



LIBRO BLANCO

sobre
**Libre circulación de las familias arco iris
en la Unión Europea**



RIGHTS
ON THE MOVE

The Peace Institute – Instituto de Estudios Sociales
Contemporáneos y Políticos, Eslovenia

Autor: Dr. Neža Kogovšek Šalamon

01 de enero 2015



LIBRO BLANCO

Rights on the Move
- Rainbow Families
in Europe

LÍDER DEL PROYECTO:

University of Trento



UNIVERSITY OF TRENTO - Italy
Faculty of Law

LOS SOCIOS DEL PROYECTO:

Cara-Friend, Belfast



CGIL Nuovi diritti, Rome



University of Toulouse III
Paul Sabatier



Autonomous University
of Barcelona



Peace Institute, Ljubljana



Autor: Dr. Neža Kogovšek Šalamon¹

The Peace Institute – Instituto de Estudios Sociales
Contemporáneos y Políticos, Eslovenia²

El proyecto europeo *Rights on the Move - Rainbow Families in Europe* cuenta con el apoyo de la Comisión Europea en el marco de programa de Derechos Fundamentales y Ciudadanía.

La información y las opiniones presentadas en el presente Libro Blanco son las de los autores y no reflejan necesariamente la posición oficial de la Unión Europea. Las instituciones y órganos de la Unión Europea, y cualquier persona que actúe en su nombre no se hacen responsables del uso que pueda hacerse de la información aquí contenida.

Diseño e ilustraciones: Eva Kosel

¹ Neža Kogovšek Šalamon, Doctor en Derecho, es director de *The Peace Institute*. En su investigación aborda temas relacionados con la migración, el asilo, la no discriminación, la nacionalidad y los derechos fundamentales. Contacto: neza.kogovsek@mirovni-institut.si.

² *The Peace Institute – Institute for Contemporary Social and Political Studies* – es una organización de investigación sin ánimo de lucro que lleva a cabo la investigación interdisciplinaria en diversos campos de las humanidades y ciencias sociales (sociología, antropología, ciencias políticas, filosofía, economía, derecho, etc.). Su propósito no es sólo adoptar una postura crítica frente a los acontecimientos de la sociedad, sino también intervenir activamente en este tipo de eventos, para relacionar la investigación y la reflexión académica con actividades de consultoría educativa y estratégica de tipo práctico en diversas áreas de las políticas públicas y la acción pública en general. En consecuencia, el Instituto tiene el estatuto de organización no gubernamental de la sociedad civil a nivel nacional, europeo e internacional.



LIBRO BLANCO

sobre
**Libre circulación de las familias arco iris
en la Unión Europea**



ÍNDICE DE CONTENIDOS

I.	ANTECEDENTES	6
II.	INTRODUCCIÓN A LA LIBRE CIRCULACIÓN	7
III.	CUESTIONES JURÍDICAS	10
III. 1.	Reconocimiento jurídico de relaciones, divorcio y separación	10
	Matrimonios y uniones entre personas del mismo sexo	10
	Divorcio y separación	16
III. 2.	Inmigración	18
III. 3.	Adopción	21
III. 4.	Derechos reproductivos	24
III. 5.	Derechos de los niños y responsabilidad parental	28
III. 6.	Seguridad social y pensiones	33
III. 7.	Regímenes económicos matrimoniales	35
III. 8.	Herencia	38
III. 9.	Reconocimiento de la intersexualidad	42
III. 10.	Reconocimiento de las personas transgéneros	44
III. 11.	Víctimas de la violencia de género y homofóbica	46
IV.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	48
V.	FUENTES	49
	Listado de asuntos	49
	Derecho comunitario	49
	Bibliografía	50
	Otras fuentes	50

I. ANTECEDENTES

El presente Libro Blanco es uno de los resultados del proyecto titulado “Rights on the Move – Rainbow Families in Europe”, que recibió el apoyo de la Comisión Europea en el marco del programa de Derechos Fundamentales y Ciudadanía, cuyo socio principal es la Universidad de Trento, Italia.

El Libro Blanco fue redactado por The Peace Institute (Instituto para la Paz), un instituto de investigación sin ánimo de lucro con sede en la capital de Eslovenia, Ljubljana. Fue realizado con anterioridad en forma de Edición Conferencia de manera que sus contenidos pudieran ser evaluados en la conferencia celebrada en Trento los días 16-17 de octubre de 2014. La versión final del Libro Blanco contiene los resultados de todo el material recolectado durante el proyecto “Rights on the Move” y los comentarios individuales de las partes involucradas. El Libro Blanco cubre situación actualizada al 1 de enero de 2015.

El Libro Blanco se refiere a la posición de las familias arco iris (es decir, las familias en las que personas del mismo sexo desempeñan el papel de padres) en el contexto de la legislación comunitaria sobre la libre circulación entre los Estados miembros de la Unión Europea. El Libro Blanco es un breve análisis de las actuales normas sobre la libertad de circulación (normas *de lege lata*), aplicables o no a las familias arco iris. Expone las deficiencias y obstáculos que enfrentan las familias arco iris cuando tratan de apelar a su derecho a circular libremente (es decir, cuando se deciden a circular y residir en otro Estado miembro de la UE), y ofrece recomendaciones para el desarrollo futuro de esta regulación legal (normas *de lege ferenda*). El Libro Blanco no contiene un análisis exhaustivo de todos los aspectos legales relacionados con la libre circulación de las familias arco iris, análisis que se incluirá en otras partes del proyecto, en particular, en el Manual y en el informe de la investigación comparativa.

El Libro Blanco se divide en cuatro secciones principales: la primera contiene información para contextualizar el Libro Blanco. La segunda introduce el concepto de libertad de circulación de ciudadanos de la UE. La tercera sección se ocupa de las cuestiones jurídicas relacionadas con el reconocimiento de los matrimonios y las uniones entre personas del mismo sexo; divorcio y separación; inmigración (reagrupación familiar) en los casos en que uno o ambos cónyuges no sean ciudadanos de la UE; adopción (tanto el reconocimiento legal de las decisiones relativas a las adopciones como el acceso a la institución de la adopción en los Estados miembros de la UE); los derechos reproductivos; los efectos de las leyes sobre la libertad de circulación LGBT y los derechos de los niños; la seguridad social y las pensiones; los regímenes económicos matrimoniales; herencia; reconocimiento de la intersexualidad; reconocimiento de las personas transgénero y asistencia a las víctimas de violencia de género. La cuarta sección, que es la central del Libro Blanco, contiene las conclusiones y recomendaciones a la Unión Europea, mientras que en la quinta sección se enumeran las fuentes que fueron consultadas durante la redacción del Libro Blanco. Durante la preparación del Libro Blanco, *The Peace Institute* ha beneficiado de la asistencia y contribución recibidas por el coordinador del proyecto, la Universidad de Trento, y por los demás socios del proyecto, Alexander Schuster en particular. Un sincero agradecimiento a Graupner, R. Nelleke Koffeman y David de Groot que han ofrecido amablemente sus comentarios en algunas secciones del libro. Katarina Vučko, asesor jurídico de *The Peace Institute* y Jacob Rierson, interino en *The Peace Institute*, han contribuido con una valiosa ayuda en la actividad de investigación y en la revisión lingüística.

II. INTRODUCCIÓN A LA LIBRE CIRCULACIÓN

La libre circulación de las personas es una de las cuatro libertades fundamentales de la legislación de la UE. Se reconoce a los ciudadanos de la UE y a sus familias, y en cierta medida también a los ciudadanos no comunitarios.

Las normas comunitarias que regulan la libertad de circulación están contenidas en el Artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que establece que “todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y por las disposiciones adoptadas para su aplicación.” Los Artículos 45, 49 y 56 del TFUE establecen normas específicas para los trabajadores, para las actividades no asalariadas y para los prestadores de servicios que son ciudadanos de la UE.

Estas disposiciones generales se desarrollan más detenidamente en la Directiva 2004/38/CE (Directiva Ciudadanos), que define el derecho a la libre circulación³ “como derecho de salida de un Estado miembro en el que se reside, derecho de entrada y residencia en un Estado miembro de acogida, derecho de residencia permanente y derecho a la protección contra la expulsión.” De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 3, estos derechos se aplicarán a cualquier ciudadano de la Unión “que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del estado del que tenga nacionalidad.” Se adoptó la Directiva 2014/54/UE⁴ con el objetivo de facilitar la libre circulación y dar apoyo a los ciudadanos de la UE y a los miembros de sus familias cuando éstos invoquen el derecho a la libertad de circulación; esta directiva, sin embargo, no introduce ningún nuevo derecho individual. La libre circulación de los trabajadores viene así mismo definida en el Reglamento 492/2011/

UE, que, sin embargo, no hace referencia a las familias o miembros de las familias de los trabajadores.⁵

Con arreglo al Artículo 3 de la Directiva Ciudadanos, el mismo derecho debe serle reconocido también a los miembros de las familias de los ciudadanos de la UE. El Artículo 2 de la Directiva entiende por miembro de la familia los siguientes perfiles: a) el cónyuge; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha 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 la legislación aplicable del Estado miembro de acogida; c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b); y d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b). Las parejas estables no están incluidas en la definición de los miembros de la familia, a los cuales se aplican los mismos derechos que a los ciudadanos de la UE. Para las parejas estables, el Artículo 3 (2) de la Directiva establece únicamente que el Estado miembro de acogida «facilitará la entrada.»

La lógica por la que los familiares de los ciudadanos de la UE pueden disfrutar de los mismos derechos de libre circulación que los ciudadanos de la UE se basa en que estos derechos no pueden disfrutarse plenamente si la persona que va a otro Estado miembro no puede ir acompañada de sus queridos - cónyuges,

³ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, Diario oficial de la UE L 158/77.

⁴ Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores, Diario Oficial de la UE L128/8.

⁵ Reglamento 492/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, Diario Oficial de la UE L141/1.

III. CUESTIONES JURÍDICAS

III. 1. Reconocimiento jurídico de relaciones, divorcio y separación

Matrimonios y uniones entre personas del mismo sexo

El reconocimiento jurídico de las uniones implica dos aspectos. En primer lugar, hay situaciones en las que el reconocimiento legal de las relaciones *per se* se realiza a través de certificados de matrimonio o certificados de uniones civiles registradas para poder dar de alta al matrimonio o a la unión registrada en una base de datos del Estado. En estas situaciones, las normas de referencia son las del derecho internacional privado, incluidos los convenios internacionales, las fuentes de la legislación europea¹⁴ y la legislación nacional de cada Estado miembro.

