424; STJCE de 28 de octubre de 1975, as. C- 36/75, *Rutili*, *vid.*, nota de G. Lyon-Caen, *Rev. trim. dr. eur.*, 1976, pp. 141-144; M. Sweitzer, *NJW*, 1976, pp. 469-470; D. Wyatt, *Europ. L. Rev.*, 1976, pp. 217-221; L. Dubouis, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1979, pp. 301-318; C. Tomuschat, *Cahiers dr. europ.*, 1976, pp. 58-67; STJCE *García Avello*, *loc. cit.*

miembro. La nacionalidad irlandesa de Catherine, por tanto, constituye un elemento suficiente para excluir que el litigio sea puramente interno. No se discute que la estancia en Irlanda tenía como único objeto permitir que la niña que iba a nacer adquiriera la nacionalidad irlandesa⁴³⁴ y, en consecuencia, que se le reconociera, en su caso, a la madre, el derecho a residir con su hija en el territorio del Reino Unido, ya que la determinación de los modos de adquisición de la nacionalidad es competencia de cada Estado miembro, en este caso competencia de Irlanda⁴³⁵. En dicho país, hasta el 24 de junio de 2004, uno de los modos de adquisición de la nacionalidad era el simple hecho del nacimiento en la isla⁴³⁶. Irlanda era el único país de la UE que mantenía el criterio del *ius soli* puro, sin necesidad de acreditar ningún otro requisito, para otorgar la nacionalidad. La consecuencia es que ha existido un tipo de inmigración específica de nacionales de terceros Estados cuyos hijos han nacido en Irlanda y a los que se les ha atribuido la nacionalidad irlandesa, mientras

⁴³⁴ J. Ferrer Lloret, “El ejercicio de los derechos de la ciudadanía de la UE...”, *loc. cit.*, disponible previa suscripción en www.iustel.com. Aunque el TJCE no lo hace, en sus conclusiones, el Abogado General Tizzano sí entra a analizar el asunto desde la posible aplicación de la noción de abuso del derecho. A su entender, para que esta figura pueda ser aplicada, con carácter muy excepcional en el ámbito comunitario por la propia naturaleza de las relaciones entre este ordenamiento y los ordenamientos internos de los Estados miembros, “el criterio de referencia consiste básicamente en determinar si se ha producido una distorsión de la finalidad y de los objetivos de la norma comunitaria que confiere el derecho controvertido” (párrafo 112). Según el Abogado General “no estamos ante personas que se acogen abusiva o fraudulentamente al Derecho comunitario, distorsionando el alcance y la finalidad de las normas de dicho ordenamiento, sino ante personas que, conociendo el contenido de las libertades establecidas por el Derecho comunitario, las invocan, con medios legítimos, precisamente para conseguir el objetivo que la normativa comunitaria pretende garantizar, a saber, el derecho de residencia de la niña (párrafo 122).

⁴³⁵ Para un análisis del denominado “Birthright Citizenship” *vid.* A. Grossman, “Birthright Citizenship as Nationality of Convenience”, *Proceedings, Council of Europe, Third Conference on Nationality*, Strasbourg, 11-12 octubre 2004.

⁴³⁶ Así lo establecía la *Irish Nationality and Citizenship Act*, 1956 (No. 26 of 1956), en su art. 6.2: “Every person born in Ireland is an Irish citizen from birth.”

que sus progenitores seguían siendo nacionales de terceros Estados y, evidentemente, en la mayoría de los casos, en situación irregular.

La *Irish Supreme Court* había entendido, desde el caso *Fajujonu*⁴³⁷, que los menores tenían un derecho constitucional a la compañía y el cuidado de sus progenitores en Irlanda, y por tanto, aunque éstos fueran nacionales de terceros Estados, era necesario concederles un derecho de residencia en la isla. Pero este planteamiento cambió en 2003 con la Sentencia *Lobe and Osayande*⁴³⁸. La *Irish Supreme Court* ratificó el derecho constitucional del menor al cuidado y a la compañía de sus padres, pero especificó que para que estos pudieran residir en Irlanda eran necesarios unos requisitos adicionales, como por ejemplo, un tiempo “razonable” de residencia de la familia en Irlanda o que ésta haya hecho del país su hogar⁴³⁹. Toda la Sentencia se basa en la ponderación de dos derechos, el derecho constitucional de la vida en familia, y el derecho del Estado a

⁴³⁷ Irish Supreme Court Judgement, de 8 de diciembre de 1989, *Fajujonu v. Minister for Justice and Another*; El Tribunal señaló que: “when an alien has resided for an appreciable time in Ireland and has become a member of a family in Ireland containing children who are citizens, those children have a constitutional right to the company, care, and parentage of their parents within Ireland”.

⁴³⁸ Irish Supreme Court Judgement, de 28 de enero de 2003, *Lobe & Ors -v- Minister for Justice, Equality & Law Reform, Osayande & anor -v- Minister for Justice, Equality & Law and ors*.

⁴³⁹ Este caso lo juzgaron siete jueces de la Supreme Court, lo que da una idea de la importancia que se le dio a la materia. Cinco de ellos (mayoría) no admitió la apelación de las familias Lobe y Osayande para no ser expulsadas del país. El problema es que cada uno de los jueces dicta un pronunciamiento diferente, por lo que resulta imposible realizar una cita exacta con el considerando correspondiente. Por eso hemos optado por utilizar el resumen realizado por U. Fraser, “Two-Tier Citizenship -the Lobe and Osayande Case”, *Women’s Movement: Migrant Women Transforming Ireland*, Dublín 20 y 21 de marzo de 2003, pp. 26 a 34, disponible en <http://www.tcd.ie/Sociology/mphil/dwnl/migrantwomenpapers.PDF>.

limitarlo con la aplicación de la política de inmigración⁴⁴⁰. Los apelantes habían solicitado la concesión del asilo, y mientras se resolvía la petición, había nacido el menor. Cuando se resuelve la solicitud negativamente, ellos alegan que tienen un descendiente irlandés. Basan sus argumentos en que el derecho a la vida en familia implica que los ascendientes de un menor (nacional irlandés) sólo van a poder ser expulsados en circunstancias muy restringidas, como atentar al orden público. El Tribunal señala que, de estimarse la petición de los demandantes, el mero hecho fortuito de un nacimiento en territorio irlandés supondría la concesión del derecho de residencia, estuviera o no fundada la petición de asilo. Y es que los juzgadores se encuentran con una estadística que tienen muy presente: de las 424 solicitudes de residencia basadas en el nacimiento de un hijo en territorio irlandés de 1995 se pasó a 11.634 en 2002⁴⁴¹.

Para justificar su decisión, la *Irish Supreme Court* trae a colación algunas sentencias del TEDH, en las que se afirma que los Estados tienen derecho a controlar la inmigración y que la expulsión de nacionales de terceros Estados del territorio no atenta necesariamente al derecho a la vida en familia si es posible esta convivencia en el país de origen⁴⁴². Es cierto que estos pronunciamientos del TEDH admiten la posibilidad de expulsión de nacionales de terceros Estados, pero también se pueden encontrar otras sentencias que no la admiten, utilizando como criterio

⁴⁴⁰ *International perspectives relating to the future of Irish Born Children and their Non-National parents in Ireland*, Informe nº 2 del National Consultative Committee on Racism and Interculturalism (NCCRI), mayo de 2004.

⁴⁴¹ U. Fraser, “Two-Tier Citizenship...”, *loc. cit.*, p. 32.

⁴⁴² Por ejemplo, se cita la STEDH *Mahmood v. Secretary of State of the Home Department* (2001), contra el Reino Unido y la STEDH *Poku v. United Kingdom* (1996).

principal para su decisión, el hecho de que los demandantes, nacionales indios que se encontraban bajo amenaza de expulsión, tuvieran varios hijos con nacionalidad británica⁴⁴³. Y lo que no puede obviarse en estos supuestos es que se está provocando la expulsión implícita de los demandantes.

Este argumento de la expulsión implícita de los ciudadanos comunitarios podía haber sido la base para fundamentar una cuestión prejudicial ante el TJCE en el asunto *Lobe & Osayande*. Aunque en una primera aproximación es factible calificar el asunto como puramente interno, en realidad se está expulsando del territorio de la UE, aunque sea indirectamente, a un ciudadano comunitario. Si este permanece en Irlanda, se le está privando de su derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar, además del derecho a ser cuidado por sus progenitores. Se está despojando de todo efecto útil a su derecho de residencia. Es verdad que el TJCE ha señalado que la ciudadanía de la Unión no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado también a situaciones internas que no tienen ningún vínculo con el Derecho comunitario⁴⁴⁴, pero a nuestro modo de ver una intervención del TJCE estaría justificada. Como razón fundamental se puede aducir lo señalado por el art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que establece que “los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones

⁴⁴³ Decisión sobre la admisibilidad 8244/78, caso *Uppal & Singh v. Reino Unido* (1978).

⁴⁴⁴ *Vid.* As. *García Avello*, *loc. cit.*, FJ 26; STJCE de 21 de octubre de 1999, as. C-97/98, *Jägerskiöld*, FJ 42; (*vid.* nota de B. Hofstötter, *Europ. L. Rep.*, n° 199, pp. 497-499; R. Mehdí, *Journ. dr. int.*, 2000, pp. 439-442); STJCE de 9 de septiembre de 1999, as. C-108/98, *RISAN*, FJ 23; STJCE de 16 de enero de 1997, as. C-134/95, *USSL n° 47 di Biella*, FJ 19 (*vid.* nota de M. Luby, *Journ. dr. int.*, 1998, pp. 513-514).

privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”. A mayor abundamiento, hay que contar también con la posibilidad de que ese menor no pueda residir en el país de origen de su progenitor. Así sucedía, por ejemplo, en el caso Chen. La hija (Catherine), sólo tenía derecho a entrar en el territorio de la República Popular China con permiso del Gobierno de dicho país, cuya nacionalidad no tiene, y para una estancia máxima de 30 días cada vez. Por tanto, negarle a ella o a su madre el derecho a residir en el Reino Unido supondría la imposibilidad de seguir llevando una vida en común⁴⁴⁵.

A raíz de este pronunciamiento, los ascendientes nacionales de terceros Estados de un irlandés que estaban a la espera de la resolución de sus solicitudes creyeron que habría una especie de “expulsión masiva”. Sin embargo, el Ministerio de Justicia irlandés informó que las solicitudes se revisarían caso por caso, atendiendo a las particularidades de cada situación⁴⁴⁶. Es necesario poner de relieve que la atribución de la nacionalidad por *ius soli* no solo causaba “problemas internos” en Irlanda, sino también externos, en el Reino Unido, ya que al pertenecer ambos a la *Common Travel Area*, los nacionales irlandeses y británicos pueden circular y residir libremente en el territorio de sus respectivos Estados, además del hecho obvio de que Irlanda del Norte pertenece al Reino Unido.⁴⁴⁷ Los

⁴⁴⁵ Punto 21 de las conclusiones del Abogado General Tizziano presentadas el 18 de mayo de 2004, en el caso *Chen & Zhu v. Secretary of State for the Home Department*, C-200/02.

⁴⁴⁶ U. Fraser, “Two-Tier Citizenship...”, *loc. cit.*, p. 33.

⁴⁴⁷ M. Hutchinson, “Irish Born Children and the Case...”, *loc. cit.*, pp. 1-3.

problemas aparecen cuando los nacionales de terceros Estados se desplazan con sus hijos irlandeses al Reino Unido, y solicitan residir allí, como en el caso *Chen & Zhu*. Si la señora Chen se hubiese quedado en Irlanda, posiblemente le habrían aplicado la jurisprudencia *Lobe & Osayande*, y quizás habría sido expulsada del país. Sin embargo, se desplazó al Reino Unido, y por este simple hecho el TJCE pudo pronunciarse otorgando a la señora Chen un derecho de residencia en ese país. Una cuestión que puede suscitarse tomando como referencia este pronunciamiento del TJCE es en qué medida sería posible que estas más de 11.000 familias con un descendiente irlandés, pendientes de una resolución favorable para residir en Irlanda, se trasladasen al Reino Unido con sus hijos, exactamente igual que hizo la señora Chen. Los únicos requisitos serían que el menor disponga de medios económicos suficientes y un seguro médico, de modo que no se convierta en una carga para el Estado de acogida.

El Reino Unido alega que el traslado de la señora Chen a Irlanda del Norte para que su hija adquiriera la nacionalidad irlandesa constituye un intento de utilizar de forma abusiva las normas comunitarias, a lo que el TJCE responde que la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es competencia de cada Estado miembro. Esto es indiscutible, así que la solución adoptada por Irlanda ha sido cambiar su legislación por lo que respecta a los modos de atribución de la nacionalidad. El 24 de junio de 2004 se modificó el art. 9.2 de la Constitución irlandesa que establece ahora que una persona nacida en Irlanda no será irlandesa si en el momento de su nacimiento no tiene un

progenitor de nacionalidad irlandesa o con el derecho a tenerla⁴⁴⁸. Esta decisión no es una consecuencia directa de la sentencia del TJCE, pero sí es una de las circunstancias, junto a las demás expuestas, que han dado lugar a la transformación del ordenamiento jurídico irlandés. Si bien es cierto que la regulación del Derecho de nacionalidad es una competencia exclusiva de cada Estado miembro, las decisiones del TJCE pueden influir indirectamente en su transformación, como ha ocurrido con Irlanda. Con decisiones como la del caso *Chen*, el TJCE muestra las consecuencias que tiene legislar de una determinada manera, aunque sea en materias en las que el Estado tiene una competencia exclusiva. Es un ejemplo más de cómo la jurisprudencia del TJCE, a través de la integración negativa decanta los límites de los derechos privados nacionales, siempre que introduzcan obstáculos a las libertades de circulación⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ Constitution of Ireland, art. 9.2.1: “notwithstanding any other provision of this Constitution, a person born in the island of Ireland, which includes its islands and seas, who does not have, at the time of the birth of that person, at least one parent who is an Irish citizen or entitled to be an Irish citizen is not entitled to Irish citizenship or nationality, unless provided for by law”.

⁴⁴⁹ La integración negativa es el conjunto de reglas genéricas o específicas, especialmente jurisprudenciales, que decantan los límites a los Derechos privados nacionales impuestos por el juego del mercado interior y las libertades de circulación (definición utilizada por el profesor S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado...*, *loc. cit.*, p. 4). El Derecho comunitario, a través de sus principios y del desarrollo de las libertades básicas, incide en el Derecho de los Estados miembros, en sectores no armonizados y en relación con problemas para los que no existen, en principio, disposiciones de fuente institucional. La acción de estos principios comunitarios y de las libertades de circulación exigen, a menudo, una alteración de las normas estatales aplicables a la solución de cuestiones tanto procesales como sustantivas. Los Estados miembros deben abstenerse de desincentivar u obstaculizar el ejercicio de la libre circulación de personas (N. Reich, “Citizenship and Family on Trial: a Fairly Optimistic Overview of Recent Court Practice with Regard to Free Movement of Persons”, *CMLR*, núm. 40, 2003, pp. 615-638, p. 627). No son admisibles las medidas estatales que coloquen al ciudadano comunitario que ha ejercido el derecho de libre circulación y residencia en una situación peor que la que tendría si no hubiera ejercido dicho derecho. Así lo ha afirmado el TJCE. *Vid.* STJCE de 11 de julio de 2002, as. C-224/98, *D’Hoop*, FJ. 30; STJCE de 29 de abril de 2004, as. C-224/02, *Heikki Antero Pusa*, FJ. 18. *Vid.* I. Bulvinaite, “Union Citizenship and its Role in the Free Movement of Persons Regimes”, *WebJCLI*, nº 5, 2001, disponible en <http://webjcli.ncl.ac.uk/>; STJCE de 26 de enero de 1999, as. C-18/95, *F.C. Terhoeve*, en la que el Tribunal afirma que “el

Aunque sea cierto que los Estados miembros tienen competencia exclusiva para legislar en materia de Derecho de nacionalidad⁴⁵⁰, esta regulación puede afectar a la libre circulación de personas⁴⁵¹. Así lo puso de manifiesto el Parlamento Europeo en un informe sobre la Ley de

conjunto de disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de personas tienen por objeto facilitar a los nacionales comunitarios el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio de la Comunidad y se oponen a las medidas nacionales que pudieran colocar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro” (FJ. 37). Además establece que “las disposiciones que impidan o disuadan a un nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación constituyen obstáculos a dicha libertad, aún cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad de los trabajadores afectados” (FJ 39). La más nítida competencia estatal puede estar sujeta al filtro comunitario. Véase en este sentido, S. Álvarez González, “Derecho internacional privado y Derecho privado...”, *loc. cit.*, p. 169. *Vid.* A. Biondi, “The European Court of Justice and Certain National Procedural Limitations: Not such tough Relationship”, *CMLR*, vol. 36, 1999, pp. 1271-1287; O. Remien, “European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and...”, *loc. cit.*, pp. 81-83.

⁴⁵⁰ Y así lo ha establecido el TJCE en multitud de ocasiones, STJCE de 20 de febrero de 1975, as. C-21/74, *Airola*, *vid.* nota de L. Massaro, *Col. J. Transnat'l. L.*, 1976, pp. 514-537; STJCE de 20 de febrero de 1975, as. C-37/74, *Van den Broeck*; STJCE de 14 de diciembre de 1979, as. C-257/78, *Kenny-Levick*.

⁴⁵¹ Así ocurrió en el conocido asunto *Micheletti* (STJCE de 7 de julio de 1992, as. C-369/90), en la que el Alto Tribunal una vez más afirmó que “la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro, competencia que debe ejercerse respetando el Derecho comunitario.” Pero añadió que “no corresponde en cambio a la legislación de un Estado miembro limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro, exigiendo requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades fundamentales previstas en el Tratado”. *Vid.* D. Ruzié, “Nationalité, efectivité et droit communautaire”, *RGDIP*, 1993, pp. 107-120; y los comentarios a la Sentencia de A. Borrás Rodríguez, *RJC*, 1993, pp. 584-587; H.U. Jessurun d'Oliveira, *CMLR*, 1993, pp. 623-637; J. L. Iglesias Buhigues, “Nota a la STJCE de 7 de julio de 1992, as. C-369/90, *Micheletti*, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Prof. Diez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 953-967; J. M. Espinar Vicente, *La Ley Comunidades Europeas*, n° 84, 1993, pp. 1-5; N. Bouza I Vidal, *RIE*, 1993, pp. 563-581.

nacionalidad británica⁴⁵². La *British Nationality Act*⁴⁵³ creaba situaciones en las que personas nacidas de padres británicos en otro Estado miembro no podrían transmitir automáticamente la nacionalidad británica a sus descendientes si éstos llegaban a nacer también fuera del Reino Unido. Impedía a la segunda generación de británicos nacidos fuera del Reino Unido la atribución de esa nacionalidad. Y, teniendo en consideración la legislación sobre nacionalidad del resto de los Estados miembros, ello suponía la posibilidad de que esa segunda generación no tuviera nacionalidad alguna⁴⁵⁴. El Parlamento destacó que esto podía aumentar los casos de apatridia, y además limitar la libre circulación de trabajadores en la Comunidad, ante los problemas en la adquisición de la nacionalidad británica para los descendientes de los trabajadores que la ejercieran. En definitiva, el Parlamento no puso en duda que los criterios de atribución de la nacionalidad británica correspondieran en exclusiva al Reino Unido, pero la regulación establecida incidía en el Derecho comunitario y, en concreto, en uno de sus principios básicos: la libre circulación de personas. A pesar de que la nacionalidad no era un ámbito propio del Derecho comunitario, y por ello el legislador no estaba obligado a considerarlo para redactar sus normas sobre nacionalidad, la vinculación o

⁴⁵² Parlamento Europeo, “Rapport fait au nom de la commission juridique sur le projet de loi sur la nationalité britannique”. Doc. I-254/81 de 10 de junio. *Documents de Séance*, 1098-1982.

⁴⁵³ La *British Nationality Act* de 1981 establecía tres supuestos: ciudadanos británicos, ciudadanos de los territorios bajo dependencia británica y ciudadanos británicos de ultramar, permitiendo sólo a los ciudadanos británicos el derecho de entrar y residir en el Reino Unido sin restricciones. Sobre la *British Nationality Act* de 1981, *vid.* A. Dummet, “The New British Nationality Act”, *BJLS*, Vol, 8, nº 2, 1981.

⁴⁵⁴ Si en ese momento España hubiese formado parte de la UE, el argumento del Parlamento no habría sido factible, ya que el art. 17.1 de nuestro Cc permite atribuir la nacionalidad española al nacido en territorio español, si ambos padres carecen de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad”, precisamente para evitar los supuesto de apatridia.

relación que la nacionalidad presentaba con la inmigración, afectaba al sector comunitarizado de la libre circulación de personas⁴⁵⁵.

La conexión nacionalidad fue también la utilizada por el TJCE para aplicar el Derecho comunitario en el asunto *García Avello*⁴⁵⁶. El Sr. *García Avello*, de nacionalidad española y residente en Bélgica junto con su esposa, de nacionalidad belga, tuvieron en Bélgica en 1988 y 1992 dos hijos que poseen la doble nacionalidad española y belga. Conforme al Derecho belga, los hijos llevan el apellido del padre, por lo que el encargado del Registro civil belga practicó la inscripción de nacimiento de los menores haciéndolos constar con el apellido “García Avello”. En la sección consular de la Embajada española en Bruselas, en cambio, los hijos fueron inscritos conforme al Derecho español, haciéndolos constar

⁴⁵⁵ M. I. García Catalán, “La adquisición de la nacionalidad a la luz de...”, *loc. cit.*, pp. 4-5.

⁴⁵⁶ STJCE de 2 de octubre de 2003, As. C-148/02, *Carlos García Avello c. État Belge*, DOCE C 275, de 15 de noviembre de 2003. *Vid.* G. Palmeri, “Doppia cittadinanza e diritto al nome”, *Europ. dir. pri.*, vol. 1, 2004, pp. 217-230; P. Lagarde, nota a *García Avello*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2004, pp. 184-202; M. Requejo Isidro, nota a *García Avello*, *REDI*, 2003-II, pp. 941-944; A. Quiñones Escámez, “Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación de cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público armonizador?”, *RDCE*, 2004, pp. 507-529; S. Álvarez González, “Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y Derecho comunitario”, *La Ley*, núm. 5876, 22 de octubre de 2003, pp. 1-5; J. Forner i Delaygua, “Principio de no discriminación en el trato. Libertad de circulación y residencia (Sentencia de 2 de octubre de 2003, as. C-148/02, *Carlos García Avello v. État Belge*)”, *RJC*, Vol. 2, 2004, pp. 271-278; M. Bogdan, “The impact of the E.C. Treaty on the Surnames of Migrating European Citizens”, *Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1277-1287; T. Ballarino y B. Ubertazzi, “On Avello and Other Judgements: A New point Of...”, *loc. cit.*, pp. 85-128; A. Iliopoulou, “What’s in a Name? Citoyenneté, égalité et droit au nom”, A propos de l’arrêt *García Avello*, *Rev. trim. dr. eur.*, 2004, pp. 565-579; I. Reig Fabado, “Comentario al asunto *García Avello*”, *CCJC*, 2004, pp. 463-475; M. Gardeñes Santiago, “Ciudadanía europea, doble nacionalidad y aplicación de la ley nacional de la persona (reflexiones en torno a la STJCE *García Avello*, de 2 de octubre de 2003)”, *GJ-CE*, nº 230, marzo/abril 2004, pp. 19-26; A. Lara Aguado, “Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos (Caso *García Avello* y el avance irresistible de la autonomía de la voluntad)”, *La Ley*, núm. 6107, 15 de octubre de 2004, pp. 1-6.

con el primer apellido del padre y el primero de la madre. Los padres solicitaron a las autoridades belgas el cambio de apellido de los menores por el de “García Weber”, conforme al Derecho español, alegando que sino podrían ser confundidos en España con los hermanos del Sr. García Avello. Además, de este modo, los hijos tendrían el mismo apellido en España y en Bélgica. Pero se desestimó su solicitud. El Sr. García impugnó esta decisión ante el *Conseil d’Etat*, que planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE⁴⁵⁷.

El TJCE comienza planteándose si la cuestión objeto del litigio principal está incluida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. En segundo lugar, procede a establecer si hay vulneración del principio de no discriminación por razón de nacionalidad; y si la hubiera, corresponde analizar si se halla o no justificada. Por lo que respecta a la primera de las cuestiones, *ratione materiae* se reclama un beneficio, el del cambio de apellidos, que es ajeno al ámbito material del Derecho comunitario. *Ratione personae*, procede determinar quién es el

⁴⁵⁷ Tras el asunto *García Avello* la cuestión del reconocimiento de los apellidos se ha vuelto a plantear con el asunto C-96/04, en el que ya hay un pronunciamiento, STJCE de 27 de abril de 2006, as. C-96/04, *Grunkin*. La cuestión prejudicial se suscita ante la negativa de las autoridades alemanas de inscribir el apellido de un nacional alemán tal como constaba en su acta de nacimiento en Dinamarca. Los progenitores, ambos de nacionalidad alemana, residían en Dinamarca en el momento del nacimiento del menor, y lo inscribieron en el registro danés con el apellido de ambos (Grunkin-Paul), conforme al Derecho danés. A tenor de lo preceptuado en el art. 10 EGBGB, el apellido de una persona se rige por la ley del Estado de su nacionalidad, sin que el Derecho alemán permita que un niño lleve el doble apellido. La cuestión que se plantea ante el TJCE es si teniendo en cuenta el art. 12 y 18 TCE, puede mantenerse la normativa alemana en la medida en que se basa exclusivamente en la nacionalidad. Hubiese sido muy interesante conocer la posición del TJCE en este asunto, sin embargo, el Tribunal se declara incompetente para conocer de la cuestión, porque considera que el órgano que se la ha formulado no ejerce una función jurisdiccional, sino administrativa. *Vid.* un comentario en M. A. Lara Aguado, “El caso Niebüll o el derecho al reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras”, *La Ley*, núm. 6560, 29 de septiembre de 2006, pp. 1-7.

sujeto afectado por la prohibición de cambio de apellidos, si los progenitores, que tienen derecho a transmitir su apellido con arreglo a los principios que rigieron su formación, o los hijos, que tienen derecho a heredar ese mismo apellido. Desde la primera vertiente no cabría duda de la vinculación de esta situación con el Derecho comunitario, por cuanto el Sr. García Avello es un nacional de un Estado miembro que ha ejercido su derecho a circular y trabajar en otro Estado miembro. Sin embargo, el TJCE se ha centrado en la otra perspectiva. Entiende que el interés prioritario es el de los hijos, que tienen derecho a la adquisición de un nombre con el que se sientan identificados en su vertiente personal, familiar y social, como exigencia de la dignidad, del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen.

El problema es que los hijos son nacionales belgas y residentes en este país desde su nacimiento, por lo que cabría cuestionarse si no sería una situación puramente interna, a la que no debería aplicarse la normativa comunitaria⁴⁵⁸. Sin embargo, para el TJCE el caso presenta una vinculación suficiente con el Derecho comunitario por dos razones: primero, porque aunque no se haya producido un cambio de residencia desde un Estado miembro a otro, y no se haya ejercido propiamente el derecho de libre circulación de personas, existen contactos con dos Estados miembros de la UE (el de la nacionalidad y el de la residencia)⁴⁵⁹. Además, en segundo lugar, los hijos del Sr. García Avello son titulares de los derechos inherentes al estatuto de ciudadanía europea. Son titulares de las libertades comunitarias, las ejerzan o no. Los menores son titulares del

⁴⁵⁸ J. Forner i Delaygua, “Principio de no discriminación...”, *loc. cit.*, p. 271.

⁴⁵⁹ T. Ballarino y B. Ubertazzi, “On Avello and Other Judgements...”, *loc. cit.*, p. 106.

derecho de libre circulación de personas, su potencial desplazamiento a otro Estado miembro puede ocurrir en cualquier momento, lo que justifica que se adopten medidas que prevengan la vulneración de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la UE⁴⁶⁰. El tribunal tiene en cuenta las dificultades futuras que podrían surgir para la libre circulación de personas, si un ciudadano comunitario tenía una designación diferente de sus apellidos en dos Estados miembros. Aparte de los problemas psicológicos que pueda originar a una persona el ser conocido con nombres diferentes en cada país, hay que añadir los inconvenientes con que se encontrarán cada vez que tengan que acreditar que las dos identidades corresponden a la misma persona⁴⁶¹.

La diferencia de la argumentación del TJCE respecto a otras anteriores es notable. El derecho a la igualdad de trato, pieza esencial del sistema comunitario, fue concebida desde el origen pensando en los individuos en tanto que operadores económicos⁴⁶². En esta sentencia, el TJCE no se sitúa en la perspectiva de la protección de los derechos subjetivos de fuente comunitaria por motivos relacionados con el individuo en tanto que *homo economicus*. Al igual que sucede con el asunto *Chen & Zhu*, para el Tribunal es suficiente argumento el de la ciudadanía unida a un elemento transfronterizo, aunque sea ajeno a la puesta en

⁴⁶⁰ A. Lara Aguado, “Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos (Caso *García Avello* y el avance irresistible de la autonomía de la...”, *loc. cit.*, pp. 1-6; T. Ballarino y B. Ubertazzi, “On Avello and Other...”, *loc. cit.*, p. 87.

⁴⁶¹ M. A. Lara Aguado, “El caso *Niebuß* o el derecho al reconocimiento de las certificaciones registrales...”, *loc. cit.*, pp. 1-7.

⁴⁶² Así sucedió, por ejemplo, en el caso *Konstantinidis*. En esta sentencia, el TJCE realizó un pronunciamiento con una argumentación basada en las implicaciones económicas vinculadas al nombre. De esta misma opinión, P. Lagarde, nota a *García Avello*..., *loc. cit.*, p. 193.

práctica de una libertad comunitaria. El interés por procurar el respeto a las disposiciones comunitarias tiene su fundamento en que se trata de una situación que estructuralmente presenta un determinado factor de extranjería, que es la posesión de la doble nacionalidad de países miembros con residencia en uno de ellos. Para muchos autores este abandono del habitual enfoque funcional que había venido justificando la intervención comunitaria en defensa del mercado, supone un notable avance, y una apertura progresiva de la idea de ciudadanía⁴⁶³. Sin embargo, no es que se abandone el enfoque funcional, sino que se trata de un supuesto diametralmente distinto.

El análisis de la jurisprudencia del TJCE realizado para fundamentar el carácter ambivalente de la libre circulación de personas deja al descubierto la dicotomía existente entre la ciudadanía económica y la política. La ciudadanía de la Unión se introdujo en el TUE como un concepto esencialmente formal, una metáfora que agrupaba una serie de derechos ya otorgados por el Derecho comunitario a los nacionales de los Estados miembros⁴⁶⁴. Originariamente se concibieron las libertades comunitarias sólo para los que ejercían una actividad profesional, asalariada o no, en el territorio de la Comunidad. Esta postura se fue flexibilizando, ampliando la libertad de circulación a ciudadanos que no ejercen actividades profesionales en el territorio de otro Estado miembro (estudiantes, jubilados, residentes y ciertos familiares)⁴⁶⁵. La evolución de

⁴⁶³ N. Reich, "Citizenship and Family on Trial: a Fairly Optimistic Overview of Recent Court Practice with Regard to Free Movement of...", *loc. cit.*, en concreto pp. 627-638; H. Toner, "Judicial Interpretation of European Union Citizenship-Transformation or Consolidation?", *MJ*, 2000, pp. 158-182, pp. 169-170.

⁴⁶⁴ *Vid.* C. Jacqueson, "Union Citizenship and the Court of Justice. Something New under the Sun? Towards Social Citizenship", *Europ. L. Rev.*, 2002, pp. 260-281, p. 263.

⁴⁶⁵ *Vid. supra*, pp. 125-153.

los derechos que confiere la ciudadanía es clara. Los pronunciamientos del TJCE ponen de manifiesto que la ciudadanía europea irradia consecuencias importantes en todos los ámbitos de la vida de los individuos⁴⁶⁶. El concepto de ciudadanía podría estar destinado a tener una importancia trascendental⁴⁶⁷. A pesar de esto, no compartimos la idea del progresivo desarrollo de la ciudadanía desde el plano económico al político⁴⁶⁸. Antes bien, lo que se ha producido ha sido una bifurcación de este concepto. En la actualidad existen dos tipos de ciudadanía: la “económica” y la “política”.

En el primer caso, lo importante es proteger el mercado interior y evitar restricciones innecesarias, el nacional de un Estado miembro gozará de todos los derechos inherentes a las libertades comunitarias porque es un operador económico. Lo importante es el buen funcionamiento del mercado. El Derecho comunitario será de aplicación si se trata de un supuesto intracomunitario, aunque la conexión dependerá de la libertad que se pretenda ejercer: domicilio o residencia de la persona física, lugar de celebración del acto, origen de la formación o titulación profesional,

⁴⁶⁶ A. Lara Aguado, “Libertades comunitarias, doble nacionalidad...”, *loc. cit.*, p. 4.

⁴⁶⁷ M. Requejo Isidro, “Estrategias para la comunitarización: descubriendo el potencial de la ciudadanía europea”, *La Ley*, nº 5903, de 28 de noviembre de 2003, pp. 1-5. P. Miralles Sangro, “Presente y futuro de la ciudadanía de la Unión Europea”, *RDUE*, 2001, pp. 153-159.

⁴⁶⁸ M. Requejo Isidro, “Estrategias para la “comunitarización”: descubriendo el potencial de la ciudadanía...”, *loc. cit.*, p. 3; Sobre la evolución de la jurisprudencia del TJCE hacia una visión no “económica” del individuo *vid.* E. Spaventa, “From Gebhard to Carpenter: Towards a (non-) Economic...”, *loc. cit.*, pp. 743-773; en este mismo sentido, S. Álvarez González, “Derecho internacional privado y Derecho privado...”, *loc. cit.*, p. 169; P. Lagarde, nota a García Avello, *loc. cit.*, pp. 184-202, p. 193; J. D. González Campos, “El Proyecto de Constitución para Europea y el Derecho internacional privado”, *La constitucionalización del proceso de integración europea*, Colección Escuela Diplomática, nº 9, pp. 81-103, p. 85.

lugar de la recepción o la prestación del servicio. Si la libre circulación de personas se ejercita directamente, el referente comunitario lo constituirá el desplazamiento de un Estado miembro a otro. Así lo demuestran las sentencias analizadas, *Sodemare, Carpenter, Cowan, Akrich, Singh...*, en las que el referente comunitario es el desplazamiento efectivo de un Estado miembro a otro.

Existe otro tipo de sujeto comunitario, el “político”, al que basta la posesión de una nacionalidad diferente a la de su Estado de residencia para que le sea de aplicación el Derecho comunitario. En el asunto *Chen* o en el *García Avello*, no hay ninguna libertad económica directamente afectada. Las normas nacionales de extranjería o registrales, respectivamente, limitan la libertad de circulación. La decisión adoptada por el TJCE se fundamenta en la libre circulación de personas contenida en la ciudadanía europea, como Derecho jurídico-público, y no en la libre circulación de personas como elemento consustancial a la libre circulación de trabajadores o a la libre prestación de servicios⁴⁶⁹. No existe desplazamiento de un Estado miembro a otro, porque no es necesario, lo que importa es la nacionalidad. El TJCE basa su pronunciamiento en el art. 18 TCE: la ciudadanía de la Unión. En los dos supuestos la restricción a la libre circulación es potencial, porque aún no se han desplazado. Por eso el TJCE ha afirmado que el estatuto de ciudadano de la Unión tiene vocación de convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros⁴⁷⁰. El concepto de ciudadanía es en este caso personal, y no depende de factores económicos⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ S. Sánchez Lorenzo, “Libertades comunitarias y...”, *loc. cit.*, p. 265.

⁴⁷⁰ STJCE de 20 de septiembre de 2001, as. C-184/99, *Grzelczyk*, FJ 31; STJCE de 11 de julio de 2002, as. C- 224/98, *D’Hoop*, FJ. 28 (*vid.* nota de M. Luby, *Journ. dr. int.*, 2003, pp. 596-598; H. Toner y A. Iliopoulou, *Europ. L. Rev.*, 2003, pp. 389-397); STJCE de 17 de septiembre de 2002, as. C-413/99, *Baumbast*, FJ 82 y *García Avello*, FJ.

B) Discriminación inversa

- a) Nacional comunitario que no ejerce su derecho de libre circulación.

La discriminación a la inversa constituye una anomalía respecto a la aplicación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad (art. 12 TCE) pues implica que un Estado discrimina a sus propios nacionales respecto de nacionales de otros Estados, o de sus propios nacionales que se amparan en el ejercicio de alguna libertad comunitaria⁴⁷². El TJCE ha considerado que los supuestos de discriminación inversa son perfectamente compatibles con el Derecho comunitario en la medida en que exceden de su ámbito de aplicación⁴⁷³. En las situaciones puramente internas, los Estados miembros pueden mantener las disposiciones restrictivas, pero con ello sólo perjudican a sus propios nacionales, discriminándolos frente a los nacionales de otros

22 y 23. *Vid.* E. Pérez Vera, “Citoyenneté de l’Union Européenne, nationalité e condition des...”, *loc. cit.*, pp. 251-425.

⁴⁷¹ Tal como afirma A. del Valle Gálvez cuando analiza los asuntos *Grzeleczyk* y *D’Hoop*, “la ciudadanía no está condicionada al ejercicio de una concreta actividad económica”, (“Extranjería, ciudadanía, fronteras y Tribunal de...”, *loc. cit.*, p. 214).

⁴⁷² *Vid.* E. Cannizaro, “Producing reverse discrimination through the exercise of EC competences”, *YEL*, vol. 7, 1997, pp. 29-46; G. Gaja, “Les discriminations à rebours: un reveriment souhaitable”, *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruylant, 1999, pp. 993-1001. R. C. A. White, “Free Movement, Equal treatment, and...”, *loc. cit.*, p. 901.

⁴⁷³ *Vid.* STJCE de 5 de junio de 1997, as. C-64/96 y C-65/9, *Uecker y Jacquet*, FJ 24 (*vid.* nota de M. Luby, *Journ. dr. int.*, 1998, pp. 513-514). En este mismo sentido, STJCE de 27 de octubre de 1982, C-35-36/82, *Morson and Jhanjan*; Nota de N. P. Gravells, *Europ. L. Rev.*, 1983, pp. 250-251; H. Weis, *NJW*, 1983, pp. 2721-2726; G. Druesne, *Rev. trim. dr. eur.*, 1984, pp. 292-294; E. Johnson y D. O’Keefe, “From Discrimination to Free Movement: Recent Developments Concerning the Free Movements of Workers 1989-1994”, *CMLR*, 1994, pp. 1316-1346.

Estados miembros, o a los propios compatriotas, que sí han ejercido hecho uso de alguna libertad comunitaria⁴⁷⁴. Si bien el TJCE ha aceptado la posibilidad de esta desigualdad de trato, cabe plantearse la necesidad de reformular la discriminación inversa a la luz de los perjuicios que esta genera, y de la configuración de una ciudadanía europea dotada de unos contornos políticos que van más allá de la estricta dimensión económica ligada a los factores de producción⁴⁷⁵.

Para evitar las discriminaciones inversas, la única posibilidad de corrección estriba en la equiparación de derechos. No obstante, esto no es una exigencia del Derecho comunitario, sino simplemente una consecuencia fáctica de las libertades. Mediante la equiparación de derechos la autoridad nacional pretende no perjudicar a sus propios nacionales. *De iure* lo que se consigue es que el plan de reglamentación comunitaria, el valor social, económico o político que subyace a la reglamentación comunitaria se incorpore al Derecho nacional⁴⁷⁶. Esta situación, aunque aparentemente pueda parecer paradójica, no es más que

⁴⁷⁴ El desinterés del Derecho comunitario en la resolución de las discriminaciones inversas es particularmente explícito en la STJCE de 16 de junio de 1994, as. C-132/93, *Steen*. Ante la discriminación inversa producida por la legislación laboral alemana, que limitaba el acceso a la función pública de los alemanes en régimen de contratación laboral, mientras que se permitía esta vía de empleo a los nacionales de otros Estados miembros, el órgano jurisdiccional alemán se planteó la eventual contradicción de esta discriminación con el art. 3.1 de la Constitución alemana. El TJCE le contestó sencillamente que “ante una cuestión de Derecho interno, incumbe al órgano jurisdiccional apreciar si éste genera una discriminación y si y en que forma debe eliminarse”. En consecuencia, compete a los Derechos nacionales la decisión acerca de si conviene y cómo eliminar tales discriminaciones inversas.

⁴⁷⁵ J. D. Janer Torrens, “El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa”, *RDCE*, 2003, pp. 305-320, p. 309; A. Mattera, “Civis europeus sum. Citoyenneté européenne, droit de circulation, et de séjour, application directe...”, *loc. cit.*, p. 6.

⁴⁷⁶ S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado...*, *loc. cit.*, pp. 321-322.

el resultado de la combinación de dos factores: los límites inherentes a la aplicación de las reglas del Tratado sobre libre circulación, y la potestad de los Estados de regular aquellas situaciones que se desenvuelven íntegramente en el interior de sus fronteras⁴⁷⁷. No obstante, como se ha apuntado, la discriminación inversa no tiene porqué ser el único resultado posible. Sólo lo será si el Estado regula las situaciones puramente internas en un sentido más restrictivo que el aplicado a los casos intracomunitarios. La responsabilidad por esta situación corresponde en último término al Estado autor de las normas más restrictivas.

Tradicionalmente, se ha considerado que corresponde a los Estados miembros eliminar las discriminaciones a la inversa⁴⁷⁸. La causa de dichas discriminaciones radica en que el Derecho comunitario no se aplica a las situaciones meramente internas sino tan sólo a aquellas que presentan un elemento transfronterizo. Ciertamente, puede pensarse que esta previsión es lógica. Sin embargo, en el ámbito del Derecho de familia comunitario, este planteamiento origina algunos desequilibrios que es necesario analizar. Por un lado, puede verse afectado el derecho a la reagrupación familiar del nacional que nunca ha ejercido una libertad comunitaria; y, por otro, el derecho de residencia en un Estado miembro del progenitor/es del nacional comunitario que no ha ejercido sus libertades comunitarias. En ambas situaciones la exclusión del nacional de tercer Estado del régimen comunitario supondrá una discriminación a la

⁴⁷⁷ M Gardeñes Santiago, “Reconocimiento mutuo y discriminación a la inversa”, *La UE ante el Siglo XXI: los retos de Niza*, Madrid, 2003, pp. 223-229, p. 225.

⁴⁷⁸ STJCE de 5 de junio de 1997, as. C-64/96 y C-65/9, *Uecker y Jacquet*, FJ. 23: “las posibles discriminaciones de que pueden ser objeto los nacionales de un Estado miembro en lo que respecta al Derecho de ese Estado están comprendidas en el ámbito de aplicación de éste, por lo que deben ser resueltas en el marco del sistema jurídico interno de dicho Estado”. *Vid.* anotaciones a esta sentencia de D. M. Weber, en *CMLR*, 1998, pp. 1437-1445.

inversa. Se analizará la discriminación inversa que puede suponer para el nacional comunitario la exclusión de su familiar nacional de tercer Estado del régimen comunitario. En primer lugar, en el ámbito de la reagrupación familiar; y en segundo lugar, en materia de expulsión del territorio del Estado miembro.

Por lo que respecta a la reagrupación familiar, puede suceder que el Derecho interno no permita a su nacional la reagrupación de un determinado familiar o, al menos, no en las condiciones ventajosas que ofrece el Derecho comunitario. Esta situación pretendió ser salvada por el propio Derecho comunitario en la Directiva 2003/86 sobre el derecho a la reagrupación familiar, que sí incluía, en una primera Propuesta, a los familiares de nacionales de Estados miembros nacionales de terceros Estados que no hubiesen ejercido su derecho a la libre circulación⁴⁷⁹. Estos familiares “se registrarán *mutatis mutandi* por los artículos 10, 11, 12 del Reglamento 1612/68 y por las restantes disposiciones de derecho comunitario” (art. 4 de la Propuesta de Directiva). No quedarían, por tanto, sujetos al régimen de la Directiva. Su situación jurídica se equipararía con la de la reagrupación de los familiares de nacionales de Estados miembros que hubiesen ejercido su derecho a la libre circulación de personas.

⁴⁷⁹ Propuesta de Directiva sobre el derecho de reagrupación familiar, COM (1999), 638 final, de 1.12.1999. La Propuesta establecía: “la reagrupación familiar de los ciudadanos de la Unión que no ejercen su derecho a la libre circulación está regulada únicamente por normas nacionales. Esta situación crea una diferencia de trato injustificada entre la familia de los ciudadanos de la Unión que no han ejercido su derecho a la libre circulación y han permanecido en el país de su nacionalidad y la de los que han ejercido su derecho a la libre circulación. En algunos casos, el Derecho nacional regula la reagrupación familiar de sus propios nacionales de manera más restrictiva que las normas del Derecho comunitario. Al ser única la ciudadanía de la Unión, conviene colmar esta laguna jurídica”.

La pretensión del legislador comunitario era evitar la discriminación entre ciudadanos de la Unión, según ejerciesen o no su derecho a la libre circulación. Finalmente, no se incluyó esta referencia en la Directiva 2003/86, y por tanto, no se ha integrado la laguna jurídica existente. En consecuencia, la situación del nacional comunitario que no ejerce la libre circulación se ve gravemente perjudicada al no poder reunir con él, sobre la base del Derecho comunitario, a los miembros de su familia. La falta de una regulación completa y coherente de la reagrupación familiar en el ámbito comunitario constituye en la práctica un obstáculo a la efectiva libre circulación de personas⁴⁸⁰. Y este problema no se ha solucionado con 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 miembros, que sólo incluye en su ámbito de aplicación al ciudadano de la Unión que se traslade, o resida, en un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad (art. 3.1).

En aplicación estricta de las normas, el TJCE ha entendido que el Derecho comunitario no prohibía a los Países Bajos denegar la entrada y residencia en su territorio a un matrimonio de Surinam, cuyos hijos eran nacionales holandeses. Se consideró un supuesto interno porque los nacionales comunitarios no habían ejercido ninguna libertad de las que les confiere el Tratado⁴⁸¹. Igualmente, el Tribunal ha considerado que no le es de aplicación el Reglamento 1612/68 al cónyuge, de un ciudadano comunitario, nacional de tercer Estado, porque su marido no ejerció ninguna libertad comunitaria. Este hecho implicó su expulsión en

⁴⁸⁰ A. Ferrer i Gómez, *Libre circulación de nacionales de terceros Estados y miembros de la familia en la UE*, Barcelona, Institut Universitari d'Estudis Europeus, 2001, pp. 50-52.

⁴⁸¹ STJCE de 27 de octubre de 1982, as. 35 y 36/82, *Morson y Jhanjan*.

aplicación de la legislación nacional belga en materia de acceso al territorio, estancia, establecimiento y expulsión de extranjeros⁴⁸². En esta misma línea el TJCE ha negado el derecho a las cónyuges nacionales de terceros Estados de dos nacionales alemanes el derecho a tener un contrato de duración indeterminada al amparo del reglamento 1612/68 y, en consecuencia, verse sometidos a una regulación más estricta por parte de la legislación alemana por el simple hecho de que sus respectivos maridos no habían ejercitado ninguna libertad comunitaria⁴⁸³.

En materia de reagrupación familiar, la ausencia de un referente comunitario, de un elemento de contacto con otro Estado miembro, hace inviable la aplicación de las normas comunitarias, y provoca discriminaciones a la inversa para los propios nacionales de ese Estado miembro. Exactamente igual ocurre en el ámbito de la expulsión. Es posible que se produzcan discriminaciones inversas si se expulsa al progenitor/es del nacional al que no le sea de aplicación el Derecho comunitario por no existir un elemento de contacto con otro Estado miembro (domicilio, lugar de celebración del acto, ostentar una nacionalidad distinta a la del Estado miembro donde se está residiendo...)⁴⁸⁴. La normativa comunitaria no será de aplicación, si no existe algún elemento transfronterizo que así lo determine. Se producirá en este supuesto una discriminación inversa debido a que esta figura es consecuencia directa de la convivencia de dos ordenamientos jurídicos y del otorgamiento por parte de las normas comunitarias de una serie de

⁴⁸² STJCE de 18 de octubre de 1990, as. C-297/88 y C-197/89, *Dzodzi*. Vid. Nota de D. Simon, *Journ. dr. int.*, 1991, pp. 455-457; P. Rodière, *Rev. trim. dr. eur.*, 1991, pp. 565-586; A. Arnulf, *Europ. L. Rev.*, 1993, pp. 129-137; M. Bravo-Ferrer Delgado y N. La Casta Muñoz, *CMLR*, 1992, pp. 152-159.

⁴⁸³ STJCE de 5 de junio de 1997, as. C-64 y 65/96, *Uecker y Jacquet*.

⁴⁸⁴ Véase *supra*, pp. 183-212.

ventajas que no confiere el derecho interno. Ello provoca distorsiones importantes en la medida en que dos supuestos idénticos pueden recibir un tratamiento distinto. En el asunto *Chen & Zhu*, el referente comunitario lo constituía ostentar una nacionalidad distinta de la del Estado miembro donde se estaba residiendo. Esto propició que el TJCE aseverara que era de aplicación el Derecho comunitario, y por tanto, la expulsión del progenitor de un ciudadano de la UE no es posible, porque la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un Estado tercero, que se ocupa del cuidado efectivo de un niño al que el TCE reconoce un derecho de residencia, resida con el menor en el Estado miembro de acogida, privaría de todo efecto útil al derecho de residencia de este último. No obstante, la inexistencia de un referente comunitario, habría supuesto la aplicación de la normativa interna del Reino Unido y la expulsión hubiese sido perfectamente factible.

b) Nacional español que no ejerce su derecho de libre circulación

Se reproducirá en este epígrafe la estructura del anterior, tratando fundamentalmente dos aspectos: en primer lugar, se analizarán si se pueden producir discriminaciones inversas en el ámbito de la reagrupación familiar en España, y, en segundo lugar, si es factible expulsar al progenitor nacional de tercer Estado de un español. Por lo que respecta, en primer lugar, a la reagrupación familiar, como consecuencia de la transposición a nuestro sistema de las Directivas comunitarias sobre libre circulación de personas, se promulgó en 1992 el RD 766/1992⁴⁸⁵, de

⁴⁸⁵ BOE 156/1992 de 30.06.1992. Modificado por el RD 737/1995, de 5 de mayo (BOE 133/1995 de 5.06.1995) que fue modificado a su vez parcialmente por el RD 1710/97, de 14 de noviembre (BOE 274/1997, de 15.11.1997). El precedente más inmediato fue el RD 1099/1986, de 26 de mayo, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de Estados miembros de las Comunidades Europeas,

26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas. Era el antecedente del actual 178/2003, de 14 de febrero⁴⁸⁶, que lo deroga expresamente. Conforme a lo dispuesto en su art. 2 quedan incluidos en su ámbito de aplicación los familiares de españoles nacionales de terceros Estados, que se benefician de este modo del mismo tratamiento de los familiares de los nacionales de otros Estados miembros que se hayan trasladado a España con el comunitario.

La normativa española trata de evitar la situación de discriminación inversa que se hubiera producido con una mera trasposición del Derecho comunitario en este punto. España ha extendido unilateralmente el Derecho comunitario a un supuesto puramente interno, propiciando de esta forma una unificación del derecho a la reagrupación familiar. El hecho de que esta inclusión de los familiares de españoles haya sido una opción del legislador nacional (no impuesta por el Derecho comunitario) tiene sus consecuencias en aquellos casos en que el RD 178/2003 pueda contravenir la normativa comunitaria. En tanto en cuanto el mencionado Real Decreto sea consecuencia de la transposición de la normativa comunitaria, ha de prevalecer sobre cualquier disposición interna que la contravenga. Sin embargo, en la medida en que la regulación sobre el derecho a la reagrupación familiar de los españoles no deriva del Derecho comunitario, la prevalencia de éste no podrá utilizarse para limitar el ámbito de aplicación de normas y exigencias contrarias establecidas en el

dictado al amparo de la libre circulación vinculada al ejercicio de actividades económicas.

⁴⁸⁶ RD 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE 22.2.2003).

Derecho interno⁴⁸⁷. Esto suscita numerosos problemas en el ámbito de la reagrupación familiar. A los familiares que sean nacionales de terceros Estados, el RD 178/2003 les exige una tarjeta de residencia, cuya concesión está sometida a las condiciones del art. 11.3. Al tratarse de beneficiarios indirectos de la libre circulación de personas, los familiares de comunitarios deberán acreditar su vínculo familiar y su dependencia económica del comunitario, en el caso de ascendientes o de hijos mayores de veintiún años; también deberán probar la situación de residencia del familiar reagrupante; por último, se requiere el visado de residencia o la solicitud de su exención. Esta última condición vulnera claramente la normativa comunitaria en materia de derecho de residencia, aplicable a los comunitarios y a sus familiares, que no la prevé⁴⁸⁸.

Así lo ha señalado el TJCE en una sentencia de 14 de abril de 2005, en la que declara que “España ha incumplido las obligaciones que le

⁴⁸⁷ P. Jiménez Blanco, “Las libertades de circulación y residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la UE”, *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 71-146, p. 99.

⁴⁸⁸ Véase en este sentido, el art. 2.1 de la Directiva 90/364: “cuando un miembro de la familia no tenga la nacionalidad de un Estado miembro, se le expedirá un documento de residencia que tendrá la misma validez que el expedido al nacional del que dependa. Para la expedición del permiso o del documento de residencia, el Estado miembro sólo podrá exigir al solicitante que presente un documento de identidad o un pasaporte válidos y que pruebe que cumple los requisitos establecidos en el art. 1 (estos requisitos se refieren al ámbito personal de aplicación de la Directiva). El mismo tenor puede comprobarse en las Directivas 90/365 y 93/96. Además 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 miembros, que debería haber sido traspuesta antes del 30 de abril del 2006, señala en su art. 10.2, que para la expedición de la tarjeta de residencia, los Estados miembros exigirán la presentación de un pasaporte válido, un documento que acredite la existencia de parentesco o de unión registrada, y el certificado de registro o, a falta de sistema de registro, cualquier otra prueba de residencia en el Estado miembro de acogida del ciudadano de la Unión al que acompañen o con el que vayan a reunirse posteriormente. No hay ni la más mínima referencia a la exigencia de un visado o la exención del mismo.

incumben al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno, al imponer a los nacionales de un país tercero, que sean miembros de la familia de un nacional comunitario que haya ejercido su derecho de libre circulación, la obligación de obtener un visado de residencia para la expedición de un permiso de residencia”⁴⁸⁹. Esta decisión obliga al legislador español a dictar nuevas normas de transposición. Pero hasta que se promulguen, se hace preciso plantear cómo afecta esta decisión judicial a la aplicación del RD⁴⁹⁰. El particular puede, en primer lugar, invocar frente al Estado el efecto directo vertical de la Directiva. Se trata de una disposición que define derechos de los particulares frente al Estado, (reagrupación del cónyuge), suficientemente precisa e incondicional⁴⁹¹. El efecto directo vertical de las directivas, trata de evitar que el propio Estado se beneficie por haber ignorado el Derecho comunitario. Como segunda vía cabría invocar el efecto interpretativo del Derecho comunitario, que ha sido utilizado con bastante frecuencia por la jurisprudencia española⁴⁹². Las directivas obligan a los Estados, y a todas

⁴⁸⁹ STJCE de 14 de abril de 2005, as. C-157/03, *Comisión v. Reino de España*. Vid. R. Arenas García, “La incompatibilidad del Derecho español con le comunitario en materia de reagrupación de familiares de...”, *loc. cit.*, pp. 1-5.

⁴⁹⁰ En general sobre las posibilidades de transposición de las directivas *vid.* F. Esteban de la Rosa, “La inadecuación del sistema español de DIPr de las cláusulas abusivas al Derecho comunitario: claves para una nueva transposición y propuesta legislativa”, *La Ley*, núm. 6242, de 29 de abril de 2005, pp. 1-5.

⁴⁹¹ Así lo viene estableciendo el TJCE desde la STJCE de 4 de diciembre de 1974, as. C-41/74, *Van Duyn* (*vid.* Nota de D. Wyatt, *Europ. L. Rev.*, 1975, pp. 51-67; K.R. Simons, *ICLQ*, 1975, pp. 419-437; G. Lyon-Caen, *Rev. trim.dr.eur.*, 1976, pp. 141-144); Sobre la eficacia directa posterior a la transposición de una directiva *vid.* STJCE de 30 de mayo de 1991, as. C-19/90, *Kerella y Kerrellas* (*vid.* Nota de T. Tridimas, *Europ. L. Rev.*, 1992, pp. 158-163; *id.*, *ICLQ*, 1993, pp. 726-728; C. Pellisé, *RJC*, 1992, pp. 268-270); STJCE de 4 de diciembre de 1997, as. C-253 a 258/96, *Helmut Kampelmann* (*vid.* nota de C. Bergwitz, *RdA*, 1999, pp. 188-194).

⁴⁹² La sentencia AP Madrid (sección 10ª) de 7 de abril 2003 admite el efecto interpretativo, de una forma muy cercana al efecto directo. Según la Audiencia, el órgano jurisdiccional nacional que debe de interpretarlo esta obligado a hacer todo lo

sus autoridades, incluidos los órganos jurisdiccionales. Éstos han de interpretar el Derecho nacional de manera conforme con las directivas. Su fundamento es triple: la primacía del Derecho comunitario, el principio de confianza comunitaria y la obligación de transposición de las directivas por los Estados miembros⁴⁹³. De este principio de interpretación conforme se deriva una consecuencia inmediata, el desplazamiento de la norma o del precepto de la norma nacional contraria⁴⁹⁴. Sin embargo, el del art. 11.3 RD no es un problema que pueda solucionarse mediante el recurso a la interpretación conforme. La Directiva ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español de forma errónea, y así lo ha evidenciado el TJCE. En este supuesto la norma comunitaria puede invocarse frente al Estado directamente por el particular, en tanto en cuanto no se subsane el error cometido. La Directiva se convierte de esta forma en una norma de aplicación directa, con unas características, por tanto, muy parecidas a las del reglamento.

Como se ha apuntado, la STJCE de 14 de abril de 2005, asevera que de las normas comunitarias se deriva una prohibición de supeditar la obtención de la tarjeta de residente a la presentación de una documentación adicional a la que han establecido las Directivas.

posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para conseguir el resultado perseguido por esta y atenerse así al párrafo tercero del art 189 del Tratado CE. En igual sentido véase la sentencia AP Madrid de 8 febrero 2003.

⁴⁹³ G. C. Rodríguez Iglesias y A. Del Valle Gálvez, “El Derecho comunitario europeo y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”, *RDCE*, julio/diciembre 1997, pp. 329-376; F. González Botija, “Los principios de la jurisprudencia comunitaria y su influencia en la reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre responsabilidad del Estado legislador”, *RDCE*, julio/diciembre de 1999, pp. 347-376.

⁴⁹⁴ S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado...*, *loc. cit.*, p. 80-86.

Desgraciadamente, este dato no ha sido tenido en cuenta por el legislador español en el RD 178/2003, que en este punto va en contra del Derecho comunitario, aunque sólo si se trata de familiares de nacionales comunitarios o españoles que hayan ejercido su derecho de libre circulación de personas⁴⁹⁵. Sin embargo, la exigencia de visado a los familiares nacionales de terceros Estados de españoles que no hayan ejercitado su derecho de libre circulación de personas⁴⁹⁶ no iría en contra del Derecho comunitario, habida cuenta de que se trata de un supuesto no previsto. Esta falta de coordinación de la legislación interna con la comunitaria lleva a un tratamiento normativo claramente perjudicial, a pesar de que la intención inicial de nuestro legislador era la equiparación del régimen de los familiares de españoles al sistema comunitario precisamente para evitar situaciones de discriminación inversa.

Analizada en la primera parte de este epígrafe la discriminación inversa que se puede producir en el ámbito de la reagrupación familiar de los familiares de españoles, se estudia, en segundo lugar, si es factible o no expulsar al progenitor nacional de tercer Estado de un español. En caso de que la respuesta sea afirmativa, estaremos, una vez más, ante una discriminación inversa, dado que no es factible en estos momentos la expulsión del progenitor nacional de tercer Estado de un comunitario⁴⁹⁷. El Derecho de residencia del progenitor nacional de tercer Estado de un español no ha sido homogéneo, y ha ido variando a lo largo del tiempo. En el caso específico de las madres extranjeras embarazadas que dan a luz

⁴⁹⁵ P. Jiménez Blanco, “Las libertades de circulación...”, *loc. cit.*, pp. 117-118.

⁴⁹⁶ Es imprescindible recordar en este punto la ambivalencia del Derecho de libre circulación de personas. Éste puede ser ejercido como derecho económico o político, y el referente comunitario en cada caso será diferente. Véase, *supra*, pp. 183-212.

⁴⁹⁷ *Vid.* STJCE de STJCE de 19 de octubre de 2004, as. C-200/02, *Chen & Zhu v. Secretary of State of the Home Department*.

un hijo en España el art. 12.4 LOEXIS establece que “las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto”. De esta forma, una extranjera embarazada aunque se encuentre en España de forma irregular, no podrá ser expulsada de nuestro territorio, hasta que no transcurra un cierto periodo de tiempo desde el alumbramiento. Como consecuencia de esta situación las mujeres migrantes esperan conseguir para sus hijos una vida mejor que la que abandonaron ellas en sus países de origen, en la creencia de que el hecho del nacimiento en España deparará a su hijo una serie de derechos, como el de residencia o nacionalidad. Pero este laudable objetivo está bastante alejado de la realidad. Es cierto que al haberse producido el nacimiento en España, es obligatoria la inscripción en el Registro Civil español (art. 15.2 LRC), pero ello no conlleva la atribución de la nacionalidad española, simplemente un dato preferente a tener en cuenta en caso de solicitud de adquisición de la misma (art. 22.2 Cc, que indica que bastará para adquirir la nacionalidad española el período de residencia de un año para el que haya nacido en territorio español). Una vez que el parto se ha producido y que la mujer se ha recuperado, la ley no impide que se proceda a su expulsión de España junto con su hijo.

Distinto sería el supuesto de que al hijo se le atribuya la nacionalidad española por el hecho de su nacimiento en España⁴⁹⁸, en

⁴⁹⁸ Como ya se ha señalado el hecho del nacimiento en España sólo atribuirá la nacionalidad en unas circunstancias especiales (art. 17.1 Cc). El carácter subsidiario de esta atribución implica demostrar que el ordenamiento jurídico extranjero no atribuye la nacionalidad extranjera, es decir, tiene que tratarse una situación de apatridia originaria, sin importar que el nacido pueda en un futuro adquirir, por uno u otro camino, la nacionalidad de sus padres. Entre estos extranjeros brillan con luz propia los nacionales de países ibero-americanos. Así, en la actualidad, por ejemplo, son españoles los hijos de ecuatorianos nacidos en España a no ser que sus padres estén en viaje oficial o

cuyo caso no podrá ser expulsado. Algunos juristas ya han adoptado una terminología para definir a esta situación y estos niños son los denominados “niños-ancla”⁴⁹⁹. Antes, la normativa de extranjería permitía la no expulsión del progenitor y el otorgamiento de exención de visado de residencia. El art. 49.2. f) RD 864/2001⁵⁰⁰, establecía que se eximiría de visado a los “extranjeros que acrediten ser ascendientes directos o tutor de un menor o incapacitado, cuando dicho menor o incapacitado sea español, resida en España y viva a sus expensas”. Pero actualmente ni la LOEXIS, ni el Reglamento que la desarrolla⁵⁰¹, han incluido este supuesto en su articulado y no está muy claro si se debe a un olvido del legislador o a una exclusión consciente.

transitoriamente fuera de Ecuador; lo son los hijos de peruanos siempre que no se inscriban en el Consulado peruano; los son los hijos de colombianos y argentinos, pero no lo son los de dominicanos. No tendrán esta posibilidad en este momento cuando provengan de países que siguen el criterio del *ius sanguinis*, tales como angoleños, búlgaros, egipcios, ghaneses, iraquíes, nigerianos, rumanos, sirios, argelinos (la madre argelina no concede la nacionalidad si el padre es extranjero), marroquíes (con problemas de interpretación respecto a los hijos de madre marroquí y padre desconocido)... Y, en ambos casos, en función del Derecho extranjero en vigor en el momento del nacimiento del hijo ya que las normas de nacionalidad pueden variar a lo largo del tiempo. Las solicitudes de declaración de nacionalidad con valor de simple presunción por parte de los extranjeros en representación de sus hijos se multiplican, porque, aunque la nacionalidad se atribuye cuando se dan los hechos que la ley recoge, en la inscripción de nacimiento no consta la nacionalidad, y los interesados necesitan la expresión externa de la misma. *Vid.* M. Moya Escudero, “Una visión de conjunto. Nacionalidad, extranjería y acceso al mercado laboral”, *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen jurídico del extranjero en España (jurisprudencia y formularios)*, Murcia, DM, 2005, pp. 65-91, p. 79.

⁴⁹⁹ M. D. Adam Muñoz, *La protección de los derechos de las mujeres en una sociedad multicultural*, Córdoba, Instituto Andaluz de la Mujer. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2001, p. 32.

⁵⁰⁰ RD 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁵⁰¹ RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que deroga el RD 864/2001.

El TS, en una Sentencia de 26 de enero de 2005⁵⁰², resolvía un supuesto en el que se recurría una orden de expulsión del territorio contra una nacional brasileña con un hijo español. El 1 de marzo de 1999 la Subdelegación del Gobierno de Burgos acuerda la expulsión de Doña Angelina, de nacionalidad brasileña. Ésta recurre la orden ante el TSJ de Castilla y León, que lo desestima. Doña Angelina interpone recurso de casación ante el TS. El TS argumenta que la Constitución española establece como principios rectores de la política social el de la protección de la familia (art. 39.1), así como el de la protección integral, no sólo de los hijos, sino también de las madres (art. 39.2). Alude también a la Ley 1/96 de protección jurídica del menor, que establece que serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos la supremacía del interés del menor, el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés y su integración familiar y social. “Así pues puede decirse, que aunque no esté literalmente dicho en las normas (aunque sí lo está en su espíritu), el primer derecho del hijo menor es estar, crecer, y educarse con su madre. Se trata de un derecho derivado de la propia naturaleza, y, por tanto, más fuerte y primario que cualquier otro derecho de configuración legal” (FJ 6º. 2). Además, “el ordenamiento jurídico español no permite la expulsión del territorio nacional de ciudadanos españoles. La orden de expulsión de la madre, o bien es una orden implícita de expulsión de su hijo menor, que es español (lo que infringe el principio de no expulsión de los nacionales) o bien es una orden de desmembración de la familia, pues la expulsión decretada provoca ineludiblemente la separación del hijo y de la madre” (FJ 6ª.3).

⁵⁰² STS de 26 de enero de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, recurso núm. 1164/2001.

Afirma también que “ni las normas sobre extranjería ni el sólo sentido común pueden admitir que la madre de un español sea una pura extranjera y se la trate como a tal; que el hijo español tenga todos los derechos y su madre no tenga ninguno, y que, en consecuencia, pueda expulsarse a la madre de España como una simple extranjera y quede en España el menor con todos sus derechos, pero sólo y separado de su madre” (FJ 6º).

Por tanto, a pesar de no tener actualmente una norma específica que regule la cuestión, parece que el Alto Tribunal considera inviable la expulsión del ascendiente de un español. Si se llega a producir esta situación, se trataría de una discriminación de un español frente a otro nacional comunitario que resida en España y se encuentre en las mismas circunstancias. No se produce una discriminación inversa en este ámbito, pero no se puede obviar que ésta es una solución jurisprudencial, y que el legislador nacional no contempla actualmente la prohibición de expulsión del progenitor de un nacional español⁵⁰³.

⁵⁰³ Las resoluciones dictadas en la materia por los tribunales españoles, no obstante, son aún escasas. Además de la STS analizada ha de hacerse referencia a la STSJ del País Vasco de 10 de marzo de 2006, recurso de apelación 607/2005, que confirma la Sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Bilbao de 22 de septiembre de 2005. La recurrente de nacionalidad rumana convivía de forma estable con un ciudadano español. En enero de 2003 nació el hijo de ambos que goza también de nacionalidad española. La situación de irregularidad de la madre en territorio español hizo que se le incoara un procedimiento de expulsión. El TSJ del País Vasco anula la orden de expulsión acogiendo el pronunciamiento del TJCE en el asunto Chen, y basándose en el art. 18.1 de la Constitución española y en el artículo 8 del Convenio Europeo de protección de los derechos humanos (protección del derecho a la vida familiar). *Vid.* un análisis de esta sentencia en E. Arce Jiménez, “Los familiares extranjeros del español en el Derecho de extranjería. (Libertad de circulación y de residencia en el nuevo “espacio de libertad, seguridad y justicia””, *RDME*, nº 12, julio 2006, pp. 21-49, pp. 44-46.

C) Teoría del efecto útil

La teoría del efecto útil es utilizada por el TJCE en el asunto *Chen & Zhu* para justificar la no expulsión del progenitor nacional de tercer Estado de un ciudadano comunitario, separándose de esta forma de la argumentación del Abogado General Tizzano⁵⁰⁴. Afirma el órgano jurisdiccional que en este caso existe discriminación por razón de nacionalidad, porque si Catherine fuera nacional británica, la madre — pese a ser nacional de un país tercero— tendría derecho a permanecer con la hija en el Reino Unido. Ello significa que, ante una situación análoga, la nacionalidad de la hija determinaría un trato favorable a la solicitud de permiso de residencia para la madre. Estima que no existe ninguna razón objetiva que justifique la diferencia de trato. Si una nacional de un país tercero, madre de un niño británico, sólo por dicha circunstancia tiene derecho a permanecer en el Reino Unido, ello se debe, sin duda, al papel fundamental de la madre en el desarrollo afectivo y en la educación del niño, así como, con carácter más general, a razones de protección de la familia y de su unidad. Este tipo de consideraciones se aplican igualmente a un caso como el presente, en el que el niño, aunque no puede basar su propio derecho de residencia directamente en la nacionalidad británica, disfruta, no obstante, de un derecho de residencia permanente en el Reino Unido en virtud de su ciudadanía comunitaria.

No cabe duda de que el papel insustituible de los progenitores en el desarrollo afectivo y en la educación de un menor, no depende en modo alguno de la nacionalidad del niño. Por tanto, a falta de razones objetivas que puedan justificar un trato diferenciado de la solicitud de residencia de

⁵⁰⁴ Punto 106, de las Conclusiones del Abogado General Tizzano presentadas el 18 de mayo de 2004, *loc. cit.*

la madre, basado en la nacionalidad del niño, procede considerar que las medidas británicas controvertidas constituyen una discriminación por razón de nacionalidad contraria al art. 12 TCE. Es curioso, sin embargo, que el TJCE no utilice este argumento en su sentencia. La razón es, posiblemente, que no quiera vincular la solución del supuesto a las legislaciones nacionales de cada Estado miembro. En efecto, el Abogado General señala que la madre debe permanecer con el menor porque ante un supuesto similar, si el menor tuviera la nacionalidad británica, el Reino Unido lo permitiría. *A sensu contrario*, si fuera factible la expulsión de los progenitores de sus propios nacionales —como ocurre en Irlanda a partir de la Sentencia *Lobe & Osayande*— no habría discriminación. Siguiendo este razonamiento sería posible expulsar al progenitor de un menor que fuese nacional de un Estado miembro diferente al Estado miembro de acogida.

El TJCE no sigue esta línea argumental, le es indiferente que el Estado miembro donde está residiendo el menor permita o no la expulsión de ascendientes de sus propios nacionales. El fundamento de su pronunciamiento es la pérdida del efecto útil del derecho de residencia del menor comunitario⁵⁰⁵. Para el Tribunal, la negativa a permitir que el

⁵⁰⁵ Por lo que respecta a la interpretación conforme al efecto útil *vid.* J. Díez Hochleitner, “La interdependencia entre el Derecho internacional y el Derecho de la UE”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gastéiz*, 1998, pp. 39-88, pp. 53-54, en las que realiza la siguiente valoración general de las funciones jurisdiccionales atribuidas al TJCE: “...podemos observar cómo el Tribunal se inclina por interpretaciones extensivas de las obligaciones que se derivan para los Estados miembros de los Tratados constitutivos o de las competencias atribuidas por éstos a las instituciones comunitarias; como, por el contrario, interpreta de manera restrictiva las excepciones que limitan el alcance de dichas obligaciones; con qué frecuencia recurre a los principios generales del Derecho para colmar lagunas e insuficiencias del ordenamiento comunitario, optando, por los criterios de mayor progresividad y carácter funcional en la incorporación... En síntesis, el Tribunal acoge un método de interpretación caracterizado por la importancia otorgada al elemento teleológico, cuya

progenitor que se ocupa del cuidado efectivo del niño resida con él, supone la negación de todo efecto útil del derecho de residencia de este último. No tiene en cuenta la legislación vigente en el Estado miembro de acogida. “*Sólo por esta razón* —y no por la aplicación del principio de no discriminación— cuando el art. 18 TCE confiera un derecho de residencia en el Estado miembro de acogida a un menor de edad nacional de otro Estado miembro, estas mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho ciudadano resida con él en el Estado miembro de acogida” (FJ 46).

El TJCE está extendiendo el concepto de residencia, está dando un paso más al obviar la Directiva y basar su pronunciamiento directamente en el art. 18 TCE: la ciudadanía. Esta interpretación extensiva de los derechos de ciudadanía de la UE es favorable a su pleno disfrute por parte de los nacionales comunitarios. El eje central sobre el que se articula la ciudadanía es el derecho de libre circulación, sobre el que descansan otros derechos que necesitan como condición para su puesta en práctica el previo desplazamiento entre Estados⁵⁰⁶. Con esta sentencia el TJCE añade un peldaño más en su labor de aplicador e intérprete de los derechos de ciudadanía de la Unión, confirmando una jurisprudencia favorable a ampliar su contenido, siempre de conformidad con las posibilidades que permite el ordenamiento jurídico comunitario, en el que se diseña la ciudadanía de la UE como un estatuto jurídico incompleto y en permanente evolución. Si hace algunos años se afirmaba que “la ciudadanía europea está todavía *in statu nascendi*, al ser un concepto

principal manifestación se encuentra en el recurso al principio del efecto útil, y el papel casi secundario atribuido a la interpretación gramatical”.

⁵⁰⁶ J. Ferrer Lloret, “El ejercicio de los derechos de la ciudadanía de la UE: libre circulación...”, *loc. cit.*, disponible previa suscripción en www.iustel.com.

embrionario y especulativo a causa de su difícil articulación fuera de un marco federal”,⁵⁰⁷ con su jurisprudencia el TJCE viene respaldando la efectiva aplicación del conjunto de derechos que la componen, permitiendo que en su primera década de existencia la ciudadanía de la UE proyecte un buen número de consecuencias prácticas para los nacionales comunitarios, así como en algunos casos también para sus familiares más directos, nacionales de terceros Estados, como sucede en la sentencia analizada. Esto pone de manifiesto la naturaleza dinámica que caracteriza a la ciudadanía de la UE⁵⁰⁸, y sobre todo su carácter ambivalente (económico y político).

Por un lado, no basar el pronunciamiento en el principio de no discriminación tiene ciertas ventajas, como la independencia de la solución del TJCE de las legislaciones internas de cada Estado miembro. Pero, por otro lado, pueden apuntarse algunos inconvenientes. La sentencia gira en torno a la teoría del efecto útil del derecho de residencia, lo que puede convertirse en un dato bastante subjetivo. Un nacional comunitario de ocho meses de edad no podrá ejercitar su derecho de libre circulación si no es acompañado por sus progenitores, pero la movilidad de un menor con 17 años es mayor, y quizás el no estar acompañado de sus progenitores no prive de *todo* efecto útil a su derecho de residencia, sino que sólo lo limite. Es posible, incluso, que no sea económicamente dependiente. ¿Sería factible en ese caso su expulsión? Por ahora no hay un pronunciamiento del TCJE en un supuesto de estas características, aunque

⁵⁰⁷ C. Jiménez Piernas, “La asistencia consular al ciudadano de la Unión: de Maastricht a Ámsterdam”, *Acción exterior de la UE y comunidad internacional*, Madrid, 1998, pp. 219-242, p. 241.

⁵⁰⁸ J. Ferrer Lloret, “El ejercicio de los derechos...”, *loc. cit.*, disponible previa suscripción en www.iustel.com.

tomando como referencia las argumentaciones utilizadas en el asunto *Chen*, y la ampliación que realiza de los derechos derivados de la ciudadanía, no sería improbable que no admitiera la expulsión tampoco en este caso. Sin embargo, no parecería muy acertado basar la negativa en la teoría del efecto útil, sino en el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar del ciudadano comunitario.

PARTE SEGUNDA

SITUACIONES CONYUGALES EN EL TRÁFICO
INTRACOMUNITARIO

CAPÍTULO III

**SITUACIONES CONYUGALES CON
ACCESO AL TERRITORIO DE UN ESTADO
MIEMBRO**

I. EL DIPr COMO INSTRUMENTO PARA APLICAR LAS NORMAS DE EXTRANJERÍA COMUNITARIAS

En la primera parte de esta investigación se ha estudiado el sistema de fuentes instaurado por la UE con el Tratado de Ámsterdam, y, la libre circulación de personas como uno de los derechos básicos de la ciudadanía de la Unión. En este capítulo, el estudio de la interacción entre el Derecho de extranjería y el DIPr se centra en las posibilidades de acceso de determinadas situaciones conyugales al territorio de un Estado miembro. No se pretende proceder a un análisis lineal de las Directivas 2003/86, sobre reagrupación familiar, y 2004/38, relativa a la libre circulación de personas, sino poner de relieve cómo el DIPr resulta imprescindible para su aplicación. Las razones de la elección de las situaciones conyugales como modelo de análisis han sido fundamentalmente dos. En primer lugar, la evidencia de que, en la mayoría de las ocasiones, la pareja es el germen de la familia. La segunda

razón es la profunda transformación de los modelos convivenciales que se ha producido en los últimos veinte años en Europa⁵⁰⁹.

Esta transformación de la realidad social ha tenido su reflejo en las legislaciones internas de los Estados miembros. Los Países Bajos, en 1989, fueron los pioneros en elaborar una legislación sobre parejas registradas, pero cada vez es más amplia la lista de países de la UE que poseen una regulación al respecto. Existen, por otra parte, tres Estados miembros que han elaborado una legislación que posibilita la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo: Países Bajos, Bélgica y España. Además, el Parlamento sueco ya ha solicitado al Gobierno que establezca una comisión parlamentaria para legislar en esta materia, y el Consejo de Estado de Luxemburgo ha sugerido también la apertura de la institución matrimonial a las parejas homosexuales. Incluso, parte de la doctrina considera que se podría incluir también la *Civil Partnership* inglesa, que tipifica para las parejas que la contraigan un estatuto idéntico al del matrimonio. Tal diversidad pone de relieve que no existe ya un consenso en Europa respecto a una institución que, hasta hace poco tiempo, se consideraba perfectamente definida. Resulta también imprescindible tener en cuenta la falta de aquiescencia en la UE sobre el contenido del concepto de cónyuge para la interpretación de las normas de Derecho comunitario que se refieran al matrimonio. La investigación se centrará en el estudio de la figura del cónyuge, demostrando que se trata de un

⁵⁰⁹ Para un análisis de esta transformación véase P. Domínguez Lozano, “Nuevas tendencias en Derecho de familia: el caso de las uniones de personas del mismo sexo”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Eurolex, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2005, pp. 1395-1422; P. A. Talavera Fernández, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Granada, Comares, 2001; M. Cebriá García, “El matrimonio en España en la segunda mitad del siglo XX”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la UE y el Derecho comparado*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp. 383-395.

concepto jurídico que no goza de una interpretación autónoma⁵¹⁰, y se analizarán también las uniones *more uxorio*⁵¹¹. Para ello resulta indispensable diferenciar entre los titulares del derecho de libre circulación de personas y aquellos que no lo son. Estructuralmente, por tanto, se ha dividido el capítulo en dos partes. La primera se centra en el estudio del concepto de cónyuge comunitario, y en la segunda se aborda el del nacional de tercer Estado.

Por lo que respecta, en primer lugar, al ámbito de la libre circulación de personas, es imprescindible poner de manifiesto que no existe un sólo precepto en el TCE ni en una norma de Derecho derivado que ofrezca un concepto de cónyuge. Ha sido el TJCE quien ha ido perfilando los contornos de este concepto a través de la interpretación del art. 10 del Reglamento 1612/68 sobre libre circulación de trabajadores.

⁵¹⁰ En contra, M. Requejo Isidro, “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 AEPDIPR, Madrid, 2003, pp. 243-251, p. 245; M. Bonini-Baraldi, “Variations on the Theme of Status, Contract and Sexuality: an Italian Perspective on the Circulation Models”, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Oxford-Nueva York, 2003, pp. 300-319, p. 314; M. Bell, “We are Family? Same-Sex Partners and EU Migration Law”, *MJ*, vol. 9, núm. 4, 2002, pp. 335-355, p. 346; G. Kessler, *Les patenariats enregistrés en droit international privé*, L.G.D.J., Tomo 431, 2004, pp. 268-269.

⁵¹¹ Hay autores que critican esta terminología por considerar que la denominación convivencia *more uxorio* puede suponer “además de un eufemismo, una variedad del tropo, esto es, una manera figurada en forma de sinécdoque, que consiste en designar el todo, la relación de convivencia, por la parte, en este caso la femenina (uxor)”. *Vid.* J. M. González Porras, *Uniones de hecho y pensiones de la Seguridad social*, Madrid, Tecnos, Colección jurisprudencia práctica, 1992, p. 9. De todas formas, compartimos la opinión de P. A. Talavera Fernández cuando afirma que “asumiendo la crítica sexista, esta denominación ha servido hasta ahora para expresar el desarrollo de una convivencia afectiva de la pareja, netamente diferenciada de cualquier otra relación que pueda existir entre dos personas (amistad, parentesco, etc), y es en este sentido en el que han sido utilizadas por la dogmática y jurisprudencia española y de otros países de nuestro entorno”. Véase P. A. Talavera Fernández, *La unión de hecho y el derecho a no...*, *op. cit.*, p. 49.

Esta es la razón fundamental por la que ha sido necesario acudir a los pronunciamientos del TJCE. El concepto de cónyuge no puede gozar de autonomía plena, ya que su contenido, en la mayoría de las ocasiones, se ha configurado por la vía interpretativa del Tribunal de Luxemburgo. Éste desarrolla un papel fundamental en la aplicación de una normativa uniforme por parte de operadores jurídicos pertenecientes a una pluralidad de Estados. Por todo ello, el contenido del concepto de cónyuge no puede ser preciso, fijo y distinto del que recogen cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, ya que no existe una unificación jurídica y tampoco se vislumbra en un futuro próximo. El TJCE puede controlar los contornos de este concepto mediante la articulación de una interpretación autónoma, pero no puede controlar su contenido, inevitablemente ligado a una legislación nacional⁵¹². El TJCE ha establecido básicamente dos pautas: debe tratarse de un matrimonio no disuelto y debe tratarse de un matrimonio válido.

La determinación de la validez de la unión propiciará la autorización de entrada y residencia en el territorio del Estado miembro del cónyuge del nacional comunitario. Ahora bien, el reconocimiento de esa unión se pedirá sólo y exclusivamente a efectos de entrada. Que el Estado miembro permita la convivencia en su territorio no significa que se reconozca la unión a todos los efectos⁵¹³. Una vez que la pareja convive en el territorio del Estado miembro de acogida, el reconocimiento podrá

⁵¹² C. Kholer, “L’article 220 du Traité et les conflits de juridictions en matière de relations familiales: premières réflexions”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1992, pp. 221-240, pp. 228-229.

⁵¹³ En este mismo sentido se pronuncia A. Quiñones Escámez, “Comentario a la sentencia del TSJC (1996) sobre reagrupación familiar de un colombiano que convive con un español”, *REDI*, 1997, pp. 221-227, p. 226.

ser invocado directamente ante cualquier órgano jurisdiccional o autoridad administrativa. La mayoría de la doctrina consultada opina que la limitación a la libre circulación de personas se produce cuando se pretenden hacer valer determinados efectos de la unión en el Estado miembro de acogida, obviando por completo la primera restricción, que es la establecida en el Derecho de extranjería⁵¹⁴.

En el presente capítulo se investiga la primera de las situaciones apuntadas: el reconocimiento a efectos de entrada. Con este objetivo se efectúa un estudio de las condiciones de reconocimiento que exige la Directiva 2004/38, sobre libre circulación de nacionales comunitarios y sus familiares, para permitir la entrada y residencia (en definitiva el ejercicio de la libre circulación de personas) tanto de los matrimonios homosexuales como de las parejas registradas y de hecho, proponiendo soluciones alternativas que evitarían restricciones a la libre circulación de personas. Se ha apuntado que para el TJCE la adquisición de la condición conyugal requiere un enlace válido y no disuelto por la autoridad competente. Obviamente, la cuestión previa que tendrá que ser resuelta por el DIPr es con respecto a qué ordenamiento jurídico se determina esa validez: el del Estado de celebración (*Herkunftslandprinzip*) o el de acogida (*Bestimmungslandprinzip*). Si se aplica la ley del Estado de origen, habría que atender al sistema jurídico del Estado de celebración, y, una vez que la unión se ha constituido efectivamente, la autoridad del Estado de acogida

⁵¹⁴ Entre los autores que consideran el cambio de estatus como una restricción a la libre circulación de personas, *vid.* A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español”. *La Ley*, núm. 6391, de 2 de enero de 2006, pp. 1-11; A. Devers, “Private International Law Aspects of Non-Marital Unions”, *YPIL*, vol. 5, 2003, pp. 191-221; D. Martiny, “Is unification of Family Law Feasible or Even Desiderable?”, *Towards a European Civil Code*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2004, pp. 307-335, p. 307.

no debe volver a cuestionarlo sobre la base de su propio ordenamiento. Esta es la opción que defendemos en esta tesis, por ser la que más favorece la libre circulación de personas. Se justifica esta elección al interrelacionarla con principios comunitarios como la no discriminación por razón de sexo o la discriminación indirecta por razón de nacionalidad, a los que se dedica un epígrafe en este capítulo.

En cambio, si se mantiene que para determinar la validez de una unión ha de estarse a la ley del Estado de acogida, la libre circulación de personas se construirá de manera asimétrica. Para fundamentar este extremo se estudian las condiciones de reagrupación de la pareja registrada de un nacional comunitario exigidas por la Directiva 2004/38 porque esta norma comunitaria acoge el *Bestimmungslandprinzip*. *Grosso modo*, la posibilidad de entrada y residencia en un determinado Estado miembro dependerá de la regulación que haya arbitrado para estas parejas en su ordenamiento jurídico. La pretensión fundamental de este análisis es poner de relieve que para la aplicación de las condiciones exigidas por la Directiva 2004/38 es requisito *sine qua non* la utilización de técnicas de DIPr.

La aplicación de la ley del Estado de celebración es una solución que únicamente será válida, en principio, para los titulares del derecho de libre circulación de personas, habida cuenta de que el argumento básico que se defiende en este trabajo de investigación es que la aplicación del *Herkunftslandprinzip* coadyuva a la libre circulación de personas. No obstante, no puede obviarse que la UE, desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, tiene competencia para delimitar los contornos del concepto de cónyuge de nacionales de terceros Estados. Y ha hecho uso de esta potestad promulgando la Directiva 2003/86, sobre el derecho

a la reagrupación familiar. Esta norma establece la posibilidad de reagrupación del cónyuge. Ahora bien, será imprescindible que su matrimonio sea válido para que la reagrupación sea posible. El reconocimiento se pide, una vez más, única y exclusivamente a efectos de reagrupación.

Se propone también la aplicación de la *lex loci celebrationis* a estos supuestos⁵¹⁵. El argumento no puede ser ya la restricción a la libre circulación de personas, pero sí el principio de confianza comunitario. Como se analizará, actualmente sólo es posible la celebración de un matrimonio homosexual en siete lugares del mundo, y tres pertenecen a la UE. Se llama la atención sobre este hecho porque, en la mayoría de las ocasiones, dos nacionales de terceros Estados del mismo sexo que estén casados habrán celebrado su unión dentro de la UE, y lo que pretenderán será desplazarse por el territorio comunitario. Una vez más se debería partir de la tesis de que una unión válidamente constituida en un Estado miembro no ha de ser cuestionada en otro, por lo menos a efectos de reagrupación familiar.

II. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE CÓNYUGE DE NACIONAL COMUNITARIO

1. Planteamiento general

No existe un sólo precepto en el TCE ni en una norma de Derecho derivado que ofrezca una noción de cónyuge. Esto no es de extrañar,

⁵¹⁵ Por *lex loci celebrationis* ha de entenderse, a efectos de esta investigación, tanto el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que se constituye la relación como el ordenamiento jurídico del Estado miembro que reconoce una relación constituida en un tercer Estado conforme a la ley de este último.

porque no hay un Derecho de familia sustantivo en la UE. Ante la inexistencia de Derecho originario y derivado que proporcione una noción de cónyuge, ha sido el TJCE quién ha ido perfilando los contornos de este concepto, sobre todo a través de la interpretación del art. 10 del Reglamento 1612/68 sobre libre circulación de los trabajadores⁵¹⁶. Precisamente la libre circulación de personas originó el nacimiento de un concepto autónomo de cónyuge dentro de la UE. Muy pronto se hizo patente en la Comunidad que difícilmente iban a desplazarse los trabajadores primero, y los inactivos después, de un Estado miembro a otro, si no eran acompañados por sus familias. Este fue el motivo de que se otorgara el derecho de libre circulación de personas a ciertos familiares del trabajador, entre ellos su cónyuge, aunque a título derivado⁵¹⁷. Esto es lo que ha permitido al TJCE pronunciarse sobre su contenido. Pero hay que tener presente que se trata del cónyuge de los titulares originarios del derecho de libre circulación de personas (nacionales comunitarios, del EEE y suizos).