Hay, sin embargo, situaciones en las que no se requiere el reconocimiento del certificado de matrimonio o unión *per se*, sino que es una condición previa para invocar otra ley que depende de esa relación. Estos derechos incluyen la libre circulación de los familiares, es decir, el derecho de entrada y residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la UE en otro Estado miembro de la UE. Esto significa que los cónyuges, parejas registradas o parejas de hecho que desean, juntos, entrar en otro Estado miembro de la UE para residir allí, no están sujetos a un nuevo reconocimiento de su relación a través de un procedimiento aparte antes de registrar la residencia o

solicitar un permiso de residencia; el reconocimiento de la relación generalmente se incluye en el procedimiento administrativo para el registro de la residencia o la expedición de un permiso de residencia. Por tanto, el reconocimiento de la relación es una especie de cuestión previa que el órgano administrativo del Estado miembro de acogida debe resolver antes de registrar una residencia u otorgar una autorización de residencia al cónyuge del mismo sexo o una pareja de hecho registrada. En consecuencia, el reconocimiento jurídico puede ser considerado como un derecho en sí mismo o como una condición previa para invocar otros derechos que dependen del estado civil de un miembro de la familia, es decir, en la práctica, un «cónyuge» o una «pareja registrada».

Como resume Toner, algunos países tienen disposiciones específicas sobre el reconocimiento de las uniones; los países nórdicos se reconocen mutuamente las uniones civiles registradas, mientras que en otros lugares el reconocimiento depende de si el Estado miembro de acogida tiene una ley al respecto o no, lo que significa que las situaciones más difíciles pueden surgir en países sin legislación específica sobre las uniones.¹⁵

14 En particular, Reglamento 2201/2003/CE 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) n. 1347/2000. Diario Oficial de la Unión Europea L 338/1.

15 Toner, Helen: Partnership Rights, Free Movement, and EU Law, Hart Publishing, 2004, p. 45.

CÓNYUGES: La Directiva Ciudadanos, que incluye a los cónyuges entre los miembros de la familia, no aporta elementos que puedan indicar si por cónyuges se entiende también los del mismo sexo. Del mismo modo, la Directiva no especifica si hay una diferencia entre los cónyuges que contrajeron matrimonio dentro o fuera de la UE. Hasta la fecha, se le ha pedido al TJUE que decida sólo si las uniones estables pueden ser incluidas en la definición de matrimonio (véanse los asuntos *Roodhuijzen*,¹⁶ *D. y Sweden c. Consejo*,¹⁷ *Reed*¹⁸ y *Grant*)¹⁹ pero no si el matrimonio contraído en un Estado miembro, entre personas del mismo sexo, debe ser reconocido en otro.²⁰ Esta es la tarea que el TJUE debe llevar a cabo, a menos que la Directiva Ciudadanos sea enmendada para aclarar el asunto. Los argumentos a favor de esta interpretación han sido desarrollados ampliamente por Rijpma y Koffeman, quienes afirmaron:

Si el TJ interpretase el término «cónyuge» en virtud de la Directiva Ciudadanos en sí, a fin de incluir sólo a las parejas del mismo sexo opuesto, las parejas del mismo sexo casadas se verían privadas del reconocimiento de su estado civil en virtud de la legislación comunitaria. Solicitar el reconocimiento sólo cuando lo solicite el Estado miembro de acogida, o evaluando caso por caso, correría el riesgo de dejar a muchas parejas sin reconocimiento.²¹

UNIONES REGISTRADAS: De acuerdo con la Directiva Ciudadanos, se deben aclarar una serie de cuestiones relacionadas con estos casos: en primer lugar, si el Estado miembro de acogida contempla la posibilidad de contraer una unión civil registrada, y, en segundo lugar, si de ser así, la unión civil registrada es equivalente o no al matrimonio. El significado de la expresión «equivalente al matrimonio» no resulta claro: aún no se ha establecido si la unión civil registrada abarca todos los derechos reconocidos a las parejas casadas o si algunos derechos se pueden dejar fuera de la norma jurídica

ca, aunque se mantenga el estado de la equivalencia al matrimonio. La cuestión sigue estando supeditada a la interpretación de los tribunales nacionales, lo que significa que sería necesario que el caso fuese llevado ante los tribunales. Un ejemplo de un problema que los tribunales deberían tratar es si una pareja de un Estado miembro con una débil legislación sobre las uniones civiles que se desplaza a otro Estado miembro en el que la legislación sobre las uniones civiles es más fuerte, mantendría sus derechos más fuertes después de haber regresado de nuevo al Estado miembro de las leyes más débiles. O del mismo modo, si una pareja que ha registrado su unión en un país con una fuerte legislación en materia de uniones y se ha trasladado posteriormente a un país con leyes más débiles podría ver degradada su unión. Aun así, la Directiva Ciudadanos no hace ninguna referencia a las uniones registradas fuera de la UE, ni al hecho de que deban ser tratadas de manera diferente a las uniones contraídas en la Unión.

Otro aspecto que no está claro es si un Estado miembro que no contempla el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero en cambio prevé uniones civiles registradas equivalentes al matrimonio, tiene la obligación de tratar a los cónyuges del mismo sexo como parejas registradas. Si no es así, la pareja registrada entraría dentro de la definición de pareja estable, debidamente probada. En este caso, sin embargo, sólo existe el deber impuesto a los Estados miembros para «facilitar» la entrada y no para garantizarla. Esto plantea otro problema, ya que no está claro lo que significa «facilitar», aunque está claro que no impone obligaciones estrictas a los Estados miembros. Estos deberes se refieren únicamente a la obligación de examinar cuidadosamente las circunstancias personales de las parejas (por ej. la duración de la relación, la dependencia financiera o física, los hijos, la existencia de una cuenta corriente conjunta, etc.) y justificar cualquier negativa a la entrada y residencia.²² En otras palabras, una política generalizada de denegación de entrada o residencia a las parejas estables del mismo sexo violaría la Directiva. En cuanto a la expresión «debidamente probada», los matrimonios y uniones registradas formalmente cumplen plenamente con este criterio. Dado que en muchos Estados miembros el matrimonio y/o la unión registrada, siguen siendo inaccesibles para parejas del mismo sexo, a las cuales se les deja sólo la opción de vivir juntos, este debate es de particular relevancia para ellos.

16 TEJ, *Comisión c. Anton Pieter Roodhuijzen*, Asunto C-T-58/08.

17 TJE, *D y Reino de Suecia c. Consejo de la Unión Europea*, Asunto C-122/99 P y C-125/99 P.

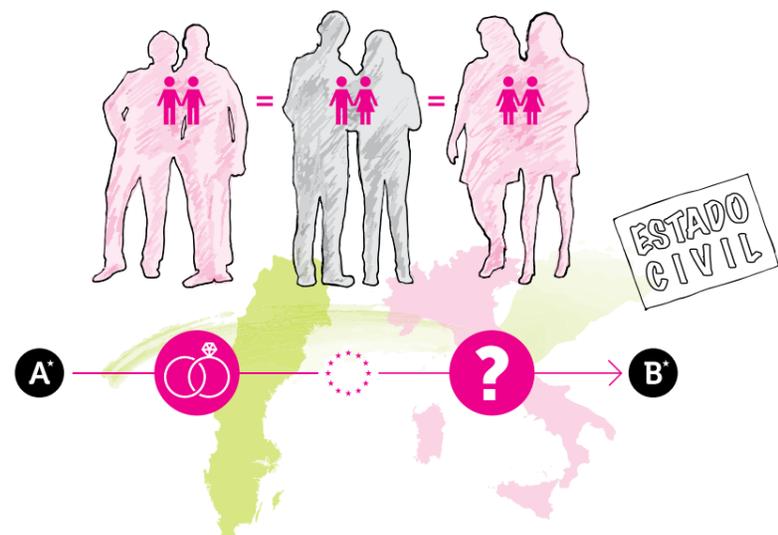
18 TJE, *Estado neerlandés c. Ann Florence Reed*, Asunto C-59/85.

19 TJE, *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd*, Asunto C-249/96.

20 Rijpma y Koffeman, *Free Movement Rights for Same-Sex Couples Under EU Law: What Role to Play for the CJEU?*, en: Gallo D. et al. (eds), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer-Verlag 2014, p. 470.

21 Rijpma y Koffeman, p. 475.

22 *Ibid.*, p. 474.



Dado que esta disposición sobre el deber de facilitar la entrada ya ha sido criticada por su falta de claridad (véase el asunto *Rahman*),²³ es evidente la necesidad de una mayor comprensibilidad. Rijpma y Koffeman también destacan que en el asunto *Comisión c. Alemania*²⁴ el Tribunal reconoció que «la posibilidad de que un ciudadano de la Unión se reagrupe con su pareja, independientemente de la situación jurídica de su relación, es fundamental para la libre circulación de las personas.»²⁵ Si el reconocimiento depende exclusivamente del Estado miembro de acogida, la libertad de movimiento de las familias arco iris se limitaría en gran medida.²⁶

El reconocimiento de las relaciones no sólo es necesario para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de libre circulación, independientemente del sexo de las parejas, sino también para garantizar el respeto del derecho a la vida familiar con arreglo al Artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) (el hecho de que las parejas homosexuales disfruten de la protección garantizada por esta disposición fue confirmado por el asunto *Schalk y Kopf c. Austria*²⁷ ante la CEDEH y confirmado también por el asunto *Vallianatos y otros c. Grecia*),²⁸ y para garantizar el respeto de la

prohibición de la discriminación basada en la orientación sexual definida por el Artículo 21 (1) de la Carta de los Derechos Fundamentales.

El reconocimiento de la relación entre personas del mismo sexo sería también perfectamente en línea con el principio de reconocimiento mutuo en la UE. Tryfonidou argumenta que, si bien los Estados miembros tienen libertad para negar el reconocimiento legal de las uniones homosexuales en una situación interna, no tienen la misma libertad hacia las uniones homosexuales de los ciudadanos de la UE migrantes, ya que esto podría conllevar una violación del derecho de la UE.²⁹

El reconocimiento de una relación (es decir, el hecho de ser reconocido como un cónyuge, pareja registrada o como pareja de hecho debidamente probado) está unido al reconocimiento del estado civil de una persona, aunque este último punto está estrechamente vinculado al reconocimiento de los documentos acreditativos del estado civil. El hecho de que el reconocimiento del estado civil sea crucial para el ejercicio efectivo de los derechos de libre circulación ya ha sido confirmado por el TJUE (véase el asunto *Dafeki*).³⁰ Asimismo, si bien la negativa a reconocer sin ninguna duda el nombre y apellido de una persona, limita los derechos de libre circulación según lo

23 TJUE, *Secretary of State for the Home Department c. Rahman*, C-83/11. La definición se critica en la literatura. Véase Toner, Helen: Partnership Rights, Free Movement, and EU Law, Hart Publishing, 2004, p. 51.