La importancia de esta delimitación reside en que la interpretación restrictiva o amplia del término supondrá la paralela limitación o extensión de la libre circulación de personas. Esta afirmación se fundamenta en la evidencia de que no sólo los trabajadores, sino también

⁵¹⁶ Reglamento (CEE) 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena dentro de la Comunidad, DOCE L 257, de 19 de octubre de 1968. El art. 10 de este Reglamento establece: 1. “Con independencia de su nacionalidad, tendrán derecho a instalarse con el trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro: a) su cónyuge y sus descendientes menores de 21 años o a su cargo; b) los ascendientes del trabajador y de su cónyuge que estén a su cargo. 2. Los Estados miembros favorecerán la admisión de cualquier miembro de la familia que no se beneficie de lo dispuesto en el apartado 1, si se encontrase a cargo, o viviese, en el país de origen, con el trabajador antes mencionado”.

⁵¹⁷ *Vid. supra*, pp. 162-183.

los que pretendan desplazarse para estudiar o simplemente residir en otro Estado miembro, reducirán su deseo de hacerlo si no pueden ser acompañados por su pareja, o si a ésta no se le conceden en el país de acogida los mismos derechos y garantías que en su país de origen⁵¹⁸.

Al ser la de cónyuge una construcción jurisprudencial (en el ámbito de la libre circulación de personas), se ha considerado pertinente proceder a un análisis de los pronunciamientos más relevantes del TJCE en esta materia, con el objetivo de extraer cuáles son, a juicio del Tribunal, las pautas básicas para delimitar aquel concepto. El primer asunto en el que el TJCE tuvo que interpretar el art. 10 del Reglamento 1612/68 fue el caso *Reed*⁵¹⁹. En esta inicial toma de contacto con el concepto de cónyuge, el TJCE 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 social de orden general que justifique una interpretación extensiva, y además no existe una indicación contraria en el Reglamento”. 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 sólo Estado miembro”⁵²⁰. La

⁵¹⁸ G. Kessler, *Les patenariats enregistrés en...*, *op. cit.*, p. 265.

⁵¹⁹ STJCE, de 17 de abril de 1986, As. 59/85 *Reed*. *Vid.* M.C. Boutard-Labarde, *Journ. dr. int.*, 1987, pp. 434-435; H. U. Jessurun D'Oliveira, “Freedom of Movement of Spouses in the EU”, *Private Law in the International Arena, From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siebr*, The Hague, 2000, pp. 527-543, pp. 530-532; K. Waaldijk, “Towards Equality in the Freedom of Movement of Persons”, *After Amsterdam: Sexual Orientation and the European Union*, Bruselas: ILGA-Europe, 1999, pp. 45-52, p. 47; F. Mosconi, “Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, abril-junio, 2005, pp. 305-315, p. 310.

⁵²⁰ *Reed.*, considerando 15.

ausencia de consenso europeo sobre las parejas homosexuales explica la imposibilidad de que la jurisprudencia pueda interpretar extensivamente las normas comunitarias. El Tribunal rehúsa llevar a cabo la extensión de los beneficios previstos para el cónyuge al “compañero”, aseverando que sólo posee la cualidad de cónyuge la persona que está casada, lo que implica un matrimonio válido⁵²¹. Por tanto, la primera de las características que debe poseer una determinada persona para que pueda ser considerada como cónyuge, a los efectos del Derecho comunitario, es que haya celebrado un matrimonio válido⁵²².

El TJCE no ha precisado el contenido de la noción de cónyuge, sino que se ha limitado a diseñar sus contornos, indicando unas pautas. Una de ellas es que se trate de un matrimonio válido, como se acaba de exponer. A ello se añade que debe ser un matrimonio actualmente existente, esto es, no disuelto por una autoridad competente⁵²³. En el asunto *Diatta v. Land Berlin*, relativo a una nacional senegalesa residente en Alemania separada de su marido francés, del que pretendía divorciarse, el

⁵²¹ Requisito que también establece en otros asuntos, STJCE de 17 de febrero de 1998, as. C-249/96 *Grant*; STPI, de 17 de junio de 1993, as. T-65/92 *Mónica Arango c. Comisión*; STJCE de 31 de mayo de 2001, as. acumulados C-122/99P y C-125/99P, *D y Reino de Suecia c. Consejo*. Vid. entre otros, C. McGlynn, “Challenging the European Harmonisation of Family Law”, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Oxford-Nueva York, 2003, pp. 217-237, pp. 220; F. Mosconi, “Le nuove tipologie di convivenza...”, *loc. cit.*, pp. 310-311.

⁵²² El problema será determinar con respecto a qué ley hay que analizar esa validez, tarea que se abordará *infra*, pp. 251-254.

⁵²³ STJCE de 13 de febrero de 1985, as. 267/83 *Diatta*. Vid. G. Barrett, “Family Matters: European Community Law and Third-Country Family Members”, *CMLR*, n° 40, 2003, p. 383, pp. 369-421; W. Alexander, “Free Movement of Non-EC Nationals. A Review of the Case-Law of the Court of Justice”, *EJIL*, vol. 3, 1992, p. 56, pp. 53-65; A. O’Caoimh, *ILTSJ*, 1985, pp. 112-113; J. Weiler, “Thou Shalt Not Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EC Nationals-A Critique”, *EJIL*, vol. 3, 1992, pp. 65-91.

TJCE afirmó que, para que la esposa gozara del derecho de residencia que establece el art. 10 del Reglamento 1612/68, no era necesario que los cónyuges viviesen permanentemente juntos: “aunque estén separados de hecho seguirán considerándose cónyuges”⁵²⁴. Más específicamente, el Tribunal indicó que el matrimonio no se estimaría disuelto en tanto en cuanto no lo fuese por la autoridad competente. Mientras no esté totalmente disuelto el vínculo matrimonial, el cónyuge no comunitario podrá seguir residiendo en el territorio de la Unión. Incluso, si ya han comenzado los trámites de divorcio. En última instancia, los aún cónyuges podrían reconciliarse a pesar de que ya no compartan la misma vivienda. La relación matrimonial no finaliza porque los esposos vivan separados, aunque se divorcien posteriormente⁵²⁵. No obstante, si están divorciados, ya no se van a considerar “cónyuges”, con las consecuencias que esto puede acarrear para el nacional de tercer Estado⁵²⁶.

⁵²⁴ *Diatta*, considerando 18.

⁵²⁵ *Diatta*, considerando 20. Hay autores que tachan de “insatisfactoria” y “equivocada” esta jurisprudencia. *Vid.* J. H. H. Weiler, “Thou Shalt no Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of Human Rights of...”, *loc. cit.*, pp. 65-91. En su opinión, la intransigencia del TJCE al considerar que siempre y en todo caso el derecho de residencia de un cónyuge extranjero no comunitario casado con un nacional comunitario depende del derecho de este último, crea situaciones que en ocasiones pueden atentar contra la dignidad humana del nacional de tercer Estado: “la Sra. Diatta es tratada más como una cosa que como una persona. Cuando deja de servir al propósito de garantizar la integración del nacional comunitario y su libre circulación (porque se divorcia) ya puede ser expulsada sin contemplaciones de territorio comunitario” (p. 90).

⁵²⁶ Así lo establece el TJCE en el caso 370/90, STJCE de 7 de julio de 1992, *Surinder Singh*. 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, afirma que el divorcio no supondrá la pérdida del derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro: “a) cuando el matrimonio haya durado hasta iniciarse el procedimiento judicial de divorcio, al menos tres años, de los cuales uno al menos en el Estado miembro de acogida; b) cuando la custodia de los hijos del ciudadano de la Unión hubiere sido confiada al cónyuge nacional de tercer Estado por mutuo acuerdo entre los cónyuges; c) cuando así lo exijan circunstancias especialmente difíciles, como por ejemplo, haber sido víctima de violencia doméstica durante el matrimonio; d) cuando, por mutuo

Un problema específico que se plantea en relación con este tema es el relativo a aquellos matrimonios que están separados legalmente, pero no divorciados⁵²⁷. En España, la transposición de las Directivas comunitarias sobre libre circulación de personas ha quedado reflejada en el RD 178/2003. Su art. 2 establece que podrá ser reagrupado el cónyuge siempre que no esté separado de derecho, requisito que en ningún momento impone ninguna de estas Directivas. Además, en el asunto *Diatta*, el TJCE afirmó específicamente que una persona sólo dejará de ser cónyuge cuando el matrimonio haya sido disuelto por una autoridad competente, y la separación legal no disuelve el matrimonio⁵²⁸. La dicción del art. 2 del RD supone una transposición incorrecta de las Directivas comunitarias, que deberán ser aplicadas directamente a los particulares en este punto⁵²⁹.

acuerdo entre los cónyuges, o por decisión judicial, el cónyuge nacional de tercer Estado, tenga derecho a visitar al menos, siempre que el órgano judicial haya dispuesto que dicha visita tenga lugar en el Estado miembro de acogida, y por el periodo de tiempo que sea necesario” (art. 13.2).

⁵²⁷ La de la separación de derecho no es una institución conocida sólo en España, sino también en otros países de la UE, como, por ejemplo, en Francia: Loi 75-617, de 11 de julio de 1975, (JORF de 23 de diciembre de 1992, última reforma); Portugal: Decreto-ley nº 496/77, de 25 de noviembre; Países Bajos: Dutch Civil Code (Book 1, Title 10: “Decree of Judicial Separation and the Dissolution of Marriage after Separation”, arts. 168-183).

⁵²⁸ El art. 85 Cc establece: “el matrimonio se disuelve... por el divorcio”. El art. 143 Cc que dispone: “están obligados recíprocamente a darse alimentos... los cónyuges”. La obligación de los cónyuges de prestarse alimentos cesa con el divorcio (no con la separación, aunque sea judicial). *Vid.* STS de 29 de junio de 1988, STS de 23 de septiembre de 1996, STS de 13 de abril de 1991; J. J. Marín López, “Comentario al art. 143 Cc”, *Jurisprudencia civil comentada*, Granada, Comares, 2000, pp. 720-722; L. Diez Picazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, vol. IV, 2003, afirman que se “denomina separación a una situación del matrimonio, en la que *subsistiendo el vínculo conyugal*, se produce una cesación de la vida en común de los casados”.

⁵²⁹ Aunque únicamente a aquellos que entren dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Como ya se indicó en el capítulo anterior, el Derecho comunitario no puede aplicarse a los supuestos puramente internos. En tanto en

Las dos condiciones básicas exigidas por el TJCE para considerar a una determinada persona “cónyuge” son: a) la existencia de un matrimonio válido y b) no disuelto. Esta interpretación tan sumamente formalista resulta un tanto paradójica para un Tribunal que ha repetido que las disposiciones que consagran un principio fundamental, como el de la libre circulación de personas, deben interpretarse en un sentido amplio⁵³⁰. Y no sólo resulta paradójica, sino que desencadena una serie de consecuencias, como la posibilidad, que se analizará *infra*, de incluir en este concepto al cónyuge del mismo sexo en el caso de los matrimonios homosexuales.

No obstante, parece que esta línea tan formalista está empezando a resquebrajarse. Comienza a observarse una cierta intención aperturista por parte del TJCE, que ha considerado “miembro de la familia” a la pareja heterosexual con la que cohabitaba un nacional turco residente en Austria, a los efectos de calcular el tiempo de residencia legal para que pudiese

cuanto el mencionado RD sea consecuencia de la transposición de la normativa comunitaria, ha de prevalecer sobre cualquier disposición interna que la contravenga. Sin embargo, en la medida en que la regulación sobre el derecho a la reagrupación familiar de los españoles no deriva del Derecho comunitario, la prevalencia de éste no podrá utilizarse para limitar el ámbito de aplicación de normas y exigencias contrarias establecidas en el Derecho interno. La normativa española trata de evitar la situación de discriminación inversa que se hubiera producido con una mera trasposición del Derecho comunitario en este punto. Pero esto ha sido una opción del legislador nacional (no impuesta por el Derecho comunitario).

⁵³⁰ *Vid.* entre otras, STJCE de 19 de octubre de 2004, as. C-200/02, *Chen & Zhu v. Secretary of State of the Home Department*. FJ 31. Además *vid.* P. Dollat, *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne: enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1998, por lo que respecta a la filosofía extensiva con la que la jurisprudencia del TJCE ha venido afrontando los supuestos relativos a la libre circulación, también cómo el propio legislador comunitario se ha sumado a esta filosofía.

ejercer un empleo en ese país⁵³¹. Y aunque el Tribunal no llega en ningún momento a establecer que se puede equiparar con el cónyuge, se ha dado un paso adelante. De todas formas, aunque el asunto *Eyüp* representa una tendencia aperturista, hay que tomar en consideración los elementos peculiares del caso. Se trata de una pareja que se casó, se divorció, pero siguió conviviendo y, posteriormente, se volvió a casar. El Tribunal centra su pronunciamiento en una serie de hechos: la convivencia ininterrumpida, el nacimiento de cuatro hijos durante este periodo, el que la Sra. Eyüp se había dedicado esencialmente a las labores domésticas y sólo había ejercido esporádicamente determinadas actividades laborales por cuenta ajena de corta duración, y que fue el Sr. Eyüp el que mantuvo a la familia durante todo el tiempo⁵³².

No se especifica qué importancia tiene cada uno de estos elementos, pero lo que parece meridiano es que todos serán importantes

⁵³¹ STJCE de 22 de junio de 2000, as. C-65/98, *Eyüp*. La Sra. Eyüp, de nacionalidad turca, quería ejercer un empleo en Austria, y para ello tenía que cumplir los requisitos del art. 7 de la Decisión 1/80 del Consejo de Asociación, que establecía que “los familiares de un trabajador turco que forme parte del mercado de trabajo legal en un Estado miembro que hayan sido autorizados a reunirse con él tendrán derecho, sin perjuicio de la preferencia que debe concederse a los trabajadores de los Estados miembros de la Comunidad, a aceptar cualquier oferta de empleo, siempre que lleven residiendo legalmente en el Estado miembro al menos tres años”. La Sra. Eyüp se casó en Austria en 1983 con un trabajador turco que desde 1975 formaba parte del mercado de trabajo legal de dicho Estado miembro, y a raíz de ese matrimonio, las autoridades austriacas le expidieron un permiso de residencia a efectos de reagrupación familiar. El 13 de noviembre de 1985 un Tribunal de Trabzon (Turquía) pronunció la disolución del matrimonio, aunque el Sr. y la Sra Eyüp siguieron conviviendo *more uxorio*, pero las autoridades austriacas consideraron que no cumplía los requisitos necesarios para acceder a un empleo. *Vid.* Nota de P. Hecker, *Rev. dr. UE*, 2000, núm. 3, pp. 682-685; P. Pallaro, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2001, pp. 261-280.

⁵³² *Eyüp*, considerando 32.

para futuros asuntos que puedan presentarse ante el TJCE⁵³³. Examinando esta serie de factores que para el Tribunal son determinantes, es factible concluir que este periodo de cohabitación “no puede considerarse una interrupción de la vida familiar en común”, y que, por ese motivo, la Sra. Eyüp debe ser estimada como un miembro de la familia a los efectos de calcular el periodo de residencia legal⁵³⁴. Este pronunciamiento implica que la pareja con la que se cohabita puede comenzar a ser considerada miembro de la familia, aunque no en todos los casos. Habrá que tener en cuenta factores como la heterosexualidad, los hijos en común, o la dependencia económica. Para el TJCE lo importante es que, aunque “formalmente” no se trata de un matrimonio, sí lo aparenta, porque tiene las características de un matrimonio “tradicional”, tanto desde el punto de vista sexual, como de la dependencia económica de la mujer respecto del marido, aspecto en el que el Tribunal hace verdadero hincapié⁵³⁵. La apertura es, por tanto, pese a lo que pudiese parecer en un primer momento, harto limitada.

⁵³³ *Vid.* H. Toner, “Community Law Immigration Rights, Unmarried Partnerships and the Relationship Between European Court of Human Rights Jurisprudence and Community Law in the Court of Justice”, *WebJCLI*, nº 5, 2001, disponible en <http://webjcli.ncl.ac.uk/>.

⁵³⁴ *Eyüp*, considerando 36.

⁵³⁵ C. McGlynn, “Challenging the European Harmonisation...”, *loc. cit.*, p. 225; H. Stalford, “Concepts of family under EU Law—Lessons from the ECHR”, *Int. Jnl. of Law, Policy and the Family*, 2002, pp. 410-454.

2. Aplicación del *Herkunftslandprinzip* para facilitar la libre circulación de personas

A) Ley aplicable a la validez del matrimonio

Para el TJCE, como ya se ha expuesto, la adquisición de la condición conyugal requiere un enlace válido y no disuelto por la autoridad competente. Obviamente, la cuestión previa que ha de ser resuelta por el DIPr aparece con toda nitidez: la existencia de un matrimonio válido como presupuesto de aplicación de las normas comunitarias sobre libre circulación exige establecer qué ordenamiento debe determinar su validez. Si se aplica la ley del Estado de acogida, a un mismo sujeto se le reconocería su situación de cónyuge en función de cada Estado de desplazamiento (*Bestimmungslandprinzip*). En cambio, si se aplica la ley del Estado de origen, habría que atender al sistema jurídico del Estado de celebración del matrimonio, y, una vez que el enlace se ha constituido efectivamente, la autoridad del Estado de acogida no deberá cuestionarlo sobre la base de su propio ordenamiento (*Herkunftslandprinzip*)⁵³⁶.

En realidad, la aplicación del *Herkunftslandprinzip* supone la adopción de una regla de DIPr tradicional: se reconocen como válidos los matrimonios constituidos conforme al Derecho del Estado de celebración

⁵³⁶ Vid. W. H Roth, “Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationales Privatrecht”, *RabelsZ*, 1991, pp. 623-673, en concreto pp. 664-670.; H. U. Jessurun D’Oliveira, “Freedom of Movement...”, *loc. cit.*, p. 540; J. Basedow, “Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreihaiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis”, *RabelsZ*, vol. 59, 1995, pp. 1-54; para una visión más general de este principio, véase, G. Spindler, “Herkunftslandprinzip und Kollisionsrecht-Binnenmarktintegration ohne Harmonisierung?”, *RabelsZ*, 2002, pp. 633-709.

(*lex loci celebrationis*)⁵³⁷. El análisis de las ventajas que para la libre circulación de personas supondría la aplicación de este principio tanto a los matrimonios homosexuales como a las parejas registradas constituye el contenido del siguiente epígrafe⁵³⁸.

Es poco discutible que los cambios sociológicos producidos en la estructura familiar y la aparición de nuevos modelos de convivencia en los últimos tiempos han sido muy importantes y rápidos. Puede resultar tópico hablar de la aceleración con la que se ha producido esta mutación en el concepto de familia, del matrimonio y de las relaciones interpersonales de convivencia desde los años setenta hasta la fecha⁵³⁹; de las auténticas revoluciones normativas que se han ido produciendo en las

⁵³⁷ En el Derecho histórico y comparado han sido dos los acercamientos básicos al tratamiento de la validez y la nulidad del matrimonio. De acuerdo con uno de ellos, la *lex loci celebrationis* desempeña un papel fundamental en la determinación de los requisitos formales y sustanciales del matrimonio. Según otro, la ley personal de los cónyuges es la que debe regir los aspectos sustanciales del matrimonio, considerados con frecuencia como requisitos de capacidad de los cónyuges. Este segundo acercamiento es posterior en el tiempo al primero y es consecuencia del intento de evitar el fraude que resultaba de que los cónyuges eligiesen para contraer matrimonio aquel lugar cuyo ordenamiento les permitía eludir las prohibiciones contenidas en su ley personal. Se trata, por tanto, de una construcción que parte de las situaciones patológicas, y no de las situaciones normales en el tráfico jurídico, lo que desaconseja que sea el principio sobre el que se asiente la explicación de este ámbito de problemas. *Vid.* R. Arenas García, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, De Conflictu Legum. Estudios de Derecho internacional privado, Santiago de Compostela, 2004, p. 502.

⁵³⁸ R. Arenas García, “Problemas derivados de la reagrupación familiar”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 269-307, p. 278, opina que “parece razonable mantener que el reconocimiento de la eficacia del matrimonio extranjero requerirá únicamente su legitimidad de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento extranjero en el que se haya celebrado, debiendo operar el orden público como obstáculo al reconocimiento del matrimonio de una forma muy limitada”.

⁵³⁹ Para un análisis de esta evolución *vid.* entre otros, J. A. Alberca de Castro, “Uniones de hecho y matrimonios religiosos”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la UE y el Derecho comparado*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp. 291-299; S. Llebaría Samper, *Hacia la familia no matrimonial*, Barcelona, Cedecs, 1997.

legislaciones con relación al Derecho de familia⁵⁴⁰. Por otro lado, lo que antaño eran figuras perfectamente definidas, en la actualidad difuminan sus contornos hasta resultar casi enigmáticas para los propios operadores jurídicos. Son patentes, por ejemplo, las reservas de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional a la hora de identificar los elementos constitutivos de la familia para poder otorgar protección social y efectos jurídicos a determinadas relaciones de convivencia⁵⁴¹. Todas estas circunstancias hacen que nuestra investigación se centre, principalmente, en el análisis del matrimonio homosexual, las parejas registradas y de hecho, relegando a un segundo plano los matrimonios heterosexuales.

B) Especial referencia al matrimonio homosexual

a) Validez del matrimonio homosexual

Como ya anticipábamos, hay autores que opinan que de la formalista jurisprudencia del TJCE con respecto a la noción de cónyuge deriva la indefectible admisión de los matrimonios entre personas del mismo sexo, siempre que se cumplan los requisitos de validez y no disolución⁵⁴². Sin embargo, la Comisión ha afirmado, en respuesta a una pregunta escrita relativa a la apertura del matrimonio civil y de la adopción a personas del mismo sexo en los Países Bajos, que por lo que respecta al Reglamento 1612/68, la legislación neerlandesa, aún surtiendo efectos en territorio de los Países Bajos, no produce la consecuencia de ampliar el

⁵⁴⁰ P. A. Talavera Fernández, *La unión de hecho y el derecho...*, *op. cit.*, p. 10.

⁵⁴¹ SSTC 184/1990 y 222/1992.

⁵⁴² H. U. Jessurun D'Oliveira, "Freedom of Movement ...", *loc. cit.*, pp. 527-543.

concepto de cónyuge según el art. 10 de este Reglamento, ni de imponer a otros Estados miembros una definición ampliada de cónyuge⁵⁴³.

La Directiva 2004/38, relativa al derecho de libre circulación de los ciudadanos de la Unión, permite la reagrupación del cónyuge, sin especificar si se incluye también al del mismo sexo. El Parlamento Europeo presentó una enmienda a la Propuesta de Directiva, en la que se adicionaba al término cónyuge la siguiente afirmación: “independientemente de su sexo, conforme a la correspondiente legislación nacional”. La justificación de esta puntualización era que “la legislación de la UE relativa a la libre circulación debía reflejar y respetar la diversidad de relaciones familiares existente en la sociedad actual”⁵⁴⁴. No obstante, la Comisión rechazó esta enmienda con diversos argumentos. Consideró que no optaba por una definición del término cónyuge que introdujera una referencia explícita al cónyuge del mismo sexo, ya que “por el momento sólo dos Estados miembros contemplan en su legislación el matrimonio entre personas del mismo sexo. Además, se funda en la tesis mantenida por el TJCE para el que el término matrimonio, según la definición admitida en general por los Estados miembros, designa una unión entre dos personas de distinto sexo (*D. vs. Reino de Suecia*). También declaró que una interpretación de conceptos

⁵⁴³ La pregunta escrita se refería específicamente a si la Comisión opinaba que en las directivas y en los reglamentos referentes a la libre circulación de ciudadanos de la UE y otras personas, como, por ejemplo, en el Reglamento 1612/68, el término cónyuge abarca también al cónyuge del mismo sexo de conformidad con el Derecho neerlandés (aunque la respuesta vale también para el belga, y el español). Pregunta escrita E-3261/01 de Joke Swiebel a la Comisión. Reglamento 1347/2000 y apertura del matrimonio civil y de la adopción a personas del mismo sexo en los Países Bajos. DOCE E 028 de 6/02/2003.

⁵⁴⁴ Enmienda 14, adoptada el 23 de enero de 2003, PE 319.238, Documento de sesión A5-0009/2003.

jurídicos basada en la evolución de la sociedad, y que produce consecuencias en todos los Estados miembros, debe hacerse mediante un examen de la situación de conjunto de la Comunidad (*Reed*)”. Por todo esto, la Comisión se decanta por restringir la noción de cónyuge al de distinto sexo, salvo evolución futura⁵⁴⁵.

Esta referencia de la Comisión a la Sentencia *Reed*, para demostrar que una interpretación de conceptos jurídicos basada en la evolución de la sociedad debe hacerse mediante un examen de la situación en el conjunto de los Estados miembros, no es acertada. La regulación por el poder legislativo de los beneficiarios de la libre circulación de personas es una cuestión distinta a la de la interpretación de un texto ya adoptado. No se puede justificar una actitud conservadora del legislador frente al fenómeno de las parejas de hecho, aludiendo a una sentencia que no extiende el concepto de cónyuge a éstas, ni extraer de las consideraciones de los jueces acerca de la conveniencia de atenerse a la interpretación de los conceptos que prevalece en la mayoría de los Estados miembros, límites que se impongan al legislador comunitario. Las dificultades que se

⁵⁴⁵ 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 los miembros de su familia 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. *Vid.* K. Berthou y A. Masselot, “Le mariage les parternariats et la CJCE: menaje à trois”, *Cahiers dr. europ.*, n° 5-6, 2002, pp. 679-694, p. 689; H. Stalford, “Regulating Family Life in Post-Amsterdam Europe”, *ELR*, 2003, pp. 39-52, pp. 40-41; B. Ancel y H. Muir Watt, “La désunion européenne: le Règlement dit Bruxelles II”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 2001, pp. 403-457, p. 408. En este mismo sentido las conclusiones del Abogado General Geelhoed en el asunto *Baumbast* (C-413/99). En el apartado 34 se afirma 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”. En el apartado 87 se califica de obsoleto el hecho de que el Reglamento parta de la estabilidad de las relaciones matrimoniales.

mencionan son más políticas que jurídicas, y debería evitarse enmascararlas aludiendo a sentencias del TJCE ⁵⁴⁶.

Además, para justificar su razonamiento, la Comisión menciona el asunto *D v. Reino de Suecia* en el que, en síntesis, el demandante pretendía la equiparación de su pareja registrada del mismo sexo al matrimonio, lo que para el TJCE no es posible. Sin embargo, esta conclusión no sería válida para un supuesto de matrimonio entre personas del mismo sexo. La diferencia esencial radica en la existencia de vínculo matrimonial, de manera que ya no es factible acogerse a la tradicional negativa del TJCE a asimilar las parejas de hecho a las casadas. En este supuesto el TJCE tendría que negar la validez para la legislación comunitaria de un matrimonio válidamente constituido en un sistema nacional (Países Bajos, Bélgica o España). Esto crearía dos estatus: matrimonios válidos en la esfera comunitaria y matrimonios válidos sólo en el ámbito nacional, por la única razón de la diferencia sexual, lo que supone una discriminación basada en la orientación sexual, expresamente prohibida por el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁵⁴⁷. Si la discriminación existe, en este caso, sólo puede referirse a la diferente orientación sexual de las parejas casadas. Debe valorarse, entonces, si los principios de Derecho comunitario implican una reconsideración del matrimonio

⁵⁴⁶ C. González Beilfuss, “Relaciones e interacciones entre el Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común”, *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 117-186, p. 159.

⁵⁴⁷ Extremo al que se hará referencia posteriormente al analizar el principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad. *Vid.* M. Bell, “Holding Back the Tide? Cross-Border Recognition of Same-Sex Partnerships within the European Union”, *ERPL*, n° 5, 2004, pp. 613-632, p. 621.

homosexual en los Estados miembros respecto al disfrute de las libertades comunitarias⁵⁴⁸.

Independientemente de la interpretación que en un futuro pudiera proporcionar el TJCE sobre esta cuestión, la Comisión ha afirmado que, por ahora, prefiere limitar la noción de cónyuge de la Directiva 2004/38 al de distinto sexo. Esto permite a los Estados miembros actuar con total libertad para admitir o no en su territorio a los cónyuges homosexuales de nacionales comunitarios. Ahora bien, que no se considere cónyuges a dos personas del mismo sexo que han contraído matrimonio —recuérdese—, a los solos efectos de entrada y residencia, provoca graves restricciones a la libre circulación de personas. Si el ciudadano comunitario contrae matrimonio con un nacional de tercer Estado, no podrá acompañarlo si pretende desplazarse a otro Estado miembro, porque no se estimará titular del derecho de libre circulación de personas a título derivado. Si el Estado miembro de acogida no lo considera cónyuge, no estará incluido en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, y se regirá por el régimen general de extranjería. De hecho, ya hay un ejemplo claro de este extremo⁵⁴⁹. En efecto, las autoridades austríacas han negado la reagrupación familiar a un nacional norteamericano casado con un alemán en los Países Bajos, lo que ocasionó que este último no aceptara un puesto de trabajo en una organización internacional en Viena. El asunto llegó hasta el Tribunal Constitucional austriaco (*Verfassungsgerichtshof*, VfGH) que corroboró, en octubre de 2004, la decisión de las autoridades

⁵⁴⁸ E. Artuch Iriberry, “La libertad individual y las parejas ante el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LIV, 2002, pp. 41-65, p. 59.

⁵⁴⁹ F. Rigaux, “The Law Applicable to Non Traditional Families”, *Private Law in the International Arena. Liber Amicorum Kurt Siebr*, Zurich, T.M.C. Asser, 2000, pp. 647-656, p. 656.

administrativas de no permitir la reagrupación. El caso fue remitido al TJCE, y las partes alegan, básicamente, que su derecho a contraer matrimonio está protegido por la legislación nacional donde lo contrajeron (Países Bajos), y por el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales. Así, el no permitir la reagrupación del cónyuge sería una discriminación por razón de sexo en la aplicación de la legislación comunitaria, prohibida por el art. 13 TCE. Además, argumentan que la Directiva 2004/38, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia a circular y residir libremente por el territorio de la Unión, considera, en su art. 2, miembro de la familia al cónyuge, que incluye, según su apreciación, al del mismo sexo⁵⁵⁰. Habrá que esperar el pronunciamiento del TJCE.

b) Matrimonio homosexual entre nacionales comunitarios y nacionales de terceros Estados

Una de las pretensiones fundamentales de esta investigación es la búsqueda de soluciones plausibles a las restricciones a la libre circulación de personas que se producen como consecuencia de la aplicación de la normativa de extranjería comunitaria. En concreto, en este epígrafe se analizan los problemas de movilidad y las restricciones a la libre circulación de personas que se suscitan cuando un nacional comunitario no puede desplazarse libremente por el territorio de la Unión Europea, al ser su cónyuge homosexual nacional de tercer Estado. En los matrimonios heterosexuales, admitidos por todos los Estados miembros, este nacional de tercer Estado sería titular del derecho de libre circulación

⁵⁵⁰ K. Krickler, “No Free Movement for Same-Sex Spouses?”, ILGA- Europe Newsletter, vol. 3, diciembre de 2003, p. 14, y “Austrian Court Dismisses Freedom of Movement Case”, ILGA- Europe Newsletter, vol. 4, diciembre de 2004, p. 14.

a título derivado, al ser considerado cónyuge de un nacional comunitario, y podría desplazarse con él sin ninguna restricción. La situación varía sustancialmente cuando el matrimonio se ha celebrado entre personas del mismo sexo. Su derecho de libre circulación a título derivado resulta del vínculo familiar. Si el Estado miembro de acogida considera que no hay vínculo, tampoco existirá el derecho.

La posibilidad de que un nacional comunitario pueda contraer matrimonio homosexual con un nacional de tercer Estado no es una conjetura. Para fundamentar esta afirmación se estudian en este epígrafe las legislaciones holandesa, belga y española sobre matrimonios entre personas del mismo sexo, con el objetivo de precisar si permiten que uno o ambos contrayentes no sean nacionales comunitarios. Hoy por hoy, en Europa, sólo hay tres países que poseen una regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo: Países Bajos, Bélgica y España⁵⁵¹. No obstante, el Parlamento sueco ya ha solicitado al gobierno que establezca una comisión parlamentaria para legislar en esta materia⁵⁵², y el Consejo de Estado de Luxemburgo ha sugerido también la apertura de la institución matrimonial a las parejas homosexuales⁵⁵³.

⁵⁵¹ Se podría incluir también la *Civil Partnership* británica, que otorga a las parejas que la contraigan un estatuto idéntico al del matrimonio, aunque la denominación sea diferente. El legislador ha tenido la voluntad de distinguir entre matrimonio y unión civil, pero prácticamente confiere los mismos derechos a las parejas del mismo sexo que registran su unión civil que a las parejas de distinto sexo que contraen matrimonio. *Vid.* en este sentido, L. Glennon, “Strategizing for the Future through the Civil Partnership Act”, *JLS*, vol. 33, núm. 2, junio 2006, pp. 244-276, p. 245. *Vid.* análisis de esta Ley *infra*, pp. 424-428.

⁵⁵² www.riksdagen.se/english/work/press/200304/marriage_legislation.asp, para más información.

⁵⁵³ Conseil d’État, “Avis 45.881 du 13 janvier 2004 sur le projet de loi relatif aux effets légaux de certains partenariats (doc. Parl. 5205) et l’avis complémentaire du 30 mars 2004”, disponible en www.etat.lu/CE/html/45881ac.htm. *Vid.* G. Kessler, *Les partenariats enregistrés en droit...*, *op. cit.*, p. 43.

Todos los Estados miembros que han abierto la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo confieren la posibilidad de que uno, o ambos contrayentes, no sean nacionales comunitarios. La ley holandesa⁵⁵⁴ establece que basta con que uno de los esposos posea la nacionalidad holandesa o resida en Países Bajos para que se autorice la celebración del matrimonio⁵⁵⁵, aunque se recoge la advertencia a las parejas del mismo sexo que opten por la posibilidad matrimonial sobre el eventual rechazo que su enlace podrá experimentar fuera de las fronteras holandesas⁵⁵⁶. El art. 2 de la *Wet conflictenrecht huwelijk*⁵⁵⁷, preceptúa que las autoridades holandesas podrán celebrar el matrimonio entre personas del mismo sexo si al menos uno de los miembros de la pareja tiene su residencia habitual en dicho país o tiene la nacionalidad holandesa. Estos matrimonios tienen los mismos derechos y obligaciones que los

⁵⁵⁴ En Países Bajos, *The Act Opening Marriage to Same-Sex Couples* de 21 de diciembre de 2000, que entró en vigor el 1 de abril de 2001, publicada en el *Official Journal of the Kingdom of the Netherlands (Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden)*, núm. 9, 11 de enero de 2001, fue la primera en el mundo en regular el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Un análisis pormenorizado de la preparación de la Ley se puede encontrar en C. Forder, “To Marry or not to Marry: That is the Question”, *ISFL*, 2001, pp. 301-320; K. Waaldijk, “Others may Follow: The Introduction of Marriage, Quasi-Marriage and Semi-Marriage for Same Sex Couples in European Countries”, *New England L. Rev.*, vol. 38.3, 2004, pp. 569-590; N. Maxwell, “Opening Civil Marriage to Same-Gender Couples: A Netherlands-United States Comparison”, *Elec. JCL*, vol. 4.3, noviembre 2000.

⁵⁵⁵ El Código Civil holandés establece además otra serie de requisitos para poder contraer matrimonio: no estar casado anteriormente (art. 1:33) o registrado como pareja de hecho con otra persona (art. 1:42 *ibid.*), tener más de 18 años (art. 1:31 *ibid.*, aunque entre los 16 y los 18 años está permitido casarse siempre que haya autorización de los padres o el tutor), y en relación con la consanguinidad está prohibido el matrimonio entre padres e hijos, abuelos y nietos y entre hermanos (art. 1:41 *ibid.*).

⁵⁵⁶ *Vid.* M. Antokolskaia, y K. Boele-Woelki, “Dutch Family Law in the 21 Century: Trend-Setting and Straggling Behind at the Same Time”, *EJCL*, vol. 6.4, diciembre de 2002.

⁵⁵⁷ *Wet conflictenrecht huwelijk*, de 7 de septiembre de 1989.

heterosexuales, excepto en la adopción internacional, que no les está permitida⁵⁵⁸.

Bélgica ha sido el segundo país en abrir la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo⁵⁵⁹. La ley belga sobre matrimonio entre personas del mismo sexo no regulaba los aspectos internacionales del matrimonio. El Consejo de Ministros afirmó que esta norma no modificaba los principios de DIPr aplicables al matrimonio: “sólo será posible la celebración del matrimonio cuando las partes satisfagan las condiciones de fondo de su estatuto personal”⁵⁶⁰. La conexión nacionalidad fue reiterada en una segunda Circular del Ministerio de

⁵⁵⁸ *Act of 21 December 2000 amending of Book 1 of the Civil Code* (adoption by persons of the same sex) Official Journal of the Kingdom of the Netherlands, (*Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*), núm. 10, de 11 de enero de 2001.

⁵⁵⁹ *Loi Ouvrant le Mariage a des Personnes de Même Sexe et Modifiant Certaines Dispositions du Code Civil*, de 13 de febrero de 2003. Para obtener más información sobre esta ley véase *Moniteur Belge*, de 28 de febrero de 2003, en <http://www.just.fgov.be>. Los requisitos necesarios para contraer matrimonio son los mismos para parejas del mismo o de diferente sexo (prohibición de poligamia, impedimentos de consaguinidad...). No obstante, a diferencia de la ley holandesa, la belga no permite la adopción a los matrimonios entre parejas del mismo sexo. La idea es que se reflejen situaciones biológicamente posibles. El Ministro de Justicia belga, Marc Verwilghen, afirmó que esta prohibición ayudaría a no crear dificultades en el plano del Derecho internacional privado. No obstante, el 2 de diciembre de 2005, el Parlamento belga aprobó una propuesta de ley que abre la puerta de la adopción a los matrimonios homosexuales, en las mismas condiciones que los heterosexuales, con lo que se incluyen las adopciones internacionales. *Vid.* G. P. Romano y S. Geeroms, “La loi belge du 13 février 2003 et le droit international privé: de la circulaire ministérielle du 23 janvier 2004 à l’alinéa 2 de l’article 46 du nouveau code”, *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe. (Actes de la XVI Tournée de droit international privé du 5 mars 2004 à Lausanne)*, Schulthess, Genève, 2004, pp. 104-136, p. 108; J. L. Renchon, “L’avènement du mariage homosexuel dans le Code Civil belge”, *Rev. int. dr. com.*, n° 81, 2004, pp. 169-207.

⁵⁶⁰ Comunicado del 7 de diciembre de 2001, disponible en <http://www4.lachambre.be/kvvcr>.

Justicia de 8 de mayo de 2003⁵⁶¹, que precisaba que sólo los belgas y los holandeses podrían contraer matrimonio en Bélgica⁵⁶².

Poco tiempo después de la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales en Bélgica, se evidenciaron los problemas prácticos de una aplicación estricta de esta ley. Las autoridades belgas se negaron a reconocer un matrimonio entre dos hombres que se habían casado en los Países Bajos. Uno de ellos tenía la doble nacionalidad portuguesa-brasileña, y el otro era danés. Ni la ley portuguesa ni la brasileña permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, y por ese motivo, procediendo a una interpretación estricta de la ley belga, ese matrimonio no sería válido en Bélgica, porque las partes no tenían capacidad para contraerlo⁵⁶³. Ante las incoherencias de la interpretación restrictiva de la legislación en ese punto, se publicó otra circular aclarando su significado⁵⁶⁴. El Ministro de Justicia afirmó que cualquier prohibición de otro país de contraer matrimonio con una pareja del mismo sexo sería considerada discriminatoria en Bélgica, y contraria a su orden público. Por tanto, en esos supuestos, la ley belga sería de aplicación si al menos una de las partes era nacional belga o tenía su residencia habitual en Bélgica. Esta solución aportada por la Circular ha sido introducida en una disposición

⁵⁶¹ Circular de 8 de mayo de 2003 relativa a la ley de 13 de febrero de 2003 sobre la apertura del matrimonio homosexual a las parejas del mismo sexo que modifica ciertas disposiciones del Código Civil, C-2004/09048, *Moniteur Belge* de 27 de enero de 2004.

⁵⁶² A. Fiorini, “New Belgium Law on Same Sex Marriages and its PIL Implications”, *ICLQ*, vol. 52, 2003, pp. 1.039-1.058.

⁵⁶³ *Vid.* H. Toner, *Partnership Rights, Free Movement and...*, *op. cit.*, pp. 40-41.

⁵⁶⁴ *Circulaire remplaçant la circulaire relative à la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil*, *Moniteur Belge* de 24 de enero de 2004. *Vid.* A. Fiorini, “New Belgium Law on Same-Sex Marriage and the...”, *loc. cit.*, pp. 1039-1058.

ad hoc en el nuevo Código de DIPr belga⁵⁶⁵, lo que ha suscitado entre la doctrina posturas divergentes⁵⁶⁶.

El Código de DIPr, concretamente, permite celebrar el matrimonio siempre que uno de los contrayentes sea belga o resida habitualmente en Bélgica por más de tres meses (art. 46 Código de DIPr belga). La pretensión es evitar el turismo matrimonial. A esto debe unírsele que el art. 46.1 del Código de DIPr belga mantiene la conexión “nacionalidad” de cada uno de los esposos para las condiciones de fondo del matrimonio (“las condiciones de validez del matrimonio son reguladas, para cada uno de los esposos, por el Derecho del Estado en el cual tiene la nacionalidad en el momento de la celebración del matrimonio”). No obstante, esta regla general es corregida en el segundo apartado del art. 46. Esta disposición admite que se eluda la aplicación de la ley nacional extranjera, prohibitiva del matrimonio entre personas del mismo sexo, en dos supuestos: a) si uno de los esposos es nacional belga o b) si reside en un país que, como Bélgica, permite tales matrimonios. Un sector doctrinal considera que, en la práctica, la residencia habitual desplazará al criterio de la nacionalidad⁵⁶⁷. Si finalmente se produce este desplazamiento, se estará

⁵⁶⁵ Code de droit international privé, de 16 de julio de 2004, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004 (*Moniteur Belge*) de 27 de julio de 2004. *Vid.* M. Fallon, “Le droit international privé belge dans les traces de la loi italienne dix ans après”, *Riv.dir.int.pr.proc*, abril-junio 2005, pp. 315-339; *id.* “La nueva ley belga conteniendo el Código de Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LVI, 2004, pp. 821-835.

⁵⁶⁶ *Vid.* G.P. Romano y S. Geeroms, “La loi belge du 13 février 2003...”, *loc. cit.*, pp. 104-136.

⁵⁶⁷ J-Y. Carlier, “Le Code belge de droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, pp. 11-45, p. 32.

aplicando el orden público positivo, destinado a excluir la ley extranjera para permitir la celebración del matrimonio que prohíbe⁵⁶⁸.

En España, la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales se ha producido por Ley 13/2005 de 1 de julio⁵⁶⁹, que ha modificado el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. La ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o de distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. Los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, son únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes, entre otros, los referidos a derechos y prestaciones sociales y la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción. Se ha procedido a una adaptación terminológica de los distintos preceptos del Código Civil que se refieren o traen causa del matrimonio, así como de una serie de normas del mismo Código que contienen referencias explícitas al sexo de sus integrantes. Por la disposición adicional primera, todas las referencias al matrimonio que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al integrado por dos personas de distinto sexo. Sin embargo, no se ha hecho ninguna previsión específica en materia de DIPr, ni en materia de Derecho de extranjería, laguna criticable que está comenzando a plantear serias dificultades. Así, por

⁵⁶⁸ Un análisis de esta técnica en, A. Quiñones Escámez, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa, Barcelona, 2000, pp. 39-40; J. Basedow, “Die Verselbständigung des europäischen ordre public”, *Privatrecht in Europa. Vielfalt, Kollision, Kooperation. Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag*, Munich, 2004, pp. 291-319, en especial pp. 296-298.

⁵⁶⁹ BOE de 2 de julio de 2005.

ejemplo, es obligado preguntarse si la permisión de la ley española respecto de los matrimonios integrados por personas del mismo sexo se extiende también cuando uno o ambos contrayentes sean de nacionalidad extranjera. Ya se han producido varias consultas a la DGRN respecto a la posibilidad de que dos personas del mismo sexo pudiesen contraer matrimonio entre sí, siendo una de ellas española y la otra extranjera⁵⁷⁰. La DGRN ha intentado dar respuesta a estas consultas a través de una Resolución-Circular el 29 de julio de 2005⁵⁷¹.

La cuestión que se suscita es si las autoridades españolas pueden autorizar el matrimonio entre contrayentes del mismo sexo cuya nacionalidad no sea la española (o al menos uno de ellos no sea español). En nuestro ordenamiento jurídico no se arbitra una respuesta concreta, ya que la reforma realizada no ha afectado a ninguna norma de DIPr. De ahí que haya sido la DGRN la que haya tenido que proporcionar una respuesta a través de una Resolución-Circular, que algunos autores califican de “curiosa”⁵⁷². En síntesis, afirma que pueden celebrarse

⁵⁷⁰ Cuatro días después de la entrada en vigor de la Ley, un ciudadano español y otro hindú, solicitaron contraer matrimonio. El Juez de paz de Canet de Mar (Barcelona), se planteó si podía casar a dos hombres siendo uno de ellos de nacionalidad india, y exigió a dicho ciudadano certificación consular en la que constase su capacidad para poder contraer matrimonio. *Vid.* J. A. Tomás Ortiz de la Torre, “Nota sobre el matrimonio homosexual y su impacto en el orden público internacional español”, *AC*, núm. 20, 2005, pp. 1-4. Esta fue sólo la primera de las múltiples consultas realizadas a la DGRN.

⁵⁷¹ Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la DGRN, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, BOE núm. 188, de 8 de agosto de 2005. *Vid.* los comentarios a esta Resolución-Circular de S. Sánchez Lorenzo, “Nota a la Ley 13/2005 de 1 de julio”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 509-515; *id.* “Nota a la RDGRN de 24 de enero de 2005”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, pp. 618-627; S. Álvarez González, “Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo”, *REDI*, 2005, en prensa; A. Quiñones Escámez, “Comentario a la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, pp. 855-858.

⁵⁷² S. Sánchez Lorenzo, “Nota a la Ley 13/2005 de 1...”, *loc. cit.*, p. 510.

matrimonios entre personas del mismo sexo en España, ante autoridad pública española, sin que sea óbice para ello el hecho de que alguno de los contrayentes sea nacional de un país cuyo Derecho no admita los matrimonios entre personas del mismo sexo. Para llegar a esta conclusión utiliza distintos razonamientos, que han sido estudiados por la doctrina, que realiza análisis muy diversos de las tesis utilizadas por la DGRN en esta Resolución-Circular⁵⁷³.

La clave está en determinar si la homosexualidad o la heterosexualidad son cuestiones de capacidad⁵⁷⁴ o elementos subjetivos consustanciales con la propia institución matrimonial⁵⁷⁵. La DGRN

⁵⁷³ Así, por ejemplo, los Profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González realizan una exposición de las diferentes tesis tanto favorables como contrarias a la posibilidad de que las autoridades españolas sean competentes para celebrar matrimonio entre personas del mismo sexo cuando una de ellas o las dos son extranjeras y en su país de origen no se contempla tal posibilidad. *Vid.* A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional...”, *loc. cit.*, pp. 1-5. *Vid.* también, F. Calvo Bavio, “Elemento extranjero en matrimonios entre homosexuales celebrados en España”, *IURIS*, núm. 99, nov. 2005, pp. 52-55; J. A. Tomás Ortiz de la Torre, “Nota sobre el matrimonio y su impacto en el orden público...”, *loc. cit.*, pp. 1-4; S. Sánchez Lorenzo, “Nota a la Ley 13/2005...”, *loc. cit.*, pp. 509-515; A. Quiñones Escámez, “Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo”, *RJC*, 2005, pp. 199-215; R. Arenas García, “La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en los supuestos internacionales”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 351-371; B. Ancel, “Regards critiques sur l’erosion du paradigme conflictuel”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2005, ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2006, pp. 345-415, pp. 380-388.

⁵⁷⁴ P. Orejudo Prieto de los Mozos (*La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 95) opina que se trata de una cuestión de capacidad; de la misma opinión, R. Arenas García, “La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio...”, *loc. cit.*, p. 363.

⁵⁷⁵ Tanto el profesor S. Sánchez Lorenzo, (“Nota a la Ley 13/2005...”, *loc. cit.*, pp. 509-515), como la profesora A. Quiñones Escámez (“Límites a la celebración en España de matrimonios...”, *loc. cit.*, p. 201) parten de esta diferenciación para analizar las posibles soluciones a la cuestión de si las autoridades españolas pueden autorizar el matrimonio entre contrayentes del mismo sexo cuya nacionalidad no sea la española.

argumenta en ambas direcciones. En una primera aproximación califica el problema como una cuestión de capacidad, calificación que exige determinar qué sucede si la ley nacional del extranjero no admite el matrimonio homosexual. La DGRN mantiene que “ha de recordarse que la ley extranjera debe ser rechazada cuando su aplicación resulte contraria al orden público internacional español, es decir, cuando se produzca una vulneración de los principios esenciales, básicos e irrenunciables de nuestro Derecho”. Esta es una práctica utilizada en ocasiones por la DGRN para autorizar matrimonios entre una mujer marroquí y un nacional español (no musulmán)⁵⁷⁶. La ley personal de la esposa no permite el matrimonio que, sin embargo, es autorizado, porque, de otra forma, se estaría conculcando el principio de no discriminación por razón de sexo, consagrado en nuestra Constitución⁵⁷⁷. La cuestión está en determinar si el matrimonio entre personas del mismo sexo es un principio esencial de nuestro ordenamiento. La DGRN realiza una enumeración de supuestos en los que se ha rechazado la aplicación de la ley extranjera alegando la excepción de orden público: “leyes extranjeras que admiten los matrimonios poligámicos, que prohíben contraer matrimonio entre personas de distintas religiones, que admiten el matrimonio entre niños, etc”. La posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo resulta para la DGRN similar a todos los supuestos enumerados, con lo que concluye estableciendo que “el Encargado del Registro Civil español no debe operar como guardián del sistema legal extranjero, por lo que no debe negar la posibilidad de contraer matrimonio en España a personas del mismo sexo, por la sola

⁵⁷⁶ RDGRN de 7 de junio de 1992, y RDGRN de 10 de junio de 1999.

⁵⁷⁷ A. Quiñones Escámez, “Límites a la celebración en España de matrimonios...”, *loc. cit.*, p. 205.

razón de que en el país del que son nacionales los cónyuges dicho matrimonio no producirá efectos. Son las autoridades extranjeras las que deben decidir si el matrimonio contraído en España entre personas del mismo sexo surte efecto en tal país o no, por resultar contrario a su orden público internacional”⁵⁷⁸.

De todas formas, la DGRN introduce en su razonamiento también la segunda de las opciones apuntadas anteriormente: considerar la homosexualidad o heterosexualidad como un elemento esencial de la institución matrimonial. Para la DGRN “el desconocimiento por parte de numerosos ordenamientos jurídicos del matrimonio como institución abierta a las parejas del mismo sexo y la paralela inexistencia de norma de conflicto en nuestro Derecho sobre los requisitos del matrimonio ajenos a la capacidad subjetiva de los contrayentes, son factores que puestos en conexión determinan la existencia de una laguna legal al respecto en nuestro derecho conflictual”. Para cubrir esa laguna no basta el recurso a la regla general del art. 9.1 Cc, sino que es necesario aplicar la ley material española. Se proporciona una solución que a fin de cuentas no consiste solo en la inaplicación de la legislación extranjera por la intervención del orden público español, sino que se crea una regla de conflicto unilateral, derogatoria del art. 9.1 Cc, y especial para los matrimonios homosexuales⁵⁷⁹. De esta forma, las autoridades españolas serán

⁵⁷⁸ Como afirma R. Arenas García (“La doctrina reciente de la DGRN..”, *loc. cit.*, p. 361) la utilización del orden público puede suscitar diversos problemas. En primer lugar es necesario interpretarlo de una forma restrictiva, habida cuenta del carácter residual de esta excepción. Y en segundo lugar, choca con la situación anterior en la que resultaba contrario al orden público español el reconocimiento de los matrimonios celebrados en el extranjero entre personas del mismo sexo.

⁵⁷⁹ B. Ancel, “Regards critiques sur l’erosion du paradigme...”, *loc. cit.*, p. 386.

competentes para celebrar matrimonio entre español y extranjero, o entre dos extranjeros siempre que residan en España⁵⁸⁰.

Esta breve exposición del ámbito de aplicación personal de la legislación holandesa, belga y española, evidencia que es posible que un nacional comunitario contraiga matrimonio homosexual con un nacional de tercer Estado. Si el ciudadano comunitario desea ejercer su derecho de libre circulación, dependerá del Estado de desplazamiento el que pueda o no ser acompañado por su cónyuge. Esto supone un serio obstáculo a la libertad de movimiento de los nacionales comunitarios que difícilmente se van a desplazar sin su pareja. Para evitar esta restricción, se propone de *lege ferenda* la aplicación del *Herkunftslandprinzip*. A su tenor, un matrimonio válidamente constituido en un Estado miembro lo sería en cualquier otro, por lo menos a efectos de reagrupación familiar, y se facilitaría de esta forma la libre circulación de personas. Con la finalidad del ejercicio de la libertad comunitaria, no tendría por qué existir inconveniente en considerar válido el matrimonio constituido de acuerdo a un ordenamiento nacional y evitar con ello la existencia de matrimonios claudicantes. No es una posición muy alejada de la regla de reconocimiento mutuo⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ De hecho, esta Resolución-Circular ya ha sido aplicada en una RDGRN de 26 de octubre de 2005. En ella se establece que “el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido, por aplicación de la ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios, sin perjuicio del cumplimiento de los demás requisitos de forma y competencia del órgano que deba autorizar el matrimonio previstos en nuestro ordenamiento jurídico”.

⁵⁸¹ La regla de reconocimiento mutuo puede sintetizarse de la siguiente manera: todo producto o servicio que cumpla los requisitos establecidos por el Derecho del Estado miembro del que es originario debe poder ser comercializado en cualquier otro Estado miembro siempre que la legislación del primer Estado garantice un nivel de protección equivalente al ofrecido por la ley del Estado de destino (*Vid.* M. Fallon, “Variations sur le principe d’origine, entre droit communautaire et droit...”, *loc. cit.*, pp. 187-223).

No se puede obviar el hecho de que habrá Estados en los que dicho reconocimiento se enfrentará a la excepción de orden público⁵⁸². En

El reconocimiento mutuo es una técnica jurídica que ya se recogía en la redacción original del Tratado de Roma. Sin embargo, se admite comúnmente que el verdadero origen, por la trascendencia que llega a alcanzar, es jurisprudencial (M. Gardeñes Santiago, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Eurolex, 1999, p. 54). En el ámbito de la libre prestación de servicios tiene su origen en la STJCE de 17 de diciembre de 1981, as. 279/80, *Webb*. En el marco de la libre circulación de mercancías se remonta a la STJCE de 20 de febrero de 1979, as. C-120/78, *Cassis de Dijon*, en la que el TJCE afirmó que “no hay ningún motivo válido para impedir que las bebidas alcohólicas, siempre que hayan sido producidas y comercializadas legalmente en uno de los Estados miembros, sean introducidas en cualquier otro Estado miembro, sin que pueda ser opuesta a la venta de estos productos una prohibición legal de comercializar bebidas que contengan un grado de alcohol inferior al límite fijado por la reglamentación nacional” (A. Mattera, “L’article 30 du traité CEE, la jurisprudence Cassis de Dijon et le principe de la reconnaissance mutuelle”, *Rev. MU. Eu.*, 1992, pp. 189-192). Esta jurisprudencia fue interpretada por la Comisión como una consagración del principio de reconocimiento mutuo de las reglamentaciones nacionales, que, a su juicio, conllevaba que “todo producto producido o comercializado en un Estado miembro debe ser, en principio, admitido en el mercado de cualquier Estado miembro” (Comunicación de la Comisión de 3 de octubre de 1980 relativa a las consecuencias de la sentencia pronunciada por el TJCE el 20 de febrero de 1979 en el as. C-120/78, DOCE C 256, de 3 de octubre de 1980). El principio de reconocimiento mutuo se ha incluido como una cláusula específica en más de 4000 reglamentaciones nacionales y se han adaptado a sus exigencias más de 6000 reglamentaciones técnicas notificadas a la Comisión, por lo que su contribución a las restricciones a la libre circulación de mercancías ha sido crucial. La STJCE *Foie Gras* de 22 de octubre de 1998, as. C-184/96, ha apuntado la necesidad de introducir en las normas nacionales cláusulas de reconocimiento mutuo para dar seguridad jurídica e imponer transparencia a la actuación de los Estados miembros. Para un análisis de este principio véase M. Guzmán Zapater, “Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales”, *RDCE*, 2001, p. 423; *id.* “El principio de reconocimiento mutuo ¿Un nuevo modelo para el DIPr comunitario?”, *RDCE*, enero/junio, 1998, pp.137-171; J. A. Gutiérrez Fons, “Las cláusulas de reconocimiento mutuo: la perspectiva comunitaria del Derecho nacional”, *REEI*, nº 10, 2005, pp. 1-43, disponible en www.reei.org; M. López Escudero, “La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en Derecho comunitario”, *GJ-CE*, 1993, pp. 119-165.

⁵⁸² *Vid.* S. Álvarez González, “Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del Juez nacional y orden público comunitario”, *La Ley*, nº 5108, de 31 de julio de 2000, pp. 1-4; E. Pérez Vera, “El concepto de orden público en el Derecho internacional”, *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional*, vol. VII, 1984, pp. 273-287; A. Bucher, “L’ordre public et le but social des lois en droit international privé”, *Rec. des C.*, 1993, vol. 239, pp. 9-116; P.

el ámbito de la libre circulación de personas, no obstante, la aplicación de esta excepción debe superar un test de compatibilidad comunitaria, de forma que no cabría su aplicación si la medida fuera discriminatoria, no estuviera justificada por razones de interés general y no fuera necesaria o proporcional. Compartimos la opinión doctrinal que considera dudoso que la aplicación de la excepción supere este test de compatibilidad porque, aunque sea lícito argumentar que la defensa del matrimonio es una cuestión de interés general, no se puede justificar que sea necesario o proporcional denegar la reagrupación familiar en aras a la defensa de ese interés general⁵⁸³. La aplicación de este principio requiere verificar, ante todo, si el resultado concreto al que lleva el reconocimiento de la eficacia invocada es inadmisibles para el foro y en ningún Estado miembro se prohíbe la homosexualidad⁵⁸⁴.

Para evitar restricciones innecesarias a la libre circulación de personas, de *lege ferenda* se propone permitir la entrada y residencia del cónyuge homosexual de un nacional comunitario si su unión se ha constituido válidamente en el país de origen. Esta propuesta se extiende incluso a los Estados miembros que no cuentan con legislación al respecto, ya que sería a los únicos efectos de entrada y residencia en el territorio del Estado miembro. Otra cuestión será el posterior

Hammje, “Droits fondamentaux et ordre public”, *RCDIP*, 1997, pp. 1-31; I. García Rodríguez, “Derecho aplicable y orden público comunitario”, *RIE*, vol. 20, núm. 3, 1993, pp. 927-940.

⁵⁸³ M. Requejo Isidro, “DIPr. de la familia y libre circulación de trabajadores...”, *loc. cit.*, pp. 243-251; C. González Beilfuss, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la UE*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 86.

⁵⁸⁴ L. Papadopoulou, “In(di)visible Citizens(hip): Same-Sex Partners in European Union Immigration Law”, *YEL*, nº 21, 2001-2002, pp.229-263, p. 236.

reconocimiento de ese matrimonio cuando se pretendan hacer valer determinados efectos de esa unión entre las partes o frente a terceros⁵⁸⁵.

3. *Bestimmungslandprinzip*: construcción asimétrica de la libre circulación de personas

Una segunda opción a efectos de determinar la validez de una concreta unión la constituye la aplicación de la ley del Estado de acogida. No obstante, decantarse por esta posibilidad supone que la libre circulación de personas se construirá de manera asimétrica⁵⁸⁶. Este extremo puede demostrarse mediante el análisis de las condiciones de reagrupación de la pareja registrada de un nacional comunitario. La Directiva 2004/38 acoge el *Bestimmungslandprinzip* en este punto, y tal elección causa restricciones a la libre circulación de personas. El desplazamiento del nacional comunitario dependerá, en la mayoría de los casos, de que pueda ser o no acompañado por su pareja. No hay que olvidar que el reconocimiento de la unión procede sólo y exclusivamente a efectos de entrada y residencia en el territorio de un Estado miembro. Sin embargo, el legislador comunitario exige una serie de requisitos para la reagrupación de la pareja registrada que exceden de la finalidad de la norma. El disfrute del derecho de reagrupación familiar implicará una ponderación de los efectos de la unión en el Estado miembro de

⁵⁸⁵ *Vid. infra*, pp. 391-418.

⁵⁸⁶ De esta misma opinión, L. Papadopoulou, “In(di)visible Citizens(hip)...”, *loc. cit.*, p. 247; E. Deards, “Discrimination on Grounds of Sexual Orientation. The Role of Community Law”, *KCLJ*, 1999, vol. 10, pp. 12-25; K. Waaldijk, “Free Movement of Same-Sex Partners”, *MJ*, 1996, pp. 271-285, p. 279; C. González Beilfuss, *Parejas de hecho...*, *op. cit.*, p. 84; P. Abarca Junco, “La legislación sobre parejas de hecho en el ordenamiento español. Problemas de derecho interregional”, *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Prof. Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Córdoba y Málaga, 2005, pp. 37-55, p. 54.

acogida⁵⁸⁷. *Grosso modo*, la posibilidad de entrada y residencia en un determinado Estado dependerá de si en ese Estado se permite el registro de las parejas. De esta forma, una vez se admita la reagrupación de la pareja registrada en un Estado miembro de acogida cumpliendo los requisitos que establece la Directiva 2004/38, será imposible que ese Estado de acogida no la reconozca como tal a todos los efectos, y no sólo a los del Derecho de extranjería.

A) Articulación de las condiciones de reagrupación de la pareja registrada a través de la técnica conflictual

Extractando los aspectos que han sido objeto de nuestra investigación hasta el momento, se puede afirmar que la pareja registrada no forma parte del concepto de cónyuge en el ámbito de la libre circulación de personas. Es más, hasta la aparición 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 miembros, no existía ninguna referencia en la normativa comunitaria a la posibilidad de reagrupación de estas parejas. Todo quedaba a merced de cada uno de los Estados miembros, obligados a respetar, eso sí, el principio de no discriminación por razón de nacionalidad. El acatamiento de este principio comportaba que, si se permitía a los propios nacionales la reagrupación de su pareja, indefectiblemente había de admitirse para los ciudadanos comunitarios que residieran en su territorio.

⁵⁸⁷ N. Comte Guillement, “Las parejas no casadas ante el DIPr”, *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 295-313, p. 307.

La elaboración de la Directiva 2004/38 proporcionaba una ocasión inmejorable para clarificar la situación de las parejas registradas en la UE, sobre todo, teniendo en cuenta que la norma tiene su base jurídica en el Título IV (creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores) y en el art. 18 TCE (derecho de libre circulación). Por eso, se debería haber permitido la circulación sin trabas a estas parejas, considerando válido el registro en cualquier Estado miembro de serlo en el Estado de celebración⁵⁸⁸. Sin embargo, no se ha optado por esta solución, sino por otra mucho más compleja, que incluye normas de DIPr. Así, la Directiva establece en su art. 2.2 que se considerará miembro de la familia “la pareja con la que el ciudadano de la Unión haya celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en el Estado miembro de acogida”. Esta definición fue cuestionada por el Parlamento Europeo, que sugería que se especificara que debía tener derecho a la reagrupación familiar la pareja registrada de un ciudadano comunitario así como su pareja de hecho, independientemente del sexo de la misma, si la legislación del Estado de origen o de acogida trataban a la pareja de una manera equivalente al matrimonio, y de acuerdo con las condiciones establecidas en cualquiera de dichas legislaciones⁵⁸⁹. En la Propuesta modificada de Directiva presentada por la Comisión, estas enmiendas no fueron, empero,

⁵⁸⁸ De esta misma opinión R. Arenas García, “Problemas derivados de la reagrupación...”, *loc. cit.*, p. 291.

⁵⁸⁹ “Report on the Proposal for a European Parliament and Council Directive on the Right of Citizens of the Union and their Family Members to Move and Reside Freely within the Territory of the Member States. Committee on Citizens’ Freedoms and Rights”, Justice and Home Affairs Rapporteur: Giacomo Santini A5-0009/2003 (Enmiendas 14, 15 y 16).

recogidas. Para la Comisión, la armonización de las condiciones de residencia de los ciudadanos de la Unión en Estados miembros de los que no sean nacionales no puede imponer a otros países pertenecientes a la UE modificaciones legislativas que afecten al Derecho de familia, materia en la cual la Comunidad carece de competencia⁵⁹⁰. La Comisión optó por el pragmatismo, ya que una extensión del concepto más allá de estos parámetros hubiese sido políticamente inaceptable para algunos Estados miembros. Además, al hacer referencia en un precepto separado a las parejas registradas, se deja patente que no hay equiparación de éstas con el cónyuge⁵⁹¹.

Las condiciones que finalmente establece la Directiva para que la reagrupación sea posible son tres: a) que la unión registrada se haya celebrado conforme a la legislación de un Estado miembro de la Unión; b) que la legislación del Estado miembro de acogida otorgue a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios; c) que se haya celebrado de conformidad con las condiciones establecidas en el Estado miembro de acogida. Ahora bien, el que estos tres requisitos no se cumplan no es óbice para reagrupar a la pareja registrada. No se puede soslayar que se trata de una Directiva que recoge unos mínimos que deben ser respetados por todos los Estados miembros, pero que, a partir de ellos, es factible ampliar el espectro de personas reagrupables. La exigencia de la Directiva es de carácter positivo e imperativo: si se cumplen estas condiciones, el Estado miembro de acogida obligatoriamente tendrá que permitir la reagrupación de la pareja

⁵⁹⁰ Apartado 3º de la Exposición de Motivos de la Propuesta modificada, COM/2003/0199 final.

⁵⁹¹ En cambio, esta equiparación es posible en el ámbito del DIPr una vez la pareja está establecida en un Estado miembro. Así, se puede distinguir entre uniones que crean un estatus y aquéllas que no lo crean. *Vid. infra*, pp. 375-391.

registrada. La flexibilización de los requisitos impuestos por la Directiva será una facultad de cada uno de los Estados miembros, pero lo que emerge de forma meridiana es que la transposición literal de este precepto en las legislaciones internas generará complejos problemas interpretativos, que se abordaran en los epígrafes siguientes.

a) Celebración conforme a la legislación de un Estado miembro

La primera de las condiciones exigidas por la Directiva es que la unión registrada se haya celebrado conforme a la legislación de un Estado miembro⁵⁹². Si se ha constituido con arreglo a la legislación de un tercer Estado, la pareja no podrá ser reagrupada a través del artículo 2.2, lo que no obsta para que la reagrupación se pueda producir a través de otro cauce, como el que abre el art. 3.2. b). La idea de que una situación jurídica válidamente creada por un Estado miembro pueda no producir efectos en otro Estado miembro es antitética con la noción de un espacio judicial común, proclamada por el Tratado de Ámsterdam. A pesar de la ambigüedad que rodea al concepto de libertad, seguridad y justicia, resulta claro que gira en torno al ciudadano comunitario. De lo que se trata es de remover los obstáculos que puedan desincentivar el pleno ejercicio de las libertades que otorga el Tratado a los ciudadanos comunitarios⁵⁹³.

Esta técnica normativa suscita indefectiblemente una serie de interrogantes. Cuando la Directiva establece que la unión ha tenido que celebrarse con arreglo a la legislación de un Estado miembro, hay que entender que dentro de la expresión “legislación” se incluyen las normas

⁵⁹² Se incluyen también los Estados que forman parte del EEE y Suiza.

⁵⁹³ Véase el análisis realizado *supra*, pp. 40-85.

de DIPr de ese Estado⁵⁹⁴. En efecto, el DIPr constituye una parte del Derecho privado de un determinado sistema jurídico. Esta interpretación quizás puede provocar unas consecuencias que no fuesen las pretendidas por el legislador comunitario. Así, en primer lugar, es posible que la unión se celebre en el territorio de un Estado miembro, y las normas de conflicto de ese Estado remitan a la legislación de un tercer Estado. Varias hipótesis son factibles: a) que la norma de conflicto del Estado de celebración prevea la aplicación del Derecho material de ese tercer Estado; b) que la remisión se haga al sistema de DIPr de ese tercer Estado. Se estaría en presencia, en este último caso, de un reenvío de segundo grado, basado en las teorías del “conflicto de sistemas”⁵⁹⁵. Este conflicto podría ser resuelto de dos formas: a) el sistema de DIPr del tercer Estado puede ordenar aplicar normas de otro Estado; b) o bien puede ordenar que se apliquen las normas de conflicto del Estado de celebración de la unión, con lo que se produciría un reenvío entre normas de DIPr⁵⁹⁶. El resultado sería la aplicación del Derecho material del

⁵⁹⁴ En realidad se plantea la manida y delicada cuestión del alcance de la referencia al Derecho extranjero: si se limita a sus normas sustantivas o si también incluye las normas de conflicto del ordenamiento jurídico designado como aplicable por la norma de conflicto del foro.

⁵⁹⁵ *Vid.* por lo que respecta a la teoría de los conflictos de sistemas, Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, París, Sirey, 1958; *Id.*, Nota a la sent. París de 7 de julio de 1954”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1954, pp. 560-571; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. 1, Granada, Comares, 2005, p. 225; E. Castellanos Ruiz, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares, 2001, en especial pp. 98-101; M. Sonnentag, *Der Renvoi im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.

⁵⁹⁶ Es lo que Batiffol denomina *renvoi-coordination*. El reenvío constituye un modo de coordinación de las normas de conflicto de los ordenamientos jurídicos de los Estados llamados a ser aplicables sucesivamente. A través del reenvío-coordinación se intenta solucionar un conflicto positivo de sistemas, al ser dos normas de conflictos de sistemas de DIPr distintas las que pretenden ser aplicadas cumulativamente. H. Batiffol y P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, vol. I, 8ª ed, París, L.G.D.J., 1993, pp. 497-498.

Estado de celebración de la unión o del de un tercer Estado designado por las normas de conflicto del Estado de celebración. La pregunta sería si, en todos los supuestos apuntados, se estaría cumpliendo la condición exigida por la Directiva: “que la unión registrada se celebre con arreglo a la legislación de un Estado miembro”. Si se consideran incluidas las normas de DIPr dentro del sistema jurídico de un Estado, la condición se cumple. Distinto es que el legislador comunitario se planteara en algún momento todas estas posibilidades.

En segundo lugar, hay que hacer referencia a la posibilidad de que se produzca la situación contraria: que la unión se hubiese celebrado en un tercer Estado, pero las normas de DIPr de ese Estado, remitiesen al Derecho material de un Estado miembro⁵⁹⁷. Se estaría utilizando una norma de conflicto de un tercer Estado para llegar a la aplicación del Derecho material de un Estado miembro. Si consideramos que lo importante es el resultado material último, y no el camino seguido, la condición exigida por la Directiva 2004/38 se estaría cumpliendo. El registro se ha celebrado conforme a la legislación de un Estado miembro, que es lo que exige la Directiva, que en ningún momento hace mención a que el registro se haya celebrado en el *territorio* de un Estado miembro.

Lo más lógico sería, en consecuencia, que, si la pareja se ha registrado conforme a la legislación de un Estado miembro, fuese obligatorio para todos los demás la reagrupación, sin exigir ningún

⁵⁹⁷ Puede equipararse esta situación al reenvío total o doble reenvío: se soluciona el problema de la misma forma que lo hubiera hecho el juez extranjero cuyo ordenamiento jurídico es designado como aplicable por la norma de conflicto del foro. *Vid.* E. Castellanos Ruiz, *Unidad vs. pluralidad...*, *op. cit.*, p. 101. En relación a los problemas que suscita el doble reenvío véase, W. J. Kassir, *Réflexions sur le renvoi en droit international privé comparé*, Bruselas, Bruylant, L.G.D.J., 2002, pp. 95-102.

requisito adicional. Que la Comunidad reconozca el matrimonio de homosexuales o la pareja registrada a efectos de la reagrupación familiar no implica directamente modificar el Derecho material ni introducir estas instituciones en el Derecho de los Estados miembros que no las conocen⁵⁹⁸. No obstante, sí se producirían discriminaciones a la inversa⁵⁹⁹, ya que los propios ciudadanos del Estado que no regula la institución no podrían reagrupar a su cónyuge homosexual o su pareja registrada, y, en cambio, los nacionales comunitarios que residan en ese país sí. Si el Estado quisiera evitar estas discriminaciones tendría que modificar su Derecho material, y esto podría dar lugar a una armonización indirecta de las legislaciones de los Estados miembros⁶⁰⁰.

b) Trato equivalente a los matrimonios

La segunda de las condiciones que establece la Directiva 2004/38 para hacer posible la reagrupación es que “el Estado de acogida otorgue a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios”. Sin embargo, no se especifica cuál tiene que ser el *tertium comparationis*. No queda claro si la equivalencia ha de ser respecto al Derecho de extranjería o respecto al Derecho material. En el primer caso, se exigirá que el Estado de acogida permita la reagrupación del cónyuge y la pareja registrada (nacional de tercer Estado) de sus propios nacionales en términos “equivalentes”. En el segundo supuesto, lo que se estará exigiendo es que:

⁵⁹⁸ Los posibles efectos que puedan ser reconocidos a la pareja una vez conviva en el Estado miembro de acogida serán analizados en el capítulo IV.

⁵⁹⁹ En este mismo sentido, M. D. Blázquez Peinado, “El derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, últimos desarrollos...”, *loc. cit.*, p. 21.

⁶⁰⁰ N. Shcuibhne, “Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On?”, *CMLR*, 2002, pp. 731-771, p. 735.

a) en el Estado de acogida exista una regulación de las parejas registradas, y b) que el trato otorgado a las parejas registradas se pueda considerar “equivalente” al concedido a los matrimonios. Se opta por realizar un análisis de esta condición entendiéndola como referente al Derecho material, esto es, considerando que el legislador comunitario se refiere a que en el Estado de acogida exista una legislación sobre parejas registradas que las equipare al matrimonio. Nos decantamos por esta interpretación porque parece la más coherente si adoptamos un enfoque global, considerando como tal aquél que tenga en cuenta las tres condiciones exigidas por la Directiva. Desde esta perspectiva es necesario poner en relación la exigencia del trato equivalente con el tercero de los requisitos recogido por la norma comunitaria: “que el registro se haya celebrado de conformidad con las condiciones establecidas en el Estado miembro de acogida”. Para que esto sea posible es requisito *sine qua non* que en el Estado de acogida exista una regulación de las parejas registradas.

De esta forma, entendiéndola como referida al Derecho material del Estado miembro de acogida, esta condición tendrá el efecto de crear dos zonas de migración para las parejas registradas en la UE. Por un lado, en el interior del anillo, estarán aquellos Estados que poseen una legislación interna sobre parejas registradas. Por otro, en la zona exterior, aquellos países de la UE que no la tienen⁶⁰¹. La frontera entre estas dos zonas es confusa, ya que no basta con que exista legislación interna al respecto, cuestión que sería sencilla de verificar, sino que tiene que la norma debe otorgar a estas uniones un trato equivalente a los matrimonios.

⁶⁰¹ M. Bell, “Holding Back the Tide? Cross-Border Recognition of Same-Sex Partnerships..”, *loc. cit.*, p. 624.

Cada vez es más larga la lista de países de la Unión Europea que regulan las parejas registradas⁶⁰²: Dinamarca (1989), Suecia (1994), Finlandia (2002), Países Bajos, (1997), Bélgica (1998), Francia (1999), Portugal (2001), Alemania (2001), Lituania (2002), Reino Unido, Luxemburgo, Polonia y Suiza (2004), Eslovenia (2005), República Checa (2006)⁶⁰³. Será imprescindible el análisis de estas legislaciones para verificar si el trato otorgado a las parejas registradas se puede considerar “equivalente” a aquél del que gozan los matrimonios. Sin embargo, no es el objeto de este trabajo realizar un estudio exhaustivo de aquéllas normas, aunque sí poner de manifiesto las dificultades que se van a producir al intentar verificar esta condición. Y ello porque la Directiva adopta una

⁶⁰² Vid. V. Camarero Suárez, *Las uniones no matrimoniales en el Derecho español y comparado*, Tirant lo Blanch, TOL 516636, 2005, epígrafe 8.

⁶⁰³ DINAMARCA: *The Registered partnership Act*, Act núm. 372, de 7 de junio de 1989, en vigor desde el 1 de octubre de 1989 y reformada por Act. Núm. 821 de 19 de diciembre de 1989, Act. Núm. 387 de 14 de junio de 1995, y Act. Núm. 360 de 2 de junio de 1999; SUECIA: *Swedish Act on Registered Partnership*, de 23 de junio de 1994, reformada por la Ley de 31 de mayo de 2000 www.homo.se/o.o.i.s/1630; FINLANDIA: *Finnish Act on Registered Partnership* de 9 de noviembre de 2001, www.finlex.fi/english/index.html; PAÍSES BAJOS: Ley de 5 de junio de 1997, que entró en vigor el 1 de enero de 1998. Modificada por Ley de 6 de julio de 2004 relativa a las normas de conflicto en materia de paternariado registrado (*Wet conflictenrecht geregistreerd partnerschap*), que entró en vigor el 1 de enero de 2005; BÉLGICA: Ley de 23 de noviembre de 1998 *instaurant la cohabitation légale*; FRANCIA: Loi n° 99-944 *Relative au Pacte Civil de Solidarité*, publicada en el *Journal Officiel de la République Française* de 16 de noviembre de 1999. El Pacto Civil de Solidaridad, se basa en un contrato mediante el que dos personas organizan su vida en común, siempre que sean mayores de edad, con independencia del sexo; PORTUGAL: Ley 7/2001, de 11 de mayo, ALEMANIA: *Lebenspartnerschaftsgesetz*, de 16 de febrero de 2001, publicada en el *Bundesgesetzblatt* de 22 de febrero de 2001 (*vid.* N. Dethloff, “Registrierte Partnerschaften in Europa”, *ZEuP*, 1/2004, pp. 59-74); LITUANIA: Ley de 1 de julio de 2002; REINO UNIDO: *Civil Partnership Act*, de 18 de noviembre de 2004; LUXEMBURGO: *Loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats*, publicada en *Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, n° 114, de 6 de agosto de 2004; POLONIA: *Registered Partnership Bill* de diciembre de 2004; ESLOVENIA: *Law on Registered Same-Sex Partnership*, de 22 de junio de 2005; SUIZA: *Loi sur le partenariat* (LPart), de 18 de junio de 2004; REPÚBLICA CHECA, *Registered Partnership Law*, de 15 de marzo de 2006.

fórmula manifiestamente tendente a proteger los sistemas de Derecho de familia más tradicionales de la “contaminación” que pueden suponer las nuevas instituciones de Derecho de familia emergentes⁶⁰⁴.

En los países escandinavos, el régimen introducido para la regulación de las parejas registradas es casi idéntico al del matrimonio⁶⁰⁵. En lugar de crear una institución completamente nueva, simplemente se decide qué derechos no van a tener que sí tengan las parejas casadas. Sólo permiten registrarse a las parejas del mismo sexo, ya que las de sexo diferente pueden optar por el matrimonio o simple cohabitación. El registro de la unión produce idénticos efectos que el matrimonio en casi todos los ámbitos, excepto por lo que respecta al derecho de adopción⁶⁰⁶, técnicas de reproducción asistida y atribución de la patria potestad. En particular, el registro de una pareja crea una obligación de alimentos recíproca entre sus miembros, así como una responsabilidad solidaria

⁶⁰⁴ M. Bell, “Holding Back the Tide?...”, *loc. cit.*, p. 624.

⁶⁰⁵ Las legislaciones sobre parejas registradas nórdicas son prácticamente similares. No es que estén basadas en una convención unificadora, sino que para su creación se han producido consultas informales entre los ministros de justicia de estos Estados. Además, es bastante común que la legislación del primer país nórdico que regule una determinada cuestión sirva como ejemplo a los demás. M. Bogdan, “Private International Law of Registered Partnership in the Nordic Countries”, *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe. (Actes de la XVI Tournée de droit international privé du 5 mars 2004 à Lausanne)*, Genève, Schulthess, 2004, pp. 61-69, p. 61; D. Borrillo, “Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités: la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l’Union...”, *loc. cit.*, pp. 887-889.

⁶⁰⁶ M. Bogdan, “Internationale Aspekte der schwedischen Gesetzesnovelle über die Adoption von Kinder durch eingetragene Lebenspartner”, *IPRax*, 2002, pp. 534-535; V. Camarero Suárez, “Un apunte al Derecho europeo y estadounidense sobre el estatus jurídico de las parejas del mismo sexo”, *La Ley*, núm. 6105, de 13 de octubre de 2004, pp. 1-6; Y. Tan, “New forms of cohabitation in Europe; Challenges for English Private Law”, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Oxford-Nueva York, Intersentia, 2003, pp. 437-461, p. 454. Suecia es la excepción, ya que en el año 2002 abrió la posibilidad de la adopción a las parejas registradas (Ley de 31 de mayo de 2000, por la que se modifica la Ley de 23 de junio de 1994 relativa a la convivencia mutua registrada).

respecto a las obligaciones contraídas para atender a las necesidades corrientes de la vida en común. Por lo que respecta a las cuestiones de DIPr, la legislación finlandesa y sueca, le dedican un capítulo entero (capítulo cuarto), mientras que las demás le prestan menor atención⁶⁰⁷.

En Alemania, la constitución de una pareja registrada presupone una declaración de voluntad de dos personas del mismo sexo frente al funcionario encargado del Registro Civil. El hecho de registrar la pareja genera una serie de efectos jurídicos, como la obligación de ayuda mutua, obligación de alimentos recíproca, responsabilidad solidaria⁶⁰⁸... Los derechos sucesorios del miembro de la pareja superviviente son, en principio, los mismos que corresponderían al cónyuge supérstite⁶⁰⁹. No se reconoce el derecho a la adopción conjunta, ni el derecho de adopción de los hijos de los miembros de la pareja por parte del otro, pero sí admite el llamado *kleines Sorgerecht*, o “pequeño derecho de custodia”. Este último da al no-progenitor, de conformidad con su pareja, un derecho de codecisión con el progenitor que tiene en exclusiva la patria potestad del niño sobre los asuntos del menor que cohabita con ambos, aunque los juzgados de

⁶⁰⁷ M. Bogdan, “IPR-Aspekte der schwedischen eingetragenen Partnerschaft für Homosexuelle”, *IPRax*, 1995, pp. 56-57.

⁶⁰⁸ B. Stark, *International Family Law: an Introduction*, Londres, Ashgate, 2005, p. 32.

⁶⁰⁹ G. Hochloch y C. Kjelland, “The New German Conflicts Rules for Registered Partnerships”, *YPIL*, núm. 3, 2001, pp. 223-235. J. Pirrüng, “Registrierte Partnerschaften den Europäischen Gerichten”, *Homenagem I. Magalhaes Collaço*, Coimbra, 2002, pp. 605-621; K. A. von Sachsen Gessaphe, “Les unions homosexuelles enregistrées en droit international privé allemand”, *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe. (Actes de la XVI Tournée de droit international privé du 5 mars 2004 à Lausanne)*, Schulthess, Genève, 2004, pp. 1-28 ; P. Lagarde, “Allemagne. Partenariat enregistré. Loi relative à l’élimination de la discrimination des unions homosexuelles”, *Rev. crit. dr. int. pr.* 2001, pp. 772-773.

familia tienen la potestad de excluir o limitar este derecho⁶¹⁰. Por lo que respecta a los Países Bajos, la constitución de una pareja registrada produce efectos similares al matrimonio. De hecho, el art. 80 b) del Código Civil holandés remite en bloque a la regulación matrimonial. La pareja tiene que ser “exclusiva”, no se puede formar parte de más de una unión registrada, ni registrarse si se está casado. La edad mínima son 18 años. Cuando la Ley sobre parejas registradas entró en vigor en los Países Bajos en 1997, se pretendió prevenir el denominado “registration tourism” y el ámbito de aplicación personal de la ley se restringió con respecto al del matrimonio. Así, una pareja sólo podía registrarse si *ambos* contrayentes eran holandeses, o nacionales de la UE, o tenían un título de residencia válido⁶¹¹. En el año 2001, cuando se promulgó la ley que abrió el matrimonio a las personas homosexuales, se atenuaron estas condiciones y ya sólo debía cumplirlas uno de los miembros de la pareja, y no los dos⁶¹².

En Bélgica, los efectos del registro son muy limitados, y en la práctica, sólo implican que se protege la vivienda y el ajuar común, y que ambos miembros responden solidariamente de las deudas contraídas para sufragar las necesidades de la vida conjunta⁶¹³. El art. 58 del Código de

⁶¹⁰ Sección 9 de la *Lebenspartnerschaftsgesetz*. Se remite por analogía a los arts. 1685.2 y 1687. b) BGB.

⁶¹¹ Por título de residencia válido hay que entender lo que establecen los arts. 9^a y 10 de la *Aliens Act, Parliamentary Proceedings, Second Chamber, 1996-1997*, n° 23761.

⁶¹² I. Sumner, “Registered Partnerships and Private International Law: Great Britain and the Netherlands Compared”, *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe (Actes de la XVI Tournée de droit international privé du 5 mars 2004 à Lausanne)*, Schulthess, Genève, 2004, pp. 29-50; W. Schrama, “Registered Partnership in The Netherlands”, *Int. Jnl. of Law, Policy and the Family*, diciembre 1999, pp. 315-327.

⁶¹³ G. Kessler, *Les partenariats enregistrés en droit...*, *op. cit.*, p. 29.

DIPr belga precisa, al definir lo que entiende por “relación de vida en común”, que comprende la convivencia mutua registrada ante autoridad pública que no crea entre los convivientes un vínculo equivalente al matrimonio⁶¹⁴. En Francia, existen también unas normas de base que integran el contenido del PACS (Pacto Civil de Solidaridad)⁶¹⁵. El art. 515-1 del Código Civil lo define de la siguiente manera: “un pacto civil de solidaridad es un contrato concluido por dos personas físicas mayores, de sexo distinto o del mismo sexo, para organizar su vida en común”. Al igual que la cohabitación legal belga no origina vínculo de parentesco, pero sí un estatus de pareja⁶¹⁶. En el ámbito de las relaciones internas crea una obligación de ayuda mutua, y la presunción de indivisión de los bienes muebles e inmuebles adquiridos después de la celebración del PACS. Respecto de las relaciones externas supone que ambos miembros respondan de las deudas contraídas para cubrir necesidades de la vida en

⁶¹⁴ “Au sens de la présente loi, les termes “relation de vie commune” visent une situation de vie commune donnant lieu à enregistrement par une autorité publique et ne créant pas entre les cohabitants de lien équivalent au mariage”.

⁶¹⁵ *Vid.* G. Khairaliah, “Les patnerariats organisés en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité)”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 2000-3, pp. 317-330 ; K. Siehr, “Family Unions in Private International Law”, *NILR*, 2003, pp. 419-435, p. 424; H. Fulchiron, “Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé”, *Journ. dr. int.*, núm. 4, 2000, pp. 889-913; Y. Tan, “New forms of...”, *loc. cit.*, pp. 448-452; C. Richards, “Legal recognition of Same —Sex Relationships— The French Perspective”, *ICLQ*, vol. 51, 2002, pp. 305-324; A. Devers, *Le concubinage en Droit international privé*, Bibliothèque de Droit privé, tomo 416, París, L.G.D.J, 2004; R. Probert, “From Lack of Status to Contract: Assesng the French Pacte Civil de Solidarité”, *JSWFL*, nº 23, 2001, pp. 257-269; G. Kessler, *Les patnerariats enregistrés en droit...*, *op. cit.*, pp. 13-23.

⁶¹⁶ A pesar de esta afirmación el Tribunal Constitucional francés, en una decisión de 9 de noviembre de 1999, calificó al PaCS de “contrato específico” y acentuó la condición conyugal del mismo: “la vida común mencionada por la ley recurrida supone, además de una residencia en común, una vida en pareja” (Decisión del Conseil Constitutionnel de 9 de noviembre de 1999, JO de 16 de noviembre).

común. A diferencia de la regulación de los países nórdicos y de Alemania se aplica tanto a las parejas del mismo como de distinto sexo⁶¹⁷.