24 TJUE, Comisión c. Alemania, Asunto C-249/86.

25 Rijpma y Koffeman, p. 476.

26 Rijpma y Koffeman, p. 478.

27 Tribunal EDH, *Schalk y Kopf c. Austria*. Demanda n. 30141/04.

28 Tribunal EDH *Vallianatos y otros c. Grecia*. Demanda n. 29381/09 y 32684/09.

29 Tryfonidou, Alina: EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: The Case for Mutual Recognition, ponencia presentada en la conferencia Rights on the Move, 16-17 de octubre de 2014, p. 5.

30 TJUE, *Eftalia Dafeki c. Landesversicherungsanstalt Württemberg*, C-336/94.

confirmado en los asuntos *García-Avello y Grunkin-Paul*,³¹ la negativa a reconocer las relaciones entre personas del mismo sexo es aún más desproporcionada.³²

Dado que, en general, el reconocimiento de los estados civiles de la UE ya ha sido identificado como un tema importante, la Comisión Europea ha abordado esta cuestión mediante la publicación, en 2010, de un Libro Verde titulado “Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil.”³³ El Libro Verde define los certificados de estado civil como “los escritos elaborados por una autoridad con el fin de dejar constancia de los hechos de la vida de cada ciudadano, como el nacimiento, la filiación, la adopción, el matrimonio, el reconocimiento de la paternidad, la defunción de una persona o igualmente la atribución o el cambio de apellido a raíz de un matrimonio, un divorcio, una unión registrada, un reconocimiento, un cambio de sexo, una adopción, por ejemplo.”³⁴ En el Libro Verde la Comisión ha establecido que “la situación jurídica que haya adquirido en el primer Estado miembro [...] no debería cuestionarse por las autoridades del segundo Estado miembro, en la medida en que dicho cuestionamiento constituiría un obstáculo y una fuente de dificultades objetivas al ejercicio de los derechos del ciudadano.”³⁵

En el Libro Verde, la Comisión también reconoció las dificultades que enfrentan los ciudadanos de la Unión a la hora de invocar sus derechos o en el cumplimiento de sus obligaciones en base a los documentos públicos, que a menudo no son aceptados por las autoridades del Estado miembro de acogida sin «formalidades administrativas gravosas» para los ciudadanos.³⁶

La Comisión también encontró que los ciudadanos se enfrentan a preguntas muy específicas, cuyas respuestas resultan a menudo inciertas. Esto es particularmente cierto para las parejas del mismo sexo y las familias arco iris. Debido a la amplia variedad de normas en los distintos Estados miembros, la incertidumbre es aún mayor en relación con el reconocimiento como miembro de la familia, de acuerdo con la Directiva Ciudadanos de un

cónyuge del mismo sexo, una pareja registrada o una pareja de hecho. La Comisión señaló que “ha llegado el momento de considerar la supresión de la legalización y la apostilla para el conjunto de documentos públicos con objeto de garantizar su libre circulación en la Unión.”³⁷ La Comisión ha propuesto tres posibles soluciones: 1) la cooperación administrativa, 2) el reconocimiento de pleno derecho del estado civil o 3) una armonización de las normas de conflicto.

Las reacciones de los Estados Miembros indican que la segunda opción (reconocimiento de pleno derecho) es poco realista por razones políticas, mientras que la tercera solución no ha sido acogida con gran entusiasmo.³⁸ El Parlamento Europeo ha declarado que estaría dispuesto a apoyar las acciones encaminadas a la aplicación del reconocimiento mutuo.³⁹ Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, como ya se ha mencionado, cualquier medida en el ámbito del derecho de familia ha de ser aprobada por unanimidad por el Consejo, y que en estos procedimientos legislativos el Parlamento sólo tiene un papel consultivo.

Parece que, en cualquier caso, los avances en este ámbito serán lentos y se realizarán paso a paso. Probablemente se va a perseguir la simplificación de los procedimientos en ciertas áreas de reconocimiento de documentos, principalmente en el área de la economía y el comercio. Un ejemplo es la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se facilita la libertad de circulación de los ciudadanos y de las empresas, simplificando la aceptación de determinados documentos públicos en la Unión Europea, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 (COM / 2013/228). La propuesta señala explícitamente que sólo se refiere al reconocimiento del documento, pero no al contenido del que puedan derivar los derechos jurídicos.

Parece que, si el reconocimiento mutuo en general es visto como un problema para los Estados miembros, se puede esperar que sea aún más problemático cuando se trate de matrimonios o uniones entre personas del mismo sexo, a causa de la persistente negativa de algunos Estados a reconocer jurídicamente las relaciones entre personas del mismo sexo.

31 TJE, *Carlos García Avello c. État Belge*, Asunto C-148/02.; TJE, *Grunkin-Paul gegen Standesamt Niebüll*, Asunto C-353/06.

32 Rijpma y Koffeman, p. 483.

33 Libro Verde titulado “Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil (COM(2010)747), disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0747:FIN:ES:PDF>.

34 *Ibid.*, p. 11.

35 *Ibid.*, pár. 4.1.

36 *Ibid.*, p. 3.

37 *Ibid.*, pár. 3.3.

38 http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/110510_en.htm. Véase también Rijpma y Koffeman, p. 488.

39 Véase Resolución del Parlamento Europeo sobre los aspectos relativos al Derecho civil, mercantil, de familia e internacional privado del plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo, del 23 de noviembre de 2010, P7_TA(2010)0426. Véase también Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (DO 2022 C 248, p. 113) y Comité de las Regiones, DO 2012 C54, p. 23.

Estados miembros de la UE: reconocimiento legal de estatus civil a personas del mismo sexo



El matrimonio

- Bélgica
- Dinamarca
- Francia
- Luxemburgo
- Países Bajos
- Portugal
- España
- Suecia
- Reino Unido (Inglaterra, Gales, Escocia)



Uniones registradas

- Austria
- Croacia
- República Checa
- Finlandia*
- Alemania
- Hungría
- Irlanda
- Malta
- Eslovenia

* En Finlandia, el matrimonio se introdujo con la nueva ley que entrará en vigor el 1 de marzo 2017.

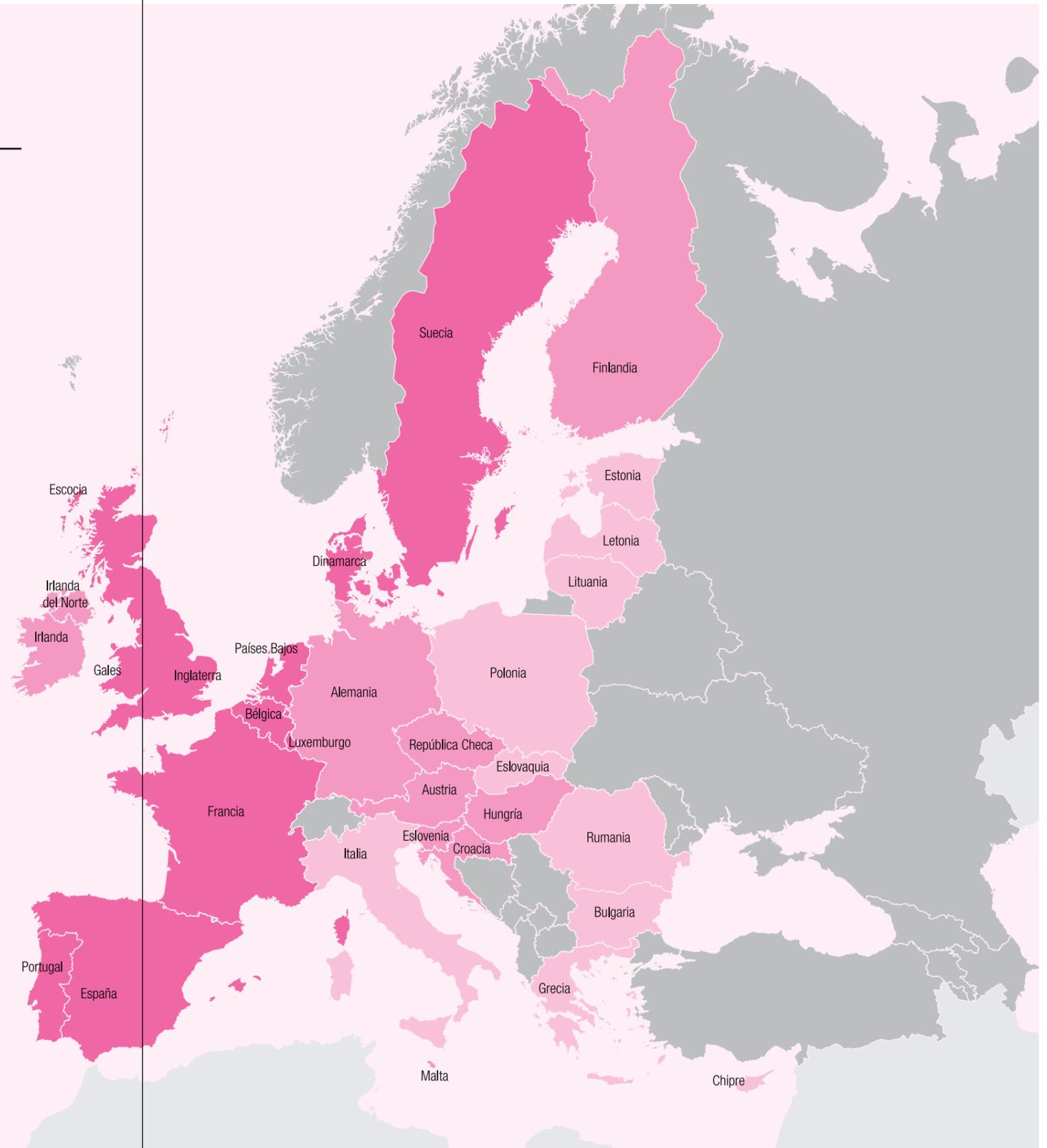


Ni matrimonio ni uniones registradas

- Bulgaria
- Chipre
- Estonia**
- Grecia
- Italia
- Letonia
- Lituania
- Polonia
- Rumania
- Eslovaquia

** En Estonia, las parejas registradas fueron introducidas con una ley que entrará en vigor el 1 de enero 2016.

Fuente: ILGA Europe con actualizaciones del Proyecto ROTM a fecha de 1 de enero de 2015.



Divorcio y separación

El reconocimiento en un Estado miembro de documentos acreditativos de divorcio o separación expedidos en otro Estado miembro de la UE es el objeto del Reglamento (CE) n. 2201/2003 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) n. 1347/2000.⁴⁰ El Artículo 21 (1) del Reglamento establece que “las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno.” A esta disposición general sigue una disposición específica sobre el divorcio, la separación de los cónyuges y la nulidad del matrimonio. De conformidad con el Artículo 21 (2) “no se requerirá ningún procedimiento especial para la actualización de los datos del registro civil de un Estado miembro sobre la base de las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial dictadas en otro Estado miembro y que ya no admitan recurso con arreglo a la legislación de este último.”

La cuestión planteada en este sentido es si estas disposiciones son también aplicables al divorcio, la separación judicial y la nulidad de los matrimonios o uniones entre personas del mismo sexo. En otras palabras, no está claro si el divorcio y la anulación del «matrimonio» incluyen tanto los matrimonios entre personas del sexo opuesto como aquellos entre personas del mismo sexo, y si la «separación» se aplica también a la disolución de las uniones entre personas del mismo sexo. La Directiva no hace referencia a las parejas del mismo sexo.

En cualquier caso, la interpretación de la Directiva parece ser restrictiva, dado que el considerando 10 del Reglamento establece que el reglamento no se aplica «a las demás cuestiones ligadas al estado de las personas.»

Problemas similares se plantean en relación con las fuentes del Derecho comunitario que establecen las bases para una mayor cooperación en cuestiones relativas al divorcio y la separación, en particular la Decisión (2010/405/UE), del Consejo, de 12 de julio de 2010, por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal⁴¹ y el Reglamento (UE) N.1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

Uno de los objetivos fijados por el Reglamento 1259/2010 es “garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad.”⁴² Este principio debería ser válido no sólo para los cónyuges de distinto sexo, sino también para los cónyuges y parejas de hecho del mismo sexo. El argumento en apoyo de esta aplicabilidad (aunque no se expresa explícitamente) está presente en el considerando 30 del Reglamento, que se refiere específicamente a la prohibición de la discriminación por razones, entre otras cosas, de orientación sexual, respetando y observando los principios del Artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

40 Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo 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) n. 1347/2000, Diario Oficial de la Unión Europea L 338/1.

41 La decisión es la consecuencia de la imposibilidad de alcanzar la unanimidad requerida para modificar el Reglamento 2201/2003, que se hizo evidente durante la tramitación de las enmiendas. Véase Propuesta de Reglamento del Consejo, de 17 de julio de 2006, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 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 - no publicada en el Diario Oficial]. La propuesta sigue el Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio de 14 de marzo 2005.

42 Considerando 9.

RECOMENDACIONES:

- ➔ **Cumplir con el compromiso de la Comisión Europea en relación con la preparación de una legislación sobre el reconocimiento mutuo de documentos públicos relacionados con el estado civil.**
- ➔ **Asegurarse de que los documentos relativos a la inscripción de los matrimonios y las uniones entre parejas del mismo sexo se incluyan en esta legislación, y que, en particular, se aborden las necesidades especiales de los cónyuges y parejas del mismo sexo.**
- ➔ **Definir el término «cónyuge» en la Directiva Ciudadanos para incluir a las parejas del mismo sexo casadas. Estas enmiendas podrían prevenir la degradación del estado civil de las parejas casadas al de parejas registradas (en caso de que el Estado miembro de acogida contemple uniones registradas). Se debe evitar la degradación de estado civil de matrimonio a unión registrada como consecuencia del ejercicio del derecho a la libre circulación de los ciudadanos.**
- ➔ **Introducir incondicionalmente parejas del mismo sexo, registradas y no registradas (de hecho), en la lista de los miembros de la familia de ciudadanos de la UE.**
- ➔ **Cualquier modificación de la Directiva Ciudadanos debe tomar como punto de partida el principio del Estado miembro de origen⁴³ (en oposición al principio del Estado miembro de acogida), es decir que si el Estado miembro de origen permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, en línea con el principio de reconocimiento mutuo, el Estado miembro de acogida debe reconocer las parejas casadas como cónyuges incluso si no prevé el matrimonio entre personas del mismo sexo. Estas enmiendas tienen por objeto facilitar la libre circulación, garantizando la seguridad jurídica y el respeto a la no discriminación por razón de sexo y orientación sexual. Además, la regulación de este ámbito permitiría a las partes interesadas evitar litigios innecesarios. Del mismo modo, la enmienda debe dejar claro que el principio del Estado miembro de origen no se aplicaría en los casos en que las parejas del mismo sexo registradas se trasladaran de un área con leyes sobre uniones civiles débiles a una con leyes sobre uniones civiles más fuertes ya que esto, sería negar a la pareja la plena protección que ofrecen las leyes del Estado miembro de acogida. En esta circunstancia, la pareja se beneficiaría de la plena protección garantizada por la legislación sobre las uniones más fuertes. En este caso, los Estados miembros podrían elegir libremente que la salvaguardia de la legislación más fuerte del Estado de acogida pudiese acompañar a la pareja en el caso en el que ésta decidiese volver al Estado miembro de origen con una legislación en materia de uniones más débiles. Definir explícitamente si el Reglamento 2201/2003 es aplicable al divorcio y a la anulación de los matrimonios entre personas del mismo sexo y si la separación legal es aplicable a las uniones registradas entre parejas del mismo sexo.**

43 En el contexto de este Libro Blanco, el “principio del Estado miembro de origen” indica el Estado miembro en el que las parejas han contraído un matrimonio o una unión registrada, aunque no necesariamente es el estado de la nacionalidad de las parejas. Por consiguiente, este Estado miembro es el “origen” de su estado civil.

III. 2. Inmigración

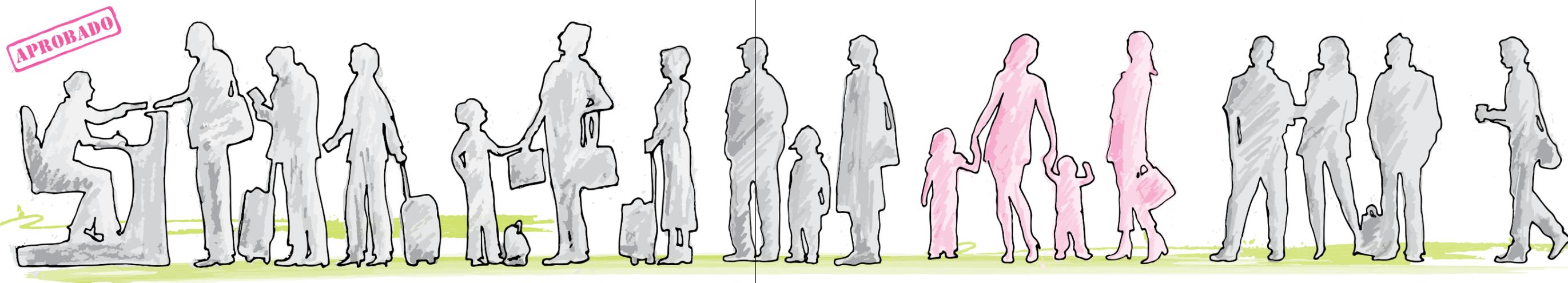
Los nacionales de terceros países no gozan, de igual manera, de los derechos de libre circulación de los ciudadanos de la UE. Además, si desean viajar a uno de los Estados miembros de la UE, la ley dispone el recurso a una de las opciones previstas por la inmigración legal.⁴⁴

Entre ellas, existe la oportunidad de ser reconocido como un miembro de la familia de un ciudadano de la Unión. Las parejas del mismo sexo que deseen este reconocimiento, deben someterse a unos procedimientos para el reconocimiento de su estado civil similares a los de los ciudadanos de la UE que ejerzan su derecho a la libre circulación. Dado que muchos terceros países reconocen las uniones entre personas del mismo sexo, en la forma de matrimonio o unión registrada, el problema está en determinar si un cónyuge, pareja registrada o no del mismo sexo, nacional de un tercer país, es reconocido como un familiar de un nacional de un tercer país,

de conformidad con el Derecho comunitario. Esto es particularmente importante porque, a diferencia de los ciudadanos de la Unión, los ciudadanos de terceros países no gozan de derechos de libre circulación independiente.

Los miembros de la familia que tienen el derecho de reunirse con un nacional de un tercer país (en lo sucesivo: reagrupante) en un Estado miembro de la Unión se enumeran en la Directiva sobre Reagrupación familiar, Artículo 4.⁴⁵ El artículo en cuestión establece que los Estados miembros autorizarán la entrada y la residencia del cónyuge del reagrupante.

Aquí se plantean los mismos problemas que en el caso de la libre circulación de ciudadanos de la UE. La pregunta clave que no se ha aclarado es si el término «cónyuge» incluye a los cónyuges del mismo sexo. La Directiva no ofrece una respuesta clara y, todavía, no existe jurisprudencia sobre el tema.



⁴⁴ En términos generales, las condiciones para la inmigración hacia la Unión Europea se determinan en la Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, Diario Oficial de la UE L 16/44, y en la Directiva 2009/50/CE del Consejo de 25 de mayo de 2009 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, Diario Oficial de la UE L 155/17.

⁴⁵ Directiva del Consejo 2003/86/CE de 22 de septiembre 2003 sobre el derecho de reagrupación familiar, Diario Oficial de la UE L 251/12.

En cuanto a las parejas registradas, la Directiva no obliga a los Estados miembros a la misma obligación de autorización de entrada. En virtud del Artículo 4(3) de la Directiva, los Estados miembros podrán autorizar la entrada de parejas registradas y de hecho que mantengan con el reagrupante una relación estable debidamente probada.

Si autorizan la reagrupación familiar de las parejas, los Estados miembros tendrán en cuenta, con el fin de probar la existencia de vínculos familiares, elementos tales como hijos comunes, la cohabitación previa, el registro de la pareja y cualquier otro medio de prueba fiable (como se indica en el Artículo 5 (2) de la Directiva). La Directiva también establece que los Estados miembros podrán decidir que las parejas registradas reciban el mismo trato que los cónyuges respecto a la reagrupación familiar (Artículo 4 (3)).

La principal diferencia entre estas disposiciones y las de la Directiva Ciudadanos es que los Estados miembros tienen el poder discrecional para permitir la entrada y residencia de las parejas registradas. Si el Estado miembro decide autorizar la entrada, las disposiciones plantean otros problemas, similares a los observados en el contexto de la libertad de circulación, sobre todo si la relación entre las parejas registradas sufre una degradación; por el contrario, ésta se fortalece si las parejas se mueven de un Estado miembro con una legislación sobre las uniones más débil a uno con una legislación más fuerte. Del mismo modo, la cuestión

sigue abierta sobre el tipo de trato concedido a las parejas de hecho, a las cuales se ha permitido entrar y residir, en comparación con las parejas registradas.