En Suiza, el PACs o ley sobre la unión registrada, permite el registro a las parejas homosexuales, igual que las leyes de los países nórdicos, Alemania y el Reino Unido. Las partes se deben asistencia y respeto mutuos, deben participar en los gastos del hogar e informar el uno al otro sobre sus ingresos, bienes y deudas. El régimen económico al que se someterá la pareja es el de separación de bienes, y en caso de disolución ambos deberán repartirse los gastos ocasionados por la situación. En cuanto a la sucesión, los seguros sociales y el derecho fiscal, las parejas tendrán el mismo estatuto que los matrimonios heterosexuales. Por lo que respecta a la adopción, no está permitida. No obstante, si uno de los integrantes de la pareja tiene un hijo de una unión anterior, el otro miembro tendrá que colaborar en el mantenimiento del menor. Sin embargo, el conviviente no tiene derecho de alimentos si surge la ruptura y en el ámbito de la sucesión es tratado como un tercero⁶¹⁸.

Con esta sucinta exposición se ha pretendido evidenciar que: a) cada vez es mayor el número de Estados miembros que cuentan con una regulación de las parejas registradas; b) la constitución de las mismas crea una serie de efectos jurídicos y expectativas, tanto entre las partes, como respecto a terceros, que no deberían desaparecer por el simple hecho del

⁶¹⁷ Vid. H.U. Jessurun d'Oliveira, "Registered Partnerships, PACSes and Private International Law Some Reflections", *Riv. int. pr. proc.*, abril-junio 2000, pp. 293-323.

⁶¹⁸ D. Girsberger y L. Dórese, "Registrierte Partnerschaften-schwizerisches IPR *de lege ferenda*", *Rev. suisse DIDE*, 2001, pp. 73-101, p. 85; J. Kren Kostkiewicz, "Registrierte Partnerschaften gleichgeschlechtlicher Personen aus der Sicht des IPR (de lege data)", *Rev. suisse DIDE*, 2001, pp. 101-109.

traslado a otro Estado miembro, y c) aunque todos estos Estados conozcan la institución “pareja registrada”, su regulación es muy diferente en cada uno de ellos. Esto obligará a estudiar la equivalencia de esta institución con la del matrimonio caso por caso, para corroborar si se cumple la exigencia prevista en la Directiva 2004/38.

Lo cierto es que existe un obstáculo en el ejercicio de la libre circulación, pues los ciudadanos comunitarios no ejercerán ese derecho si no se asegura que podrán ir acompañados de sus parejas. En el momento actual todo depende de a qué Estado miembro quieran trasladarse. Esta es una cuestión de suma importancia si se tiene en cuenta, por un lado, que el derecho de libre circulación es uno de los principales atributos de la ciudadanía comunitaria, y, por otro, que el número de ciudadanos comunitarios que optan por la convivencia extramatrimonial, o por la matrimonial con personas del mismo sexo, va en aumento. Supeditar la reagrupación de la pareja extramatrimonial al trato que se le otorgue en el Derecho del Estado miembro de acogida implica que la libertad de circulación se construirá de manera asimétrica. Un ciudadano sueco podrá reagrupar a su pareja registrada en Alemania y, en cambio, no podrá hacerlo en Grecia.

Pero, además, pueden surgir problemas incluso entre Estados que conocen la institución “pareja registrada”, habida cuenta de las diferencias que se observan en el plano del Derecho material, ya que, para que la reagrupación sea posible, la institución extranjera ha de ser equivalente al matrimonio⁶¹⁹. Así, *ad exemplum*, en los países escandinavos, el régimen

⁶¹⁹ C. González Beilfuss, “Relaciones e interacciones entre el Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio...”, *loc. cit.*, p. 156.

introducido para la regulación de las parejas registradas es casi idéntico al del matrimonio, igual que ocurre en los Países Bajos (el art. 80 b) del Código Civil holandés remite en bloque a la regulación matrimonial). En cambio, en otros países, los efectos del registro son muy limitados. En Bélgica, el registro no crea un vínculo equivalente al matrimonio (art. 58 Código de DIPr bega), y el PACs francés ha sido calificado de *minimarrriage*, porque no genera un vínculo de parentesco. Se trata de una institución de inferior contenido al del matrimonio, que no cumple la condición exigida por el art. 2.2 de la Directiva 2004/38.

En muchos Estados las uniones registradas producen idénticos efectos jurídicos que el matrimonio, si bien no son designadas con este nombre. La diferencia es una mera cuestión terminológica. La divergencia entre “matrimonio” (reservado exclusivamente a la unión entre el varón y la mujer) y las parejas registradas (abiertas a personas del mismo sexo) se mantiene como consecuencia de razones históricas y por motivos políticos (sería impopular en ciertas sociedades llamar matrimonio a la unión entre personas del mismo sexo)⁶²⁰. Pero, si los efectos son similares, es fácil percibir que la diferencia es una cuestión de cosmética jurídica⁶²¹.

Para la reagrupación familiar de la pareja registrada de un ciudadano comunitario habrá que estar, por tanto, a la regulación de la situación en el Estado de acogida; no importa que en el Estado de origen esa pareja registrada se haya constituido válidamente. Esto restringe enormemente el derecho de libre circulación de ese ciudadano

⁶²⁰ Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con la *Civil Partnership* en el Reino Unido.

⁶²¹ A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Matrimonio entre personas del mismo sexo...”, *loc. cit.*, p. 1.

comunitario, quien dependiendo del Estado miembro al que se desplace, podrá o no ser acompañado por su pareja registrada. A pesar de que en algunos de los Estados que regulan la institución pareja registrada ésta es idéntica al matrimonio, el legislador comunitario no ha sido capaz de elaborar una Directiva de libre circulación que armonice respecto al derecho de entrada y residencia de la pareja del nacional comunitario que se desplaza. Se insiste en el matrimonial como el único estatus que permite el desplazamiento sin impedimentos. Las parejas están avocadas al matrimonio si quieren ejercer su derecho de libre circulación sin demasiadas restricciones.

Las posibilidades de reagrupación que ofrece la Directiva a las parejas registradas son reducidas. Sin embargo, en la práctica habrá casos en que el proceso de reagrupación no sea preciso para la convivencia en el Estado de acogida, al tratarse de una pareja registrada de dos ciudadanos comunitarios que puedan ejercitar independientemente su derecho de libre circulación. Los problemas surgirán cuando se produzca una pérdida de estatus en dicho Estado, como consecuencia de haber ejercitado uno de los derechos que les confiere el Tratado. Es necesario poner de relieve que estamos frente a personas que voluntariamente realizaron un acto formal del que derivan efectos jurídicos. Desde esta perspectiva, toda solución que no tienda a garantizar la continuidad de esos efectos en el espacio resulta una solución poco apropiada.

- c) Celebración de conformidad con las condiciones establecidas en el Estado miembro de acogida

Por último, la tercera de las condiciones impuestas por la Directiva para que un Estado miembro esté obligado a reagrupar a la pareja

registrada de un nacional comunitario, es que se “haya celebrado conforme a las condiciones establecidas en el Estado miembro de acogida”. No basta con que la unión se haya constituido conforme a la legislación de un Estado miembro y la legislación del Estado miembro de acogida otorgue a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios, sino que es preciso también que la celebración haya sido conforme a las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida. Si la Directiva se transpone en sus términos literales se examinará, por tanto, el consentimiento, la capacidad y la forma de celebración de la unión registrada en el Estado miembro de origen, que tendrán que ser “conformes” a las del Estado de acogida. Será imprescindible que exista en este Estado una regulación de las parejas registradas para que sea posible comparar las condiciones exigidas.

Las dificultades que surgirán si se transpone la Directiva literalmente, sin aclarar este punto, pueden ser ilustradas con un ejemplo. Imaginemos que uno de los miembros de una pareja heterosexual registrada en los Países Bajos se traslada a Alemania y quiere ser acompañado por su compañero/a. Como ya se ha expuesto, la ley alemana sólo permite el registro a las parejas del mismo sexo. En el Derecho holandés, sin embargo, la institución está abierta a personas del mismo y de distinto sexo. Si en Alemania se realiza una transposición literal de la Directiva 2004/38, será necesario verificar que se cumplan las tres condiciones analizadas para que la reagrupación sea factible. La primera de ellas es que la unión se haya celebrado conforme a la legislación de un Estado miembro. La unión se ha registrado en los Países Bajos, y en este Estado miembro tanto las condiciones de fondo como las

de forma se regulan por la ley holandesa⁶²², con lo que se cumple esta primera condición. El segundo de los requisitos es que el Estado de acogida otorgue a las uniones registradas un trato equivalente al matrimonio. En Alemania, la convivencia mutua registrada es una institución que crea un nuevo estado civil, con efectos similares a los del matrimonio. Por lo que respecta al tercero de los requisitos, si incluimos la heterosexualidad u homosexualidad de la unión como una cuestión de capacidad, la reagrupación no será posible. Al ser una pareja heterosexual, no se cumple la tercera de las exigencias, ya que las condiciones de capacidad no son iguales. En Alemania dos personas de distinto sexo no tienen capacidad para celebrar una unión registrada. Esto significa que Alemania no estará obligada en este caso por la Directiva a reagrupar a la pareja registrada del nacional holandés.

Si consideramos el sexo de los contrayentes como un elemento consustancial a la institución, y no de capacidad, las opciones son dos. En primer lugar, los Estados miembros podrán calificar este elemento consustancial como una “condición” de las exigidas por la Directiva, en cuyo caso, para permitir la reagrupación tendrá que verificarse este requisito. O bien, en segundo lugar, podrán estimarlo como un elemento adicional, no incluido entre las “condiciones” tipificadas en la norma comunitaria. A tenor de esta última interpretación, la pareja registrada holandesa que poníamos como ejemplo podrá reagruparse en Alemania si el registro se ha celebrado cumpliendo las condiciones (capacidad, consentimiento y forma) del Estado miembro de acogida.

⁶²² Art. 1 de la Ley de 6 de julio de 2004 relativa a las normas de conflicto en materia de paternariado registrado (*Wet conflictenrecht geregistred partnerschap*), que entró en vigor el 1 de enero de 2005.

En el transcurso de la exposición y análisis de las posibles interpretaciones de estas dos últimas condiciones (equivalencia de la institución con el matrimonio y celebración conforme a las condiciones establecidas en el Estado miembro de acogida), se ha utilizado en la mayoría de las ocasiones la forma impersonal del verbo: “se comprobará que se le otorga un trato equivalente a los matrimonios”, “se examinará la capacidad, el consentimiento y la forma”..., pero, hasta ahora, no se ha especificado quién tiene que realizar esa comprobación. Ello es debido a que las dificultades se multiplican al poner en relación la exigencia de estos requisitos con el plano administrativo, porque, para comprobar que la institución constituida en el Estado de celebración es equivalente al matrimonio del Estado de acogida, será necesario, realizar un examen exhaustivo de ambas instituciones. Los interrogantes surgen irremediablemente, ya que será preciso discernir a quién corresponderá analizar esa equivalencia, si las partes tendrán que alegar y probar el Derecho extranjero, qué parámetros deberán tenerse en cuenta a la hora de comparar ambas instituciones, etc.

En España son las oficinas de extranjeros, dependientes de las Subdelegaciones del Gobierno, las que expiden la tarjeta de residente comunitario, con lo que si la Directiva se transpone en estos términos, serán estas oficinas las encargadas de realizar un estudio de Derecho comparado. Si la pareja registrada a la que se quiere reagrupar es un nacional de tercer Estado, que viene desde su país de origen y necesita un visado de entrada, tendrá que ser el cónsul el que realice el estudio de ambas instituciones, aunque quizás corresponda a los interesados aportar la legislación que aleguen, debidamente traducida, y el informe de dos jurisconsultos. No se puede olvidar que esta condición no se exige para el reconocimiento de la pareja registrada en el país de acogida, sino

simplemente para la reagrupación familiar. Sería deseable que se establecieran una serie de parámetros a disposición de las autoridades competentes; por ejemplo, un listado de países cuya institución “pareja registrada” se considerare como equivalente al matrimonio en el país de acogida. De este modo, bastaría con que la autoridad competente certificase el Estado miembro donde se ha constituido la unión, y si se hallare incluido en el mencionado listado, se autorizaría la reagrupación familiar. Una solución parecida ya ha sido adoptada por la *Civil Partnership Bill* del Reino Unido⁶²³.

Incluso, podrían crearse organismos de enlace que se encargasen de facilitar información al país de acogida sobre la legislación vigente en el Estado en que se hallare registrada la unión, con el objetivo de determinar si en él se otorga a estas uniones un trato equivalente al matrimonio, así como cuáles son las condiciones de celebración que se exigen. De este modo, al organismo de enlace del país de acogida le correspondería comprobar si se cumplen las condiciones, así como comparar la institución del país de celebración con la suya. Su función principal sería la cooperación entre administraciones, atendiendo las peticiones de información formuladas por los organismos competentes de otros Estados miembros⁶²⁴. No cabe duda de que la cooperación internacional

⁶²³ La técnica utilizada por la *Civil Partnership Bill* para las denominadas “overseas relationship” es la transposición activa y pasiva, que se estudiará con detenimiento *infra*, pp. 422-426.

⁶²⁴ La creación de estas oficinas de enlace no es nueva en Derecho comunitario, incluso hay Directivas que los incluyen en su articulado. Así, por ejemplo, la Directiva 96/71 sobre desplazamiento transnacional de trabajadores, obliga en su artículo 4 a los Estados miembros a designar oficinas de enlace, que se encarguen de atender las peticiones de información formuladas por los organismos competentes de otros Estados, de poner en conocimiento de la Inspección de Trabajo las comunicaciones de desplazamiento que hubieran recibido, y las infracciones administrativas cometidas en ese Estado miembro por empresas establecidas allí. Además deberá facilitar información sobre las condiciones de trabajo aplicables en el país de acogida. *Vid.* G.

deviene una de las formas más eficaces de hacer posible la continuidad de las relaciones y situaciones privadas internacionales en el espacio.

A la vista de lo expuesto, y dados los problemas que se suscitan, sería deseable que, *de lege ferenda*, en los Estados miembros en que exista una normativa sobre constitución de parejas registradas no se realizase una transposición literal de la Directiva, sino que se admitiese la reagrupación de la pareja registrada en un Estado miembro, directamente, sin necesidad de comprobar la existencia de estas dos últimas condiciones.

d) Problemas de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2004/38

Mención especial merece el caso español. En España existe una normativa estatal sobre matrimonio entre personas del mismo sexo, pero no hay una regulación estatal de las parejas registradas. Esto generará multitud de problemas, y uno de ellos será la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2004/38 en lo que respecta a la reagrupación de la pareja registrada. En efecto, actualmente en España es posible el *major*, aunque no el *minus*. Teóricamente se permite la

Palao Moreno, "La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Un nuevo paso hacia la consolidación de un mercado de trabajo integrado en la UE", *GJ-CE*, 2000, pp. 43-62. Algo parecido a los organismos de enlace es la Red EJE, (Red extrajudicial europea), formada por puntos de contacto nacionales establecidos en todos los Estados miembros, que se puso en funcionamiento el 16 de octubre de 2001. A través de esta Red se pretende facilitar información y ayuda práctica a los consumidores cuando el proveedor esté establecido en otro país de la UE, o en Noruega o Islandia. Para más información *vid.* A. Lara Aguado, "Avances en los mecanismos alternativos de resolución de controversias en el marco de la unión Europea", *RCEA*, 2003, pp. 481-491.

reagrupación del cónyuge homosexual, aunque no la de la pareja registrada⁶²⁵.

La Directiva obliga a los Estados a reagrupar a la pareja registrada de un nacional comunitario que resida en otro Estado miembro distinto del de su nacionalidad, siempre que se den las tres condiciones analizadas. No obstante, por lo que se refiere a la segunda de ellas, no se podrá otorgar a las parejas registradas un “trato equivalente a los matrimonios”, por lo menos a nivel nacional, ya que no hay una legislación al respecto con la que comparar. Como si fuera una realidad inexistente, tanto el Derecho material como las normas de DIPr siguen ignorando la categoría⁶²⁶. La inactividad del legislador estatal no sería objeto de mayor comentario⁶²⁷ si no se presentara en claro contraste con la actividad del legislador autonómico⁶²⁸. Estas leyes autonómicas son bastante pocas

⁶²⁵ A excepción de lo que establece la Ley 5/1984 de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994 de 19 de marzo, que lo concede por extensión familiar “a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia” (art. 10).

⁶²⁶ E. Artuch Iriberry, “La libertad individual y las parejas...”, *loc. cit.*, p. 47.

⁶²⁷ Para un análisis de la posible inconstitucionalidad que supone que el legislador estatal no elabore una normativa al respecto véase, M. P. García Rubio, “Parejas de hecho y lealtad constitucional”, *Estudios de Derecho civil. Homenaje al Prof. Francisco Javier Serrano García*, Valladolid, Cartone, 2004, pp. 35-65. La autora afirma que “el silencio del legislador comienza a ser insoportable para el sistema” (p. 65); A. Font I Segura, “Nota a la SAP Navarra núm. 99/2002, de 12 de junio, y a la SAP Girona núm. 474/2002, de 2 de octubre”, *REDI*, 2003-I, vol. LV, pp. 474-485.

⁶²⁸ En Cataluña la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja; en Aragón, la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a las parejas estables no casadas; en Navarra, la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables; en Baleares, la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, sobre normas reguladoras de las parejas estables; en el País Vasco, Ley 2/2003 de 7 de mayo reguladora de las parejas de hecho; en la Comunidad Valenciana, Ley 1/2001, de parejas de hecho; en el Principado de Asturias, Ley 4/2002 de 23 de mayo de Parejas estables; en Andalucía, Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho; en Extremadura la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura; en la Comunidad de Madrid, la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, sobre

respecto de las cuestiones de DIPr, aunque todas contienen normas unilaterales destinadas a delimitar su ámbito de aplicación personal⁶²⁹. En Aragón, el Decreto 203/1999, de 2 de noviembre, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro administrativo de parejas estables no casadas, dispone en su art. 2 que “tendrán acceso a este Registro administrativo las uniones que formen una pareja no casada (...) siempre que sus miembros tengan la vecindad administrativa en Aragón, al estar empadronados en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma, cualquiera que sea su vecindad civil”. El legislador vasco ha establecido en el art. 2.2 de la Ley autonómica que podrán inscribirse aquellas parejas de hecho en las que al menos uno de sus integrantes tenga su vecindad administrativa en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi. La Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad autónoma de Cantabria, dispone en su art. 4.1, que podrán inscribirse en el Registro de parejas de hecho aquellas

parejas de hecho; en Canarias, Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias. Expresa o implícitamente en todos los casos se ampara a la pareja de hecho homosexual. Mientras la Ley catalana dedica dos capítulos a la unión del mismo sexo, la Ley aragonesa no realiza distinción alguno en su aplicación a las parejas de uno u otro signo, pero restringe la posibilidad de adopción sólo a las heterosexuales, luego cabe bien inducir que el resto del articulado se refiere a ambas. Por su parte, la Ley navarra, va más allá en un polémico esfuerzo hacia la igualdad de las parejas y extiende las posibilidades de adopción a las homosexuales. Con independencia de otras valoraciones no cabe duda de que se ha iniciado el camino de la regulación de las uniones *more uxorio* en el territorio español. La institución, en cuanto tal, existe; depende ahora del legislador estatal que decida adoptar una normativa propia y suficientemente comprensiva de la realidad social. Por último, un apunte que puede resultar de interés en la aplicación del sistema de DIPr: tanto la norma aragonesa como la catalana establecen la inaplicabilidad de la excepción de orden público establecida en el art. 12 Cc a las uniones de hecho establecidas en el extranjero y de acuerdo con un derecho extranjero (E. Pérez Vera, “Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho internacional privado español”, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, p. 138).

⁶²⁹ *Vid.* un estudio de la situación que se produce por la falta de regulación estatal en materia de conflicto de leyes, y las consecuencias para la pareja que ya ha accedido a territorio español, *infra*, pp. 434-447.

parejas en las que, al menos una de las partes, esté empadronada y tenga su residencia en cualquier municipio de Cantabria”. Los legisladores catalán⁶³⁰, navarro⁶³¹ y balear exigen, en cambio, que, al menos uno de los miembros de la pareja, tenga la vecindad civil foral. Las leyes autonómicas, por tanto, no son aplicables a todas las parejas con residencia habitual en el territorio de la Comunidad Autónoma, sino tan sólo a aquellas parejas en las que uno de los miembros tenga la vecindad civil o administrativa correspondiente⁶³².

En realidad, a efectos de esta investigación, el ámbito de aplicación personal de estas leyes autonómicas es indiferente. El requisito que establece la Directiva para que la reagrupación sea posible es que “exista” una legislación al respecto en el Estado miembro de acogida, y en ella se otorgue a las parejas registradas el mismo trato que a las matrimoniales, no que sea posible el registro de la pareja en ese Estado (en este caso en la Comunidad Autónoma correspondiente).

Ahora bien, la cuestión sigue abierta: ¿Dependerá de la Comunidad Autónoma donde se resida que la pareja pueda ser reagrupada o no? ¿El *tertium comparationis* tendrán que ser las legislaciones de las Comunidades Autónomas? Hasta ahora ha sido el procedimiento adoptado, pero la

⁶³⁰ Un análisis de la legislación catalana en E. Broto Alonso, “Nueva legislación catalana sobre derecho de familia. Análisis de la Ley 10/98 de uniones estables de pareja”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la UE y el Derecho comparado*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp. 333-361.

⁶³¹ Para un análisis de la legislación navarra véase C. González Beilfuss, “Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral 6/2000, del Parlamento de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables”, *REDI*, vol. 52, nº 2, 2000, pp. 690-694.

⁶³² A. Quiñones Escámez, “Eficacia extraterritorial de las uniones de pareja: nuevas normas de Derecho internacional privado en la Ley alemana (2001)”, *RJC*, 2002, pp. 833-858.

diferencia estriba en que antes no había ninguna norma comunitaria que obligara a la reagrupación sino sólo algunas sentencias del TJCE que así lo establecían, mientras que ahora existe una Directiva comunitaria que obliga a España. Entre la sentencias más recientes que han fallado a favor de otorgar la reagrupación a la pareja nacional de tercer Estado de un español debe citarse la sentencia del juzgado de lo contencioso-administrativo nº 13 de Barcelona, de 14 de mayo de 2004. Frente al criterio sostenido por la Administración, concede la reagrupación al ciudadano ecuatoriano con el que un nacional español había formalizado su relación afectiva ante notario, al amparo de la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja. A efectos de justificar su decisión, el juez se pregunta qué hubiera ocurrido si hubiesen contraído matrimonio en los Países Bajos o Bélgica y, posteriormente, hubiesen solicitado la reagrupación⁶³³. Con un alto grado de probabilidad, la reagrupación hubiese sido posible. Por tanto, ante una eventual respuesta positiva “podría no resultar lícito hacer de peor condición al conviviente de hecho que ha formalizado su relación afectiva, de carácter estable, en un marco jurídico diferente”. En definitiva, la resolución judicial basa su fallo en el concepto de “cónyuge”, en el que incluye, por analogía, a las parejas del mismo sexo unidas “maritalmente”, y de forma estable, a españoles u otros ciudadanos comunitarios⁶³⁴. No obstante, esta es la

⁶³³ Este pronunciamiento es anterior a la promulgación de la ley 13/2005 que abre el matrimonio a las personas del mismo sexo.

⁶³⁴ La resolución judicial afirma concretamente que “el círculo familiar favorecido por las previsiones del RD 178/2003, aparece trazado mediante referencias expresas a determinadas categorías (cónyuges, ascendientes y descendientes, aun con matices) que no hacen sino delimitar un espacio afectivo en el que es forzoso considerar incluidas de forma implícita, cuando menos a las parejas homosexuales debidamente legalizadas, por cuanto la intensidad afectiva de ese vínculo se halla mucho mas próxima al núcleo del espacio al que hacíamos alusión, que la intensidad que cabe atribuir, en no pocas ocasiones, al vínculo existente entre un ciudadano español y, por ejemplo, los ascendientes de su cónyuge extranjero no comunitario”.

interpretación jurisprudencial de una norma que no establece expresamente la posibilidad de reagrupación de la pareja registrada o de hecho. Por este motivo, es posible encontrar pronunciamientos que no admiten la reagrupación, *ad exemplum*, la sentencia del juzgado de lo contencioso-administrativo nº 3 de Pamplona, de 26 de abril de 2004. El Tribunal argumenta en este supuesto que “si el legislador hubiese querido hacer extensiva la posibilidad de reagrupación a las parejas de hecho lo habría dicho (...) se trata pues de una omisión consciente del legislador”.

En definitiva, actualmente no hay una norma concreta que admita la posibilidad de reagrupación a las parejas registradas. La cuestión estriba en determinar si será necesario comparar la legislación de la Comunidad Autónoma donde resida el nacional comunitario con la del lugar de celebración del registro para comprobar si se otorga un trato equivalente al matrimonio. Por ahora, y hasta que se transponga la Directiva, lo único que se pueden elaborar son conjeturas⁶³⁵. En el transcurso de esta investigación se está poniendo de relieve la incoherencia que supone que varíe el estatus de una persona dependiendo del Estado miembro al que se traslade. Mucho más ilógico sería que esta variación se produjese al desplazarse de una Comunidad Autónoma a otra. Por todo esto, el legislador español debería prevenir los problemas que se pueden generar y no proceder a una transposición literal de la Directiva, sino permitir la reagrupación a todas las parejas registradas constituidas válidamente.

⁶³⁵ Ya existe un borrador de reforma del RD 178/2003, que establece que gozarán del derecho de libre circulación a título derivado además del cónyuge la “pareja con la que mantenga una unión estable análoga a la conyugal e inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la UE o un Estado parte del EEE, siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado” (art. 2).

B) *Bestimmungslandprinzip* y parejas de hecho

La ley del Estado de acogida es también la que determina si es posible el desplazamiento del ciudadano comunitario acompañado de su pareja de hecho. El art. 10 del Reglamento 1612/68 no incluye en su ámbito de aplicación personal a la pareja de hecho (tampoco a la registrada) y, como ya se ha expuesto, no se considerará como “cónyuge”. Así lo estableció el TJCE en el asunto *Grant*⁶³⁶. La cuestión prejudicial se suscitó en el marco de un litigio entre la señora Grant y su empresario, «South-West Trains Ltd», con motivo de la negativa por parte de este último a conceder reducciones en el precio de los transportes a la compañera (pareja de hecho, no pareja registrada) de la señora Grant. El problema que se le planteaba al TJCE era grave. Constituía un reto difícil decidir si una pareja homosexual había de ser tratada como una heterosexual o, incluso, como un matrimonio. El TJCE se decantó por la solución conservadora: “en el estado actual del Derecho en el seno de la Comunidad, las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no

⁶³⁶ STJCE, de 17 de febrero de 1998, as. C- 249/96 *Grant*. *Vid.* W. Pintens, “Europeanisation of...”, *loc. cit.*, pp. 3-33, p. 22; M. Bell, “Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from *P v. S* to *Grant v. SWT*”, *ELJ*, vol. 5, núm. 1 de marzo de 1999, pp. 63-81; C. McGlynn, “Challenging the European Harmonisation...”, *loc. cit.*, p. 221; T. Giegerich, “Diskriminierung wegen gleichgeschlechtlicher sexueller Orientierung?”, *Juristenzeitung*, núm. 14, 1999, pp. 724-730; T. Connor, “Community Discrimination Law: No Right to Equal Treatment in Employment in Respect of Same Sex Partner”, *ELR*, vol. II, 1998, pp. 378-384; E. Brems, “Case C-249/96. Lisa Jacqueline Grant v. South West Trains Ltd”, *Col. J. Europ. L.*, 1999, pp. 141-151; T. Reeves, “No Homosexual Please, We Are European”, *NLJ*, 1999, pp. 558-569; J. F. Lousada Alochena, “El acoso moral por razón de género”, *AS*, n° 15/2003, (BIB 2003/1349); I. Canor, “Equality for Lesbians and Gay Men in the European Community Legal Order- they shall be male and female?”, *MJ*, vol. 7, 2000, pp. 273-299; B. Guiguet, “Le droit communautaire et la reconnaissance des partenaires de même sexe”, *Cahiers Dr. Eu*, 1999, pp. 537-567, en especial, pp. 555 y ss; G. Kessler, *Les patenariats enregistrés en droit...*, *op. cit.*, p. 259; Kaddous, “La situation des partenaires de même sexe en droit communautaire et...”, *loc. cit.*, pp. 148-149; W. Pintens, “Von Konstantinidis bis Grant”, *ZEuP*, 1998, pp. 843-848.

se equiparan a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo”. Y añadió: “la mayor parte de los Estados miembros no considera a la pareja registrada ni a la pareja de hecho cónyuge” (FJ 23)⁶³⁷. La argumentación del TJCE se basó en el hecho de que no se discriminaba a la actora por ser mujer, ya que a una pareja de varones le hubiera sido igualmente denegado el transporte gratuito⁶³⁸. Si la Sra. Grant hubiese convivido con un hombre tendría acceso a estas ayudas⁶³⁹. Por tanto, la norma no discriminaba por razón de sexo, sino por algo que no cubría el art. 119 TCE, que es la orientación sexual⁶⁴⁰. El TJCE consideró que la Sra. Grant no vivía en pareja ni era cónyuge en el sentido del Derecho de la mayor parte de los Estados miembros, ni tampoco según el CEDH. A este respecto el TJCE cita jurisprudencia del TEDH, para argumentar que “a pesar de la evolución de las mentalidades, las relaciones homosexuales duraderas no están comprendidas todavía en el ámbito de aplicación del derecho al respeto a la vida familiar y, por tanto, las relaciones entre personas casadas, o las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo, no se equiparan a las de una pareja

⁶³⁷ A pesar de esto, la compañía ferroviaria suprimió las provisiones discriminatorias.

⁶³⁸ Se ha puesto de relieve que el error argumentativo del TJCE radica en la elección del término de comparación. En lugar de comparar a la Sra. Grant con un hombre que convive con una mujer se la compara con un hombre que convive con otro hombre. C. González Beilfuss, *Parejas de hecho...*, *op. cit.*, p. 76.

⁶³⁹ *Vid.* en este sentido, M. Bell, “Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice...”, *loc. cit.*, p. 69; E. Brems, “Case C-249/96. Lisa Jacqueline Grant...”, *loc. cit.*, p. 144.

⁶⁴⁰ T. Connor, “Community Discrimination Law: No Right to Equal Treatment in Employment in...”, *loc. cit.*, p. 381. En este mismo sentido véase, P. A. Talavera Fernández, *La unión de hecho y el derecho...*, *op. cit.*, p. 204.

homosexual” (FJ 33-35)⁶⁴¹. Actualmente, este argumento ya no sería esgrimible por varios motivos. En primer lugar, el Tratado de Ámsterdam ha incluido el nuevo art. 13 TCE, en el que se prohíbe toda discriminación por razón de orientación sexual, que es lo que el TJCE no consideraba incluido en el art. 119 TCE. Y, en segundo lugar, resultaría muy complicado al TJCE fundamentar su pronunciamiento en la jurisprudencia del TEDH después del asunto *Karner*⁶⁴².

A pesar de que el TJCE en el asunto *Grant*, dictaminara que la pareja de hecho no podía ser considerada como cónyuge, y, por tanto, la reagrupación resultara imposible por esta vía, en el asunto “*Reed*”⁶⁴³ afirmó que un trabajador comunitario podía obtener la reagrupación de su pareja a través del art. 7.2 del Reglamento 1612/68. Este precepto dispone que el trabajador nacional de un Estado miembro se “beneficiará de las mismas ventajas sociales que los trabajadores nacionales en el territorio de los Estados miembros”. De este modo, la reagrupación de su pareja puede considerarse una “ventaja de tipo social”⁶⁴⁴, puesto que coadyuva a

⁶⁴¹ Véase una interpretación crítica de esta sentencia en B. Guiguet, “Le droit communautaire et...”, *loc. cit.*, en cuya página 551 se tilda esta jurisprudencia de vergonzosa.

⁶⁴² Tanto el art. 13 TCE como el asunto *Karner* serán analizados *infra*, pp. 306-314.

⁶⁴³ STJCE, de 17 de abril de 1986, as. 59/85 *Reed*, *loc. cit.*

⁶⁴⁴ De acuerdo con A. Ferrer i Gómez (*Libre circulación de nacionales de terceros Estados y miembros de...*, *op. cit.*, p. 167) debe entenderse por ventajas sociales “todas las ventajas que, con independencia de que estén vinculadas a un contrato de trabajo o no, se reconozcan con carácter general a los trabajadores nacionales en virtud de su condición objetiva de trabajadores o por el mero hecho de residir en el territorio nacional, y cuya extensión a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros parezca, en consecuencia, apropiada para facilitar su movilidad dentro de la Comunidad”.

su integración en el Estado de acogida y, por tanto, contribuye a la libre circulación de trabajadores⁶⁴⁵.

Hay que tener en cuenta que, una vez más, todo depende de la regulación que exista en el país de acogida. En este último caso el país de acogida era los Países Bajos, donde se permite a sus nacionales, no sólo la reagrupación del cónyuge, sino también de la pareja de hecho, ventaja que hay que conceder también a los nacionales de otros Estados comunitarios establecidos en su territorio, ya que lo contrario implicaría discriminación por razón de nacionalidad⁶⁴⁶. Además, a pesar de que 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 miembros, no incluye a la “pareja de hecho” como miembro de la familia, sí obliga a los Estados miembros a “facilitar” la entrada y residencia de la “pareja con la que el ciudadano de la Unión mantenga una relación estable debidamente probada” (art. 3.2 b)⁶⁴⁷. Los Estados miembros de acogida deben estudiar, basándose en su propia legislación nacional, la situación de las personas no incluidas en la definición de miembros de la familia en la Directiva. El objetivo principal es decidir si se les podría permitir la entrada y la residencia al territorio del Estado miembro. La solicitud de reagrupación de la pareja de hecho tendrá que

⁶⁴⁵ G. Barrett, “Family Matters.....”, *loc. cit.*, p. 389; *vid.* D. O’Keeffe, “Equal Rights for Migrants: the Concept of Social Advantages in article 7 (2), Regulation 1612/68”, *YEL*, vol. 5, 1985, pp. 93-123.

⁶⁴⁶ H. U. Jessurun D’Oliveira, “Freedom of Movement.....”, *loc.cit.*, pp. 530-531.

⁶⁴⁷ La fórmula de “facilitar” la entrada a otros miembros de la familia ya había sido utilizada tanto en el Reglamento 1612/68 relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, (art. 10.2), como en la Directiva 73/148, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad (art. 1.2).

ser detenidamente examinada por el Estado de acogida, con especial atención a las circunstancias personales. La denegación tiene que estar suficientemente justificada (art. 3.2 b. *in fine*). Este precepto es impreciso e indeterminado, porque no se concreta qué se entiende por “facilitar la entrada”, ni a qué se refieren esas “circunstancias personales” a las que el Estado de acogida debe atender al examinar la solicitud de reagrupación. Estos conceptos indeterminados, que muchas veces se incluyen en las directivas o reglamentos, no garantizan a los particulares unos derechos directos y efectivos⁶⁴⁸.

Esta fórmula, por lo menos, prohíbe a los Estados adoptar una política de no admisión generalizada de las parejas de hecho —aunque tampoco de admisión generalizada—, ya que han de examinar, caso por caso, las solicitudes de reagrupación, teniendo en cuenta las circunstancias de cada supuesto. Además, tampoco les faculta para admitir sólo a las parejas de hecho heterosexuales y no a las homosexuales, ya que el punto 31 de la Exposición de Motivos de la Directiva establece que los “Estados miembros deben aplicar las disposiciones de la Directiva sin discriminar a los beneficiarios por razones de sexo, color, origen étnico o social...”. Habrá que esperar a la transposición de la Directiva por cada Estado, pero esta fórmula tan flexible permite diversas interpretaciones, por ejemplo, proporcionando mayores facilidades para la reagrupación a aquéllos que son pareja de hecho porque no pueden casarse o registrar su unión, respecto de aquéllos otros que lo son porque no quieren hacerlo.

⁶⁴⁸ O. De Schutter, “Le droit au regroupement familial au croisement des ordres juridiques européens”, *RDE*, n° 90, 1997, pp. 531-554, p. 536. Sobre el concepto de derechos efectivos *vid.* el as. 26/62, *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*.

La libertad de circulación, por tanto, se construirá de manera asimétrica también por lo que respecta a las parejas de hecho, ya que todo se deja a merced del Estado miembro de acogida. Pero, en relación con las parejas de hecho, la solución se justifica con mayor facilidad que en el caso de las parejas registradas, al ser una situación meramente fáctica. Constituyen situaciones de convivencia estables de las que se hacen depender ciertos efectos jurídicos, que se ponen de manifiesto sólo en caso de ruptura. Estos efectos son mínimos, porque de lo contrario se conculcaría la vertiente negativa del derecho a contraer matrimonio, esto es, el derecho a no casarse⁶⁴⁹.

4. Principios comunitarios que justifican la aplicación del *Herkunftslandprinzip*.

Se ha defendido en esta investigación que la aplicación del *Herkunftslandprinzip* coadyuva a la libre circulación de personas, porque facilita el desplazamiento con el cónyuge o la pareja. A pesar de esto, sólo el Estatuto de Funcionarios de las Comunidades Europeas ha incluido en su articulado esta opción⁶⁵⁰. No obstante, la Directiva 2004/38, de libre circulación de nacionales comunitarios, ha optado por el *Bestimmungslandprinzip*. En este epígrafe se intentará justificar porqué el legislador comunitario debería haber introducido el *Herkunftslandprinzip* en la normativa sobre libre circulación, recurriendo a principios comunitarios

⁶⁴⁹ C. González Beilfuss, *Parejas de hecho...*, *op. cit.*, p. 21. Para P. Domínguez Lozano, “Nuevas tendencias en Derecho de familia: el caso de las uniones de personas...”, *loc. cit.*, p. 1401, “el reconocimiento del derecho a no casarse se formula como complemento necesario del *ius connubii*, en la medida en que se definen como las dos vertientes inseparables, la positiva (derecho a casarse) y a negativa (derecho a no casarse), de una misma realidad jurídica”.

⁶⁵⁰ El Estatuto de Funcionarios de las Comunidades Europeas se estudiará *infra*, pp. 317-324.

tales como la no discriminación por razón de nacionalidad o la prohibición de discriminación por razón de sexo.

A) No discriminación por razón de sexo

El Tratado de Ámsterdam ha incluido el nuevo art. 13 TCE, por el que se faculta al Consejo, a propuesta de la Comisión, y previa consulta al Parlamento Europeo, a adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación, entre otros motivos, por razón de “sexo” y “orientación sexual”⁶⁵¹. El precepto establece textualmente que se adoptarán medidas para luchar contra varios tipos de discriminación, pero no declara el derecho ni establece la sumisión de la UE y sus Estados miembros a este principio general⁶⁵². Es cierto que el tenor literal de este precepto no establece que esté prohibido legislar de forma discriminatoria, pero, utilizando el principio de *de majore ad minus*, sería absurdo permitir a las instituciones de la UE legislar de una forma discriminatoria y luego

⁶⁵¹ Ya se han promulgado dos Directivas con base en este art. 13 TCE, aunque ninguna específica de discriminación por razón de sexo: la Directiva 2000/43, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE L 180, de 29 de junio de 2000); y la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad en el empleo y la ocupación (DOCE L 303, de 27 de noviembre de 2000).

⁶⁵² “La no discriminación en esas materias es un derecho fundamental de todo ser humano, independientemente de su nacionalidad, y se inscribe, por tanto, entre los que debe respetar la UE. Lo que hace el TCE es atribuir competencia al Consejo para adoptar las normas necesarias, en el marco de las competencias atribuidas a la UE, para luchar contra toda discriminación. El TCE no formula el principio, que es implícito al sistema de la UE en el ámbito de sus competencias, sino el régimen concreto de exigencia de su respeto” (*vid.* A. Mangas Martín, “El Tratado de Ámsterdam: aspectos generales del...”, *loc. cit.*, p. 54).

otorgarles competencia y recursos económicos para combatir esa discriminación que ellos mismos han creado ⁶⁵³.

El TEDH ha confirmado en varias ocasiones que la orientación sexual es una forma de discriminación expresamente prohibida por el art. 14 CEDH, (sentencias del TEDH de 11 de julio de 2002 y 24 de julio de 2003, *Godwin/Reino Unido e I/Reino Unido* y *Karner v. Austria*, respectivamente⁶⁵⁴). En los dos primeros fallos, el TEDH entiende que incumple el CEDH el Estado parte que, permitiendo a una persona someterse a una operación de cambio de sexo, le niega la posibilidad de contraer matrimonio con una persona del mismo sexo a aquél con el que el transexual nació (FJ 110)⁶⁵⁵. Si una legislación nacional admite la posibilidad de proceder a operaciones de conversión sexual, el Estado debe ser luego consecuente en cuanto a la autorización del cambio de datos sobre el estado civil, la facultad para el transexual de casarse con

⁶⁵³ A. Elman, “The Limits of Citizenship: Migration, Sex Discrimination and Same-Sex Partners in EU Law”, *JCMS*, diciembre de 2000, vol. 38, pp. 729-749. En contra de esta interpretación, E. Deards, “Discrimination on Grounds of Sexual Orientation. The Role of Community Law”, *KCLJ*, 1999, vol. 10, pp. 12-25, p. 23.

⁶⁵⁴ STEDH, de 24 de julio de 2003, demanda núm. 40016/1998, *Karner v. Austria*.

⁶⁵⁵ Esta sentencia es particularmente importante porque supone la revisión de otras decisiones anteriores, en las que el TEDH había afirmado que la negativa del Reino Unido a modificar las actas de nacimiento de las personas que se habían sometido a un cambio de sexo no constituía una infracción del derecho al respeto a la vida privada garantizado por el CEDH, ni que el hecho de que se impidiese a los transexuales casarse con una persona de su sexo originario suponía una infracción del derecho a contraer matrimonio. Así, STEDH de 17 de octubre de 1986, *Rees v. Reino Unido*; STEDH de 27 de septiembre de 1990, *Cossey*; STEDH de 22 de abril de 1997, *X. Y. y Z v. Reino Unido*; STEDH de 30 de julio de 1998, *Sheffield y Horsham*. Vid. P. Wachsmann y A. Marienburg-Wachsmann, “La folie dans la loi.Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L’Homme en matière de transsexualisme. (En marge des arrêts Christine Goodwin c. le Royaume-Uni et I c. le Royaume-Uni du 11 juillet 2002)”, *Rev. trim. dr. h.*, n° 56, 2003, pp. 1157-1183, en especial, pp. 1158-1160; S. Sanz Caballero, “A propósito de las sentencias Goodwin e I o el debate sobre el matrimonio de transexuales ante el TEDH”, *REDI*, vol. 1, 2003, pp. 307-315.

una persona de su sexo de origen, o la posibilidad de asumir los roles sociales reconocidos al nuevo sexo en relación con la paternidad o la maternidad. Con esta jurisprudencia, el TEDH abandona definitiva y totalmente el concepto de matrimonio como unión de dos personas de sexo biológico opuesto con el fin de procrear y fundar una familia, por el de matrimonio como asociación de hombre y mujer ligados por unos vínculos de solidaridad de los que se derivan consecuencias jurídicas⁶⁵⁶.

En el asunto *Karner v. Austria*, el TEDH resolvía sobre la ley austríaca de arrendamientos, que permitía a las parejas casadas y a las no casadas, pero de sexos opuestos, subrogarse en el arrendamiento en caso de fallecimiento de una de las partes, pero no incluía las parejas del mismo sexo. El Tribunal afirmaba que la distinción únicamente se basaba en la orientación sexual, y que se necesitaban razones suficientemente poderosas y legítimas para justificar esta diferencia de trato. Austria alegaba que la medida era necesaria para proteger “la familia tradicional” (FJ 35). Pero el Tribunal objetó que la protección de la familia tradicional era un argumento abstracto, y que se podía arbitrar una amplia variedad de medidas para llevar a efecto tal protección, sin necesidad de discriminación sexual (FJ 41).

La argumentación utilizada en el asunto *Karner* para considerar discriminatoria la diferencia de trato entre parejas del mismo y de diferente sexo, puede ser plenamente aplicable a la diferencia de trato entre matrimonios hetero y homosexuales, aunque no tanto para las parejas registradas y las de hecho. En *D. v. Council*, el TJCE afirmó que no otorgar idénticos beneficios a una pareja registrada homosexual que a un

⁶⁵⁶ G. Niveau, M. Ummel y T. Harding, “Human Rights Aspects of Transsexualism”, *HHR*, 1998, vol. 4, núm. 1, pp. 134-164, p. 154.

matrimonio, no suponía una discriminación por razón de sexo, sino que la diferencia de trato estaba basada en la distinta naturaleza jurídica de los vínculos que les unen. A este razonamiento se le podría oponer que, si la pareja hubiera sido heterosexual, habría podido casarse, con lo que se estaría en presencia de una discriminación por razón de orientación sexual. Para las parejas del mismo sexo, el registro es el equivalente al matrimonio en muchos Estados miembros, porque es la única forma que tienen de “institucionalizar” su situación⁶⁵⁷. Además, esta argumentación resulta extremadamente superficial si tenemos en cuenta que sólo en tres países de la UE las parejas homosexuales pueden contraer matrimonio, con lo que considerar estos estatutos legales diferentes es, *prima facie*, una discriminación indirecta⁶⁵⁸.

A pesar de que el asunto *Karner* lo resolvió el TEDH, y sus pronunciamientos no son vinculantes para el TJCE, éste, con frecuencia, se inclina a asumir la jurisprudencia del TEDH⁶⁵⁹. Ello proporciona

⁶⁵⁷ L. Papadopoulou, “In(di)visible Citizens(hip)...”, *loc. cit.*, p. 242.

⁶⁵⁸ M. Bell, “We are Family? Same-Sex...”, *loc. cit.*, p. 350.

⁶⁵⁹ Sobre el grado de influencia que tiene la jurisprudencia del TEDH en las decisiones judiciales del TJCE. *Vid.* H. Toner, “Community law immigration Rights...”, *loc. cit.*, disponible en <http://webjcli.ncl.ac.uk/>; J. I. Ugartemendía Eceizabarrena, “La interacción constitucional europea en la interpretación de los derechos fundamentales (viejas inercias y nuevas perspectivas)”, *RVAP*, núm. 73, septiembre-diciembre 2005, pp. 135-171; G. C. Rodríguez Iglesias y A. del Valle Gálvez, “El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales”, *RDCE*, vol. 2, 1997, pp. 329-376. Estos autores ponen de relieve que “la jurisprudencia del TJCE ha procurado una especial atención a observar y atenerse a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que es sistemáticamente consultada”, aunque no exista una norma específica al respecto que así lo establezca. A pesar de esto la posibilidad de conflictos interpretativos es inevitable en la medida en que ninguna jurisdicción puede predecir en una decisión judicial la interpretación futura que hará el Tribunal superior de otro ordenamiento jurídico. No se puede olvidar que a pesar del silencio inicial del TCE, el respeto a los derechos fundamentales es consustancial al propio sistema jurídico comunitario, recayendo en el TJCE la responsabilidad de salvaguardar la tutela judicial

algunas pautas para prever cuál puede ser la línea del TJCE en un futuro no muy lejano respecto de este tema. Precisamente es lo que hizo en el asunto *K.B.*⁶⁶⁰, en el que la demandante, de nacionalidad británica, deseaba que su compañero, que había sufrido una operación de cambio de sexo de mujer a hombre y con el que se había unido en una ceremonia religiosa, pudiera, en su día, disfrutar de la pensión de viudedad que le correspondería como cónyuge supérstite. El ordenamiento del Reino Unido, sin embargo, impide el matrimonio de un transexual con arreglo a su nuevo género y, por tanto, al no tener derecho a contraerlo, no podía disfrutar de una pensión de viudedad en caso de premoriencia de su compañera. El TJCE estimó que, en este caso, existía una desigualdad de trato que, “si bien no afecta directamente al disfrute de un derecho protegido por el Derecho comunitario, afecta a uno de sus presupuestos,

interna de tales derechos. El art. 6.2 TUE vino a constitucionalizar la jurisprudencia del TJCE al establecer que la “Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario”. Después de largos debates, el TCE hizo definitivamente explícito el compromiso de la Unión en materia de derechos fundamentales al incorporar en su Parte II, con pleno valor jurídico, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Vid.* S. Sanz Caballero, “Interferencias entre el Derecho comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo *versus* Estrasburgo: ¿quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)”, *RDCE*, enero-abril 2004, pp. 117-158; Sobre la Carta de Derechos Fundamentales pueden consultarse, entre otros, R. Alonso García, “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *GJ-CE*, n° 209, 2000, pp. 3-17; J. Roldán Barbero, “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE y su estatuto constitucional”, *RDCE*, n° 16, septiembrediciembre de 2003, pp. 943-991; E. Pérez Vera, “A propósito de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”, *AFD. Universidad de La Laguna*, n° 18, 2001, pp. 291-307.

⁶⁶⁰ STJCE de 7 de enero de 2004, as. C-117/01, *K.B. v. National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*. El TJCE hace referencia a dos STEDH, de 11 de julio de 2002, *Godwin e I. v. Reino Unido*. *Vid.* A. Quiñones Escámez, “Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador?...”, *loc. cit.*, pp. 507-529; I. Canor, nota a la STJCE de 7 de enero de 2004, *CMLR*, 2004, pp. 1113-1125; L. Tomasi, “Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. 40, núm. 3, julio-septiembre 2004, pp. 977 y ss.

pues la desigualdad de trato no incide en el reconocimiento de una pensión de viudedad, sino en una condición previa indispensable para su concesión, a saber, la capacidad para contraer matrimonio de un transexual, que la legislación del Reino Unido excluye” (puntos 30 y 31 de la sentencia). El órgano jurisdiccional declara que una legislación como la controvertida en el asunto principal, que vulnera el CEDH y que impide que una pareja cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro, debe considerarse incompatible con el art. 141 TCE (“principio de igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores”)⁶⁶¹.

El TJCE hace suyo el giro jurisprudencial del TEDH reconociendo a las personas transexuales el derecho al matrimonio bajo su nueva identidad sexual, ya que la imposibilidad de contraer matrimonio para un transexual constituye una violación del *ius nubendi* en el sentido del art. 12 del CEDH.

La sentencia *K.B* implica un punto y aparte en la jurisprudencia del TJCE, aunque no está del todo claro el impacto que este pronunciamiento puede producir en la progresiva construcción de un concepto de familia en la UE⁶⁶². No parece posible referirse a un “derecho matrimonial

⁶⁶¹ Este principio ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia comunitaria. El TJCE ha aseverado que situaciones iguales no pueden ser tratadas de forma diferente (*vid.* STJCE de 19 de octubre de 1977, as. C-117/76 y 16/77, *Ruckdeschel v. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*; STJCE de 29 de junio de 1988, as. C- 300/86, *Van Landschoot v. Mera*; STJCE de 29 de junio de 1995, as. C-56/94 *SCAC v. Associazione dei Produttori Ortofrutticoli*; STJCE de 12 de diciembre de 2002, as. C- 442/00, *Rodríguez Caballero*). Tampoco situaciones diferentes pueden ser tratadas de la misma manera si no está objetivamente justificado (STJCE de 13 de diciembre de 1984, as. C- 106/83, *Sermide v. Cassa Conguaglio Zuccheri*).

⁶⁶² I. Canor, “Nota a la STJCE de 7 de enero...”, *loc. cit.*, p. 1125.

europeo”, sino solo de garantizar la eficacia del principio de no discriminación por razón de sexo⁶⁶³. La cuestión que se suscita es la de saber si este mismo razonamiento podría ser aplicado por el TJCE a los matrimonios homosexuales, ya que en la mayoría de los Estados miembros no se permite su unión, que se presenta, en más de una ocasión, como necesaria para el disfrute de derechos atribuidos por el ordenamiento comunitario⁶⁶⁴. Sería factible, tomando como base este pronunciamiento, argumentar que la imposibilidad de contraer matrimonio limita el derecho de libre circulación de personas. Como se ha analizado en este capítulo, el cónyuge homosexual tiene más posibilidades de desplazamiento que la pareja registrada y que la pareja de hecho. Pero el matrimonio no es sólo presupuesto cuasi-necesario para ejercitar el derecho de libre circulación de personas —a título derivado—, sino, asimismo, para acceder, entre otras, a ventajas de tipo económico. Así sucedió en el caso *Grant*, en el que la empresa para la que trabajaba la señora Grant se negó a conceder reducciones en el precio de los transportes a su pareja de hecho, porque no existía un vínculo matrimonial⁶⁶⁵.

Un segundo argumento a favor de la aplicación de esta jurisprudencia a los matrimonios del mismo sexo deriva de lo establecido

⁶⁶³ A. Quiñones Escámez, “Derecho comunitario, derechos fundamentales...”, *loc. cit.*, p. 522.

⁶⁶⁴ Hay autores que opinan que esta doctrina no sería extensible a las relaciones homosexuales a menos que el TJCE lo manifieste expresamente “puesto que la razón del proceder del TJCE en *KB* se debe a que se ha producido un cambio quirúrgico de sexo, cosa que no ocurre cuando nos enfrentamos a parejas homosexuales en las que lo que existe es una preferencia por personas de la misma orientación sexual”. *Vid.* S. Sanz Caballero, *La familia en la perspectiva internacional y...*, *op. cit.*, p. 264.

⁶⁶⁵ *Vid.* Análisis de este pronunciamiento *supra*, pp. 251-259.

en el art. 13 TCE. Con la introducción de este precepto, resulta difícil mantener una posición contraria a la institucionalización de las parejas homosexuales que, en la práctica, signifique la exclusión de dichas parejas de beneficios jurídicos que se otorgan a los cónyuges, y a la vez prohibir la discriminación por razón de orientación sexual. Es verdad que actualmente el art. 13 carece de efecto directo⁶⁶⁶, y no obliga a los Estados miembros a introducir instituciones como el “matrimonio homosexual” en sus legislaciones. No obstante, en un futuro, la proclamación de este principio tendrá que implicar una apertura del Derecho comunitario hacia el reconocimiento de estas parejas, si se han constituido con arreglo al Derecho de los Estados miembros que hayan introducido en sus ordenamientos jurídicos internos dichas instituciones.

B) Prohibición de discriminación indirecta por razón de nacionalidad

La prohibición de discriminación indirecta por razón de nacionalidad es un principio comunitario de construcción jurisprudencial. Una disposición nacional será indirectamente discriminatoria cuando pueda afectar más a los ciudadanos comunitarios desplazados a un Estado miembro que a los nacionales de ese Estado, aunque se aplique indistintamente a ambos⁶⁶⁷.

⁶⁶⁶ M. Bell, “The New Article 13 EC Treaty: a Sound Basis for European Anti-Discrimination Law”, *MJ*, 1999, pp. 5-23, p. 8.

⁶⁶⁷ STJCE de 23 de mayo de 1996, as. C-237/94, *O Flynn v. Chief Adjudication Officer* (FJ 20). *Vid.* S. Peers, “Social Advantages and Discrimination in Employment: Case Law Confirmed and Clarified”, *ELR*, 1997, pp. 157-165.

Este principio es, junto con el principio de no discriminación por razón de sexo, un importante argumento para fundamentar la aplicación de la *lex loci celebrationis* en el ámbito que nos ocupa. Se debería autorizar la entrada y residencia del cónyuge homosexual/pareja registrada del nacional comunitario en el Estado miembro de acogida, incluso cuando no se permita a sus propios nacionales. Es cierto que no existiría discriminación por razón de nacionalidad, porque ni los nacionales de ese Estado ni los comunitarios tienen la posibilidad de reagrupar a su pareja. La prohibición, por tanto, se aplica indistintamente a ambos. Sin embargo, los nacionales de ese Estado miembro tienen más oportunidades de vivir acompañados de su pareja porque tienen ocasión de entablar relaciones con las personas de su entorno. Por el contrario, los nacionales comunitarios que se desplazan a ese Estado habrán establecido en la mayoría de las ocasiones relaciones con personas de su Estado de procedencia, a las que no podrán darles una continuidad en el espacio porque no se les permite la entrada y residencia en el país de acogida. Un sector doctrinal opina que se podría alegar en este supuesto la existencia de una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad, aplicando la jurisprudencia del asunto *O Flynn*⁶⁶⁸.

El Sr. O' Flynn era un nacional irlandés que residía en el Reino Unido. Su hijo falleció en el Reino Unido, pero la inhumación tuvo lugar en Irlanda. El Sr. O' Flynn solicitó el pago de los gastos del sepelio, que le fue denegado basándose en que la inhumación no había tenido lugar en el Reino Unido, como exigía la legislación británica. El TJCE consideró que “el trabajador migrante deberá hacer frente, en su calidad de persona

⁶⁶⁸ H. Toner, *Partnership Rights, Free Movement...*, *op. cit.*, pp. 168-173; G. Davies, *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, Kluwer, 2003, en concreto el capítulo 5; E. Guild, *Immigration Law in the European Community*, Kluwer, 2001, p. 45.

responsable, a gastos de la misma naturaleza y de un importe comparable a los que soportaría un trabajador nacional. En cambio, es más probable que sea el trabajador migrante quien, al fallecer un miembro de su familia, encargue que se proceda a la inhumación en otro Estado miembro, habida cuenta de los vínculos que generalmente mantienen los miembros de dicha familia con su Estado de origen. Hay que considerar, pues, que el hecho de supeditar cualquier pago de los gastos soportados por un trabajador migrante, en calidad de persona responsable, al requisito de que la inhumación o la incineración tenga lugar en el territorio del Reino Unido, constituye una discriminación indirecta, a menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo perseguido” (puntos 22 y 23). La elección individual de celebrar el funeral en Irlanda debe ser protegida. Y, de no serlo, se estaría produciendo una discriminación indirecta.

El sector doctrinal al que se ha aludido *supra*, fundamentándose en este pronunciamiento, argumenta que el no permitir al nacional comunitario que se desplaza de un Estado miembro a otro ser acompañado por su pareja, constituye una discriminación indirecta por razón de nacionalidad. Las posibilidades de que el nacional del Estado de acogida entable relaciones con personas que no vivan en ese Estado son porcentualmente menores que para el ciudadano comunitario desplazado⁶⁶⁹. Por eso, a pesar de ser una medida que se aplica independientemente de la nacionalidad, unos nacionales se ven más afectados que otros.

⁶⁶⁹ H. Toner, *Partnership Rights...*, *op. cit.*, p. 172.

De todas formas, y aunque se trata de un enfoque interesante, no es un argumento convincente. Parece difícil justificar la imposición de una obligación general para todos los Estados miembros de reagrupar a la pareja registrada, basándose en que se está conculcando el principio de no discriminación indirecta por razón de nacionalidad. La otra cara de este principio es la discriminación inversa⁶⁷⁰. Si se permite al nacional comunitario desplazado la reagrupación de su cónyuge /pareja, y no a los nacionales de ese Estado miembro, se estaría produciendo una discriminación inversa, y aunque sería perfectamente compatible con el Derecho comunitario⁶⁷¹, no parece plausible que los Estados miembros estuvieran dispuestos a avanzar en este sentido.

5. Establecimiento de un concepto autónomo de cónyuge a través del *Herkunftslandprinzip*: Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas

La aplicación del *Herkunftslandprinzip* es una técnica que ya ha sido puesta en práctica por la UE en el Estatuto de Funcionarios de la UE, reformado en el año 2004⁶⁷². El estudio de la solución aportada por el Estatuto de Funcionarios de las Comunidades Europeas es sumamente interesante, no sólo porque acoge el *Herkunftslandprinzip*, sino porque, aunque se trata de un marco diferente al de la libre circulación de personas, las soluciones que se adoptan en un ámbito acaban influyendo

⁶⁷⁰ *Vid.* el análisis realizado *infra*, pp. 212-228.

⁶⁷¹ *Vid.* entre otras STJCE de 5 de junio de 1997, as. C-64/96 y C-65/9, *Uecker y Jacquet*, FJ 24.

⁶⁷² Reglamento 723/2004, de 22 de marzo por el que se modifica el Estatuto de funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas (DOCE L 124 de 27 de abril de 2004).

en los demás. Como se comprobará al analizar la jurisprudencia del TJCE, un concepto restrictivo de cónyuge, aunque sea en el Estatuto de Funcionarios de las Comunidades Europeas, puede desincentivar también el ejercicio de la libre circulación de personas. Hay que tener presente que el ámbito del derecho de la función pública comunitaria es un ámbito en el que el Derecho comunitario puede avanzar sin restricciones, puesto que no rige el principio de subsidiariedad ni existen limitaciones derivadas de la protección del orden público de los Estados miembros, como las que imperan en el ámbito de la libre circulación de personas. El concepto de “cónyuge de funcionario de las Comunidades Europeas” es un concepto autónomo, que no se interpreta mediante remisión al Derecho de los Estados miembros. Las novedades introducidas en el Estatuto en el año 2004 son esencialmente dos: a) se sustituyen en la norma los términos “marido” y “esposa”, por el de “cónyuge”⁶⁷³, con lo que se está incluyendo en el concepto de cónyuge también al homosexual; b) se equiparan las parejas registradas a las casadas si estas últimas reúnen unos determinados requisitos.

El punto octavo de la Exposición de Motivos del Estatuto de Funcionarios de las Comunidades Europeas dispone que “a los funcionarios que mantienen una relación no matrimonial reconocida como estable por un Estado miembro, y que no pueden contraer matrimonio legalmente, se les deben conceder idénticas ventajas que a las parejas casadas”. Se aplica la técnica del *Herkunftslandprinzip*: si una unión es válida según el ordenamiento jurídico de cualquier Estado miembro, también lo será con respecto al Estatuto de Funcionarios de las Comunidades Europeas (*lex loci celebrationis*). Ahora bien, para que las uniones no matrimoniales tengan la misma consideración que las

⁶⁷³ Anexo VIII, art. 18 bis.

matrimoniales, el Reglamento del Estatuto de Funcionarios de las Comunidades Europeas establece una serie de condiciones. La primera de ellas es que se trate de una pareja registrada; por tanto, la pareja de hecho no se equipara al cónyuge. La segunda es que la pareja presente un documento oficial reconocido como tal por un Estado miembro o por cualquier autoridad competente de un Estado miembro en el que se de constancia de su situación de pareja no casada. La tercera condición consiste en que ninguna de las personas que compongan la pareja esté casada o forme parte de una pareja no casada. En cuarto lugar, se exige que no exista entre los miembros de la pareja ninguna de estas relaciones de parentesco: padre e hijos, abuelos y nietos, hermanos, tíos y sobrinos, yernos o nueras. Finalmente, la última condición es que la pareja no pueda celebrar legalmente matrimonio en un Estado miembro. El Reglamento se circunscribe al supuesto en que sus miembros no cumplan los requisitos que imponga la legislación de un Estado miembro para autorizar el matrimonio de dicha pareja⁶⁷⁴.

De todo lo expuesto se deduce que a las parejas registradas se les conceden las mismas ventajas que a las casadas, pero solo si no pueden contraer matrimonio, lo que normalmente sucederá cuando se trate de una pareja homosexual. Por tanto, si una pareja puede contraer matrimonio válidamente en un Estado miembro y, en lugar de ello, constituye una unión registrada, no será equiparada a la unión matrimonial a los efectos del Estatuto de Funcionarios de las Comunidades Europeas. Para probar que se trata efectivamente de una pareja “no casada”, el Reglamento establece que será necesario un documento oficial reconocido

⁶⁷⁴ Anexo VII, art. 1.2. c).

como tal por un Estado miembro o por cualquier autoridad competente de un Estado miembro.

El Estatuto de Funcionarios de las Comunidades Europeas no equipara las parejas registradas con las casadas, sino que realiza un reconocimiento de derechos a aquellas parejas que no pueden contraer matrimonio legalmente en un Estado miembro. Esto sucede cuando no cumplen alguno de los requisitos previstos en la legislación de un Estado miembro para autorizar el matrimonio. Uno de estos requisitos en veintidós de los veinticinco Estados miembros es la heterosexualidad: no pueden contraer matrimonio dos personas del mismo sexo. En estos supuestos, a efectos del Estatuto de Funcionarios, las parejas homosexuales registradas se equiparán a las casadas. Sin embargo, esta equiparación no será posible si la pareja registrada tiene la posibilidad de contraer matrimonio y no lo hace. Este podría ser el caso de una pareja formada por un holandés y un alemán que viven en los Países Bajos y registran su unión. Esta pareja no será equiparada a la matrimonial, porque, teniendo posibilidad de contraer matrimonio libremente, deciden no hacerlo.

El TJCE tuvo ocasión de pronunciarse sobre el concepto de cónyuge, a propósito de la interpretación del Estatuto de Funcionarios de las Comunidades Europeas, antes de su reforma, en el asunto *D v. Consejo*⁶⁷⁵. D., funcionario de nacionalidad sueca que prestaba sus servicios

⁶⁷⁵ STJCE, de 31 de mayo de 2001, Asuntos acumulados C- 122/99 y C- 125/99, *D v. Consejo y Suecia v. Consejo*. Vid. K. Berthou y A. Masselot, “Le mariage les partnernariats et la CJCE: menaje...”, *loc. cit.*, pp. 679-694; E. Caracciolo di Torella y E. Reid, “The Changing Shape of the “European Family” and Fundamental Rights”, *Europ. L. Rev.*, Febrero de 2002, pp. 80-91; E. Ellis, “Joined Cases C-122 & 125/99P, D and Sweden v. Council”, *CMLR*, vol. 39, 2002, pp. 151-157; M. Bonini-Baraldi, “Variations on the Theme of Status, Contract and Sexuality:...”, *loc.cit.*, p. 314; Y. Tan, “New Forms of

en el Consejo, inscribió en el registro en Suecia una relación de pareja con otro nacional sueco del mismo sexo (pareja registrada). Posteriormente, solicitó al Consejo que equiparase su estado civil de “miembro de una pareja inscrita” con el de “casado” para obtener la asignación similar prevista en el Estatuto de Funcionarios de las Comunidades Europeas⁶⁷⁶. El Consejo le denegó la petición. D. interpuso recurso ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, el cual afirmó que “el concepto de matrimonio a los efectos del Estatuto de Funcionarios de las Comunidades Europeas debe entenderse como una relación basada en el matrimonio civil en el sentido tradicional del término, y que no es necesaria una remisión a los Derechos de los Estados miembros cuando las disposiciones pertinentes del Estatuto puedan recibir una interpretación autónoma”. Ante esto, D. y el Reino de Suecia interpusieron recurso de casación al TJCE por entender que el estado civil es una materia comprendida en el ámbito de las competencias exclusivas

Cohabitation in Europe; Challenges for...”, *loc. cit.*, p. 458; C. Denys, “Homosexuality: a Non-Issue in Community Law?”, *ELR*, núm. 24, 1999, pp. 419-425; G. Scappucci, “Court of First Instance Refuses to Recognize Swedish Registered Partnership Rights and Duties”, *EPL*, 2000, pp. 355-366. M. Moura Ramos, “O tribunal de justicia das comunidades europeias e a teoria geral do direito internacional privado desenvolvimentos recentes”, *Homenagem I. Magalhaes Collaço*, Coimbra, 2002, pp. 431-467, en concreto, pp.446-452; A. I Pérez Campos, “El derecho a prestaciones familiares del titular de una pensión con residencia en otro Estado miembro”, *AS*, n° 9, 2001, (BIB 2001/984); R. Argüelles Blanco y J. M. Miranda Boto, “Crónica de la jurisprudencia del TJCE en materia laboral y de seguridad social del año 2001”, *AS*, n° 3, 2002, (BIB 2002/493); G. Kessler, *Les patenariats enregistrés en droit...*, *op. cit.*, pp. 260-263; C. Kaddous, “La situation des partenaires de même sexe en droit communautaire et dans le cadre de l’Accord sectoriel sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l’Union européenne”, *Rev. suisse DIDE*, 2001, pp. 143-172, en esp. pp. 155-157.

⁶⁷⁶ Jayme y Kholer revelan la existencia de un conflicto similar en Alemania pero en relación con el Estatuto de Funcionarios de la OTAN. Un holandés, personal civil de la OTAN en una base Alemana, reclama beneficios para su pareja, y ésta es reconocida como “miembro de la familia” (*vid.* E. Jayme y C. Kholer, “Europäisches Kollisionsrecht 2001: Annerkennungsprinzip statt IPR?”, *IPRax*, 2001, pp. 501-514, p. 513).

de los Estados miembros, y que términos como “funcionario casado” o “cónyuge”, utilizados en el Estatuto, debían interpretarse mediante remisión al Derecho de los Estados miembros y no recibir una definición autónoma. De este modo, cuando la legislación de un Estado miembro ha creado un estado civil, como el de la pareja inscrita, que se equipara, respecto a los derechos y deberes que implican, al estado civil del matrimonio, dicha equiparación también debe prevalecer en la aplicación del Estatuto⁶⁷⁷.

El TJCE argumentó que el término “matrimonio”, según la definición admitida en general por los Estados miembros, designa una unión entre dos personas de distinto sexo, y aunque reconoció que desde 1989 un creciente número de Estados miembros habían tipificado, junto al matrimonio, regímenes legales que reconocen diferentes formas de unión entre personas del mismo o de distinto sexo, aseveró que no todos equiparan los efectos de estas uniones a los del matrimonio⁶⁷⁸. Concluyó afirmando que la equiparación incompleta de la pareja inscrita con el matrimonio en un número limitado de Estados miembros no podía tener por consecuencia que se incluyese en el concepto estatutario de “funcionario casado” a personas sometidas a una normativa distinta a la aplicable al matrimonio⁶⁷⁹. El Tribunal consideró que no se atentaba

⁶⁷⁷ M. Moura Ramos, “O tribunal de justiça das comunidades europeias e a teoria geral...”, *loc. cit.*, p. 447.

⁶⁷⁸ Una síntesis de todas las razones con las que el TJCE argumentó su rechazo a la equiparación de la pareja registrada al matrimonio en Y. Tan, “New Forms of Cohabitation in Europe...”, *loc. cit.*, p. 458.

⁶⁷⁹ Un comentario crítico de esta decisión en C. Denys, “Homosexuality: a Non-Issue in Community...”, *loc. cit.*, pp. 419-425.

contra el principio de unidad del estado civil del demandante, ni se conculcaba el principio de no discriminación por razón de nacionalidad⁶⁸⁰.

En la sentencia objeto de comentario el TJCE utilizó una argumentación muy similar a la del caso *Grant*⁶⁸¹, lo que no parece muy acertado, ya que no se trataba de una pareja de hecho, sino de una pareja registrada, que tenía, respecto a terceros y entre los interesados efectos jurídicos similares a los del matrimonio⁶⁸². Y si bien es cierto que hasta ese momento la cuestión de la equiparación entre los conceptos de matrimonio y pareja inscrita no había sido abordada por el TJCE, ésta era una ocasión inmejorable para definirse al respecto, pero se perdió. Los efectos jurídicos de estas uniones y las expectativas que crean, tanto para las partes como para terceros, requieren una continuidad en el espacio de la Unión Europea porque, en otro caso, se desincentiva, de hecho, el ejercicio de la libre circulación de personas⁶⁸³. No es probable que los ciudadanos comunitarios que hayan constituido parejas registradas se

⁶⁸⁰ K. Berthou y A. Masselot, “Le mariage les partnernariats...”, *loc. cit.*, p. 681; C. Kaddous, “La situation des partenaires de même sexe en droit communautaire et dans le cadre de l’Accord...”, *loc. cit.*, p. 156.

⁶⁸¹ STJCE, de 17 de febrero de 1998, as. C- 249/96 *Grant*. Este pronunciamiento se analiza *supra*, pp. 300-306. En síntesis la cuestión prejudicial se suscitó en el marco de un litigio entre la señora Grant y su empresario, “South-West Trains Ltd”, con motivo de la negativa por parte de este último a conceder reducciones en el precio de los transportes a la compañera (pareja de hecho, no pareja registrada) de la señora Grant.

⁶⁸² E. Caracciolo di Torella y E. Reid, “The Changing Shape of the...”, *loc. cit.*, p. 82.

⁶⁸³ T. H. Drappatz, *Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV*, StudIPR 95, Tübingen, 2002, p. 99; M. Bell, “We are Family?...”, *loc. cit.*, p.339.

trasladen a Estados en los que dicha unión no se reconozca ni siquiera a efectos de las normas de libre circulación de personas⁶⁸⁴.

Actualmente, tras la reforma, el concepto de “cónyuge de funcionario de las Comunidades Europeas” es un concepto autónomo, que no se interpreta mediante remisión al Derecho de los Estados miembros, y que no sólo incluye a personas unidas por un vínculo matrimonial, sino también a aquellas parejas registradas que no puedan contraer matrimonio. Esta nueva concepción está en total sintonía con el principio de no discriminación consagrado en el TCE, razón por la cual se afirma que “resulta necesario seguir desarrollando una política de personal que garantice la igualdad de oportunidades, independientemente del sexo, la capacidad física, la edad, la raza, la identidad étnica, la orientación sexual y el estado civil⁶⁸⁵”. Por eso se prevé que “los funcionarios que forman parte de una unión no matrimonial reconocida como estable por un Estado miembro y que no pueden contraer matrimonio legalmente, deben tener derecho a gozar de las mismas ventajas que las parejas casadas, mientras que las parejas en idéntica situación que pueden contraer matrimonio legalmente deben beneficiarse de un número de ventajas más limitado⁶⁸⁶”. La ampliación del concepto de cónyuge no es baladí, por sus implicaciones presupuestarias, habida cuenta de que se

⁶⁸⁴ Poco después de que el TJCE adoptara esta decisión en el caso *D. v. Consejo*, el ciudadano suco que había planteado la demanda volvió a su Estado de origen (*vid. C. Beilfuss, Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en..., op. cit., p. 87*).

⁶⁸⁵ Preámbulo del Reglamento de reforma del Estatuto de funcionarios de las Comunidades europeas, apartado 7.

⁶⁸⁶ *Ibid*, Preámbulo, apartado 8.

duplicará el número de funcionarios que tendrán derecho a recibir una asignación familiar⁶⁸⁷.

III. CONCEPTO DE CÓNYUGE DE NACIONAL DE TERCER ESTADO EN LAS NORMAS DE EXTRANJERÍA DE LA UE

El Tratado de Ámsterdam, de 1 de mayo de 1999, atribuyó a la UE competencia para legislar en materia de Derecho de extranjería⁶⁸⁸. El primer texto presentado como desarrollo de la nueva competencia comunitaria fue la Directiva 2003/86 sobre reagrupación familiar⁶⁸⁹. En este instrumento jurídico el legislador comunitario perfila los contornos

⁶⁸⁷ Se realizó un estudio que recogen K. Berthou y A. Masselot, “Le mariage les partenariats...”, *loc. cit.*, p. 689, en el que se estimó el gasto de incluir a las parejas registradas o que pudiesen contraer matrimonio en el concepto de cónyuge en 4.491.000 euros. Este estudio también lo recoge A. Caracciolo di Torella y A. Masselot, “Under Construction: EU Family Law”, *ELR*, núm. 29, 2004, pp. 32-51, p. 42.

⁶⁸⁸ Con todas las salvedades que se analizaron en el capítulo I, *vid.* pp. 85-125.

⁶⁸⁹ Directiva 2003/86 CE del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOCE L 251 de 3/10/2003). Esta norma comunitaria es un hito importante en la construcción de una política común de inmigración, porque es la primera que trata la “integración” de los nacionales de terceros Estados en situación regular. Por tanto, está dotada de una fuerte carga simbólica, que acentúa la decepción que supone la lectura de su contenido real. La Directiva ha perdido toda su ambición originaria y contiene muy pocos preceptos de obligado cumplimiento para los Estados. *Vid.* A. Quirós Fons, “El art. 8 del Convenio de Roma (1950) y la Directiva 2003/86 sobre el derecho a la...”, *loc. cit.*, pp. 1074-1079; P. Boles, “Propuesta de Directiva sobre la reagrupación familiar y...”, *loc. cit.*, disponible en <http://www.cidob.org/castellano/publicaciones/Afers/53boeles.cfm>. M. P. Canedo Arrillaga, “La propuesta de Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar: algunos comentarios desde el...”, *loc. cit.*, pp. 121-142; E. López Barba, “El cónyuge en la nueva perspectiva jurídica del derecho a la...”, *loc. cit.*, pp. 61-75; A. Álvarez Rodríguez, “La transposición de las Directivas de la UE sobre inmigración. Las Directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración”, *Migraciones*, nº 8, 2006, pp. 9-84; R. Cholewinski, “Family Reunification and Conditions Placed On Family Members: Dismantling a Fundamental Human Right”, *EJML*, núm. 4, 2002, pp. 271-290; F. Jaul-Seseke, “Commentaire de la directive 2003/86 du Conseil du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 2004, pp. 244-253.

del concepto de cónyuge de nacional de tercer Estado. Para delimitar estos contornos, separa nítidamente la institución matrimonial, de la pareja registrada y la de hecho. La Directiva 2003/86 fue el primer instrumento jurídico comunitario que reconoció un estatus legal especial a las parejas registradas y las diferenció de las uniones de hecho.

Por lo que respecta al concepto de cónyuge, emergen de nuevo todos los problemas que ya se han expuesto con respecto a la libre circulación de personas: debe ser un matrimonio válido y no disuelto. En cuanto a la validez, las dificultades son las mismas que cuando el solicitante de reagrupación es un nacional comunitario, ya que es preciso establecer con respecto a qué ley habrá de determinarse aquélla. El segundo de los requisitos, la no disolución, es más estricto para los nacionales de terceros Estados. La Directiva 2003/86, en su art. 16.3, preceptúa que los Estados miembros podrán denegar una solicitud de entrada con fines de reagrupación familiar, o, en su caso, retirar el permiso de residencia, o denegar su renovación, cuando el reagrupante y el miembro o miembros de su familia no hagan, o hayan dejado de hacer, vida conyugal o familiar efectiva. Por tanto, el cónyuge de un nacional de tercer Estado debe serlo de hecho y de derecho, mientras que si es un nacional comunitario el que quiere reagrupar a su cónyuge, basta con que no estén divorciados⁶⁹⁰. En este punto, la mayoría de las dificultades surgirán al intentar determinar cuándo se considera que los cónyuges han dejado de hacer vida común, ya que, si se pretende la reagrupación familiar, es porque no se convive⁶⁹¹. Además, lo normal es que se exija un

⁶⁹⁰ Por todos, A. Álvarez Rodríguez, “La transposición de las Directivas de la UE sobre inmigración. Las Directivas de reagrupación familiar...”, *loc. cit.*, p. 13.

⁶⁹¹ El art. 5.3 de la Directiva preceptúa que “la solicitud se presentará y examinará cuando los miembros de la familia residan fuera del territorio del Estado miembro en

periodo de residencia legal del solicitante en el Estado de acogida antes de poder instar la reagrupación⁶⁹². Esto significa que el matrimonio estará separado fácticamente durante este lapso de tiempo y, por tanto, habrán dejado de hacer vida conyugal efectiva⁶⁹³. Constituye una *probatio diabólica*, y puede considerarse como una norma inútil⁶⁹⁴, que puede llegar incluso a vulnerar el derecho a la intimidad⁶⁹⁵. Por todo ello, parece lógico que esta exigencia se refiera al período en el que el reagrupante todavía no se había trasladado al país de acogida. La diferencia con los requisitos que se exigen al nacional comunitario para reagrupar a su cónyuge son abismales. El nacional de tercer Estado tiene que acreditar que no está separado de hecho, ni de derecho; en cambio, al comunitario sólo se le exige que el matrimonio no se haya disuelto.

el que resida el reagrupante” y sólo *excepcionalmente* se aceptará que la solicitud se presente cuando los miembros de la familia ya estén en su territorio.

⁶⁹² Según lo preceptuado en el art. 8, ese período no podrá exceder de dos años. Sin embargo, excepcionalmente se podrá establecer un periodo de espera de tres años (art. 8.2). En España ese periodo es de un año de residencia legal y continuada en nuestro país, además de la renovación de la autorización de residencia por otro año más (art. 18 LOEXIS).

⁶⁹³ En este mismo sentido se pronuncia, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, “La reagrupación familiar de los extranjeros residentes en España”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Eurloex, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2005, pp. 1259-1276, p. 1270.

⁶⁹⁴ A. Álvarez Rodríguez, “La transposición de las Directivas de la UE sobre inmigración...”, *loc. cit.*, p. 27.

⁶⁹⁵ J. J. Ezquerro Ubero, “El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: ensayo de valoración de la normativa aplicable”, *Migraciones*, nº 1, 1997, pp. 177-215, p. 201.

1. Validez de la unión matrimonial

A) Ley aplicable a la validez del matrimonio a efectos de reagrupación

La función del DIPr en este punto será establecer conforme a qué ley se debe determinar la validez de ese matrimonio: la ley del Estado de celebración o la del Estado de acogida. La determinación de la validez de esta unión será, en un primer momento, sólo a efectos de reagrupación familiar⁶⁹⁶. La importancia de este análisis radica en que de él se desprenderá a qué tipo de parejas permitirá la UE convivir en su territorio. Esto, unido a lo que ya se ha expuesto con respecto a los nacionales comunitarios, proporcionará las claves para entender el concepto de cónyuge que está construyendo la UE, diferente en el ámbito de la libre circulación de personas y en el del Derecho de extranjería.

La disyuntiva entre la aplicación del *Herkunftslandprinzip* o el *Bestimmungslandprinzip* se solventaba, en el caso de los nacionales comunitarios, a favor del primero de ellos, aduciendo que la ley del Estado de celebración coadyuvaba a la libre circulación de personas. Sin embargo, esta argumentación ya no es factible porque los nacionales de terceros Estados no son titulares de este derecho⁶⁹⁷. Así pues, la aplicación de la *lex loci celebrationis* para determinar la validez de un matrimonio entre nacionales de terceros Estados no se puede fundamentar en que favorece la libre circulación de personas.

⁶⁹⁶ El reconocimiento de ciertos efectos a esa unión una vez ya conviven en el territorio de un Estado miembro será analizado *infra*, pp. 391-411.

⁶⁹⁷ Con las salvedades que se hicieron en el Capítulo II, pp. 162-183.

No obstante, si el matrimonio se ha celebrado en un Estado miembro de la UE, la aplicación del *Herkunftslandprinzip* puede fundamentarse en el principio de confianza comunitaria. Una unión válidamente celebrada en un Estado miembro (aunque sea entre nacionales de terceros Estados), debería considerarse también válida en los demás Estados miembros. En el caso de los matrimonios entre personas del mismo sexo, es necesario tener presente que, actualmente, sólo es posible su celebración en seis lugares del mundo, y tres pertenecen a la UE: España, Bélgica, Países Bajos, Canadá⁶⁹⁸, Massachussets⁶⁹⁹ (EEUU) y Pretoria (Sudáfrica)⁷⁰⁰. Esta circunstancia es relevante porque, en la mayoría de las ocasiones, dos nacionales de terceros Estados del mismo sexo que estén casados habrán celebrado su unión dentro de la UE, y lo que pretenderán será desplazarse por el territorio comunitario. Es perfectamente factible que dos nacionales de terceros Estados celebren un matrimonio homosexual en Países Bajos, Bélgica o España. En los dos primeros países, como se ha analizado, sólo se exige, o bien ostentar la nacionalidad de uno de estos dos países, o bien la residencia en los Países

⁶⁹⁸ M. N. Stewart, “Judicial Redefinition of Marriage”, *CJFL*, 2004, pp. 11-132.

⁶⁹⁹ En Hawai y Vermont ha habido sendas decisiones del TS permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque, actualmente, sólo es posible celebrarlo en Massachussets. En Hawai el caso *Baehr vs. Lewin* supuso la aceptación jurídica de los matrimonios del mismo sexo. *Vid.* L. Kramer, “Same-Sex Marriage, Conflicts of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception”, *YLJ*, vol. 106, 1997, pp. 1965-2008; D. L. Chambers, “Poligamy and Same-Sex Marriage”, *Hofstra L. Rev.*, n° 26, vol. 1, 1997, pp. 53-85. En Vermont, la decisión del Tribunal Supremo de de 20 de diciembre de 1999 en el caso *Baker v. Vermont*, fue la primera en considerar válido un matrimonio entre personas del mismo sexo.

⁷⁰⁰ El Tribunal Supremo de Pretoria, a través de su decisión *Fourie and Another*, de 30 de noviembre de 2004, consideró que las parejas del mismo sexo tendrían que tener acceso al matrimonio y a los derechos que se derivan del mismo (*vid.* A. Quiñones Escámez, “Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales...”, *loc. cit.*, p. 1174).

Bajos o Bélgica de, al menos, un miembro de la pareja⁷⁰¹. En España, según el criterio de la DGRN, las autoridades españolas serán competentes para celebrar matrimonio entre español y extranjero, o entre dos extranjeros, siempre que al menos uno de ellos resida en España⁷⁰². Una vez celebrada la unión, para que los cónyuges se trasladen a otro Estado miembro, tendrán que someterse al régimen interno de extranjería del Estado de acogida, porque no son titulares del derecho de libre circulación de personas. Si no se determina la validez de su unión con respecto a la *lex loci celebrationis*, se conculcaría el principio de confianza comunitaria.

Independientemente del lugar donde se haya contraído matrimonio, la Directiva 2003/86 autoriza la reagrupación del “cónyuge”, pero no especifica qué se entiende por tal, ni si se encuentran incluidos los matrimonios entre personas del mismo sexo. Será cada Estado miembro el que decida. A modo de ejemplo: en los Países Bajos, la legislación de extranjería (*Vreemdelingenbesluit*) de 18 de agosto del 2000⁷⁰³, establece en sus arts. 3.13, 3.14, 3.17 y 3.22 que el cónyuge nacional de tercer Estado de un holandés o de un residente en los Países Bajos podrá reagruparse con él, sea cuál sea su sexo. Esto significa que el derecho a la reagrupación familiar se extiende a los cónyuges homosexuales, independientemente de la nacionalidad que tenga tanto el reagrupante como el reagrupado. En Bélgica, la noción de “cónyuge”, recogida en la ley de 15 de diciembre de 1980 *sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des*

⁷⁰¹ Requisito que se exige igualmente para los matrimonios heterosexuales: art. 23.b) Book 1 del Código Civil holandés.

⁷⁰² Resolución–Circular de 29 de julio de 2005. *Vid. supra*, pp. 259-272.

⁷⁰³ *Vreemdelingenbesluit 2000 (Vrmdb)*, Op de voordracht van de Staatssecretaris van Justitie, de 18 de agosto 2000, nr. 5077321/00/6.

*étrangers*⁷⁰⁴, engloba al cónyuge del mismo sexo siempre que el matrimonio haya sido válidamente concluido (*lex loci celebrationis*). En Dinamarca, la sección 9ª de la *Danish Aliens Act*⁷⁰⁵ establece que se otorgará un permiso de residencia por reagrupación familiar a un nacional de tercer Estado, mayor de 24 años, que cohabite con una persona que resida desde hace más de tres años en Dinamarca, también mayor de 24 años, o con un nacional danés. Dinamarca reconoce, de este modo, la posibilidad de conceder residencia por reagrupación familiar no sólo al cónyuge, sino también a la pareja de hecho, bajo unas determinadas circunstancias. Es cierto que en Dinamarca no es posible que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio. Pero no hay que olvidar que en este país, de acuerdo con la sección 3 de *Act of Registered Partnership*⁷⁰⁶, las parejas registradas se equiparan prácticamente en todo a los matrimonios tradicionales, con lo que no será probable obtener la reagrupación familiar para la pareja del mismo sexo y no para el cónyuge del mismo sexo⁷⁰⁷.

Hay otros Estados miembros, sin embargo, que no van a permitir la reagrupación familiar del cónyuge del mismo sexo de un nacional de tercer Estado. Es el caso de Austria, en cuyo ordenamiento el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros Estados se encuentra

⁷⁰⁴ *Moniteur Belge*, de 31 de diciembre de 1980, modificado por la *Loi du 2 août 2002* (*Moniteur Belge* de 28 de agosto de 2002).

⁷⁰⁵ *Danish Aliens Act*, nr. 608, de 17 de Julio de 2002.

⁷⁰⁶ *Act of Registered Partnership*, núm. 372, de 7 de junio de 1989.

⁷⁰⁷ Opinión del experto danés, Morten Kjaerum, en *EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights*, “Avis sur la possibilité de la reconnaissance, par chaque Etat member, du mariage homosexuel ouvert aux Pays-Bas et en Belgique et le rôle de l’exception d’ordre public international du droit international privé de chaque Etat membre”, de 30 de junio de 2003, disponible en www.europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/doc/avis/2003_2_fr.pdf, p. 11.

regulado en los arts. 20-22 de la *Immigration Act*. Este derecho se reduce al cónyuge, no se extiende ni a las parejas de hecho, ni a las parejas registradas. La viabilidad de reagrupación del cónyuge del mismo sexo, por tanto, queda descartada, ya que el art. 44 de Código Civil austriaco dispone específicamente que el matrimonio en un contrato privado entre dos personas de *diferente sexo*⁷⁰⁸.

En España, la LO 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (LOEXIS) determina los familiares que pueden ser reagrupados por el nacional de tercer Estado que reside en nuestro territorio⁷⁰⁹. El art. 17 dispone que “podrá reagruparse al cónyuge”, sin hacer ninguna referencia a su sexo. No obstante, la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales a través de la Ley 13/2005, de 1 de julio, ha supuesto un cambio trascendente. Su

⁷⁰⁸ Esta es la opinión del experto austriaco Manfred Nowak, *EU Network of Independent...*, *loc. cit.*, p. 17.