La lectura de las disposiciones de la Directiva también muestra que no existe el deber de facilitar la entrada de parejas de hecho,⁴⁶ mientras que este deber se estipula en la Directiva Ciudadanos. En este aspecto, Rijpma y Koffeman observan que:

parece difícil conciliar los derechos menores de los ciudadanos de terceros países con el compromiso de la UE a favorecer una política "justa" para los ciudadanos de terceros países que residan legalmente en el territorio de sus Estados miembros, cuyo objetivo debe ser garantizar sus derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión.⁴⁷

Otra cuestión que se plantea respecto a los estados civiles de terceros países concierne el segundo reconocimiento, es decir: ¿El reconocimiento de un matrimonio o una unión registrada que tuvo lugar en un Estado miembro de la UE significa el reconocimiento automático en cualquier otro Estado miembro de la UE? La cuestión sigue siendo poco clara ya que el Derecho comunitario no se ocupa del tema.

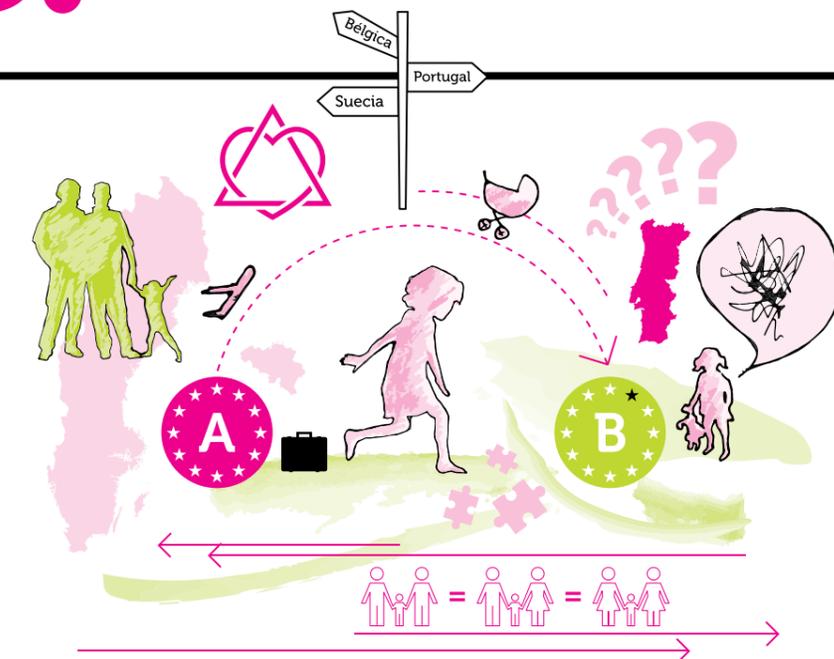
⁴⁶ La necesidad de garantizar el derecho a la reagrupación familiar de parejas de hecho del mismo sexo se discute en profundidad en Toner, Helen: Partnership Rights, Free Movement, and EU Law, Hart Publishing, 2004.

⁴⁷ Rijpma y Koffeman, p. 486.

RECOMENDACIONES:

- ➔ Continuar con los esfuerzos de la Comisión en relación a la preparación de una legislación sobre el reconocimiento mutuo de documentos públicos del estado civil.
- ➔ Asegurarse de que los documentos sobre el matrimonio y el registro de los matrimonios entre parejas del mismo sexo se incluyan en esta legislación, y que, en particular, se aborden las necesidades especiales de los cónyuges y parejas del mismo sexo.
- ➔ Definir el término «cónyuge» en la Directiva relativa a la Reagrupación Familiar incluyendo parejas de personas del mismo sexo casadas.
- ➔ Introducir incondicionalmente parejas del mismo sexo, registradas y no registradas (de hecho), en la lista de los miembros de la familia de nacionales de terceros países (reagrupante) y garantizar el respeto de su derecho a la unidad familiar.
- ➔ Asegurarse de que el principio del Estado de origen se respete en relación con los nacionales de terceros países que sean parejas registradas y parejas de hecho que mantengan una relación estable debidamente probada con el reagrupante. En otras palabras, si la pareja del mismo sexo se casó, pero el Estado miembro establece sólo uniones registradas, su estado civil no debe ser degradado al de una unión registrada. Del mismo modo, si el Estado miembro no prevé uniones registradas o el matrimonio, no deben ser consideradas estas parejas como no vinculadas a ninguna forma de relación legalmente reconocida.
- ➔ Para el segundo reconocimiento de los estados civiles de nacionales de terceros países, se podría utilizar un Impreso Estándar Multilingüe de la Unión (Anexos III y IV de la Propuesta COM 2013/228) para que sea más fácil el reconocimiento en otro Estado miembro. Con el uso del impreso, el Estado miembro que no prevea el matrimonio, sino sólo las uniones registradas, no estaría obligado a reconocer los derechos relacionados con el matrimonio, sino sólo los relacionados con la unión registrada. Aunque se trata en todo caso de una degradación, el procedimiento sería más ágil para el segundo reconocimiento en el caso de que la pareja decidiera trasladarse a otro Estado miembro.

III. 3. Adopción



En materia de adopción, los temas de especial relevancia son dos. El primero es el reconocimiento jurídico, en un Estado miembro, de las decisiones sobre la adopción establecidas por los tribunales de otro Estado miembro; el segundo se refiere al acceso a un procedimiento de adopción en un Estado miembro de parejas que sean nacionales de otro Estado miembro.

El acceso a los procedimientos de adopción depende de la legislación nacional de cada Estado miembro. Dado que la adopción entra en el ámbito del Derecho de familia, la competencia es exclusiva del Estado miembro. Hasta la fecha, la UE aún no ha adoptado medidas para regular las situaciones transnacionales y, para que pueda hacerlo, se requiere la unanimidad. Por lo tanto, el acceso a la adopción queda fuera de la competencia de la Unión. Asimismo, no hay fuentes específicas del Derecho comunitario que dicten orientaciones exclusivas sobre el reconocimiento de las decisiones en materia de adopción.

A nivel internacional, la adopción está regulada por el Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado). El Artículo 7, relativo a las condiciones de la adopción, permite a los Estados miembros ampliar

el alcance del convenio a las parejas del mismo sexo que hayan contraído matrimonio, hayan sido registradas como parejas de hecho o que vivan juntas en el marco de una relación estable. La disposición refleja la realidad de algunos Estados que ya ofrecen este tipo de oportunidades. Con respecto a las posibilidades de una nueva adopción por parte de parejas de hecho es evidente que debe permitirse en los Estados miembros del Consejo de Europa que prevean una nueva adopción por parte de parejas de sexo opuesto no casadas. Este principio ha sido confirmado por el Tribunal de Derechos Humanos en *X y otros c. Austria*.⁴⁸ La adopción internacional, que puede incluir a los Estados miembros de la UE o no, está regulada por el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (Convenio de la Haya sobre la adopción). El Convenio ha sido ratificado por todos los Estados miembros de la UE y, por lo tanto se aplica en los casos pertinentes para este Libro Blanco, por ejemplo, en el caso en el que la adopción de un niño haya sido realizada en común o consecutivamente por parejas del mismo sexo (casadas, registradas o de hecho) que no sean ciudadanos del Estado miembro de la UE en el que se haya adoptado.

48 TEDH, *X y otros c. Austria*, Demanda n. 19010/07.

En otras palabras, el reconocimiento de estas decisiones sobre la adopción se rige por el derecho internacional, no por el Derecho comunitario. Sin embargo, estos casos son de competencia de la UE cuando los padres adoptivos están ejerciendo su derecho a la libre circulación. El Convenio se aplica a las adopciones por parte de parejas del mismo sexo, tal como se formula en el Informe Explicativo.⁴⁹ Por otra parte, en virtud del Artículo 24 del Convenio, solo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño.⁵⁰ Aunque el principio debe interpretarse en sentido estricto,⁵¹ el texto general de la disposición deja lugar a posibles interpretaciones restrictivas que podrían obstaculizar el reconocimiento de las resoluciones en materia de adopción dictadas a los padres adoptivos del mismo sexo. El mismo problema se plantea en los casos de nueva adopción, cuando ésta se lleva a cabo en un Estado miembro, mientras que el lugar de residencia de la familia está en otro Estado miembro. El no reconocimiento de una decisión en materia de adopción puede tener un impacto negativo en la determinación del estado y la ciudadanía del niño,⁵² con efectos también sobre la ciudadanía UE del niño.

CASO REAL

Dos hombres, uno de nacionalidad portuguesa y un ciudadano sueco, han adoptado a una niña nacida en los EE.UU. La familia vive en Bélgica. Ambos son reconocidos en su totalidad como padres de la niña en Suecia y Bélgica mientras que Portugal no reconoce su adopción. A menudo van de vacaciones a Portugal, donde la condición de su hija no está clara. (Pregunta de NELFA al Comisario Europeo Viviane Reding, 24 de Septiembre de 2013)

Al igual que con el reconocimiento de las relaciones, el reconocimiento de las decisiones en materia de adopción puede suceder de dos maneras: la primera es el reconocimiento de una decisión *per se* a los efectos de los documentos acreditativos del estado civil, la segunda es el reconocimiento de una decisión

sobre la adopción con el fin de ejercer un derecho que depende de la existencia de derechos parentales.

El último caso es muy relevante para las familias arco iris con niños adoptados que ejercen sus derechos de libre circulación. En particular, de acuerdo con la Directiva Ciudadanos, los familiares de los ciudadanos de la UE que están autorizados a entrar y residir en otro Estado miembro incluyen a “los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja.”⁵³