⁷⁰⁹ Por lo que respecta a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros Estados *vid.* I. García Rodríguez, “The Right to Family Reunification in the Spanish Law System”, *SYIL*, 1999-2000, pp. 1-31; M. Aguilar Benitez de Lugo y H. Grieder Machado, “La reagrupación familiar de los extranjeros en España”, *El nuevo derecho de extranjería*, Granada, Comares, 2001, pp. 97-143; F. Alonso Pérez, “El derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros: innovaciones introducidas por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, *La Ley*, nº 6006, 2004, pp.1-5; C. Esplugues Mota y M. De Lorenzo Segrelles, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España (Análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001; C. Esplugues Mota, “Inmigración y Derecho de extranjería (Especial referencia a la reagrupación familiar)”, *Multiculturalidad: especial referencia al Islam, Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. VIII-2002, pp. 91-142; J. Fernández Nieto, “Sobre la constitucionalidad de la ley de extranjería: los derechos a la reagrupación familiar, a la intimidad y a la tutela judicial efectiva de los extranjeros en España”, *Jueces para la Democracia*, nº 51, 2004, pp. 50-62; S. García Vázquez, “Derechos y libertades de los extranjeros en España: el derecho a la reagrupación familiar”, *AFDUC*, nº 7, 2003, pp. 439-466; R. M. Moliner Navarro, “Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España”, *AC*, nº 2, 2001, pp. 487-519; P. Santolaya Machetti, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

disposición adicional primera establece que todas las referencias al matrimonio que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al integrado por dos personas de distinto sexo. Esto engloba también las normas de Derecho de extranjería, con lo que, actualmente, y sin necesidad de modificar la LOEXIS, es perfectamente factible la reagrupación del cónyuge del mismo sexo de un nacional de tercer Estado que resida en nuestro país. Sin embargo, esto no soluciona el problema de qué ley determinará la validez de esa unión, requisito imprescindible para que sea posible la reagrupación, ya que debe tratarse del cónyuge. Como ya se ha apuntado, es muy probable que la unión se haya celebrado en un Estado miembro, por lo que se podría optar por la *lex loci celebrationis*, basándonos en el principio de confianza comunitaria. Lo que no es posible es utilizar el argumento de la restricción a la libre circulación de personas que supondría aplicar a la determinación de la validez la ley del Estado de acogida.

Una vez más, la UE ha elaborado una Directiva de mínimos, en la que no se especifica qué concepto de cónyuge es el que se debe utilizar. Por eso tendrán que ser los Estados miembros los que delimiten sus contornos, y lo harán aplicando sus propios parámetros. No hay que olvidar que el reconocimiento de estos matrimonios será sólo para la reagrupación, pero con ello se estará permitiendo la convivencia en el territorio de la UE de determinadas uniones, configurando con ello un concepto de familia para los nacionales de terceros Estados.

B) Matrimonio poligámico

Enmarcado en el análisis de la delimitación del concepto cónyuge de nacional de tercer Estado que se está realizando, resulta imprescindible hacer referencia al cónyuge polígamo. La perspectiva de análisis será el posible reconocimiento de estas uniones a efectos de entrada en el territorio de un Estado miembro. Los efectos que puedan reconocerse a estos matrimonios, una vez que residen en el Estado miembro de acogida, serán estudiados en el capítulo IV.

La cuestión estriba en determinar, igual que en los supuestos anteriores, qué ley determinará la validez de ese matrimonio. Si se opta por la ley del Estado de acogida, sólo sería válido el primer matrimonio. En occidente, la monogamia en el matrimonio es un valor protegido por el ordenamiento jurídico, y es un principio que forma parte del orden público internacional. Ningún Estado de la Unión Europea admite la celebración de un matrimonio poligámico al amparo de su ordenamiento jurídico. Además, en los Estados europeos, el modelo familiar se basa en el principio internacionalmente reconocido de igualdad entre los cónyuges.

No obstante, la Directiva 2003/86 opta por la aplicación del *Herkunftslandprinzip*. La norma comunitaria dispone que “si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar del otro cónyuge” (art. 4). De la lectura de este precepto se pueden extraer varias conclusiones. En primer lugar, será el varón el que elija a la esposa que quiere reagrupar, situación paradójica por cuanto se rechaza la poligamia por vulnerar la igualdad entre hombres y mujeres;

pero se consolida la situación discriminatoria frente a la mujer, al otorgar al varón la potestad, con efectos jurídicos, de elegir entre las esposas⁷¹⁰. En segundo lugar, para determinar la validez de la unión a efectos de entrada en el territorio del Estado miembro, se estará a la ley del Estado de celebración (*Herkunftslandprinzip*), ya que, de lo contrario, no hubiese sido necesario introducir este precepto en la Directiva. Si se declarara aplicable la ley del Estado de acogida, al no admitirse en ningún Estado de la UE la celebración en su territorio de matrimonios poligámicos⁷¹¹, sólo el primero sería válido y, por tanto, sólo se permitiría reagrupar al primer cónyuge, y no a cualquiera de ellos, como se infiere del precepto.

La Directiva estima válidos todos los matrimonios, pero sólo permite la reagrupación de un cónyuge, lo cual no tiene mucho sentido. La Comisión de la UE, en la primera propuesta de Directiva de reagrupación familiar, justifica esta decisión estableciendo que: “los matrimonios polígamos, no son, por regla general, compatibles con los principios fundamentales de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Sin embargo, en la medida en que estos matrimonios se han contraído válidamente en un tercer país, conviene tener en cuenta alguno de sus efectos. Por añadidura, prohibir la reagrupación familiar de manera

⁷¹⁰ A. Quiñones Escámez, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en...*, *op. cit.*, pp. 54-55; En este mismo sentido *vid.* J. A. Rodríguez García, “Poligamia: libertad religiosa y discriminación de la mujer”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la UE y el Derecho comparado*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp. 745-761, p. 752; A. Motilla y P. Lorenzo, *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Madrid, Colex, 2002, p. 144.

⁷¹¹ A. Rodríguez Benot, “Tráfico externo, Derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español”, *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, Madrid, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, 2002, pp. 15-84, p. 29.

absoluta equivaldría a privar al cónyuge residente en un Estado miembro de la posibilidad de llevar una vida de familia⁷¹²».

Partiendo de consideraciones de tipo exclusivamente jurídico, no habría impedimentos para que un ciudadano extranjero solicitase la reagrupación de más de un cónyuge, siempre que los vínculos estuvieran válidamente constituidos en el extranjero de acuerdo con su ley aplicable. Cabría interpretar, por tanto, que la regulación de la Directiva se justifica en una elección basada estrictamente en una opción de política migratoria⁷¹³. La citada opción encontraría su fundamento en el deseo de limitar el cauce de la reagrupación, evitando que ésta se convierta en una vía excesivamente abierta de entrada de extranjeros en territorio comunitario⁷¹⁴.

El problema se planteará con posterioridad a la entrada, al haberse permitido la reagrupación a un matrimonio que quizás no sea válido en el Estado de acogida (reagrupación de la segunda o posteriores esposas). La norma de extranjería comunitaria agota sus efectos en el momento en que permite la convivencia del matrimonio polígamo en el Estado miembro de acogida. No obstante, es probable que esta pareja pretenda, en algún

⁷¹² Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar, COM (1999) 638 final. DOCE C 116, 26 de abril de 2000 (Comentario al artículo 5.2).

⁷¹³ Hay autores que consideran que la Directiva refleja la concepción en virtud de la cual la monogamia se considera integrante del orden público internacional en los ordenamientos jurídicos de los Estados europeos. Véase en este sentido M. P. Canedo Arrillaga, “La propuesta de Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar: algunos comentarios...”, *loc. cit.*, p. 136.

⁷¹⁴ De esta misma opinión, M. L. Labaca Zabala, “El derecho a la vida familiar de los inmigrantes en la legislación de extranjería”, *Saberes*, vol. 3, 2005, pp. 1-56, p. 5; I. García Rodríguez, *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 306.

momento, el reconocimiento de determinados efectos de su matrimonio —alimentos, sucesiones, etc— válidamente constituido en el extranjero, y al que se le ha permitido la entrada y residencia en un Estado miembro. Será en ese instante cuando se generen la mayoría de los conflictos. En estos casos, el reconocimiento del matrimonio opera únicamente como cuestión previa respecto a otra, y podría resultar suficiente que se constataste la existencia del matrimonio en un ordenamiento competente para considerar eficaz dicho matrimonio. Se trata de la gradación de las condiciones para el reconocimiento de los matrimonios extranjeros, en función de la vinculación del supuesto con el Estado de acogida y el fin perseguido por el reconocimiento⁷¹⁵. Este extremo, sin embargo, se estudiará en el capítulo IV, al analizar el reconocimiento de la unión a título incidental.

C) Capacidad nupcial

La Directiva permite a los Estados denegar la reagrupación si el reagrupante y su cónyuge no han alcanzado una edad mínima, aunque ésta tiene como tope los veintiún años (art. 4.5)⁷¹⁶. Este precepto no está estableciendo un nuevo concepto de cónyuge para el nacional de tercer Estado que suponga una excepción a lo que dispone el art. 4.1⁷¹⁷. El

⁷¹⁵ R. Arenas García, *Crisis matrimoniales...*, *op. cit.*, p. 236.

⁷¹⁶ Incluso en la tercera Propuesta modificada de la Directiva de reagrupación familiar, (COM (2002) 225 final. DOCE C 203 E, de 27 de agosto de 2002), el art. 4.5 no establecía la edad mínima a los 21 años de edad, sino al alcanzar la mayoría de edad. El cambio a la forma actual se produjo a propuesta de Bélgica y Países Bajos (*vid.* Nota de la Presidencia al Consejo sobre la Propuesta de Directiva del Consejo sobre el Derecho a la reagrupación familiar de 25 de febrero de 2003, 6585/03, MIGR. 13).

⁷¹⁷ Que establece que “podrá reagruparse al cónyuge”. Véase todo el análisis realizado en el epígrafe anterior, pp. 333-336.

legislador comunitario intuye que si el cónyuge reagrupado es menor de veintiún años existe una cierta evidencia de que el matrimonio puede ser forzado. Este precepto se introdujo en la modificación de la Propuesta de Directiva de 2 de mayo de 2002. En la Exposición de Motivos se afirma que “la Comisión introduce esta nueva disposición que permite a los Estados miembros imponer al reagrupante y a su cónyuge una edad mínima con el fin de luchar contra la práctica de los matrimonios forzados, al menos cuando afecten a personas menores”⁷¹⁸. Ciertamente, esta norma choca con los propios ordenamientos internos de los Estados miembros en los que se recoge que el consentimiento puede ser otorgado válidamente con una edad muy inferior, y esos matrimonios surten todos sus efectos⁷¹⁹.

En los países islámicos puede ser frecuente que la mujer no tenga la libertad suficiente para elegir a su marido, y que el consentimiento matrimonial no sea otorgado por ella misma⁷²⁰. No obstante, esta situación no se produce por igual en todos los países islámicos. En Marruecos, el Código de Familia⁷²¹ de 3 de febrero de 2004 revoca todo

⁷¹⁸ Para paliar todas estas situaciones se elaboró el Convenio de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1962, por el que se establecen unas reglas mínimas uniformes sobre el consentimiento, edad mínima y registro de matrimonios (BOE núm. 128, de 29 de mayo de 1969).

⁷¹⁹ En España, por ejemplo, se puede contraer matrimonio a partir de los 16 años si se está emancipado, e incluso a los 14 si hay dispensa del juez de Primera Instancia (art. 46-48 Cc).

⁷²⁰ Las condiciones varían de un Estado a otro. Así, en Egipto, la cuestión no está regulada, pero el Código de Quadri Pacha establece que el tutor puede imponer el matrimonio a sus hijos menores, sean hombre o mujer, aún cuando ésta no sea virgen. En Libia, el tutor no puede obligar ni prohibir que una persona se case. En Kuwait el matrimonio se concluye por la oferta del tutor de la mujer y del marido. Es necesario el acuerdo de voluntades del tutor y de la mujer virgen menor de 25 años.

⁷²¹ Promulgado por Ley nº 7003 de 3 de febrero de 2004, Boletín Oficial nº 5184 de 5 de febrero de 2004.

derecho de coacción matrimonial que el padre pudiera ejercer sobre la hija, y dispone que se contrae matrimonio mediante la oferta de uno de los contratantes y la aceptación del otro, exigiendo que, tanto oferta como aceptación sean claras, sin estar condicionadas por un plazo o una condición suspensiva o anulativa. En la práctica, sin embargo, la costumbre del matrimonio concertado no ha desaparecido totalmente⁷²².

Para los extranjeros nacionales de terceros Estados, la Directiva no prohíbe la celebración de ese matrimonio antes de los veintiún años. No obstante, sí está impidiendo que la pareja pueda hacer vida en común en la Europa comunitaria, ya que deben esperar a cumplir esa edad⁷²³. Obviamente, la Directiva no puede disponer nada sobre el derecho a casarse antes de la edad mencionada, aunque no resulta ocioso señalar que un precepto semejante no siempre iría en contra del derecho fundamental a contraer matrimonio y a formar una familia, recogido en varios tratados internacionales⁷²⁴.

En España, sobre la base de los principios fundamentales que inspiran nuestro sistema jurídico, las leyes extranjeras que permitan el matrimonio celebrado entre niños por debajo de catorce años, y entre catorce y dieciséis sin la dispensa correspondiente, podrían ser rechazadas

⁷²² M. Dolores Adam Muñoz, *La protección de los derechos de las mujeres en una...*, *op. cit.*, p. 98.

⁷²³ A. Álvarez Rodríguez, “La transposición de las Directivas de la UE sobre inmigración...”, *loc. cit.*, p. 14.

⁷²⁴ Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 (art. 16); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 23); Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 4 de noviembre de 1950 (art. 8); Carta Europea de Derechos Fundamentales (art. 9), entre otros.

como contrarias al orden público⁷²⁵. Lo mismo sucedería con aquellas normas que establecieran una edad distinta para el hombre y la mujer en orden a la capacidad para contraer matrimonio, ya que se opondrían al derecho a la igualdad entre ambos⁷²⁶.

Un sector doctrinal opina que la Directiva ha introducido una norma material imperativa por la que se incrementa la edad para poder beneficiarse de la reagrupación familiar, al ser preciso esperar al cumplimiento de los veintiún años del reagrupado⁷²⁷. No compartimos esta opinión. Centrándonos en el ámbito español, si la norma fuera transpuesta en estos términos, habría que diferenciar dos supuestos: que el matrimonio entre los dos nacionales de terceros Estados se haya celebrado en España⁷²⁸, o que se haya celebrado en otro país. En el primer caso, la autoridad competente para celebrar el matrimonio habrá aplicado la regla general sobre capacidad contenida en el 9.1 Cc. Si en el país de su

⁷²⁵ La RDGRN de 27 de mayo de 1994, en cambio, admite la inscripción de un matrimonio celebrado entre español y marroquí de quince años, con autorización paterna, pero que no había sido dispensada por el juez. La DGRN entiende que la norma marroquí que establece la dispensa del impedimento por parte del progenitor, no es una norma incompatible con el orden público español, ya que nuestro Código Civil, al establecer que el juez puede dispensar a la menor de catorce años para contraer matrimonio, lo que en realidad está afirmando es que a partir de dicha edad la mujer tiene capacidad natural para contraer matrimonio.

⁷²⁶ M. Adam Muñoz, “El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio”, *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Sevilla, Junta de Andalucía, 2005, pp. 187-247, p. 215.

⁷²⁷ A. Álvarez Rodríguez, “Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho comunitario”, *RE*, www.extranjeria.info/inicio/index.htm, 5-10-2003, pp. 1-30.

⁷²⁸ Realmente para los Estados que adopten esta prohibición los problemas más graves surgirán cuando el cónyuge que se pretende reagrupar ya se encuentre en el territorio del Estado miembro, posibilidad que otorga el art. 5.1 *in fine*, al preceptuar que “excepcionalmente los Estados miembros podrán aceptar, en determinados casos, que la solicitud se presente cuando los miembros de la familia ya estén en su territorio”.

nacionalidad puede contraer matrimonio antes de esta edad, será perfectamente válido, salvo aplicación de la excepción de orden público. Por tanto, no se trataría de una norma material imperativa, porque no excluye la localización del supuesto en otro Estado. Ahora bien, posteriormente, se habrá solicitado la reagrupación y, si se traspone la Directiva literalmente, no será posible la convivencia hasta que se cumplan los veintiún años. El matrimonio es perfectamente válido en España, pero la reagrupación no es posible, con lo que tampoco lo es la convivencia.

Si el matrimonio no se ha celebrado en España, los problemas se suscitarán en el momento de proceder al reconocimiento de esa unión. Pero será un reconocimiento a los solos efectos de la reagrupación familiar. Si el matrimonio es válido, el nacional de tercer Estado que pretende acceder al territorio español será considerado cónyuge. A pesar de esto, si es menor de veintiún años, la reagrupación no será posible. Podría incluso ser válido en España a otros efectos, *ad exemplum* para instar la nulidad del matrimonio, o si se plantea un problema de sucesión por causa de muerte del reagrupante. Tampoco se trata en este caso de una norma material imperativa, ya que la validez del matrimonio sigue determinándose por los cauces habituales. Será irrelevante que esa unión se haya constituido válidamente o no. Si el cónyuge tiene menos de veintiún años, no se permitirá la reagrupación.

A nuestro modo de ver, la pretensión real de la Directiva es impedir la entrada en la Europa comunitaria de los cónyuges nacionales de terceros Estados menores de veintiún años⁷²⁹. Se restringe, aún más si

⁷²⁹ Aunque hay autores que valoran positivamente la introducción de este precepto en la Directiva. A. Álvarez Rodríguez (“La transposición de las Directivas...”, *loc. cit.*, p.

cabe, el concepto de cónyuge de nacional de tercer Estado, lo que aumenta la escisión entre el régimen normativo aplicable a estos últimos y a los ciudadanos comunitarios. No puede obviarse que la reagrupación familiar es “un derecho fundamental del extranjero cuyo fundamento jurídico reside en el art. 16 del Convenio de Roma, siempre que se circunscriba al círculo familiar que constituye su vida privada y su intimidad”⁷³⁰. Con esta regulación tan restrictiva, se impone al titular del derecho los parámetros de su vida afectiva y familiar⁷³¹. Por encima de las posibilidades de fraude, de la seguridad jurídica o de cualquier otra consideración, el extranjero residente debería tener algún margen en la determinación de la persona con la que quiere compartir su vida afectiva⁷³². Una restricción como la que impone el art. 4.5 de la Directiva 2003/86 supone una clara vulneración del contenido esencial del derecho a la vida familiar del inmigrante y desintegra el núcleo familiar creado por el nacional de tercer Estado, bien en su país de origen o incluso en el país de acogida.

15) afirma que “siendo conscientes de la existencia de algunas normativas internas en la que se prohíbe la reagrupación familiar hasta el cumplimiento de los veinticinco años por parte del reagrupado, podemos pensar que los negociadores introdujeron este límite de los veintiún años para evitar que en la legislación interna de los países miembros se pueda imponer una edad superior a los veintiún años para que el cónyuge pueda ser reagrupado”.

⁷³⁰ Así lo establecen, entre otras, la STEDH *Abdulaziz, Cabales Balkandali*, de 28 de mayo de 1985 y la STEDH *Ahmut* contra *Holanda* de 28 de noviembre de 1996.

⁷³¹ R. M. Moliner Navarro, “Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de derechos y libertades de los...”, *loc. cit.*, p. 487.

⁷³² M. L. Labaca Zabala, “El derecho a la vida familiar de los inmigrantes en la legislación...”, *loc. cit.*, p. 22.

1. Validez de las uniones *more uxorio*

- A) ¿Armonización de las normas nacionales sobre reconocimiento de parejas registradas?

Como se ha expuesto, la Directiva 2003/86 delimita el concepto de cónyuge de nacional de tercer Estado diferenciándolo del de pareja registrada y pareja de hecho. La *mens legislatoris* era unificar la respuesta de los Estados ante el fenómeno de la reagrupación, buscando evitar el símil al *forum shopping* que podría producirse forzado por el diferente estatuto jurídico reconocido en los Estados miembros⁷³³. Se pretendía que no hubiese un tratamiento dispar entre los diferentes Estados miembros que pudiera desequilibrar los movimientos migratorios⁷³⁴. La Directiva procuraba la unificación porque, de otro modo, podía incrementarse el “riesgo de que la elección del Estado miembro donde el nacional de un tercer país desee residir se funde en las condiciones más favorables que este país pudiera ofrecerle⁷³⁵”. Una regulación uniforme hubiera impedido que los nacionales de terceros Estados tuvieran la “tentación” de decidir la entrada en el territorio de la Unión por unos países en lugar de por otros, atendiendo al diferente nivel de protección establecido en la

⁷³³ El de *forum shopping* es un término “sucio”; pero es únicamente una forma peyorativa de decir que, si se le da la oportunidad a un demandante de elegir entre varias jurisdicciones, naturalmente va a optar por la que piense que le va a ser más favorable para sus intereses: esto no tiene que causar sorpresa o indignación (K. Siehr, “Scherz und Ernst im internationalen privatrecht. Gedanken zur Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft des Kollisionsrechts”, *Festschrift für ihre Zajtay*, Tübingen 1982, p. 435).

⁷³⁴ E. López Barba, “El cónyuge en la nueva perspectiva jurídica...”, *loc. cit.*, p. 69.

⁷³⁵ *Vid.* Primera Propuesta de Directiva del Consejo sobre el Derecho a la reagrupación familiar, COM (1999) 638 final, de 1, de diciembre de 1999 (Exposición de Motivos 7.4).

normativa interna, pero tal posibilidad se ha demostrado inviable en el actual estado de cohesión entre los países que forman la Unión. De ahí que la Directiva establezca que las parejas registradas podrán ser reagrupadas si así lo establecen los Estados (art. 4.3). No se produce ninguna armonización de las legislaciones internas de los Estados miembros, porque no se obliga a nada.

A primera vista podría parecer una regulación más beneficiosa que la establecida para los nacionales comunitarios en la Directiva 2004/38⁷³⁶, en la que la reagrupación depende de la regulación que de las parejas registradas realice el Estado de acogida. No obstante, el art. 4.3 sólo indica una posibilidad de actuación a los Estados, que, al trasponer la Directiva, podrán regular la cuestión de la forma que quieran, excluyendo a la pareja registrada incluso de la posibilidad de reagruparse, aunque en ese Estado se les otorgue un trato similar al del matrimonio. Lo que no es previsible que suceda es que se concedan mayores posibilidades de reagrupación a las parejas registradas de los nacionales de terceros Estados que a las de los nacionales comunitarios.

Prueba de ello es precisamente el precepto contenido en el art. 4.3. Su tenor literal se ha modificado desde la primera propuesta de Directiva, en la que los Estados miembros estaban obligados a autorizar la entrada y residencia de la pareja que tuviera una relación duradera con el reagrupante, siempre que la legislación del Estado miembro en cuestión “asimilara” la situación de las parejas no casadas a la de las casadas.

⁷³⁶ La Directiva en su art. 2.2 preceptúa que se considera “miembro de la familia” la pareja con la que el ciudadano de la Unión haya celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en el Estado miembro de acogida.

Además, en la Exposición de Motivos se aclaraba que esta disposición no entrañaba ninguna armonización de las normas nacionales relativas al reconocimiento de las parejas de hecho, sino que sólo permitía aplicar el principio de la igualdad de trato, es decir, que la disposición sobre las parejas de hecho sólo se aplicaría en aquellos Estados miembros cuyo sistema jurídico asimilara la situación de las parejas de hecho al de las casadas⁷³⁷. Uno de los problemas que presentaba este precepto era que no quedaba claro si esa “asimilación” se refería a que si el Estado miembro en cuestión tenía una legislación sobre parejas registradas debía “extenderla” a su Derecho de extranjería y permitir la reagrupación de la pareja registrada o de hecho del nacional de tercer Estado, o bien se refería a que si permitía la reagrupación de la pareja registrada o de hecho de sus propios nacionales debía también permitir la de los nacionales de terceros Estados que residieran en su territorio. De todas formas, la obligatoriedad ha dejado paso a un sistema más flexible, en el que, independientemente de que el Estado de acogida regule la situación de las parejas registradas, se puede impedir la reagrupación de las mismas, si se trata de nacionales de terceros Estados⁷³⁸. La Comisión explica la drástica modificación de este precepto desde la primera propuesta de Directiva, afirmando que: “habida cuenta de la diversidad de las legislaciones nacionales relativas a los beneficiarios del derecho a la reagrupación familiar, no parece posible en esta fase extender la obligación de autorizar la entrada y la residencia a nadie más que al cónyuge y a los hijos menores.

⁷³⁷ COM (1999) 638 final.

⁷³⁸ Hay autores que tildan esta norma de “discriminatoria al utilizar distinto rasero en atención a cuál sea la nacionalidad del sujeto que solicita la reagrupación” (*vid.* E. López Barba y D. García San José, “El derecho de reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a la luz de las obligaciones asumidas en el CEDH: un análisis crítico”, *RPJ*, nº 64, 2001, pp. 43-82, p. 58).

Así puede incluirse a los compañeros no casados, pero no es obligatorio⁷³⁹”.

Los Estados miembros deben decidir si ellos desean autorizar la reagrupación familiar del miembro de la pareja no casada o registrada. Finlandia, *ad exemplum*, equipara, a efectos de la reagrupación familiar de los nacionales de terceros Estados, las parejas registradas homosexuales a los matrimonios. Por lo que respecta a las demás, tanto parejas registradas heterosexuales como parejas de hecho pueden ser reagrupadas si prueban que llevaban al menos tres años viviendo juntos -si tienen hijos en común, este tiempo de convivencia exigido se reduce- antes del traslado del miembro de la pareja a Finlandia. Como prueba de la convivencia, admite la legislación finlandesa que se aporte el padrón municipal, facturas del arrendamiento de una casa en común, etc. Ahora bien, no se admite la reagrupación si uno de los miembros de la pareja está casado⁷⁴⁰.

La escisión a la que antes se hacía referencia entre parejas registradas y parejas de hecho, se pone de relieve en el momento de la prueba de los vínculos familiares. El art. 5.2 de la Directiva establece que “cuando se examine la solicitud relativa a la pareja no casada del reagrupante, los Estados miembros tendrán en cuenta, con el fin de probar la existencia de vínculos familiares (...) el registro de la pareja”. Esto significa que estas parejas no necesitarán probar de ninguna otra forma (hijos comunes, cohabitación previa...) que se trata de una relación

⁷³⁹ Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar, DOCE C 203 E, de 27 de agosto de 2002.

⁷⁴⁰ “Resident Permit for Finland”, publicado en el *Directorate of Immigration*, disponible en www.coordeurop.org.

de pareja estable. El registro automáticamente satisface este requisito⁷⁴¹. Se está instando a los Estados a que, si admiten la reagrupación de estas parejas, lo hagan con la simple comprobación de que se han registrado. No debe olvidarse que cada Estado tiene total libertad para establecer las condiciones que crea necesarias para aceptar la reagrupación. Sin embargo, el legislador comunitario introduce una línea de actuación: el registro será suficiente para probar el vínculo familiar. Si se ha constituido válidamente en origen, los Estados miembros deberían permitir la entrada y convivencia en sus territorios. La Directiva “recomienda” a los Estados que admitan la reagrupación de la pareja registrada nacional de tercer Estado, que acojan el *Herkunftslandprinzip*.

Si se trata de parejas de hecho, la prueba de la existencia del vínculo familiar ya no podrá ser el registro, sino la existencia de hijos en común, cohabitación previa, u otras que los Estados estimen pertinentes. Para el legislador comunitario, lo importante es la existencia de un vínculo familiar. Considera que, siempre que exista, la reagrupación debería producirse⁷⁴², aunque ha tenido que permitir un amplio margen de maniobra a los Estados, y sólo ha podido realizar una armonización de mínimos. Una vez más se deja a instancia de los Estados miembros la posibilidad de permitir o no la reagrupación a estas parejas. El único

⁷⁴¹ La Propuesta de Directiva sobre reagrupación familiar (COM (2002), 225, DOCE C 203 E, de 27 de agosto de 2002) en el punto 4 se especifica lo siguiente: “el art. 4.3 distingue entre compañero no casado, que debe mantener con el reagrupante una relación duradera debidamente probada, y el compañero inscrito. Para quien tal requisito no se exige precisamente debido al registro de la pareja”.

⁷⁴² En su Exposición de Motivos explicita que “la reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia, ya que contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad”.

requisito que impone la Directiva es que la relación esté suficientemente probada. Por tanto, aunque un Estado permita la reagrupación de la pareja de hecho de sus propios nacionales, o incluso de nacionales comunitarios, del EEE o suizos, no estará obligado a permitir la de la pareja de hecho de un nacional de tercer Estado.

Ahora bien, la Directiva advierte que “cuando un Estado miembro autorice la reagrupación familiar de dichas personas, tal autorización se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados miembros que no reconozcan la existencia de vínculos familiares en esos casos, no concedan a dichas personas la consideración de miembros de la familia por lo que respecta al derecho a residir en otro Estado miembro”⁷⁴³. No se garantiza la movilidad de un Estado miembro a otro. Esta advertencia puede resultar sorprendente, por cuanto los nacionales de terceros Estados no son titulares del derecho de libre circulación de personas. Dicha aclaración hace referencia, sin lugar a dudas, a los residentes de larga duración, que, como se ha analizado, tienen ciertos privilegios a la hora de desplazarse de un Estado miembro a otro⁷⁴⁴. Sus opciones de movilidad son mayores que las que tienen el resto de los nacionales de terceros Estados⁷⁴⁵, aunque no puede considerarse que tengan un derecho de libre circulación. Esta es la razón de que la Directiva recoja la advertencia de que la reagrupación de la pareja registrada o de hecho en un Estado miembro, no supondrá, correlativamente, la posibilidad automática de reagrupación en otro Estado miembro. Esto, que puede

⁷⁴³ Punto 10 de la Exposición de Motivos.

⁷⁴⁴ Véase *supra*, pp. 172-177.

⁷⁴⁵ Por supuesto a excepción de los nacionales de terceros Estados que sean familiares de nacionales comunitarios, EEE o suizos.

parecer sumamente obvio, no lo es tanto si incluimos en la ecuación a los hijos de la pareja. Los hijos sí podrán reagruparse con el residente de larga duración que se desplace a otro Estado miembro, pero el progenitor que quedó fuera no podrá entrar, por vía de la reagrupación, en ciertos países de la Unión. Esta barrera constituye una restricción al derecho a la vida en familia que, tal como ha afirmado el TEDH, sólo puede limitarse por motivos determinados, y requiere en cada caso una ponderación de intereses de los nacionales de terceros países afectados y del Estado de acogida⁷⁴⁶.

B) Constitución de la pareja registrada en un Estado miembro

Una posibilidad perfectamente plausible es que la pareja registrada se haya constituido en un Estado miembro de la UE del EEE, o Suiza y, posteriormente, pretenda trasladarse al territorio de otro Estado miembro. Países Bajos, Suecia, Finlandia, Francia, Países Bajos, Alemania, Suiza, Bélgica y el Reino Unido permiten que se constituya una pareja registrada sin exigir la nacionalidad danesa, sueca, finesa, francesa, holandesa, alemana, suiza, belga o británica, de ninguno de sus miembros, siempre que al menos uno de ellos resida en su territorio. En Dinamarca, Suecia y Finlandia es necesaria la residencia durante al menos dos años⁷⁴⁷. En

⁷⁴⁶ Se trata de un derecho sobre el que existe una jurisprudencia abundantísima, pero en la que el TEDH ha mantenido una línea clara de razonamiento de protección de la institución familiar. *Vid* para un análisis de esta jurisprudencia I. Arriaga Iraburu, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Pamplona, Eunsa, 2003; S. Sanz Caballero, *La familia en la perspectiva internacional...*, *op. cit.*, en especial pp. 85-164.

⁷⁴⁷ En Dinamarca, *The Registered Partnership Act*, Act núm. 372, de 7 de junio de 1989; En Suecia, *Swedish Act on Registered Partnership*, de 23 de junio de 1994, reformada por la Ley de 31 de mayo de 2000; y en Finlandia, *Finnish Act on Registered Partnership* de 9 de noviembre de 2001. *Vid*. Comentario de estas leyes de N. Bouza Vidal y A. Quiñones Escámez, "Informació del dret estranger", *RJC*, 2002, pp. 204-205.

Suiza, la *Loi sur le partenariat* establece en su art. 43.1 que las autoridades suizas son competentes para registrar la unión en los casos en los que uno de los convivientes sea nacional o esté domiciliado en Suiza. En Bélgica, pueden registrar su unión las parejas con al menos uno de sus miembros de nacionalidad belga o con su residencia habitual en Bélgica en el momento del registro (art. 59 de la *Loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale*). En Francia, aunque la capacidad para contratar el PACs se rige formalmente por la ley nacional, se hace una interpretación flexible, de manera que se permite que constituyan la unión, nacionales de Estados que no conocen la institución. Se permite a todo francés, e incluso a toda persona con residencia en Francia, contratar un PACs con un extranjero, salvo si el Derecho de la nacionalidad, del compañero lo prohíbe de manera expresa. La Ley francesa consagra un privilegio de nacionalidad en tanto se permite a los franceses contratar un PACs en el extranjero por vía consular⁷⁴⁸. En los Países Bajos, se permite que se registre una pareja si ambos miembros tienen un permiso de residencia válido⁷⁴⁹. En Alemania, el art. 17 b), apartado 1º del EGBGB somete la constitución de la unión se somete a las normas materiales del Estado en el que está sito el registro. La posibilidad de constituir una unión no se vincula a ningún requisito de nacionalidad o residencia. En el Reino Unido, sólo son necesarios 7 días de residencia para registrar al unión (Sec. 8.1 b. de la *Civil Partnership Bill*).

Como se desprende de las anteriores reflexiones, es perfectamente factible que dos nacionales de terceros Estados registren su unión en uno

⁷⁴⁸ *Vid. Réponse du ministre* (JO Déb. Ass. Nat., 13 de agosto 2001), *Rev.crit.dr.int.pr*, 2001-4, p. 771.

⁷⁴⁹ Art. 80 a), párrafos 1 y 2) Ley de 5 de junio de 1997, que entró en vigor el 1 de enero de 2000.

de estos países y luego quieran trasladarse a otro Estado miembro. En estos supuestos debería optarse por un sistema de transposición automática, que tuviera en cuenta que la unión se ha registrado en un Estado miembro, sin que influyese la nacionalidad del reagrupante. De constituirse la unión en un Estado de la UE, el principio de confianza comunitaria debería ser suficiente, ya que lo único que se pretende es la reagrupación, no el reconocimiento de la unión a otros efectos. No obstante, resulta altamente improbable que lo que no se logra ni tan siquiera para los nacionales comunitarios, a costa de restringir un derecho como el de libre circulación, se consiga para los nacionales de terceros Estados. Si quieren trasladarse de un Estado miembro a otro tendrán que comenzar el proceso de reagrupación de nuevo.

En definitiva, nunca será obligatorio para el Estado miembro de acogida reagrupar a la pareja registrada o de hecho de un nacional de tercer Estado, ya se desplace desde un tercer Estado o desde un Estado miembro. La Directiva únicamente dispone que los Estados “podrán autorizar la entrada y residencia de la pareja no casada con la que el nacional de tercer Estado mantenga una relación estable debidamente probada”. Es cierto que puede calificarse como una norma meramente orientativa, pero contiene las claves en las que los Estados pueden fijarse para modificar sus respectivas legislaciones. En este ámbito, el margen de actuación es muy amplio. Si a esto añadimos que la actual situación del ordenamiento jurídico comunitario se caracteriza por una evidente disparidad de trato en función de la nacionalidad del reagrupante, la consecuencia es que resulta prácticamente imposible una unificación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de reagrupación familiar.

IV. EL MATRIMONIO DE CONVENIENCIA COMO EXPONENTE DE LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO DE EXTRANJERÍA Y EL DIPr

La configuración del matrimonio como supuesto normativo de la legislación de nacionalidad y extranjería ha provocado una reacción de los legisladores nacionales y comunitarios en diferentes ámbitos: en el ámbito del Derecho de extranjería, y en el plano del DIPr, en concreto en el control registral en el trámite de autorización del matrimonio y cuando se insta la inscripción de matrimonios celebrados conforme a lo dispuesto en ordenamientos jurídicos extranjeros. En los dos ámbitos, el consentimiento se fiscaliza cuando uno de los contrayentes es nacional de tercer Estado, sea el otro nacional comunitario o nacional de tercer Estado con residencia legal. Esta es la razón fundamental de que el análisis de los matrimonios de conveniencia se realice de forma particularizada. La otra posibilidad metodológica era incluirlo por partida doble, tanto en la delimitación del concepto de cónyuge comunitario como en la de nacional de tercer Estado, lo que hubiese resultado cuanto menos redundante y asistemático. Además, el análisis independiente de este tipo de matrimonios resulta conveniente por tratarse de uno de los mayores exponentes de la interacción del DIPr y del Derecho de extranjería, *iter* argumental de la investigación que se está realizando⁷⁵⁰.

⁷⁵⁰ *Vid.* sobre el matrimonio de conveniencia en España, M. Aguilar Benítez de Lugo, “El matrimonio de conveniencia”, *BIMJ*, Año LIV, núm. 1879, de 15 de octubre de 2000, pp. 3213-3234; “*Ius nubendi* y orden público matrimonial”, *BMIJ*, núm. 1862, 1 de febrero 2000, pp. 425-447; L. I., Arechenderra Aranzadi, “*Ius nubendi* y simulación matrimonial”, *DPyC*, núm. 7, 1995, pp. 301-331; A. L. Calvo Caravaca, y J. Carrascosa González, “Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española”, *AC*, núm. 6, 9-15 febrero de 1998, pp. 129-140; V. San Julián Puig, “Inmigración y derecho de familia. Estudio de la instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995”, *BIMJ*, núm. 1814, de 1 de febrero de 1998, pp. 151-171; I. Guyon-Renard, “El fraude en materia de Estado civil en los países miembros de la CIEC”, *BIMJ*, núm. 1803-04, 1 de septiembre de 1997, pp. 1779-1799; E. Fernández Masía,

Por otra parte, los matrimonios de conveniencia son uno de los medios más utilizados por los nacionales de terceros Estados para acceder de una forma “legal” al territorio de los Estados miembros.

1. Matrimonio de conveniencia y Derecho de extranjería comunitario

En el ámbito del Derecho de extranjería, la UE ha concretado las medidas que deben adoptarse para luchar contra los matrimonios de conveniencia en las dos Directivas que se están analizando en este capítulo: la Directiva 2003/86, relativa a la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados y la Directiva 2004/38 sobre libre circulación de nacionales comunitarios. El consentimiento no sólo se

“De la ficción a la realidad: la creciente problemática de los matrimonios de conveniencia en España”, *RDP*, septiembre 1998, pp. 628-645; S. Sánchez Lorenzo, “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”, *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, 2003, pp. 248-285; C. Otero García-Castrillón, “La capacidad y la simulación en el matrimonio: fraude y extranjería en la doctrina de la DGRN”, *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, 2003, pp. 287-296; I. García Rodríguez, “La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios”, *AC*, nº 18, 3-9 de mayo de 1999, pp. 447-463; *id.* “Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos”, *REDI*, 1998, pp. 378-384; M. J. Hernández Caballero, “El ejercicio del *ius connubii* por parte de los no nacionales. El matrimonio simulado”, *AC*, nº 17, octubre 2005, pp. 2053-2063; P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Doctrina Registral en torno a los matrimonios de conveniencia para regularizar la situación de los extranjeros en España”, *AEDIPr.*, 2001, pp. 1041-1048; P. Domínguez Lozano, “Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero”, *REDI*, 1995, vol. XLVII, pp. 317-318; M. P. Diago Diago, “Matrimonios por conveniencia”, *AC*, 1996-2, pp. 329-347; P. Maestre Casas, “Observaciones a la RDGRN de 6 de mayo de 1998”, *AEDIPr.*, 2000, pp. 858-860; E. Atuch Iriberry, “La exigencia de consentimiento en las relaciones de familia en el Derecho internacional privado español”, *AEDIPr.*, 2000, pp. 185-217; *id.* “Matrimonios mixtos: diversidad cultural y DIPr”, *Derecho registral internacional*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 199-223; V. Fuentes Camacho, nota a la Resolución de la DGRN de 29 de agosto de 1998, *REDI*, vol. XLI, 1999, pp. 213-217.

fiscaliza en los casos en que el solicitante sea un nacional de tercer Estado con residencia legal en un Estado miembro. El Derecho comunitario también prevé la fiscalización cuando sea un nacional de un Estado miembro el que solicite la reagrupación. En concreto, el legislador comunitario incluye este supuesto dentro del art. 35 de la Directiva 2004/38 que lleva por título “abuso de derecho”. En él establece que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para denegar, extinguir o retirar cualquier derecho conferido por la presente Directiva en caso de abuso de derecho o fraude, como los matrimonios de conveniencia”. Se impide la entrada en el territorio de un Estado miembro al cónyuge (nacional de tercer Estado), de un ciudadano comunitario, siempre que la autoridad administrativa considere que el matrimonio es simulado. La restricción a la libre circulación de personas es patente ya que cada vez que pretenda desplazarse de un Estado miembro a otro el matrimonio de ese ciudadano comunitario será fiscalizado.

Por su parte, la Directiva 2003/86, relativa a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros Estados, establece que “los Estados miembros podrán denegar una solicitud de entrada y residencia con fines de reagrupación familiar o denegar la renovación del permiso de residencia si se demuestra que el matrimonio, la relación de pareja o la adopción se formalizaron únicamente para que la persona interesada pudiera entrar o residir en un Estado miembro. Los Estados miembros podrán proceder a controles e inspecciones específicos cuando existan sospechas fundadas de fraude o de matrimonio, relación en pareja o adopción de conveniencia” (art. 16.2 b). En la primera propuesta de Directiva se explicaba que estos controles destinados a luchar contra los abusos no podían implicar una intromisión arbitraria de las autoridades

públicas en la vida privada y familiar, por lo que se prohibían los controles sistemáticos.

Estos controles e inspecciones a los que las Directivas permiten proceder a los Estados miembros cuando existan sospechas fundadas de fraude vienen especificados en la Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997⁷⁵¹. Se entenderá por matrimonio fraudulento el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro. El matrimonio de conveniencia es un medio, un instrumento, al servicio de unos fines distintos a los característicos e inherentes a la institución matrimonial. Se persiguen ciertos efectos secundarios, accesorios o indirectos del matrimonio (en materia de extranjería y de nacionalidad), prescindiendo de su efecto central o esencial⁷⁵².

Además de la definición de matrimonio fraudulento, la Resolución del Consejo establece una serie de presunciones para considerarlo como tal: no mantenimiento de vida en común, ausencia de contribución adecuada a las cargas del matrimonio, el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio, el hecho de que los cónyuges se equivoquen sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad,

⁷⁵¹ DOCE C 382, de 16 de diciembre de 1997. *Vid.* comentario de I. García Rodríguez, “Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos”, *REDI*, vol. 50, 1998, pp. 378-383.

⁷⁵² M. Aguilar Benítez de Lugo, “El matrimonio de...”, *loc. cit.*, p. 3215.

trabajo), sobre las circunstancias en las que se conocieron o que no hablen una lengua comprensible para ambos, el hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio (a excepción de las cantidades entregadas en concepto de dote, en el caso de los nacionales de terceros países donde la aportación de una dote sea práctica normal), o el hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores e irregularidades en materia de residencia. Para alcanzar alguna de estas presunciones el Consejo ha previsto los medios a través de los cuales puede activarse el sistema: declaraciones de los interesados o de terceras personas, informaciones que procedan de documentos escritos o datos obtenidos durante una investigación.

La detección de uno de estos factores obliga a los Estados a no expedir el permiso de residencia hasta que la autoridad competente compruebe que no se trata, en efecto, de un matrimonio fraudulento. Dicha comprobación podrá conllevar una entrevista por separado con cada uno de los cónyuges. En caso contrario, el permiso o autorización de residencia por matrimonio se revocará, se retirará o no se renovará. De esta forma el Derecho de extranjería comunitario habilita a los Estados miembros a verificar el carácter no fraudulento de los matrimonios celebrados entre nacionales de terceros Estados y nacionales comunitarios y de terceros Estados pero que residen de forma legal.

El interrogante que se suscita a reglón seguido es si la adaptación de los sistemas de DIPr nacionales a los intereses en materia de control de flujos migratorios de la UE excede de las competencias comunitarias, y si supone una restricción injustificada a la libre circulación de personas. Esto último es obvio, ya que como se ha apuntado *supra* es el art. 35 de la

Directiva 2004/38 el que impide la entrada en el territorio de un Estado miembro al cónyuge (nacional de tercer Estado), de un ciudadano comunitario, cuando la autoridad administrativa considere que el matrimonio es simulado. La restricción a la libre circulación de personas es patente ya que cada vez que pretenda desplazarse de un Estado miembro a otro el matrimonio de ese ciudadano comunitario va a ser fiscalizado. Si la autoridad administrativa competente considera que se trata de un matrimonio fraudulento, su cónyuge no podrá acompañarlo, y esto supone un límite a la libre circulación de personas⁷⁵³.

La cuestión de si excede las competencias comunitarias la elaboración de una serie de normas que obliguen a los Estados miembros a fiscalizar el consentimiento es más intrincada. Lo que hay que dilucidar es si se trata de una normativa *ultra vires*, si incide en las competencias exclusivas de los Estados miembros. El problema se resolvería de una forma sencilla si la norma comunitaria vinculase la apreciación de la autoridad administrativa a la nulidad del vínculo, porque en ese caso el legislador comunitario habría excedido sus competencias. Evidentemente, la disposición comunitaria no prevé ni puede prever la nulidad del matrimonio, agotando teóricamente su eficacia en el terreno del Derecho de extranjería. No obstante, resulta difícilmente admisible para un ordenamiento jurídico el hecho de que, admitiendo la validez del matrimonio, se impida la convivencia de los cónyuges mediante la pura aplicación de una norma de extranjería. En realidad, la declaración de nulidad del matrimonio debería ser el antecedente lógico de la limitación a

⁷⁵³ *Vid.* los pronunciamientos del TJCE analizados en el capítulo II, *Carpenter, Akrich, Singh*, pp. 183-212. En todos estos asuntos, el Tribunal considera que para que el derecho del nacional comunitario a circular y residir en cualquier otro Estado miembro de la UE no se vea restringido, es necesario que pueda ser acompañado de su cónyuge.

residir en el territorio de un Estado miembro en caso de matrimonio fraudulento⁷⁵⁴, pero esto excedería las competencias de la UE.

Se analiza en el siguiente epígrafe la adaptación del sistema español de DIPr a la política de control de flujos migratorios de la UE para investigar en qué medida influye el Derecho de extranjería comunitario en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Se aborda este análisis con una convicción de partida: que el matrimonio no puede ser utilizado como instrumento de control frente a la posible entrada fraudulenta de extranjeros⁷⁵⁵.

2. Adaptación de los sistemas de DIPr a la política de control de flujos migratorios comunitaria

Junto con el Derecho de extranjería, hay otro ámbito en el que se entra a valorar la válida formación del consentimiento matrimonial: el DIPr, en concreto, el control registral en el trámite de autorización del matrimonio y cuando se insta la inscripción de matrimonios celebrados conforme a lo dispuesto en ordenamientos jurídicos extranjeros. En la práctica, la mayoría de las averiguaciones a las que antes se ha hecho referencia (que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio, el hecho de que los cónyuges se equivoquen sobre sus respectivos datos...), operarán, no en la fase de concesión de la tarjeta de residente comunitario o autorización de residencia por reagrupación familiar, sino en el momento en el que el matrimonio deba acceder al Registro Civil. Se

⁷⁵⁴ S. Sánchez Lorenzo, “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios...”, *loc. cit.*, pp. 247-275.

⁷⁵⁵ M. Moya Escudero y R. Rueda Valdivia, *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros...*, *op. cit.*, pp. 298-300.

analiza la regulación española al respecto, ya que son los DIPr nacionales los que tienen que adaptarse a las normas sobre control de la inmigración que impone la UE, y excedería el objeto de esta investigación realizar un estudio de los sistemas de DIPr de cada uno de los 25 Estados miembros.

Las autoridades registrales españolas han de fiscalizar el consentimiento en dos momentos: antes de la celebración del matrimonio (tramitación del expediente previo), y después si se pretende su inscripción en el RC.

Para la celebración del matrimonio conforme a lo previsto en el ordenamiento jurídico español, es necesaria una autorización al efecto, que el Instructor denegará si el matrimonio que pretende contraerse es considerado fraudulento⁷⁵⁶. Así lo establecía la Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995. Esta Instrucción trataba de dar respuesta a una preocupación concreta: el hecho de que “son cada vez más frecuentes los casos en que un español domiciliado en España pretende contraer matrimonio con extranjero domiciliado fuera de España y hay muchos motivos para sospechar que por medio de estos enlaces lo que se pretende exclusivamente es facilitar la entrada y estancia en territorio español de súbditos extranjeros”⁷⁵⁷. El medio de control que preveía esta Instrucción era el expediente matrimonial, previo a la celebración.

⁷⁵⁶ Este control se realiza también cuando ambos cónyuges son extranjeros, y el matrimonio se celebra en España. *Vid.* RDGRN de 5 de julio de 2005, en la que se denegó la autorización para el matrimonio entre un nacional alemán domiciliado en España y una nacional marroquí residente ilegal en nuestro país.

⁷⁵⁷ *Vid.* para un estudio de esta Instrucción V. San Julián Puig, “Inmigración y derecho de familia. Estudio de la instrucción...”, *loc. cit.*; P. Domínguez Lozano, “Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995 sobre...”, *loc. cit.*; A. L., Calvo Caravaca, y J. Carrascosa González, “Matrimonios de conveniencia y turismo...”, *loc. cit.*, pp. 132-134.

Esta Instrucción suscitó numerosas críticas doctrinales, no sólo por la frecuencia demostrada con que el Encargado del RC erraba en la apreciación, perjudicando el derecho fundamental a contraer matrimonio⁷⁵⁸, sino porque el interrogatorio “bien encauzado”, además de tendencioso, podía llegar a atentar contra la intimidad de las personas. Otras críticas vertidas sobre la práctica de la DGRN es que consistía en una vulneración frontal del concepto de “consentimiento matrimonial” en el Derecho civil, donde lo que importa es un consentimiento acerca del vínculo matrimonial y no de las razones que conducen a ello⁷⁵⁹. También se denunciaba la inexistencia de un tratamiento conflictual adecuado a la internacionalidad de las situaciones. Además en el trámite de autorización realmente no se puede afirmar que el consentimiento no es legítimo, porque no se ha prestado todavía. No obstante, la consecuencia es que el matrimonio potencialmente simulado no puede celebrarse ante la denegación de la autorización del instructor⁷⁶⁰.

Para intentar superar todas estas críticas y abordar el tratamiento jurídico de los matrimonios de conveniencia, la DGRN ha elaborado una serie de directrices en otra Instrucción, de 31 de enero del año 2006⁷⁶¹, con la que realmente sólo ha reordenado su propia doctrina sin resolver

⁷⁵⁸ M. Aguilar Benítez de Lugo, “Tus nubendi...”, *loc. cit.*, pp.425-431; J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, *loc. cit.*, p. 356.

⁷⁵⁹ V. San Julián Puig, “Inmigración y derecho de familia...”, *loc. cit.*, p. 165; S. Sánchez Lorenzo, “La inconveniente doctrina...”, *loc. cit.*, p. 267.

⁷⁶⁰ C. Azcárraga Monzonís, “Ámbito de la nulidad de los matrimonios contraídos entre españoles y extranjeros por inexistencia de consentimiento”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 850-853, p. 851.

⁷⁶¹ BOE nº 41, de 17 de febrero de 2006.

las cuestiones más controvertidas. En esta Instrucción se reitera que “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”, es necesario “un consentimiento dirigido a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de asumir los fines propios y específicos de la unión”. Se intenta evitar la instrumentalización fraudulenta del matrimonio, habida cuenta de que es una institución que sirve de puente para obtener una situación jurídica privilegiada en materia de nacionalidad y extranjería (reducción en el tiempo necesario para la adquisición de la nacionalidad, ventajas para la reagrupación familiar...) ⁷⁶². La simulación supone la exclusión deliberada de la producción de efectos o consecuencias del matrimonio, por lo que el consentimiento no es matrimonial, sino puramente aparente. El consentimiento matrimonial es la exigencia primordial de validez del matrimonio, en tanto que negocio jurídico que exige una declaración de voluntad real, incondicionada y no viciada ⁷⁶³. La simulación implica una contradicción consciente y querida por ambas partes entre la voluntad interna y la voluntad declarada, entre lo que internamente se quiere y lo que externamente se dice querer. De tal contradicción nace un matrimonio que puede calificarse de aparente. El matrimonio puede ser considerado nulo, incluso inexistente, si no media dicho consentimiento o está afectado por error o intimidación. El eje

⁷⁶² Acerca de las ventajas que supone en materia de nacionalidad y extranjería, *vid.* M. P. Diago Diago, “Matrimonios por...”, *loc. cit.*, pp. 329-347; J. Carrascosa González, “Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española”, *AD. Universidad de Murcia*, n° 20, 2002, pp. 7-34.

⁷⁶³ M. J. Hernández Caballero, “El ejercicio del *ius connubii* por parte de...”, *loc. cit.*, p. 2055, afirma que “el consentimiento matrimonial no es otra cosa que la voluntad de celebrar matrimonio como negocio jurídico. La adjetivación matrimonial del consentimiento no supone que se trate de un consentimiento distinto al que se requiere para el perfeccionamiento de otros negocios jurídicos. Si la ley hubiera querido introducir una nueva modalidad de consentimiento hubiera expresado sus características y requisitos”. En contra J. M. Espinar Vicente *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996, p. 36.

central de la simulación consiste en un convenio previo entre las partes para conseguir un beneficio o fin distinto de los establecidos legalmente con la celebración del matrimonio⁷⁶⁴.

La crítica más evidente que puede hacerse a estas consideraciones de la DGRN es que alcanzar las ventajas que proporciona el matrimonio en materia de nacionalidad y extranjería es perfectamente lícito en tanto la institución no haya sido utilizada tan sólo con carácter instrumental⁷⁶⁵; esto es, en tanto el matrimonio no haya sido simulado defraudando la finalidad del negocio jurídico que, por lo demás, no debe ser confundida con los motivos que llevan a las partes a celebrarlo⁷⁶⁶. La *affectio maritalis* no es un requisito constitutivo del matrimonio, por lo que, en puridad, tan legítimo es contraer matrimonio por conveniencia económica como por conveniencia “moral”⁷⁶⁷. Es verdad que se presta el consentimiento impulsado por un motivo concreto, pero ello no indica que no se preste voluntaria y conscientemente, asumiendo sus consecuencias⁷⁶⁸.

Lo que ocurre es que el matrimonio civil exige un consentimiento verdadero de querer contraer matrimonio, pero en modo alguno prejuzga

⁷⁶⁴ E. Fernández Masía, “De la ficción a la realidad: la creciente problemática de los matrimonios...”, *loc. cit.*, p. 629.

⁷⁶⁵ Esta crítica la realiza también, P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Tratamiento registral de los matrimonios de complacencia: lectura crítica de la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006”, *La Ley*, núm. 6542, 5 de septiembre de 2006, (consultada la versión electrónica en www.laley.es).

⁷⁶⁶ C. Otero García–Castrillón, “La capacidad y la simulación...”, *loc. cit.*, p. 287.

⁷⁶⁷ M. L. Arcos Vieira, *La desaparición de la affectio maritalis como causa de separación y divorcio*, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 18, pone de relieve el silencio del Código Civil respecto a este requisito.

⁷⁶⁸ J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, *loc. cit.*, p. 358.

la finalidad con que ese consentimiento se presta. Para enjuiciar la validez del consentimiento hay que prescindir de los motivos que llevan a uno y otro a casarse⁷⁶⁹. Las razones que han llevado a darlo entran en la zona de los móviles irrelevantes para el Derecho⁷⁷⁰. Lo que importa a tal efecto es un consentimiento acerca del vínculo matrimonial, y no las razones que conducen a ello⁷⁷¹. Probar la inexistencia del consentimiento plantea importantes problemas, porque se trata de acreditar la ausencia de una “convicción subjetiva profunda”: que existe una falta de voluntad, necesariamente subjetiva, de asumir los derechos y deberes del matrimonio; y que lo único que se pretende es la utilización instrumental de la institución. Esto parece bien una misión imposible, o bien una “investigación” que deja un potencialmente importante y peligroso margen de discreción en manos de una autoridad administrativa⁷⁷².

La Instrucción de 31 de enero de 2006, establece también que los matrimonios simulados son nulos según los arts. 45.1 y 73.1 Cc, y por ello, conforme al principio de legalidad, no pueden inscribirse o autorizarse por parte de los Encargados de los RC los matrimonios celebrados o que pretendan celebrarse sin el consentimiento real de alguno o ambos contrayentes. Este control por parte de la autoridad registral, actuando más como una autoridad policial, supone de hecho una

⁷⁶⁹ P. Maestre Casas, “Observaciones a la RDGRN...”, *loc. cit.*, p. 859.

⁷⁷⁰ Como señala I. García Rodríguez (“Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997...”, *loc. cit.*, p. 380) “perfectamente pueden celebrarse matrimonios con la intención de beneficiarse de efectos fiscales (declaración de la renta conjunta), de efectos civiles (vecindad civil), e incluso patrimoniales”.

⁷⁷¹ S. Sánchez Lorenzo, “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios...”, *loc. cit.*, p. 269.

⁷⁷² C. Otero García-Castrillón, “La capacidad y la simulación en el matrimonio...”, *loc. cit.*, p. 293.

usurpación de funciones propias de los órganos jurisdiccionales. El control de validez del consentimiento debe reservarse a éstos órganos a través de la correspondiente acción de nulidad a instancias del Ministerio Fiscal⁷⁷³.

A los Encargados del RC se les obliga a indagar en una convicción subjetiva profunda: que existe una falta de voluntad subjetiva de asumir los derechos y deberes del matrimonio, y que lo único que se pretende es la utilización instrumental de la institución. Es lo que se ha denominado la “nulidad administrativa” del matrimonio⁷⁷⁴. Y no debe olvidarse que el *ius connubi* es un derecho fundamental reconocido internacionalmente. En este caso, el Derecho de extranjería coarta el *ius nubendi* —un derecho fundamental— de forma irrazonable⁷⁷⁵. El control de extranjeros es una actividad gubernativa y policial, pero el problema es que atañe a la dirección política y jurídica de las mismas autoridades que han de valorar una cuestión tan privada como la nulidad del matrimonio por simulación o reserva mental. Además resulta muy difícil de controlar *a priori* el consentimiento sin arriesgar la presunción general de buena fe y las garantías del *ius nubendi*⁷⁷⁶.

⁷⁷³ E. Artuch Iriberry, “Matrimonios mixtos: diversidad cultural y DIPr”, *Derecho registral internacional*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 199-223, pp. 205-206. La autora recuerda que “la nulidad matrimonial es cuestión reservada al conocimiento de jueces y tribunales mediante el trámite declarativo ordinario. Sin embargo, la práctica habitual en España acerca del consentimiento matrimonial no sigue en absoluto este esquema”.

⁷⁷⁴ S. Salvador Gutiérrez, “Registro Civil, inmigración y matrimonio”, *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, CGPJ, Madrid, Cuadernos de Derecho judicial, 2004, pp. 257-355, p. 268.

⁷⁷⁵ P. Maestre Casas, “Observaciones a la RDGRN...”, *loc. cit.*, p. 858.

⁷⁷⁶ E. Fernández Masía, “De la ficción a la realidad: la creciente problemática de los matrimonios...”, *loc. cit.*, p. 637. La negativa del encargado del RC de emitir un certificado de capacidad matrimonial, fundamentándose en la posibilidad de un futuro

Para la DGRN el problema que plantea el tratamiento jurídico de los matrimonios de complacencia desde la perspectiva del DIPr es “fundamentalmente el de precisar que ley estatal es la encargada de fijar cuales son los requisitos de validez del matrimonio”. Es una cuestión que se suscita bien a la hora de autorizar un matrimonio, o bien cuando se insta su inscripción. La Instrucción precisa que “la ley rectora del consentimiento matrimonial de cada cónyuge es la de la ley nacional de cada uno de ellos en el momento de la celebración del matrimonio”. Pero “si una ley extranjera admite la validez del matrimonio a pesar de que el consentimiento es ficticio no se aplicará por las autoridades españolas por resultar contraria al orden público”. La DGRN se opone a considerar válido un matrimonio en el que se considere probado que el consentimiento fue simulado, aunque el ordenamiento extranjero conforme al cual se celebró no anudase a dicha ausencia la nulidad del vínculo⁷⁷⁷ y con independencia de que la ley nacional de ambos

matrimonio fraudulento, confunde lamentablemente las cuestiones de capacidad y consentimiento. *Vid.* S. Sánchez Lorenzo, “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de...”, *loc. cit.*, p. 251; P. Domínguez Lozano, “Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio...”, *loc. cit.*, p. 318.

⁷⁷⁷ *Vid.* nota 1254 en P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración.....*, *loc. cit.* La autora pone el ejemplo de Australia, donde no se anularían los matrimonios que fueron celebrados con el único propósito de obtener un permiso de residencia. La RDGRN de 7 de julio de 2005, afirma que “se debe rechazar la autorización del matrimonio en los supuestos de simulación, aún cuando los interesados estén sujetos por su estatuto personal a legislaciones que admitan en sede matrimonial una suerte de consentimiento abstracto, descausalizado o desconectado de toda relación con la finalidad institucional del matrimonio, facilitando con ello que esta institución sea utilizada como instrumento de un fraude de ley a las normas rectoras de la nacionalidad o la extranjería a otras de diversa índole”.

contrayentes coincidiera con la ley conforme al cual se celebró el matrimonio en este punto⁷⁷⁸.

La incongruencia de la DGRN es mantener que ha de ser la ley personal de cada cónyuge la que rijan su consentimiento matrimonial, y excluirla posteriormente mediante la aplicación de la excepción de orden público. Sería más acertado que se aplicase el Derecho español en lo relativo al consentimiento cuando quien interviene en la celebración es una autoridad española, sustituyendo la conexión ley nacional, por *lex auctoritatis*⁷⁷⁹.

La idea de fraude del Derecho de nacionalidad o extranjería puede hacer reaccionar a esos sectores del ordenamiento, impidiendo el acceso a la nacionalidad del contrayente extranjero o mediante la denegación de autorizaciones de residencia, siempre que se demuestre el fraude a través de datos objetivos, mucho más fáciles de determinar una vez celebrado el matrimonio⁷⁸⁰ y cuando debe estar desplegando sus efectos personales y

⁷⁷⁸ E. Artuch Iriberrí, critica esta práctica y afirma que aunque no quepa dudar de la realidad social de los matrimonios de conveniencia, la técnica utilizada para evitar el fraude desconoce por completo la aplicación de cualquier método conflictual: “la ausencia de consentimiento matrimonial es tratado como un mero dato fáctico cuya ausencia depende únicamente de la adecuación de la voluntad del compareciente a la idea de consentimiento matrimonial que tenga el encargado del Registro y que, supuestamente, coincidirá con lo previsto en el ordenamiento español. En definitiva, en la ausencia de la utilización del método conflictual que llevaría a la aplicación de la ley personal a la existencia de consentimiento matrimonial, como elemento integrante del estatuto personal” (véase, “La exigencia de consentimiento en las relaciones de familia en el Derecho internacional privado español”, *AEDIPr*, 2000, pp. 185-217, p. 201).

⁷⁷⁹ R. Arenas García, “Problemas derivados de la reagrupación...”, *loc. cit.*, p. 280.

⁷⁸⁰ Aunque no siempre es tan fácil determinar el fraude una vez celebrado el matrimonio, *Vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Nota a la sentencia de la AP de Madrid de 27 de febrero de 2002. Matrimonio contraído *iocandi causa* a los efectos de adquirir la nacionalidad española”, *AEDIPr*, 2004, pp. 1040-1043.

patrimoniales⁷⁸¹. Lo que no parece coherente es tratar de adaptar de esta manera el sistema de DIPr a los intereses de la UE en materia de control de los flujos migratorios. Si realmente el trámite propuesto por la DGRN es para proteger la institución matrimonial asegurándose de que no existe ningún impedimento, habría que aplicarlo con la misma seriedad a los matrimonios entre nacionales, porque si no su uso sería discriminatorio⁷⁸².

No se duda de la realidad del fenómeno social de los matrimonios de conveniencia, y de su extensión; el problema reside en la técnica utilizada para evitar el fraude. Lo que está en juego es el Derecho a contraer matrimonio y no puede verse limitado por una política de control, donde el problema del fraude no es el matrimonio, sino otro. Después del análisis realizado la convicción con la que se inició el epígrafe no sólo no ha variado, sino que se ha reforzado: el matrimonio no puede ser utilizado como un instrumento de control frente a la posible entrada fraudulenta de extranjeros⁷⁸³.

⁷⁸¹ E. Artuch Iriberry, “La exigencia de consentimiento en las relaciones...”, *loc. cit.*, p. 203.

⁷⁸² C. Otero García-Castrillón, “La capacidad y la simulación...”, *loc. cit.*, p. 296; V. San Julián Puig, “Inmigración y derecho de familia. Estudio de la instrucción...”, *loc. cit.*, p. 164.

⁷⁸³ M. Moya Escudero y R. Rueda Valdivia, *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros...*, *op. cit.*, pp. 298-300.

CAPÍTULO IV

EL ESTAUTS DE LA UNIÓN TRAS EL ESTABLECIMIENTO EN UN ESTADO MIEMBRO

I. INTRODUCCIÓN

El análisis de la normativa de extranjería comunitaria realizado en el capítulo anterior ha proporcionado las pautas básicas para poder establecer qué tipo de uniones tienen acceso al territorio de un Estado miembro. Tal como se ha estudiado, los familiares a los que hacen referencia las Directivas 2003/86 y 2004/38 son definidos mediante conceptos jurídicos. Estos conceptos han de ser interpretados con carácter previo para determinar la aplicación de la norma que les autoriza a ser beneficiarios de la reagrupación familiar. En consecuencia, operan como condiciones de aplicación de la misma. Se trata de “cuestiones previas”⁷⁸⁴, aunque únicamente en el sentido de que precisan ser resueltas antes de abordar la cuestión principal. Hay que decidir *a priori* si una persona es cónyuge, pareja registrada o de hecho, para establecer si puede o no ser reagrupada en el Estado de acogida. No se resuelven las cuestiones previas definitivamente, sino sólo y exclusivamente para

⁷⁸⁴ A. P. Abarca Junco y M. Vargas Gómez-Urrutia, “Reagrupación familiar”, C. Esplugues Mota, (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 447-488, p. 450.

determinar si es posible la reagrupación, sólo a ese efecto⁷⁸⁵. Esto propicia que sea necesario utilizar mecanismos propios del reconocimiento para dilucidar si esas uniones son válidas. La determinación de la validez de la unión propiciará la autorización de entrada y residencia en el territorio del Estado miembro. Ahora bien, el reconocimiento de esa unión es sólo y exclusivamente a efectos de entrada. Que el Estado miembro permita la convivencia en su territorio no significa que se reconozca la unión a todos los efectos⁷⁸⁶.

La existencia de una unión válida como presupuesto de aplicación de las normas de extranjería comunitarias (Directiva 2003/86 sobre el derecho a la reagrupación familiar, y Directiva 2004/38 relativa a la libre circulación de personas) exige establecer qué ordenamiento debe determinar su validez. En el capítulo III se ha defendido la competencia del Derecho del Estado de celebración. No obstante, esta tesis supone

⁷⁸⁵ Esta técnica es la utilizada también en el Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias (BOE núm. 222, de 16 de septiembre de 1986), y en el Convenio de Munich de 5 de septiembre de 1980 sobre ley aplicable a los nombres y los apellidos (BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 1989). En ambos se consagra la fórmula de la dependencia de la cuestión previa, a los “solos efectos” de resolver la cuestión principal relativa a la cuestión de alimentos y el derecho al nombre, respectivamente. Tanto para un Convenio como para el otro sólo son importantes las situaciones jurídico-familiares de las que depende la cuestión principal en la medida en que su consideración pueda ser necesaria para determinar el nombre de una persona, en un caso, o la obligación de alimentos en otro. *Vid.* M. A. Lara Aguado, *El nombre en Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1998, p. 242-245; M. P. Domínguez Lozano, “Comentario al art. 9.7 Cc”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, dirigidos por M. Albadalejo y S. Díaz Alabart*, T. I, vol. 2, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 296-350, p. 333; A. V. M., Struycken, “La Convention de Munich sur la loi applicable aux noms et prenomms”, *REDI*, Vol. XLII, 1990, pp. 153-180, p. 162.

⁷⁸⁶ J. Murphy, “Rationality and Cultural Pluralism in the Non-Recognition of Foreign Marriages”, *ICLQ*, núm. 49, 2000, pp. 643-659. En este artículo el autor se plantea qué efectos tendrá una unión que ha accedido al Estado miembro de acogida (Inglaterra), a través de la reagrupación familiar, y a la que posteriormente no se le reconoce ninguna validez. Propone que esa unión válidamente constituida en el Estado de celebración despliegue al menos ciertos efectos en el Estado miembro de acogida (pp. 658-659).

admitir la posibilidad de que acceda al territorio de un Estado miembro una unión que quizás no sea eficaz según el ordenamiento jurídico del Estado de acogida. Esto implica que la cuestión de la validez de la unión pueda suscitarse también en un momento posterior, una vez ya se esté residiendo en un Estado miembro. A efectos de entrada en el territorio de un Estado miembro puede ser considerada válida una unión que no lo es para el ordenamiento jurídico de ese Estado de acogida, relegando los problemas de validez a un momento posterior, en el que podrá producirse un cambio en el estatus conyugal de esa pareja.

Es posible que, una vez que convivan en el Estado miembro de acogida los cónyuges/pareja registrada, no se consideren matrimonio/pareja registrada. Al cruzar la frontera una situación válida puede “evaporarse” o resultar “jurídicamente degradada”⁷⁸⁷. El objetivo principal de este capítulo es poner de relieve la transformación del estatus conyugal que puede producirse una vez que la pareja ha accedido al territorio de un Estado miembro, y la falta de coherencia y de seguridad jurídica que supone permitir a una pareja la entrada y, posteriormente, no reconocer ciertos efectos a su unión.

El punto de partida de este capítulo consiste en establecer qué uniones se califican como actos relativos al estado civil y, en consecuencia, crean un estatus susceptible de transformación por el desplazamiento de un Estado a otro. Sentado lo anterior, es preciso plantearse qué efectos produce ese cambio de estatus en la libre circulación de personas, y exponer soluciones plausibles que eviten las restricciones a esta libertad comunitaria. La aplicación de la *lex loci*

⁷⁸⁷ A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional...”, *loc. cit.*, p. 9.

celebrationis no es la única solución que se propone para garantizar el régimen de continuidad de las relaciones en el espacio. Constituye asimismo una vía satisfactoria la transposición automática. La adopción de esta técnica supone que una situación jurídica válidamente creada en un Estado miembro ha de producir efectos en los demás Estados miembros. De acuerdo con esta teoría, los integrantes de un matrimonio o pareja registrada no tendrían dificultad en ejercitar su derecho de libre circulación. La dificultad propia de este método es determinar los efectos de la situación que deben ser reconocidos.

Algunos Estados que conocen la institución “parejas registradas” ya han adoptado esta técnica de la transposición automática. Se destaca en el trabajo de investigación la solución aportada por la *Civil Partnership Bill* del Reino Unido. En ella se han tipificado dos posibles mecanismos de transposición: la pasiva y la activa. La opción adoptada por la legislación del Reino Unido es innovadora, y constituye un modelo válido para el reconocimiento de estas instituciones en otros Estados.

Los efectos de la transformación del estatus de la pareja, sin embargo, no se circunscriben a la restricción a la libre circulación de personas, sino que pueden ser mucho más extensos. Así, tal como se analiza en este capítulo, es factible que se permita la entrada a determinadas parejas y que, posteriormente, los tribunales del Estado miembro de acogida se declaren incompetentes para conocer de la disolución de su unión, que no exista norma de conflicto específica para determinar conforme a qué ley se rige esa disolución, o, incluso, (aunque en menor medida) que no se reconozca una decisión judicial sobre la ruptura del vínculo dictada en un Estado miembro. La pareja a la que se ha permitido el acceso al territorio de un Estado miembro no sólo tendrá

problemas para disolver su unión, sino que puede pretender hacer valer otros efectos: obligación de ayuda mutua, responsabilidad solidaria, derechos sucesorios, obligación de alimentos recíproca... Se ha seleccionado el régimen económico matrimonial, la obligación de alimentos y el régimen sucesorio para ejemplificar la importancia de las normas de conflicto en la creación de un espacio en el que la libre circulación de personas esté garantizada. Se proponen, además, algunas soluciones a la falta de seguridad jurídica que produce el hecho de que una pareja no pueda hacer valer determinados efectos de su unión en el Estado miembro que le ha permitido la entrada, máxime teniendo en cuenta que, cuando constituyeron su unión, confiaban en el amparo de la legislación del Estado de celebración.

En una investigación en la que se pretende poner de relieve la falta de coherencia y de seguridad jurídica que supone no reconocer validez a ciertas uniones a las que se les ha permitido el acceso a través de las normas de extranjería comunitarias, resultaba imprescindible el estudio de los matrimonios poligámicos. La convivencia en el territorio de la UE de este tipo de matrimonios es perfectamente factible, porque lo permite la Directiva 2003/86⁷⁸⁸. Ahora bien, la norma de extranjería comunitaria agota sus efectos tras la admisión de la convivencia del matrimonio polígamo en el Estado miembro de acogida. Será en el momento en que quieran reclamar una obligación alimenticia, pensión de viudedad e, incluso, la adquisición de la nacionalidad, cuando se susciten la mayoría de las controversias, al oponer el Estado de acogida la excepción de orden público. Ante esta realidad, se plantea en la investigación la posibilidad de

⁷⁸⁸ Véase *supra*, pp. 333-336.

atenuación del orden público y la conveniencia de aplicar la teoría de la *Inlandsbeziehung*, u orden público de proximidad.

Se pretende, por tanto, reflexionar sobre las consecuencias de haber permitido la entrada en el territorio de un Estado miembro de realidades que, en algunos casos, no son reconocidas en ese Estado. Es cierto que el problema de las situaciones claudicantes no es nuevo, pero cobra especial interés cuando se trata de uniones a las que el propio Estado miembro de acogida ha permitido la entrada a través de las normas de extranjería. La auténtica función del DIPr es evitar estas situaciones, conseguir que las relaciones jurídicas mantengan su eficacia más allá del Estado en el que se crearon, lograr que las resoluciones judiciales, solo eficaces en principio en el Estado del órgano jurisdiccional que las pronunció o de la autoridad que las constituyó, lo sean también en otros Estados. El DIPr es, ante todo, un Derecho que debe permitir la coordinación armoniosa entre sistemas jurídicos sustancialmente diferentes⁷⁸⁹. A ello están destinadas un conjunto de normas de DIPr que facilitan que las soluciones jurídicas sean estables, y que coadyuvan al refuerzo de la seguridad jurídica⁷⁹⁰.

⁷⁸⁹ H. Gaudemet-Tallon, “De l’utilité d’une unification du droit international...”, *loc. cit.*, p. 162.

⁷⁹⁰ Estamos de acuerdo con E. Jayme cuando afirma que el DIPr está destinado a ser una de las materias clave para la protección de la persona humana, porque siendo este el fin del Derecho privado, lo es con mayor razón el DIPr en tanto que las soluciones a los conflictos de leyes presuponen un diálogo intercultural que respeta la diversidad de los individuos (*vid.* “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, *Rec. des. C.*, tomo 282, 2000, pp. 19 –39).

I. UNIONES QUE CREAN UN “ESTATUS CONYUGAL”

1. Actos relativos al estado civil

Al hilo de lo expuesto, parece obvio que la primera cuestión que hay que dilucidar es qué tipo de uniones crean un estatus y cuáles no. No se puede soslayar que, en el ámbito de las relaciones interpersonales, se ha producido un fenómeno de diversificación de formas jurídicas⁷⁹¹ donde el modelo matrimonial ya no es único⁷⁹². Los cambios sociológicos

⁷⁹¹ Las relevantes modificaciones que se están produciendo en algunos países, la introducción de nuevas concepciones de familia, no son más que una consecuencia de divergencias culturales más profundas (*vid.* A. Font i Segura, “El progresivo avance del Derecho comunitario en materia de familia: un viaje inconcluso de Bruselas II a Bruselas II bis”, *REDI*, vol. LVI, 2004, pp. 273-299, p. 298). En Derecho de familia las reglas jurídicas son consecuencia de una tradición cultural íntimamente arraigada a valores y creencias de cada comunidad. *Vid.* en este sentido, D. McClean, “De conflictu legum. Perspectives on Private International Law at the Turn of the Century”, *General Course of Private International Law, Rec. des C.*, vol. 282, 2000, pp. 41-227, p. 99-108; J. Déprez, “Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (les relations entre systèmes d’Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)”, *Rec. des C.*, vol. 211, 1988, pp. 9-372, pp. 219-232; S. Sánchez Lorenzo, “Postmodernismo y Derecho internacional privado”, *REDI*, 1994, pp. 557-585, pp. 557-558.

⁷⁹² No es que el matrimonio se esté desinstitucionalizando. Sucede que, en concurrencia con él, diversas prácticas alternativas han obtenido ya una amplia legitimación social y pugnan por un reconocimiento jurídico, *vid.* P. A., Talavera Fernández, *La unión de hecho y el derecho a no...*, *op. cit.*, p. 13. *Vid.* sobre las transformaciones que se han producido en el Derecho de familia, C. Martínez de Aguirre, *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Documento del Instituto de ciencias para la familia, Ediciones Rialp, Navarra, 1996, pp. 13-23; M. Bell, “We are Family? Same-Sex Partners...”, *loc. cit.*, pp. 335-355; K. Berthou y A. Masselot, “Le mariage les partenariat et la CJCE: menage...”, *loc. cit.*, pp. 679-694; D. Borrillo, “Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités: la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l’Union européenne”, *McGill L. J.*, vol. 46, 2001, pp. 875-922; A. Bucher, “La famille en droit international privé”, *Rec. des C.*, vol. 283, 2000, pp. 19-177; E. Caracciolo di Torella y E. Reid, “The Changing Shape of the “European Family” and Fundamental...”, *loc. cit.*, pp. 80-91; J. Carrascosa González, “Nuevos modelos de familia y DIPr en el siglo XXI”, *AD. Universidad de Murcia*, n° 21, 2003, pp. 109-143; M. Cebriá García, “El matrimonio en España en la segunda mitad del siglo XX”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la UE y el Derecho comparado*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp. 383-395; A. Devers, *Le concubinage en Droit international...*, *op. cit.*; I. Lázaro González, *Las uniones de hecho en el*

producidos en la estructura familiar y la aparición de nuevos modelos de convivencia en los últimos tiempos han sido tan importantes y tan rápidos que el Derecho sigue a duras penas su ritmo. Entre estos cambios, uno ya muy consolidado y reconocido por todos es el de la multiplicación exponencial de las uniones no matrimoniales⁷⁹³. Con el auge de estas uniones aumenta el interés jurídico en su regulación porque, gradualmente, al gozar de mayor aceptación comunitaria, no pueden desconocerse las repercusiones sociales que traen aparejadas⁷⁹⁴. Al regular la convivencia de las parejas no casadas, los legisladores nacionales han optado entre dos modelos legislativos básicos: el modelo fáctico (parejas de hecho) y el modelo formal (parejas registradas)⁷⁹⁵. Por lo que respecta al primero de ellos, el punto de partida es una situación de convivencia estable de la que se hacen depender ciertos efectos jurídicos, que se ponen especialmente de manifiesto en caso de ruptura. Estos efectos han de ser, no obstante, mínimos, puesto que, al atribuirse al margen de la voluntad de las partes, se podría conculcar la vertiente negativa del derecho a contraer matrimonio, esto es, el derecho a no casarse⁷⁹⁶. El otro modelo

Derecho internacional privado español, Madrid, Tecnos, 1999, en especial pp. 37-59; G. Kessler, *Les patenariats enregistrés en droit international...*, *op. cit.*, en especial pp. 53-68; S. Llebaría Samper, *Hacia la familia no matrimonial*, Cedecs, Barcelona, 1997; J. Pirrüng, “Registrierte Partnerschaften den Europäischen Gerichten”, *Homenagem I. Magalhaes Collaço*, Coimbra, 2002, pp. 605-621; B. Stark, *International Family Law...*, *op. cit.*, en especial pp. 1-13; N. Comte Guillement, “Las parejas no casadas ante...”, *loc. cit.*, pp. 295-299; D. Bradley, “Comparative Law, Family Law and Common Law”, *OJLS*, 2003, pp. 127-146.

⁷⁹³ M. P. García Rubio, “Parejas de hecho y lealtad...”, *loc. cit.*, p. 35.

⁷⁹⁴ A. Uriondo de Martinoli, “Incidencia de los Tratados internacionales en el Derecho de familia”, *El Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Buenos Aires, La Ley, 2005, pp. 537-548, p. 547.

⁷⁹⁵ C. González Beilfuss, *Parejas de hecho y ...*, *op. cit.*, p. 21.

⁷⁹⁶ *Vid.* sobre el derecho a no casarse, M. J. Gutiérrez del Moral, “El derecho a no contraer matrimonio”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la UE y el*

de regulación es el denominado modelo formal, que se basa de una declaración de voluntad de las partes, de la que se hacen depender unos efectos jurídicos más o menos análogos al matrimonio⁷⁹⁷.

La diferencia fundamental entre las parejas registradas y las de hecho es que las primeras crean un estatus jurídico y las segundas no⁷⁹⁸. Las parejas registradas, en todos los ordenamientos comunitarios en los que se regulan, son uniones exclusivas⁷⁹⁹. Quien está vinculado por una pareja registrada no disuelta no puede constituir otra pareja registrada, e, incluso, en algunos ordenamientos impide contraer un matrimonio⁸⁰⁰. La formalidad del registro, la necesidad de prestar el consentimiento ante autoridad pública, y los efectos que se generan, hacen que en múltiples ocasiones la diferencia entre pareja registrada y matrimonio sea

Derecho comparado, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp. 513-527.

⁷⁹⁷ La mayor o menor proximidad de la pareja registrada a la institución matrimonial depende de la regulación que articule cada Estado. Como ya se ha analizado, en los países escandinavos, por ejemplo, la pareja registrada se equipara prácticamente en todo al matrimonio, mientras que en Bélgica o en Francia la institución ha sido calificada de *minimarriage*. *Vid. supra*, pp. 268-278.

⁷⁹⁸ Esta es la tesis defendida por A. Devers, “Private International Law Aspects of Non-Marital Unions. Some French Reflections on...”, *loc. cit.*, pp. 198-203; J. Murphy, “The Recognition of Same-Sex Families in Britain: the Role of Private International Law”, *Int. Jnl. of Law, Policy and the Family*, vol. 16, 2002, pp. 181-201, p. 189; H.U. Jessurun d’Oliveira, “Registered Partnerships, PACSes and Private International Law Some Reflections”, *Riv int.pr.proc.*, abril-junio 2000, pp. 293-323; M. Bell, “Holding Back the Tide? Cross-Border Recognition of Same-Sex Partnerships...”, *loc. cit.*, p. 614.

⁷⁹⁹ Véase un análisis de las legislaciones sobre parejas registradas de los Estados miembros de la UE *supra*, pp. 280-290.

⁸⁰⁰ En otros, el matrimonio posterior disuelve automáticamente la pareja registrada anterior. *Ad exemplum*, el PACs francés (art. 515.7 de Loi n° 99-944 *Relative au Pacte Civil de Solidarité*, publicada en el Journal Officiel de la République Française de 16 de noviembre de 1999).

meramente semántica, una cuestión de “cosmética jurídica”⁸⁰¹. Son uniones reguladas por el Derecho con carácter orgánico y unitario⁸⁰². Por eso, sea cual sea la distancia que el legislador estatal haya querido mantener con el matrimonio, estamos frente a una institución que afecta al estado civil de las personas⁸⁰³. En ambos casos, se trata de personas que voluntariamente realizaron un acto formal del que derivan efectos jurídicos⁸⁰⁴. Un sector doctrinal opina que la única diferencia entre el matrimonio y las uniones no matrimoniales es la forma, entendida como mero trámite burocrático que no añade nada importante desde el punto de vista sustantivo. La única divergencia estaría en la celebración legal y en la correspondiente inscripción registral⁸⁰⁵. En el caso de las uniones registradas se elimina por completo esta diferencia, ya que su constitución requiere una serie de formalidades y, además, acceden al registro. Esta interpretación doctrinal es otro argumento válido para afirmar que el registro de la pareja es un acto que afecta al estado civil. El cambio de estatus, por tanto, sólo se podrá producir en las parejas casadas o registradas, pero no en las parejas de hecho⁸⁰⁶.

⁸⁰¹ Expresión utilizada por A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa, “Matrimonio entre personas del mismo...”, *loc. cit.*, p. 1.

⁸⁰² K. Schumann (*Nichteheliche Lebensgemeinschaften und ihre Einordnung im Internationalen Privatrecht*, Frankfurt, 2001, p. 61) afirma que desde el punto de vista del DIPr es irrelevante la denominación que se da a la institución.

⁸⁰³ H.U. Jessurun d’Oliveira, “Registered Partnerships, PACSes and Private International Law...”, *loc. cit.*, pp. 297-298.

⁸⁰⁴ C. González Beilfuss, *Parejas de hecho y matrimonios...*, *op. cit.*, p. 27.

⁸⁰⁵ C. Martínez de Aguirre, *Diagnóstico sobre el Derecho...*, *op. cit.*, p. 70.

⁸⁰⁶ Entre los autores que diferencian entre matrimonio y pareja registrada, por un lado, y pareja de hecho por otro *vid.* J. M. Espinar Vicente, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 47; Esta diferencia también la apunta P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 263; H. Fulchiron (“Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé”, *Journ. dr. int.*, núm. 4, 2000, pp. 889-913) diferencia entre “unions libres”, y “unions légales”

Todas las legislaciones de los Estados miembros ya estudiadas contemplan los efectos jurídicos que se generan con su constitución. A modo de ejemplo, en Alemania el hecho de registrar la pareja genera una serie de efectos jurídicos, como la obligación de ayuda mutua, obligación de alimentos recíproca, responsabilidad solidaria, derechos sucesorios... En Bélgica y Francia, como ya se analizó, en el ámbito de las relaciones internas crea una obligación de ayuda mutua y la presunción de indivisión de los bienes muebles e inmuebles adquiridos después del registro de la unión. Respecto a las relaciones externas supone que ambos miembros respondan de las deudas contraídas para cubrir necesidades de la vida en común.

La distinción entre matrimonio y pareja registrada, por un lado, y pareja de hecho, por otro, no se ha realizado en el capítulo III al analizar que parejas tenían acceso al territorio de los Estados miembros. La razón estriba en que las condiciones exigidas para permitir la entrada y convivencia en el territorio de un Estado miembro son completamente diferentes según se trate del cónyuge, pareja registrada, o de hecho. No importa que el registro sea constitutivo, o que haya intervenido una autoridad pública. En el ámbito de la reagrupación familiar no es posible diferenciar aquellas uniones que crean un estatus de las que no lo hacen, ya que es el propio legislador comunitario el que establece requisitos distintos para cada una de las situaciones: matrimonios, parejas registradas

(partenariats). M Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez diferencian entre “hechos jurídicos” y “actos de autoridad”, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, Civitas, 2000 pp. 403-406; S. Sánchez Lorenzo distingue entre aquellas uniones en las que existe un consentimiento “matrimonial” y las que no (*vid.* “Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado”, *REDI*, 1989, pp. 487-531, p. 494).

y parejas de hecho⁸⁰⁷. En cambio, para el reconocimiento de estas uniones, una vez están establecidas en un Estado miembro, la distinción es factible y metodológicamente más clarificadora. La equiparación entre matrimonio y pareja registrada que se propone en este ámbito, no actúa, empero, a todos los niveles, como plantea un sector doctrinal⁸⁰⁸. No han de ser consideradas instituciones análogas, entre otras cosas porque esta opción puede tener un efecto sorpresivo para las partes que inicialmente constituyeron una unión con unos efectos sustancialmente menores de los que derivan del matrimonio. La equiparación entre estas dos instituciones se realiza con el objetivo de poner de relieve que las dos constituyen actos relativos al estado civil.

2. Uniones susceptibles de inscripción en el Registro Civil

Una vez la pareja ha accedido al territorio de un Estado miembro, el área de influencia del Derecho comunitario se difumina y la unión se traslada al radio de acción de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros. Cuando la pareja se ha establecido, el Derecho comunitario pasa a un segundo plano y son los DIPr nacionales los que han de determinar los efectos de esa unión en el país de acogida. Para establecer si se produce o no la transformación de su estatus, es imprescindible analizar el Derecho de cada Estado (incluyendo el DIPr). Excedería las posibilidades de esta investigación el análisis de los

⁸⁰⁷ El legislador comunitario diferencia estas tres categorías tanto si el solicitante es un nacional comunitario (arts. 2.a, 2.b y 3.b, de la Directiva 2004/38), como si es un nacional de tercer Estado (arts. 4.1 a y 4.3 de la Directiva 2003/86).