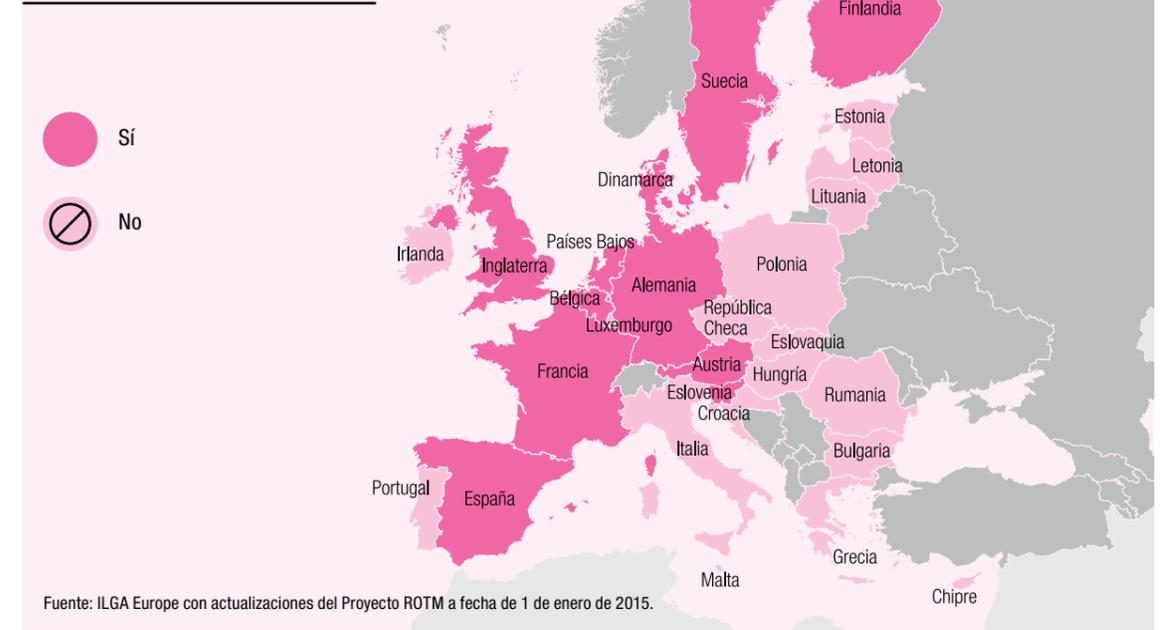
Aunque la Directiva no se expresa explícitamente, los descendientes incluyen a niños adoptados que, según el Artículo 11 del Convenio de La Haya sobre la adopción, tienen los mismos derechos y deberes que los hijos biológicos de los ciudadanos de la UE. Teniendo en cuenta los intereses del niño y la prohibición de la discriminación basada en la orientación sexual, los niños adoptados deben ser considerados miembros de la familia, en base al reconocimiento de las decisiones en materia de adopción. El problema se plantearía únicamente si el estado civil del niño adoptado no fuera debidamente inscrito en el registro del Estado. Si en cambio fuese así, no sería necesario el reconocimiento de una decisión sobre la adopción, visto que el certificado de nacimiento exhibido por los padres adoptivos del niño no revelaría la condición del niño adoptivo. En estos casos no sería necesario el reconocimiento para los efectos de la expedición de un permiso de residencia basado en la libertad de circulación de la familia arco iris.

RECOMENDACIONES:

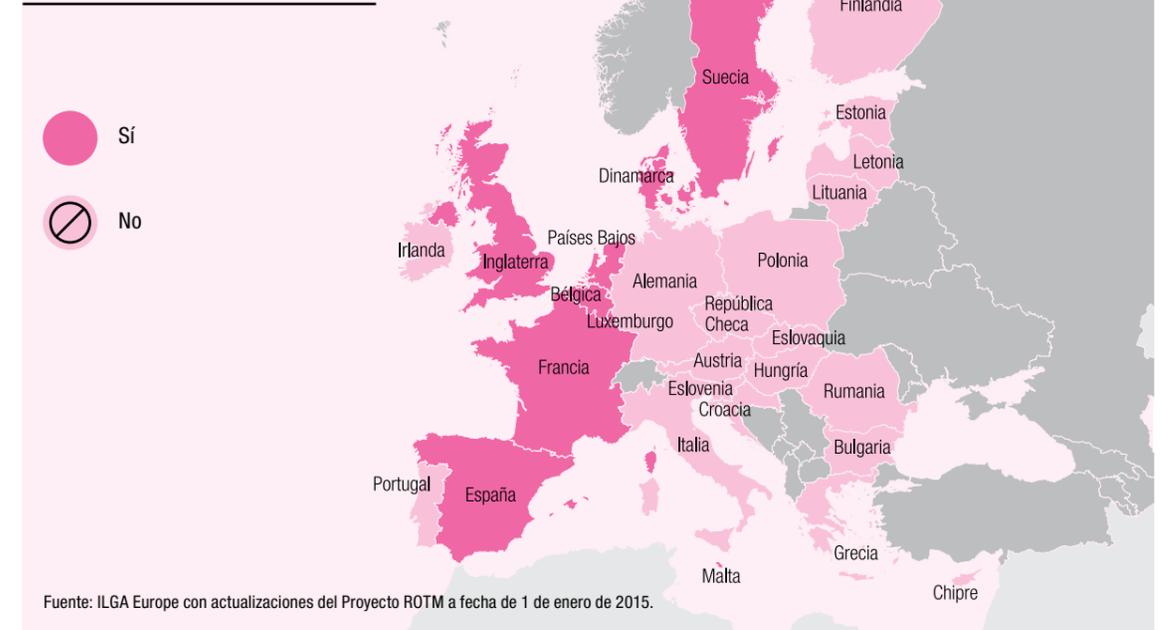
- ➔ Continuar con los esfuerzos de la Comisión en relación con la preparación de una legislación sobre el reconocimiento mutuo de documentos públicos del estado civil.
- ➔ Asegurarse de que los documentos relativos a los vínculos parentales obtenidos a través de la adopción por parte de parejas del mismo sexo se incluyan en esta legislación y que se aborden las necesidades especiales de los cónyuges y parejas del mismo sexo.

49 Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, Parra-Aranguren G. (1994) Informe Explicativo relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, párr. 82.
 50 Artículo 24 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.
 51 Saura, Nuria, The Multilevel legal Framework on the Best Interests of the Child in Relation to LGBT Families, documento de trabajo, proyecto Rights on the Move, p. 33.
 52 Ibid., p. 34.
 53 Artículo 2(2) (a-d) de la Directiva Ciudadanos.

Nueva adopción



Adopción conjunta



CASO REAL

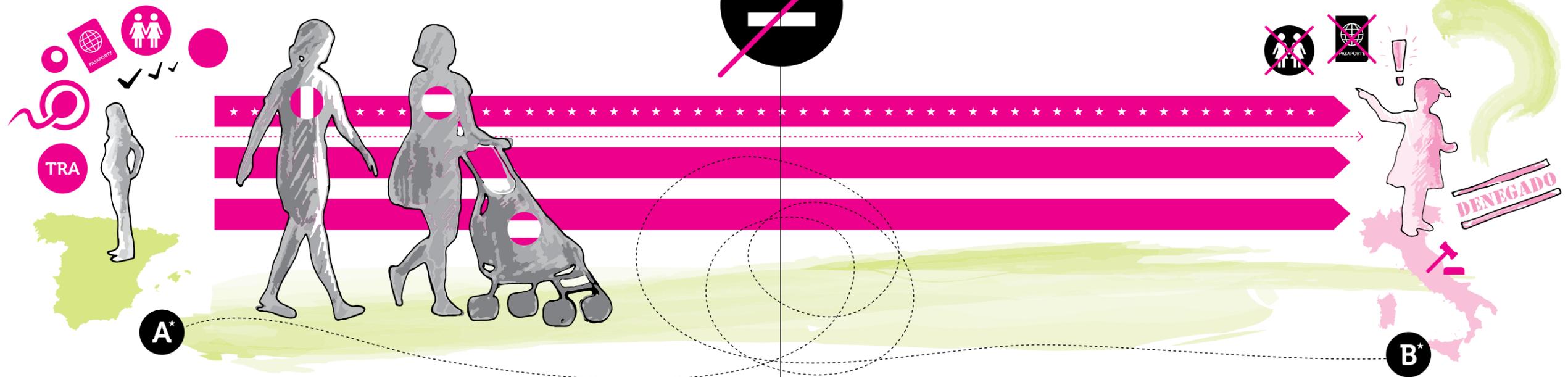
Dos mujeres, una de nacionalidad española y una ciudadana italiana, viven con su hija en España. La niña fue concebida a través de las técnicas de reproducción asistida (TRA). La ciudadana italiana ha proporcionado el óvulo y la ciudadana española ha llevado a cabo el embarazo que terminó con el nacimiento de una niña en 2011. La oficina de registro de Turín, de conformidad con el dictamen de la Procuraduría General de Italia, negó a la niña la nacionalidad italiana que la pareja había solicitado, señalando que las técnicas de PMA deberían estar disponibles sólo para parejas heterosexuales, que sólo la mujer que dio a luz a la niña puede considerarse la madre y que tener dos madres va en contra el orden público italiano. Su hija, a pesar de haber sido concebida con el óvulo de una ciudadana italiana, no puede obtener la ciudadanía italiana y un pasaporte italiano. (Pregunta de NELFA al Comisario Europeo Viviane Reding, 24 de Septiembre de 2013).

Pueden ocurrir problemas similares en el caso en el que sea necesario emitir un pasaporte de un Estado miembro de la UE a un niño nacido por subrogación materna en otro Estado miembro⁶². Como argumenta Koffeman,

“la negativa de un Estado miembro a reconocer un certificado de nacimiento expedido en otro Estado miembro puede resultar problemática en el ámbito de la legislación comunitaria. Si los progenitores comitentes son ciudadanos de la UE pueden reivindicar sus derechos de libre circulación e invocar los derechos de la ciudadanía del niño [...]. La falta de reconocimiento de la partida de nacimiento se puede considerar a todos los efectos una restricción a la libertad de circulación.”⁶³

Los principales argumentos a favor del reconocimiento de los certificados de nacimiento de los niños nacidos de madres subrogadas se refieren al principio del interés primario del niño y a la protección de la vida familiar.

Para el respeto de estos derechos, deben ser reconocidos los vínculos parentales efectiva y legalmente existentes. En este sentido son pertinentes las sentencias ya pronunciadas por el Tribunal de Derechos Humanos sobre el reconocimiento de las decisiones en materia



62 Ibid.
63 Ibid., 14.

de adopción y las relativas al reconocimiento de los derechos parentales respecto a los niños nacidos de maternidad subrogada (véanse, por ejemplo, los asuntos *Wagner*,⁶⁴ *Menesson*⁶⁵ y *Labassee*.)⁶⁶

Cabe destacar que, en los asuntos relacionados con los derechos reproductivos con implicaciones interna-

cionales, se encontraron muchas dificultades, independientemente de que las parejas que ejerciesen estos derechos fueran del mismo sexo o del sexo opuesto. Estas dificultades van desde la prohibición de acceso a la información hasta la negativa a proporcionar los tratamientos postoperatorios o la falta de reconocimiento de las disposiciones judiciales y administrativas.⁶⁷

RECOMENDACIONES:

- ➔ La definición de los servicios médicos proporcionada por la Directiva debe ampliarse para incluir explícitamente las técnicas de reproducción asistida.
- ➔ Explorar la posibilidad de permitir el acceso a las TRA a los cónyuges del mismo sexo y a las parejas del mismo sexo, registradas y no registradas.

➔ **Codificar el principio del Estado miembro de origen para que los niños nacidos de parejas del mismo sexo y concebidos a través de TRA o subrogación tengan derecho a una protección jurídica equivalente en el nuevo Estado miembro de acogida. Esta codificación debe incluir una garantía de que los documentos de estado civil (por ejemplo, los certificados de nacimiento) de los niños nacidos por TRA o subrogación materna sean reconocidos en todos los Estados miembros, independientemente de que el Estado miembro de acogida ofrezca este tipo de servicios y el acceso a ellos por parte de las parejas del mismo sexo. También debe ser incluido el derecho de un niño a tener acceso a la ciudadanía de sus progenitores en las mismas condiciones aplicadas a otros menores de edad, así como el derecho a obtener pasaportes y otros documentos de identidad.**

64 Tribunal EDH, *Wagner y J.M.W.L.c. Luxemburgo*, Demanda n. 76240/01.
65 Tribunal EDH, *Menesson c. Francia*, Demanda n. 65192/11.
66 Tribunal EDH, *Labassee c. Francia*, Demanda n. 65941/11. Véase también Saura, Nuria, *The Multilevel legal Framework on the Best Interests of the Child in Relation to LGBT Families*, documento de trabajo, proyecto Rights on the Move, p. 53.
67 Koffeman, Nelleke R., *Legal Responses to Cross-Border Movement in Reproductive Matters within the European Union*.

III. 5. Derechos de los niños y responsabilidad parental

El estado jurídico de las parejas LGBT y la interacción con las leyes incoherentes de varios Estados miembros tienen un efecto directo sobre los derechos de sus hijos. Estos derechos incluyen, entre otros, el derecho a la vida familiar, el derecho a la no discriminación, el derecho a la igualdad con otros niños ante la ley y el derecho a ser escuchados y a que sus intereses estén considerados prominentes en los asuntos que les afectan.⁶⁸

Estos derechos están codificados en gran parte en numerosos convenios, reglas, e incluso disposiciones judiciales. Cada debate sobre la libre circulación de las familias LGBT debe tener en cuenta estos derechos, ya que los defectos o deficiencias de las leyes que tienen efectos en las familias LGBT amenazan con socavar el compromiso de la UE con los derechos de los niños.

CASO REAL

Dos mujeres, una ciudadana finlandesa y otra francesa viven en Francia con los dos hijos biológicos de nacionalidad finlandesa, que nacieron en Francia. Desde 2004, las dos mujeres están ligadas por una unión civil (PACS), pero Francia no reconoce a la ciudadana francesa como progenitor de los niños. Los niños son entonces ciudadanos finlandeses. La ciudadana francesa es el tutor legal (como resultado de una disposición judicial), pero los niños no pueden heredar de ella, usar su apellido ni obtener

la ciudadanía francesa, y en caso de fallecimiento de su progenitor biológico, la protección decaería y un tribunal debería determinar si pueden quedarse con ella. Además, Finlandia se niega a reconocer su unión porque es sustancialmente diferente a la unión prevista en Finlandia, lo que significa que en la legislación finlandesa la ciudadana francesa no puede acceder a la adopción co-parental (Pregunta de NELFA al Comisario Europeo Viviane Reding, 24 de Septiembre de 2013)

La importancia de los derechos del niño ha sido resaltaada en varias ocasiones por el derecho comunitario. En términos generales, a partir del Artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la UE se compromete a proteger los derechos de los menores en relación con su bienestar, la libertad de expresión, las relaciones con los padres, y en asegurar que el interés superior del menor constituya una consideración primordial en todos los asuntos que le afecten.⁶⁹

68 Saura, Nuria, The Multilevel legal Framework on the Best Interests of the Child in Relation to LGBT Families, documento de trabajo, proyecto Rights on the Move, p.6.

69 Artículo 24, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La Convención ONU sobre los Derechos del Niño (CDN) – el Instrumento de Derechos Humanos de la ONU más ampliamente ratificado⁷⁰ – desarrolla aún más las garantías de la Carta de los Derechos Fundamentales: en virtud del Artículo 2 de la CDN los Estados Partes se comprometen a asegurar que cada niño sujeto a su jurisdicción no sea víctima de discriminación “sin distinción alguna”; el Artículo 3 establece que, en la actividad de elaboración de leyes de los estados, el interés superior del niño debe ser una consideración primordial de los órganos legislativos; en virtud del Artículo 8 “los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”; y, por último, de conformidad con el Artículo 21 los Estados que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial a la hora de legislar en materia de adopción⁷¹. Además, el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y el Reglamento n° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, todos reafirman el compromiso de la UE para la protección de estos derechos.⁷²

Por otra parte, en la última década en particular, se han observado muchos esfuerzos para aumentar los derechos de los niños y poner en práctica acciones destinadas a asegurarlos. Por ejemplo, la *Comunicación de la Comisión. Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia* reconoce las consecuencias que tienen las inversiones carentes en las políticas que afectan a los niños, por lo que propone tener en cuenta la perspectiva del niño en todos los programas y proyectos financiados por la UE.⁷³

La misma Comunicación también hace hincapié en que los derechos de los niños son un ámbito independiente de ese compromiso que no debería significar simplemente un esfuerzo más amplio destinado a apoyar

los derechos humanos en general. Más recientemente, el Protocolo Facultativo sobre el procedimiento de comunicaciones permitiría a los menores presentar demandas en relación con violaciones específicas de sus derechos en virtud de los dos protocolos facultativos anteriores a la Convención.⁷⁴ Esto significa que la comunicación daría mayor peso a la opinión del menor fortaleciendo su autonomía en relación a su bienestar y a sus derechos.

Además, dos sentencias del TJUE proporcionan un fundamento jurídico ya sea al derecho del niño a ser escuchado ya sea a la noción de que el estado jurídico de los padres pueda perjudicar los derechos de los niños de una manera inaceptable. A pesar de que estos asuntos no afectan a las parejas del mismo sexo, siguen siendo pertinentes ya que refuerzan los derechos de los niños, independientemente de la orientación sexual de los padres.

En *Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz*,⁷⁵ el Tribunal ha declarado que el Artículo 42 del Reglamento 2201/2003, interpretado a la luz del Artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales, establece que en los procedimientos judiciales que afectan a los derechos de un menor de edad (en este asunto, el contexto es un divorcio y un posible traslado a otro Estado miembro de la UE), el niño tenga la oportunidad de expresar su opinión en relación con su bienestar, incluso si esa opinión no es decisiva para el resultado del caso. Más tarde en *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEM)*,⁷⁶ el Tribunal sostuvo que la expulsión del padre, visto que sus hijos tenían una edad suficiente como para poder abandonar así mismo el territorio del Estado con él, privaría a los niños de su derecho fundamental a la vida familiar.

El Tribunal también hizo hincapié, aunque *in dicta*, que el TJUE desempeña un papel vital en la salvaguarda de la protección de los Derechos Fundamentales. Al hacerlo, el Tribunal fue más allá al sugerir que «la disponibilidad de la protección de los derechos fundamentales de la UE no [debe] depender de si una disposición de un Tratado fuera directamente aplicable o no, ni de

70 *United Nations Treaty Collection*, Convention on the Rights of the Child, visitada el 15 de julio de 2014.

71 Convención sobre los Derechos del Niño.

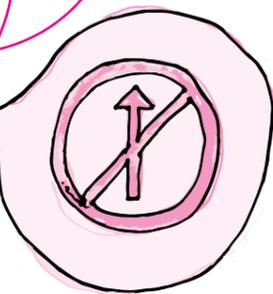
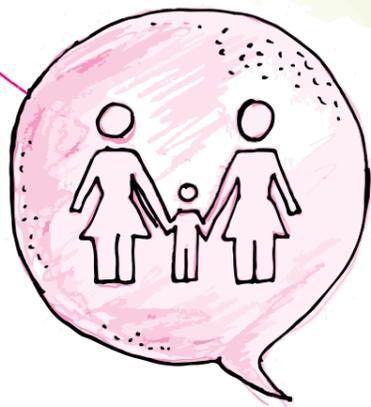
72 Véase Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños; Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; Reglamento (CE) N. 2201/2003 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) no 1347/2000.

73 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones: una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño (COM (2011) 60 final).

74 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Los otros dos protocolos facultativos a los que se hace referencia son el Protocolo facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados y el Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

75 *Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz*, Asunto C 491/10 PPU (2010).

76 *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEM)*, Asunto C-34/09 (2010).



CASO REAL

Dos mujeres se han inscrito como pareja de hecho registrada en el Reino Unido. Tienen un hijo, que es el hijo biológico de una de las dos mujeres, mientras que la otra mujer aparece en el certificado de nacimiento del niño. La madre biológica es un miembro del ejército británico y la familia vive en Alemania. Al niño se le negó la admisión a la guardería porque las autoridades alemanas declararon que éste no puede ser considerado como el hijo biológico o hijastro de la mujer que presentó la solicitud. La madre biológica no pudo presentar la solicitud de inscripción en la escuela infantil porque es un miembro del ejército británico. (Consulta de NELFA al Comisario Europeo Viviane Reding, 24 de Septiembre de 2013)

si la legislación secundaria se hubiera promulgado, sino más bien de *la existencia y el alcance de una competencia material por parte de la UE*⁷⁷ [énfasis en el original]. Los detalles de *Zambrano* no establecen una correspondencia directa con las dificultades que enfrentan las familias LGBT, pero la sentencia, sin embargo, sugiere no sólo que las disposiciones legales dirigidas a los padres pueden interferir intolerablemente con los derechos fundamentales de los niños, sino también que el Tribunal haría bien en ampliar su experiencia y tener en cuenta los informes relativos a la violación de los derechos fundamentales.

La discusión anterior insta a comprobar si existe una razón, de principio, que indique que el impacto sobre los derechos del niño podría ser inferior al negar a sus padres LGBT algo que no es más que la simple igualdad con los padres del sexo opuesto en virtud de la ley. En otras palabras, ¿hay alguna razón por la que debemos tener en cuenta la opinión del menor en relación con su bienestar en caso de expulsión, y no tenerla en cuenta, sin embargo, cuando se trata de negar a sus padres el derecho a la libertad de circulación e inmigración?