⁸⁰⁸ Entre los partidarios de equiparar las uniones registradas al matrimonio *vid.* H. Gaudement- Tallon, “La désunion du couple en droit international...”, *loc. cit.*, p. 171 y ss; G. Khairallah, “Les paternariats organisés en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité)”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 2000-3, pp. 317-330, p. 321 y ss.

ordenamientos jurídicos de los veinticinco Estados miembros. No obstante, sí nos parece conveniente estudiar qué uniones son susceptibles de ser inscritas en el RC español y cuales no, para establecer en qué circunstancias se podrá transformar el estatus de esa pareja a la que se le ha permitido el acceso al territorio español a través de las normas de extranjería comunitarias.

La transformación del estatus sólo se producirá cuando esa unión no sea susceptible de ser inscrita en el Registro Civil y, por tanto, no consiga una prueba preconstituida y privilegiada de la validez de su unión. Cuando una unión no tiene acceso al RC, no existe ningún título de legitimación *erga omnes* de su vínculo. Además, la falta de publicidad registral conlleva la dificultad de demostrar el conocimiento por parte de terceros de su existencia, en caso de que aquellos alegaren el desconocimiento en su contra⁸⁰⁹. Esto genera una situación de inseguridad jurídica para estas parejas y para aquellos que se relacionen “jurídicamente” con ellas. La posibilidad de que cada una de las autoridades administrativas ante las que se alegue la existencia de la unión que no puede acceder al Registro se pronuncie sobre la validez con carácter incidental contradice abiertamente la trascendencia que se reconoce al estado civil⁸¹⁰. El resto de las autoridades no están vinculadas

⁸⁰⁹ P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 246.

⁸¹⁰ *Ibid.* p. 246. La autora propone varias soluciones para remediar la situación de la falta de seguridad por la ausencia de inscripción registral. La primera de ellas consistiría en reformar la legislación para permitir el acceso al Registro Civil de actos de estado civil que hayan acaecido en el extranjero y afecten a extranjeros, siempre que éstos demuestren una vinculación significativa con España. Una segunda posibilidad, sería articular un mecanismo “ad hoc” para facilitar la adquisición de títulos de legitimación a cualquier extranjero con un interés legítimo en ello. Es decir, la creación de un Registro Civil de extranjeros. Y la tercera posibilidad, sería instar una acción declarativa ante los órganos jurisdiccionales españoles, para que éstos se pronuncien sobre la validez del matrimonio.

por la presunción de validez que se desprende de la certificación documental, de tal forma que, para destruir dicha presunción, es precisa la intervención de una autoridad jurisdiccional.

El que los efectos de la decisión administrativa estén limitados a un proceso determinado genera que se produzcan los mismos problemas una y otra vez, siempre que se quiera hacer valer algún efecto propio de esa unión en el Estado miembro de acogida. El reconocimiento de la unión sólo para hacer valer un determinado efecto puede originar una falta de coherencia en el sistema del foro, por cuanto puede considerarse a un individuo unido para unos efectos y no para otros. Esto provocará una gran inseguridad jurídica con respecto al estado civil de esas personas.

El problema fundamental es la ausencia de un título de legitimación que pruebe “erga omnes” la existencia y/o validez de la unión invocada ante cualquier órgano y en cualquier circunstancia. Esto obliga a evaluar en cada caso estos extremos conforme al DIPr, por lo que las consecuencias de permitir la convivencia de estas uniones en el Estado miembro de acogida van mucho más allá de las propias del Derecho de extranjería. Una vez que la pareja convive en el territorio del Estado miembro de acogida, el reconocimiento podrá ser invocado directamente ante cualquier órgano jurisdiccional o autoridad administrativa. Generalmente, se tratará de un reconocimiento a título incidental, es decir, con ocasión de una cuestión relativa a los efectos de la unión (por ejemplo, un litigio en materia de alimentos o sucesorio)⁸¹¹. La cuestión no

⁸¹¹ El reconocimiento incidental de la unión se encamina a valorar si puede formar parte del supuesto de hecho de una norma cuya aplicación se requiere. Para J. M. Espinar Vicente, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 163, “no se trata de un acto formal único del que se va a derivar una presunción *iuris tantum* de existencia y validez estabilizada. Sólo va a pretender valorar

se resuelve de forma definitiva, sino que debe ser verificada caso por caso por la concreta autoridad ante la que se invoca la pretensión⁸¹². El problema estribará en determinar la eficacia extraterritorial de una unión constituida en el extranjero. Esto no plantea un problema de creación de una relación jurídica, sino de validez de una ya creada conforme a otro ordenamiento.

Para resolver la disyuntiva entre reconocer la validez de un acto o denegarla ha de emplearse el método del reconocimiento; aunque se determine qué ley es la competente para regirlo, el juez (o cualquier autoridad) no ha de apreciar la concurrencia de los hechos, ni la corrección del razonamiento jurídico efectuado por la autoridad que intervino en la conformación del acto, ni, eventualmente, el uso de un poder discrecional. El método consistente en la elección de la ley aplicable resulta adecuado para solucionar un eventual conflicto entre diversas leyes, cuando ha de decidirse entre la aplicación efectiva de una norma positiva para resolver una cuestión jurídica, pero no a los efectos de decidir si cabe o no reconocer la validez del acto⁸¹³. En estos supuestos las normas de Derecho aplicable se utilizan a efectos de reconocimiento⁸¹⁴.

la existencia o inexistencia de una relación a efectos de determinar los presupuestos de otra”.

⁸¹² M Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil...*, *op. cit.*, p. 418.

⁸¹³ P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración del matrimonio...*, *op. cit.*, pp. 250-255.

⁸¹⁴ Semejante aplicación de las normas de conflicto, fuera de su contexto normal, al sector del reconocimiento de efectos de las decisiones acerca de dichos actos ha sido criticada ante la manifiesta falta de analogía, y, en particular, por el hecho de que no respeta la función peculiar del reconocimiento de tales decisiones, impidiendo la flexibilidad favorable al reconocimiento que conlleva la concurrencia de foros de competencia indirecta, susceptibles de reconocer un acto, constituidos por autoridades competentes de distintos Estados. *Vid.* A. Ferrer-Correia, “Quelques réflexions sur le système portugais concernant la reconnaissance et l’exécution des jugements étrangers

Desde el punto de vista conflictual, el reconocimiento de la validez del acto supone un control de conformidad con los requisitos exigidos para su validez según el Derecho aplicable en virtud de las normas de conflicto⁸¹⁵. La norma de Derecho aplicable es utilizada para localizar el ordenamiento jurídico competente que habrá de servir de referencia para delimitar los efectos de la institución⁸¹⁶.

A) Matrimonios

El art. 15 LRC⁸¹⁷ establece que “en el Registro constarán los hechos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros”. Atendiendo a la dicción literal de

en matière civile et commerciale”, *Droit international et droit communautaire*, Paris, 1991, pp. 135-141.

⁸¹⁵ P. Orejudo Prieto de los Mozos, “La Doctrina de la DGRN en materia de reconocimiento registral de los matrimonios extranjeros, con especial referencia al matrimonio consular”, en AA.VV., *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del profesor R. Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 276-283, p. 278.

⁸¹⁶ J. C. Fernández Rozas y S. A. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1993, p. 702. Se debe principalmente al pensamiento de J. D. González Campos el análisis del DIPr como una estructura, en la que cada una de sus partes mantienen relaciones entre sí, de un lado y, de otro, cada una de ellas con la totalidad. La expresión “relación estructural” se utiliza para indicar la necesaria conexión entre determinados grupos de reglas (las del sector de la competencia judicial internacional, el Derecho aplicable y el reconocimiento) por el hecho de estar conectadas por un mismo fenómeno social, al dar una respuesta de conjunto a la cuestión de la situación jurídica de la persona en las relaciones privadas internacionales. *Vid.* J. D. González Campos, “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en Droit international privé”, *Rec. des. C.*, 1977, vol. 156, pp. 233-375, pp. 237-238. Si bien estos tres sectores mantienen “relaciones estructurales”, no pueden pasarse por alto los desajustes que se producen entre ellos. Son conocidas las relaciones que mantienen el reconocimiento de decisiones con la competencia internacional, en el sentido de que los foros de competencia son utilizados como parámetro de medida para reconocer en el foro una decisión que ha sido dictada por una autoridad extranjera.

⁸¹⁷ Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957 (BOE nº 151 de 10 de junio de 1957).

este precepto, sólo podrían acceder al RC los matrimonios celebrados en España, sea cual sea la nacionalidad de los contrayentes, o los celebrados en el extranjero cuando al menos uno de los cónyuges sea español⁸¹⁸. A *sensu contrario*, un matrimonio entre extranjeros celebrado en el extranjero no tendría acceso al RC, por lo que no conseguiría un título de legitimación *erga omnes* de su unión una vez acceda al territorio español.

La rigidez de esta afirmación, no obstante, ha de ser matizada, ya que hay supuestos en los que estas uniones sí tienen acceso al RC, y otros en los que uniones que, en principio, deberían ser susceptibles de inscripción, no lo son. En primer lugar, es necesario tener en cuenta lo preceptuado en el art. 15.2 LRC: podrán ser inscritos los hechos ocurridos fuera de España cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones marginales exigidas por el Derecho español. De esta forma, sí deberá constar en el RC el matrimonio de dos extranjeros, celebrado en el extranjero, si se divorcian en España⁸¹⁹. Para inscribir este divorcio es necesario adjuntar la certificación extranjera donde conste el matrimonio.

Pero, el art. 15.2 no sólo faculta para la inscripción del matrimonio de dos extranjeros en el extranjero cuando se divorcian en España, sino que, además, si uno de los cónyuges adquiere la nacionalidad española,

⁸¹⁸ Ha de recordarse que en este capítulo se está analizando la transformación del estatus conyugal que puede producirse tras el establecimiento de la pareja en un Estado miembro (concretando el análisis por las razones expuestas *supra* a España). El estudio se circunscribe, en consecuencia, a las posibilidades de acceso al RC español de las uniones constituidas en el extranjero, que acceden a nuestro territorio a través de las normas de extranjería comunitarias.

⁸¹⁹ E. Rodríguez Gayán, *Derecho registral civil internacional*, Eurolex, Madrid, 1995, p. 154; P. Abarca Junco, “La celebración del matrimonio y su nulidad”, *Derecho internacional privado*, vol. II, Madrid, Colex, 2001, pp. 99-121, pp. 121-122.

automáticamente habría que inscribir en el Registro todos los hechos que le afecten (art. 15 LRC), incluido su matrimonio celebrado en el extranjero, con un extranjero/a. En estos casos el núcleo de la cuestión reside en determinar si el Juez encargado del RC deberá comprobar la validez de esa unión como si se tratase de un matrimonio celebrado entre extranjeros en el extranjero, o si debe actuar como si se tratase de un nacional español que contrae matrimonio fuera de España. Optar por una u otra solución no es una cuestión baladí, ya que en el primer caso sería de aplicación analógicamente lo dispuesto en el art. 50 Cc: procederá a considerar la validez formal del matrimonio si se atiende a las formas previstas en la ley del país de celebración, o en la ley personal de cualquiera de los contrayentes, y, en el segundo, el art. 49 Cc preceptúa que la celebración del matrimonio debe atenderse, bien a la ley española, bien a la ley del lugar de celebración. Parece que la solución más aceptable sería la de considerar la nacionalidad del contrayente en el momento en que se celebró la unión, aunque se admitiría el límite del orden público. Así ocurriría si adquiere la nacionalidad española uno de los contrayentes de un matrimonio polígamo. Se ha admitido la entrada por reagrupación familiar de esta clase de uniones, es decir, a efectos de reagrupación familiar se ha considerado un matrimonio válido. Sin embargo, sería imposible su inscripción en el Registro Civil, porque se activaría el límite del art. 12.3 Cc⁸²⁰.

⁸²⁰ *Vid.* las Resoluciones de la DGRN de 14 de junio de 2005 y de 21 de mayo de 2005. En el primer caso se trata de una pareja que contrajo matrimonio en la República Dominicana. Ella era Dominicana y él un nacional Dominicano, al que la DGRN le había concedido la nacionalidad española por residencia, pero la resolución estimatoria todavía no había sido inscrita en el RC en el momento de contraer matrimonio, aunque sí cuando ese matrimonio se inscribe en el RC español. La DGRN afirma que “como en el momento de la celebración del matrimonio los dos contrayentes eran extranjeros, su capacidad para contraer matrimonio se rige por su ley personal, razón por la cual resulta improcedente, que se intenten aplicar las normas españolas sobre ausencia del consentimiento matrimonial” (FJ 6º).

Como se ha apuntado, la literalidad del art. 15 LRC debe ser matizada en relación con: a) uniones que, en principio, no son susceptibles de inscripción que sí tienen acceso al RC; y b) uniones que, *a priori*, deberían ser inscritas, pero finalmente no acceden al RC. Hasta hace relativamente poco tiempo este último era el caso de los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo, en el que, al menos uno de los cónyuges, era español. El matrimonio no tenía acceso al RC porque no era un “hecho inscribible”. Desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que ha modificado el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio⁸²¹, estas uniones tienen acceso al RC en igualdad de condiciones que los matrimonios heterosexuales. La disposición adicional primera de esta norma dispone que todas las referencias al matrimonio que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al integrado por dos personas de distinto sexo⁸²². Sin embargo, no se puede obviar el hecho de que en otros Estados miembros estos matrimonios no tendrán acceso al RC, y esto producirá una serie de restricciones a la libre circulación de personas que serán analizadas en la segunda parte del capítulo.

B) Parejas registradas

Exactamente igual que sucede con los matrimonios, no tendrán acceso al RC español aquellas parejas de extranjeros que se han constituido en el extranjero, no porque se trate de una pareja registrada,

⁸²¹ BOE de 2 de julio de 2005.

⁸²² *Vid.* sobre las previsiones en materia de DIPr de esta Ley *supra*, pp. 259-272.

sino porque no afecta a ningún español ni se ha constituido en España. Ahora bien, la cuestión estriba en determinar si tiene acceso al RC una pareja registrada de españoles, o en la que al menos uno de sus miembros sea español, constituida en el extranjero. Una vez más es necesario recurrir al art. 15 LRC: tienen acceso al RC los hechos inscribibles que afecten a españoles. Obviamente, es un hecho que afecta a un español, luego lo que hay que determinar es si se trata de un “hecho inscribible”.

El art. 1 LRC enumera qué hechos se consideran concernientes al estado civil de las personas, y entre ellos no se encuentra la constitución de una pareja registrada⁸²³. No obstante, se plantea la cuestión de si están enumerados todos los hechos y actos que deberían estar, es decir, si se trata de una enumeración *numerus apertus* o *clausus*. La mayoría de la doctrina se inclina por el razonamiento a favor del *numerus apertus*⁸²⁴. Es la postura más razonable, habida cuenta de que, en prácticamente todos los Estados miembros en los que existe una regulación de las parejas

⁸²³ El art. 1 LRC considera como hechos concernientes al estado civil de las personas: el nacimiento, la filiación, el nombre y apellidos, la emancipación y habilitación de edad, las modificaciones judiciales de la capacidad, las declaraciones de ausencia o fallecimiento, la nacionalidad y vecindad, la patria potestad, tutela y demás representaciones que señala la ley, el matrimonio y la defunción. F. Luces Gil, afirma que “en nuestro Derecho positivo no sólo falta una definición legal de lo que sea el estado civil, sino que incluso faltan también los datos necesarios para construir dicho concepto por vía de la inducción. Para este autor del art. 1 LRC se deduce que el estado civil lo integran ciertas cualidades, situaciones o circunstancias de la persona, pero no resulta muy factible determinar cuáles sean éstas, y menos aún, extraer un concepto unitario de estado civil” (*Derecho del Registro Civil. Comentarios, legislación Resoluciones de la DGRN y modelos*, Barcelona, Bosch, 2002, pp. 15-16).

⁸²⁴ Véase un análisis de las dos teorías en E. Rodríguez Gayán, *Derecho registral civil...*, *op. cit.*, p. 31. Entre los autores que opinan que se trata de una enumeración cerrada *vid.* P. Arribas Atienza y F. Carceller Fabregat, *Curso práctico de Registro Civil*, Madrid, Civitas, 1999, p. 20. Estos autores afirman que las normas reguladoras del estado civil son normas imperativas, pues de otro modo no se entendería la regulación de esta materia que es de marcado interés público, destinada a regular las relaciones jurídicas de los individuos entre sí y de éstos con las instituciones públicas y privadas.

registradas, con su constitución se crea un verdadero estado civil⁸²⁵. Así, en los países escandinavos el registro de la unión produce idénticos efectos que el matrimonio en casi todos los ámbitos, excepto por lo que respecta al derecho de adopción. En los Países Bajos el art. 80 b) del Código Civil remite en bloque a la regulación matrimonial, y en Alemania el hecho de registrar la pareja genera una serie de efectos jurídicos, tanto entre las partes como frente a terceros que hacen que la pareja registrada se equipare, prácticamente en todo, al matrimonio.

Todo lo expuesto implica que, a pesar de que sea necesario analizar ordenamiento por ordenamiento, en la mayoría de los Estados miembros que regulan la institución el registro de la pareja constituye un acto relativo al estado civil⁸²⁶, y como tal ha de ser susceptible de inscripción marginal en el Registro siempre que afecte a un español, o haya sido constituida en España⁸²⁷. No obstante, como ya se puso de relieve en el capítulo anterior, en España no existe una ley sobre parejas registradas, y es cada Comunidad Autónoma la que regula la cuestión⁸²⁸. En todas las leyes autonómicas se crea un Registro administrativo, con objeto de que estas uniones puedan acceder a ciertas ventajas que le otorga el registro⁸²⁹.

⁸²⁵ *Vid. supra*, pp. 280-290.

⁸²⁶ C. González Beilfuss, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo...*, *op. cit.*, pp. 137-138.

⁸²⁷ Estas uniones han de acceder al RC mediante una anotación marginal porque se trata de una situación no prevista por el legislador. El art. 46 de la LRC establece que “los hechos inscribibles para los que no se establece especialmente que la inscripción se haga en otra Sección del Registro, se inscriban al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento”.

⁸²⁸ *Vid. supra*, pp. 295-300.

⁸²⁹ Véase, *ad exemplum*, Decreto 112/2002, de 30 de agosto, mediante el cual se crea un Registro de Parejas Estables de las Illes Balears y se regula su organización y gestión; Decreto 203/1999 de 2 de noviembre del Gobierno de Aragón por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro Administrativo de parejas

En la práctica estas uniones no tienen acceso al RC, y de ahí la necesidad de creación de estos Registros administrativos⁸³⁰. Sin embargo, estos Registros son bastante vacuos por la parquedad de sus efectos, su inseguridad jurídica al no recoger ni siquiera un hecho, sino una mera declaración relativa a un hecho de convivencia. A esto hay que unir la cuestionable aptitud del funcionario para comprobar a la vista de los documentos proporcionados, la veracidad de la convivencia y la existencia de algún impedimento⁸³¹.

A pesar de que un sector doctrinal, con el que coincidimos, opina que las parejas registradas deberían ser susceptibles de inscripción marginal en el RC español⁸³², sin embargo, actualmente estas uniones no obtienen un título de legitimación *erga omnes* de su vínculo.

estables no casadas (BOA 15/11/1999). *Vid.* un análisis de los problemas de DIPr que presentan estas legislaciones autonómicas *infra*, pp. 422-435.

⁸³⁰ Los Registros administrativos carecen de eficacia constitutiva y tienen como finalidad facilitar la prueba de la existencia o término de las uniones de hecho y de los acuerdos celebrados entre los compañeros. La competencia en materia de ordenación de los “Registros e instrumentos públicos” es exclusiva del Estado (art. 149.1.8 CE). *Vid.* I. Lázaro González, *Las uniones de hecho en el Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, p. 203. Además el carácter administrativo de estos Registros les priva de dos privilegios reservados a los Registros civiles: la fe pública y la publicidad para terceros. Estos Registros no alteran el estado civil, los convivientes siguen permaneciendo solteros, divorciados o viudos y con absoluta disponibilidad para contraer matrimonio con otra persona. *Vid.* X. O’Callaghan, *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Madrid, Consejo del poder judicial, 1998, p. 32.

⁸³¹ De la misma opinión es N. Comte Guillement, “Las parejas no casadas ante...”, *loc. cit.*, pp. 307-308.

⁸³² C. González Beilfuss (*Parejas de hecho y matrimonios del mismo...*, *op. cit.*, p. 137) afirma que debería constar en una anotación marginal. De esta misma opinión J. Massip, *Le partenariat enregistré et l’état civil*, disponible en www.ciec1.org.

III. CAMBIO DE ESTATUS Y LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

1. Repercusiones del cambio de estatus en la libre circulación de personas

A) Matrimonios y parejas registradas

Como se ha fundamentado en el epígrafe anterior, la celebración del matrimonio y la constitución de una pareja registrada son actos que afectan al estado civil, y el ejercicio pleno de la libre circulación de personas conlleva el reconocimiento y la continuidad extraterritorial de las uniones procedentes de los Estados miembros. El ciudadano comunitario se sentirá desincentivado a circular por el territorio de la UE si su relación, válida en un Estado miembro, no lo es en otro⁸³³. La transformación del estatus conlleva indefectiblemente la restricción del derecho de libre circulación de personas. Los nacionales comunitarios cambian de Estado de residencia cada vez con mayor frecuencia y, sobre todo, con la confianza en que, cuando lo hacen dentro de la Comunidad, sus derechos no quedan desprotegidos⁸³⁴.

La libre circulación no significa sólo el ejercicio del derecho al desplazamiento sin obstáculos físicos, sino que supone la “libre circulación del estado civil” como circunstancia que acompaña a la

⁸³³ En este mismo sentido D. Martiny, “Is unification of Family Law Feasible or Even...”, *loc. cit.*, p. 307.

⁸³⁴ M. L. Puerto Mendoza, “La libre circulación de resoluciones judiciales sobre responsabilidad parental dentro de la Unión Europea”, *La Ley*, núm. 5616, 20 de septiembre de 2002, pp. 1-6, p. 6.

persona⁸³⁵. Se trata de la libre circulación de situaciones, y no de decisiones, que encontraría su justificación en la creación en la Europa comunitaria de un espacio de libertad, seguridad y justicia, a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999⁸³⁶. Hay autores que sostienen que el art. 18 TCE obliga a los Estados miembros a aceptar la existencia y validez de las uniones constituidas en otro Estado miembro⁸³⁷. A este respecto resultan muy esclarecedoras las conclusiones del Abogado General La Pégola: “no se puede admitir que el estatus del individuo, entendido como su condición jurídica dentro del ordenamiento de que se trate, reciba una apreciación distinta dependiendo del ordenamiento jurídico en que resida o trabaje dentro de la Comunidad. Del carácter invariable del estatuto de las personas, que se presenta como requisito previo del derecho del individuo, resulta la necesidad de garantizar de manera uniforme la configuración concreta y la salvaguardia de situaciones subjetivas del ordenamiento comunitario: sería contrario a la idea misma de integración que un derecho exista y pueda ser invocado en un Estado miembro, pero no en otro por el mero hecho de que el estado civil del interesado sea apreciado de forma distinta dentro de la Comunidad mientras que esta se concibe, precisamente, como un espacio único sin fronteras interiores”⁸³⁸.

⁸³⁵ P. Lagarde, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RebelsZ*, 2004, pp. 225-243, p. 231.

⁸³⁶ J. M. Martín Serrano, “Los matrimonios homosexuales: una aproximación desde el Derecho internacional privado español”, *REDI*, vol. LV, 2003, pp. 291-305, p. 298.

⁸³⁷ A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional...”, *loc. cit.*, p. 10. Afirman estos autores que “los Estados miembros son “friendly States”, de modo que las situaciones válidamente creadas con arreglo al DIPr de un Estado miembro deben, por ello, ser aceptadas en los demás Estados miembros”.

⁸³⁸ Conclusiones del Abogado General La Pégola, en el as. C- 336/94, *Eftalia Dafeki*.

Esta continuidad que se propugna es factible conseguirla mediante la aplicación de la *lex loci celebrationis* para determinar la validez de las uniones constituidas en un Estado miembro. Por lo que respecta a los matrimonios homosexuales, el que una persona se encuentre válidamente casada en los Países Bajos, Bélgica o España, no significa que tenga el estatus de “esposo/a” en otro país de la Unión Europea. Exactamente igual ocurre con las parejas registradas. La justificación de la aplicación de la ley del Estado de celebración es doble. En primer lugar, de acuerdo con la finalidad del propio TCE, el disfrute de la libertad comunitaria ha de obtener una respuesta unitaria, con independencia del ordenamiento nacional que la encause; esta finalidad debiera evitar las divergencias que al respecto mantienen las leyes nacionales en la materia. Por otro lado, pero en íntima conexión, es preciso evitar que, dentro del propio espacio comunitario, se produzcan alteraciones en el estatuto personal del ciudadano, lo cual, nuevamente, redundaría en perjuicio de la respuesta unitaria de soluciones deseable⁸³⁹. A lo largo de la investigación se defiende que, si se pretende “facilitar la libre circulación de personas” y crear un “espacio de libertad, seguridad y justicia donde la libre circulación esté garantizada y no existan fronteras interiores”, es preciso que la validez de la institución la determine la *lex loci celebrationis*. Es el principio de unidad del estado civil el que tiene que presidir todo el tratamiento de la materia. No puede depender del ángulo desde el cuál se analice que una persona esté casada o registrada⁸⁴⁰, sobre todo teniendo en cuenta que la

⁸³⁹ E. Artuch Iriberry, “La libertad individual y las parejas ante el Derecho...”, *loc. cit.*, p. 60.

⁸⁴⁰ De esta misma opinión es el Grupo europeo de DIPr. En su reunión celebrada en Roma del 15-17 de septiembre de 2000, el Grupo partía en su propuesta de admitir el reconocimiento de las parejas registradas en los Estados miembros. En concreto, afirmaba que la pareja registrada válidamente constituida en un Estado miembro

necesidad de garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio se siente cada vez con mayor intensidad en el ámbito comunitario⁸⁴¹.

El desplazamiento de la pareja que ha registrado su unión, sean cónyuges o no, no debería suponer un cambio en el estatus ya adquirido. Circular libremente significa circular sin obstáculos jurídicos⁸⁴². La libre circulación de personas será asegurada de una manera más eficaz si el ciudadano comunitario que se desplaza de un Estado miembro a otro importa con él su situación familiar⁸⁴³. Esa unión tiene valor jurídico para el Estado donde ha sido creada. El Estado de acogida no tiene por qué formalizar por segunda vez la unión de pareja. Si ese vínculo es válido en el Estado de celebración, debería serlo también en el de acogida. La intervención de una autoridad permite la identificación del ordenamiento en el que nace la unión, correspondiendo al resto de los ordenamientos únicamente reconocer o no la institución ya constituida⁸⁴⁴.

habría de ser considerada como tal en cualquier otro Estado. El Grupo, no obstante, contemplaba la posibilidad de que un Estado contratante se negara a reconocer la validez de la relación, si ésta fuera manifiestamente incompatible con su orden público.

⁸⁴¹ N. Marchal Escalona, “El espacio judicial europeo: ¿un espacio de indefensión?”, *Evolución y tendencias del Derecho europeo*, RFD. Universidad de Granada, núm. 9, 2006, pp. 209-243, p. 210.

⁸⁴² A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa, “Matrimonio entre personas del mismo...”, *loc. cit.*, p. 8.

⁸⁴³ E. Jayme, “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face...”, *loc. cit.*, p. 24.

⁸⁴⁴ R. Arenas García, “Problemas derivados de la reagrupación...”, *loc. cit.*, p. 293. De esta misma opinión, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 65.

Desde la perspectiva del DIPr ha de procurarse que dicha situación jurídica tenga continuidad en el espacio⁸⁴⁵. Es cierto que, en algunos Estados, el reconocimiento de la unión se enfrentará a la excepción de orden público, pero, como ya pusimos de manifiesto, la aplicación de esta excepción en el contexto de la libre circulación de personas debe superar un test de compatibilidad comunitaria, de forma que no cabría su aplicación si la medida fuera discriminatoria, no estuviera justificada por razones de interés general, y no fuera eficaz o proporcional⁸⁴⁶. No puede defenderse que la legislación de un Estado miembro con arreglo a la cuál nació una situación jurídica pueda no ser aplicada en otro Estado miembro por estimarse contraria a los principios básicos de dicho Estado, pues, en tal caso, el orden público internacional

⁸⁴⁵ Hay autores que consideran que la verdadera finalidad del DIPr estriba en “la coordinación de los sistemas de Derecho interno materialmente divergentes para las relaciones transnacionales entre personas individuales y jurídicas” (K. Kreuzer, “La propriété mobilière en droit international privé”, *Rec. des. C.*, t. 259, 1996, p. 297). Para J. Basedow “asegurar la continuidad es la forma específica de seguridad jurídica en DIPr” (“Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: Le domaine d’application des lois contre les restrictions de la concurrence”, *Rec. des C.*, t. 264, 1997, pp. 9-177, p. 171). De todas formas, asignar al DIPr una función de garantía de la continuidad de las relaciones jurídicas no es un objetivo nuevo. Ya en 1929, H. Lewald caracterizó la armonía internacional como “la aspiración de que una relación jurídica que contiene un elemento extranjero sea sometida a la misma legislación cualquiera que sea el país donde se desarrolla el proceso”, (*cf.* “La théorie du renvoi”, *Rec. des. C.*, t. 29, 1929, p. 521). Con distintas formulaciones este objetivo ha sido central en planteamientos doctrinales posteriores. *Vid.* una síntesis de esta doctrina en M. Guzmán Zapater, “Sobre la función del Derecho internacional privado y técnicas de reglamentación”, *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor J. D. González Campos*, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1619-1643, pp. 1626-1627. En general, sobre la función del DIPr véase, S. Álvarez González, “Objeto del DIPr y especialización normativa”, *ADC*, 1993, pp. 1109-1151; J. L. Iglesias Buhigues, “Reflexiones entorno al objeto y función del Derecho internacional privado”, *REDI*, 1983, pp. 29-42; E. Díez, “De las funciones del Derecho: organización y cambio social”, *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, vol. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5444-5445.

⁸⁴⁶ Ya se apuntó cómo en el ámbito de la reagrupación familiar sería bastante complicado, por lo menos por lo que respecta a los matrimonios homosexuales, oponer la excepción de orden público. Es difícil que la aplicación de la excepción superase el test de compatibilidad comunitaria (*vid. supra*, pp. 259-272).

perjudicaría un derecho fundamental de los ciudadanos europeos: la libre circulación intracomunitaria⁸⁴⁷.

Las situaciones claudicantes se producirán cuando las parejas a las que se les ha permitido la entrada en el territorio de un Estado miembro pretendan hacer valer determinados efectos de su unión en el Estado miembro de acogida. El reconocimiento de la validez de una determinada unión no soluciona todos los problemas con los que ésta puede encontrarse. Los efectos que pueda desplegar esa unión en el Estado miembro de acogida se insertan en el ámbito del DIPr. En este marco el juego de las conexiones puede resultar fundamental para la libre circulación de personas, como se ejemplificará con el estudio de la obligación de alimentos, los derechos sucesorios y el régimen económico matrimonial. La pretensión de este análisis es poner de relieve la confluencia de las dos lógicas existentes en esta materia, la lógica del Derecho privado y la de la integración⁸⁴⁸. El imperio de la ley personal en materia de Derecho de familia dificulta la continuidad de las relaciones en el espacio, sobre todo, si se trata de instituciones que son desconocidas en la mayoría de los Estados miembros. En un marco integrado como la UE quizás sea necesario sacrificar la conexión nacionalidad por otras más acordes con la libre circulación de personas.

⁸⁴⁷ A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa, “Matrimonio entre personas del mismo...”, *loc. cit.*, p. 8. De esta misma opinión, J. M. Martín Serrano, “Los matrimonios homosexuales: una aproximación desde el Derecho internacional...”, *loc. cit.*, p. 298.

⁸⁴⁸ Para un análisis de estas dos lógicas *vid.* M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, “Estado de origen *vs.* Estado de destino: las diferentes lógicas del Derecho internacional privado”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1787-1815.

a) Alimentos

En materia de obligaciones alimenticias el panorama normativo es amplio⁸⁴⁹. Existe una norma comunitaria que regula la competencia judicial internacional y el reconocimiento de las decisiones alimenticias, el Reglamento 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁸⁵⁰. Ni

⁸⁴⁹ No sólo comprende instrumentos específicos, sino también Convenios generales que se aplican igualmente a las obligaciones alimenticias. El panorama normativo está conformado por cuatro Convenios elaborados por la Conferencia de la Haya de DIPr, dos concernientes a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (Convenio de 24 de octubre de 1956 y Convenio de 2 de octubre de 1973), y otros dos relativos al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en la materia (Convenio de 15 de abril de 1958 y Convenio de 2 de octubre de 1973). Y además, un quinto instrumento de Naciones Unidas (Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre el cobro de alimentos en el extranjero). A estos hay que agregar en el ámbito regional europeo el Reglamento 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, DOCE de 30 de junio de 2000, y el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 entre los Estados miembros de las Comunidades europeas y los Estados miembros de la Asociación europea del libre cambio sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil. Finalmente, en el ámbito regional interamericano, la Convención Interamericana de Montevideo de 15 de julio de 1989 sobre obligaciones alimenticias.

⁸⁵⁰ El Reglamento 44/2001 regula cuestiones estrechamente vinculadas a la crisis matrimonial, al persistir el Reglamento 2201/2003 en la “dispersión jurisdiccional del pleito”, ya denunciada en relación al Reglamento 1347/2000. Ante la inexistencia de una normativa unitaria y coherente surgen los problemas de no coincidencia, en su caso, de foros de competencia judicial, o la necesidad de solicitar el reconocimiento de la decisión judicial basándose en fundamentos de Derecho diferentes. *Vid.* en este sentido, J. Carrascosa González, “Crisis matrimoniales internacionales y la dispersión del pleito”, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 213-128, p. 216. La obligación de alimentos, el régimen económico y el uso y disfrute de la vivienda, además de lo referente a las causas matrimoniales, no se incluyen desde el inicio, es decir, desde el convenio de 1998, en el ámbito material del convenio. La profesora H. Gaudemet reflexiona sobre la idoneidad de elaborar un texto que regulase los conflictos de jurisdicciones para todas las cuestiones que dependen del derecho de personas y familia, incluido el régimen matrimonial primario, reglas que existen en numerosos Estados, que regulan de forma obligatoria a las parejas casadas y plantean difíciles problemas de calificación respecto a los conflictos de leyes. Opina que ir dando pequeños pasos desde el punto de vista jurídico es desastroso. Si los conjuntos jurídicos se fraccionan pierden su coherencia (H. Gaudemet-Tallon, “De l’utilité d’une unification du droit international privé de la

en materia de sucesiones ni en materia de régimen económico matrimonial existe actualmente ninguna norma comunitaria al respecto, aunque si se han elaborado sendos Libros Verdes⁸⁵¹.

El Reglamento 44/2001 es aplicable en todos los Estados miembros, incluido Dinamarca⁸⁵². El problema radica, una vez más, en la inexistencia de un concepto de cónyuge en este instrumento comunitario. ¿Será posible incluir las obligaciones alimenticias que algunos ordenamientos europeos establecen entre los miembros de una pareja registrada o matrimonio homosexual en el concepto autónomo de alimentos del Reglamento 44/2001? Es necesario partir de la premisa de que la reclamación de alimentos va más allá de la relación conyugal.

En este sentido cabe citar la jurisprudencia del TJCE, que ha proporcionado determinadas pautas en relación con esta cuestión. El tribunal de Luxemburgo adoptó ya una acepción amplia del concepto de obligaciones alimenticias en relación con la aplicación del Convenio de Bruselas de 28 de septiembre de 1968. Lo hizo incluyendo instituciones que no tienen un claro fundamento alimenticio, sino más bien

famille dans l'Union européenne?”, *Estudos em homenagem à Isabel de Magalhaes Colaço*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 159-187, pp. 171-172).

⁸⁵¹ Libro Verde sobre sucesiones y testamentos, COM (2005) 65; Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo, COM (2006) 400.

⁸⁵² *Vid.* la Decisión del Consejo de 27 de abril de 2006 relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (2006/325/CE) (DOCE L, de 5 de mayo de 2006). La Comisión ha negociado un Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca por el que se extienden a Dinamarca las disposiciones del Reglamento 44/2001. Dicho Acuerdo se firmó, en nombre de la Comunidad Europea, el 19 de octubre de 2005 (DOCE L 299 de 16 de noviembre de 2005).

indemnizatorio⁸⁵³, asimilando la prestación compensatoria del Derecho francés tras un divorcio a una obligación de alimentos⁸⁵⁴, o considerando que “una resolución, dictada en el contexto de un proceso de divorcio, por la que se ordena el pago de una cantidad global, así como la transmisión de la propiedad de determinados bienes de uno de los esposos a favor de su ex cónyuge, hace referencia a obligaciones alimentarias”⁸⁵⁵. Esta interpretación amplia ha supuesto la inclusión de algunas instituciones relevantes en los supuestos de crisis matrimoniales, porque si bien, como ya se ha apuntado, no existe un concepto autónomo de cónyuge en el Reglamento 44/2001, sí hay un concepto autónomo de prestaciones alimenticias. El TJCE ha afirmado que comprende las prestaciones dedicadas a satisfacer las necesidades de un individuo, cuya obligatoriedad derive de una relación de familia⁸⁵⁶. La posibilidad de que las obligaciones de alimentos, que algunos ordenamientos jurídicos europeos establecen entre los miembros de una pareja registrada o de un matrimonio homosexual, lleguen a incluirse en el concepto autónomo de alimentos que utiliza el Reglamento depende, esencialmente, como para

⁸⁵³ Vid. S. Álvarez González, “De nuevo sobre la obligación alimenticia en el Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968. Comentario a las sentencias del TJCE de 27 de febrero y 20 de marzo de 1997”, *La Ley*, 1997-3, pp. 1770-1773; S. Bariatti, “Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni”, *Riv. dir. in. pr. proc.*, núm. 2, abril-junio 2006, pp. 361-377, p. 375.

⁸⁵⁴ STJCE de 6 de marzo de 1980, as. 120/79, *De Cavel II*. Entre la profusa bibliografía que analiza este pronunciamiento vid. G. Droz, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1980, pp. 621-629; S. Álvarez González, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996, en esp. 41-47; A. Huet, *Journ. dr. int.*, 1980, pp. 442-448; R. Haussmann, *IPRax*, 1981, pp. 5-7.

⁸⁵⁵ STJCE de 27 de febrero de 1997, as. C-220/95, *Boogaard /Laumen*.

⁸⁵⁶ Sobre la amplia interpretación que ha realizado el TJCE del concepto de alimentos vid. entre otros, M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil...*, op. cit., pp. 173-174.

todos los demás supuestos, de que se pueda calificar dicha obligación de familiar. La aplicación de este instrumento jurídico dependerá del Estado miembro donde se desplace la pareja. Uno de los objetivos principales del Reglamento 44/2001 es, tal como declara su Exposición de Motivos, que “las reglas de competencia judicial presenten un alto grado de previsibilidad”. El objetivo se difumina si las partes han de estar a expensas de que cada Estado miembro decida si las obligaciones alimenticias reclamadas por la pareja pueden ser calificadas de “obligaciones familiares”, máxime considerando que puede tratarse de un matrimonio entre personas del mismo sexo, o una pareja registrada que, cuando constituyeron su unión, confiaban en el amparo de la legislación del Estado de celebración.

Si lo que se pretende es el reconocimiento de una decisión favorable a la obtención de alimentos por uno de los miembros de la pareja registrada, el escollo que tendrán que salvar será el orden público. No obstante, la posibilidad de que se oponga la excepción de orden público en el contexto del Reglamento 44/2001 debe ser considerada escasa. En primer lugar, porque son muchos los Estados de la Unión que conocen la institución, y, en segundo término, porque en el procedimiento de reconocimiento no cabe, por un lado, revisar la resolución en cuanto al fondo (art. 36) y, por otro, se ha suprimido el control de ley aplicada como causa de denegación del reconocimiento que figuraba en el art. 27.4 del Convenio de Bruselas de 28 de septiembre de 1968. Además, el reconocimiento de una decisión extranjera en materia de alimentos no implica el reconocimiento de la unión de la que esta se deriva y, al igual que ocurre en el caso del matrimonio poligámico, la

negativa a reconocer la validez de la unión no tiene porqué implicar que ésta no pueda producir efectos en otros ámbitos⁸⁵⁷.

La falta de un concepto autónomo de cónyuge en el marco de las obligaciones alimenticias podía haber sido salvada en la Propuesta de Reglamento que se ha elaborado para regular de forma independiente la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos⁸⁵⁸. Dicha Propuesta establece que se aplicará este instrumento jurídico “a las obligaciones de alimentos derivadas de las relaciones familiares o de relaciones que, en virtud de la ley que les sea aplicable, produzcan efectos similares” (art. 1). La Propuesta no define qué relaciones familiares generan obligación de alimentos, simplemente remite a la legislación interna de cada Estado miembro, que será la que determine este extremo⁸⁵⁹. Una vez más resulta imposible al legislador comunitario imponer a los Estados miembros el tipo de parejas a las que les será de aplicación este futuro Reglamento⁸⁶⁰.

⁸⁵⁷ C. González Beilfuss, *Parejas de hecho...*, *loc. cit.*, p. 176.

⁸⁵⁸ DOCE de 15 de diciembre de 2005, COM (2005) 649 final.

⁸⁵⁹ El libro verde de la Comisión sobre las obligaciones alimentarias de 15 de abril de 2004 (COM 2004, 254 final, no publicado en el DOCE) anterior a la propuesta de Reglamento, al plantear en el punto 4.3 las personas a las cuales los futuros instrumentos deberán aplicarse, afirma que el examen de las normas de Derecho interno de los distintos Estados miembros evidencia que la naturaleza de los vínculos susceptibles de crear obligaciones alimentarias entre dos personas difiere, puesto que pueden estar afectados solamente los padres y sus hijos, o los cónyuges y excónyuges, pero, a veces, también un círculo familiar más amplio, las parejas registradas, o, incluso, las parejas de hecho.

⁸⁶⁰ De la misma opinión, S. Bariatti (“Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale...”, *loc. cit.*, p. 376) que considera que debería existir una noción autónoma de obligación alimenticia en este instrumento comunitario.

No hay ningún instrumento jurídico comunitario que regule el derecho aplicable a los alimentos, pero sí existe un instrumento convencional de vital trascendencia: el Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias⁸⁶¹. Sin reiterar en este momento lo que hoy ya es lugar común en nuestra doctrina⁸⁶², sí creemos de interés analizar someramente su ámbito de aplicación personal. Su art. 1 dispone que “será de aplicación a obligaciones alimenticias que se deriven de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad”. A pesar de esta literalidad ya hay Estados que son favorables a la extensión del Convenio⁸⁶³. *Ad*

⁸⁶¹ Aunque no sería el instrumento jurídico que utilizarían todos los Estados miembros para determinar la ley aplicable, habida cuenta de que sólo son Estados parte Alemania, España, Estonia, Francia, Grecia, Italia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia y Portugal. Es necesario poner de relieve, además, que la Conferencia de la Haya está elaborando otro Convenio sobre obligaciones alimenticias. *Vid.* sobre los trabajos preparatorios, A. Pérez Beviá y S. García Cano, “Hacia un nuevo instrumento internacional en materia de alimentos”, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 629-655; R. Viñas Farré, “Convenios multilaterales sobre obligación de alimentos: necesidad de una reforma”, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 845-854.

⁸⁶² *Vid.* sobre el Convenio de la Haya de 1973 S. Álvarez González, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias...*, *op. cit.*, en esp. pp. 137-231; P. Domínguez Lozano, “La determinación de la ley aplicable a las obligaciones de alimentos en el DIPr”, *REDI*, 1989, pp. 433-485; *id.* “Comentario al art. 9.7...”, *loc. cit.*, pp. 296-350; F. Herzfelder, *Les obligations alimentaires en droit international privé. Les deux Conventions de La Haye du 2 octobre 1973*, París, 1985; P. De Cesari, “Le nuove convenzioni dell’Aja in materia di obbligazioni alimentari”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1983, pp. 42-68; J. C. Fernández Rozas, “Las obligaciones alimenticias en el DIPr español”, *REDI*, 1985, pp. 67-108; C. Biscaretti di Ruffia, *Le obbligazioni alimentari nel diritto internazionale privato convenzionale*, Padua, Cedam, 1989. Este Convenio podría ser sustituido por otro que se encuentra en fase de elaboración (*vid.* al respecto, A. Borrás Rodríguez y C. González Beilfuss, “Conferencia de la Haya de DIPr: Comisión especial sobre el cobro de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención con respecto a la familia”, *REDI*, núm. LV, 2003, pp. 582-585; A. Borrás Rodríguez y M. C. Parra Rodríguez, “La tercera reunión de la Comisión especial sobre cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia”, *REDI*, núm. LVII, 2005, pp. 520-525).

⁸⁶³ Entre los autores que defienden la aplicabilidad del Convenio a las obligaciones alimenticias surgidas por imperio de la ley, tanto en los matrimonios homosexuales

exemplum, en los Países Bajos la aplicabilidad del Convenio a los matrimonios homosexuales y a las parejas registradas es incontrovertible, y así ha sido defendida por la *Staatscommissie* holandesa en sus dictámenes de 1998 y 2001⁸⁶⁴. También el legislador suizo propone la aplicación de dicho Convenio a las obligaciones alimenticias entre los miembros de una pareja registrada homosexual⁸⁶⁵. En consecuencia, igual que sucede con el Reglamento 44/2001, no se define qué ha de entenderse por “relaciones familiares”, ni tampoco si en su ámbito de aplicación se incluyen los matrimonios entre personas del mismo sexo y las parejas registradas. Cada Estado decide, con lo que las restricciones a la libre circulación de personas son obvias. El desplazamiento puede producir un cambio en el estatus de esa pareja.

Será cada Estado, en consecuencia, el que decida si se aplica o no analógicamente el art. 8 del Convenio a los matrimonios homosexuales y las parejas registradas. En estos supuestos las obligaciones de alimentos entre los miembros de la pareja se regirán por la ley rectora de la disolución de la unión. No obstante, esta conexión no aporta una solución unitaria para todos los Estados miembros, habida cuenta que no existe aún ningún instrumento comunitario que regule la ley aplicable a la separación, nulidad y divorcio⁸⁶⁶.

como en las parejas registradas *vid.* R. Haussmann, “Überlegungen zum Kollisionsrecht registrierter Partnerschaften”, *Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 2000, pp. 241-265; M. Andrae, *Internationales Familienrecht*, Baden Baden, 1999, p. 393. En contra, J. Kren Kostkiewicz, “Registrierte Partnerschaften gleichgeschlechtlicher Personen aus der Sicht des IPR...”, *loc. cit.*, p. 105.

⁸⁶⁴ *Vid.* H. U. Jessurun d’Oliveira, “Registered Partnerships...”, *loc. cit.*, p. 330.

⁸⁶⁵ D. Girsberger y L. Dórese, “Registrierte Partnerschaften—swizerisches IPR *de lege ferenda*”, *Rev. suisse DIDE*, 2001, pp. 73-94, p. 91.

⁸⁶⁶ Aunque el diecisiete de julio del año 2006 la Comisión presentó una Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento 2201/2003 por lo que

En España, como se analizará *infra*, para la separación judicial y el divorcio de los matrimonios homosexuales es de aplicación el art. 107 Cc⁸⁶⁷. La primera conexión prevista es la ley nacional común de los cónyuges. Esta conexión puede originar serias restricciones a la libre circulación de personas. En efecto, piénsese en una pareja de nacionalidad italiana que contrae matrimonio en España⁸⁶⁸. La aplicación analógica del art. 8 del Convenio de la Haya llevaría a la aplicación de la ley nacional común, en este caso la italiana, en la que no existe una regulación de los matrimonios del mismo sexo. Si las partes no ostentaran la misma nacionalidad sería de aplicación la ley de la residencia habitual común en el momento de la interposición de la demanda. Esta conexión puede resultar también poco idónea en determinadas situaciones. Por ejemplo, si la pareja de italianos que contrajo matrimonio en España reside en Austria. Desde el punto de vista de la lógica de la integración ninguna de estas conexiones resulta razonable. Por este motivo, la propuesta que se realiza es la introducción de la ley del Estado en que se constituyó la unión como conexión de cierre. Esta conexión no sólo evitaría la discontinuidad de la relación constituida, sino que facilitaría la libre circulación de personas y la seguridad jurídica. Las expectativas de las partes no se verían defraudadas por el desplazamiento intracomunitario. Es cierto que esta ley puede corresponder a un supuesto que no presente ninguna vinculación sustancial, pues el lugar de celebración del matrimonio puede ser accidental, o coyuntural. No obstante, es un punto

se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, COM (2006) 399 final de 17 de julio de 2006. *Vid. infra*, pp. 434-447.

⁸⁶⁷ *Vid.* pp. 438-441.

⁸⁶⁸ Situación factible por cuanto no es necesario ostentar la nacionalidad española para contraer matrimonio en este país. Véase el análisis realizado *supra*, pp. 259-272.

de conexión que concreta con seguridad la ley aplicable y además casa a la perfección con la lógica de la integración.

Si la obligación de alimentos la solicita una pareja registrada los problemas se multiplican. En España, en el ámbito estatal, no existe una regulación de estas parejas, con lo que tampoco hay una norma que determine cuál es la ley que rige en caso de disolución. El análisis que se realizará *infra* seguramente arroje un poco de luz sobre la cuestión⁸⁶⁹. En este momento lo que interesa destacar es que pueden resultar de aplicación leyes en las que la institución resulte desconocida. Debería arbitrarse en este supuesto también como conexión de cierre la ley del Estado donde se constituyó la unión.

b) Régimen económico matrimonial

La ley aplicable al régimen económico matrimonial viene determinada en nuestro ordenamiento jurídico por los arts. 9.2 y 9.3 Cc. La cuestión calificatoria es clave también en este supuesto. El matrimonio entre personas del mismo sexo, como se ha señalado repetidamente en el transcurso de este trabajo de investigación, se equipara en todo al matrimonio heterosexual desde la promulgación de la Ley 13/2005 de 1 de julio que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. En consecuencia, estos preceptos serán de aplicación en igualdad de condiciones con el matrimonio heterosexual. El problema surge, una vez más, con las parejas registradas. La profusa actividad legislativa de las Comunidades Autónomas en este ámbito genera una gran cantidad de disfunciones. De todas formas, las soluciones a los

⁸⁶⁹ *Vid.* pp. 442-447.

problemas que pueda generar el tráfico jurídico internacional son competencia del legislador estatal⁸⁷⁰. Como éste no ha regulado la cuestión será necesaria la aplicación analógica de la normativa sobre régimen económico del matrimonio, o bien la creación de una norma de conflicto especial⁸⁷¹.

Es imprescindible poner de relieve, no obstante, que la aplicación de los arts. 9.2 y 9.3 Cc al matrimonio entre personas del mismo sexo, y analógicamente a las parejas registradas, puede producir el efecto de que resulten designados ordenamientos que no conozcan la institución⁸⁷². El primer punto de conexión que establece el art. 9.2 Cc es la nacionalidad común de las partes en el momento de constitución. Esta conexión puede comportar costes enormes para los cónyuges, ya que es irrelevante que el Estado del que son nacionales sea el país más estrechamente vinculado. Además, es una solución que no permite a las partes la integración en el Estado en el que tienen su residencia habitual. Y, por añadidura, es una conexión “peligrosa” por cuanto puede desconocer la institución que han constituido las partes.

Si los cónyuges no ostentan nacionalidad común el art. 9.2 Cc les permite, dentro de ciertos parámetros, la elección de ley. Esta autonomía de la voluntad “controlada” puede resultar muy eficiente porque abre a las

⁸⁷⁰ Así lo establece el art. 149.1.8 de la Constitución española. Véase a este respecto, M. P. García Rubio, “Parejas de hecho y lealtad...”, *loc. cit.*, pp. 35-65.

⁸⁷¹ El Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo, COM (2006) 400, incluye las “cuestiones que afectan tanto al ámbito de los regímenes matrimoniales como al de los efectos patrimoniales de otras formas de uniones existentes”. El fundamento de esta inclusión es que el espacio de justicia debe responder a las necesidades concretas de los ciudadanos.

⁸⁷² C. González Beilfuss, *Parejas de hecho y matrimonios...*, *op. cit.*, p. 168.

partes un amplio abanico de posibilidades: ley personal de cualquiera de los cónyuges en el momento de contraer matrimonio; ley de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges en el momento de contraer matrimonio. En realidad lo que se está exigiendo es que la ley elegida presente un contacto concreto con la situación. La elección de las partes es una conexión más en línea con la libre circulación de personas, porque puede facilitar la movilidad de la unión, habida cuenta de que es mucho más probable que de entre estas leyes exista alguna que conozca la institución. Si los cónyuges no ostentan nacionalidad común o no han elegido ley reguladora de los efectos del matrimonio, éstos se rigen por la ley del país de residencia habitual común de los cónyuges, inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. Este punto de conexión trata de evitar problemas de conflicto móvil y reforzar la seguridad jurídica, y está más en consonancia con la lógica de la integración, porque es probable que coincida con el lugar de celebración. Si no es así sería necesario, una vez más, incluir como conexión de cierre la ley del Estado de celebración. Si la ley retenida por el primer criterio de localización no conduce al resultado material confiado, se toma en consideración la ley subsidiariamente aplicable. El modo en que se determina la ley aplicable depende, no sólo de las conexiones retenidas— nacionalidad común, residencia habitual—, sino también del contenido material de las leyes a las que conducen tales puntos de conexión⁸⁷³.

⁸⁷³ *Vid. infra*, pp. 497-503.

c) Sucesiones

Los regímenes económicos matrimoniales y los sucesorios se encuentran íntimamente relacionados entre sí. A un régimen económico de comunidad de bienes le corresponde un régimen sucesorio en el que se reconocen al cónyuge viudo reducidos derechos hereditarios. Por el contrario, si el régimen económico matrimonial es el de la separación de bienes, al cónyuge supérstite le corresponderán derechos hereditarios de mayor entidad. Los problemas surgen cuando la pareja se desplaza, ya que es imprescindible que se respete la correlación entre el régimen económico matrimonial y el sucesorio. Las dificultades a que se enfrenta una pareja en la sucesión transnacional obedecen principalmente a la disparidad de normas de conflicto de leyes que regulan la materia en los Estados miembros, porque como ya se ha apuntado, no existe aún una norma comunitaria que regule la cuestión⁸⁷⁴.

En el ordenamiento jurídico español el art. 9.8 *in fine* del Cc aporta una respuesta al problema de la adaptación de estos dos regímenes: “los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio”. La cuestión calificatoria es esencial para determinar la aplicación de este precepto. ¿Se considera a las parejas registradas incluidas dentro del concepto de cónyuge que establece el art. 9.8 *in fine* Cc? Si no es así, la sucesión de una unión no matrimonial se regirá en nuestro ordenamiento jurídico por la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento. El recurso a la ley nacional puede provocar el mismo problema apuntado en los epígrafes anteriores: desconocimiento de la institución en el Estado

⁸⁷⁴ Aunque sí un Libro Verde sobre sucesiones y testamentos, COM (2005) 65, en el que se afirma que “resulta indispensable la aprobación de normas armonizadas a nivel europeo”.

del que es nacional el causante con la consiguiente merma de derechos para la pareja. Debería, por consiguiente, aplicarse el art. 9.8 *in fine* por analogía. Esta aplicación analógica, no obstante, soluciona sólo el problema de la asimetría entre el régimen económico matrimonial y el sucesorio pero no las dificultades con las que puede encontrarse la pareja si resulta de aplicación una ley que no conoce la institución. Las expectativas de las partes constituyen un parámetro que es necesario tener en cuenta en el contexto de un mercado único que garantiza a las personas la libre circulación. Los conflictos que se suscitan en relación al régimen económico matrimonial se reproducen al aplicar el último inciso del art. 9.8 Cc. Es necesario, en consecuencia, trasladar todo lo expuesto en el epígrafe anterior sobre el sistema de conexiones que resultaría más adecuado para coadyuvar al establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que la libre circulación esté garantizada.

d) Consecuencias de la reglamentación actual para la libre circulación de personas

La mutabilidad del estatuto personal que se produce por el desplazamiento de la pareja supone un serio obstáculo para la verdadera libertad de opción del ciudadano comunitario⁸⁷⁵. El principio de libertad de circulación del estatus familiar debe de ser el corolario de la libre circulación de personas. Es necesario asegurar a la familia un estatuto jurídico único y coherente⁸⁷⁶. El intento de convertir a la UE en un espacio de libertad, seguridad y justicia está provocando que el efecto

⁸⁷⁵ Asunto 370/90, STJCE de 7 de julio de 1992, *Surinder Singh*, relativo al efecto disuasorio causado por la política de reagrupación familiar sobre el trabajador que pretende desplazarse. *Vid.* un análisis de este pronunciamiento *supra*, pp. 172-183.

⁸⁷⁶ J. Murphy, “The Recognition of Same-Sex Families in Britain: the Role of Private...”, *loc. cit.*, p. 191.

integrador de la libre circulación de personas adquiriera hoy más importancia que los valores tradicionales de estabilidad y continuidad de la familia, hasta el punto de que el estado de las personas es tratado por las reglas comunitarias como si en realidad fueran mercancías⁸⁷⁷. La principal dificultad que plantea la falta de continuidad jurídica en el espacio en el Derecho de familia es que puede producir un cambio de estatus o una pérdida de derechos⁸⁷⁸.

La falta de continuidad de estas situaciones en el espacio genera una gran inseguridad jurídica y genera enormes costes para los ciudadanos. Una persona puede registrar uniones en distintos Estados miembros con distintas personas amparándose en el no-reconocimiento de las uniones extranjeras. Un nacional italiano puede estar válidamente casado en España con un hombre y, si ese matrimonio “no existe” para Italia, estar casado allí con una mujer. Es verdad que estas paradojas son hasta cierto punto normales en DIPr debido a la existencia de Estados soberanos e independientes⁸⁷⁹. Sin embargo, no hay que olvidar que estos Estados están integrados en una organización supranacional en la que la libre circulación de personas es uno de sus principios fundamentales.

⁸⁷⁷ E. Jayme, “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, *Rec. des C.*, t. 282, 2000, pp. 19 –39, p. 25; *id.* “Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus”, *IPRax*, 2000, pp. 165-171, p. 168; C. Kholer, “Libre circulation du divorce? Observations sur le Règlement communautaire concernant les procédures en matière...”, *loc. cit.*, p. 241.

⁸⁷⁸ N. Dethloff, “Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe”, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Oxford-Nueva York, Intersentia, 2003, pp. 37-64, p. 57.

⁸⁷⁹ A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa, “Matrimonio entre personas del mismo...”, *loc. cit.*, p. 10.

La determinación de la validez de estas uniones debería realizarse a través de la *lex loci celebrationis*. No obstante, todavía quedaría salvar el escollo del orden público. La intervención del orden público será distinta según que el Estado de acogida haya legislado en la materia y según cuál sea el contenido de su legislación. Se puede realizar, por tanto, una distinción entre aquellos Estados que conocen la institución y los que, por el contrario, no la han introducido en sus ordenamientos jurídicos. En los primeros no existiría, en principio, dificultad en determinar la validez de la unión a través de la *lex loci celebrationis*. La mayoría de los ordenamientos jurídicos estudiados aplican esta ley para proceder a la constitución de la unión. Estamos de acuerdo con la opinión doctrinal que afirma que en el momento del reconocimiento se podría partir de la bilateralización de estas reglas⁸⁸⁰. Por consiguiente, debería procederse al reconocimiento de las uniones constituidas conforme a la ley del Estado del registro.

La situación será diferente en los Estados que no conozcan la institución (bien sea el matrimonio entre personas del mismo sexo, o la pareja registrada), porque aquí ya no existirán reglas capaces de ser bilateralizadas. En estos casos el límite del orden público internacional se utilizará en mayor medida. Su puesta en funcionamiento requiere verificar si el reconocimiento de la eficacia invocada es inadmisibile para el foro y la vinculación de la relación jurídica con éste (*Inlandsbeziehung*)⁸⁸¹.

⁸⁸⁰ C. González Beilfuss, *Parejas de hecho y matrimonios...*, *op. cit.*, p. 120.

⁸⁸¹ A. Röthel, “Gleichgeschlechtliche Ehen und ordre public”, *IPRax*, 2002, pp. 496-500, p. 498. Sobre la *Inlandsbeziehung*, aplicada a los matrimonios homosexuales, *vid.* F. Rigaux, “The Law Applicable to Non Traditional...”, *loc. cit.*, pp. 647-656.

B) Parejas de hecho

A diferencia de las parejas registradas, las de hecho no requieren *ab initio* un registro. La formalidad por el transcurso del tiempo suple el acto constitutivo del vínculo⁸⁸². Existen dos posibilidades para que nazca el vínculo jurídico: a) supuestos en que la unión precisa declaración expresa de voluntad de sus integrantes; y b) aquellos casos en los que la unión surge por la mera convivencia. En el primer supuesto, el nacimiento de la unión implica la intervención de una autoridad, lo que podría equipararlo al matrimonio y a las parejas registradas. No obstante, hay que matizar que el papel que juega el Notario o funcionario que otorgue el documento público no es equivalente al del encargado del Registro civil⁸⁸³. Esta es la primera y radical diferencia entre las parejas de hecho y los matrimonios y parejas registradas: existencia de un consentimiento de alcance *erga omnes* de estas últimas, frente a su ausencia en las primeras. En contraste con el matrimonio y las parejas registradas, la relación no implica una unión con efectos jurídicos predeterminados legalmente⁸⁸⁴.

Por este motivo no es posible afirmar que el reconocimiento de la unión de hecho debe hacerse a través de la *lex loci celebrationis*, habida cuenta de que realmente no hay un consentimiento constitutivo del vínculo. En el matrimonio y las parejas registradas es posible identificar el ordenamiento jurídico en el que nace la unión, correspondiendo al resto de los ordenamientos únicamente reconocer o no una institución ya

⁸⁸² N. Comte Guilleminet, “Las parejas no casadas ante...”, *loc. cit.*, p. 304.

⁸⁸³ R. Arenas García, “Problemas derivados de la reagrupación...”, *loc. cit.*, p. 293.

⁸⁸⁴ J. M. Espinar Vicente, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 47; P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 263.

constituida⁸⁸⁵. Sin embargo, en el caso de las uniones de hecho no hay constitución, sino “posesión de estado”.

En este epígrafe se están analizando las restricciones a la libre circulación de personas que pueden producirse cuando una determinada pareja se desplaza de un Estado miembro a otro. El ideal sería que su situación se mantuviese “estable” a pesar del desplazamiento. Lo que hay que dilucidar es qué legislación resulta aplicable para determinar si ha surgido la unión, teniendo en cuenta que no existe “lugar de celebración”. Para ello es indispensable diferenciar cuatro supuestos: a) que la unión tenga una regulación autónoma en el Estado de origen pero no en el de acogida; b) que la unión tenga autonomía en el Estado de acogida pero no en el de origen; c) que la unión no tenga una regulación autónoma en ninguno de los dos; y, d) que tenga autonomía tanto en el Estado de origen como en el de acogida. En realidad, estos supuestos pueden reconducirse a dos: que la unión se haya consolidado en el Estado de origen o que no lo haya hecho.

Si la unión se ha consolidado en el Estado de origen, lo deseable es que esa situación que se ha generado en un concreto Estado miembro tenga continuidad en el espacio. Hay diferentes opciones para determinar la validez de la pareja de hecho y su reconocimiento en el Estado de acogida, como la aplicación de sus respectivas leyes personales. Pero la solución más coherente con la línea que se defiende a lo largo de esta investigación es la aplicación de la ley de la primera residencia que ha consolidado la convivencia. Es cierto que en estos casos el desplazamiento no produce un cambio de estatus; sencillamente la pareja

⁸⁸⁵ Sobre la utilización en estos supuestos de la técnica conflictual a efectos de reconocimiento véase *infra*, pp. 472-474.

pretenderá que se respete su situación en el Estado de acogida. Los efectos de la unión válidamente consolidada en otro Estado habrían de regirse también por la ley de la primera residencia que ha consolidado la convivencia o por la ley que determinen las partes. Estas conexiones facilitan la libre circulación de personas y preservan la seguridad jurídica.

Si la unión no se ha consolidado en el Estado de origen, habrá que determinar si lo ha hecho en el Estado miembro de acogida o no. En el primer supuesto la unión será válida porque así lo establece el ordenamiento jurídico del país de acogida y los efectos que se deriven de ella se regirán por la ley que establezca la norma a través de la cuál se ha consolidado la situación de hecho. Si la unión no se ha consolidado ni en el Estado de origen ni en el de acogida, el problema está en determinar si cada cuestión que se suscite habrá de ser resuelta por aplicación analógica, no de las normas de DIPr concernientes al matrimonio⁸⁸⁶, sino de las aplicables a la concreta relación jurídica que se pretenda solventar⁸⁸⁷. La solución acaba siendo reconducible a las figuras previstas al efecto por el Derecho⁸⁸⁸. En estos casos, los problemas de DIPr que suscitan las

⁸⁸⁶ Aunque hay alguna jurisprudencia que recurre analógicamente a las normas en materia de matrimonio. En este sentido cabe citar la sentencia de la AP de Navarra de 12 de junio de 2002, o la sentencia de la AP de Girona de 2 de octubre de 2002. *Vid.* un resumen de esta jurisprudencia en J. C. Fernández Rozas y S. A. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 393-394. Un comentario de estas sentencias en A. Font I Segura, “Nota a la SAP Navarra núm. 99/2002, de 12 de junio, y a la SAP Girona núm. 474/2002...”, *loc. cit.*, pp. 47-485.

⁸⁸⁷ S. Sánchez Lorenzo, “Las parejas no casadas ante el Derecho...”, *loc. cit.*, pp. 497-533; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 66.

⁸⁸⁸ P. A. Talavera Fernández, *La unión de hecho y el derecho a...*, *op. cit.*, p. 4. De esta misma opinión, P. Abarca Junco (“La celebración del matrimonio...”, *loc. cit.*, p. 103) que afirma que cada pretensión suscitada o cada efecto jurídico perseguido debería quedar bajo la ley rectora de esa pretensión o efecto”.

parejas de hecho pueden resolverse de forma particular, a tenor de la pretensión jurídica concreta⁸⁸⁹.

La solución más factible es someter la validez y los efectos de los pactos entre convivientes a la ley reguladora de los contratos (Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales)⁸⁹⁰, los derechos sucesorios del conviviente se regirán por la ley rectora de la sucesión (art. 9.8 Cc), la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual, al contrato de arrendamiento, etc⁸⁹¹. Dependerá, por tanto, de la *lex delicti* o de la *lex contractus* que el compañero o compañera del fallecido pueda actuar contra el causante del fallecimiento o subrogarse en la titularidad del contrato de arrendamiento de la vivienda común, por ejemplo⁸⁹². Como ocurre en cualquier otro contrato, habrá que determinar la ley aplicable a tenor del sistema de normas de conflicto del foro⁸⁹³.

⁸⁸⁹ S. Sánchez Lorenzo, “Las parejas no casadas ante el Derecho...”, *loc. cit.*, p. 529. En contra, A. Font I Segura, “Nota a la SAP Navarra núm. 99/2002, de 12 de junio, y a la SAP Girona núm. 474/2002...”, *loc. cit.*, p. 481.

⁸⁹⁰ Favorable a la aplicación del Convenio de Roma a estas uniones, G. Khairallah, “Les paternariats organizes en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité)”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 2000-3, pp. 317-330, p. 323; J. C. Fernández Rozas y S. A. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 488.

⁸⁹¹ Aunque algunos autores se inclinan por considerar las uniones de hecho, desde el punto de vista conflictual, como una categoría única que debe quedar sometida a una única ley u ordenamiento. En este sentido, P-Y. Gautier, “Les couples internationaux de concubins”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, n° 3, 1991, pp. 525-539, p. 528.

⁸⁹² K. Schümann, *Nichteheliche Lebensgemeinschaften und ihre Einordnung im Internationalen...*, *op. cit.*, pp. 81-84.

⁸⁹³ La doctrina civilista española considera que la unión de hecho es simplemente una relación jurídica entre dos personas cuyas consecuencias jurídicas serán tuteladas por el Derecho privado a través de las instituciones que éste posee para tales supuestos: por ejemplo, el enriquecimiento injusto, la *soluti retentio*, las obligaciones naturales, la sociedad civil irregular u otras. *Vid.* entre otros, P. A. Talavera Fernández, *La unión de*

Esta es la postura que adoptó el *Oberster Gerichtshof* de Viena, en su sentencia de 18 de febrero de 1982⁸⁹⁴. El tribunal calificó una unión de hecho entre una nacional austriaca y un polaco, con residencia en Alemania, como contrato de sociedad. Ella reclamaba una compensación de su compañero en concepto de servicios prestados durante la convivencia. El tribunal vienés, para determinar la ley aplicable a la reclamación de la demandante, procede a calificar la unión de hecho dentro de la categoría del Derecho de obligaciones (contrato de sociedad). La ausencia de pacto en estos supuestos lleva a la aplicación de la *lex loci contractus*, en el supuesto, la ley alemana, pues Alemania era el lugar donde las partes habían convivido⁸⁹⁵.

También nuestro TC se ha definido por la falta de analogía entre matrimonio y unión de hecho, aseverando que “al carecer ésta de constitución formal y nacer al margen del Derecho, no crea vínculo alguno de parentesco entre los convivientes que, no obstante, pueden voluntariamente establecer mediante pacto o contrato las pautas destinadas a regir sus relaciones patrimoniales”⁸⁹⁶. El TC ha manifestado que se trata de realidades constitucionalmente diferentes, "siendo posible por ello que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente las consecuencias de la diferente situación de

hecho y el derecho a..., *op. cit.*, p. 42; B. Carrillo Carrillo, “Ley aplicable a las parejas de hecho en Derecho internacional privado español”, *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 385-451, p. 407.

⁸⁹⁴ El texto de la sentencia puede verse en *FamRZ*, 1982, pp. 1010-1011.

⁸⁹⁵ Un comentario de este pronunciamiento en I. Lázaro González, *Las uniones de hecho en el Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 276.

⁸⁹⁶ STC 66/1994, de 28 de febrero de 1994 (BOE de 24 de marzo de 1994).

partida"⁸⁹⁷. Destacamos la sentencia de 17 de septiembre de 2001⁸⁹⁸ donde el punto de arranque del enjuiciamiento del Tribunal está constituido por la afirmación reiterada en la STC 155/1998, de 13 de julio, de que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes sino realidades jurídicamente distintas, por lo que, en principio, su tratamiento jurídico diferenciado y, correlativamente, la diversa atribución de derechos y obligaciones, no es contraria al derecho fundamental a la igualdad que reconoce el art. 14 CE”. Se califica en ambas sentencias la unión *more uxorio* de hecho jurídico carente de forma *ad solemnitatem* y se afirma que es una unión ajurídica, aunque no antijurídica, pudiendo producir una serie de efectos de muy diversa índole que, aún no pensados para ese supuesto, tienen trascendencia jurídica: relaciones personales, perjuicios patrimoniales, intereses económicos y filiación⁸⁹⁹.

La unión de hecho, en consecuencia, se conceptúa como un hecho generador de efectos jurídicos, con lo que resulta imprescindible determinar con respecto a la legislación de qué Estado es preciso reconocer la unión. Si ésta ha surgido al amparo de un ordenamiento jurídico que le conceda ciertos efectos, éstos habrán de ser respetados en el Estado miembro de acogida. No sólo para preservar la seguridad jurídica, sino también para evitar la discontinuidad de las relaciones en el espacio y, como consecuencia, la restricción a la libre circulación de personas. Si la situación no se ha consolidado en el Estado de origen será

⁸⁹⁷ STC 184/1990, 15 de noviembre (BOE de 3 de diciembre de 1990) y STC 29/1991, 14 de febrero (BOE de 15 de marzo de 1991).

⁸⁹⁸ STC 186/2001 (BOE de 19 de octubre de 2001).

⁸⁹⁹ X. O’Callaghan, *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Madrid, Consejo del poder judicial, 1998, pp. 22-23.

necesario establecer si se ha consolidado o no en el Estado de acogida. La unión de hecho es una realidad afectiva no matrimonial, que puede generar conflictos en las relaciones económicas y patrimoniales de dos personas, a los que, en última instancia, el derecho tiene que aportar una solución.

2. La transposición automática como método para facilitar la libre circulación de personas

A) Método sustitutivo de la armonización de legislaciones

La necesidad de garantizar el régimen de continuidad de las relaciones en el espacio puede conseguirse a través de la aplicación de la *lex loci celebrationis*, solución que se ha defendido en esta investigación. Pero hay otras opciones plausibles para conseguir este objetivo, como la transposición automática. Esta técnica puede ser calificada de método sustitutivo de la armonización de legislaciones que se impone cuando el proceso de armonización de legislaciones no existe o falla por resultar inviable. Por consiguiente, va aparejado al mantenimiento de la diversidad legislativa. Esta técnica puede convertirse en el instrumento fundamental para acabar con el antagonismo interestatal en la medida en que permite asegurar la coexistencia armónica de las diferentes identidades nacionales. La transposición automática descansa en dos ejes fundamentales. El primero es el de equivalencia: las situaciones creadas en el Estado de origen han de ser equivalentes a las propias desde un punto de vista material⁹⁰⁰. El segundo es el orden público. Si la institución que se

⁹⁰⁰ J.C. Fernández Rozas, “El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución europea”, *La Ley*, nº 6097, de 30 de septiembre de 2004; A. Bernel, *Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle en droit communautaire*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1996, pp. 133-138; P. Pescatore, “Synthèse et note

pretende transponer es contraria al orden público del Estado de acogida ésta será inviable.

En este punto es donde surge el debate acerca de si los Estados invocarán el orden público para no reconocer los matrimonios homosexuales o las parejas registradas. Esta cuestión ha sido examinada por mandato de la Comisión por el “EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights”, que ha analizado la situación en 23 países de la UE⁹⁰¹. En concreto, la Comisión pregunta si se reconocerán los matrimonios homosexuales constituidos en un Estado miembro en los demás, y si éstos harán uso de la excepción de orden público. Las opiniones de los expertos nacionales varían entre aquellos que señalan que su sistema nacional reconocería sin problemas los matrimonios homosexuales; aquellos que concluyen que no; y los que opinan que la cuestión es tan novedosa que es imposible predecir la actuación de los tribunales. La legislación alemana, por ejemplo, señala que una pareja registrada en otro Estado no tendrá más efectos que los reconocidos en el Código civil alemán y en la ley de parejas registradas alemana⁹⁰². Lo que implica que un matrimonio de homosexuales no va a ser reconocido

documentaire”, en *L'avenir du libéré change en Europe: vers un espace économique européen?* (O. Jacot-Guillarmod ed.), Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, pp. 475-494, en esp. p. 489; P. Verloren Van Themaat, “The Contributions to the Establishment of the Internal Market by the Case-Law of the Court of Cour of Justice of the European Communities”, *One European Market?* Nomos, Baden-Baden, 1988, p. 119.

⁹⁰¹ EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, “Avis sur la possibilité de la reconnaissance, par chaque Etat member, du mariage homosexuel ouvert aux Pay-Bas et en Belgique et le rôle de l’exception d’ordre public international du droit international privé de chaque Estat membre”, de 30 de junio de 2003, disponible en www.europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/doc/avis/2003_2_fr.pdf.

⁹⁰² Art. 17 b) de *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*.

como “matrimonio” en Alemania, sino que será tratado como una pareja registrada.

La transposición automática evita la duplicidad de cargas⁹⁰³. Si la ley del Estado de origen garantiza una protección esencialmente similar o comparable, la aplicación de la ley del Estado de acogida supondría una duplicación de exigencias innecesaria, superflua y obstaculizadora⁹⁰⁴.

Por lo que respecta a las mercancías y los servicios, es posible presuponer que las legislaciones de los distintos Estados miembros persiguen los mismos objetivos y, por tanto, la aplicación de la transposición automática puede hacerse depender simplemente de que los niveles de protección garantizados por las legislaciones de unos y otros Estados sean equivalentes⁹⁰⁵. En cambio, en materia de Derecho de

⁹⁰³ Vid. A. Breen, *Le principe d'équivalence ou de "reconnaissance mutuelle" en droit communautaire*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1996; M. Gardeñes Santiago, “Aplicabilidad de las leyes de policía laboral y libre prestación de servicios en la Unión Europea”, *La Ley-UE*, núm. 5238, 1 de febrero de 2001, pp. 1-8; A. Mattera, “Les principes de “proportionnalité” et de la “reconnaissance mutuelle” dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services de l'arrêt “Thieffry” aux arrêts “Vlassopoulou”, “Mediawet” et “Dennemeyer””, *Rev. MU. eu.*, 1991, núm. 4, pp. 191-203.

⁹⁰⁴ Supone, por tanto, una inversión de la regla tradicional del *Host Country* por la contraria del *Home Country*, y su explicación última reside en la necesidad de evitar una doble o múltiple regulación de las actividades económicas en el mercado interior y, para ello, confía la principal responsabilidad de regulación y control al Estado de origen de los productos.

⁹⁰⁵ La equivalencia constituye el criterio decisivo para determinar la aceptación de la normativa del país de origen, o para poder imponer la del país de acogida en los casos en que no se cumpla dicha equivalencia. La idea es que si las legislaciones de los distintos Estados miembros persiguen los mismos objetivos, aunque los medios empleados difieran para ello, no sería necesario exigir a los servicios el cumplimiento exacto de la legislación del país de origen, si garantiza un nivel de protección equivalente. El problema que se plantea es qué nivel de protección deberá alcanzar la legislación del Estado de acogida para ser reconocida como equivalente. (N. Marchal Escalona, *El régimen jurídico de las empresas prestadoras de servicios y trabajadores desplazados*, pp. 50-53, inédito).

familia, los objetivos de política legislativa pueden diferir y existen grandes diferencias debidas a razones históricas y culturales⁹⁰⁶. De acuerdo con esta teoría, los integrantes de un matrimonio o pareja registrada válida conforme a las leyes del Estado de origen no tendrían dificultad en ejercitar su derecho de libre circulación.

Algunos Estados que regulan la institución “parejas registradas” ya han puesto en práctica esta técnica. Existe un Acuerdo entre Dinamarca, Suecia, Noruega e Islandia para reconocer las parejas registradas que hayan constituido su unión en alguno de estos países⁹⁰⁷. La primera ventaja de la adopción de esta regla es que se impiden las duplicaciones de celebración o registro como consecuencia de la circulación por el territorio de la UE. Y la segunda es que supone un mecanismo flexible de coordinación de las legislaciones nacionales cuando la armonización no es

⁹⁰⁶ Entre los autores que resaltan estas diferencias culturales como motivo principal para no proceder a una unificación del Derecho de familia a nivel comunitario *vid.* A.V.M., Struycken, “Les conséquences de l’intégration européenne sur le droit international privé”, *Rec. des C.*, tom. 232, 1992, pp. 267-379; A. Borrás Rodríguez, “DIPr y Tratado de...”, *loc. cit.*, p. 384; *id.* “Luz verde a la extensión del Convenio de Bruselas a cuestiones de familia”, *REDI*, 1994, pp. 906-908; P. De Miguel Asensio, “Integración europea y Derecho internacional...”, *loc. cit.*, p. 424; M. L. Puerto Mendoza, “La libre circulación de resoluciones judiciales sobre responsabilidad parental dentro de la...”, *loc. cit.*, p. 1; M. Moya Escudero, “Competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de responsabilidad parental: el Reglamento Bruselas II”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Madrid, Dykinson, pp. 105-131, p. 105; W. Pintens, “Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?”, *ZEuP*, 1998, pp. 670-676; E. M. Hohnerlein, “Konturen eines einheitlichen europäischen Familien- und Kindschaftsrecht –die Rolle der Europäischen Menschenrechts-Konvention”, *ELF*, núm. 4, 2000/01, pp. 252-260.

⁹⁰⁷ M. Bell, “We are Family? Same-Sex...”, *loc. cit.*, p. 352-353.

posible. Existen dos grandes tipos de sistemas de transposición⁹⁰⁸. Uno de ellos es el sistema *pasivo*, en el que el Estado de acogida acepta la regulación del Estado de origen sin revisar su contenido (transposición automática). El otro sistema es el *activo*, en el que la transposición no es automática, sino que se tiene que revisar la regulación que realiza el Estado de celebración y compararla con el de acogida.

B) Puesta en práctica de esta técnica: *Civil Partnership Bill*

Estos dos sistemas han sido incluidos en la legislación británica sobre parejas registradas. La *Civil Partnership Bill* intenta facilitar el reconocimiento en el Reino Unido de las parejas registradas en otros países (*overseas relationships*⁹⁰⁹), y eso a pesar de que el registro en Inglaterra es relativamente fácil, ya que sólo es necesaria la residencia durante los siete días inmediatamente anteriores a la solicitud del mencionado registro (Sec. 8.1 b). No hace falta ostentar la nacionalidad británica, ni tener la residencia habitual en este Estado, con lo que perfectamente una pareja que se haya registrado en otro país de la UE y ejercite su derecho de libre circulación, desplazándose hacia el Reino Unido, podría volver a registrarse allí. No obstante, se han establecido dos posibles mecanismos de reconocimiento de estas parejas en el Reino Unido. Uno de ellos es para las denominadas “specified relationships”, en los que la transposición

⁹⁰⁸ K. Armstrong, “Mutual recognition”, *The Law of the Single European Market*, Oxford, Hart Publishing, 2002, pp. 226-227; M. Fallon y J. Meeusen, “Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition”, *YPIL*, Vol. IV, 2002, pp. 37-66.

⁹⁰⁹ El Capítulo II de la 5ª Parte se denomina “Overseas Relationships Treated As Civil Partnership”, y el art. 212 es el que define qué debe entenderse por “Overseas Relationships”.

es automática⁹¹⁰. Estas parejas tienen que provenir de uno de los países que se especifican en el anexo 20 de la ley, que también recoge las instituciones concretas a las que se refiere⁹¹¹. Todas estas instituciones se equiparan automáticamente a las parejas registradas en el Reino Unido, pero sólo por lo que respecta a las parejas del mismo sexo, aunque en el país de celebración se permita también el registro a las parejas heterosexuales (sec. 152)⁹¹². Sorprendentemente, esta transposición automática se aplica también a los matrimonios homosexuales que provengan de Holanda, Bélgica o España, lo que en muchos aspectos supondrá una disminución de su estatus, ya que deberían equipararse a las parejas casadas y no a las registradas. Sin embargo, se podrán producir paradojas tales como que un matrimonio homosexual constituido en Bélgica, que allí no tiene la posibilidad de adopción, podrá trasladarse al Reino Unido, donde automáticamente se le equipará con una pareja registrada, a las que sí se les permite adoptar⁹¹³.

El segundo tipo de transposición que establece la *Civil Partnership Bill* es la activa. Cualquier unión puede equipararse a las parejas registradas en el Reino Unido si cumple una serie de condiciones generales (sec. 214):

⁹¹⁰ *Civil Partnership Bill*, secs. 152 y 155.

⁹¹¹ El anexo 20 denominado “Meaning of Overseas Relationship: Specified Relationships”, de la *Civil Partnership Bill*, dispone que se consideraran “specific relationship” : Bélgica- cohabitation légale y matrimonio; Canadá- tanto la Domestic Partnership (Nueva Escocia) como la Union Civil (Quebec); Dinamarca- registeret partnerskab; Finlandia: rekisteröity parisuhde; Francia- PACs; Alemania- Lebenspartnerschaft; Islandia- Stadfesta samvist; Holanda- geregistreerde partnerschap y matrimonio; Noruega: registrert partnerskap; Suecia- registrerat partnerskap; Vermont (USA)- civil union; España- matrimonio entre personas del mismo sexo.

⁹¹² Exactamente igual sucede en Suiza (art. 43.3 de la Loi sur le paternariat (LPart), de 18 de junio de 2004). *Vid.* P. Lagarde, reseña a B. Dutoit, *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2005.

⁹¹³ *Adoption and Children Act* 2002.

que se trate de una relación “legalmente exclusiva”, es decir, que no estén simultáneamente casados o formen parte de otra pareja registrada; que la relación sea de una duración indeterminada, esto es, que no esté sujeta previamente a un límite temporal; que las partes sean tratadas como pareja o como un matrimonio; que para constituir esa pareja haya sido necesario el registro ante una autoridad competente. Además, al igual que en el caso anterior, debe tratarse de parejas homosexuales.

La solución adoptada por la legislación del Reino Unido es innovadora, y es un modelo válido para el reconocimiento de estas instituciones en otros Estados. El recurso a la transposición activa y pasiva es muy flexible y puede acomodarse a la evolución de las legislaciones nacionales en esta materia. Sin embargo, también habría que plantearse si no constituye un gran riesgo imponer un determinado estatus a una pareja sin su claro consentimiento, y sin su completa apreciación de las consecuencias legales que se derivarán de éste, sobre todo en los supuestos en que un matrimonio celebrado en Holanda, Bélgica o España, pasa a ser directamente considerado en el Reino Unido una pareja registrada.

¿Podría la UE elaborar una norma de este tipo? Ya existe un proyecto que propone la utilización no de la transposición automática, pero sí del reconocimiento mutuo. Se trata del “proyecto de medidas para la aplicación del reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia civil y mercantil”⁹¹⁴. En él se incluye la adopción de un plan de trabajo

⁹¹⁴ DOCE n° C 012 de 15 de enero de 2001. *Vid.* C. González Beilfuss, “Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil”, *REDI*, 2000, n° 2, pp. 662-668; C. Kholer, “Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario”, *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario*, Milan, Cedam, 2004, pp. 65-94, pp. 67-68.

para el DIPr comunitario que, de manera significativa, recoge sendos instrumentos relativos a las parejas de hecho. En la elaboración de estos instrumentos, relativos a la ruptura de las situaciones familiares surgidas de relaciones distintas del matrimonio y a las consecuencias patrimoniales de la separación de parejas, tanto casadas como no casadas, necesariamente habrá que tipificar la institución pareja registrada⁹¹⁵. Por lo que respecta al matrimonio entre personas del mismo sexo, deberá ser tenido en cuenta en todos los instrumentos que se relacionen con el Derecho de familia, y no podrá obviarse que, desde la perspectiva holandesa, belga y española, tan matrimonio es el matrimonio de personas del mismo sexo como de distinto. Por tanto, difícilmente contarán con su apoyo las propuestas que diferencien entre unas y otras, habida cuenta que, de momento, todas las decisiones han de aprobarse por unanimidad (art. 67.5 TCE). En cuanto a las futuras orientaciones del mencionado Programa, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 2 de junio de 2004 (COM (2004) 401 final) considera entre sus prioridades la extensión del “reconocimiento mutuo” a las consecuencias patrimoniales de la separación de parejas, casadas o no, a las sucesiones y a los testamentos, poniendo el acento, sobre todo en este último caso, en la simplificación del reconocimiento de documentos. Igualmente, a más largo plazo, la Comunicación prevé una posible extensión del reconocimiento mutuo al estado civil, a las relaciones familiares o civiles entre personas físicas y a la filiación (ap. 2.7)⁹¹⁶.

⁹¹⁵ C. González Beilfuss, *Parejas de hecho...*, *loc. cit.*, p. 88-89.

⁹¹⁶ *Vid.* R. Caro Gándara, “Ámbito de aplicación y reglas de competencia del Reglamento 2201/2003 en materia de responsabilidad parental”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 391-412, p. 392.

Quizás la transposición automática resolvería muchos de los problemas que plantean el matrimonio homosexual, la pareja registrada y la unión extramatrimonial, por lo menos en el contexto de la libre circulación de personas (entrada y residencia). Sería preferible que la UE elaborara una norma de este tipo, a que deje todo en manos del TJCE, que tendrá que resolver inevitablemente litigios en este sentido. No cabe duda que ello supondría un mayor respeto a la cultura e identidad nacional de los Estados parte y que abriría una nueva vía de acción para el Derecho comunitario⁹¹⁷; pero no se debe perder de vista que la transposición automática requiere un sistema ya establecido sobre principios comunes⁹¹⁸.

IV. DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN QUE HA ACCEDIDO A UN ESTADO MIEMBRO

1. Competencia judicial internacional y reconocimiento: ámbito de aplicación material del Reglamento 2201/2003

La creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que la libre circulación de personas esté garantizada es la justificación principal del Consejo de la UE para elaborar el Reglamento 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Se afirma en la Exposición de Motivos de este Reglamento que “la disparidad entre

⁹¹⁷ E. Rodríguez Pineau, “European Union International Ordre Public”, *SYLL*, vol. III, 1993-1994, pp. 43-88, pone de relieve la dificultad para apreciar la existencia de principios fundamentales comunes.

⁹¹⁸ Un análisis de la base jurídica necesaria para elaborar una norma de este tipo *infra*, pp. 467-469.

determinadas normas nacionales en cuanto a la competencia y reconocimiento hace más difícil la libre circulación de personas así como el buen funcionamiento del mercado interior. El presente Reglamento debe establecer medidas coherentes y uniformes que permitan que la circulación de personas sea tan amplia como resulte posible⁹¹⁹”. Lo establecido por el propio Reglamento en su Exposición de Motivos junto con la pretensión de la UE de crear un área judicial común en el ámbito del Derecho de familia⁹²⁰, serán la base fundamental del razonamiento que se sigue en este epígrafe y de las soluciones que se aportan.

No procede detenerse en el análisis pormenorizado del Reglamento 2201/2003. La pretensión de este epígrafe es establecer si en el ámbito de aplicación material de este instrumento jurídico comunitario se incluyen los matrimonios del mismo sexo y las parejas registradas. La justificación es, una vez más, la falta de coherencia que supone permitir la entrada a determinadas uniones, y, posteriormente, negarles la posibilidad de disolución de su vínculo. A esto es necesario adicionar la restricción a la libre circulación de personas que implica que cada Estado miembro sea el que decida si la competencia de sus tribunales para disolver el vínculo está o no fundamentada en el Reglamento Bruselas II bis. De todas formas, es necesario poner de relieve que esta no es la única materia dentro del Reglamento en la que los Estados miembros difieren. Así, algunos no conocen la figura de la separación, de la nulidad matrimonial o, incluso,

⁹¹⁹ *Vid.* el punto 1 de la Exposición de Motivos de este Reglamento. E. Gallant, *Responsabilité parentale et protection des enfants en Droit international privé*, París, Defrénois, 2004, resalta el efecto que producirá este Reglamento para la libre circulación de personas, pp. 7-8.

⁹²⁰ L. Cruz Pereyra, “Área judicial común en el Derecho de familia europeo. Competencia en materia de divorcio...”, *loc. cit.*, p. 485.

del divorcio⁹²¹, difieren en las causas, exigen o no separación previa al divorcio, imponen el registro de la decisión en un determinado periodo de tiempo, pasado el cual, dejan de tener efecto de cosa juzgada..., disparidades que pueden llegar a afectar a exigencias constitucionales⁹²².

Ni en el Reglamento 2201/2003, ni en su antecesor, el Reglamento 1347/2000, se define qué se entiende por cónyuge. Con respecto a la nulidad, separación y divorcio, se plantean serias dudas y debates doctrinales acerca de la existencia de un concepto autónomo de cónyuge⁹²³. El punto de partida ha de ser el análisis del art. 1.1 a) del Reglamento Bruselas II bis. Este precepto establece que el Reglamento se aplica a los procedimientos civiles relativos al divorcio, a la separación

⁹²¹ Este es el caso de Malta, único Estado miembro de la UE que no conoce el divorcio, y, sin embargo, tiene que aplicar el Reglamento Bruselas II bis. Está, por consiguiente, obligado a adoptar una actitud sumamente liberal en relación al reconocimiento de los divorcios pronunciados en otros Estados miembros, sin que sea relevante si uno o ambos cónyuges son de nacionalidad maltesa o residen en Malta. El divorcio sigue siendo inaccesible para los ciudadanos malteses residentes en Malta, salvo que el legislador interno decida modificar su ordenamiento jurídico. *Vid.* C. González Beilfuss, “Relaciones e interacciones entre el Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un...”, *loc. cit.*, p. 160.

⁹²² *Vid.* el informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al art. K. 3 del Tratado de la Unión Europea sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, elaborado por la Prof. A. Borrás Rodríguez, (DO C 221, pp. 27 y ss). Afirma la profesora Borrás que las diferencias no son menores, sino que incluso afectan al conocimiento o no de las distintas instituciones que regula el Convenio, y pone el ejemplo de Finlandia o Suecia, países en los que la separación o nulidad matrimonial son instituciones desconocidas en su ley material.

⁹²³ Entre otros *vid.* C. Kholer, “Internationales Verfahrensrecht für Ehesachen in der Europäischen Union: Die Verordnung Brüssel II”, *NJW*, 2001, pp. 10-15, p. 15; C. González Beilfuss, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo...*, *op. cit.*, pp. 202-205; J. M. Martín Serrano, “Los matrimonios homosexuales: una aproximación desde el Derecho internacional...”, *loc. cit.*, pp. 302-304; E. Urso, “Il Diritto di famiglia nella prospettiva europea”, *Il Diritto di famiglia nell’Unione Europea*, Padua, CEDAM, 2005, pp. 515-611, pp. 552-553 y 601-611.

judicial y a la nulidad *matrimonial*. Se trata, por tanto, de una norma referida únicamente a las parejas matrimoniales. Su aplicabilidad al matrimonio homosexual depende de cuál sea la definición de matrimonio que deba prevalecer. En la doctrina europea son mayoritarios los autores que niegan la aplicabilidad del Reglamento Bruselas II a los matrimonios entre personas del mismo sexo⁹²⁴. Los argumentos son, sin embargo, muy vagos, y apuntan a que el legislador comunitario no contempló tal posibilidad⁹²⁵. Contra esta afirmación se puede oponer que el legislador no limitó el ámbito material del Reglamento Bruselas II bis a las parejas casadas de distinto sexo, descartando así a las parejas homosexuales, como lo hace, por ejemplo, excluyendo los procesos de disolución matrimonial que no sean procesos civiles con arreglo a la definición contenida en el art. 1.2 del Reglamento.

Pero no parece muy acertado resolver la cuestión a partir de argumentos basados en la voluntad del legislador, sino que, una vez más, la solución vendrá proporcionada tras definir el concepto de matrimonio. El problema, por tanto, es muy similar al que se suscita en otros ámbitos del Derecho comunitario ya analizados (libre circulación de personas y Derecho de extranjería). Es necesario determinar si la validez de la unión

⁹²⁴ Por ejemplo, H. Gaudement Tallon, “Le Règlement 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de...”, *loc. cit.*, pp. 381-446; E. Urso, “Il Diritto di famiglia nella prospettiva...”, *loc. cit.*, pp. 515-611; J. Carrascosa González, *Globalización y Derecho internacional privado*, Liberlibro.com, Albacete, 2002, p. 79.

⁹²⁵ En este sentido E. Urso, “Il Diritto di famiglia nella...”, *loc. cit.*, p. 552. Afirma la autora que precisamente la exclusión de los matrimonios homosexuales del ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003 proviene del silencio del legislador. Por lo que respecta a la disolución de las parejas registradas fundamenta su inadmisión en el ámbito de aplicación material del Reglamento contemplado en el considerando 8º, que establece que “el presente Reglamento sólo debe aplicarse a la disolución del matrimonio”.

ha de ser establecida con arreglo al Derecho del Estado donde se constituyó, o con arreglo al Derecho del Estado al que pertenece el órgano jurisdiccional que debe decidir si es o no competente⁹²⁶. Al igual que se ha defendido en los otros ámbitos, deben propugnarse también ahora interpretaciones que eviten una aplicación asimétrica de los instrumentos comunitarios.

Una de las finalidades del Reglamento Bruselas II bis) es evitar la disparidad de normas de competencia judicial internacional en tanto ésta dificulta la libre circulación de personas, así como el buen funcionamiento del mercado interior. Por ello, el Reglamento pretende unificar las normas de conflicto de jurisdicciones en las materias matrimoniales. Si se admite que una misma unión pueda ser calificada de unión matrimonial o de unión extramatrimonial en la fase de determinación de la competencia judicial internacional, se rompe la uniformidad pretendida. Ello, sin embargo, no es óbice para que, posteriormente, en la fase de reconocimiento de la disolución del matrimonio, se aplique la excepción de orden público, lo que hará inviable que la decisión relativa a la disolución de un matrimonio homosexual circule libremente en la Comunidad. El art. 25 dispone que el reconocimiento de una decisión pronunciada por una causa relativa al vínculo matrimonial no puede ser rechazado porque el Estado requerido no lo considere admisible por la misma causa. Esto puede producir una unificación, aunque se mantiene el orden público como condición. Pero esta “unificación” en realidad es el reflejo precisamente de grandes divergencias. Ahora bien, siempre cabrá la duda de si la aplicación en tales supuestos del control de orden público no supondrá una vulneración de lo previsto en el art. 25. En todo caso,

⁹²⁶ C. González Beilfuss, *Parejas de hecho...*, *loc. cit.*, p. 202.

estarán excluidos los divorcios puramente privados en los que el acuerdo de los cónyuges no haya sido formalizado en un documento público⁹²⁷.

Esta sería a nuestro juicio la solución más adecuada, en la línea que se defiende a lo largo de la tesis. No obstante, será cada Estado miembro el que decida libremente qué concepto de matrimonio mantiene, y si sus órganos jurisdiccionales son competentes para disolver un matrimonio homosexual o para reconocer una unión de este tipo. Exactamente igual sucede con las parejas registradas. El Reglamento 2201/2003 no hace referencia a este tipo de uniones, por lo que, una vez más, será cada Estado miembro el que se defina por una u otra solución⁹²⁸. Esto pone de relieve la “poca sensibilidad”, del Reglamento comunitario con el pluralismo actual de los modelos familiares⁹²⁹. Se ha perdido la ocasión de regular las rupturas de parejas distintas a la matrimonial⁹³⁰. Cabría abogar

⁹²⁷ Vid. R. Arenas García, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio...*, *op. cit.*, pp. 399-400. Sí será lícito denegar por orden público si el divorcio es revocable (al menos durante el periodo de revocabilidad) o claramente discriminatorio, aunque hay autores que consideran que no se debería rechazar por orden público si quien lo solicita es la parte discriminada. *Id.* p. 517; J. Déprez, “Droit international privé et conflicts de civilisations. Aspects méthodologiques Les relations entre systèmes d’Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel”, *Rec. des C.*, t. 211, 1998, pp. 9-372, pp. 260-270; M. Liénard-Ligny, “La répudiation”, *Relations familiales internationales*, Bruselas, Bruylant, 1993, p. 26; M. Adam Muñoz, “El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio”, *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Sevilla, Junta de Andalucía, 2005, pp. 187-247, p. 237; S. Sánchez Lorenzo, “Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional de la familia”, *AHLADIPr*, núm. 17, 2005, pp. 87-130, p. 120; A. Quiñones Escámez, *Derecho e inmigración: el repudio...*, *op. cit.*

⁹²⁸ Por ejemplo, en el Reino Unido el Reglamento 2201/2003 va a ser aplicado por analogía para el reconocimiento de las sentencias que provengan de otro Estado miembro en relación a las parejas registradas (sec. 153.3 *Civil Partnership Bill*).

⁹²⁹ B. Ancel y H. Muir-Watt, “La désunion européenne: le Règlement dit...”, *loc. cit.*, p. 408.

⁹³⁰ A. Devers, *Le concubinage en Droit international...*, *op. cit.*; B. Ancel y H. Muir-Watt, “La désunion européenne: le Règlement dit...”, *loc. cit.*, p. 403; G. Kessler, *Les partenariats enregistrés en droit international...*, *op. cit.*

por una interpretación extensiva con respecto a las uniones registradas que crean un nuevo estado civil y en las que la ruptura requiere la intervención de la autoridad pública⁹³¹.

En este análisis del concepto de cónyuge en el Reglamento Bruselas II bis, nos parece necesario tratar someramente esta cuestión desde la perspectiva de la responsabilidad parental. Desde este ángulo, la inclusión de todos los hijos en el ámbito de aplicación personal del Reglamento 2201/2003 supone admitir la existencia de relaciones diferentes a las del matrimonio. El Reglamento se aplica a hipótesis concernientes a la patria potestad del progenitor independientes del vínculo familiar. La reforma operada por el Reglamento 2201/2003 responde a una necesidad social, que obliga a incorporar a los hijos nacidos de uniones anteriores de alguno de los cónyuges, los extramatrimoniales, o los nacidos de uniones libres, excluidos del ámbito personal del Reglamento 1347/2000, es decir, todos los procedimientos relativos a la responsabilidad parental, exista o no vínculo, junto con las acciones en materia matrimonial⁹³². Por tanto, en la actualidad la inclusión de todos los hijos en lo que afecta a la responsabilidad parental no ignora la vinculación de ésta con los litigios

⁹³¹ A. Quiñones Escámez, “Eficacia extraterritorial de las uniones de pareja: nuevas normas de Derecho internacional...”, *loc. cit.*, pp. 209-232; *id.* “Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores en el Reglamento 2210/2003”, *Crisis matrimoniales. Protección del menor en el marco europeo*, Madrid, La-Ley actualidad, 2005, pp. 103-137.

⁹³² Así lo afirmó la Comisión, que planteó la necesidad de reformar el Reglamento 1347/2000, para asegurar “la igualdad de trato de todos los niños, para tener en cuenta realidades sociales tales como la diversificación de estructuras familiares, ya que es necesario adoptar un instrumento sobre las situaciones familiares nacidas de relaciones distintas al matrimonio” (COM 2002, de 17 de mayo de 2002). De hecho, lo que produce es un cambio de óptica: el Reglamento deja de estar centrado en los padres para atender a los menores. *Vid.* E. Rodríguez Pineau, “El nuevo Reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y...”, *loc. cit.*, pp. 1-5.

matrimoniales, pero tampoco la existencia de relaciones diferentes al matrimonio, evidenciándose una mayor complejidad de los conflictos de índole familiar. Esta es una forma de influir en el concepto de familia de la UE, ya que de manera indirecta se reconocen otros tipos de familia, aunque no se regulen como tales.

El legislador comunitario ignoraba en el Reglamento Bruselas II cualquier tipo de unión que no fuese el matrimonio, incluso respecto de los hijos⁹³³. La necesidad, la obligación indiscutible, de tener que rectificar respecto a estos últimos produce que, al menos para los derechos de guarda y de visita, deba admitir de manera indirecta y tácitamente otro tipo de relaciones, en principio, todas las estructuras familiares en relación a los hijos. El Reglamento determina que la responsabilidad parental puede derivar de la ley, de un acuerdo en vigor o de una decisión judicial,

⁹³³ En contra de lo establecido por el TEDH, que ha reiterado en diversas ocasiones su doctrina acerca de que el derecho al respeto a la vida familiar se extiende también a la familia de hecho, en especial a las relaciones entre los padres y los hijos habidos fuera de matrimonio. Así, por ejemplo, en la STEDH de 29 de noviembre de 1991 (as. *Vermerie v. Bélgica*, 12849/87) insistió con firmeza en que no podía discriminarse a los hijos ilegítimos en relación con sus derechos sucesorios. En la STEDH de 25 de mayo de 1994 (as. *Keegan v. Ireland*, 16969/90) hizo notar que la relación biológica y afectiva entre una hija y su padre natural crea un vínculo familiar entre ellos, y hace surgir en el padre un cierto derecho a la custodia. Y en la STEDH de 27 de octubre de 1994 (as. *Kronn and Others v. The Netherlands*, 18535/91) afirmó que la madre tiene derecho a destruir la presunción legal de paternidad del hijo habido durante el matrimonio, en orden a que el verdadero padre biológico pueda reconocer su paternidad. Además, el Tribunal ha señalado que el derecho a la vida familiar, tipificado en el art. 8 del CEDH, no ha de ser contemplado exclusivamente como un derecho que ha de ser garantizado únicamente por el Estado en el que el vínculo familiar se ha creado, sino que su protección tiene también una dimensión internacional, en el sentido de que ha de ser asegurado igualmente en todos los demás Estados en los que la relación jurídica familiar tienda a desplegar sus efectos. *Vid.* para un comentario de estas sentencias S. Sanz Caballero, *La familia en perspectiva internacional...*, *op. cit.*, en esp. pp. 85-164. Desde una perspectiva más general, X. Arzoz Santisteban, “Art. 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar”, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 254-328; M. Lezertua, “El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del TEDH”, *Perfiles del derecho constitucional en la vida privada y familiar*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 49-98.

definición lo suficientemente amplia como para permitir la inclusión de múltiples relaciones. Todo ello no hace más que confirmar las destacadas implicaciones sustantivas que puede tener la regulación de un sector aparentemente alejado de consideraciones estrictamente materiales, como es la competencia o el reconocimiento⁹³⁴.

2. Ley aplicable a la disolución del vínculo

La unificación en el ámbito procesal constituye una prioridad indiscutible en la UE⁹³⁵. Tal como se ha analizado *supra*, las normas sobre competencia judicial internacional y reconocimiento en materia matrimonial y de responsabilidad parental han sido unificadas a través del Reglamento 2201/2003. Frente a la actividad desarrollada en el ámbito del Derecho procesal civil internacional, ha sido escaso el interés que las instituciones comunitarias han mostrado por la unificación de las normas de conflicto. Precisamente, la limitación de los logros alcanzados hasta la fecha, pone de relieve, junto a las dificultades para avanzar en este sector, que se trata de un ámbito en el que los progresos pueden ser especialmente importantes en el futuro⁹³⁶. No obstante, por lo que

⁹³⁴ Sobre la falta de competencia de la UE para crear un Derecho de familia material, y las implicaciones que puede tener a este respecto la elaboración de normas procesales véase *infra*, pp. 483-488.

⁹³⁵ N. Marchal Escalona, “El espacio judicial europeo: ¿un espacio...”, *loc. cit.*, p. 209, justifica esta unificación del ámbito procesal en la existencia en Europa de unos principios procesales comunes que emanan de la Convención de Roma de 1950 para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como de la jurisprudencia adoptada por el TEDH. Tampoco se pueden obviar las reformas introducidas por el Tratado de Ámsterdam (art. 65 TCE) que proporcionan un cauce específico para dicha unificación.

⁹³⁶ P. De Miguel Asensio, “Conflictos de leyes e integración...”, *loc. cit.*, p. 75.

respecta al Derecho aplicable a la disolución del vínculo, la UE todavía no ha elaborado una normativa al respecto⁹³⁷.

Es necesario poner de relieve que el Reglamento 2201/2003 brinda al demandante un amplio abanico de foros ante los que suscita la correspondiente demanda, posibilitando la práctica del *forum shopping*. Si no se desea que dicho *forum shopping* sea simultáneamente un *law shopping*, es imprescindible que todos los tribunales de la Comunidad apliquen las mismas normas de conflicto⁹³⁸. Un cónyuge puede decidir presentar la demanda de divorcio ante determinados tribunales estatales porque sabe que de este modo “provoca” la aplicación de una ley que le resulta favorable⁹³⁹. Por este motivo el legislador comunitario considera indispensable, a fin de combatir este último, la unificación de la normativa

⁹³⁷ Aunque ya existe una propuesta de Reglamento para reformar el Reglamento 2201/2003 e incluir normas sobre ley aplicable a la disolución matrimonial. *Vid. infra*, p. 425.

⁹³⁸ C. Kholer, “Auf dem Wege zu einem europäischen Justizraum für das Familien – und Erbrecht- das Massnahmenprogramm des Rates zur Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen im Binnenmarkt”, *FamRZ*, 2002, pp. 710-713, p. 713; C. González Beilfuss, “El Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil...”, *loc. cit.*, p. 664; K. Boele-Woelki, “Unification and Harmonization of Private International Law...”, *loc. cit.*, p. 73. En contra, E. Jayme, “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine...”, *loc. cit.*, pp. 24-25, que opina que “las reglas uniformes de DIPr en materia de divorcio están vacías de contenido, porque con el Reglamento 2201/2003 estas reglas uniformes no tendrán influencia en el reconocimiento de decisiones extranjeras. Las disparidades de la ley aplicable, afirma, no son un obstáculo para el reconocimiento de un divorcio”.

⁹³⁹ Aunque el *forum shopping* no es un fenómeno negativo en sí mismo, es una opción de estrategia procesal, no ha sido aceptado como una consecuencia natural de la falta de uniformidad del Derecho aplicable. Las críticas se centran en el hecho de que el demandante dispone de este modo de una considerable ventaja sobre el demandado, que no sólo se extiende al Derecho aplicable, sino que también puede trasladarse a consideraciones de mero carácter procesal, incluida la expectativa de aplicación de un régimen favorable de reconocimiento y ejecución de la decisión. *Vid.* M. Checa Martínez, “Fundamentos y límites del *forum shopping*: modelos europeo y angloamericano”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, núm. 3, 1998, pp. 521-612, p. 521.

conflictual en la materia⁹⁴⁰. Esta es la razón por la que la Comisión ha elaborado el “libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”⁹⁴¹. Si este instrumento jurídico se aplicará o no a la disolución de las parejas registradas es una cuestión que está aún sin solventar. El Grupo Europeo de DIPr sugería admitir la conclusión de la unión sobre la base de los criterios de la residencia o la nacionalidad de cualquiera de las partes, aplicando la ley del foro a la cuestión de su constitución⁹⁴². Asimismo, consideraba que, admitida por la *lex fori* la formación de la relación, habría de ser también aquélla la encargada de determinar su disolución⁹⁴³.

⁹⁴⁰ R. Rueda Valdivia, “La unificación europea del Derecho conflictual...”, *loc. cit.*, pp. 151-179; M. O. Baur, “Projects of the European Community in the Field of Private International Law”, *YPIL*, vol. 5, 2003, pp. 177-190, p. 185.

⁹⁴¹ COM (2005) 82 final, de 14 de marzo de 2005 (conocido como Roma III).

⁹⁴² El Grupo Europeo de DIPr, consciente de los problemas que podía suponer la no unificación de la normativa convencional, dedicó su novena reunión, celebrada en Oslo los días 10 a 12 de septiembre de 1999, entre otros extremos, al estudio del problema del Derecho aplicable a las relaciones de vida en común o parejas registradas, estudio que continuó durante la décima reunión celebrada en Roma del 15 al 17 de septiembre de 2000. Partiendo de la exclusión, como posible solución, de la aplicación del Derecho del foro, por favorecer el *forum shopping*, la propuesta que, en relación con la cuestión de la ley aplicable al divorcio, formuló el Grupo al finalizar su décima reunión pasaba por admitir para la misma una autonomía conflictual limitada, que habría de quedar restringida a la elección a alguna de las siguientes leyes: la ley nacional o de la residencia habitual de cualquiera de las partes y la ley del foro. Asimismo, para el caso de inexistencia de elección de ley, se sugerían varios criterios de conexión, criterios que habrían de guardar entre sí una relación de prelación: 1º) la residencia habitual común de los cónyuges al tiempo de la demanda; 2º) la última residencia habitual común si uno de los cónyuges reside aún en dicho país; 3º) nacionalidad común y, finalmente, 4º) vínculos más estrechos. *Vid.* J. González Campos y A. Borrás Rodríguez, “Décima reunión del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (Roma, 15-17 de septiembre de 2000)”, *REDI*, vol. LII, 2000, pp. 659-662.

⁹⁴³ Conclusiones de la reunión del Grupo europeo de DIPr, Roma 15 a 17 de septiembre de 2000.

El diecisiete de julio del año 2006 la Comisión presentó una Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial⁹⁴⁴. La Comisión propone introducir unas normas armonizadas de conflicto de leyes en materia de divorcio y separación judicial, con el objetivo de reducir el riesgo de la “carrera a los tribunales”, puesto que cualquier órgano jurisdiccional de la Comunidad al que se acudiera aplicaría la ley designada sobre la base de normas comunes. En principio, el Reglamento tiene una aplicación universal, con lo que la norma de conflicto puede designar la ley de un Estado miembro o de un tercer Estado. Ahora bien, se recoge en el articulado explícitamente la excepción de orden público. El art. 20 *sexies* dispone que se rechazará la aplicación de la ley designada si es “manifiestamente incompatible con el orden público del foro”. La pretensión del legislador comunitario es “proporcionar un marco jurídico claro y completo con relación a los asuntos matrimoniales en la Unión Europea y ofrecer soluciones adecuadas a los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, predictibilidad, flexibilidad y acceso a los tribunales”.

En un futuro próximo, por tanto, el DIPr comunitario de la familia cubrirá las cuestiones relativas a la ley aplicable al divorcio, pero hasta que ese momento llegue son los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros los encargados de regular la cuestión. Por eso, en este epígrafe se analiza la regulación española al respecto, incidiendo en los problemas de determinación de la ley aplicable a la disolución de las parejas registradas, habida cuenta de la pluralidad de legislaciones autonómicas que regulan esta institución. Siguiendo con la línea argumental de este

⁹⁴⁴ COM (2006) 399 final de 17 de julio de 2006.

capítulo, la cuestión estriba en verificar si una pareja, a la que se le ha permitido el acceso al territorio español a través de las normas de extranjería, continuará siendo considerada como tal cuando deba determinarse la ley aplicable a la disolución de su vínculo.

Para la separación judicial y el divorcio el legislador español ha establecido una norma de conflicto específica: el art. 107 Cc⁹⁴⁵. Este precepto fue reformado por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, para dar respuesta a algunos de los problemas que había planteado la rigidez de soluciones que resultaban de la redacción dada por la Ley 30/1981. La falta de adecuación del art. 107 Cc comenzó a manifestarse cuando se hizo evidente que España había pasado a ser un país de inmigración, de tal forma que el número significativo de los supuestos heterogéneos que se planteaban ante los tribunales españoles en materia de crisis matrimoniales tenían como protagonistas a dos extranjeros, con frecuencia con nacionalidad común, pero que residían en España. En estos casos la rigidez del precepto obligaba a resolver el supuesto a partir del Derecho extranjero correspondiente a la nacionalidad común de los cónyuges, lo que implicaba costes adicionales para ellos y, con frecuencia,

⁹⁴⁵ *Vid.* R. Arenas García, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo...*, *op. cit.*, p. 258 y ss; *vid.* sobre la reforma del art. 107 Cc R. Arenas García, “La nueva redacción del art. 107 del Código Civil”, *REDI*, 2004, vol. LVI, pp. 205-225; A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “El divorcio internacional y el nuevo art. 107.2 del Código Civil”, *La Ley*, n° 6024, 24 de mayo de 2004, pp. 1-9; B. Campuzano Díaz, “Consideraciones acerca de la reforma del art. 107 Cc”, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 177-193; J. A. Tomás Ortiz de la Torre, “Ante la anunciada reforma del art. 107 Cc”, *AC*, 2003, n° 3, pp. 75-97; M. Gonzalo Quiroga, “Las crisis matrimoniales en el Derecho internacional privado español: novedades en la legislación”, *Riv. dir. int. priv. pr. e proc.*, 2004, pp. 943-956; M. P. Diago Diago, “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad”, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 271-294; A. P. Abarca Junco, “Un ejemplo de materialización en el Derecho internacional privado español: la reforma del art. 107 del Código Civil”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Eurloex, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2005, pp. 1095-1115.

la necesidad de enfrentarse a problemas de calificación o de contrariedad con el orden público español. Precisamente, para evitar la falta de continuidad de estas relaciones jurídicas en el espacio, el legislador español procedió a la reforma del art. 107 Cc, aunque, como se pondrá de relieve, el balance no es positivo⁹⁴⁶.

Actualmente, la norma obliga a la aplicación de la ley española, siempre que uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España, y se presente la demanda por ambos cónyuges de mutuo acuerdo, o por uno con el consentimiento del otro. El legislador español ha procedido a una orientación material de la norma de conflicto, con el fin de facilitar la integración de los extranjeros procedentes de otras culturas⁹⁴⁷. Los requisitos para que sea de aplicación la ley española son varios: nacionalidad española o residencia en España de al menos uno de los cónyuges, y presentación de la demanda de mutuo acuerdo. Si el divorcio es contencioso no será de aplicación la ley española. Supeditar la determinación de la ley reguladora del divorcio a que se trate de un “divorcio de mutuo acuerdo” o de un “divorcio contencioso” no es muy acertado, pues dicho criterio nada tiene que ver con la vinculación del caso con un país u otro, ni con la previsibilidad de la ley aplicable. No se debe obviar, además, que si se dan todos los requisitos apuntados la aplicación de la ley española es imperativa. Esto significa que si los cónyuges pretenden la aplicación de su ley nacional común, o una de las

⁹⁴⁶ Así lo afirma R. Arenas García, “La nueva redacción del art. 107...”, *loc. cit.*, p. 204; en contra, A. P. Abarca Junco (“Un ejemplo de materialización en el Derecho internacional privado...”, *loc. cit.*, p. 1102) considera que el reformado art. 107 Cc tiene aspectos novedosos, ya que “el legislador español acertadamente ha redactado un completísimo precepto regulando distintas situaciones generalmente no incluidas en las legislaciones de los países de nuestro entorno”.

⁹⁴⁷ S. Sánchez Lorenzo, “Globalización, pluralidad cultural y Derecho...”, *loc. cit.*, pp. 87-130.

demás conexiones del apartado 2 del art. 107, no podrán presentar la demanda de mutuo acuerdo⁹⁴⁸. El art. 107 Cc tampoco proporciona una solución adecuada en lo que se refiere a la interposición de la demanda por parte de la esposa que sufre malos tratos. A la demanda presentada por la mujer extranjera que sufre malos tratos de su esposo de la misma nacionalidad será aplicable la ley nacional común porque la interposición de aquélla no se realizará, evidentemente, de mutuo acuerdo⁹⁴⁹.

El precepto exige también la aplicación de la ley española si el Derecho extranjero aplicable no reconoce la separación o el divorcio o lo hace de una forma discriminatoria o contraria al orden público. Esta solución ha sido calificada de “excesiva”, ya que la existencia de diferencias entre el Derecho extranjero y el propio no habrían de justificar la exclusión de aquél más que cuando tales diferencias fueran contrarias al orden público del foro, y el hecho de que se opte por no admitir la atenuación o disolución del vínculo conyugal no parece que sea uno de estos casos de contradicción⁹⁵⁰.

Aunque su intención sea saludable, lo cierto es que este precepto origina que, al ser aplicada la ley española, el divorcio o la separación sean decisiones claudicantes, a menudo inefectivas en el país de origen de los inmigrantes⁹⁵¹. Con esta modificación del art. 107 el legislador logra la

⁹⁴⁸ A. P. Abarca Junco, “Un ejemplo de materialización en el Derecho internacional privado...”, *loc. cit.*, p. 1107.

⁹⁴⁹ M. Moya Escudero, “El DIPr y las migraciones”, Ponencia presentada en el X Congreso de Inmigración, globalización y movimientos transnacionales, celebrado en Almería los días 20-22 de abril de 2006, en prensa.

⁹⁵⁰ *Vid.* R. Arenas García, “La nueva redacción del art. 107...”, *loc. cit.*, p. 218.

⁹⁵¹ *Ad exemplum*: el art. 92 del Código Civil ecuatoriano niega efectos en Ecuador a las sentencias extranjeras que no han sido dictadas “según las leyes ecuatorianas”; el

coherencia del ordenamiento jurídico y evita que un matrimonio al que se le ha permitido la entrada en España a través de las normas de extranjería comunitarias no pueda disolverse cuando desea hacerlo. Ahora bien, la consecuencia lógica de la aplicación de la ley española es la posible ineficacia de la decisión en el Estado de origen de los extranjeros.

El art. 107 Cc es de aplicación, con todos los problemas que plantea, a la separación y al divorcio de las uniones matrimoniales⁹⁵². No obstante, queda por solucionar la cuestión de qué ley resultará de aplicación cuando se pretenda la disolución de una pareja registrada. Como ya se estudió en el capítulo anterior, no existe una regulación estatal de estas parejas, con lo que tampoco hay una norma que determine cuál es la ley que rige en caso de disolución. Frente a la inactividad estatal, las Comunidades Autónomas han legislado elaborando una serie de leyes que contienen normas unilaterales destinadas a delimitar su ámbito personal⁹⁵³. La cuestión estriba en dilucidar si para la determinación de la

Código de Estatuto personal marroquí (*Mudawana*), indica que el divorcio pronunciado en el extranjero debe respetar las consideraciones previstas en dicha *Mudawana* en lo relativo al divorcio y al repudio (art. 128). *Vid.* A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 96.

⁹⁵² Se incluyen los matrimonios homosexuales, ya que así lo establece la Ley 13/2005 de 1 de julio, que ha modificado el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

⁹⁵³ Lo que para un sector doctrinal es inconstitucional, habida cuenta de que estas normas autonómicas resuelven conflictos de leyes a través de “normas de extensión”, vulnerando así el art. 149.1.8 de la Constitución española. *Vid.* en este sentido M. P. García Rubio, “Parejas de hecho y lealtad...”, *loc. cit.*, pp. 19-23; B. Carrillo Carrillo, “Ley aplicable a las parejas de hecho...”, *loc. cit.*, p. 407; C. de Amunátegui Rodríguez, *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 289 y ss; M. E. Rodríguez Martínez, *La legislación autonómica sobre uniones de hecho. Revisión desde la Constitución*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003; I. Lázaro González, *Las uniones de hecho en el Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, p. 203; E. Pérez Vera, “Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho internacional privado...”, *loc. cit.*, pp. 131-137. En concreto, un análisis de la posible inconstitucionalidad de la Ley Navarra 6/2000 se encuentra en N. Goñi Urriza, “La

ley aplicable a la disolución de aquéllas se tendrá en cuenta la legislación de la Comunidad Autónoma donde residan, se aplicará el art. 107 por analogía, o, simplemente, se considerará que no existe vínculo, y las cuestiones puntuales se resolverán de forma particular, a tenor de la pretensión jurídica concreta, reconduciendo los problemas suscitados a las figuras previstas al efecto por el Derecho.

La residencia habitual de la pareja en una Comunidad autónoma no asegura la aplicación de la legislación sobre uniones de pareja que esta Comunidad haya elaborado⁹⁵⁴. La razón es que no todas las normas autonómicas tipifican como punto de conexión la residencia habitual. Algunas legislaciones exigen que al menos uno de los miembros de la pareja ostente la vecindad civil de esa Comunidad Autónoma (Navarra, Cataluña y las Islas Baleares⁹⁵⁵); otras imponen la vecindad administrativa (Euskadi y Aragón⁹⁵⁶), el empadronamiento (Canarias y Comunidad

Ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables”, *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 375-383; J. L. Iriarte Ángel, “Parejas de hecho, Constitución y conflictos de leyes internos. Reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad 228-2003”, *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Prof. Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Córdoba y Málaga, 2005, pp. 717-731.

⁹⁵⁴ S. Sánchez Lorenzo, “El principio de libertad personal en el Derecho internacional privado de la familia”, *RFD Univ. Gr.*, n° 4, 2001, pp. 207-230, p. 215.

⁹⁵⁵ En Cataluña la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (art. 1); en Navarra, la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (art. 2); en Baleares, la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, sobre normas reguladoras de las parejas estables (art. 2.2).

⁹⁵⁶ Ley 2/2003 de 7 de mayo reguladora de las parejas de hecho en el País Vasco (art. 2.2). La ley aragonesa 6/1999, no contiene una norma similar, si bien en el Decreto 203/1999, de 2 de noviembre que regula el Registro de parejas se exige la vecindad administrativa en Aragón.

Valenciana⁹⁵⁷), la residencia habitual (Andalucía⁹⁵⁸), o el empadronamiento unido a la residencia (Extremadura y Madrid⁹⁵⁹).

Las legislaciones autonómicas, que restringen su ámbito de aplicación personal a los que ostenten la vecindad civil de esa Comunidad, no podrán ser aplicadas a una pareja de extranjeros que haya accedido al territorio español y desee disolver su vínculo. La razón es que, a tenor de lo preceptuado en el art. 15 del Cc la vecindad civil, corresponderá a quien adquiera la nacionalidad española, lo que permite concluir, a *sensu contrario*, que sólo los nacionales españoles pueden tener alguna de las diversas vecindades civiles existentes en España⁹⁶⁰. En contra de este argumento se pronuncia la sentencia 474/2002 de la AP de Girona, al resolver un asunto en el que una pareja de nacionales suizos pretendían disolver su unión aplicando para ello la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja⁹⁶¹. En la sentencia de instancia se aplica por analogía lo dispuesto en el art. 107 Cc, pero la AP diverge de esta solución, y considera que debe aplicarse de manera “indirecta” la normativa catalana, ya que los dos litigantes residen en esa Comunidad Autónoma, a pesar del ámbito de aplicación personal de esta Ley.

⁹⁵⁷ Ley 1/2001, de parejas de hecho, de la Comunidad Valenciana (art. 1), y Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias (art. 2).

⁹⁵⁸ Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho (art. 2).

⁹⁵⁹ Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura (art. 2.4). En la Comunidad de Madrid, la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, sobre parejas de hecho (art. 1.2).

⁹⁶⁰ *Vid.* en este sentido la SAP Navarra núm. 99/2002 (Sección 2ª), de 12 de junio.

⁹⁶¹ SAP de Girona núm. 474/2002 (Sección 2ª), de 2 de octubre.

A diferencia de la vecindad civil, la administrativa puede equipararse al empadronamiento⁹⁶², con lo que las normas autonómicas que incluyen este punto de conexión podrán aplicarse tanto a nacionales como extranjeros, siempre que se hayan inscrito en el padrón municipal. En las Comunidades que sólo exigen la residencia habitual, ni siquiera será necesaria la inscripción en el padrón.

Ahora bien, ha de recordarse que se está determinando qué ley se aplicaría a la disolución de una pareja que se ha registrado fuera de España. La aplicación de la legislación elaborada por la Comunidad autónoma correspondiente se haría de una forma “indirecta”⁹⁶³, porque no existe ninguna norma de conflicto que así lo establezca. Este panorama es consecuencia de la inoperancia del legislador estatal para abordar esta materia desde una perspectiva conflictual⁹⁶⁴. El legislador

⁹⁶² La vecindad administrativa es el vínculo que une a la persona con el Municipio donde reside, relación que determina a su vez la adscripción a una Comunidad Autónoma de la que forma parte el Municipio. La vecindad administrativa sólo depende de la residencia habitual a través del alta en el padrón correspondiente. Esta configuración de la vecindad administrativa determina el carácter abierto de las comunidades vecinales para todos los españoles y extranjeros que residan en el territorio nacional. La diferencia fundamental con la vecindad civil es que ésta se refiere a la sujeción de la persona a uno de los regímenes forales o de Derecho civil común, mientras que la vecindad administrativa es el vínculo que une a la persona con el Municipio donde reside. *Vid.* F. Sosa Wagner, “Vecino (Derecho administrativo)”, *Enciclopedia jurídica básica*, vol. IV, Civitas, 1995.

⁹⁶³ Expresión utilizada por la SAP Girona núm. 474/2002 de 2 de octubre.

⁹⁶⁴ Competencia que es exclusiva, a tenor de lo preceptuado en el art. 149.1.8ª de la Constitución, cuya claridad y contundencia no debería dar margen a interpretaciones que puedan traicionar su espíritu. Así lo ha manifestado en múltiples ocasiones el TC. *Vid.* entre otras, STC 88/1993, de 12 de marzo; STC 156/1993, de 6 de mayo; STC 226/1993, de 8 de julio. Véase también en este sentido C. González Beilfuss, “Nuevas normas catalanas: el Código de familia y la Ley de parejas de hecho”, *REDI*, 1998, vol. L, pp. 307-311, p. 311; M. Garrido Melero, *Derecho de familia: un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 107-108.

español ha optado por la regla de “máxima ineficiencia”⁹⁶⁵. Se permite la entrada a las parejas registradas⁹⁶⁶, y no existe ni siquiera una norma estatal mediante la cuál se pueda identificar la ley aplicable a su disolución. La imprecisión creada debe ser erradicada mediante la decidida actuación del legislador estatal, que ha de adoptar una norma de conflicto que regule específicamente esta cuestión⁹⁶⁷. Después de algunos años de discusión sobre cuál sería la opción más adecuada, parece que hay un cierto consenso en la doctrina en considerar que lo más oportuno es que el legislador establezca una norma de DIPr específica para estas uniones, tal y como se ha elaborado en la mayoría de los países de la UE que han

⁹⁶⁵ Expresión utilizada por C. Carrascosa González, *Globalización y Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 221. El autor afirma que la inoperancia del legislador estatal provoca que los costes jurídicos se eleven notablemente, habida cuenta de que las partes deberán gastar recursos en investigar la solución que ofrecen las fuentes de segundo grado (costumbre, principios generales del derecho).

⁹⁶⁶ En el capítulo anterior se analizó el ámbito de aplicación personal de la normas autonómicas sobre uniones estables de pareja, para llegar a la conclusión de que a efectos de reagrupación familiar era indiferente. En España, no existe una norma concreta que admita la posibilidad de reagrupación a las parejas registradas, aunque en la práctica normalmente la reagrupación será posible si existe una legislación al respecto en la Comunidad Autónoma donde resida el solicitante, siempre que este sea español o nacional comunitario, habida cuenta de que los nacionales de terceros Estados no tienen posibilidad alguna de reagrupar a su pareja registrada. *Vid. supra*, pp. 283-288. En este mismo sentido se pronuncia R. Arenas García, “Problemas derivados de la reagrupación...”, *loc. cit.*, p. 291. Afirma que “en principio no deberían existir problemas para el reconocimiento en España de las parejas que se han constituido en el extranjero, al menos por lo que respecta al derecho de reagrupación familiar”.

⁹⁶⁷ A. Font I Segura, “Nota a la SAP Navarra núm. 99/2002, de 12 de junio, y a la...”, *loc. cit.*, p. 477. Afirma este autor que “la actitud del legislador estatal podría sostenerse en caso de que se desconociera la institucionalización de la pareja estable en el Derecho material español, pero no es de recibo sostenerla cuando distintos legisladores españoles han adoptado un régimen jurídico que parte del reconocimiento de la pareja estable como instituto”. De esta misma opinión P. Abarca Junco, “La legislación sobre parejas de hecho en el ordenamiento español. Problemas de derecho...”, *loc. cit.*, p. 48.

regulado la cuestión⁹⁶⁸. Las propuestas doctrinales oscilan desde la aplicación del art. 9.1 CC como norma general en materia del estado civil⁹⁶⁹, a la consideración de la ley de la residencia de los convivientes⁹⁷⁰ o la ley del Estado de registro⁹⁷¹. Existen además varias opciones: elaborar una sólo norma que regule el nacimiento de la relación, sus efectos y su eventual ruptura, o bien disponer distintas normas de conflicto con relación al nacimiento, a los efectos y a la disolución⁹⁷².

Estimamos que lo más adecuado sería elaborar una sola norma de conflicto. El punto de conexión más idóneo sería la *lex loci celebrationis*. Como se ha analizado, cada Estado regula el registro de las parejas de una forma particular (PACs, cohabitación en Bélgica, *Civil Partnership* en el Reino Unido...). Los ciudadanos confían en esa regulación cuando registran su unión, y, por ello, tanto el nacimiento como los efectos y la disolución de la unión deberían regirse por la ley del Estado donde se ha celebrado, para responder a las legítimas expectativas de la pareja. A pesar de que la convivencia sea el núcleo fundamental de esta forma familiar, consideramos que la residencia habitual no es un criterio de conexión adecuado, habida cuenta de que no todos los países conocen la institución. En contra de esta conexión puede argumentarse que en

⁹⁶⁸ A. Quiñones Escámez, “Eficacia extraterritorial de las uniones de pareja: nuevas normas de Derecho internacional..”, *loc. cit.*, p. 843; N. Comte Guillement, “Las parejas no casadas..”, *loc. cit.*, pp. 303.

⁹⁶⁹ I. Lázaro González, *Las uniones de hecho en el Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, pp. 361-362.

⁹⁷⁰ M. P. García Rubio, “Parejas de hecho y lealtad..”, *loc. cit.*, p. 56.

⁹⁷¹ C. González Beilfuss (*Parejas de hecho y matrimonios...*, *op. cit.*, p. 212) considera que la ley del Estado de registro es la solución más respetuosa con las expectativas de las partes.

⁹⁷² A. Font I Segura, “Nota a la SAP Navarra núm. 99/2002, de 12 de junio, y a la...”, *loc. cit.*, p. 482, baraja estas dos posibles opciones.

ocasiones es factible que sea meramente accidental, o incluso que las partes la utilicen fraudulentamente.

V. RECONOCIMIENTO DE CIERTOS EFECTOS A LOS MATRIMONIOS POLIGÁMICOS

1. Transformación del estatus de la segunda o ulterior esposa

En este capítulo final se está realizando un análisis del cambio de estatus que pueden sufrir las parejas a las que se les permite el acceso al territorio de un Estado miembro una vez se han establecido en él. Siguiendo este *iter* argumental, resulta imprescindible hacer referencia a los matrimonios poligámicos, que sin duda pueden ser calificados como el exponente tradicional de la transformación del estado civil que se está investigando. La convivencia de matrimonios poligámicos en el territorio de la UE es perfectamente factible, porque lo permite la Directiva 2003/86⁹⁷³. Ahora bien, la norma de extranjería comunitaria agota sus efectos cuando admite la convivencia del matrimonio polígamo en el Estado miembro de acogida. Esta pareja quizás en algún momento pretenda el reconocimiento de determinados efectos de su unión, que ha sido válidamente constituida en el extranjero, y a la que se le ha permitido

⁹⁷³ La Directiva 2003/86 hace referencia expresa al supuesto de los matrimonios poligámicos, estableciendo que “si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar del otro cónyuge” (art. 4). Véase *supra*, pp. 421-424. Lo que ocurre es que la Directiva no obliga a los Estados a permitir la reagrupación de cualquier esposa, será cada Estado miembro el que decida. Así, por ejemplo, en Gran Bretaña sólo se permite la reagrupación de la primera esposa (*vid.* A. S. Prakash, “Attitudes to Polygamy in English Law”, *ICLQ*, núm. 52, 2003, pp. 369-400); en cambio, en España es factible la reagrupación de cualquiera de las esposas (art. 17 LOEXIS). S. Sánchez Lorenzo considera desaconsejable optar por preterir a los sucesivos cónyuges, reservando el privilegio al primero al que elija el reagrupante (véase, “Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional...”, *loc. cit.*, p. 115).

la entrada y residencia en un Estado miembro. Será en este instante cuando se generen la mayoría de los conflictos, por ejemplo, en el ámbito de los alimentos, sucesiones, responsabilidad civil o prestaciones de la seguridad social. La transformación del estatus es patente también en este ámbito, ya que se permite la entrada de “cualquier” esposa, pero, una vez reside en el territorio del Estado miembro de acogida, la condición de cónyuge puede desvanecerse. La norma de extranjería otorga validez a esa unión, y consiente que el marido reagrupe con él a un cónyuge, pero esto no presupone la validez del vínculo a todos los efectos. El Estado miembro de acogida puede estimar inexistente la unión y como consecuencia de ello denegar, por ejemplo, una pensión de viudedad, o una prestación alimenticia. Y, en el caso concreto de España, la segunda o ulteriores esposas no tienen posibilidad de adquirir la nacionalidad española. El art. 22 Cc exige un año de matrimonio con español o española y no estar separado legalmente. Pues bien, si se reagrupa a la primera esposa, ésta podrá, transcurrido un año de residencia legal en España y si está casada con extranjero que adquiere la nacionalidad española, acceder por residencia a esta nacionalidad⁹⁷⁴. En cambio, si se reagrupa a la segunda o ulteriores esposas, el matrimonio no se considera válido por las autoridades españolas, que denegarán la adquisición de la nacionalidad⁹⁷⁵.

⁹⁷⁴ Si se trata de un matrimonio entre extranjeros y uno de ellos adquiere la nacionalidad española, su cónyuge deberá esperar un año a contar desde la adquisición de la nacionalidad española del primero para poder solicitar la nacionalidad española por residencia. El tiempo de matrimonio anterior, mientras ambos cónyuges son extranjeros, no cuenta, porque en ese momento no existe “matrimonio con español o española” (art. 22.2 d. Cc).

⁹⁷⁵ J. Carrascosa González, “Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española”, *AFD. Universidad de Murcia*, núm. 20, 2002, pp. 7-34, p. 32.

Una vez más es necesario poner de relieve la incoherencia de permitir la entrada a la segunda o ulteriores esposas si posteriormente no se van a reconocer efectos a esa unión en el Estado miembro de acogida. Hay autores que no comparten esta opinión. Estiman que la falta de coherencia no la genera la norma de extranjería sino la norma de conflicto que admite la cualidad de cónyuge designada por un Derecho extranjero (art. 9.1 Cc), al considerar que la Directiva 2003/86 no permite la poligamia, porque sólo faculta la reagrupación de una esposa⁹⁷⁶. Discrepamos de tal razonamiento porque, como se ha puesto de manifiesto, la norma de extranjería es sin lugar a dudas la que admite la poligamia, al posibilitar la reagrupación de “cualquier” cónyuge, y no sólo del primero⁹⁷⁷. Por el contrario, el reconocimiento de ciertos efectos a esos matrimonios una vez que se han establecido en el Estado miembro no se produce en todas las ocasiones, como se expondrá en este epígrafe. Por ejemplo, el segundo o ulterior matrimonio no será susceptible de inscripción en el Registro Civil, serán los tribunales de justicia los que diluciden si las dos esposas tienen derecho a pensión de viudedad, etc. La norma de conflicto puede admitir la cualidad de cónyuge porque estime ese matrimonio válido con respecto a la legislación bajo la que se constituyó, pero no es posible obviar el juego de la excepción del orden público, que limitará los efectos que esa unión poligámica pueda desplegar en el foro.

⁹⁷⁶ Así es para M. Vargas Gómez-Urrutia, “Matrimonio poligámico, orden público y extranjería”, *AL*, núm. 33, 2003, pp. 581-601, p. 597.

⁹⁷⁷ En este mismo sentido, L. Esteve González, A. López-Tarruella Martínez, M. Morán García (“La familia multicultural: entre el conflicto de civilizaciones y el servicio a la paz entre los pueblos”, *Estudios en homenaje al Profesor Martínez Valls*, vol. II, Universidad de Alicante, 2000, pp. 843-861) que afirman que el precepto de la LOEXIS constituye una muestra de la descoordinación existente entre las fuentes autónomas y las institucionales, claramente inspiradas estas últimas en la concepción atenuada del orden público internacional (p. 256).

No obstante, que la norma de extranjería comunitaria permita la reagrupación de “cualquier” cónyuge no es algo inaudito, habida cuenta de que el CEDH protege el respeto a la “vida familiar”. La existencia o no de vida familiar es esencialmente una cuestión de hecho que depende de la existencia real y efectiva de vínculos personales íntimos. El CEDH considera incluida en esta definición a la familia poligámica⁹⁷⁸. Ciertamente el Convenio no rechaza la poligamia, pero considera como un fin legítimo, incluido en el de la protección de la moral o los derechos y libertades de otros, la preservación de la cultura monógama dominante en el país. El Estado puede, por tanto, limitarse a aceptar en su territorio al marido acompañado de sólo una de sus mujeres y los hijos comunes. La Comisión Europea de Derechos Humanos afirma que la reglamentación del matrimonio pertenece a la competencia legislativa de cada Estado, el cual puede prohibir el matrimonio poligámico basándose en “consideraciones de interés público generalmente reconocidas”. Los Estados no están obligados por el Convenio a reconocer plenamente los matrimonios poligámicos que son contrarios a su propio orden jurídico⁹⁷⁹. La restricción que limita a los sujetos a reagrupar a sólo una de las esposas está amparada por el art. 8.2 CEDH, que, obviamente, no tiene en cuenta los problemas que se suscitan una vez se está residiendo en el Estado de acogida.

Partiendo de la realidad ya estudiada de que un matrimonio poligámico pueda convivir en un Estado miembro, la cuestión que se

⁹⁷⁸ *Vid.*, en este sentido I. Arriaga Iraburu, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia...*, *op. cit.*

⁹⁷⁹ Decisión sobre la admisibilidad 14501/89 *Alilouch El Abasse c/. Holanda*; Decisión sobre la admisibilidad 19628/92 *R. B. C/Reino Unido*, de 29 de junio de 1992.

plantea a reglón seguido es si la segunda o ulterior esposa de un matrimonio de este tipo válidamente constituido en el extranjero entre extranjeros puede invocar su estatuto de cónyuge para obtener determinados derechos derivados de esta condición.

2. Orden público atenuado y orden público de proximidad

En principio, al reconocimiento de los matrimonios poligámicos se le podría oponer la excepción de orden público internacional habida cuenta de que ningún Estado miembro permite su celebración. Esto es así porque en los ordenamientos jurídicos de la Europa occidental existe un núcleo común de principios que pueden considerarse integrantes del concepto de orden público internacional de modo inequívoco⁹⁸⁰. La no discriminación por razón de sexo o de raza, la igualdad de los cónyuges ante la ley, la propiedad privada o el derecho a la herencia forman parte del concepto en todos los Estados europeos, y algo similar podría decirse del principio de la monogamia matrimonial⁹⁸¹.

⁹⁸⁰ *Vid.* G. Karydis, “L’ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable”, *Rev. trim. dr. eur.*, 2002, pp. 1-26. Además es importante subrayar que la normativa del CEDH se integra en el contenido del orden público del foro, rechazando la aplicación de las normas extranjeras que supongan una violación de alguno de los derechos protegidos por el CEDH, y ello con independencia de que dichas normas extranjeras sean las de un Estado parte o las de un tercer Estado. *Vid.* P. A. de Miguel Asensio, “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado”, *RDP*, 1998, pp. 541-558, p. 551.

⁹⁸¹ *Vid.* en este sentido, S. A. Aldeeb Abu-Sahlieh y A. Bonomi, *Le droit musulman de la famille et des successions à l’épreuve des ordres juridiques occidentaux (Étude e droit comparé sur les aspects de droit international privé liés à l’immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse)*, Zurich, Schulthess Polygraphischer, 1999, p. 101. Algunos autores, con los que no estamos de acuerdo, han afirmado que la situación no es tan desconocida en los ordenamientos jurídicos occidentales, en tanto en cuanto, si bien es cierto que no tiene lugar como una situación de Derecho, sí tiene cabida como una situación de hecho, al admitir las uniones posteriores sin que esté disuelto el primer matrimonio. *Vid.* en este sentido, A. Álvarez Rodríguez, “La transposición de las Directivas de la UE sobre inmigración...”, *loc. cit.*, p. 14; M. Adam Muñoz, “El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado...”, *loc. cit.*, p. 200. J. M.

Las razones fundamentales para que los Estados miembros puedan oponer la excepción de orden público son, en primer lugar, que se vulneraría uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico (el carácter monogámico del matrimonio)⁹⁸². Y la segunda que se conculcaría un principio fundamental, internacionalmente reconocido: la igualdad entre hombres y mujeres⁹⁸³. Las sociedades democráticas

Espinar Vicente (“Sobre la urgente necesidad de reformar la institución jurídica del matrimonio”, *AC*, núm. 19, de 5-11 de mayo de 2003, pp. 477-493, p. 484; *id. El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 26-27) afirma que el orden público resulta necesariamente relativo para aquellos sistemas que admiten la “poligamia sucesiva”, y contemplan un régimen de relaciones patrimoniales que afecta a las relaciones de un sujeto con su cónyuge y otros eventuales excónyuges. Es lo que un sector doctrinal ha denominado “poligamia de facto”.

⁹⁸² Esta quiebra, inaceptable para las autoridades del Estado miembro donde se pretenda contraer matrimonio poligámico, justificaría la puesta en marcha de la excepción de orden público. *Vid.* M. P. Canedo Arrillaga, “La propuesta de Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar: algunos comentarios...”, *loc. cit.*, p. 137. *Vid.* también en este sentido, S. A. Aldeeb Abu-Sahlieh y A. Bonomi, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve...*, *op. cit.*, pp. 101-106.

⁹⁸³ El art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 dispone que “los hombres y las mujeres disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”, y deberá ser garantizada por los Estados como precisa el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1966: “Los Estados parte tomarán las medidas necesarias para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo”. Más explícitamente, el Convenio de Naciones Unidas sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, obliga, en su art. 16, a “eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares” y asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres entre otras cuestiones “los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución”. Y el art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que la “igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos”. A pesar de estos Convenios, la Comunidad internacional era consciente de que existían grupos más vulnerables dentro de la sociedad. Por este motivo quiso reforzar la fuerza vinculante de las normas que prohibían la no discriminación por razón de sexo y la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó en 1979 la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que está en vigor desde el 3 de diciembre de 1989.

occidentales se asientan sobre valores fundamentales, aceptados unánimemente, y que constituyen estándares inspiradores de las diferentes normativas referentes a los derechos humanos y sus correspondientes secuelas: igualdad de sexos, libre manifestación del consentimiento, interés superior del menor, etc⁹⁸⁴. La poligamia es una institución que atenta contra estos valores fundamentales porque permite que el marido contraiga matrimonio con varias mujeres, posibilidad que está vedada a la mujer⁹⁸⁵.

A pesar de todo, cabe cuestionarse la conveniencia de alegar la excepción de orden público del foro con todo su rigor. Para oponer esta excepción es necesario verificar si el resultado concreto al que lleva el reconocimiento de la eficacia de la decisión invocada es inadmisibile para el foro. Más posibilidades tiene de intervenir el orden público cuanto mayor es la vinculación de la relación jurídica con el foro (*Inlandsbeziehung*)⁹⁸⁶. Si es un nacional del Estado miembro el que contrae

⁹⁸⁴ M. P. Diago Diago, “Concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado”, *Revista Aequitas*, nº 6, junio 2001, pp. 6-13, p. 6.

⁹⁸⁵ Los diversos Códigos musulmanes regulan esta posibilidad, restringiéndola en muchas ocasiones. Así, por ejemplo, en Marruecos la poligamia ha adquirido un carácter cualificado y excepcional, y está sometida a control judicial. *Vid.* P. Diago Diago, “La nueva *Mudawana* marroquí y el Derecho internacional privado”, *REDI*, núm. LVI, 2004, pp. 1078-1083; A. Quiñones Escámez, “La réception du nouveau Code la famille marocain (Moudawwana, 2000) en Europe”, *Riv.dir.int.pr.proc.*, núm. 3, 2004, pp. 877-900; H. Zekri, “El nuevo Código de Familia Marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano marroquíes”, *REDI*, 2004, núm. 1, vol. LVI, págs. 201-313. El único país musulmán en el que está prohibida la poligamia es Túnez. Así lo establece el art. 18.1 de Código del Estatuto personal. *Vid.* una recopilación de los textos del Estatuto personal en C. Ruiz-Almodóvar, *El Derecho privado en los países árabes. Códigos de estatuto personal*, EUG, Granada, 2005; M. C. Flobets y J. Y. Carlier, *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruylant, Bruselas, 2005.

⁹⁸⁶ Esta teoría fue expuesta en el siglo XX por F. Kahn, *Abhandlugen zum internationalen Privatrecht*, vol. I, 2ª ed, Munich, 1928. *Vid.* también, P. Hammje, “Droits

segundo o ulterior matrimonio porque su estatuto religioso se lo permite, será radicalmente nulo sin que se le reconozca efecto alguno. Así, la DGRN no admite la inscripción en el RC de los matrimonios celebrados por dos extranjeros en el extranjero, cuando uno de ellos adquiere la nacionalidad española, si de la documentación aportada resulta que el varón ya estaba casado. Aunque este enlace sea válido para el ordenamiento en el que se celebró, y en principio haya que aplicar en este punto el estatuto personal de los contrayentes, la ley extranjera debe quedar excluida. En otros supuestos la DGRN deniega el certificado de capacidad matrimonial previo a la celebración civil a un español de religión musulmana al comprobar que se encuentra vinculado por anterior matrimonio (RDGRN de 8 de marzo de 1995). Así, tanto los matrimonios polígamos celebrados en el extranjero por extranjeros que después adquieren la nacionalidad española, como los concluidos por españoles con extranjeros según la *lex loci*, son ineficaces para el ordenamiento

fondamentaux et ordre...”, *loc. cit.*, pp. 1-31; P. Lagarde, “La théorie de l’ordre public international face à la polygamie et à la repudiation. L’expérience française”, *Homenage a F. Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 263-283, pp. 270-274. Según esta teoría, también denominada “orden público de proximidad”, el orden público internacional sólo opera contra la aplicación de la ley extranjera si existe un vínculo con el país cuyos tribunales conocen del asunto. *Vid.* F. Cadet, *L’ordre public en droit international de la famille. Étude comparée France/Espagne*, Paris, L’Harmattan, 2005, p. 275-331; P. Courbe, “L’ordre public de proximité”, *Le Droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 227-239; M. Fallon, “L principe de proximité dans le droit de l’Union européenne”, *Le Droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 241-263. J. Carrascosa González advierte del peligro que subyace en la aplicación de esta teoría, ya que crea sujetos de “doble condición”. Así, por ejemplo, “una mujer alemana podría invocar el orden público internacional alemán para que este interviniese en contra de la aplicación de la ley de un Estado musulmán que permite un segundo y válido matrimonio de su esposo argelino. Sin embargo, si el varón y las dos esposas son argelinas, y los matrimonios se han celebrado en Argelia, la primera mujer no puede invocar el orden público internacional alemán (“Nuevos modelos de familia y DIPr en...”, *loc. cit.*, p. 117). En este mismo sentido se pronuncia B. Ancel, “Regards critiques sur l’erosion du paradigme...”, *loc. cit.*, p. 371.

jurídico español⁹⁸⁷. Hay ocasiones, no obstante, en que estos matrimonios no serían nulos, sino sólo “potencialmente poligámicos”, esto es, celebrados conforme a una ley que admita la poligamia, siempre y cuando se trate del primer vínculo conyugal de ambos contrayentes. Las RDGRN de 25 de noviembre de 1998 y de 30 de octubre del mismo año declaran que “si el matrimonio se ha celebrado por dos guineanos libres para contraer matrimonio, no hay motivos de orden público para rechazar una forma matrimonial válida para ese Derecho, por más que, sin disolución del vínculo, los contrayentes puedan celebrar después matrimonio con otra persona distinta”⁹⁸⁸.

Cuando intervenga una autoridad española, afecte a un nacional español o se pretenda su inscripción en un Registro español, el orden público podrá utilizarse para preservar la igualdad entre los cónyuges, la libertad para contraer matrimonio, la ausencia del impedimento de ligamen, etc; y la inscripción no será posible. Por el contrario, cuando se pretende el reconocimiento de determinados efectos de relaciones válidamente constituidas en el extranjero de acuerdo con una legislación que considera lícita la institución, la intervención de la excepción de orden público debería atenuarse, ya que la proximidad existente entre la relación contraria al orden público internacional y el ordenamiento del foro es

⁹⁸⁷ S. Acuña, R. Domínguez, P. Lorenzo y A. Motilla, *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho...*, *op. cit.*, p. 157.

⁹⁸⁸ Para un estudio de estos matrimonios *vid.* entre otros, G. Droz, *Regards sur le droit international privé comparé*, *Rec. des. C.*, t. 229, 1991, pp. 148-150; I. García Rodríguez, “La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural...”, *loc. cit.*, pp. 214-220. En Gran Bretaña, la Ley de Derecho internacional privado de 8 de noviembre de 1995 (*Private International (Miscellaneous Provisions) Act 1995*), ha procedido a aceptar la validez de los matrimonios celebrados fuera del Reino Unido que, aún contraídos conforme a una ley que permita la poligamia, resulten ser monógamos en la práctica. *Vid.* un comentario en P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Ley británica de DIPr de 8 de noviembre de 1995”, *REDI*, 1996-2, pp. 340-342.

menor⁹⁸⁹. En estos casos, el reconocimiento del matrimonio opera únicamente como cuestión previa respecto a otra, y podría resultar suficiente que se constatase la existencia del matrimonio en un ordenamiento competente de acuerdo con nuestro sistema de DIPr para considerar eficaz dicho matrimonio⁹⁹⁰. Se trata de reconocer que el matrimonio cumple con las prescripciones legales del ordenamiento jurídico bajo el que tuvo lugar, lo que no significa necesariamente que reúna los requisitos necesarios para su reconocimiento en el foro. *Ad exemplum*, el matrimonio poligámico no sólo no sería susceptible de reconocimiento en España, sino que se considera un dato significativo de que la persona que pretende adquirir la nacionalidad española no tiene un grado suficiente de integración en la sociedad, requisito imprescindible para su concesión⁹⁹¹.

⁹⁸⁹ M. Aguilar Benítez de Lugo, “Estatuto personal y orden público en un contexto de creciente multiculturalidad”, *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2001, pp. 315-335. *Vid.* Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 12ª) de 6 de abril de 2000 (*AEDIPR*, 2002, t. II, pp. 875-876), en la que el Tribunal afirma que el orden público “debe aplicarse con gran cautela y de modo restringido, ya que si se llevase a sus últimas consecuencias nunca surgiría la posibilidad de aplicar leyes promulgadas por otros Estados”.

⁹⁹⁰ En este mismo sentido la Resolución de la novena comisión del Institut de Droit International, “Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille”, *Annuaire*, vol. 71, T. I, Sesión de Cracovia, 2005 (Rapporteur: P. Lagarde). La Resolución establece que los Estados no deben oponer el orden público al reconocimiento de la validez de uniones poligámicas celebradas en un Estado que admite la poligamia. No obstante, considera que esas uniones no tendrán que ser reconocidas si los dos esposos tenían su residencia habitual, en el momento de la celebración, en un Estado que no admite la poligamia, o si la primera esposa tiene la nacionalidad de un tal Estado o tiene allí su residencia habitual.

⁹⁹¹ *Vid.* Sentencia de la AN (Sala de lo contencioso administrativo) de 23 de noviembre de 2000: “es dudoso que la poligamia no afecte al grado de integración social cuando deben someterse a la obediencia de la Constitución y las leyes para acceder a la nacionalidad española”.

Ahora bien, sí sería posible otorgar ciertos efectos a los matrimonios poligámicos cuando la ley nacional de ambos cónyuges admita la poligamia, no afecte a derechos de terceros ni repercuta negativamente en los intereses del foro. Esta técnica consiste en la gradación de las condiciones para el reconocimiento de los matrimonios extranjeros, en función de la vinculación del supuesto con el Estado de acogida y el fin perseguido por el reconocimiento⁹⁹². Esta diferencia de trato, aplicando el orden público atenuado dependiendo de la proximidad de la relación con el foro, es discriminatoria ya que podrán aceptarse los efectos del matrimonio poligámico si ha sido celebrado en el extranjero por extranjeros, pero no si una de las partes es nacional del Estado miembro de acogida⁹⁹³. El orden público de proximidad postula la desigualdad entre los individuos según su grado de vinculación con el foro. Se ha llegado a afirmar que el orden público de proximidad discrimina entre la especie humana, distinguiendo entre una categoría de hombres que disfrutan de todos los derechos y pueden ejercitarlos

⁹⁹² R. Arenas García, *Crisis matrimoniales...*, *loc. cit.*, p. 236.

⁹⁹³ *Vid.* en este sentido los dos pronunciamientos de la Corte de Casación francesa en el famoso asunto *Baaqijt*: Resolución de la *Cour de Cassation* francesa de 17 de febrero de 1982, comentada por. Y. Lequette, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1983, p. 275.-282; y la Resolución de la *Cour de Cassation* francesa de 6 de julio de 1988, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989, p. 7. Para un comentario crítico de estos pronunciamientos véase B. Ancel, “Regards critiques sur l’érosion du paradigme...”, *loc. cit.*, en esp. pp. 373-376. En España *vid.* RDGRN de 11 de mayo de 1994; RDGRN de 8 de marzo de 1995; RDGRN de 22 de septiembre de 1994; RDGRN de 2 de noviembre de 1999. La DGRN advierte que si bien el contrayente marroquí, de acuerdo con su peculiar estatuto personal, es libre para contraer otro matrimonio, subsistiendo el primero, esta norma extranjera, en principio aplicable según nuestras normas de conflicto, ha de ser excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (artículo 12.3, Cc), que no puede permitir que una española contraiga matrimonio con un extranjero casado, lo que atentaría contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio. Para un comentario de esta Resolución véase I. Blázquez Rodríguez, “Pluralidad de formas de celebración y matrimonio musulmán. Una perspectiva desde el Derecho internacional privado español”, *Bol. Mex. Der. Comp.*, n° 110, mayo-agosto 2004, pp. 425-477, pp. 459-460.

plenamente (los nacionales del Estado miembro de acogida y los que residen de forma habitual) y una categoría inferior de hombres que no disfrutaban de estos derechos por no tener la nacionalidad o residencia en el Estado miembro de acogida⁹⁹⁴.

Esta técnica comenzó a ser utilizada en Francia, a principios de la década de los sesenta, en relación con los matrimonios poligámicos regularmente celebrados en el extranjero⁹⁹⁵. A estas uniones se le han reconocido efectos en el ámbito de los alimentos⁹⁹⁶, sucesiones⁹⁹⁷, responsabilidad civil⁹⁹⁸ y prestaciones a la seguridad social⁹⁹⁹. En el mismo

⁹⁹⁴ B. Ancel, “Regards critiques sur l’érosion du paradigme...”, *loc. cit.*, p. 371.

⁹⁹⁵ Una exposición de la jurisprudencia francesa sobre esta cuestión en S. Adroher Biosca, “Matrimonio islámico y DIPr español”, *Hominum causa omne ius constitutum est. Escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. J. M. Díaz Moreno*, Madrid, 2000, pp. 879-890; F. Jault-Seske, *Le regroupement familial en Droit Comparé français et allemand*, L.G.D.J., París, 1996, pp. 85 y 101-109; D. Alexandre, “L’intervention de l’ordre public dans le droit de la famille en droit international privé français”, *Le droit de la famille en Europe*, Estrasburgo, Presses Universitaires, 1992, pp. 111-112; J. Déprez, “Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (les relations entre systèmes d’Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)”, *Rev. des C.*, vol. 211, 1988, pp. 9-372, pp. 162-167.

⁹⁹⁶ Las dos sentencias Chemouni de la Cour de Cassation, de 28 de enero de 1958 (*Rev.crit.dr.int.pr.* (1958) p. 110) y de 19 de febrero de 1963 (*Rev.crit.dr.int.pr.* (1963) p. 559) consideran que la demanda de pensión alimenticia presentada en Francia por la segunda esposa de un israelita tunecino no va en contra del orden público francés.

⁹⁹⁷ La sentencia de la Cour de Cassation de 3 de enero de 1980, en el asunto *Beneddouch* (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1980, p. 331) reconoce los derechos sucesorios de la segunda esposa de un extranjero polígamo. A su vez, la sentencia de la Cour d’Appel de París, de 8 de noviembre de 1983, en el caso *Kaci* (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984, p. 476) reconoce los derechos sucesorios de una argelina, cónyuge superviviente de una unión poligámica con un compatriota, en concurrencia con los hijos nacidos de otras dos uniones, una de ellas contraída con una francesa en París.

⁹⁹⁸ En Bélgica, la sentencia de la Cour de Liège de 23 de abril de 1970 en el caso *dame Oum Keltoum* (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1975, p. 54) reconoce a la segunda esposa indemnización por el fallecimiento accidental de su esposo.

⁹⁹⁹ La sentencia de la Cour de Cassation de 8 de marzo de 1990 en el caso *Menguellati* (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, p. 694), reconoce la calidad de derechohabiente de su

sentido ha actuado la jurisprudencia inglesa, que ha reconocido ciertos efectos a los matrimonios poligámicos válidamente constituidos en el extranjero de acuerdo con la ley personal y la del lugar de celebración, en el ámbito de la legitimidad de los hijos¹⁰⁰⁰, así como respecto a los derechos sucesorios de éstos y de la viuda¹⁰⁰¹.

Habida cuenta de que el efecto que se pretende no es contrario al orden público del foro, y que la relación ya se había constituido de manera legal en el extranjero, no parece que, por el reconocimiento de estos efectos se vulneren principios en los que se fundamentan los ordenamientos occidentales¹⁰⁰². En España, la DGRN no ha descartado la posibilidad de que un matrimonio poligámico surta ciertos efectos¹⁰⁰³.

marido, un asegurado social argelino, con relación al régimen francés de seguridad social, a su segunda esposa, que vive con él en Francia, habiendo regresado la otra esposa definitivamente a Argelia.

¹⁰⁰⁰ La sentencia de la Family División de 21 de octubre de 1971 en el caso *Hashmi v. Hashmi* (Clunet, 1980, p. 125), consideró legítimos los hijos nacidos de un matrimonio celebrado en Inglaterra entre un musulmán domiciliado en Pakistán y casado allí con una mujer, y una mujer domiciliada en Inglaterra, matrimonio nulo según la ley inglesa por impedimento de bigamia, pero válido según la ley pakistaní.

¹⁰⁰¹ Para un análisis de la jurisprudencia británica, véase D. Pearl y W. Menski, *Muslim Family Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1998, pp. 273-279.

¹⁰⁰² Vid. D. L. Chambers, “Polygamy and Same-Sex...”, *loc. cit.*; F. Cadet, *L’ordre public en droit international de la famille. Étude comparée...*, *op. cit.*; P. Lotti, *L’ordine pubblico internazionale*, Milán, Giuffrè, 2005, pp. 121-125; B. Ancel, “Le statut de la femme du polygame”, *Le droit de famille à l’épreuve des migrations transnationales*, París, LGDJ, 1993, pp. 106-123, p. 110; M. Alenda Salinas, “Derecho de familia musulmán en un país de inmigración: entre el desconocimiento y la normalidad del instituto matrimonial islámico en España”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la UE y el Derecho comparado*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp. 308-311; A. Motilla, “Eficacia civil del matrimonio celebrado en el extranjero conforme a la ley islámica”, *El matrimonio islámico y su eficacia en el sistema español*, Córdoba, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003, pp. 156-162.

¹⁰⁰³ Entre otras, Resoluciones de la DGRN de 3 de diciembre de 1996, 20 de febrero de 1997, 10 de junio de 1998, 8 de abril de 1999, 30 de septiembre de 1999 y de 2 de noviembre de 1999.

También los órganos jurisdiccionales españoles han admitido la eficacia de los matrimonios poligámicos¹⁰⁰⁴. *Ad exemplum*, el juzgado de lo social de la Coruña admitió ciertos efectos de un matrimonio poligámico en aras del establecimiento de la pensión de viudedad generada por el fallecimiento en accidente de tráfico de un ciudadano senegalés¹⁰⁰⁵. En el fundamento jurídico segundo de esta sentencia se afirma: “se discute la posibilidad de concesión de viudedad dada la existencia de dos viudas, legales según la legislación senegalesa, pero unidas en un matrimonio prohibido por la legislación española (...). En relación con la prestación de viudedad, el art. 174 LGSS la reconoce al cónyuge superviviente, lo que exige la existencia previa de un matrimonio legalmente celebrado, situación ya aclarada en el sentido de denegarse esta prestación a las parejas de hecho, precisamente por falta de matrimonio”.

Ahora bien, el órgano jurisdiccional no exige que el matrimonio se haya celebrado al amparo de la legislación española, sino que, siendo los cónyuges extranjeros, dicho matrimonio sea legal en base a su propia legislación. Ello sucede en el supuesto de autos, en el que, permitida la poligamia en el país de origen de las actoras, contrajeron matrimonio de conformidad con su legislación, por lo que el matrimonio es

¹⁰⁰⁴ STSJ de Madrid, núm. 738/2003, Sala de lo social, sección 4ª, de 26 de diciembre de 2003; STSJ de Madrid, núm. 456/2002, Sala de lo Social, sección 4ª, de 29 de julio de 2002 (*vid.* un comentario a esta sentencia I. García Rodríguez, *REDI*, vol. LV, 2003, pp. 450-462). En sentido contrario a conceder la pensión de viudedad *vid.* STSJ Comunidad Valenciana núm. 1821/2005, Sala de lo social, sección 1ª de 6 de junio de 2005; STSJ de Cataluña, núm. 5255/2003, Sala de lo social, sección única, de 30 de julio de 2003.

¹⁰⁰⁵ Sentencia del Juzgado de lo social de La Coruña de 13 de julio de 1998 (AS, 2001) n° 1493 (Sentencia confirmada por la STSJ de Galicia, Sala de los social, núm. 899/2202, de 2 de abril de 2002). *Vid.* comentario de A. L. Val Tena, “Matrimonio polígamo y pensión de viudedad”, *Revista AequiAelitas*, núm. 10-11, 2002, pp. 68-70.

perfectamente legal y surte sus efectos en España como cualquier otro matrimonio entre extranjeros. La misma interpretación realizó el Instituto Nacional de Salud, y decidió repartir entre dos mujeres, al 50%, la pensión de viudedad de un nacional de Gambia que había celebrado en su país de origen sendos matrimonios poligámicos, trasladándose posteriormente a España con sus dos esposas. El Juzgado nº 6 de lo Social de Barcelona ratificó la resolución del Instituto Nacional de la Salud argumentando que la legislación española reconoce los matrimonios en el extranjero y a la muerte del marido las dos uniones seguían vigentes¹⁰⁰⁶. Sin embargo, una de las esposas recurrió en suplicación, reclamando la totalidad de la pensión de viudedad, recurso que se estimó en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de julio de 2003¹⁰⁰⁷. En su fundamento jurídico 4 afirma que: “si en tal país es válida la poligamia debería también reconocerse la eficacia de tal situación por aplicación de las normas de Derecho internacional privado, pero en el presente supuesto tal figura choca frontalmente con lo dictado en el art. 12.3 Cc...”. “A efectos de la ley española el segundo matrimonio es nulo...”. *Quod nullum est, nullum effectum producit*. Y como consecuencia de todo esto otorgan la totalidad de la pensión a la primera mujer, dejando a la segunda sin nada, esgrimiendo que la poligamia atenta contra el principio de igualdad entre el hombre y la mujer¹⁰⁰⁸. No obstante, esta segunda esposa

¹⁰⁰⁶ Para un análisis de este pronunciamiento véase P. Juárez Pérez, “Hacia un Derecho internacional privado intercultural”, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 331-351, pp. 338-339; M. Vargas Gómez-Urrutia, “Matrimonio poligámico, orden público...”, *loc. cit.*, pp. 581-601.

¹⁰⁰⁷ STSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 30 de julio de 2003, 2003/91497.

¹⁰⁰⁸ Quizás el reconocimiento de la pensión completa para cada una de las cónyuges puede implicar una carga excesiva para las arcas del Estado, y potenciar la celebración de matrimonios poligámicos, pero no causa ningún perjuicio económico la división de la pensión entre las mujeres, aunque debería hacerse de forma proporcional al tiempo de convivencia. De esta misma opinión. P. Orejudo de los Mozos, “Tratamiento el matrimonio poligámico (los tribunales españoles y la pensión de viudedad”, *4º Congreso*

era una mujer que estaba convencida de la legalidad de su matrimonio y de los efectos jurídicos que el mismo conlleva, y no parece lógico que quede desposeída de estos efectos jurídicos por el hecho de cambiar de sistema jurídico y que su centro de vida se desplace a otro Estado¹⁰⁰⁹. Aunque, utilizando este mismo argumento a *sensu contrario*, podría llegarse a afirmar que si la segunda esposa era de nacionalidad española, y no ignoraba el primer matrimonio de su marido, no se le deberían reconocer ningún tipo de efectos ya que se han aceptado los riesgos que tal matrimonio conlleva¹⁰¹⁰.

No cabe duda que la poligamia es una de las instituciones del Derecho islámico que más directamente contrasta con los principios y valores de los ordenamientos europeos¹⁰¹¹. Razones como la presión del mundo occidental, la mejor posición y educación de la mujer, y el aumento de los conflictos familiares en materia sucesoria han contribuido a dicha tendencia¹⁰¹². Pero si lo que se pretende es el reconocimiento sólo de ciertos efectos de esa unión válidamente constituida en el Estado de

sobre la inmigración en España. Ciudadanía y participación, Girona, del 10-13 de noviembre de 2004, www.udg.es/congres_immigracio/MESES/taula04/comunicacions/M4C-Orejudo.PDF.

¹⁰⁰⁹ M. D. Adam Muñoz, “El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado...”, *loc. cit.*, p. 223; En este sentido ya se pronunciaba E. Jayme (*Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, *Rec. des C.*, t. 251, 1995, p. 254) que recoge el fallo de un Tribunal de Heidelberg (AG Heidelberg de 15 de enero de 1985) sobre la validez del matrimonio de un nacional alemán y una camerunesa en Camerún, “la mujer camerunesa provenía de una cultura distinta y confiaba en la validez del matrimonio”.

¹⁰¹⁰ En este mismo sentido se pronuncia G. Droz (*Regards sur le droit...*, *op. cit.*, p. 151) pero cuando la segunda esposa fuese nacional del Estado miembro de acogida.

¹⁰¹¹ A. Motilla y P. Lorenzo, *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho...*, *op. cit.*, p. 142.

¹⁰¹² S. Acuña, R. Domínguez, P. Lorenzo y A. Motilla, *El matrimonio islámico y su eficacia...*, *op. cit.*, p. 37.

celebración debería actuar la excepción de orden público atenuado¹⁰¹³. Es necesario atender a circunstancias propias del supuesto de tráfico externo, a su mayor o menor grado de vinculación con el foro, o a la ponderación de otros valores, con lo que no siempre derivaría en la inaplicación de la ley extranjera originalmente reclamada¹⁰¹⁴. Las autoridades de los Estados miembros no tienen por qué constituir la relación que se considera contraria a nuestra concepción familiar; lo único que se pretende es que se reconozcan ciertos efectos a esas relaciones, que se consideran perfectamente admisibles en nuestros ordenamientos y que, en sí mismas, no vulnerarían el orden público internacional de esos Estados¹⁰¹⁵. La figura del orden público atenuado puede conciliar el respeto a las situaciones creadas con respecto a otros ordenamientos jurídicos con nuestros valores y principios, aunque también puede engendrar el efecto “perverso” de proteger a la parte que pretende beneficiarse de la divergencia de los regímenes de conflicto de leyes¹⁰¹⁶.

Compartimos la opinión doctrinal que defiende “que la invocación del orden público en ningún caso debe ser una defensa abstracta de los derechos fundamentales ajena a las circunstancias del caso y a los destinatarios de las normas. No es el Derecho extranjero lo contrario al

¹⁰¹³ La mayor proximidad de la relación jurídica litigiosa aumentaría las posibilidades de aplicación del orden público. Por el contrario, la ausencia de conexiones disminuiría las posibilidades de toma en consideración del orden público. *Vid.* en este sentido, P. Lagarde, “La théorie de l’ordre public international face à la polygamie et à la repudiation. L’expérience...”, *loc. cit.*, pp. 266-270.

¹⁰¹⁴ Tal como afirma A. Bucher “se puede no querer aceptar la poligamia, pero no se la puede ignorar ni rechazar completamente sin atribuirle el menor efecto jurídico” (*vid.* “La famille en Droit international...”, *loc. cit.*, p. 129).

¹⁰¹⁵ M. P. Canedo Arrillaga, “La propuesta de Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar...”, *loc. cit.*, p. 138.

¹⁰¹⁶ A. Bucher, “La famille en Droit international...”, *loc. cit.*, pp. 130-131.

orden público (si no lo sería siempre o nunca), sino sus efectos *in casu* en el foro”¹⁰¹⁷. Es preciso tener en cuenta que, en la actualidad, el orden público tiene como función la solución de los problemas concretos y que debe ser este análisis particular el que oriente su aplicación¹⁰¹⁸. Hay supuestos en que, pese a que la normativa extranjera puede ser considerada discriminatoria con carácter general, en su aplicación al caso individual beneficia los intereses del demandante, si éste es la parte a quien podría perjudicar la regulación extranjera discriminatoria o contraria de otra forma al orden público español.

Las relaciones con elemento extranjero reclaman cada vez más soluciones *ad hoc*, creadoras, que lleven al juez a asumir responsabilidades en el ámbito de la protección (no abstracta) de los derechos fundamentales¹⁰¹⁹. Negar todo efecto jurídico a un matrimonio poligámico celebrado en el extranjero con arreglo a las leyes que lo permiten sería injusto, pues sería contrario a la idea de continuidad espacial de las situaciones privadas internacionales¹⁰²⁰. De ahí la necesidad del efecto atenuado del orden público, que permite la continuidad en el espacio de

¹⁰¹⁷ A. Quiñones Escámez, “Limitaciones infundadas al *ius nubendi*: el repudio revocable. En torno a la resolución de la DGRN de 4 de junio de 2001, sobre autorización del matrimonio civil”, *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 297-304, p. 302.

¹⁰¹⁸ M. Aguilar Benítez de Lugo, “Estatuto personal y orden público en un contexto de creciente...”, *loc. cit.*, p. 333; H. Aguilar Grieder, “Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en le DIPr”, *Cuestiones actuales de Derecho comparado. Actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña, A Coruña, Servicio de publicaciones da Universidade da Coruña*, 2003, pp. 235-264, pp. 248-249.

¹⁰¹⁹ A. Quiñones Escámez, “Limitaciones infundadas al *ius nubendi*: el repudio revocable. En torno a la resolución de la...”, *loc. cit.*, p. 302.

¹⁰²⁰ A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 77.

algunos de los efectos de situaciones creadas en un ordenamiento jurídico en el resto de ordenamientos¹⁰²¹. Los derechos fundamentales que están en la base de los límites de la tolerancia que encierra el correctivo del orden público no pueden conducir en ningún caso a un perjuicio material o una restricción de los derechos sustantivos o procesales de las personas cuyos derechos individuales tratan de garantizarse¹⁰²².

¹⁰²¹ L. Esteve González, A. López-Tarruella Martínez, M. Morán García, “La familia multicultural: entre el conflicto de civilizaciones y el servicio a la paz....”, *loc. cit.*, p. 857.

¹⁰²² S. Sánchez Lorenzo, “Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional”, *loc. cit.*, p. 116.

CONCLUSIONES

ESQUIZOFRENIA JURÍDICA Y NECESIDAD DE COHERENCIA EN EL SISTEMA DEL FORO

Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam la UE comenzó a legislar sobre aspectos que, pocos años atrás, resultaban imprevisibles, por estar profundamente imbricados en la soberanía nacional. Por muy ajustadas que pudieran ser las predicciones de la doctrina, parecía imposible que ámbitos como el DIPr o el Derecho de extranjería fueran transferidos al marco competencial de la UE. El análisis de estas nuevas competencias asumidas por la Comunidad ha sido el punto de partida de este trabajo de investigación. Como se ha puesto de relieve, la actuación comunitaria en materia de DIPr y en materia de Derecho de extranjería es desbordante, y con perspectivas de ampliarse en un futuro. No obstante, estas nuevas atribuciones competenciales no son exclusivas; siguen estando compartidas con los Estados miembros. Esto genera una gran cantidad de disfunciones, al no alinearse, en la mayoría de las ocasiones, las soluciones que se adoptan en el marco de la aplicación del Derecho comunitario y las soluciones arbitradas en el DIPr de los Estados miembros.

En este proyecto de tesis doctoral se han analizado las referidas disfunciones en relación con las situaciones conyugales, partiendo de la premisa de que no es adecuado que el estatus de una persona dependa del contexto en que sea relevante la determinación de ese estatus. No se puede tener la consideración de cónyuge a efectos de reagrupación familiar, y no tenerla para recibir una pensión alimenticia o para disolver el vínculo, por ejemplo. De un Estado miembro a otro la unión puede perder su condición y, por añadidura, todos los derechos que confiere a la pareja.

El reconocimiento de la unión una vez ha accedido al Estado miembro de acogida sólo para hacer valer un determinado efecto puede originar la falta de coherencia en el sistema del foro y provocar una gran inseguridad jurídica con respecto al estado civil de esas personas. Y no hay que perder de vista dos extremos. En primer lugar, que esa unión es válida en el Estado de celebración. Y, en segundo lugar, que se ha permitido la convivencia de la pareja en el Estado de acogida. Teniendo presentes estas dos premisas resulta difícil aceptar la invisibilidad de la unión y, sobre todo, la inseguridad que crea entre las partes, y frente a terceros, la pretendida inexistencia jurídica de aquélla.

Han sido analizadas a lo largo de esta investigación las consecuencias que ocasiona el hecho de que la misma relación jurídica pueda recibir una respuesta distinta en función de los efectos que se pretenden de ella. Regular una institución conforme a un ordenamiento jurídico para determinar su validez sólo a unos efectos y decidir conforme a otro sus efectos en otros aspectos genera una esquizofrenia jurídica que contradice la función ordenadora del Derecho. Para superar esta falta de coherencia se proponen varias soluciones: a) la aplicación de la *lex loci*

celebrationis para determinar la validez de estas uniones, tanto para el acceso al territorio de un Estado miembro, como para el reconocimiento de ciertos efectos de la unión una vez la pareja se ha establecido en ese Estado; b) la transposición automática; c) la creación de conceptos autónomos en las normas elaboradas por la Unión Europea; d) la aplicación del efecto atenuado del orden público; e) la aplicación de restricciones en el momento de la entrada a través de las normas de extranjería; y, f) creación de un sistema conflictual europeo orientado hacia la libre circulación de personas.

Las soluciones que se proponen no son necesariamente alternativas, algunas, como se analizará, pueden ser cumulativas. Las que implican una mayor coherencia en el sistema jurídico del foro producen mayores restricciones a la libre circulación; y, por el contrario, aquéllas que generan una esquizofrenia jurídica en el ordenamiento jurídico del Estado de acogida, suponen una ampliación de la libre circulación de personas. Esta fluctuación viene provocada por la inexistencia de un Derecho de familia comunitario material, que suscita una gran inestabilidad en el estatus conyugal de las parejas que se desplazan. La elección es sencilla: hay que determinar si debe primar la consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que la libre circulación de personas sea el objetivo principal o, por el contrario, ha de prevalecer la coherencia en el ordenamiento jurídico del foro.

I. LA *LEX LOCI CELEBRATIONIS* COMO MECANISMO CORRECTOR DE LA FALTA DE COHERENCIA

A pesar de la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia con el Tratado de Ámsterdam, las restricciones a la libre circulación no

han desaparecido, ni están en vías de hacerlo¹⁰²³. Una de las razones fundamentales 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 o cualquier unión de pareja en su territorio. La cuestión es bajo qué condiciones los otros Estados deben reconocerlos. La determinación del ordenamiento que otorga validez al matrimonio se convierte en la primera cuestión que ha de ser resuelta¹⁰²⁴. Para determinar la existencia y validez de una concreta unión es necesario utilizar la técnica conflictual a efectos del reconocimiento. Y ello, no sólo para establecer que uniones serán susceptibles de reagrupación, sino también para determinar la eficacia de esas uniones una vez hayan accedido al territorio del Estado miembro de acogida. La pareja inscrita en el extranjero plantea en el Estado de acogida un problema de reconocimiento extraterritorial de la constitución del vínculo.

En estos supuestos, las normas de Derecho aplicable se utilizan a efectos de reconocimiento¹⁰²⁵. Desde el punto de vista conflictual, el

¹⁰²³ N. Guimezanes, “Vers une disparition des restrictions apportées à la libre circulation des ressortissants communautaires”, *Le Droit international privé: esprit et methods. Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 355-364. Véanse a este respecto los análisis realizados en el capítulo III y IV.

¹⁰²⁴ R. Arenas García, *Crisis matrimoniales...*, *op. cit.*, p. 181.

¹⁰²⁵ Esta no es una técnica nueva y no sólo se utiliza en este ámbito. Muy al contrario, la sustitución de los mecanismos conflictuales por los de reconocimiento es usada también en otras situaciones. Así sucede, por ejemplo, en materia de sociedades, dado que es más sencillo intentar explicar este ámbito de problemas a partir del método de reconocimiento que desde la técnica conflictual (*vid.* R. Arenas García, “La función del registro mercantil en Derecho internacional de sociedades”, *AEDIPr.*, t. II, 2002, pp. 47-79). En España, la práctica registral ha desplazado, en virtud del art. 5.3º del Reglamento del Registro Mercantil, la técnica conflictual por mecanismos propios del reconocimiento, de forma que en vez de probar la válida constitución de la sociedad a través de la aplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto, el Registrador deberá limitarse a verificar si se dan las condiciones para reconocer la incorporación de la sociedad a partir del certificado que haya emitido el Registro extranjero. La aplicación de las técnicas de reconocimiento en lugar de las conflictuales

reconocimiento de la validez del acto supone un control de conformidad con los requisitos exigidos para su validez según el Derecho aplicable en virtud de las normas de conflicto¹⁰²⁶. El uso de normas de Derecho aplicable no significa que nos encontremos ante una cuestión de Derecho aplicable. Estas normas pueden servir, asimismo, como normas de reconocimiento¹⁰²⁷.

se produce también, en opinión de algunos autores, en las relaciones entre el nombre y la institución jurídico-familiar de la que deriva, como un problema de cuestión previa, sobre la validez del matrimonio, adopción, divorcio..... Su resolución implica plantearse una cuestión de admisión de la validez de aquéllas. Y ello porque tienen su origen en actos ya constituidos y de cuya válida constitución se derivan efectos jurídicos para el nombre. Quizás porque las normas de conflicto pueden ser utilizadas como normas de reconocimiento y porque lo que se pretende es decidir sobre los efectos materiales de los actos jurídicos de cuya validez se trata, cuando la doctrina aborda el problema de resolución de las cuestiones previas lo hace en términos de aplicación de las normas de conflicto de la ley del foro o de la *lex causae* (entre otros, M. Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*, vol. I, t. II, Madrid, 1975; B. Baumann, *Verfahren und anwendbares Recht bei Adoptionen mit Auslandsberührung*, Achriften zum deutschen und europäischen Zivil-Handels und Prozasrecht, Bielefeld, 1992, pp. 104-105). Muy pocos diferencian los supuestos en que la cuestión previa ha de resolverse según las normas de reconocimiento (entre ellos, A. Lara Aguado, *El nombre en el Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1999, p. 251).

¹⁰²⁶ P. Orejudo Prieto de los Mozos, “La Doctrina de la DGRN en materia de reconocimiento registral de los matrimonios extranjeros, con especial referencia al matrimonio consular”, en AA.VV., *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del profesor R. Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 276-283, p. 278.

¹⁰²⁷ Ya señaló P. Picone las limitaciones del enfoque tradicional de la teoría de las cuestiones previas, que había planteado el problema como un asunto que debía resolverse sólo en el sector de la ley aplicable, como si las *Vorfragen* (cuestiones previas) sólo tuvieran su origen en leyes extranjeras (P. Picone, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, Nápoles, 1971, p. 31-32, 109-110; *id.* “La méthode de la référence à l’ordre compétent en droit international privé”, *Rec. des C.*, t. 197, 1986, pp. 229-420, pp. 305, 306 y 308). Un ejemplo de este extremo es el método utilizado para reconocer el nombre de una persona de nacionalidad española que posea, además, otra nacionalidad extranjera inscrita en el extranjero. La inscripción de nacimiento solicitada fuera de plazo en el Registro consular español debería resolverse a través de las normas de eficacia extraterritorial de actos jurídicos extranjeros, más que desde el sector de la ley aplicable. Así, cuando un menor esté inscrito en un Registro extranjero, el Registrador deberá practicar la inscripción de conformidad con el art. 27 de la Ley del Registro civil, por transcripción del acto jurídico extranjero, tras haber comprobado su legalidad (art. 23 LRC). *Vid.* A. Lara Aguado, “Nota a la Res. de la DGRN de 12 de septiembre de 1995”, *REDI*, vol. XLVIII, 1996-1, p. 347.

Esta misma técnica es la que debe ser utilizada para determinar que ordenamiento jurídico es el que otorga validez al matrimonio, tanto para la aplicación de las normas de extranjería como para las de DIPr, una vez la pareja ha accedido al Estado miembro de acogida. La solución propuesta y argumentada en la investigación para evitar la discontinuidad de las relaciones en el espacio ha sido la aplicación de la *lex loci celebrationis*. Como se ha tratado de fundamentar, la competencia de la ley del Estado de celebración facilita la libre circulación de personas y la continuidad extraterritorial de las relaciones de pareja, además de constituir la solución más eficiente, pues ahorra costes sobre la determinación del Derecho aplicable y evita una aplicación cumulativa de leyes. Los peligros de la no aplicación de la ley del Estado de celebración para determinar la validez de la unión, tanto en el acceso como una vez la pareja ya está establecida, se han ido analizando en el desarrollo de esta tesis doctoral: restricciones a la libre circulación de personas, discriminación por razón de sexo, conculcación del principio de confianza comunitario y del principio de unidad del estado civil y transformación del estatus “conyugal”.

No obstante, no se pueden obviar los conflictos que genera la adopción de esta solución. En primer lugar, se permite el acceso al territorio del Estado miembro de uniones que quizás no estén reguladas en el ordenamiento jurídico de ese Estado; y, en segundo lugar, se pueden producir discriminaciones a la inversa, porque se reconocen, aunque sea a título incidental, y se otorga validez a situaciones a las que no se permite acceder a los propios nacionales de ese Estado miembro¹⁰²⁸.

¹⁰²⁸ Para un estudio de este problema véase *supra*, pp. 212-228.

La discriminación inversa implica que un Estado discrimina a sus propios nacionales respecto de nacionales de otros Estados, o de sus propios nacionales que se amparan en el ejercicio de alguna libertad comunitaria. La aplicación de esta solución, en consecuencia, puede producir una armonización de parte del Derecho de familia de los Estados miembros, ya que, para evitar las discriminaciones inversas, la única posibilidad de corrección estriba en la equiparación de derechos. Como se analizó en el capítulo II, esta no es una exigencia impuesta por el Derecho comunitario, pero es la única forma de que el Estado miembro no perjudique a sus propios nacionales. Si se acepta la entrada de matrimonios entre personas del mismo sexo, de parejas registradas y de parejas de hecho, y se reconoce su validez, aunque en la mayoría de los casos sólo sea a título incidental, será inevitable que el Estado de acogida acabe elaborando una normativa interna en la materia.

En la sociedad actual, los desplazamientos comunitarios, y también los internacionales, están en constante aumento. Ahora bien, aunque la globalización ha conseguido la multiplicación de las situaciones privadas internacionales, no ha tenido como consecuencia inmediata el acercamiento entre los sistemas jurídicos. En el caso del Derecho de familia, las reglas jurídicas son consecuencia de una tradición cultural íntimamente arraigada a valores y creencias de cada comunidad. En principio, el Derecho de la UE permanece ajeno a los desarrollos que alcancen los derechos de los Estados parte respecto a sus concepciones sobre el Derecho de familia.

Sin embargo, estos intercambios y movimientos constituyen una expresión de la realización continua del mercado interior. Por eso, la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de personas influye,

inevitablemente, en el Derecho de familia de los Estados miembros. Baste recordar el asunto *Chen*, estudiado en el capítulo II. En este pronunciamiento el TJCE confirma que la condición de ciudadano de la Unión genera por sí misma una categoría de extranjería privilegiada que se asocia estrechamente a ella. Esta situación surge ante la necesidad de impedir que los ciudadanos vean obstaculizado el ejercicio de su derecho a circular libremente como consecuencia de que alguno de sus progenitores sea extranjero. Además, muestra las consecuencias que se derivan de legislar de una determinada manera, aunque sea en materias en las que el Estado tiene una competencia exclusiva, como la nacionalidad. Si bien es cierto que la regulación del Derecho de nacionalidad es una competencia exclusiva de cada Estado miembro, las decisiones del TJCE pueden influir indirectamente en su transformación, como ha ocurrido con Irlanda, que a raíz del asunto *Chen* modificó el art. 9.2 de su Constitución que atribuía la nacionalidad por *iure soli*. Es un ejemplo más de cómo la jurisprudencia del TJCE, a través de la integración negativa, decanta los límites de los derechos privados nacionales, siempre que introduzcan obstáculos a las libertades de circulación.

La justificación de la propuesta que se realiza es impedir restricciones a la libre circulación de personas y contribuir a la estabilidad del estatus conyugal. La validez de la unión podría también determinarse mediante la aplicación de la ley del Estado de acogida, pero esta solución provocaría que la libre circulación de personas se construyese de manera asimétrica¹⁰²⁹.

La *lex loci celebrationis* facilita la continuidad de las relaciones en el espacio comunitario, si bien es cierto que podría producir como efecto

¹⁰²⁹ *Vid. supra*, pp. 272-300.

colateral la armonización indirecta del Derecho de familia de los Estados miembros. Esta es una de las críticas posibles a la propuesta que realizamos. Considerar válidas ciertas uniones conlleva, en primer lugar, la posibilidad de acceso al Estado miembro, y en segundo lugar, el reconocimiento de la eficacia que le atribuye el Estado miembro de celebración. Esto no implica necesariamente la transformación de los ordenamientos jurídicos internos de los países donde se establezca la unión pero la presión de la discriminación a los propios nacionales y la “normalización” de estos modelos convivenciales sin duda tendrá influencia en el legislador interno. En consecuencia, la crítica a esta solución es que, al no tener la UE competencia para legislar en el sector del Derecho de familia, no puede obligar a los Estados, aunque sea indirectamente, a transformar sus legislaciones internas. De todas formas, incluso los países que no cuentan con legislación sobre esta materia necesitan establecer qué normas de DIPr aplicarán a los matrimonios del mismo sexo, parejas registradas o de hecho, porque no están exentos de las situaciones desencadenadas por la movilidad de las parejas en el marco internacional.

Asimismo, otro argumento en contra de la aplicación de la ley del Estado de celebración es la evidencia de que habrá Estados que opongan la excepción de orden público al reconocimiento de ciertas uniones. No obstante, como ya se ha puesto de relieve en este trabajo, la aplicación de esta excepción debe superar un test de compatibilidad comunitaria, de forma que no cabría su entrada en funcionamiento si la medida fuera discriminatoria, no estuviera justificada por razones de interés general y no fuera necesaria o proporcional. Parece dudoso que la utilización de la excepción supere este test de compatibilidad, porque la aplicación de este principio requiere verificar, ante todo, si el resultado concreto al que lleva

el reconocimiento de la eficacia invocada es inadmisibile para el foro, y en ningún Estado miembro se prohíbe la homosexualidad¹⁰³⁰.

II. CORRECCIÓN DE LA FALTA DE COHERENCIA A TRAVÉS DE LA TRANSPOSICIÓN AUTOMÁTICA

La transposición automática es otra de las soluciones que se proponen para garantizar el régimen de continuidad de las relaciones en el espacio. Las disparidades legislativas existentes en el Derecho comparado crean una gran incertidumbre con respecto al trato que vayan a recibir estas uniones cuando las personas afectadas se desplacen de un país a otro. La transposición automática lleva aparejada el mantenimiento de la diversidad legislativa y permite asegurar la coexistencia armónica de las diferentes identidades nacionales. Supone que una situación jurídica válidamente constituida en un Estado miembro será reconocida en los demás Estados miembros, sin necesidad de que en todos ellos exista una legislación uniforme al respecto.

La transposición automática tiene como base el principio de confianza comunitaria, ya que el Estado de acogida ha de confiar en que en el Estado de celebración se habrán respetado los principios fundamentales del Estado de Derecho. Esta solución que se propone para evitar la discontinuidad de las relaciones en el espacio ya ha sido llevada a la práctica en varios Estados miembros. Así, existe un Acuerdo entre Dinamarca, Suecia, Noruega e Islandia, para reconocer las parejas registradas que hayan constituido su unión en alguno de estos países. Y también es la solución aportada por la *Civil Partnership Bill* británica,

¹⁰³⁰ Este extremo será matizado *infra*, pp. 488-490.

analizada ampliamente en el capítulo anterior¹⁰³¹. El interrogante que se plantea es si sería posible que la UE elaborara una norma de este tipo para las situaciones conyugales. Existe ya algo bastante relacionado con la transposición automática que es un Proyecto de medidas para la aplicación del reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia civil y mercantil¹⁰³², pero la dificultad esencial radica en que la aplicación del reconocimiento mutuo requiere un sistema ya establecido sobre principios comunes. Aunque se han dado importantes pasos en la regulación de la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales¹⁰³³, así como en aspectos procesales tales como la notificación y traslado de documentos, obtención de pruebas o reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita, queda un largo camino por recorrer en el acercamiento de los ordenamientos jurídicos de los 25 Estados que en la actualidad configuran la UE.

A pesar de esta realidad, no puede obviarse la existencia de algunos principios comunes a todos los Estados miembros, proclamados en el CEDH, en la Carta Europea de Derechos Humanos, y en las Constituciones de los Estados miembros, que han dado lugar a la

¹⁰³¹ Véase, *supra*, pp. 422-426.

¹⁰³² DOCE n° C 012 de 15 de enero de 2001. *Vid. supra*, pp. 406-414.

¹⁰³³ Reglamento (CE) núm.44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE L 12 de 16 de enero de 2001; Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental sobre los hijos comunes (DOCE L 160, de 30 de junio de 2000, p. 19); Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000.

existencia de un *orden público europeo*¹⁰³⁴, o de un orden público de los derechos humanos¹⁰³⁵. Sin embargo, estos principios no son suficientes para poder elaborar una norma de transposición automática para las situaciones conyugales¹⁰³⁶. Precisamente para paliar esta ausencia, el Consejo de Europa la Conferencia de la Haya de DIPr, la Comisión Internacional del Estado Civil y la Comisión sobre el Derecho de Familia Europeo están realizando una labor de potenciación y desarrollo del estudio del Derecho comparado con la finalidad de conocer cuáles son los principios comunes en materia de Derecho de familia de los Estados miembros de la UE¹⁰³⁷.

Estos principios podrían servir, en primer lugar, de inspiración a los legisladores nacionales. En segundo lugar, valdrían como legislación alternativa o subsidiaria en los casos en que los tribunales no pudiesen establecer la ley nacional aplicable designada por la norma de conflicto. Cumplirían una tercera función si se permitiese a las partes elegirlos como Derecho aplicable¹⁰³⁸. Es decir, ya no se trataría de un sistema alternativo

¹⁰³⁴ Sentencia del TEDH de 18 de enero de 1978, *Temeltasch, Irlande c. Royaume-Uni*. *Vid.* J. Basedow, “Recherches sur la formation de l’ordre public européen dans la jurisprudence”, *Le Droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 55-75.

¹⁰³⁵ *Vid.* en este sentido, A. Bucher, “La famille en Droit international privé”, *Rec. des C.*, vol. 283, 2000, pp. 19-177, p. 101.

¹⁰³⁶ S. Sánchez Lorenzo, “¿Hacia un Código Civil europeo?”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 381-407, p. 386.

¹⁰³⁷ M.T. Meulders-Klein, “Towards a European Civil Code on Family Law?..”, *loc. cit.*, p. 111; I. Schwenzler, “Methodological Aspects of harmonization of Family Law”, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, pp. 143-158.

¹⁰³⁸ Las funciones serían similares a las previstas para los principios elaborados por la Comisión Lando para las obligaciones contractuales. *Vid.* I. Sánchez Ruiz de Valdivia, “La unificación del Derecho privado europeo: los principios de Derecho contractual

o subsidiario. Las partes podrían optar por la aplicación de la legislación que señalase la norma de conflicto o por la aplicación de estos principios¹⁰³⁹.

El conocimiento de los principios comunes puede inspirar, asimismo, la propia evolución unilateral de los Derechos nacionales y la perfección técnica de las normas vigentes tanto en los sistemas internos como en el Derecho comunitario. Los trabajos de estas organizaciones internacionales de ámbito europeo pueden influir en las directrices que siguen los Estados miembros cuando elaboran sus normas sobre Derecho de familia¹⁰⁴⁰. Si existiera esta base de principios comunes, no cabe duda de que ello abriría una nueva vía de acción para el Derecho comunitario.

No ignoramos que esta norma de transposición automática de la institución jurídica creada en otro Estado miembro puede ser actualmente inviable, como se acaba de apuntar, por la ausencia de principios comunes. Una solución alternativa sería la transposición del “estatus administrativo” de la pareja nacional de tercer Estado de un nacional comunitario. En efecto, una pareja de dos nacionales comunitarios, aunque no puedan acceder al territorio del Estado miembro de acogida a través de la Directiva 2004/38, podrán ejercitar casi con toda seguridad su derecho de libre circulación por separado (sólo tendrán que acreditar

europé de la Comisión Lando”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado europeo*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 261-285; C. Vattier Fuenzalida, “Los “Principles of European Contract Law”: un nuevo paso hacia la armonización de las obligaciones contractuales en la UE”, *Noticias UE*, núm. 159, 1998, pp. 21-24;

¹⁰³⁹ K. Bolee-Woelki, “The Road Towards...”, *loc. cit.*, p. 8.

¹⁰⁴⁰ M.T. Meulders-Klein, “Towards a European Civil Code on Family Law? ...”, *loc. cit.*, 111; I. Schwenger, “Methodological Aspects of harmonization of Family Law”, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, pp. 143-158.

medios económicos suficientes y seguro médico). En cambio, la pareja nacional de tercer Estado de un nacional comunitario sólo tiene un derecho de libre circulación derivado, por lo que, si no se le permite la reagrupación familiar, tendrá que intentar la residencia en el país al que se ha desplazado el nacional comunitario cumpliendo todos los requisitos que exijan las normas de extranjería de ese país. Pues bien, la solución podría ser que se reconociera la situación de residencia legal de un nacional de tercer Estado que fuese cónyuge homosexual, pareja de hecho, o pareja registrada de un nacional comunitario en cualquier otro Estado miembro, para que éste pudiese ejercitar sin trabas su derecho de libre circulación. Para lograr el objetivo pretendido sería necesario realizar una “transferencia” de la autorización que habilita al extranjero a permanecer en el Estado miembro donde reside.

Esta transposición del “estatus administrativo” representa una propuesta menos “agresiva” que la transposición automática de la institución jurídica matrimonio homosexual o pareja registrada para aquellos Estados miembros que no regulan este tipo de relaciones. Un primer paso en este sentido lo configura la promulgación de la Directiva 2003/109, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. En ella, como ya se analizó en el capítulo II, se otorga a los nacionales de terceros Estados, que llevan residiendo de una forma legal e ininterrumpida cinco años en el territorio de un Estado miembro, un “derecho de residencia” en el territorio de otro/s Estado/s miembro/s. Para ello han de cumplir una serie de condiciones que fija la Directiva, considerablemente menos restrictivas que para aquellos nacionales de terceros Estados que no son residentes de larga duración. El siguiente peldaño lo constituye la extensión de la transposición automática de la situación administrativa que acredita a permanecer en un

determinado Estado miembro a los cónyuges homosexuales, parejas registradas e incluso de hecho, de nacionales comunitarios que quieren desplazarse, y ven limitadas sus pretensiones por impedirles ser acompañados por sus parejas.

III. CREACIÓN DE CONCEPTOS AUTÓNOMOS EN LAS NORMAS ELABORADAS POR LA UE

Se reprocha al Derecho comunitario una visión conservadora de la familia que no es acorde con la evolución de la sociedad europea¹⁰⁴¹. Se afirma, incluso, que la legislación derivada se ha adaptado insuficientemente a la evolución socio-cultural y económica experimentada desde los años setenta¹⁰⁴². Compartimos esta opinión, y así se ha puesto de relieve en el transcurso de esta investigación. La razón fundamental de este conservadurismo son las diferencias en la legislación sobre Derecho de familia de los Estados miembros. Es un sector enraizado en la soberanía nacional y en el que la UE no tiene competencia exclusiva¹⁰⁴³. No puede, por tanto, imponer a los Estados miembros unas normas que les obliguen a transformar sus legislaciones internas. Por ello el legislador comunitario no elabora conceptos autónomos, sino que se remite a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Esta remisión —común prácticamente a todas las normas analizadas a lo largo de la investigación— es la razón de que sea cada Estado el que interprete a tenor de sus propios criterios, los conceptos introducidos en las normas

¹⁰⁴¹ B. Ancel y H. Muir Watt “La désunion européenne: le Règlement dit Bruxelles II”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2001, pp. 403-457, p. 408.

¹⁰⁴² Conclusiones del Abogado General Geelhoed en el asunto *Baumbast* (C-413/99), apartado 34.

¹⁰⁴³ *Vid. supra*, pp. 48-85.

comunitarias. Así, se introduce una inevitable nota heterogénea en el ámbito material del Derecho comunitario¹⁰⁴⁴.

El único ámbito en el que la UE puede avanzar sin restricciones es el de la función pública comunitaria. El concepto de “cónyuge de funcionario de las Comunidades europeas” es un concepto autónomo, que no se interpreta mediante remisión al Derecho de los Estados miembros, y que no sólo incluye a personas unidas por un vínculo matrimonial, sino también a aquellas parejas registradas que no pueden contraer matrimonio¹⁰⁴⁵. Esto demuestra que el conservadurismo que se le atribuye al legislador comunitario no es más que un reflejo de la falta de competencia para legislar en materia de Derecho de familia.

Exceptuando, por consiguiente, la función pública comunitaria, será cada Estado miembro el que decida, por ejemplo, si sus tribunales son competentes, con base en el Reglamento Bruselas II bis) para disolver una pareja registrada¹⁰⁴⁶; si reagrupa al cónyuge del mismo sexo de un nacional de tercer Estado que reside en su territorio¹⁰⁴⁷; o, si la pareja registrada de un nacional comunitario goza del derecho de libre circulación a título derivado¹⁰⁴⁸. Las instituciones comunitarias han intentado, en ocasiones, imponer a los Estados un concepto de cónyuge. No obstante, han desistido de su empeño incluso antes de la entrada en vigor de la norma, permitiendo un amplio margen de maniobra a los

¹⁰⁴⁴ S. Álvarez González, “Pasado, presente y futuro del DIPr comunitario”, *RXUSC*, 1996, vol.5, pp. 9-48, p. 40.

¹⁰⁴⁵ Véase *supra*, pp. 317-324.

¹⁰⁴⁶ Esta cuestión es analizada *supra*, pp. 426-434.

¹⁰⁴⁷ *Vid. supra*, pp. 324-352.

¹⁰⁴⁸ Véase *supra*, pp. 163-172.

Estados a los que se concede la posibilidad de realizar una armonización de mínimos. Así, el Parlamento Europeo presentó una enmienda a la Propuesta de Directiva 2003/86¹⁰⁴⁹ para que se incluyera en su articulado al cónyuge del mismo sexo, habida cuenta de la diversidad de relaciones familiares existente en la sociedad actual. La Comisión rechazó esta enmienda argumentando que esa no era la definición general admitida por todos los Estados miembros, y una extensión del concepto más allá de estos parámetros hubiese sido políticamente inaceptable para algunos de ellos. Independientemente de la interpretación que en un futuro pudiera proporcionar el TJCE sobre esta cuestión, la Comisión ha afirmado que, por ahora, prefiere limitar la noción de cónyuge de la Directiva 2004/38 al de distinto sexo. Esto permite a los Estados miembros actuar con total libertad para admitir o no en su territorio a los cónyuges homosexuales de nacionales comunitarios. Por tanto, al ser cada país el que decide, el desplazamiento de la unión provoca el cambio de estatus de esa pareja, porque todo dependerá del Estado miembro al que se desplacen.

Con la creación de conceptos autónomos se lograría una unificación del Derecho de familia para la que la UE no tiene competencia¹⁰⁵⁰. Actualmente hay un debate doctrinal abierto sobre la

¹⁰⁴⁹ Enmienda 14, adoptada el 23 de enero de 2003, PE 319.238, Documento de sesión A5-0009/2003.

¹⁰⁵⁰ Sobre la unificación del Derecho de familia comunitario y la competencia o incompetencia de la UE para abordar esta labor *vid.* M. Antokolskaia, “Would the Harmonisation of Family Law Enlarge the Gap between the Law in the Books and the Law in Action?”, *FamPra.*, 2002, pp. 261-292; *id.* “The Harmonisation on Family Law: Old and New Dilemas”, *ERPL*, 2003, pp. 28-49; K. Boele Woelki, “The Road Towards a European Family Law”, *EJCL*, vol. 1, nov. 1997; T. Wilhelmsson, “Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation?”, *ERPL*, 2002, pp. 77-94; D. Martiny, “Is Unification of Family Law Feasible or Even...”, *loc. cit.*; W. Pintens, “Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?”, *ZEuP*, 1998, pp. 670-676; G. Alpa, “European Community Resolutions and the Codification of Private Law”, *ERPL*, 2000, pp. 321-

existencia de un Derecho de familia comunitario¹⁰⁵¹, y la posibilidad de su creación a través de dos métodos: la unificación y la armonización¹⁰⁵². Se ha considerado que el Derecho de familia pertenecía al núcleo duro de materias civiles refractarias a toda unificación¹⁰⁵³, porque implicaría la desaparición de los Derechos privados nacionales y la constitución de un nuevo Derecho europeo aplicable a situaciones internas e intracomunitarias, indistintamente. La creación de conceptos autónomos, en consecuencia, es actualmente inviable, aunque no se puede ignorar el papel del TJCE a este respecto.

Desde la aparición de las Comunidades Europeas, ha sido el TJCE el que ha definido, a medida que iba resolviendo asuntos, los conceptos jurídicos incluidos en las normas comunitarias¹⁰⁵⁴. Así, en esta

333; S. Weatherill, “Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?”, *ERPL*, vol. 5, 2004, pp. 633-660; J. Basedow, “Codification of Private Law in the European Union: the Making of a Hybrid”, *ERPL*, 2001, pp. 35-49; G. R., De Groot, “Auf dem Wege zu einem europäischen (internationales) Familienrecht”, *ZEuP*, 2001, pp. 617-627.

¹⁰⁵¹ Un análisis de las diversas posiciones puede verse en E. Caracciolo di Torella y A. Masselot, “Under Construction: EU Family Law”, *ELR*, núm. 29, 2004, pp. 32-51.

¹⁰⁵² S. Cámara Lapuente afirma que “el grado de convergencia deseado o deseable en materia de Derecho privado se expresa a través de estos dos conceptos”. *Vid.* “Un Derecho privado o un Código Civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace”, *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 47-106, p. 51. Para un análisis de las diferencias entre armonización, unificación y codificación véase M. T., Meulders-Klein, “Towards a European Civil Code on Family Law? Ends and Means”, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, pp. 105-116.

¹⁰⁵³ G. García Cantero, “¿Derecho de familia europeo?”, *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 1175-1184, p. 1175; W. Pintens, “Europeanisation of Family Law”, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, pp. 3-29, p. 6.

¹⁰⁵⁴ S. Bariatti, “Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni”, *Riv. dir. in. pr. proc.*, núm. 2, abril-junio 2006, pp. 361-377, p. 366. Véase también A. V. M. Struycken, “Les conséquences de l’integration

investigación se han estudiado numerosos pronunciamientos del TJCE que establecían las pautas para delimitar el concepto de cónyuge en el ámbito de la libre circulación de personas¹⁰⁵⁵. En el Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, sólo se disponía que gozaría de libre circulación el cónyuge del trabajador nacional comunitario. El TJCE ha sido el que ha delimitado los contornos de este concepto estableciendo qué ha de entenderse por cónyuge en el contexto de esta norma: ha de ser una relación fundada en el matrimonio válido y no disuelto¹⁰⁵⁶. El Tribunal rehúsa llevar a cabo la extensión de los beneficios previstos para el cónyuge al “compañero”, aseverando que sólo posee la cualidad de cónyuge la persona que está casada, lo que implica un matrimonio válido. Sin embargo, el TJCE no ha podido avanzar más en este sentido, y qué deba entenderse exactamente por un matrimonio válido ha sido una cuestión que se ha dejado a la determinación de los Estados miembros. El concepto de cónyuge no puede gozar de autonomía plena, ya que su contenido, en la mayoría de las ocasiones, se ha configurado por la vía interpretativa del Tribunal de Luxemburgo, que desarrolla un papel fundamental en la aplicación de unas reglas uniformes por parte de operadores jurídicos pertenecientes a una pluralidad de Estados. Por todo ello, el contenido del concepto de cónyuge no puede ser preciso, fijo y distinto del que recogen cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, ya que no existe una unificación

européenne sur le droit international privé”, *Rec. des C.*, t. 232, 1992, pp. 267-379, p. 307 y ss.

¹⁰⁵⁵ Véase *supra*, pp. 243-272.

¹⁰⁵⁶ STJCE, de 17 de abril de 1986, as. 59/85 *Reed*; STJCE, de 17 de febrero de 1998, as. C-249/96, *Grant*; STJCE, de 13 de febrero de 1985, as. 267/83, *Diatta*. Una cierta tendencia aperturista se aprecia en la STJCE de 22 de junio de 2000, as. C-65/98, *Eyüp*.

jurídica y tampoco se vislumbra en un futuro próximo. El TJCE puede controlar los contornos de este concepto mediante la articulación de una interpretación autónoma, pero no le es posible controlar su contenido, inevitablemente ligado a una legislación nacional.

La ausencia de consenso europeo sobre las parejas homosexuales explica la imposibilidad de que la jurisprudencia interprete extensivamente las normas comunitarias. De todas formas, esta delimitación tan restrictiva del concepto de cónyuge resulta un tanto paradójica teniendo en cuenta que el TJCE ha repetido incansablemente que las disposiciones que consagran un principio fundamental, como el de la libre circulación de personas, deben interpretarse en un sentido amplio. Se puede afirmar, en definitiva, que el concepto comunitario de cónyuge está profundamente enraizado en el entendimiento heterosexual del matrimonio¹⁰⁵⁷.

IV. APLICACIÓN DEL EFECTO ATENUADO DEL ORDEN PÚBLICO

En el ámbito que analizamos, esta técnica consiste en la gradación de las condiciones para el reconocimiento de los matrimonios extranjeros, en función de la vinculación del supuesto con el Estado de acogida y el fin perseguido por el reconocimiento. En esta investigación se ha estudiado la aplicación del efecto atenuado del orden público con respecto a los matrimonios poligámicos, que pueden acceder al territorio de un Estado miembro, y que son válidos en el Estado de celebración¹⁰⁵⁸. La aplicación

¹⁰⁵⁷ S. Sánchez Lorenzo, “What Do We Mean when We Say “Folklore”? Cultural and Axiological Diversities as a Limit for a European Private Law”, *ERPL*, núm. 2, 2006, pp. 197-219, p. 203.

¹⁰⁵⁸ *Vid. supra*, pp. 451-471.

de esta técnica facilita la continuidad de las relaciones en el espacio, porque con su utilización se hace posible que se reconozcan ciertos efectos a esas relaciones que no vulnerarían el orden público internacional de esos Estados. Las autoridades de los Estados miembros no tienen por qué constituir la relación que se considera contraria a su concepción familiar; lo único que se pretende es que se reconozcan ciertos efectos a esas relaciones. Negar todo efecto jurídico a un matrimonio poligámico celebrado en el extranjero con arreglo a las leyes que lo permiten sería injusto, pues iría en contra de la idea de continuidad espacial de las situaciones privadas internacionales.

A pesar de que en ningún Estado miembro se permite la celebración de matrimonios poligámicos, por resultar contrarios a su orden público, con la aplicación de esta técnica sí se reconocen ciertos efectos a estas uniones. De igual modo podrían reconocerse efectos a otro tipo de uniones constituidas en el extranjero y a las que se les ha permitido el acceso al territorio de un Estado miembro. La poligamia conculca principios fundamentales de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE como el principio de igualdad entre el hombre y la mujer y el carácter monogámico del matrimonio. No obstante, en ningún Estado miembro se prohíbe la homosexualidad, con lo que aún careciendo de legislación material al respecto, se deberían admitir ciertos efectos de estas uniones en el Estado miembro de acogida. Obviamente, lo más deseable es que se reconozca su validez y todos los efectos que prevé la ley del Estado de celebración, pero, si se considera esta solución inviable al menos deberían reconocerse ciertos efectos, igual que se hace con los matrimonios poligámicos. Resulta criticable que algún Estado miembro oponga la excepción de orden público para evitar el reconocimiento de estas uniones, porque como se ha analizado, la

aplicación de esta excepción ha de superar un test de compatibilidad comunitaria. A pesar de ello hay países como Francia y Alemania en los que la heterosexualidad está considerada como un elemento constitucional del matrimonio, integrante, por tanto, de su orden público¹⁰⁵⁹. Estos Estados pueden negar el reconocimiento de estos matrimonios alegando su incompatibilidad con el orden público. Si optan por la aplicación de esta excepción, una solución posible para favorecer la libre circulación de personas y evitar el cambio de estatus de la pareja que ha accedido a ese Estado miembro consistiría en la atenuación del orden público. De esta forma no sería imprescindible el reconocimiento de la institución, pero sí de ciertos efectos derivados de ésta: sucesorios, alimenticios, prestaciones a la seguridad social o responsabilidad civil.

Aquellos Estados miembros en los que la heterosexualidad no sea un elemento constitucional del matrimonio, no deberían alegar la excepción de orden público para impedir su reconocimiento. Sin embargo, todavía no hay una práctica lo suficientemente definida en este sentido para conjeturar qué podrá pasar en un futuro¹⁰⁶⁰.

V. LAS NORMAS DE EXTRANJERÍA COMO OBSTÁCULO AL ACCESO DE UNIONES CLAUDICANTES

Otra de las soluciones que se proponen para corregir la falta de coherencia en el sistema del foro es la aplicación de ciertas restricciones

¹⁰⁵⁹ *Vid.* C. Richards, “Legal recognition of Same-Sex Couples-The French...”, *loc. cit.*, p. 306; G. Kessler, *Les patenariats enregistrés en droit...*, *op. cit.*, en esp. pp. 201-224; K. A. von Sachsen Gessaphe, “Les unions homosexuelles enregistrées en droit international privé...”, *loc. cit.*, pp. 1-28.

¹⁰⁶⁰ J. Murphy, “The Recognition of Same-Sex Families in Britain: the Role of Private...”, *loc. cit.*, p. 185.

en el momento de la entrada, permitiendo el acceso sólo a aquellas uniones para las que exista una regulación en el ordenamiento jurídico del Estado de acogida. Esta última propuesta tiene la ventaja de mantener la simetría entre las normas comunitarias y las internas, pero, como contrapartida, supone una seria restricción a la libre circulación de personas. En efecto, al permitir el acceso sólo a aquellas instituciones conocidas en el Estado de acogida se evita la inestabilidad del estatus conyugal, pero se restringe la entrada a uniones válidamente constituidas o nacidas en otro Estado, y esto limita de forma incuestionable el derecho a la libre circulación de personas. No pretendemos erigirnos en adalides de esta libertad comunitaria, sino, sencillamente, poner de relieve la incongruencia del legislador comunitario, que por un lado pretende convertir la UE en un espacio de libertad, seguridad y justicia, y al mismo tiempo limita la libre circulación de personas, máximo exponente del espacio que se propone construir.

La solución que se plantea tiene la ventaja de limitar el acceso de situaciones potencialmente claudicantes en el Estado de acogida. Esta es la medida por la que opta en la mayoría de las ocasiones el legislador comunitario. *Ad exemplum*, ya se han analizado las condiciones que exige la Directiva 2004/38 para que sea posible la reagrupación de la pareja registrada de un nacional comunitario: celebración conforme a la legislación de un Estado miembro, equiparación de la pareja registrada al matrimonio en el Estado miembro de acogida y conformidad con las condiciones establecidas en el Estado miembro de acogida. Si una unión reúne todos los requisitos estipulados y se permite su acceso al territorio de un Estado miembro, es obvio que esa unión tendrá más posibilidades de ser reconocida a todos los efectos en ese Estado. La Directiva “corrige” *a priori* la falta de coherencia que podría producirse en el sistema

del foro. Lo hace, *grosso modo*, exigiendo que en el Estado de acogida exista una regulación sobre las parejas registradas, y que en el Estado miembro de celebración se hayan respetado unas condiciones de registro equivalentes a las del Estado de acogida¹⁰⁶¹. El disfrute del derecho de reagrupación familiar implica una ponderación de los efectos de la unión en el Estado miembro de acogida. La Directiva, no sólo obliga a la reagrupación, sino a mucho más, porque el legislador comunitario exige una serie de requisitos que exceden de la finalidad de la norma de extranjería. Teóricamente, las leyes de inmigración se elaboran para controlar los flujos migratorios, pero no para definir si uno es esposo/a o pareja registrada. Esto depende del Derecho internacional privado y del Derecho civil. Sin embargo, en este caso, las rígidas condiciones de entrada exigidas por la Directiva hacen que sea imprescindible la utilización del DIPr como instrumento para aplicar esta norma de extranjería comunitaria y que muchos de los preceptos en ella contenidos sean verdaderas reglas de DIPr¹⁰⁶².

La restricción en el momento de la entrada puede ser considerada una solución óptima, ya que, si se permite el acceso, el Estado miembro de acogida se verá compelido a reconocer efectos que van más allá de los propios de la extranjería y se adentran en el ámbito del DIPr. En el capítulo III se mantiene que el reconocimiento de la validez de la unión debe analizarse, en el momento de la entrada, sólo en razón de la reagrupación familiar. No obstante, este método provoca el acceso al territorio de un Estado miembro de situaciones que no son válidas y dará lugar a la discontinuidad de las relaciones en el espacio. Se ha dedicado un

¹⁰⁶¹ *Vid.* un análisis detallado de estas condiciones *supra*, pp. 273-295.

¹⁰⁶² Véase *supra*, pp. 237-243.

capítulo completo, el IV, a analizar la transformación del estatus que puede producirse una vez la pareja ha accedido al territorio de un Estado miembro. El ejemplo más evidente es el de los matrimonios poligámicos. Si la norma de extranjería comunitaria permitiera sólo el acceso de la primera mujer, no sería necesaria la aplicación del orden público atenuado. En cambio, la Directiva 2003/86 posibilita al marido la reagrupación de cualquiera de sus esposas, lo que provoca graves disfunciones una vez la segunda o ulteriores esposas residen en el territorio del Estado miembro¹⁰⁶³. El desconcierto ante tal situación se agrava si se repara en que la atenuación del orden público no es una solución general, ya que no se aplica en todos los supuestos. En efecto, se trata de un recurso doctrinal y jurisprudencial, pero no legal, con lo que cada caso será diferente. La inseguridad jurídica que se genera con la permisividad de la norma de extranjería comunitaria es patente e incluso inaceptable.

Colocar las normas de extranjería como barrera de acceso de situaciones claudicantes evita la discontinuidad de las relaciones en el espacio, básicamente porque impide el desplazamiento. Ahora bien, el que se proponga como solución la limitación del acceso al territorio de un Estado miembro de ciertas situaciones a través de las normas de extranjería, no significa que esta propuesta sea admisible en todos los casos. La institución matrimonial no puede ser utilizada como instrumento de control frente a la posible entrada fraudulenta de extranjeros.

Esta es la medida adoptada tanto por las normas de extranjería comunitarias, como por las legislaciones internas de los Estados

¹⁰⁶³ *Vid. supra*, pp. 447-471.

miembros¹⁰⁶⁴. Es cierto que el matrimonio es uno de los medios más utilizados por los nacionales de terceros Estados para acceder de una forma “legal” al territorio de los Estados miembros, pero esto no justifica la manera en que en la mayoría de las ocasiones se coarta un derecho fundamental como el *ius nubendi*. El control de extranjeros es una actividad gubernativa y policial, y estas autoridades no son las competentes para controlar si el consentimiento matrimonial es simulado o no. La idea de fraude del Derecho de nacionalidad o extranjería puede hacer reaccionar a esos sectores del ordenamiento, impidiendo el acceso a la nacionalidad del contrayente extranjero o mediante la denegación de autorizaciones de residencia, siempre que se demuestre el fraude a través de datos objetivos, pero no mediante la indagación de una convicción subjetiva profunda: que existe una falta de voluntad subjetiva de asumir los derechos y deberes del matrimonio, y que lo único que se pretende es la utilización instrumental de la institución.

La esquizofrenia jurídica es patente también en esta cuestión, habida cuenta de que la norma de extranjería comunitaria hace que los sistemas de DIPr de los Estados miembros tengan que adaptarse al control de flujos migratorios que realiza la UE¹⁰⁶⁵. Incluso se puede llegar a plantear la cuestión del carácter *ultra vires* de las normas de extranjería comunitarias relativas a los matrimonios de conveniencia. El problema se resolvería de una forma sencilla si la norma comunitaria vinculase la apreciación de la autoridad administrativa a la nulidad del vínculo, porque en ese caso el legislador comunitario habría excedido sus competencias. Evidentemente, la disposición comunitaria no prevé ni puede prever la

¹⁰⁶⁴ Véase *supra*, pp. 352-369.

¹⁰⁶⁵ Véase *supra*, pp. 357-369.

nulidad del matrimonio, agotando teóricamente su eficacia en el terreno del Derecho de extranjería. No obstante, resulta difícilmente admisible para un ordenamiento jurídico el hecho de que, admitiendo la validez del matrimonio, se impida la convivencia de los cónyuges mediante la pura aplicación de una norma de extranjería. En realidad, la declaración de nulidad del matrimonio debería ser el antecedente lógico de la limitación a residir en el territorio de un Estado miembro en caso de matrimonio fraudulento, pero esto excedería las competencias de la UE.

La asimetría entre las normas institucionales y las internas en materia de Derecho de familia provoca una división en la mente del operador jurídico¹⁰⁶⁶. Los conceptos no son unívocos, las instituciones varían dependiendo de las circunstancias y los efectos que se pretendan obtener y el estatus de la pareja fluctúa según el lugar en el que se encuentre dentro de la UE. Mientras no exista un Derecho de familia comunitario material no existirá una coherencia plena en el sistema del foro. Se trata de adentrarse en un terreno de arenas movedizas, no pacífico, y que requiere no pocas matizaciones. Algunos autores afirman que cualquier aproximación entre las legislaciones de los Estados miembros en el Derecho de la familia debe hacerse respetando la identidad y la diversidad de legislaciones; también que la armonización completa no es necesaria ni deseable¹⁰⁶⁷. De esta forma la búsqueda de normas comunes no tiene como punto de mira al Derecho material sino

¹⁰⁶⁶ La palabra esquizofrenia es un cultismo acuñado en 1911 por el psiquiatra suizo Eugen Bleuler (1857-1939). El término proviene del griego y está formado por *skhizein* (separar) y *phren* (mente). La esquizofrenia es una enfermedad mental que se caracteriza por alucinaciones y disociación de pensamientos. *Vid.* E. Bleuler, *Dementia praecox oder Gruppe der Schizophrenien*, Leipzig und Wien, F. Deuticke, 1911.

¹⁰⁶⁷ H. Gaudemet-Tallon, “De l’utilité d’une unification du droit international privé...”, *loc. cit.*, pp. 159-187.

al Derecho internacional privado¹⁰⁶⁸. También se alzan voces que propugnan todo lo contrario, es decir, la unificación del Derecho privado mediante la elaboración de un Código Civil europeo¹⁰⁶⁹. Aunque hoy por hoy, esta es una propuesta jurídicamente incompatible con los principios del Derecho comunitario¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁸ A. Quiñones Escámez, “Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo...”, *loc. cit.*, p. 508.

¹⁰⁶⁹ Para un estudio de las posibilidades de la UE de elaborar un Código Civil véanse, entre otros, Ch. Von Bar, “Le groupe d’études sur un code civil européen”, *Rev. int. dr. comp.*, 2001, pp. 127-139; K. D. Kerameus, “Problems of drafting a European Civil Code”, *ERPL*, 1997, pp. 475-481; W. Tilmann, “The Legal Basis for an European Civil Code”, *ERPL*, 1997, pp. 471-473; S. Cámara Lapuente, “Hacia un Código civil europeo: ¿realidad o quimera?”, *La Ley*, 1999, pp. 1-8; J. Smits, *The Making of European Private Law*, Intersentia, New York, 2002, pp. 28 y ss; U. Drobnig, “Scope and General Rules of an European Civil Code”, *ERPL*, 1997, pp. 489-496; A. Vaquer Aloy, “La vocación europea del Derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo”, *La Ley*, 2 de mayo de 2002, pp. 1-6; J. M. Martín y Pérez de Nanclares, “La falta de competencia de la UE para elaborar un Código Civil europeo: sobre los límites a la armonización en materia de Derecho civil”, *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 129-155; H. Collins, “European Private Law and the Cultural Identities of States”, *ERPL*, 1995, pp. 353-365; M.W. Hesselink, *The New European Private Law. Essays of the Future of Private Law in Europe*, Kluwer Law International, La Haya/Londres/Nueva York, 2002, en especial pp. 227-249; S. Sánchez Lorenzo, “¿Hacia un Código Civil...”, *loc. cit.*, pp. 881-405.

¹⁰⁷⁰ Aunque para algunos autores la existencia de un Código Civil europeo eliminaría la falta de previsibilidad de la respuesta de fondo de una relación jurídica en un medio de pluralismo legislativo y, con ello, los costes derivados de esta circunstancia. (K. D. Kerameus, “Problems of drafting a European...”, *loc. cit.*, p. 479). Además de abaratar los costes de información, la uniformidad de legislaciones eliminaría los riesgos de desequilibrios en la situación competitiva de los operadores en el mercado, garantizando una ausencia de restricciones a las libertades de circulación (G. Alpa, “European Community Resolutions...”, *loc. cit.*, p. 327).

VI. CREACIÓN DE UN SISTEMA CONFLICTUAL EUROPEO ORIENTADO HACIA LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS.

Como última solución se propone la creación de un sistema conflictual europeo orientado hacia la libre circulación de personas. Las normas comunitarias en preparación sobre derecho aplicable a la ruptura del vínculo¹⁰⁷¹, obligaciones alimenticias¹⁰⁷², régimen económico matrimonial¹⁰⁷³ y sucesiones¹⁰⁷⁴, deberían establecer puntos de conexión que tuvieran muy en cuenta la lógica de la integración. La conexión nacionalidad e, incluso, la conexión de la residencia habitual de la pareja, en la mayoría de las ocasiones son un *handicap* para la continuidad del estatus de la unión, porque pueden acarrear la aplicación de una ley en la que la institución resulte desconocida. Es cierto que la conexión nacionalidad genera una gran estabilidad de la ley aplicable, porque es más fácil el cambio de domicilio que el de nacionalidad, y teóricamente refuerza la continuidad de las situaciones jurídicas con independencia de los desplazamientos. Sin embargo, estas ventajas se desvanecen cuando se trata de instituciones no reguladas en todos los Estados miembros, sobre todo, cuando el ordenamiento jurídico donde se constituyen no exige a las

¹⁰⁷¹ Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (COM (2006) 399 final de 17 de julio de 2006).

¹⁰⁷² Propuesta de Reglamento que se ha elaborado para regular de forma independiente la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOCE de 15 de diciembre de 2005, COM (2005) 649 final).

¹⁰⁷³ Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo (COM (2006) 400).

¹⁰⁷⁴ Libro Verde sobre sucesiones y testamentos (COM (2005) 65).

partes ostentar la nacionalidad de ese Estado. Pasada por el tamiz de la lógica de la integración la conexión nacionalidad, en la mayoría de las ocasiones, resulta inadecuada para promover la libre circulación de personas. La nacionalidad, como vínculo meramente formal, puede conducir a la aplicación de una ley imprevisible para las partes. La residencia habitual constituye una conexión más estrechamente vinculada, pero, en el ámbito que se está analizando, puede suponer la aplicación de un ordenamiento jurídico que desconozca la institución.

La propuesta de *lege ferenda* es el establecimiento de un juego de conexiones que favorezcan la libre circulación de personas y la seguridad del tráfico jurídico. Igual que sucede en el Convenio de la Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, se debería emplear una técnica de reglamentación en virtud de la cual la designación de la ley aplicable quedara sometida a la cualificación del resultado¹⁰⁷⁵. Las conexiones previstas de forma jerarquizada y con carácter sucesivo no entrarían en funcionamiento en ausencia de la conexión anterior, sino en defecto del resultado perseguido¹⁰⁷⁶. En este sentido se plantea la posibilidad de una conexión de cierre como la ley del Estado donde se constituyó la unión, que evitaría el problema de la “institución desconocida”. Esta conexión potencia la confianza de los individuos en el ordenamiento jurídico conforme al cual se constituye la unión. La crítica más habitual a la aplicación de esta ley es que favorece el fraude. La pareja

¹⁰⁷⁵ M. P. Domínguez Lozano, “Comentario al art. 9.7...”, *loc. cit.*, p. 325.

¹⁰⁷⁶ Es una categoría normativa que P. M. Patocchi califica de “norma de conflicto de carácter sustancial que retiene las leyes potencialmente aplicables en un orden establecido sobre la base de criterios de conexión dispuestos jerárquicamente según su valor localizador: si la ley retenida por el primer criterio de localización no conduce al resultado material confiado, se toma en consideración la ley subsidiariamente aplicable” (*Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Ginebra, 1985, p. 252).

afectada, en ciertos países, por determinadas prohibiciones se traslada a otro Estado con leyes más permisivas, donde constituyen su unión. No obstante, teniendo en cuenta la lógica de la integración es una solución que facilita la continuidad de las relaciones en el espacio. No se propone como única posible, sino como conexión de cierre del sistema para el supuesto de que las demás leyes designadas no conozcan la institución.

Como se ha analizado, hoy por hoy es inviable la creación de un Derecho de familia material comunitario. El DIPr podría ser una solución plausible si las normas de conflicto estuvieran orientadas a facilitar la libre circulación de personas. De hecho, una de las funciones del DIPr es conseguir que las relaciones jurídicas mantengan su eficacia más allá del Estado en el que se crearon. Lo que no es posible obviar es que las diferencias en las legislaciones de los Estados miembros en Derecho de familia constituyen un obstáculo a la libre circulación de personas y la pérdida de estatus que puede producir el desplazamiento es una clara restricción a la libertad de opción del particular¹⁰⁷⁷. Esta restricción a la libre circulación de personas es el precio que hay que pagar por el mantenimiento de las idiosincrasias nacionales, de los valores culturales íntimamente ligados a cada Estado miembro y de los sistemas jurídicos divergentes. Posiblemente no sea un precio demasiado alto. El daño que se produciría a la identidad nacional sería mucho mayor que el beneficio que se obtendría para el mercado único¹⁰⁷⁸. Quizás lo esencial sea encontrar un equilibrio entre la unificación útil y el mantenimiento de las diversidades deseables. Lo que está fuera de toda duda es que la unificación del Derecho de familia no se otea aún en el horizonte. Hasta

¹⁰⁷⁷ N. Dethloff, “Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law...”, *loc. cit.*, p. 57.

¹⁰⁷⁸ S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado...*, *op. cit.*, p. 283.

que ese momento llegue, este trabajo de investigación trata de optimizar las soluciones posibles y desvelar las complejas relaciones entre el DIPr y el Derecho de extranjería en el espacio europeo.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS DE CARÁCTER GENERAL Y MONOGRAFÍAS

AA. VV.: *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003.

AA. VV.: *Documentación jurídica. El Tratado de la Unión Europea*, Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones, nº 82-83, 1995.

AA. VV.: *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999.

AA.VV.: *Guía sobre el Derecho de asilo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2005.

ADAM MUÑOZ, M. D.: *La protección de los derechos de las mujeres en una sociedad multicultural*, Córdoba, Instituto Andaluz de la Mujer. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2001.

ALDEEB ABU-SAHLIEH, S. M., Y BONOMI, A.: *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux (Étude de droit comparé sur les aspects de droit international privé liés à l'immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse)*, Zurich, Schulthess Polygraphischer, 1999.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996.

ANDRAE, M.: *Internationales Familienrecht*, Baden Baden, 1999.

ARCOS VIEIRA, M. L.: *La desaparición de la affectio maritalis como causa de separación y divorcio*, Navarra, Aranzadi, 2000.

ARENAS GARCÍA, R.: *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, De Conflictu Legvm. Estudios de Derecho internacional privado, Santiago de Compostela, 2004.

ARENAS HIDALGO, N.: *El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa comunitaria*, Huelva, Universidad de Huelva, 2005.

ARRIAGA IRABURU, I.: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Pamplona, Eunsa, 2003.

ARRIBAS ATIENZA, P., y CARCELLER FABREGAT, F.: *Curso práctico de Registro Civil*, Madrid, Civitas, 1999.

BATIFFOL, H y LAGARDE, P. : *Traité de droit international privé*, vol.I, 8ª ed, París, LGDJ, 1993.

BEDESCHI, A.: *Cittadinanza europea e extracomunitari: il fenomeno dell'immigrazione nel processo di integrazione europea*, Padova, Cedam, 1995.

BENEYTO, M.: *Europa 1992. El Acta Única Europea: mercado interior y cooperación política europea*, Madrid, Civitas, 1989.

BERNEL, A. : *Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle en droit communautaire*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1996.

BERTOLI, P.: *Corte di Giustizia, integrazione comunitaria e Diritto internazionale privato e processuale*, Giuffrè Editore, Milán, 2005.

BISCARETTI DI RUFFIA, C.: *Le obbligazioni alimentari nel diritto internazionale privato convenzionale*, Padua, Cedam, 1989.

BLÁZQUEZ RODRIGUEZ, I.: *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Córdoba, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2001.

BLEULER, E. : *Dementia praecox oder Gruppe der Schizophrenien*, Leipzig und Wien, F. Deuticke, 1911.

BOIXAREU CARRERA, A.: *El Tratado de Ámsterdam*, Barcelona, Bosch, 2000.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: *El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado*, Discurso de ingreso de la académica de número Dra. Alegría Borrás, Barcelona, Acadèmia de jurisprudència i legislació de Catalunya, 1993.

BOUTEILLET-PAQUET, D. : *L'Europe et le droit d'asile: la politique d'asile européenne et ses conséquences sur les pays d'Europe centrale*, París, L'Harmattan, 2001.

BREEN, A. : *Le principe d'équivalence ou de "reconnaissance mutuelle" en droit communautaire*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1996.

CADET, F. : *L'ordre public en droit international de la famille. Étude comparée France/Espagne*, Paris, L'Harmattan, 2005.

CALVO CARAVACA, A.L, Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, vol. I y vol II, Granada, Comares, 2006.

CAMARERO SUÁREZ, V.: *Las uniones no matrimoniales en el Derecho español y comparado*, Tirant lo Blanch, TOL 516636, 2005.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Globalización y Derecho internacional privado*, Albacete, Liberlibro.com, 2002.

CARRETERO GARCÍA, A.: *Los principios de atribución de competencias, subsidiariedad y proporcionalidad en el Tratado de la Unión Europea*, Toledo, Diputación Provincial de Toledo, 1998.

CASTELLANOS RUIZ, E.: *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares, 2001.

CESARANI, D y FULBROOK, M.: *Citizenship, Nationality, and Migration in Europe*, London, Routledge, 2003.

CHICHARRO LÁZARO, A.: *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Navarra, Aranzadi, 2001.

DAVIES, G.: *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, Kluwer, 2003.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

DE CESARI, P.: *Diritto internazionale privato e processuale comunitario. Atti in vigore e in formazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.*, Torino, G. Giappichelli, 2005.

DEVERS, A.: *Le concubinage en Droit international privé*, Bibliothèque de Droit privé, tomo 416, París, L.G.D.J, 2004.

DIEZ PICAZO, L y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, vol. IV, 2003.

DOLLAT, P. : *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne: enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

DOHRN, H. : *Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.

DORNBLÜTH, S. : *Die europäische Regelung der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von Ehe- und Kindschaftsentscheidungen*, Tübingen, Mohr, 2003.

DRAPPATZ, T.H. : *Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV*, Tübingen, StudIPR 95, 2002.

DROZ, G. : *Cours général de droit international privé*, Rec. des. C., t. 229, 1991.

DUNKERLEY, D.: *Changing Europe. Identities, Nations and Citizens*, London-New York, Routledge, 2002.

ESPADA RAMOS, M. L.: *Europa ¿ciudad abierta? La inmigración y el asilo en la UE*, Granada, Instituto Municipal de Formación y Empleo. Ayuntamiento de Granada, 1997.

ESPINAR VICENTE, J. M.: *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996.

ESPLUGUES MOTA, C, y DE LORENZO SEGRELLES, M, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España (Análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. Y SÁNCHEZ LORENZO, S. A.: *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, 3ª ed, Civitas, 2004.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: *Derecho comunitario de la inmigración*, Barcelona, Atelier, 2006.

FERRER I GÓMEZ, A.: *Libre circulación de nacionales de terceros Estados y miembros de la familia en la UE*, Barcelona, Institut Universitari d'Estudis Europeus, 2001.

FLOBETS, M. C., y CARLIER, J.Y. : *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruselas, Bruylant, 2005.

FRANCESCAKIS, PH. : *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, París, Sirey, 1958.

GALLANT, E. : *Responsabilité parentale et protection des enfants en Droit international privé*, París, Defrénois, 2004.

GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid, Tecnos, 1999.

GARDEÑES SANTIAGO, M.: *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Eurolex, 1999.

GARCIA-JOURDAN, S.: *L'émergence d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice*, Bruselas, Bruylant, 2005.

GARRIDO MELERO, M.: *Derecho de familia: un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la UE*, Barcelona, Marcial Pons, 2004.

GONZÁLEZ PORRAS, J. M.: *Uniones de hecho y pensiones de la Seguridad social*, Madrid, Tecnos, Colección jurisprudencia práctica, 1992.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E.: *Manual del negociador en la Comunidad Europea*, Oficina de Información Diplomática, Madrid, 1992.

GRILLER, S.: *The Treaty of Amsterdam, Facts, Analysis, Prospects*, Wien –New York, 2000.

GUILD, E.: *Immigration Law in the European Community*, Kuwer, 2001.

HAILBRONNER, K.: *Immigration and Asylum: Law and Policy of the European Union*, The Hague, 2000.

HANLON, J.: *European Community Law*, Londres, Thomson, 2003.

HERZFELDER, F. : *Les obligations alimentaires en droit international privé. Les deux Conventions de La Haye du 2 octobre 1973*, París, 1985.

HESSELINK, M.W.: *The New European Private Law. Essays of the Future of Private Law in Europe*, La Haya/Londres/Nueva York, Kluwer Law International, 2002.

HREBLAY, V. : *La libre circulation des personnes. Les accords de Schengen*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994.

JAULT-SESEKE, F. : *Le regroupement familial en Droit Comparé français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1996.

JAYME, E. : *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, *Rec. des C.*, t. 251, 1995.

JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, P.: *El derecho de libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria*, Madrid, 1994.

JUÁREZ PÉREZ, P.: *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

JUNGE, K.: *Flexibility, Enhanced Cooperation and the Treaty of Amsterdam*, Londres, Kogan Page, 1999.

KAPTEYN, P.J.G., AND VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction to the Law of the European Communities. From Maastricht to Amsterdam*, Kluwer Law International, 1998.

KASSIR, W. J. : *Réflexions sur le renvoi en droit international privé comparé*, Bruselas, Bruylant, L.G.D.J., 2002.

KEGEL, G. : *Internationales Privatrecht*, 6^a ed., Munich, Verlag C.H. Beck, 1987.

KESSLER, G. : *Les patenariats enregistrés en droit international privé*, Bruselas, L.G.D.J., Tomo 431, 2004.

KIENINGER, E-M.: *Wettbewerb des Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*, Tubinga, JCB Mohr, 2002.

- KLUSMEYER, D.:** *Citizenship Policies for an Age of Migration*, Washington, D.C, Carnegie Endowment for International Peace, 2002.
- LARA AGUADO, A.,** *El nombre en el Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1999.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I.:** *Las uniones de hecho en el Derecho internacional privado español*, Madrid, Tecnos, 1999.
- LEJEUNE, Y. :** *Le traité D'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Bruylant, Bruxelles, 1998.
- LIROLA DELGADO, M. I.:** *Libre circulación de personas y UE*, Madrid, Civitas, 1994.
- LLEBARÍA SAMPER, S.:** *Hacia la familia no matrimonial*, Barcelona, Cedecs, 1997.
- LOTTI, P.:** *L'ordine pubblico internazionale*, Milán, Giuffrè, 2005.
- LUCES GIL, F.:** *Derecho del Registro Civil. Comentarios, legislación. Resoluciones de la DGRN y modelos*, Barcelona, Bosch, 2002.
- MAGNETTE, M.:** *La citoyennete europeenne: droits, politiques, institutions*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1999.
- MANGAS MARTIN, A, y LIÑAN NOGUERAS, D.:** *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, McGraw-Hill, 1999.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J.:** *Flexibilidad y Tratados Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2003.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. M.:** *La inmigración y el asilo en la UE*, Madrid, Colex, 2002.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.:** *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Documento del Instituto de ciencias para la familia, Navarra, Ediciones Rialp, 1996.
- MOLINA NAVARRETE, C, ESTEBAN DE LA ROSA, G y ARCE JIMÉNEZ, E.:** *La inmigración extranjera. Comentario sistemático al RD 2393/2004, de 30 de diciembre*, Estudios Financieros, 2005.
- MOTILLA, A., y LORENZO, P.:** *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Madrid, Colex, 2002.
- MOYA ESCUDERO, M y RUEDA VALDIVIA, R.:** *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, Madrid, La Ley, 2003.

NIKLAS, M.: *Die europäische Zuständigkeitsordnung in Ehe- und Kindschaftsverfahren*, Tübingen, Mohr, 2003.

O'CALLAGHAN, X.: *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Madrid, Consejo del poder judicial, 1998.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Pamplona, Aranzadi, 2002.

PATOCCHI, P. M.: *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Ginebra, 1985.

PEARL, D., y MENSKI, W.: *Muslim Family Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1998.

PENNINX, R Y VERTOVEC, S.: *Citizenship in European cities: immigrants, local politics and integration policies*, Aldershot, Ashgate, 2004.

PÉREZ VERA, E, y OTROS.: *Derecho internacional privado*, 5ª Ed, Madrid, UNED, 2005.

PREUSS, U, K.: *European Citizenship, Multiculturalism and the State*, Baden-Baden, Nomos, 1998.

PULJAK, M. P. : *Le Droit International Privé à L'Épreuve du Principe Communautaire de Non-Discrimination en Raison de la Nationalité*, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2003, pp. 192-196.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, Fundación La Caixa, 1999.

RODRÍGUEZ GAYÁN, E.: *Derecho registral civil internacional*, Madrid, Eurolex. Colecciones de Estudios internacionales, 1995.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E.: *La legislación autonómica sobre uniones de hecho. Revisión desde la Constitución*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.

RUIZ-ALMODÓVAR, C.: *El Derecho privado en los países árabes. Códigos de estatuto personal*, Granada, EUG, 2005.

SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A., GONZÁLEZ VEGA, J.A., y FERNÁNDEZ PÉREZ, B.: *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Eurolex, 1999.

SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002.

SANZ CABALLERO, S.: *La familia en la perspectiva internacional y europea*, Valencia, Tirant monografías, 384, 2006.

- SANTOLAYA MACHETTI, P.:** *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- SCHÜMANN, K.:** *Nichteheliche Lebensgemeinschaften und ihre Einordnung im Internationalen Privatrecht*, Franckfurt, Colección Europäische Hochschulschriften Reihe II, Rechtswissenschaft, 2001.
- SMITS, J.:** *The Making of European Private Law*, Nueva York, Intersentia, 2002.
- SONNENTAG, M. :** *Der Renvoi im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.
- STARK, B.:** *International Family Law: an Introduction*, Londres, Ashgate, 2005.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A.:** *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Granada, Comares, 2001.
- TONER, H.:** *Partnership Rights, Free Movement and EU Law*, Hart Publishing, 2004.
- TRIDIMAS, T.:** *The General Principles of EC Law*, Oxford EC Law Library, 1999.
- VIRGÓS SORIANO, M, y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.:** *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, Civitas, 2000.
- VIRGÓS SORIANO, M, y PINEAU RODRÍGUEZ, E.:** *Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia*, Madrid, McGraw Hill, 1999.
- VON BAR, CH.:** *Internationales Privatrecht. Allgemeine Lehren*, T. I, Munich, 1987.

**ARTÍCULOS EN REVISTAS Y COLABORACIONES EN OBRAS
COLECTIVAS**

ABARCA JUNCO, P.: “La celebración del matrimonio y su nulidad”, *Derecho internacional privado*, vol. II, Madrid, Colex, 2001, pp. 99-121.

— “Un ejemplo de materialización en el Derecho internacional privado español: la reforma del art. 107 del Código Civil”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Eurlex, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2005, pp. 1095-1115.

— “La legislación sobre parejas de hecho en el ordenamiento español. Problemas de derecho interregional”, *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Prof. Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Córdoba y Málaga, 2005, pp. 37-55.

ABARCA JUNCO, P., Y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: “Reagrupación familiar”, en C. Esplugues Mota, (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 447-488.

ACIERNO, S.: “Notes and Shorter Articles -The Carpenter Judgment: Fundamental Rights and the Limits of the Community Legal Order”, *ELR*, vol. 28, 2003, p. 399-407.

ACKERMANN, T.: “Nota a la STJCE de 20 de marzo de 1997, As. C-323/95 *Kronenberger* (Alemania)”, *CMLR*, 1998, pp. 783-799.

ADAM, R.: “La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo”, *Divenire Sociale e Adeguamento del Diritto (Studi in Onore de Francesco Capotorti)*, Milán, Giuffrè, 1999, pp. 3-35.

ADAM MUÑOZ, M. D.: “El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio”, *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Sevilla, Junta de Andalucía, 2005, pp. 187-247.

ADINOLFI, A.: “Free Movement and Access to Work of Citizens of the New Member States: The Transitional Measures”, *CMLR*, núm. 42, 2005, pp. 469-498.

AGUDO ZAMORA, M. J.: “La Ciudadanía de la Unión Europea”, *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, Córdoba, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, pp. 47-67.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, A.: “El matrimonio de conveniencia”, *BIMJ*, Año LIV, núm. 1879, de 15 de octubre de 2000, pp. 3213-3234.

— “*Ius nubendi* y orden público matrimonial”, *BIMJ*, núm. 1862, 1 de febrero 2000, pp. 425-447.

— “Estatuto personal y orden público en un contexto de creciente multiculturalidad”, *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Alcalá de Henares, Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2001, pp. 315-335.

AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M y GRIEDER MACHADO, H.: “La reagrupación familiar de los extranjeros en España”, *El nuevo Derecho de extranjería*, Granada, Comares, 2001, pp. 97-143.

AGUILAR GRIEDER, H.: “Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el DIPr”, *Cuestiones actuales de Derecho comparado. Actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña, A Coruña, Servicio de publicaciones da Universidade da Coruña*, 2003, pp. 235-264, pp. 248-249.

ALBERCA DE CASTRO, J. A.: “Uniones de hecho y matrimonios religiosos”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la UE y el Derecho comparado*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp. 291-299.

ALENDIA SALINAS, M.: “Derecho de familia musulmán en un país de inmigración: entre el desconocimiento y la normalidad del instituto matrimonial islámico en España”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la UE y el Derecho comparado*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp. 308-311.

ALEXANDER, M.: “Free Movement of Non-EC Nationals. A Review of the Case-Law of the Court of Justice”, *EJIL*, vol. 3, 1992, pp. 53-65.

ALONSO GARCÍA, R.: “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *GJ-CE*, nº 209, 2000, pp. 3-17.

ALONSO PÉREZ, F.: “El derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros: innovaciones introducidas por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, *La Ley*, nº 6006, 2004, pp.1-5.

ALPA, G.: “European Community Resolutions and the Codification of Private Law”, *ERPL*, 2000, pp. 321-333.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Derecho internacional privado y Derecho privado europeo”, *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 157-191.

— “Pasado, presente y futuro del DIPr comunitario”, *RXUSC*, 1996, vol.5, pp. 9-48.

— “Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y Derecho comunitario”, *La Ley*, núm. 5876, 22 de octubre de 2003, pp. 1-5.

— “De nuevo sobre la obligación alimenticia en el Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968. Comentario a las sentencias del TJCE de 27 de febrero y 20 de marzo de 1997”, *La Ley*, 1997-3, pp. 1770-1773.

— “Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del Juez nacional y orden público comunitario”, *La Ley*, nº 5108, de 31 de julio de 2000, pp. 1-4.

— “Objeto del DIPr y especialización normativa”, *ADC*, 1993, pp. 1109-1151.

— “Resolución–Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios del mismo sexo”, *REDI*, 2005, en prensa.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: “Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho comunitario”, *RE*, www.extranjeria.info/inicio/index.htm, 5-10-2003, pp. 1-30.

— “Nacionales de terceros países familiares de un ciudadano comunitario en el territorio de su propio Estado: ¿régimen de extranjería general o aplicación de la normativa comunitaria relativa a la libre circulación? (a propósito de la STJCE de 23 de septiembre de 2003)”, *El Derecho de familia ante el s. XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 23-37.

— “Análisis crítico del RD 178/2003: algunas de sus deficiencias y su necesaria reforma”, *RDME*, 3, Lex Nova, 2002, pp. 29-63.

— “Régimen jurídico de los nacionales de la Unión Europea y de los nacionales de los Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de sus familiares tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000”, *Ley de Extranjería*, Servicio Editorial del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, 2000, pp. 161-196.

— “La transposición de las Directivas de la UE sobre inmigración. Las Directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración”, *Migraciones*, nº 8, 2006, pp. 9-84.

— “Régimen jurídico de los nacionales de la Unión Europea y de los nacionales de los Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de sus familiares tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000”, *Ley de Extranjería*, Servicio Editorial del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, 2000, pp. 161-196.

ÁLVAREZ RUBIO, J. J.: “La incidencia del Tratado de Ámsterdam en el sistema español de Derecho interregional”, *AFD. Universidad de la Laguna*, núm. 18, 2001, pp. 65-78.

AMSTRONG, K.: “Mutual recognition”, *The Law of the Single European Market*, Hart Publishing, Oxford, 2002, pp. 226-227.

ANCEL, B.: “Regards critiques sur l’erosion du paradigme conflictuel”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2006, pp. 345-415.

— “Le statut de la femme du polygame”, *Le droit de famille à l’épreuve des migrations transnationales*, París, LGDJ, 1993, pp. 106-123.

ANCEL, B y MUIR WATT, H.: “La désunion européenne : le Règlement dit Bruxelles II”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 2001, pp. 403-457.

ANTOKOLSKAIA, M.: “Would the Harmonisation of Family Law Enlarge the Gap between the Law in the Books and the Law in Action?”, *FamPra*, 2002, pp. 261-292.

— “The Harmonisation on Family Law: Old and New Dilemas”, *ERPL*, 2003, pp. 28-49.

ARCE JIMÉNEZ, E.: “Los familiares extranjeros del español en el Derecho de extranjería. (Libertad de circulación y de residencia en el nuevo “espacio de libertad, seguridad y justicia””, *RDME*, nº 12, julio 2006, pp. 21-49.

ARECHENDERRA ARANZADI, L.I.: “*Ius nubendi* y simulación matrimonial”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 7, 1995, pp. 301-331.

AREILZA CARVAJAL, J. M.: “Variaciones sobre la limitación de competencias: la anulación de la Directiva de publicidad del tabaco. (Comentario a la STJCE de 5 de octubre de 2000, asunto C-376/98)”, *RDCE*, julio/diciembre 2000, pp. 643-662.

ARENAS GARCÍA, R.: “Nota al Reglamento nº 1347/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes”, *AEDIPr*, 2003, pp. 427-436.

— “La incompatibilidad del Derecho español con el comunitario en materia de reagrupación de familiares de comunitarios”. (Comentario a la STJCE (Sala 2ª) de 14 de abril de 2005)”, *La Ley UE*, nº 6350, de 31 de octubre de 2005, pp. 1-5.

— “La nueva redacción del art. 107 del Código Civil”, *REDI*, 2004, vol. LVI, pp. 205-225.

— “Problemas derivados de la reagrupación familiar”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 269-307.

— “La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en los supuestos internacionales”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 351-371.

— “La función del registro mercantil en Derecho internacional de sociedades”, *AEDIPr*, t. II, 2002, pp. 47-79.

ARGÜELLES BLANCO, R, Y MIRANDA BOTO, J. M.: “Crónica de la jurisprudencia del TJCE en materia laboral y de seguridad social del año 2001”, *AS*, nº 3, 2002, (BIB 2002/493).

ARNULL, A.: “Nota a la STJCE de 18 de octubre de 1990, As. C-297/88 y C-197/89, *Dzgodzi*”, *ELR*, 1993, pp. 129-137

- “Nota a la STJCE de 2 de febrero de 1989, As. 186/87, *Cowan*”, *ELR*, 1989, pp. 166-169.

ARTUCH IRIBERRI, E.: “La libertad individual y las parejas ante el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LIV, 2002, pp. 41-65.

— “La exigencia de consentimiento en las relaciones de familia en el Derecho internacional privado español”, *AEDIPr*, 2000, pp. 185-217.

— “Matrimonios mixtos: diversidad cultural y DIPr”, *Derecho registral internacional*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 199-223.

ARZOZ SANTISTEBAN, X.: “Art. 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar”, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 254-328.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: “Ámbito de la nulidad de los matrimonios contraídos entre españoles y extranjeros por inexistencia de consentimiento”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 850-853.

BALLARINO, T, y UBERTAZZI, B.: “On Avello and Other Judgements: A New point Of Departure in the Consflicts of Laws?”, *YPIL*, Vol. VI, 2004, pp. 85-128.

BARATTA, R.: “Il Regolamento Comunitario sul Diritto Internazionale Privato della Famiglia”, *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, Cedam, Milán, 2004, pp. 163-205.

BARIATTI, S.: “Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni”, *Riv.dir.int.pr.proc.*, núm. 2, abril-junio 2006, pp. 361-377.

BARONA VILAR, S y MARTÍNEZ GARCÍA, E.: Nota a la STJCE de 1 de febrero de 1996, as. C-177/94, *Perfili*”, *La ley. UE*, núm. 96, 1996, pp. 6-7.

BARRETT, G.: “Family Matters: European Community Law and Third-Country Family Members”, *CMLR*, nº 40, 2003, pp. 369-421.

BASEDOW, J.: “European Conflicts of Laws Under the Treaty of Ámsterdam”, *International Conflicts of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley, 2001, pp. 176-179.

— “The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam”, *CMLR*, vol. 37, 2000, pp. 687-691.

— “EC Regulations in European Private Law”, *Private Law in the International Arena-Liber Amicorum Kurt Siebr*, 2000, pp. 17-29.

— “Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreihaiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis”, *RebelsZ*, vol. 59, 1995, pp. 1-54.

— “Die Verselbständigung des europäischen ordre public”, *Privatrecht in Europa. Vielfalt, Kollision, Kooperation. Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag*, Munich, 2004, pp. 291-319.

— “Europäisches Internationales Privatrecht”, *NJW*, 1996, pp. 1921-1929.

— “Codification of Private Law in the European Union: the Making of a Hybrid”, *ERPL*, 2001, pp. 35-49.

— “Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: Le domaine d’application des lois contre les restrictions de la concurrence”, *Rec. des C.*, t. 264, 1997, pp. 9-177.

— “Recherches sur la formation sur la formation de l’ordre public européen dans la jurisprudence”, *Le Droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 55-75.

— “La reconnaissance des divorces étrangers. Droit positif allemand e politique législative européenne”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1978, pp. 461-482.

BATIFFOL, H.: “Conflits móviles et droit transitoire”, *Mélanges P. Roubier*, Paris, Dalloz & Sirey, 1961, pp. 39 y ss.

BAUR, M.O.: “Projects of the European Community in the Field of Private International Law”, *YPIL*, vol. 5, 2003, pp. 177-190.

BEAUMONT, P.: “Treaty of Amsterdam- Community Competence in Private International Law”, *ICLQ*, enero 1999, pp. 225-229.

BELL, M.: “We are Family? Same-Sex Partners and EU Migration Law”, *MJ*, vol. 9, núm. 4, 2002, pp. 335-355.

— “Holding Back the Tide? Cross-Border Recognition of Same-Sex Partnerships within the European Union”, *ERPL*, nº 5, 2004, pp.613-632.

— “Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from *P v. S* to *Grant v. SWT*”, *ELJ*, vol. 5, núm. 1 de marzo de 1999, pp. 63-81.

— “The New Article 13 EC Treaty: a Sound Basis for European Anti-Discrimination Law”, *MJ*, 1999, pp. 5-23.

BELLO MARTÍN CRESPO, M.P.: “La evolución de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre las diferentes formas de eficacia de las Directivas en las relaciones entre particulares. A propósito de dos recientes sentencias”, *La Ley*, 31 de mayo de 2001, pp. 7-10.

BENDEL, P.: “¿Blindando la fortaleza europea? Intereses, valores y cambios jurídicos en la política migratoria de la Unión Europea”, *Migración y desarrollo*, 2005, pp. 54-65.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La reagrupación familiar de los extranjeros residentes en España”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Eurolex, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2005, pp. 1259-1276.

BERNARD, N.: “La libre circulation de marchandises, des personnes et des services dans le Traité CE sous l’angle de la compétence”, *Cab. Dr. Eur.*, 1998, pp. 16-45.

BERTHOU, K, y MASSELOT.: “Le mariage les partenariats et la CJCE: menage à trois”, *Cab. Dr. Eur.*, nº 5-6, 2002, pp. 679-694.

BERGWITZ, C.: “Nota a la STJCE de 4 de diciembre de 1997, as. C-253 a 258/96, *Helmut Kampelmann*”, *RdA*, 1999, pp. 188-194.

BESSE, D.: “Die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen nach dem Vertrag von Amsterdam und das EuGVÜ”, *ZEuP*, 1999, pp. 107-122.

BETLEM, G y HONDIUS, E.: “European Private Law after the Treaty of Amsterdam”, *ERPL*, 2001, pp. 3-20.

BIGLINO CAMPOS, P.: “Ciudadanía europea y legitimidad democrática”, *REE*, nº 9, enero-abril, 1995, pp. 3-13.

BIONDI, A.: “The European Court of Justice and Certain National Procedural Limitations: Not such tough Relationship”, *CMLR*, vol. 36, 1999, pp.1271-1287.

BISCHOFF, J.M.: Nota a la STJCE de 10 de febrero de 1994, As. C- 398/92, *Mund & Fester*”, *Journ. dr. int.*, 1994, pp. 535-539.

BLANCO FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, C., “Avances para la creación de una política común de inmigración y asilo en la Unión Europea”, *La inmigración en la UE: situación y perspectivas para Euskadi*, Consejo Vasco del movimiento europeo, 2002, pp. 23-35.

BLÁZQUEZ PEINADO, M. D.: “Los derechos de ciudadanía y otros derechos reconocidos a los ciudadanos de la Unión: de Maastricht a Amsterdam”, *RDCE*, enero/junio, 1998, pp. 261-279.

— “El derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, últimos desarrollos normativos: la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril”, *GJ-CE*, septiembre/octubre, n° 233, 2004, pp. 18-32.

BLÁZQUEZ RODRIGUEZ, I.: “Pluralidad de formas de celebración y matrimonio musulmán. Una perspectiva desde el Derecho internacional privado español”, *Bol. Mex. Der. Comp.*, n° 110, mayo-agosto 2004, pp.425-477.

— “Hacia una política común de inmigración en la Unión Europea”, *RPJ*, n° 66, 2002, pp. 107-142.

— “La reagrupación familiar: especial referencia a la inmigración magrebí”, *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Sevilla, Junta de Andalucía, 2005, pp. 95-134.

BODE, S.: “Nota a la STJCE de 17 de septiembre de 2002, As. C-413/99, *Baumbast*”, *EuZW.*, 2002, pp. 767-768.

BODELÓN ALONSO, G.: “Derecho europeo. Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (art. 63.d 1) y Directiva 2005/85 del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado”, Madrid, *Guía sobre el Derecho de asilo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2005, pp. 199-206.

BOGDAN, M. : “Internationale Aspekte der schwedischen Gesetzesnovelle über die Adoption von Kinder durch eingetragene Lebenspartner”, *IPRax*, 2002, pp. 534-535.

— “Private International Law of Registered Partnership in the Nordic Countries”, *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe. (Actes de la XVI Tournée de droit international privé du 5 mars 2004 à Lausanne)*, Genève, Schulthess, 2004, pp.61-69.

— “The impact of the E.C. Treaty on the Surnames of Migrating European Citizens”, *Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1277-1287.

— “IPR-Aspekte der schwedischen eingetragenen Partnerschaft für Homosexuelle”, *IPRax*, 1995, pp. 56-57.

BOELAERT-SUOMINEN, S.: “Non-EU Nationals and Council Directive 2003/109/CE on the Status of Third-Country Nationals Who Are Long-Term Residents: Five Paces Forward and Possibly Three Paces Back”, *CMLR*, núm. 42, 2005, pp. 1011-1052.

BOELE-WOELKI, K.: “Unification and Harmonization of Private International Law in Europe”, *Private Law in the International Arena- Liber Amicorum Kurt Siebr*, 2000, pp. 61-77.

— “The Road Towards a European Family Law”, *EJCL*, vol. 1, nov. 1997, disponible en <http://law.Kub.Nl/ejcl/11/art11-1.Html>.

BOELE-WOELKI, K y VAN OOIK, R.: “The communitarization of Private International Law”, *YPIL*, vol. 4, 2002, pp. 1-36.

BOER, M.: “Justice and Home Affairs Cooperation in the Treaty on European Union: More Complexity Despite Communautarization”, *MJ*, 1997, pp. 310-316.

BÖHMER, C.: “Die Transliteration ausländischer Namen”, *IPRax*, 1994, pp. 80-82.

BOIXAREU CARRERA, A.: “Perspectivas de la Conferencia intergubernamental de 1996. El Informe del Grupo de reflexión”, *GJ-CE.*, D-25, julio 1996, pp. 7-113.

— “Los trabajos del Grupo de Coordinadores para la libre circulación de las personas: el “Documento de Palma”, *GJ-CE*, B-48, 1989, n° 72, pp. 3-11.

BOLES, P.: “Propuesta de Directiva sobre la reagrupación familiar y otras propuestas en el campo de la ley de inmigración”, *RCIDOB*, núm. 53, 2001, disponible en <http://www.cidob.org/castellano/publicaciones/Afers/53boeles.cfm>.

BONET, G.: “Nota a la STJCE de 15 de noviembre de 1983, As. 288/82, *Duijnsee v. Goderbauer*”, *Rev. crit. dr.int.pr.*, 1984, pp. 366-372.

BONINI-BARALDI, M.: “Variations on the Theme of Status, Contract and Sexuality: an Italian Perspective on the Circulation Models”, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Oxford-Nueva York, Intersentia, 2003, pp. 300-319.

BORRAJO INIESTA, I.: “Las libertades de establecimiento y de servicio en el Tratado de Roma”, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho Español*, tomo II, Madrid, 1986, pp. 149-260.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “DIPr y Tratado de Ámsterdam”, *REDI*, vol. LI, 1999, pp. 383-426.

— “Comentario a la STJCE de 7 de julio de 1992, As. C-369/90, *Micheletti*”, *RJC*, 1993, pp. 584-587.

— “Proposition pour une Convention concernant la competence judicial et l’execution des decisions en matière familiale et successorale”, *REDI*, 1993. vol. XLV. pp. 637-645.

— “La proyección externa de la comunitarización del Derecho internacional privado: los datos del problema”, *La Ley*, n° 5611, de 13 de septiembre de 2002, pp. 1-8.

— “Luz verde a la extensión del Convenio de Bruselas a cuestiones de familia”, *REDI*, 1994, pp. 906-908.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A., y GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Conferencia de la Haya de DIPr: Comisión especial sobre el cobro de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención con respecto a la familia”, *REDI*, núm. LV, 2003, pp. 582-585.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A., y PARRA RODRÍGUEZ, M, C.: “La tercera reunión de la Comisión especial sobre cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia”, *REDI*, núm. LVII, 2005, pp. 520-525.

BORRILLO, D.: “Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités : la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l’Union européenne”, *McGill L. J.*, vol. 46, 2001, pp. 875-922, pp. 887-889.

BOURINET, J. : “Vers une citoyenneté européenne. Aspects économiques”, *Rev. MCU. eur.*, 1992, pp. 772-776.

BOUTARD-LABARDE, M.C.: “Nota a la STJCE de 27 de septiembre de 1988, As. C- 235/87, *Matteucci*”, *Journ. dr. int.*, 1989, pp. 422-424.

— “Nota a la STJCE de 7 de julio de 1992, As. C-370/90, *Singh*”, *Journ. dr. int.*, 1993, pp. 426-427.

BOUTEILLET-PAQUET, D.: “Passing the Buck: A Critical Analysis of the Readmission Policy Implemented by the European Union and its Member States”, *EJML*, núm. 5, 2003, pp. 359-377.

BOUZA VIDAL, N.: “Nota a la STJCE de 7 de julio de 1992, as. C-369/90, *Micheletti*”, *RIE*, 1993, pp. 563-581.

BOUZA VIDAL, N y QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “Informació del dret estranger”, *RJC*, 2002, pp. 204-205.

BRADLEY, D., “Comparative Law, Family Law and Common Law”, *OJLS*, 2003, pp. 127-146.

BRAVO-FERRER DELGADO, M y LA CASTA MUÑOZ, N.: “Nota a la STJCE de 18 de octubre de 1990, as. C-297/88 y C-197/89, *Dzodzi*”, *CMLR*, 1992, pp. 152-159.

BREMS, E. : “Case C-249/96. Lisa Jacqueline Grant v. South West Trains Ltd”, *Col. J. Europ. L.*, 1999, pp. 141-151.

BRIBOSIA, H. : “Liberté, sécurité et justice: l’ombroglio d’un nouvel espace”, *Rev. MCU. eur.*, n° 1, 1998, pp. 27-54.

BRINKMANN, G.: “The Immigration and Asylum Agenda”, *ELJ*, vol. 10, nº 2, marzo 2004, pp. 182-199.

BROK, E.: “Intergovernmental Conference 1996: Not a Maastricht II”, *CMLR*, núm. 34, 1997, pp. 1-9.

BROTO ALONSO, E.: “Nueva legislación catalana sobre derecho de familia. Análisis de la Ley 10/98 de uniones estables de pareja”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la UE y el Derecho comparado*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp. 333-361.

BUCHER, A. : “La famille en Droit international privé”, *Rec. des C.*, vol. 283, 2000, pp. 19-177.

— “L’ordre public et le but social des lois en droit international privé”, *Rec. des C.*, 1993, vol. 239, pp. 9-116.

BULVINAITE, I.: “Union Citizenship and its Role in the Free Movement of Persons Regimes”, *WebJCLI*, nº 5, 2001.

BUSSANI, M Y MATTEI, U.: “The Common Core Approach to European Private Law”, *Col. J. Europ. L.*, 1997/98, vol. 3, pp. 339-356.

CALVO BAVIO, F.: “Elemento extranjero en matrimonios entre homosexuales celebrados en España”, *IURIS*, núm. 99, nov. 2005, pp. 52-55.

CALVO CARAVACA, A. L.: “El DIPr de la Comunidad Europea”, *AD. Universidad de Murcia*, nº 21, 2003, pp. 49-69.

CALVO CARAVACA, A.L, Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española”, *AC*, núm. 6, 9-15 febrero de 1998, pp. 129-140.

— “El divorcio internacional y el nuevo art. 107.2 del Código Civil”, *La Ley*, nº 6024, 24 de mayo de 2004, pp. 1-9.

— “Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español”. *La Ley*, núm. 6391, de 2 de enero de 2006, pp. 1-11.

CÁMARA LAPUENTE, S.: “Hacia un Código civil europeo: ¿Realidad o quimera?”, *La Ley*, 1999, pp. 1-8.

— “Un Derecho privado o un Código Civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace”, *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 47-106.

CAMARERO SUÁREZ, V.: “Un apunte al Derecho europeo y estadounidense sobre el estatus jurídico de las parejas del mismo sexo”, *La Ley*, núm. 6105, de 13 de octubre de 2004, pp. 1-6.

CAMPLIGLIO, C.: “Matrimonio poligámico e ripudio nell’esperienza giuridica dell’occidente europeo”, *Riv.dir.int.priv.pr.e proc.*, 1990, n° 4, pp. 853-909.

— “La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano”, *Riv.dir.int.priv.pr.e proc.*, 1999, pp. 21-43.

CAMPUZANO DÍAZ, B.: “Consideraciones acerca de la reforma del art. 107 Cc”, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 177-193.

CANEDO ARRILLAGA, M.P.: “La propuesta de Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar: algunos comentarios desde el Derecho internacional privado”, *Mundialización y Familia*, Colex, 2001, pp. 121-142.

CANNIZARO, E.: “Producing reverse discrimination through the exercise of EC competences”, *YEL*, vol. 7, 1997, pp. 29-46.

CANOR, I.: “Equality for Lesbians and Gay Men in the European Community Legal Order- they shall be male and female?”, *MJ*, vol. 7, 2000, pp. 273-299.

— “Nota a la STJCE de 7 de enero de 2004, as. C-117/01, *K.B. v. National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*”, *CMLR*, 2004, pp. 1113-1125.

CARACCILO DI TORELLA, E, y REID, E.: “The changing shape of the “European Family” and fundamental rights”, *ELR*, Febrero de 2002, pp. 80-91.

CARACCILO DI TORELLA y A. MASSELOT. : “Under Construction: EU Family Law”, *ELR*, núm. 29, 2004, pp. 32-51.

CARLIER, J-Y. : “Le Code belge de droit international privé”, *Rev. crit. dr.int.pr.*, 2005, vol. 94, pp.11-45.

CARO GÁNDARA, R.; “Ámbito de aplicación y reglas de competencia del Reglamento 2201/2003 en materia de responsabilidad parental”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 391-412.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000”, *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 213-239.

— “Nuevos modelos de familia y DIPr en el siglo XXI”, *AD. Universidad de Murcia*, n° 21, 2003, pp. 109-143.

— “Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española”, *AD. Universidad de Murcia*, núm. 20, 2002, pp. 7-34.

— “Crisis matrimoniales internacionales y la dispersión del pleito”, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 213-128.

CARRERA HERNÁNDEZ, F. J.: “El Tratado de Ámsterdam y el libre cruce de fronteras en la Unión Europea: perspectivas de realización del espacio de

libertad, seguridad y justicia”, *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, 1999, pp. 155-175.

CARRILLO CARRILLO, B.: “Ley aplicable a las parejas de hecho en Derecho internacional privado español”, *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 385-451.

CARUSO, F.: “Considerazione generali su unificazione e uniformizzazione delle legislazione statali in diritto comunitario”, *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario*, Milan, Cedam, 2004, pp. 3-33.

CEBRIÁ GARCÍA, M.: “El matrimonio en España en la segunda mitad del siglo XX”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la UE y el Derecho comparado*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp. 383-395.

CEINOS SUÁREZ, A.: “¿Existe una política de inmigración comunitaria?”, *Derechos y libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Cantabria, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 163-183.

CHAMBERS, D.L.: “Poligamy and Same-Sex Marriage”, *Hofstra L. Rev.*, n° 26, vol. 1, 1997, pp. 53-85.

CHECA MARTÍNEZ, M.: “Fundamentos y límites del *forum shopping*: modelos europeo y angloamericano”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, núm. 3, 1998, pp. 521-612.

CHOLEWINSKI, R.: “Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling a Fundamental Human Right”, *EJML*, núm. 4, 2002, pp. 271-290.

CLOSA, R.: “The concept of Citizenship in the Treaty on European Union”, *CMLR*, 1992, pp. 1137-1169.

— “Citizenship of the Union and Nationality of Member States”, *CMLR*, 1995, pp. 487-518.

COLLINS, H.: “European Private Law and the Cultural Identities of States”, *ERPL*, 1995, pp. 353-365.

COMTE GUILLEMENT, M.: “Las parejas no casadas ante el DIPr”, *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 295-313.

CONNOR, T.: “Community Discrimination Law: No Right to Equal Treatment in Employment in Respect of Same Sex Partner”, *ELR*, vol. II, 1998, pp. 378-384.

CORDERO ÁLVAREZ, C. I.: “Crisis matrimoniales y responsabilidad parental dentro y fuera de la Unión Europea: El Código de familia comunitario”, *AJEE*, 2006, pp. 215-258.

COSTELLO, C.: “Market Access All Areas- The Treatment of Non-discriminatory Barriers to the free movement of Workers”, *Legal Issues of Economic Integration*, 2000-3, vol. 27, pp. 267-277.

COURBE, P.: “L’ordre public de proximité”, *Le Droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 227-239.

CRÉPEAU, F. y CARLIER, A. Y.: “Intégration régionale et politique migratoire. Le modèle européen entre coopération et communautarisation”, *Journ. dr. int.*, n° 1, 1999, pp. 953-1019.

CRESPO NAVARRO, E.: “La Directiva 2003/109 del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración”, *RDCE*, núm. 18, 2004, pp. 531-552.

CRUZ PEREYRA, L.: “Area judicial común en el Derecho de familia europeo. Competencia en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial”, *El Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Buenos Aires, La Ley, 2005, pp. 477-495.

DAVID, F.: “La citoyenneté de l’Union, statut fondamental des ressortissants des Etats membres”, *Rev. trim. dr. eur.*, 2003, pp. 561-578.

DE AREILZA CARVAJAL, J.M.: “El principio de subsidiariedad en la construcción europea”, *REDC*, Año 15, Núm.45, 1995, pp. 53-93.

DE CESARI, P.: “Le nuove convenzioni dell’Aja in materia di obbligazioni alimentari”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1983, pp. 42-68.

DE GROOT, G.R.: “Towards a European Nationality Law”, *EJCL*, vol. 8.3, octubre 2004, pp. 1-37.

— “Auf dem Wege su einem europäischen (internationales) Familienrecht”, *ZEuP*, 2001, pp. 617-627.

DE LUCAS, J.: “La herida original de las políticas de inmigración”, *Isegoría*, n° 26, junio 2002, pp. 59-84.

DE MIGUEL ASENSIO, P.: “El Tratado de Amsterdam y el Derecho Internacional Privado”, *La Ley*, Año XIX. Núm. 4510, 30-3-1998.

— “Integración europea y Derecho internacional privado”, *RDCE*, 1997, vol. 1, pp. 413-444.

— “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado”, *RDP*, 1998, pp. 541-558.

— “El Derecho internacional privado ante la globalización”, *AEDIPr*, vol. I, 2001, pp. 37-87.

— “Conflictos de leyes e integración jurídica”, *AEDIPr*, Iprolex, 2005, pp. 43-103.

DE MIGUEL ZARAGOZA, J. y BLANCO DE CASTRO, A.: “El Título VI del Tratado de la Unión: cooperación en asuntos de justicia e interior”, *GJ-CE*, D-18, septiembre de 1992, pp. 173-223.

DE SCHUTTER, O.: “Le droit au regroupement familial au croisement des ordres juridiques européens”, *RDE*, n° 90, 1997, pp. 531-554.

DEARDS, E.: “Discrimination on Grounds of Sexual Orientation. The Role of Community Law”, *KCLJ*, 1999, vol. 10, pp. 12-25.

DEL VALLE GALVEZ, A.: “La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *RDCE*, núm 3, 1998, pp.41-79.

— “La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Derecho comunitario material*, Mc Graw Hill, Madrid, 2000, pp. 51-63.

— “El Derecho comunitario europeo y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”, *RDCE*, julio/diciembre 1997, pp. 329-376.

— “El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular”, *Inmigración irregular y Derecho*, Serie de estudios internacionales y europeos de Cádiz, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005, pp. 137-151.

— “Las nuevas competencias del TJCE tras el Tratado de Ámsterdam”, *Noticias de la Unión Europea*, n° 186, 2000, pp. 22-36.

— “Extranjería, ciudadanía, fronteras y Tribunal de Luxemburgo”, *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlín, BWV, 2003, pp. 207-218.

— “Extranjería y Tratado constitucional para Europa”, *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Prof. Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Sevilla y Málaga, Sevilla, 2005, pp. 1349-1356.

— “Las fronteras de la Unión- El modelo europeo de fronteras”, *RDCE*, 2002, pp. 299-341.

DENYS, C.: “Homosexuality: a non-issue in Community law?”, *ELR*, núm. 24, 1999, pp. 419-425.

DÉPREZ, J.: “Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (les relations entre systèmes d’Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)”, *R. des C.*, vol. 211, 1988, pp. 9-372.

DETHLOFF, N. : “Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe”, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Oxford-Nueva York, 2003, pp.37-64.

DEVERS, A.: “Private International Law Aspects of Non-Marital Unions”, *YPIL*, vol. 5, 2003, pp. 191-221.

DIAGO DIAGO, M. P.: “Matrimonios por conveniencia”, *AC*, 1996-2, pp. 329-347.

— “Concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado”, *Revista AequiAlitas*, nº 6, junio 2001, pp. 6-13.

— “La nueva *Mudawana* marroquí y el Derecho internacional privado”, *REDI*, núm. LVI, 2004, pp. 1078-1083.

— “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad”, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex,2004, pp. 271-294.

DÍEZ, E.: “Las funciones del Derecho: organización y cambio social”, *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5444-5445.

DÍEZ HOCHLEITNER, J.: “La interdependencia entre el Derecho internacional y el Derecho de la UE”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gastéiz*, 1998, 39-88.

DOMÍNGUEZ LOZANO, P.: “Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero”, *REDI*, 1995, vol. XLVII, pp. 317-318.

— “Comentario al art. 9.7 Cc”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, dirigidos por M. Albadalejo y S. Díaz Alabart*, T. I, vol. 2, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 296-350.

— “Nuevas tendencias en Derecho de familia: el caso de las uniones de personas del mismo sexo”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Eurlex, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2005, pp. 1395-1422.

— “La determinación de la ley aplicable a las obligaciones de alimentos en el DIPr”, *REDI*, 1989, pp. 433-485.

DROBNIG, U.: “Scope and General Rules of an European Civil Code”, *ERPL*, 1997, pp. 489-496.

DROZ, G.: “Nota a la STJCE de 6 de marzo de 1980, *De Cavel II*”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1980, pp. 621-629.

DRUESNE, G.: “Nota a la STJCE de 27 de octubre de 1982, C-35-36/82, *Morson and Jhanjan*”, *Rev. trim. dr. eur.*, 1984, pp. 292-294.

DUBOUIS, L.: “Nota a la STJCE de 28 de octubre de 1975, As. C- 36/75, *Rutili*”, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1979, pp. 301-318.

DUMMET, A.: “The New British Nationality Act”. *BJLS*, Vol, 8, nº 2, 1981.

DUYSSENS, D.: “Migrant Workers from Third Countries in the European Community”, *CMLR*, 1977, pp. 501-520.

EECKHOUT, P.: “The European Court of Justice and the Area of Freedom, Security and Justice: Challenges and Problems”, *Judicial Review in European Union Law. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, 2000, pp. 153-166.

EDITORIAL.: “Freedoms unlimited? Reflections on *Mary Carpenter v. Secretary of State*”, *CMLR*, núm. 40, 2003, pp. 537-543.

ELLIS, E.: “Joined Cases C-122 & 125/99P, *D and Sweden v. Council*”, *CMLR*, vol. 39, 2002, pp. 151-157.

ELMAN, A.: “The Limits of Citizenship: Migration, Sex Discrimination and Same-Sex Partners in EU Law”, *JCMS*, diciembre de 2000, vol. 38, pp. 729-749.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: “Extranjería y ciudadanía de la Unión Europea”, *Extranjería e inmigración en España y en la Unión Europea*, Colección Escuela Diplomática, nº 3, 1998, pp. 103-128.

ESPINAR VICENTE, J. M.: “Nota a la STJCE de 7 de julio de 1992, as. C-369/90, *Micheletti*”, *La Ley CE*, nº 84, 1993, pp. 1-5.

— “Sobre la urgente necesidad de reformar la institución jurídica del matrimonio”, *AC*, núm. 19, de 5-11 de mayo de 2003, pp. 477-493.

ESPINOSA CALABUIG, R.: “La responsabilidad parental y el nuevo Reglamento de “Bruselas II bis”: entre el interés del menor y la cooperación judicial interestatal”, *Riv. dir. int. priv.proc.*, anno XXXIX, núms. 3-4, 2003, pp. 735-783.

ESPLUGUES MOTA, C.: “Inmigración y Derecho de extranjería (Especial referencia a la reagrupación familiar)”, *Multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. VIII-2002, pp. 91-142.

ESTEBAN DE LA ROSA, F.: “La inadecuación del sistema español de DIPr a las cláusulas abusivas al Derecho comunitario: claves para una nueva transposición y propuesta legislativa”, *La Ley*, núm. 6242, de 29 de abril de 2005, pp. 1-5.

ESTEVE GONZÁLEZ, L., LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., MORÁN GARCÍA, M.: “La familia multicultural: entre el conflicto de

civilizaciones y el servicio a la paz entre los pueblos”, *Estudios en homenaje al Profesor Martínez Valls*, vol. II, Universidad de Alicante, 2000, pp. 843-861.

EZQUERRA UBERO, J. J.: “El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: ensayo de valoración de la normativa aplicable”, *Migraciones*, n° 1, 1997, pp. 177-215.

FACH GÓMEZ, K.: “El TJCE y la extranjería”, *RDME*, marzo 2005, vol. 8, pp. 149-182.

— “Propuesta de Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en la UE”, *RDME*, vol. 2, 2003, pp. 53-64.

EVANS, A.: “Third Country Nationals and the Treaty on European Union”, *EJIL*, 1994, pp. 199-219.

— “Nationality Law and European Integration”, *ELR*, 1991, pp. 190-215.

FALLON, M.: “Variations sur le principe d’origine, entre droit communautaire et droit international privé”, *Nouveaux itinéraires du droit, Hommage à François Rigaux*, Brussels, Bruylant, 1993, pp. 187-223.

— “Les Conflits de lois et des juridictions dans un espace économique intégré. L’expérience des Communautés Européennes”, *Rec. des C.*, t. 253, 1995, pp. 25-267.

— “Le droit international privé belge dans les traces de la loi italienne dix ans après”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, abril-junio 2005, pp. 315-339.

— “La nueva ley belga conteniendo el Código de Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LVI, 2004, pp. 821-835.

— “L principe de proximité dans le droit de l’Union européenne”, *Le Droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 241-263.

FALLON, M y MEEUSEN, J.: “Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition”, *YPIL*, Vol. IV, 2002, pp. 37-66.

FENNELLY, N.: “The Area of Freedom, Security and Justice and the European Court of Justice- A Personal View”, *ICLQ*, vol. 49, enero 2000, pp. 1-15.

FERNÁNDEZ MASÍA, E.: “De la ficción a la realidad: la creciente problemática de los matrimonios de conveniencia en España”, *RDP*, septiembre 1998, pp. 628-645.

FERNÁNDEZ NIETO, J.: “Sobre la constitucionalidad de la ley de extranjería: los derechos a la reagrupación familiar, a la intimidad y a la tutela judicial efectiva de los extranjeros en España”, *Jueces para la Democracia*, n° 51, 2004, pp. 50-62.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: “El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución europea”, *La Ley*, nº 6097, de 30 de septiembre de 2004.

— “Génesis y constitucionalización de la política migratoria en la UE”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 223-251.

— “Las obligaciones alimenticias en el DIPr español”, *REDI*, 1985, pp. 67-108.

FERNÁNDEZ SOLA, N.: “Distintas aproximaciones de la Unión Europea al fenómeno de la inmigración. Variedad tipológica de inmigrantes en la Unión Europea”, *Inmigración y Derechos*, Zaragoza, Mira Editores, 2001, pp. 125-143.

FERRER-CORREIA, A.: “Quelques réflexions sur le système portugais concernant la reconnaissance et l’exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale”, *Droit international et droit communautaire*, Paris, 1991, pp. 135-141.

FERRER I GÓMEZ, A.: “Derecho de entrada de nacionales de países terceros cónyuges de nacionales de Estados miembros”, *La Ley: Unión Europea*, año XXIII, nº 5566, 29 de noviembre de 2002, pp. 1-5.

FERRER LLORET, J.: “El ejercicio de los derechos de la ciudadanía de la UE: libre circulación y residencia. Comentario a la Sentencia del TJCE de 19 de octubre de 2004 (Chen contra Secretary of the Home Department, asunto C-200/02)”, *RGDE*, nº 6, de 6 de enero de 2005, disponible previa suscripción en www.iustel.com.

FIORINI, A.: “New Belgium Law on Same Sex Marriages and its PIL Implications”, *ICLQ*, vol. 52, 2003, pp. 1.039-1.058.

FONSECA MORILLO, F. J.: “Política de inmigración y política comercial en el proyecto de Tratado estableciendo una Constitución para Europa: dos marcos jurídicos separados, un esfuerzo común”, *Globalización y comercio internacional. XX Jornadas de la AEPDIPr*, 2003, pp. 123-127.

FONT I SEGURA, A.: “El progresivo avance del Derecho comunitario en materia de familia: un viaje inconcluso de Bruselas II a Bruselas II bis”, *REDI*, vol. LVI, 2004, pp. 273-299.

— “Nota a la SAP Navarra núm. 99/2002 (Sección 2ª), de 12 de junio”, *REDI*, 2003-I, pp. 474-485.

FORDER, C.: “To marry or not to marry: That is he question”, *ISFL*, 2001, pp. 301-320.

FORNER I DELAYGUA, J.: “Principio de no discriminación en el trato. Libertad de circulación y residencia (Sentencia de 2 de octubre de 2003, Asunto C-148/02, Carlos García Avello v. État Belge)”, *RJC*, Vol. 2, 2004, pp. 271-278.

FRANCO, S. : “Droit civil, droit familial et droit international privé: un cocktail qui plaît peu à la Cour”, *Zeup*, 2002, pp. 597-610.

FRANCESCAKIS, PH. : “Nota a la sent. París de 7 de julio de 1954”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1954, pp. 560-571.

FRASER, U. : “Two-tier citizenship -the Lobe and Osayande Case”, *Women’s Movement: Migrant Women Transforming Ireland*, Dublín 20 y 21 de marzo de 2003, pp. 26 a 34.

FRIES, S, y SHAW, J.: “Citizenship of the Union: First steps in the European Court of Justice”, 1998, n° 4, *ERPL*, pp. 533-559.

FUENTES CAMACHO, V.: “Nota a la Resolución de la DGRN de 29 de agosto de 1998”, *REDI*, vol. XLI, 1999, pp. 213-217.

FULCHIRON, H. : “Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé”, *Journ. dr. int.*, núm. 4, 2000, pp. 889-913.

GAJA, G.: “Les discriminations à rebours: un reveriment souhaitable”, *Mélanges en homage à Michel Waelbroeck*, Bruylant, 1999, pp. 993-1001.

GANNAGÉ, P. : “La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 425-454.

GARAU JUANEDA, F.: “La política común de extranjería de la Comunidad Europea”, *XVII Jornadas de la Asociación española de Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, Madrid, 1999, pp. 127-141.

GARCÍA BLESA, J.: “Los derechos de los inmigrantes permanentes en la Union Europea: un test sobre la accion de integracion comunitaria”, *IV Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, 2005, en prensa.

GARCÍA CANTERO, G.: “¿Derecho de familia europeo?”, *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 1175-1184.

GARCÍA CATALÁN, M.I.: “La adquisición de la nacionalidad a la luz de la política de inmigración europea”, www.ecsanet.org/dialogue/contributions/García_Catalán.doc, Bruselas, 20 y 21 de marzo de 2002.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, A.: “La eficacia jurídica del Derecho comunitario de sociedades no desarrollado en la legislación interna. En torno a la STJCE de 13 de noviembre de 1990”, *ADC*, 1992, pp. 343-376.

GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: “La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios”, *AC*, n° 18, 3-9 de mayo de 1999, pp. 447-463.

— “El Derecho comunitario como fuente del Derecho Internacional Privado”, *AD. Universidad de Murcia*, núm. 12, 1994, pp. 75-99.

— “Derecho aplicable y orden público comunitario”, *RIE*, vol. 20, núm. 3, 1993, pp. 927-940.

— “The Right to Family Reunification in the Spanish Law System”, *SYLL*, 1999-2000, pp. 1-37.

— “La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius conubi* (especial referencia a la poligamia)”, *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, Cuadernos de Derecho judicial. CGPJ, Madrid, 2002, pp. 143-221.

— “Nota a la STSJ de Madrid, núm. 456/2002, Sala de lo Social, sección 4ª, de 29 de julio de 2002”, *REDI*, vol. LV, 2003, pp. 450-462.

— “Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos”, *REDI*, vol. 50, 1998, pp. 378-383.

GARCÍA RUBIO, M. P.: “Parejas de hecho y lealtad constitucional”, *Estudios de Derecho civil. Homenaje al Prof. Francisco Javier Serrano García*, Valladolid, Cartone, 2004, pp. 35-65.

GARCÍA VÁZQUEZ, S.: “Derechos y libertades de los extranjeros en España: el derecho a la reagrupación familiar”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 7, 2003, pp. 439-466.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. Y HEREDIA CERVANTES, I.: “El art. 6 TUE y el Derecho procesal civil: a propósito de la STJ de 10 de febrero de 1994”, *GJ-CE*, 1995, pp. 39-79.

GARDEÑES SANTIAGO, M.; “Aplicabilidad de las leyes de policía laboral y libre prestación de servicios en la Unión Europea”, *La Ley-UE*, núm. 5238, 1 de febrero de 2001, pp. 1-8

— “Ciudadanía europea, doble nacionalidad y aplicación de la ley nacional de la persona (reflexiones en torno a la STJCE García Avello, de 2 de octubre de 2003)”, *GJ-CE*, nº 230, marzo/abril 2004, pp. 19-26.

— “Reconocimiento mutuo y discriminación a la inversa”, *La UE ante el Siglo XXI: los retos de Niza*, Madrid, *AEDIPr*, 2003, pp. 223-229.

— “El desarrollo del DIPr tras el Tratado de Ámsterdam: los artículos 61 c) y 65 TCE como base jurídica”, *RDCE*, núm. 11, enero/abril 2002, pp. 231-249.

GARRONE, P. : “La discrimination indirecte en droit communautaire: vers une théorie générale”, *Rev. trim. dr. eur.*, 1994, pp. 428-436.

GAUDEMMENT TALLON, H.: “Le Règlement 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs”, *Journ. dr. int.*, 2001, pp. 381-446.

— “Nationalité, statut personnel et droits de l’homme”, *Festschrift für Erik Jayme*, München, European Law Publisher, 2004, pp. 205-223

— “De l’utilité d’une unification du droit international privé de la famille dans l’Union européenne?”, *Estudos em homenagem à Isabel de Magalhães Colaço*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 159-187.

— “La désunion du couple en droit international privé”, *Rec. des C.*, 1991, tomo 226, pp. 21-276

— “Quel droit interational privé pour l’Union Européenne?”, *International Conflicts of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley, 2001, pp. 317-338.

GAUTIER, P-Y.: “Les couples internationaux de concubins”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, n° 3, 1991, pp. 525-539.

GIEGERICH, T.: “Diskriminierung wegen gleichgeschlechtlicher sexueller Orientierung?”, *Juristenzeitung*, núm. 14, 1999, pp. 724-730.

GIMÉNEZ ORTEGA, A.: “Real Decreto 178/2003. El nuevo estatuto administrativo de los ciudadanos comunitarios”. *Iuris*, n° 85, julio-agosto 2004, pp. 42-49.

GIRSBERGER, D y DÓRESE, L.: “Registrierte Partnerschaften- swwizerisches IPR de lege ferenda?”, *Rev. suisse DIDE*, 2001, pp. 73-94.

GLENNON, L.: “Strategizing for the Future through the Civil Partnership Act”, *JLS*, vol. 33, núm. 2, junio 2006, pp. 244-276.

GÓMEZ JENE, M.: “El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de nacionalidad,” *La Ley*, 1 de junio de 2001, pp. 1-5.

GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: “La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia”, *RDC*, núm. 4, 1998, pp. 501-545.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Relaciones e interacciones entre el Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común”, *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 117-186.

— “El Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, *REDI*, 2000, pp. 662-668.

— “Nuevas normas catalanas: el Código de familia y la Ley de parejas de hecho”, *REDI*, 1998, vol. L, pp. 307-311.

— “Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral 6/2000, del Parlamento de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables”, *REDI*, vol. 52, n° 2, 2000, pp. 690-694.

GONZÁLEZ BOTIJA, F.: “Los principios de la jurisprudencia comunitaria y su influencia en la reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre responsabilidad del Estado legislador”, *RDCE*, julio/diciembre de 1999, pp. 347-376.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: “La reforma del sistema español de DIPr. Algunas propuestas para un debate”, *REDI*, vol. LII, 2000.

— “Diversification, spécialisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *Rec. des C.*, t. 287, 2000, pp. 9-426.

— Décima reunión del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (Roma, 15-17 de septiembre de 2000)”, *REDI*, vol. LII, 2000, pp. 659-662.

— *Discurso del Doctorado Honoris Causa*, Salamanca, 2002, pp. 29-53.

— “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en Droit international privé”, *Res. des C.*, 1997, vol. 156, pp. 233-375.

— “El Proyecto de Constitución para Europea y el Derecho internacional privado”, *La constitucionalización del proceso de integración europea*, Colección Escuela Diplomática, n° 9, pp. 81-103.

— “Diritto privato uniforme e diritto internazionale privato”, *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario*, Milan, Cedam, 2004, pp. 33-65.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E.: “Asilo e inmigración en la Unión Europea”, *RDCE*, n° 13, septiembre/diciembre 2002, pp. 833-856.

GONZALO QUIROGA, M.: “Las crisis matrimoniales en el Derecho internacional privado español: novedades en la legislación”, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2004, pp. 943-956.

— “La reforma de Bruselas II: aspectos prácticos sobre su aplicación en el marco del reconocimiento y la ejecución”, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 469-487.

GOÑI URRIZA, N.: “La Ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables”, *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 375-383.

GORMLEY, L.: “Nota a la STJCE de 6 de octubre de 1981, As. 246/80, *Broeckmeulen*”, *Europ. L. Rev.*, 1982, pp. 37-42.

GOSALBO BONO, R. : “L’arrêt Tabac ou l’apport de la Cour de justice au débat sur la délimitation des compétences”, *Rev. trim. dr. eur*, 2001, pp. 790-808.

GOYBET, C. : “Le manque d’ une politique européenne de l’immigration”, *Rev. MCU. eur*, núm. 351, 1991, pp. 685-688.

GRAVELLS, P.: “Nota a la STJCE de 27 de octubre de 1982, C-35-36/82, *Morson and Jhanjan*”, *ELR*, 1983, pp. 250-251.

GROSSMAN, A.: “Birthright Citizenship as Nationality of Convenience”, *Proceedings, Council of Europe, Third Conference on Nationality*, Strasbourg, 11-12 octubre 2004.

GUILD, E.: “Exceptionalism and the Rule of Law in the EU: the case of long-term resident immigrants”, *European Liberty and Security: Security issues, social cohesion and institutional development of the European Union*, Documento extraído de www.eliseconsortium.org

GUIMEZANES, N.: “Vers une disparition des restrictions apportées à la libre circulation des ressortissants communautaires”, *Le Droit international privé: esprit et methods. Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 355-364.

GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J.: “El derecho a no contraer matrimonio”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la UE y el Derecho comparado*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp. 513-527.

GUTIÉRREZ FONS, J. A.: “Las cláusulas de reconocimiento mutuo: la perspectiva comunitaria del Derecho nacional”, *REEL*, nº 10, 2005, pp. 1-43.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “La distinción de lógicas de las políticas de inmigración y asilo y las autorizaciones para trabajar”, *Derechos y libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 809-818.

GUYON-RENARD, I.: “El fraude en materia de Estado civil en los países miembros de la CIEC”, *BIMJ*, núm. 1803-04, 1 de septiembre de 1997, pp. 1779-1799.

GUZMÁN ZAPATER, M.: “Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales”, *RDCE*, 2001.

— “El principio de reconocimiento mutuo ¿Un nuevo modelo para el DIPr comunitario?”, *RDCE*, enero/junio, 1998, pp.137-171.

— “Sobre la función del Derecho internacional privado y técnicas de reglamentación”, *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor J. D. González Campos*, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1619-1643.

HABERMAS, J.: “Multiculturalism and the Liberal State”, *Stanford L.R.*, vol. 47, 1995, Lecture at Stanford University, January 25th, 1995.

HACKSPIEL, S.: “Nota a la STJCE de 2 de febrero de 1989, As. 186/87, *Cowan*”, *NJW*, 1989, pp. 2166-2171.

HAILBRONNER, K.: “European Immigration and Asylum Law Under the Amsterdam Treaty”, *CMLR*, núm. 35, 1998, pp. 1047-1067.

— “The Treaty of Amsterdam and Migration Law”, *EJML*, nº 1, 1999, pp. 9-27.

HALLS, S.: “Loss of Union Citizenship in Breach of Fundamental Rights”, *ELR*, 1996, pp. 129-143.

HAMMJE, P.: “Droits fondamentaux et ordre public”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1997, pp. 1-31.

HARTKAMP, A.: “Perspectives for the Development of a European Civil Law”, *Making European Law (Essays on the Common Core Project)*, Trento, Università degli Studi, 2000, pp. 39-60.

HAUSMANN, R.: “Überlegungen zum Kollisionsrecht registrierter Partnerschaften”, *Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 2000, pp. 241-265.

— “Nota a la STJCE de 6 de marzo de 1980, as. 120/79, *De Cavel II*”, *IPRax*, 1981, pp. 5-7.

HECKER, P.: “Nota a la STJCE de 22 de junio de 2000, As. C-65/98, *Eyüp*”, *Rev. dr. UE*, 2000, núm. 3, pp. 682-685.

HERNÁNDEZ CABALLERO, M. J.: “El ejercicio del *ius connubii* por parte de los no nacionales. El matrimonio simulado”, *AC*, nº 17, octubre 2005, pp. 2053-2063.

HERVEY, T.: “Up in Smoke? Community anti Tobacco Law and Policy”, *ELR*, 2001, pp. 101-125.

HESS, B.: “Die Europäisierung des internationalen Zivilprozessrechts durch den Amsterdamer Vertrag- Chancen und Gefahren”, *NJW*, 2000, pp.23-32.

- “Die Integrationsfunktion des Europäischen Zivilverfahrensrecht”, *IPRax*, 2001, pp. 389-396.

HOHNERLEIN, E. M.: “Konturen eines einheitlichen europäischen Familien- und Kindschaftsrecht –die Rolle der Europäischen Menschenrechts-Konvention”, *ELF*, núm. 4, 2000/01, pp. 252-260.

HOOGENBOOM, T.: “Integration into Society an Free Movement of Non-EC Nationals”, *EJIL*, nº 3, 1992, pp. 36-52.

HILF, M., y FRAHM, K.: “Nichtigerklärung der Richtlinie zum Tabakwerbeverbot: Das letzte Wort?”, *RIW*, 2001, pp. 128-133.

HOCHLOCH, G, y KJELLAND, C.: “The New German Conflicts Rules for Registered Partnerships”, *YPIL*, núm. 3, 2001, pp. 223-235.

HOFSTÖTTER, B.: “Nota a la STJCE de 21 de octubre de 1999, as. C-97/98, *Jägerskiöld*”, *Europ. L. Rep.*, 1999, pp. 497-499.

HUET, A.: “Nota a la STJCE de 6 de marzo de 1980, as. 120/79, *De Cavel II*”, *Journ. dr. int.*, 1980, pp. 442-448.

HÜHN, U.: “Freizügigkeit und Unionsbürgerschaft nach Art. 18 EG”, *Europ. L. Rep.*, 2002, pp. 358-363.

HUTCHINSON, M.: “Irish Born Children and the Case of Chen & Zhu”, *Law Centre Information Briefing*, núm. 11, agosto 2004, pp. 1-3.

IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “Nota a la STJCE de 7 de julio de 1992, as. C-369/90, *Micheletti*”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Prof. Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp.953-967.

— “Entrada, permanencia y trabajo en España de nacionales de Estados miembros de la Comunidad Europea”, *La Ley- UE*, 1986, núm. 3, pp. 25-44.

— “La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam”, *RGD*, núm. 644, mayo 1998, pp. 5847-5862.

— “Reflexiones entorno al objeto y función del Derecho internacional privado”, *REDI*, 1983, pp. 29-42.

ILIOPOULOU, A.: “What’s in a name? Citoyenneté, égalité et droit au nom”, A propos de l’arrêt García Avello”, *Rev. trim. dr. eur.*, 2004, pp. 565-579.

IRIARTE ÁNGEL, J. L.: “Reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad 228-2003”, *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Prof. Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Córdoba y Málaga, Sevilla, 2005, pp. 717-731.

ISRAEL J.: “Conflicts of law and the EC after Ámsterdam. A Change for the Worse?”, *MJ*, vol. 7, 2000, pp. 81-99.

JACQUESON, C.: “Union Citizenship and the Court of Justice. Something New under the Sun? Towards Social Citizenship”, *ELR*, 2002, pp. 260-281.

JADOUL, L y VANNESTE, F.: “Nota a la STJCE de 11 de julio de 2002, As. C- 60/00, *Carpenter*”, *Col. J. Europ. L.*, vol. 9, 2003, pp. 447-455.

JANER TORRENS, J.D.: “El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones entorno a la discriminación inversa”, *RDCE*, 2003, pp. 305-320, p. 309.

JÄNTERÄ-JARENBERG, M.: “Marriage dissolution in an integrated Europe”, *YPIL*, 1999, pp. 1-36.

— “Unification of international Family Law in Europe- A Critical Perspective”, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, pp. 194-214.

JAUL-SESEKE, F.: “Commentaire de la directive 2003/86 du Conseil du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 2004, pp. 244-253.

JAYME, E y KHOLER, C.: “Europäisches Kollisionrecht 2001: Annerkennungsprinzip statt IPR?”, *IPRax*, 2001, pp. 501-514.

— “Europäisches Kollisionrecht 1997: Vergemeinschaftung durch Säulenwechsel?”, *IPRax*, 1997, vol. 17, pp. 385-401.

— “L’interaction des règles de conflit continues dans le droit derive de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, pp. 1-40.

— “Europäisches Kollisionrecht 2000: Interlokales Privatrecht oder universelles Gemeinschaftsrecht”, *IPRax*, 2000, pp. 454-465.

JAYME, E. : “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, *Rec. des C.*, tomo 282, 2000, pp. 19 – 39.

— “Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionrecht zwischen Postmoderne und Futurismus”, *IPRax*, 2000, pp. 165-171.

— “Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato”, *Riv. dir. int. pr. e. proc.*, 1993, pp. 295-304.

JESSURUN D’OLIVEIRA, H. U.: “Freedom of Movement of Spouses in the EU”, *Private Law in the International Arena, From National Conflict Rules towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siebr*, The Hague, 2000, pp. 527-543.

— “Registered Partnerships, PACSes and Private International Law Some Reflections”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, abril-junio 2000, pp. 293-323.

— “Comentario a la STJCE de 7 de julio de 1992, as- 369/90, *Micheletti*”, *CMLR*, 1993, pp. 623-637.

JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Las libertades de circulación y residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la UE”, *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 71-146.

JIMÉNEZ PIERNAS, G.: “La asistencia consular al ciudadano de la Unión: de Maastricht a Ámsterdam”, *Acción exterior de la UE y comunidad internacional*, Madrid, 1998, 219-242.

— “La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia a España”, *RDCE*, septiembre/diciembre 2002, pp. 857-894.

JOHNSON, E y O’KEEFE, D.: “From Discrimination to Free Movement: Recent Developments Concerning the Free Movements of Workers 1989-1994”, *CMLR*, 1994, pp. 1316-1346.

JUÁREZ PÉREZ, P.: “De Maastricht a Ámsterdam: 5 años de ciudadanía” *GJ-CE*, B-129, diciembre de 1997, pp. 13-17.

— “Hacia un Derecho internacional privado intercultural”, *Globalización y derecho*, Madrid, Colex, 2003, pp. 331-351.

KADDOUS, C.: “La situation des partenaires de même sexe en droit communautaire et dans le cadre de l’Accord sectoriel sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l’Union européenne”, *Rev. suisse DIDE*, 2001, pp. 143-172.

KARYDIS, G.: “L’ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable”, *Rev. trim. dr. eur.*, 2002, pp. 1-26.

KERAMEUS, K. D.: “Problems of drafting a European Civil Code”, *ERPL*, 1997, pp. 475-481.

KHAIRALIAH, G.: “Les partenariats organisés en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000-3, pp.317-330.

KHOLER, C.: “Auf dem Wege zu einem europäischen Justizraum für das Familien –und Erbrecht- das Massnahmenprogramm des Rates zur Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen im Binnenmarkt”, *FamRZ*, 2002, pp. 710-713.

— “L’article 220 du Traité et les conflits de juridictions en matière de relations familiales: premières réflexions”, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1992, pp. 221-240.

— “Le droit international privé européen après le Traité D’Amsterdam”, *Divenire Sociale e Adeguamento del Diritto (Studi in Onore de Francesco Capotorti)*, Milán, Giuffrè, 1999, pp. 191-217.

— “Libre circulation du divorce? Observations sur le Règlement communautaire concernant les procédures en matière matrimoniale”, *Estudos em homenagem à Isabel de Magalhaes Colaço*, Coimbra, 2002, pp. 231-248.

— “Internationales Verfahrensrecht für Ehesachen in der Europäischen Union: Die Verordnung Brüssel II”, *NJW*, 2001, pp. 10-15.

— “Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario”, *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario*, Milan, Cedam, 2004, pp. 65-94.

— “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité d’Amsterdam”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, pp. 1-30.

KLOTH, K.: “The Dublin Convention on Asylum: A General Presentation”, *The Dublin Convention on Asylum-Between Reality and Aspirations*, Maastricht, European Institute of Public Administration, 2001, pp. 7-16.

KNÖFEL, S.: “EC Legislation on Conflicts of Laws: Interactions and Incompatibilities between Conflict Rules”, *ICLQ*, 1998, pp. 439-445.

KORTENBERG, H.: “Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam”, *CMLR*, núm. 35, 1998, pp. 833-854.

KOSTAKOPOULOU, D.: “EU Grants European Denizenship to Long-term Resident Nationals of Third Countries”, www.foreview.com/magazine.

— “The Protective Union: Change and Continuity in Migration Law and Policy in Post-Amsterdam Europe”, *JCMS*, núm. 38, 2000, pp. 497-518.

KRAMER, L.: “Same-Sex Marriage, Conflicts of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception”, *YLJ*, vol. 106, 1997, pp. 1965-2008.

KREN KOSTKIEWICZ, J.: “Registrierte Partnerschaften gleichgeschlechtlicher Personen aus der Sicht des IPR (de lege data)”, *Rev. suisse DIDE.*, 2001, pp. 101-109.

KOCH, H.: “Private International Law: a Soft Alternative to the Harmonisation of Private Law?”, *ERPL*, 1995, pp. 329-342.

KOTUBY JR., C.T.: “External Competence of the European Community in the Hague Conference on Private International Law: Community Harmonization and Worldwide Unification”, *NILR*, núm.1, 2001.

KÖTZ, H.: “Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung”, *RabelsZ*, 1992, pp. 215-218.

KREUZER, K.: “La communautarisation du droit international privé- les acquis et les perspectives-”, *Unifier le Droit: le revé impossible?*, Paris, Global Law, 2001, pp. 97-157.

— “Lex communis europea de collisione legum: utopie ou nécessité?”, *España y la codificación internacional del Derecho Internacional Privado. Terceras Jornadas de Derecho internacional privado*, Madrid, 1993.

— “La propriété mobilière en droit international privé”, *Res. des. C.*, t. 259, 1996.

KRICKLER, K.: “No Free Movement for Same-Sex Spouses?”, *ILGA- Europe Newsletter*, vol. 3, diciembre de 2003.

— “Austrian Court Dismisses Freedom of Movement Case”, *ILGA- Europe Newsletter*, vol. 4, diciembre de 2004.

KUBIS, S.: “Nota a la STJCE de 20 de marzo de 1997, As. C-323/95 *Kronenberger* (Alemania)”, *ZEuP*, 1999, pp. 967-973.

KUIJPER, P. J.: “Some Legal Problems Associated with the Communitarization of Policy on Visas, Asylum and Immigration Under the Amsterdam Treaty and Incorporation of the Schengen Acquis”, *CMLR*, núm. 37, 2000, pp. 345-366.

KUNOY, B.: “A Union of National Citizens: The Origins of the Courts Lack of *Avant-Gardisme* in the *Chen* Case”, *CMLR*, núm. 43, 2006, pp. 179-190.

LABACA ZABALA, M. L.: “El derecho a la vida familiar de los inmigrantes en la legislación de extranjería”, *Saberes*, vol. 3, 2005, pp. 1-56.

LABAYLE, H.: “La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la CIG”, *Rev. trim. dr. eur.*, núm. 33, 1997, pp. 1-35.

LAGARDE, P.: “Nota a García Avello”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2004, pp. 184-202.

— “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243.

— “Allemagne. Partenariat enregistré. Loi relative à l'élimination de la discrimination des unions homosexuelles”, *Rev. crit. dr. int. pr.* 2001, pp. 772-773.

— “Informe explicativo sobre la propuesta de convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de familia y sucesión, elaborada por el grupo europeo de Derecho internacional privado (proyecto de Heidelberg)”, *REDI*, vol. XLVI (1994), 1, pp. 466-474.

— “La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation”, *Nouveaux itinéraires en droit-Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, pp. 263-283.

LARA AGUADO, A.: “Avances en los mecanismos alternativos de resolución de controversias en el marco de la Unión Europea”, *RCEA*, 2003, pp. 481-491

— “Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos (Caso *García Avello* y el avance irresistible de la autonomía de la voluntad)”, *La Ley*, núm. 6107, 15 de octubre de 2004, pp. 1-6.

— “Nota a la Res. de la DGRN de 12 de septiembre de 1995”, *REDI*, vol. XLVIII, 1996-1, p. 347.

— “El caso Niebüll o el derecho al reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras”, *La Ley*, núm. 6560, 29 de septiembre de 2006, pp. 1-7.

LEIBLE, S. y STAUNDINGER, A.: “El artículo 65 TCE: ¿Carta blanca a la Comunidad Europea para la unificación del Derecho Internacional Privado y procesal?”, *AEDIPr*, t. 1, 2001, pp. 89-117.

LEWALD, H.: “La théorie du renvoi”, *Rec. des. C.*, t. 29, 1929.

LEZERTUA, M.: “El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del TEDH”, *Perfiles del derecho constitucional en la vida privada y familiar*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 49-98.

LHOEST, O.: “Nota a la STJCE de 30 de abril de 1996, As. C-214/94, *Boukhalfa*”, *CMLR*, 1998, pp. 247-267.

LIAKOPOULOS, D.: “La condizione giuridica dello straniero: evoluzione del concetto di cittadinanza alla luce delle norme internazionali”, www.immigrazioneelavoro.it/public/im.pdf, 2005, pp. 1-19.

LIÉNARD-LIGNY, M.: “La répudiation”, *Relations familiales internationales*, Bruselas, Bruylant, 1993.

LIPSIUS, J.: “La Conférence intergouvernementale de 1996”, *Rev. trim.dr.eur.*, n° 31, 1995, pp. 175-206.

LOBKOWIZC, W.: “Quelle libre circulation des personnes en 1993?”, *Rev. MCU. eur.*, 1990, pp. 93-102.

LODGE, J.: “Sustaining Freedom, Security, and Justice- From Terrorism to Immigration”, *LLR*, núm. 24, 2002, pp. 41-71.

LÓPEZ BARBA, E.: “El cónyuge en la nueva perspectiva jurídica del derecho a la reagrupación familiar”, *III Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, pp. 61-75.

LÓPEZ BARBA, E y GARCÍA SAN JOSÉ, D.: “El derecho de reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a la luz de las obligaciones asumidas en el CEDH: un análisis crítico”, *RPJ*, n° 64, 2001, pp. 43-82.

LÓPEZ ESCUDERO, M.: “La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en Derecho comunitario”, *GJ-CE*, 1993, pp. 119-165.

LOUSADA ALOCHENA, J. F.: “El acoso moral por razón de género”, *AS*, n° 15/2003, (BIB 2003/1349).

LUBY, M.: “Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de Justice des Communautés Europeennes”, *Journ. dr. int.*, núm. 2, 2003, pp. 593-596.

— “Nota a la STJCE de 5 de junio de 1997, As. C-64/96 y C-65/9, *Uecker y Jacquet* », *Journ. dr. int.*, 1998, pp. 513-514.

— “Nota a la STJCE de 11 de julio de 2002, As. C- 224/98, *D’Hoop*”, *Journ. dr. int.*, 2003, pp. 596-598.

— “Nota a la STJCE de 16 de enero de 1997, As. C-134/95, *USSL n° 47 di Biella*”, *Journ. dr. int.*, 1998, pp. 513-514.

LUDWIG, F.: “Zum Aufsatz von Binz, Umschreibung griechischer Personennamen”, *Das Standesamt*, 1992, pp. 81-83.

LYON-CAEN, G.: “Nota a la STJCE de 4 de diciembre de 1974, As. C-41/74, *Van Duyn*”, *Rev. trim. dr. eur.*, 1976, pp.141-144.

- “Nota a la STJCE de 28 de octubre de 1975, As. C- 36/75, *Rutili*”, *Rev. trim. dr. eur.*, 1976, pp. 141-144.

MAESTRE CASAS, P.: “Observaciones a la RDGRN de 6 de mayo de 1998”, *AEDIPr*, 2000, pp. 858-860.

MAGER, U.: “Dienstleistungsfreiheit und Achtung des Familienlebens. C-60/00 *Mary Carpenter*”, *Juristenzeitung*, vol. 58, Heft 4, 2003, pp. 204-207.

MANGAS MARTÍN, A.: “El Tratado de Ámsterdam: aspectos generales del pilar comunitario”, *GJ-CE*, D-29, septiembre 1998, pp. 1-71.

— “El control del principio de subsidiariedad”, *La constitucionalización del proceso de integración europea*, Colección Escuela Diplomática, n° 9, pp. 53-81.

MANZINI, F.: “Política comunitaria e nazionale delle migrazioni nella prospettiva dell’Europa sociale”, *Riv. dir. eur.*, 1989, pp. 309-319.

MARCHAL ESCALONA, N.: “El régimen jurídico de las empresas prestadoras de servicios y trabajadores desplazados”, pp. 50-53, inédito.

— “Las libertades comunitarias y el Derecho procesal estatal. Comentario a la sentencia TJCE de 22 de junio de 1999”, *La Ley UE*, 29 de octubre de 1999, pp. 1-4.

— “El espacio judicial europeo: ¿un espacio de indefensión?”, *Evolución y tendencias del Derecho europeo*. RFD. Universidad de Granada, núm. 9, 2006, pp. 209-243.

MARGUE, T.: “L’Europe des citoyens: des droits économiques à la citoyenneté européenne”, *Rev. MU. eu.*, 1995, pp. 97-122.

MARÍN LÓPEZ, J. J.: “Comentario al art. 143 Cc”, *Jurisprudencia civil comentada*, Granada, Comares, 2000, pp. 720-722.

MARTÍN SERRANO, J. M.: “Los matrimonios homosexuales: una aproximación desde el Derecho internacional privado español”, *REDI*, vol. LV, 2003, pp. 291-305.

MARTIN, D.: “Comments on Mazzoleni (ex parte Guillaume) (case C-165/98 de 15 de marzo de 2001), Leclere (case C-43/99 de 31 de mayo de 2001) and Grelczyk (case C-184/99 de 20 de septiembre de 2001)”, *EJML*, núm. 4, 2002, pp. 127-144.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. M.: “La falta de competencia de la UE para elaborar un Código Civil europeo: sobre los límites a la armonización en materia de Derecho civil”, *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 129-155.

— “Las competencias comunitarias”, *Derecho comunitario material*, Madrid, McGraw Hill, 2000, pp. 11-23.

— “La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia”, *RDCE*, mayo/agosto 2002, pp. 343-389.

— “La publicidad del tabaco y el Derecho comunitario: sobre la difícil cohabitación entre las competencias de mercado único y salud pública”, *GJ-CE*, nº 213, 2001, pp. 75-89.

MARTINY, D.: “Is unification of Family Law Feasible or Even Desirable?”, *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2004, pp. 151-171.

MASSARO, L.: “Nota a la STJCE de 20 de febrero de 1975, as. C-21/74, *Airola*”, *Col. J. Transnat'l. L.*, 1976, pp. 514-537.

MATTERA, A. : “L’article 30 du traité CEE, la jurisprudence *Cassis de Dijon* et le principe de la reconnaissance mutuelle”, *Rev. MU. Eu.*, 1992, pp. 189-192.

— “Les principes de “proportionnalité” et de la “reconnaissance mutuelle” dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services de l’arrêt “Thieffry” aux arrêts “Vlassopoulou”, “Mediawet” et “Dennemeyer”, *Rev. MU. eu.*, 1991, núm. 4, pp. 191-203.

— “Civis europeus sum. Citoyenneté européenne, droit de circulation, et de séjour, application directe de l’article 8 A du traité CE”, *Rev. MU. Eu.*, nº 3, 1998, pp. 5-28.

MAXWELL, N.: “Opening Civil Marriage to Same-Gender Couples: A Netherlands-United States Comparison”, *Elec. JCL*, vol. 4.3, noviembre 2000.

MAYER, P.: “Les méthodes de la reconnaissance en Droit international privé”, *Le Droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 547-573.

McCLEAN, D.: “De conflictu legum. Perspectives on Private International Law at the Turn of the Century”, *General Course of Private International Law. Rec. des Cours*, vol. 282, 2000, pp. 41-227.

McELEVAY, P.: “The Brussels II Regulation: How the European Community has moved into Family Law”, *ICLQ*, 2002, vol. 51, pp.883-908.

McGLYNN, C.: “Challenging the European Harmonisation of Family Law”, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Oxford-Nueva York, Intersentia, 2003, pp. 217-237.

McMAHON, R.: “Maastricht’s third pillar: load-bearing or purely decorative?”, *Leg. Iss. Eur. Int.*, 1995, pp. 51-64.

MEEUSEN, J.: “Fifteen Theses on Brussels I, Rome I and the European Union’s Institutional Framework”, *Enforcement of International Contracts in the European Union, Convergence and Divergence between Brussels I and Rome I*, Intersentia, 2004, pp.43-76.

MEHDI, R.: “Nota a la STJCE de 21 de octubre de 1999, As. C-97/98, *Jägerskiöld*”, *Journ. dr. int.*, 2000, pp. 439-442.

MELTERS DE WILMARS, J.: “Nota a la STJCE de 2 de febrero de 1989, as. 186/87, *Cowan*”, *Cahiers dr. europ.*, 1990, pp. 393-402.

MEULDERS-KLEIN, M. T.: “Towards a European Civil Code on Family Law? Ends and Means”, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, pp. 105-116.

MILLAN MORO, L.: “Algunas limitaciones a la libre circulación de personas en el Tratado CEE”, *GJ-CE*, 1988, D-9, pp. 135-188.

MIRALLES SANGRO, P.: “Presente y futuro de la ciudadanía de la Unión Europea”, *RDUE*, 2001, pp. 153-159.

MOCCIA, L.: “Du “marché” à la “citoyenneté”: à la recherché d’un droit privé européen durable et de sa base juridique”, *Rev. int. dr. com.*, 2004, pp. 291-327.

MOLINER NAVARRO, R. M.: “Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España”, *AC*, nº 2, 2001, pp. 487-519.

MORSE, G.: “Nota a la STJCE de 7 de febrero de 1979, as. 115/78, *Knoors*”, *Europ. L. Rev.*, 1979, pp. 377-378.

MOSCONI, F.: “Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, abril- junio, 2005, pp. 305-315.

MOTILLA, A.: “Eficacia civil del matrimonio celebrado en el extranjero conforme a la ley islámica”, *El matrimonio islámico y su eficacia en el sistema español*, Córdoba, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003, pp. 156-162.

MOURA RAMOS, M.: “O tribunal de justiça das comunidades europeias e a teoria geral do direito internacional privado desenvolvimentos recentes”, *Homenagem I. Magalhães Collaço*, Coimbra, 2002, pp. 431-467.

— “Un diritto internazionale privato della Comunità Europea: origine, sviluppo, alcuni principi fondamentali”, *Divenire Sociale e Adeguamento del Diritto (Studi in Onore de Francesco Capotorti)*, Milán, Giuffrè, 1999, pp. 273-305.

MOYA ESCUDERO, M.: “¿Extranjería o extranjerías?”, *La inmigración en España. Contextos y alternativas. Tercer Congreso Nacional de Inmigración*, Granada, 2002, pp. 551-565.

— “Una visión de conjunto. Nacionalidad, extranjería y acceso al mercado laboral”, *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (jurisprudencia y formularios)*, Murcia, DM, 2005, pp. 65-91.

— “Derecho a la reagrupación familiar”, *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, Comares, 2001, pp. 673-709.

— “Competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de responsabilidad parental: el Reglamento Bruselas II”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Madrid, Dykinson, pp. 105-131.

— “Artículo 1. Delimitación del ámbito”, *Comentarios a la Ley de extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 53-87.

— “El DIPr y las migraciones”, Ponencia presentada en el *X Congreso de Inmigración, globalización y movimientos transnacionales*, celebrado en Almería los días 20-22 de abril de 2006, en prensa.

— “Nota a la Directiva CE 2003/109 del Consejo de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración”, *AEPDIPr*, 2005, pp. 458-461.

MOYA ESCUDERO, M y RUIZ SUTIL, C.: “Mujer extranjera víctima de malos tratos”, *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de argumentación para operadores jurídicos*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 2004, pp. 236-300.

MRABET, A.: “Readmission Agreements. The Case of Morocco”, *EJML*, núm. 5, 2003, pp. 379-385.

MÜLLER GRAFF, P.C.: “The Legal Basis of the Third Pillar and its Position in the Framework of the Union Treaty”, *CMLR*, 1994, pp. 493-510.

MURPHY, J.: “The Recognition of Same-Sex Families in Britain: the Role of Private International Law”, *Int. Jnl. of Law, Policy and the Family*, vol. 16, 2002, pp. 181-201.

— “Rationality and Cultural Pluralism in the Non-Recognition of Foreign Marriages”, *ICLQ*, núm. 49, 2000, pp. 643-659.

NAVARRO CONTRERAS, E.: “El Tratado de Niza: un nuevo paso en el largo camino hacia la ampliación de la UE”, *La Ley*, nº 5298, lunes 30 de abril, 2001, pp.1-4.

NEWMAN, K.: “Free Movement of Persons, Recognitions of Qualifications and Working Conditions”, *ICLQ*, enero 1998, pp. 224-231.

NIVEAU, G., UMMEL, M., y HARDING, T.: “Human Rights Aspects of Transsexualism”, *HHR*, 1998, vol. 4, núm. 1, pp. 134-164.

NOGUERIRA GUSTAVINO, M.: “Reseña de la jurisprudencia del TJCE en el primer semestre de 1999”, *RMTAS*, nº 27, 1999, pp.179-221.

NOTT, S.: “For Better or Worse? The Europeanisation of the Conflicts of Laws”, *LLR*, núm. 24, 2002, pp. 3-17.

OBBERGFELL, E. I.: “On División of Competence in the EU- The Tobacco Advertising Prohibition Directive Test Case”, *ELF*, 2001, pp. 153-160.

OGER, H.: “Residence’ as the New Additional Inclusive Criterion for Citizenship”, *WebJCLI*, nº 5, 2001.

O’CAOIMH, A.: “Nota a la STJCE de 13 de febrero de 1985, As. 267/83 *Diatta*”, *ILTSJ*, 1985, pp. 112-113.

O’KEEFE, D.: “Comments on the Free Movement of Various Categories of Persons”, *Free Movement of Persons in Europe*, M.C.Asser Institute, Nijhoff, Dordrecht, 1993, pp. 515-520.

— “Equal Rights for Migrants: the Concept of Social Advantages in article 7 (2), Regulation 1612/68”, *YEL*, vol. 5, 1985, pp. 93-123.

— “The Free Movement of Persons and the Single Market”, *Europ. L. Rev.*, nº 1, 1992, pp. 3-19.

— “Nota a la STJCE del 2ª de febrero de 1992, As. C-357/89, *Raulin*”, *CMLR*, pp. 1215-1228.

O'LEARY.: “Putting Flesh on the Bones of European Union Citizenship”, *ELR*, nº 24, 1999, pp. 68-79.

OLESTI RAYO, A.: “El estatuto de los residentes de larga duración: Comentario a la Directiva del Consejo 2003/109 de 25 de noviembre de 2003”, *RGDE*, 4, 2004, disponible previa suscripción en www.iustel.com.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. “Doctrina Registral en torno a los matrimonios de conveniencia para regularizar la situación de los extranjeros en España”, *AEDIPr*, 2001, pp. 1041-1048.

— “La Doctrina de la DGRN en materia de reconocimiento registral de los matrimonios extranjeros, con especial referencia al matrimonio consular”, en AA.VV., *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del profesor R. Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 276-283.

— “Nota a la sentencia de la AP de Madrid de 27 de febrero de 2002. Matrimonio contraído *iocandi causa* a los efectos de adquirir la nacionalidad española”, *AEDIPr*, 2004, pp. 1040-1043.

— “Ley británica de DIPr de 8 de noviembre de 1995”, *REDI*, 1996-2, pp. 340-342.

— “Tratamiento registral de los matrimonios de complacencia: lectura crítica de la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006”, *La Ley*, núm. 6542, 5 de septiembre de 2006, (consultada la versión en línea en www.laley.es).

ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A.: “La extranjería no comunitaria en el marco de la Comunidad Económica Europea”, *RCEC*, Madrid, 1992, pp. 207-231.

— “Los extranjeros no comunitarios ante el Derecho comunitario europeo. Las actuaciones de las instituciones comunitarias, de las instancias gubernamentales y de los gobiernos de los Estados miembros”, disponible en www.ecsanet.org/dialogue/contributions/Ortiz_Arce.doc.

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C.: “La capacidad y la simulación en el matrimonio: fraude y extranjería en la doctrina de la DGRN”, *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, 2003, pp.287-296.

PALAO MORENO, G.: “La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Un nuevo paso hacia la consolidación de un mercado de trabajo integrado en la UE”, *GJ-CE*, 2000, pp. 43-62.

PALLARO, P.: “Nota a la STJCE de 22 de junio de 2000, as. C-65/98, *Eyüp*”, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2001, pp. 261-280.

PALMERI, G.: “Doppia cittadinanza e diritto al nome”, *Europa e diritto privato*, vol. 1, 2004, pp. 217-230.

PAPADOPOULOU, L.: “In(di)visible Citizens(hip): Same-Sex Partners in European Union Immigration law”, *YEL*, n° 21, 2001-2002, pp. 229-263.

PEERS, S.: “Implementing equality? The Directive on Long-Term Resident Third-Country Nationals”, *ELR*, vol. 29, 2004, pp. 437-460.

— “Social Advantages and Discrimination in Employment: Case Law Confirmed and Clarified”, *ELR*, 1997, pp. 157-165.

— “Building Fortress Europe: The Development of EU Migration Law”, *CMLR*, n° 35, pp. 1235-1272.

— *Statewatch: The “Hague Programme”, Annotation of Final Version*, en <http://www.statewatch.org/news/2004/nov/hague-programme-final.pdf>.

— “Key Legislative Developments on Migration in the European Union”, *EJML*, núm. 6, 2004, pp. 67-91.

PELLISÉ URQUIZA, C.: “Nota a la STJCE de 30 de mayo de 1991, as c-19/90, *Kerella y Kerrellas*”, *RJC*, 1992, pp. 268-270.

— “Nota a la STJCE del 2ª de febrero de 1992, As. C-357/89, *Raulin*”, *RJC*, 1993, pp. 1128-1131.

PEÑA ECHEVARRIA, J.: “La Carta de derechos fundamentales y la ciudadanía europea”, *REE*, 2003, pp. 63-83.

PÉREZ BEVIÁ, J.A.: “La protección del menor en el Consejo de Europa en el ámbito del derecho privado”, *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp.59-83.

PÉREZ BEBIÁ, A., y GARCÍA CANO, S.: “Hacia un nuevo instrumento internacional en materia de alimentos”, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 629-655.

PÉREZ CAMPOS, A.I.: “El derecho a prestaciones familiares del titular de una pensión con residencia en otro Estado miembro”, *AS*, n° 9, 2001, (BIB 2001/984).

PÉREZ MARTÍN, E.: “La entrada y residencia de los cónyuges de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (STJCE de 23 de septiembre de 2003, asunto Akrich. C-109/01), *REDF*, n° 3, 2004, pp. 121-153.

PEREZ VERA, E.: “Citoyenneté de l’Union Européenne, nationalité e condition des étrangers”, *Rev. des. C*, 1996, T. 261, pp. 251-425.

— “Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho internacional privado español”, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 131-137.

— “El concepto de orden público en el Derecho internacional”, *AHLADIPr*, vol. VII, 1984, pp. 273-287.

— “El Derecho internacional privado y la UE”, *La UE ante el siglo XXI: los retos de Niza*, XIX Jornadas de la AEPDIPr, Madrid, 2003, pp. 174-187.

— “A propósito de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”, *AD. Universidad de La Laguna*, n° 18, 2001, pp. 291-307.

— “La ciudadanía europea en el Tratado de Maastricht”, *Hacia un Nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1123-1148.

PESCATORE, P. : “Synthèse et note documentaire”, *L'avenir du libéré change en Europe: vers un espace économique européen?* (O. Jacot-Guillarmod ed.), Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, pp. 475-494.

PETER, B. : “La base juridique des actes en Droit communautaire”, *Rev. MCU. eur.*, 1994, n° 378, pp. 324-333.

PILLET, A.: “La théorie générale des droits acquis”, *Rec. des. C.*, t. 8, 1925, pp. 489-538.

PINTENS, W.: “Europeanisation of Family Law”, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, pp. 3-33.

— “Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?”, *ZEuP*, 1998, pp. 670-676.

— “Menschenrechtskonvention und Privatrecht–Auswirkungen in Belgien”, *RabelsZ*, 1999, pp. 696-708.

— “Von Konstantinidis bis Grant”, *ZEuP*, 1998, pp. 843-848.

PIRRÜNG, J.: “Registrierte Partnerschaften den Europäischen Gerichten”, *Homenagem I. Magalhaes Collaço*, Coimbra, 2002, pp. 605-621.

PLENDER, R. : “Quo vadis? Nouvelle orientatio des regles sur la libre circulation des personnes suivant l’affaire Akrich”, *Cahiers dr. europ.*, 2004, núm. 1-2, pp. 261-288.

— “The Treaty of Amsterdam and the Free Movement of Persons”, *EBLR*, 1996, pp. 400-406.

— “Competence, European Community Law and Nationals of Non- Member States”, *ICLQ*, 1990, pp. 599-611.

POCAR, F.: “La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una “European conflicts of law revolution”?, *Riv. dir. int. pr. proc.*, oct-dic. 2000, pp. 873-884.

PRAKASH, A. S.: “Attitudes to Polygamy in English Law”, *ICLQ*, núm. 52, 2003, pp. 369-400.

PROBERT, R.: “From Lack of Status to Contract: Assesng the French Pacte Civil de Solidarité”, *JSWFL*, nº 23, 2001, pp. 257-269.

PUERTO MENDOZA, M. L.: « La libre circulación de resoluciones judiciales sobre responsabilidad parental dentro de la UE », *La Ley*, núm. 5616, de 20 de septiembre de 2002, pp. 1-6.

QUEL LÓPEZ, F. J.: “Análisis de las reformas en el espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Niza”, *RDCE*, enero/junio de 2001, pp. 117-145.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avello)”, *RDCE*, núm. 18, mayo-agosto 2004, pp. 507-529.

— “Limitaciones infundadas al *ius nubendi*: el repudio revocable. En torno a la resolución de la DGRN de 4 de junio de 2001, sobre autorización del matrimonio civil”, *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp.297-304.

— “Compatibilidad de la norma de conflicto relativa a los efectos del divorcio con el Derecho comunitario”, *RDCE*, Año 5, núm. 10, julio-diciembre 2001, pp. 645-661.

— “Eficacia extraterritorial de las uniones de pareja: nuevas normas de Derecho internacional privado en la Ley alemana (2001)”, *RJC*, 2002, pp. 833-858.

— “Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores en el Reglamento 2201/2003”, *Crisis matrimoniales. Protección del menor en el marco europeo*. Madrid, *La-Ley actualidad*, 2005, pp. 103-137.

— “Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo”, *RJC*, 2005, pp. 199-215.

— “Comentario a la sentencia del TSJC (1996)”, sobre reagrupación familiar de un colombiano que convive con un español, *REDI*, 1997, pp. 221-227.

— “La réception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawwana, 2000) en Europe”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, núm. 3, 2004, pp. 877-900.

— “Comentario a la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, pp. 855-858.

QUIRÓS FONTS, A.: “Familiares extracomunitarios, protagonistas del RD 178/2003. Futura incidencia de la Propuesta de Directiva sobre libre circulación”, *Migraciones*, nº 15, 2004, pp. 223-260.

— “El art. 8 del Convenio de Roma (1950) y la Directiva 2003/86 sobre el derecho a la reagrupación familiar: una conquista del Derecho internacional en el Derecho comunitario”, *REDI*, vol. 2002, pp. 1074-1079.

RADICATI DI BROZOLO, L.: “L’influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation”, *Rev. crit. dr.int.pr.*, 1993, pp. 401-425.

— “Diritto comunitario e regole processuali interne: inapplicabilità dell'art. 633 Cod.pro.civ.”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1993, pp. 611-613.

RAUSCHER, TH.: “Verordnung (EG) Nr 1347/2000 des Rates vom. 29.5.2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten (Brüssel II-VO)”, *Europäisches zivilprozessrecht Kommentar*, München, Sellier, 2004, pp. 517-738.

REEVES, T.: “No Homosexual Please, We Are European”, *NLJ*, 199, pp. 558-569.

REICH, N.: “Citizenship and Family on Trial: a Fairly Optimistic Overview of Recent Court Practice with Regard to Free Movement of Persons”, *CMLR*, núm. 40, 2003, pp. 615-638.

— “Union Citizenship-Metaphor or Source of Rights?”, *ELJ*, vol. 7, 2001, pp. 4-23.

REIG FABADO, I.: “Comentario al asunto García Avello”, *CCJC*, 2004, pp. 463-475.

RENCHON, J. L.: “L’avènement du mariage homosexuel dans le Code Civil belge”, *Rev. int. dr. com.*, nº 81, 2004, pp. 169-207.

REMIEN, O.: “European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice”, *CMLR*, núm. 38, 2001, pp. 53-86.

REQUEJO ISIDRO, M.: “Nota a García Avello”, *REDI*, 2003-II, pp. 941-944.

— “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 AEPDIPr, Madrid, 2003, pp. 243-251.

— “Estrategias para la “comunitarización”: descubriendo el potencial de la ciudadanía europea”, *La Ley-UE*, núm. 5903, de 28 de noviembre de 2003, pp. 1-4.

— “Libertades comunitarias y Registro civil: algunos casos de incidencia mutua y pautas de solución”, *Derecho registral internacional*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 95-109.

RICHARDS, C.: “Legal recognition of Same –Sex Couples-The French Perspective”, *ICLQ*, vol. 51, 2002, pp. 305-324.

RIGAUX, F.: “The Law Applicable to Non Traditional Families”, *Private Law in the International Arena, From National Conflict Rules towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siebr*, The Hague, 2000, pp. 647-656.

— “Droit international privé et Droit communautaire”, *L'internasionalization du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, 1994, pp. 341-354.

RODIÈRE, P.: “Nota a la STJCE de 18 de octubre de 1990, as. C-297/88 y C-197/89, *Dzodż*”, *Rev. trim. dr. eur.*, 1991, pp. 565-586.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: “Tráfico externo, Derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español”, *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, CGPJ, 2002, pp. 15-84.

RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: “Poligamia: libertad religiosa y discriminación de la mujer”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la UE y el Derecho comparado*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp. 745-761.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y DEL VALLE GÁLVEZ, A.: “El Derecho comunitario europeo y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”, *RDCE*, julio/diciembre 1997, pp. 329-376.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “El nuevo Reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental”, *La Ley-UE*, 30 de enero de 2004, pp.1-5.

— “Algunas reflexiones sobre las reglas de CJI en materia de responsabilidad parental”, *La UE ante el Siglo XXI: los retos de Niza*, Madrid, 2003, pp. 253-258.

— “European Union International Ordre Public”, *SYIL*, vol. III, 1993-1994, pp. 43-88.

— “Reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental en el reglamento 2201/2003”, *Crisis matrimoniales. Protección del menor en el marco europeo*. Madrid, *La Ley actualidad*, 2005, pp. 137-156.

RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: “Reglamento 1347/2000: ámbito de aplicación personal (arts 7 y 8)”, *La Ley*, núm. 6112, de 22 de octubre de 2004, pp. 1-4.

ROLDÁN BARBERO, J.: “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE y: su estatuto constitucional”, *RDCE*, nº 16, septiembre-diciembre de 2003, pp. 943-991.

ROMANO, G.P y GEEROMS, S.: “La loi belge du 13 février 2003 et le droit international privé : de la circulaire ministérielle du 23 janvier 2004 à l’alinéa 2 de l’article 46 du nouveau code », *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe. (Actes de la XVI Tournée de droit international privé du 5 mars 2004 à Lausanne)*, Genève, Schulthess, 2004, pp. 104-136.

ROTH, W. H.: “Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationales Privatrecht”, *RabelsZ*, 1991, pp. 623-673.

RÖTHEL, A.: “Gleichgeschlechtliche Ehen und ordre public”, *IPRax*, 2002, pp. 496-500.

RUBIO CASTRO, A. y MOYA ESCUDERO, M.: “Nacionalidad y ciudadanía: una relación a debate”, *Ciudadanía e inmigración, ACFIS*, nº 37, 2003, pp. 105-155.

RUBIO TORRANO, E.: “Conflictos matrimoniales y responsabilidad parental: nuevo Reglamento comunitario”, *AC*, núm. 3, 2003, pp. 2102-2104.

RUEDA VALDIVIA, R.: “La unificación europea del derecho conflictual: presente y futuro”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Granada, Dykinson, 2003, pp. 151-179.

RUZIÉ, D.: “Nationalité, efectivité et droit communautaire”, *RGDIP*, 1993, pp. 107-120.

SAGGIO, A.: “Diritto internazionale privato e Diritto uniforme nel sistema comunitario”, *Riv. dir. eur.*, núm. 2, 1996, pp. 215-233.

SALVADOR GUTIÉRREZ, S.: “Registro Civil, inmigración y matrimonio”, *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, CGPJ, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 2004, pp. 257-355.

SAMTLEBEN, J.: “Das Internationale Privatrecht der Börsentermingeschäfte und der EWG-Vertrag”, *RabelsZ*, 1981, pp. 218-253.

SANDROCK, O.: “Die Europäischen Gemeinschaften und die Privatrechte ihrer Mitgliedstaaten: Einheit oder Vielfalt?”, *EWS*, vol.5, 1994, pp. 1-8.

SAN JULIÁN PUIG, V.: “Inmigración y derecho de familia. Estudio de la instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995”, *BIMJ*, núm. 1814, de 1 de febrero de 1998, pp. 151-171.

SÁNCHEZ LORENZO, S.: “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”, *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del Prof. Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 247-275.

— “El principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad”, *RCEA*, 1996, pp. 62- 81.

— “¿Hacia un Código Civil europeo?”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 381-407.

— “Incidencia del Derecho comunitario en la interpretación de las normas de DIPr estatal a la luz de la jurisprudencia reciente del TJCE”, *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado y su aplicación judicial*. Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, 1997, pp. 339-375.

— “Postmodernismo y Derecho internacional privado”, *REDI*, 1994, pp. 557-585.

— “El principio de libertad personal en el Derecho internacional privado de la familia”, *RFD Univ. Gr.*, nº 4, 2001, pp. 207-230.

— “Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado”, *REDI*, 1989, pp. 497-531.

— “Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional de la familia”, *Anuario Hispano-Luso Americano de Derecho internacional*, núm. 17, 2005, pp. 87-130.

— “Libertades comunitarias y nacionales de terceros Estados”, *AEDIPr*, 2005, pp. 253-267.

— “What Do We Mean when We Say “Folklore”? Cultural and Axiological Diversities as a Limit for a European Private Law”, *ERPL*, núm. 2, 2006, pp. 197-219.

— “Nota a la RDGRN de 24 de enero de 2005”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, pp. 618-627.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I.: “La unificación del Derecho privado europeo: los principios de Derecho contractual europeo de la Comisión Lando”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado europeo*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 261-285.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A.: “La inmigración y el auxilio registral. Relaciones con otros servicios públicos”, *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, CGPJ, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 2004, pp. 199-254.

SANZ CABALLERO, S.: “A propósito de las sentencias *Goodwin e I* o el debate sobre el matrimonio de transexuales ante el TEDH”, *REDI*, vol. 1, 2003, pp. 307-315.

— “Interferencias entre el Derecho comunitario y el Convenio Europeo de Derechos humanos (Luxemburgo *versus* Estrasburgo: ¿quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)”, *RDCE*, enero-abril 2004, pp. 117-158.

SARCEVIC, P.: “Private International Law Aspects of Legally Regulated Forms of Non-Marital Cohabitations and Registered Partnerships”, *YPIL*, 1999, pp. 37-49.

SCAPPUCCI, G.: “Court of First Instance refuses to recognize Swedish registered partnership rights and duties”, *EPL*, 2000, pp. 355-366.

SCHAUFLE, G.: “Wiedereinreise eines drittstaatsangehörigen Ehegatten nach Ausweisung”, *Europ. L. Rep.*, núm. 12, 2003, pp. 465-467.

SHAW, J.: “The interpretation of European Union Citizenship”, núm. 61, 1998, *MLR*, pp. 293-317.

SCHMID, C.U.: “Legitimacy Conditions for a European Civil Code”, *MJ*, 2001, pp. 277-298.

SCHMIDT, M.: “Privatrechtsangleichende EU-Richtlinie und nationales Privatrecht”, *RabelsZ*, vol. 59, 1995, pp. 569-597.

SCHULZ, A.: “Die Zeichnung des Haager Kinderschutz-Übereinkommens von 1996 und der Kompromiss zur Brüssel Iia-Verordnung”, *FamRZ*, 2003, pp. 1351-1354.

SEGURA RODA, I.: “La anulación de la Directiva 98/43/CE sobre la publicidad del tabaco; ¿novedades en el reparto de competencias comunitario?”, *GJ-CE*, 2001, n° 214, pp. 74-87.

SERENA ROSSI, L.: “L’incidenza dei principi del Diritto comunitario sul Diritto internazionale privato: dalla “comunitarizzazione” alla “costituzionalizzazione””, *Riv. dir. int. priv. pr.*, enero-marzo, 2004, pp. 63-84.

SCAGLIOTTI, L.: “Le politiche comuni di asilo e immigrazione”, *Verso l’Europa dei diritti (Lo Spazio europeo di libertà sicurezza e giustizia)*, Il Mulino, 2005, pp. 59-101.

SCHACK, H.: “Die EG-Kommission auf dem Holzweg von Amsterdam”, *ZEuP*, vol. 4, 1999, pp. 805-808.

SCHIEFFER, M.: “Community Readmission Agreements with Third Countries-Objectives, Substance and Current State of Negotiations”, *EJML*, núm. 5, 2003, pp. 343-357.

SCHRAMA, W.: “Registered Partnership in The Netherlands”, *Int. Jnl. of Law, Policy and the Family*, diciembre 1999, pp. 315-327.

SCHWENZER, I.: “Methodological Aspects of harmonization of Family Law”, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, pp. 143-158.

SHCUIBHNE, N.: “Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On?”, *CMLR*, 2002, pp. 731-771.

SIEHR, K. : “Family Unions in Private International Law”, *NILR*, 2003, pp. 419-435.

— “Scherz und Ernst im internationalen privatrecht. Gedanken zur Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft des Kollisionsrechts”, *Festschrift für ihre Zajtay*, Tübingen 1982.

SILVESTRO, M y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J.: “Le Traité d’Amsterdam: une évaluation critique”, *Revue du Marché común et de l’Union européenne*, n° 413, diciembre 1997, pp. 662-664.

SIMON, D.: “Nota a la STJCE de 18 de octubre de 1990, as. C-297/88 y C-197/89, *Dzgodzi*”, *Journ. dr. int.*, 1991, pp. 455-457.

SIMON-DEPITRE, M.: “Nota a la STJCE de 2 de febrero de 1989, as. 186/87, *Coman*”, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1990, pp. 88-91.

SIMONS, K. R.: “Nota a la STJCE de 4 de diciembre de 1974, as. C-41/74, *Van Duyn*”, *ICLQ*, 1975, pp. 419-437.

SIMPSON, G.: “Asylum and Immigration in the European Union after the Treaty of Amsterdam”, *EPL*, vol. 5, marzo 1999, pp. 91-124.

SODERMAN, S. : “Le citoyen, l’administration et le droit communautaire”, *Rev. MU. eu.*, 1998, pp. 19-67.

SONNENBERGER, H.J.: “Europäisches Internationales Privatrecht im Dienst freien Personenverkehrs”, *RIW*, vol 4, 1999, “Die erste Seite”.

SOSA WAGNER, F. : “Vecino (Derecho administrativo)”, *Enciclopedia jurídica básica*, vol. IV, Civitas, 1995.

SPAVENTA, E. : “Case C-109/01, Secretary of state for the Home Department v. H. Akrich, Judgement of the Full Court of 23 september 2003”, *CMLR*, vol. 42, 2005, pp. 225-240.

— “From Gebhard to Carpenter: Towards a (non-) Economic European Constitution”, *CMLR*, 2004, pp. 743-773.

SPINDLER, G.: “Herkunftslandprinzip und Kollisionsrecht-Binnenmarktintegration ohne Harmonisierung?”, *RabelsZ*, 2002, pp. 633-709.

STALFORD, H.: “Regulating Family Life in Post-Amsterdam Europe”, *ELR*, 2003, pp. 39-52.

— “Concepts of family under EU Law—Lessons from the ECHR”, *Int. Jnl. of Law, Policy and the Family*, 2002, pp. 410-454.

STEENBERGEN, J.D.M.: “All the King’s Horses...Probabilities and Possibilities for the Implementation of the New Title IV EC Treaty”, *EJML*, n° 1, 1999, pp. 29-60.

STEWART, M.N.: “Judicial Redefinition of Marriage”, *CJFL*, 2004, pp. 11-132.

STREINZ, R y LEIBLE, S.: “Prozesskostensicherheit und gemeinschaftsrechtliches Diskriminierungsverbot”, *IPRax*, 1998, pp. 162-170.

— “Die Zukunft des Gerichtssystem der Europäischen Gemeinschaft. Reflexionen über Reflexionspapier”, *EWS*, 2001, pp. 1-11.

STRUYCKEN, A.V.M.: “Les conséquences de l’integration européenne sur le droit international privé”, *Recueil des Cours*, tom. 232, 1992, pp. 267-379.

— “La Convention de Munich sur la loi applicable aux noms et prénoms”, *REDI*, Vol. XLII, 1990, pp. 153-180.

SUMAMPOUW, M.: “Parental Responsibility under Brussels II”, *Private Law in the International Arena-Liber Amicorum Kurt Siebr*, 2000, pp. 729-744.

SUMNER, I.: “Registered Partnerships and Private International Law: Great Britain and the Netherlands Compared”, *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe. (Actes de la XVI Tournée de droit international privé du 5 mars 2004 à Lausanne)*, Schulthess, Genève, 2004, pp. 29-50.

SWEITZER, M.: “Nota a la STJCE de 28 de octubre de 1975, As. C- 36/75, *Rutili*”, *NJW*, 1976, pp. 469-470.

TAGARAS, H.: “Guidelines for the Round Table Discussion en the Relationship between the Brussels and Community Law”, *L’espace juridique européen en matière civile et commerciale*, Bruselas, Bruylant, 1999.

TAN, Y.: “New forms of cohabitation in Europe; Challenges for English Private Law”, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Oxford-Nueva York, 2003, pp. 437-461.

TASCHER, H.C.: “Free Movement of Students, retired Persons and Other European Citizens —a Difficult Legislative Process”, *Free Movement of Persons in Europe*, M.C.Asser Institute, Nijhoff, Dordrecht, 1993, pp. 427-436.

TERRÓN I CUSÍ, A.: “El debate sobre la inmigración en la Unión Europea. Marco general”, *RCIDOB*, n° 53, mayo/junio, 2001, disponible en www.cidob.org.

TILMAN, W., “The Legal Basis for an European Civil Code”, *ERPL*, 1997, pp. 471-473.

TOGGENBURG, G., “Familienangehörige aus Drittstaaten: der Schutz des Familienlebens als trompe d’oeil-Tor zum Binnenmarkt?”, *Europ. L. Rep.*, núm. 9, 2002, pp. 319-328.

TOMÁS CARRASCO, B.: “La nacionalidad de los Estados miembros en el ámbito comunitario”, *REE*, nº 12, enero-abril, 1996, pp. 77-87.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A.: “Ante la anunciada reforma del art. 107 Cc”, *AC*, 2003, nº 3, pp. 75-97.

TOMASI, L.: “Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. 40, núm. 3, julio-septiembre 2004, pp. 977 y ss.

TOMUSCHAT, C.: “Nota a la STJCE de 28 de octubre de 1975, As. C- 36/75, *Rutili*”, *Cahiers dr. europ.*, 1976, pp. 58-67.

— “The Legal Status of Non-Citizens of the EU. General Introduction”, *EPL*, vol. 7, nº 3, 1995, pp. 543-563.

TONER, H.: “Community Law Immigration Rights, Unmarried Partnerships and the Relationship Between European Court of Human Rights Jurisprudence and Community Law in the Court of justice”, *WebJCLI*, nº 5, 2001.

— “Comments on *Mary Carpenter v. Secretary of State*”, 11 de Julio 2002 (Case C-60/00), *EJML*, vol. 5, nº 1, 2003, pp. 163-172

— “Judicial interpretation of European Union Citizenship-Transformation or Consolidation?”, *MJ*, 2000, pp. 158-182.

TONER, H y ILIOPOULOU, A.: “Nota a la STJCE de 11 de julio de 2002, as. C- 224/98, *D’Hoop*”, *ELR*, 2003, pp. 389-397.

TRIDIMAS, T.: “Nota a la STJCE de 30 de mayo de 1991, as c- 19/90, *Kerella y Kerrellas*”, *ELR*, 1992, pp. 158-163.

— “Nota a la STJCE de 30 de mayo de 1991, as c- 19/90, *Kerella y Kerrellas*”, *ICLQ*, 1993, pp. 726-728.

TROTTA, R.: “La dimension extérieure de la circulation des personnes après Amsterdam”, *L’Union européenne et le monde après Amsterdam*, ULB, Bruselas, 1999, pp. 107-190.

UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I.: “La interacción constitucional europea en la interpretación de los derechos fundamentales (viejas inercias y nuevas perspectivas)”, *RVAP*, núm. 73, septiembre-diciembre 2005, pp. 135-171.

URIONDO DE MARTINOLI, A.: “Incidencia de los Tratados internacionales en el Derecho de familia”, *El Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Buenos Aires, La Ley, 2005, pp. 537-548.

URSO, E.: “Il Diritto di famiglia nella prospettiva europea”, *Il Diritto di famiglia nell’Unione Europea*, Padua, CEDAM, 2005, pp. 515-611.

VAL TENA, A. L.: “Matrimonio polígamo y pensión de viudedad”, *Revista Aequilitas*, núm. 10-11, 2002, pp. 68-70.

VALLEE, C. : “Comentario al arrêt Cohn-Bendit”, *RGDIP*, 1979, pp. 834-848.

VAN GERVEN, W.: “Codifying European Private Law? Yes if...!”, *ELR*, 2002, pp. 156-176.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: “La reagrupación familiar de los extranjeros en el Derecho comunitario de la inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas en el Derecho comunitario”, *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 819-845.

— “Matrimonio poligámico, orden público y extranjería”, *AL*, núm. 33, 2003, pp. 581-601.

VATTIER FUENZALIDA, C.: “Los “Principles of European Contract Law”: un nuevo paso hacia la armonización de las obligaciones contractuales en la UE”, *Noticias UE*, núm. 159, 1998, pp. 21-24.

VERLOREN VAN THEMAAT, P.: “The Contributions to the Establishment of the Internal Market by the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities”, *One European Market? Nomos*, Baden-Baden, 1988, p. 119 y ss.

VILÁ COSTA, B.: “El extranjero no comunitario: actualidad y evolución en materia de política común de inmigración: ¿Hacia un posible estatuto coherente?”, *Anuario Internacional CIDOB*, 1996, pp. 1-12.

— “Nota a la STJCE de 9 de julio de 1987, Asuntos acumulados 281-283, 284, 285 y 287/85, *República Federal de Alemania y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*”, *RJC*, 1988, pp. 516-520.

VILARIÑO PINTOS, E.: “La cooperación en los ámbitos de justicia e interior en el Tratado de la Unión Europea. Los aspectos básicos para su realización”, *RIE*, núm. 1, 1994, pp. 61-83.

VIÑAS FARRÉ, R.: “Convenios multilaterales sobre obligación de alimentos: necesidad de una reforma”, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 845-854.

VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: “Estado de origen *vs.* Estado de destino: las diferentes lógicas del Derecho internacional privado”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1787-1815.

VON BAR, CH.: “Le goupe d’études sur un code civil européen”, *Rev. int. dr. comp.*, 2001, pp. 127-139.

VON HOFFMAN, B.: “The Relevance of European Community Law”, *European Private International Law*, 1998.

— “Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und Internationales Privatrecht”, *ZJRvgl.*, vol. 36, 1995, pp. 46-47;

VON SACHSEN GESSAPHE, K. A. : “Les unions homosexuelles enregistrées en droit international privé allemand”, *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe. (Actes de la XVI Tournée de droit international privé du 5 mars 2004 à Lausanne)*, Schulthess, Genève, 2004, pp.1-28.

WAALDIJK, K.: “Others may Follow: The Introduction of Marriage, Quasi-Marriage and Semi-Marriage for Same Sex Couples in European Countries”, *New England L. Rev.*, vol. 38.3, 2004, pp. 569-590.

— “Towards Equality in the Freedom of Movement of Persons”, *After Amsterdam: Sexual Orientation and the European Union*, Bruselas: ILGA-Europe, 1999, pp. 45-52.

— “Free Movement of Same-Sex Partners”, *MJ*, 1996, pp. 271-285.

WACHSMANN, P Y MARIENBURG-WACHSMANN, A.: “La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L’Homme en matière de transsexualisme.(En marge des arrêts Christine Goodwin c. le Royaume-Uni et I c. le Royaume-Uni du 11 juillet 2002)”, *Rev. trim. dr.h.*, n° 56, 2003, pp. 1157-1183.

WÄGENBAUR, B.: “Binnenmarkt und Gesundheitsschutz – eine schwierige Kohabitation”, *EuZW*, 2000, pp. 549-551.

WAGNER, R.: “Vom Brüsseler Übereinkommen über die Brüssel I-Verordnung zum Europäischen Vollstreckungstitel”, *IPRax*, 2002, pp.75-95.

— “Das neue Internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft”, *IPRax*, 2001, pp. 281-293.

WEATHERILL, S.: “Nota a la STJCE de 2 de febrero de 1989, as. 186/87, *Cowan*”, *CMLR*, 1989, pp. 563-581.

— “Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?”, *ERPL*, vol. 5, 2004, pp. 633-660.

WEBER, M.: “Anotación a la STJCE de 5 de junio de 1997, As. C-64/96 y C-65/9, *Uecker y Jacquet*”, *CMLR*, 1998, pp. 1437-1445.

WEILER, J.H.H.: “Thou Shalt no Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of Human Rights of Non-EC Nationals”, *EJIL*, 1992, vol. 65, núm. 3, pp. 65-92.

WEIS, H.: “Nota a la STJCE de 27 de octubre de 1982, C-35-36/82, *Morson and Jhanjan*”, *NJW*, 1983, pp. 2721-2726.

WEYEMBERG, A.: “La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures: vers un rééquilibrage du couple liberté-sécurité?”, *RBDI*, núm. 2, 2000, pp. 612-639.

WHITE, R.C.A.: “Free Movement, Equal treatment, and Citizenship of the Union”, *ICLQ*, vol. 54, octubre 2005, pp. 885-906.

— “Conflicting competences: free movement rules and immigration laws”, *ELR*, vol. 29, 2004, pp. 385-396.

— “Nota a la STJCE de 7 de julio de 1992, Asunto C-370/90, *Singh*” *ELR*, 1993, pp. 527-532.

WILDERSPIN, M, y LEWIS, X. : “Les relations entre droit communautaire et les regles de conflit des lois des états membres”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 2002, pp. 1-37.

WILHELMSSON, T.: “Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation?”, *ERPL*, 2002, pp. 77-94.

WYATT, D.: “Nota a la STJCE de 4 de diciembre de 1974, as. C-41/74, *Van Duyn*”, *ELR*, 1975, pp. 51-67.

— “Nota a la STJCE de 28 de octubre de 1975, As. C- 36/75, *Rutili*”, *ELR*, 1976, pp. 217-221.

ZAPATA BARRERO, R.: “Fundamentalismo estatal de la Unión Europea en torno a la inmigración”, *RCIDOB*, nº 53, mayo/junio, 2001, disponible en www.cidob.org.

ZEKRI, H.: “El nuevo Código de Familia Marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano marroquíes”, *REDI*, 2004, núm. 1, vol. LVI, págs. 201-313.