El caso anteriormente citado con respecto al reconocimiento de las uniones entre parejas del mismo sexo en otro Estado miembro de la UE es relevante para los niños que viven en familias arco iris. Esto significa que el no reconocimiento de este tipo de uniones tiene repercusiones negativas sobre los derechos de los niños que viven con progenitores del mismo sexo.⁷⁸ Tal como señala Saura,

«Los niños nacidos de una filiación no reconocida a consecuencia de una relación no reconocida pueden no tener el reconocimiento de facto de algunos derechos económicos y sociales derivados de la posesión de un estado civil legal de sus padres o suyo. La máxima expresión de esta privación de derechos sería el estado de apátrida. Esto sería contrario al principio de interés superior del menor, previsto en el CDN, y al derecho a la privacidad y a la familia, sin discriminación alguna».⁷⁹

Además, como bien observa Falletti, una situación similar podría ocurrir en un gran número de Estados miembros, ya que de los 28 Estados miembros de la UE, 15 (Bulgaria, Chipre, República Checa, Estonia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Rumania, República Eslovaca) no permiten el acceso a las técnicas de reproducción asistida ni a la adopción conjunta o co-parental a las parejas del mismo sexo. Las tres formas de reconocer los derechos parentales de las parejas del mismo sexo se han concedido sólo en Bélgica, Dinamarca, Países Bajos, España, Suecia y el Reino Unido. Finlandia reconoce sólo el acceso a la fecundación *in vitro* y la adopción co-parental mientras que Austria, Alemania y Portugal permiten la adopción co-parental. Francia ha previsto la posibilidad de adopción conjunta sólo después de la reforma de 2013. La maternidad subrogada es posible en Grecia, los Países Bajos, Bélgica y el Reino Unido.⁸⁰

Denegar a los progenitores LGBT los beneficios de igualdad de derechos de libre circulación es una forma de discriminación, no sólo en contra de ellos, sino también en contra de sus hijos, y conlleva la violación de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño. Observar que a sus padres se les niega la igualdad ante la ley acarrea una estigmatización social. Denegar la igualdad a sus padres no puede coincidir con el interés superior del niño. Esto puede poner en peligro las políticas destinadas a hacer del interés superior de los niños una consideración primordial tal como se ha mostrado más arriba. También sería incompatible con la Comunicación de la Comisión «Hacia una estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño» y con las decisiones del Tribunal de Justicia Europeo, mencionados anteriormente, lo que demuestra el creciente reconocimiento de la necesidad de preservar más firmemente los derechos de los niños y, especialmente, su opinión sobre lo que es su interés superior – para hacer oír su voz en un contexto de gran importancia para su identidad y su bienestar.

77 Ibid. p. 163.

78 Saura, Nuria, The Multilevel legal Framework on the Best Interests of the Child in Relation to LGBT Families, Documento de Trabajo, proyecto Rights on the Move, p. 8.

79 Ibid., p. 14.

80 Falletti, E.: LGBTI Discrimination and Parent-Child Relationships: Cross-Border Mobility of Rainbow Families in the European Union, Family Court Review, Volume 52, Issue 1, January 2014, p. 29.

RECOMENDACIONES:

- ➔ Aunque el derecho de familia esté fuera de la competencia de la UE, es necesario no sólo redoblar los esfuerzos para fortalecer los derechos de los menores y comprometerse firmemente a apoyar la evaluación de su bienestar general, sino también hacerlo en el contexto específico de los hijos de parejas del mismo sexo.
- ➔ Por último, la Comisión debe llevar a cabo un estudio para examinar tanto los efectos de la estigmatización jurídica de las parejas del mismo sexo sobre sus hijos como el correspondiente bienestar de los hijos de parejas del mismo sexo cuya unión se reconoce a todos los efectos conforme a la Ley. La consecuencia de esto sería inevitablemente la realización de políticas más informadas sobre el interés superior de los niños.
- ➔ La Comisión Europea debería aclarar cuándo y en qué contextos se deben tener en cuenta las opiniones de los niños en relación con su bienestar con el fin de asegurar que se les escuche en todos los asuntos que les afectan, incluidas las cuestiones que se refieren a sus progenitores (LGBT). Esto apoyaría el compromiso de la UE para salvaguardar los intereses superiores de los niños y reconocería su derecho a ser escuchados. Por otra parte, la Comisión debe adoptar el enfoque propuesto en *Zambrano* y permitir que la gente acuda directamente a los tribunales para remediar las violaciones de los derechos fundamentales establecidos en la Carta, incluso en ausencia de una disposición de un Tratado o de una legislación de aplicación directa. Esto facilitaría el desarrollo de la jurisprudencia en la medida en que la legislación de los Estados miembros que afecta a las familias LGBT lleve a violaciones inaceptables de los derechos del niño.

III. 6. Seguridad social y pensiones

La jurisprudencia sobre los derechos de las personas LGBT a las prestaciones de seguridad social y de pensiones muestra una clara tendencia hacia la expansión del acceso a estos beneficios. Aunque este es sin duda un paso positivo hacia la igualdad de trato de las personas LGBT, dicha extensión está inherentemente limitada, ya que en relación con los regímenes públicos de seguridad social, los Estados están facultados a discriminar, por motivos de orientación sexual, también a parejas del mismo sexo que ejercen su derecho a la libre circulación.

La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, prohíbe la discriminación por motivos de orientación sexual en el ámbito del empleo, incluyendo los sistemas de remuneración que son directa o indirectamente discriminatorios.

En *Maruko*⁸¹ el TJCE sentencia que la Directiva se aplique a un régimen privado de seguridad social relativo a la negativa de éste a reconocerle el derecho a una pensión de viudedad, en concepto de prestación de supervivencia, a la pareja homosexual de un ex-empleado porque tal pareja, a pesar de que era el compañero de toda la vida, no era el cónyuge del ex-empleado. Dado que los cálculos para la remuneración en el sistema de seguridad social están determinados por el tipo de ocupación de un empleado, en lugar de ser un sistema de protección social para todos, el Tribunal dictaminó que la Directiva también se aplicase a este régimen. El Tribunal ha resuelto que corresponde al órgano jurisdiccional alemán comprobar si el miembro superviviente de una pareja inscrita se halla en una situación comparable a la de un cónyuge beneficiario de la prestación de supervivencia establecida en el régimen de previsión profesional.⁸²

En caso de que el tribunal nacional determine que la pareja registrada se encuentra en una posición similar (hay

que destacar, no en una posición idéntica o incluso equivalente – o sea un estándar menos exigente), entonces el régimen de seguridad social está violando la Directiva.

Sobre la base de este precedente, el Tribunal ha dado un paso más en el asunto *Römer*,⁸³ relativo a un régimen de seguridad social administrado por un organismo estatal (no es un régimen totalmente privado) que gravaba las pensiones de los ex-empleados casados a un porcentaje inferior que las de los ex-empleados solteros, con lo que éstos últimos recibían una pensión de un valor inferior a las de los primeros. El Tribunal señaló que, dado que el empleado en cuestión no era un funcionario público, y que su trabajo era regulado por un contrato de trabajo de derecho civil, su empleador estaba actuando a todos los efectos como un empleador privado. En consecuencia, el sistema de seguridad social no era un régimen de protección social y, por lo tanto, entraba en el ámbito de aplicación de la Directiva.

Posteriormente, en el asunto *Hay*,⁸⁴ el Tribunal ha extendido la aplicabilidad de la Directiva a otro tipo de prestación. El Código Civil francés prevé para los trabajadores que contraen matrimonio, primas salariales y un número de días de permiso especial retribuidos. En ese momento, los matrimonios entre personas del mismo sexo no estaban contemplados por ley en Francia, donde el Estado reconocía sólo Pactos Civiles de Convivencia (PACS).

81 TJUE, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, Asunto C.267/06.

82 Id, pár. 73.

83 TJUE, *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, Asunto C.147/08.

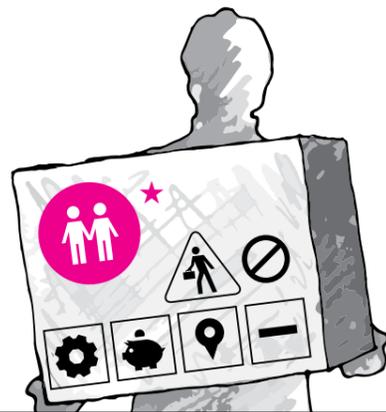
84 TJUE *Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, C.267/12.

Cuando estaba a punto de ligarse por un PACS con su pareja del mismo sexo, el demandante del asunto *Hay* pidió que se le concediera el mismo trato previsto para los otros empleados con motivo de su matrimonio, pero su solicitud fue rechazada. El Tribunal dictaminó que, aunque los PACS están disponibles tanto para las parejas heterosexuales como para las homosexuales, la negativa de tales beneficios representaba una forma de discriminación en el empleo basada en la orientación sexual, declarando que la negativa era incompatible con la Directiva. La jurisprudencia descrita es muy relevante para la libertad de circulación de las familias arco iris y para los derechos relacionados con el empleo, ya que el trabajo en otro Estado miembro sigue siendo una de las principales razones por las cuales los ciudadanos de la UE se desplazan de un Estado a otro.

Es evidente la disponibilidad de los tribunales a aplicar la Directiva con el fin de ampliar los derechos a las prestaciones de seguridad social (y los relacionados con éstas) a las parejas del mismo sexo, y esto es sin duda encomiable. Es menos evidente, sin embargo, en *Maruko y Römer* en particular, lo que un tribunal haría si llegara a deliberar sobre un régimen de protección social gestionado por un estado que discrimine a las parejas del mismo sexo.

Los considerandos 13 y 22 de la Directiva expresan claramente que no se aplica a estos regímenes pero como señala el Tribunal en sus conclusiones en *Römer*, (no en el juicio), “una disposición de Derecho interno, incluso de rango constitucional, no puede justificar en sí una normativa como la controvertida en el procedimiento principal en el caso de que entre en conflicto con el Derecho de la Unión, y en particular con el principio de igualdad de trato.”⁸⁵

Debido a este conflicto, la seguridad del derecho fundamental de las parejas del mismo sexo a no ser discriminadas depende del método por el cual reciben sus prestaciones.



RECOMENDACIONES:

→ La Unión Europea debería ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 de modo que también se aplique a los regímenes de seguridad social necesarios para proteger realmente los derechos sociales de las parejas del mismo sexo. Un intento en esta dirección ya se ha tenido con el proyecto denominado ‘directiva horizontal’⁸⁶ cuyo objetivo es el de extender la prohibición de discriminación fuera del ámbito laboral. Considerando que no es cierto que la directiva horizontal sea realmente aplicada, la Comisión Europea debe seguir trabajando para obtener su aplicación.



⁸⁵ *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, Asunto C 147/08, p. 180 (10 de mayo de 2011).

⁸⁶ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (COM (2008)0426) final. – (no publicada en el Diario Oficial).

III. 7. Regímenes económicos matrimoniales

Los regímenes económicos matrimoniales son relevantes en los casos de divorcio de parejas homosexuales casadas o de separación de parejas homosexuales registradas y no registradas, así como en los casos de fallecimiento del cónyuge o pareja (esta última situación se describe en el siguiente párrafo sobre la herencia III.8).

La cuestión es de competencia del derecho comunitario en los casos transnacionales, es decir, los casos en los que las parejas sean nacionales de Estados miembros diferentes, que vivan en un Estado miembro diferente del Estado miembro del que son nacionales, y/o tengan propiedades en común en otro Estado miembro.

Para abordar estas cuestiones, que afectan a parejas divorciadas o separadas, en general, la Comisión Europea ha elaborado un Libro Verde de la Comisión 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 final].⁸⁷

El Libro Verde pretende esbozar la situación actual del conflicto de leyes e identificar los sistemas jurídicos que tienen normas muy limitadas o incompletas para responder a estas situaciones. Su objetivo es abordar el problema y proponer soluciones para resolverlo. El Libro Verde aborda no sólo las consecuencias del divorcio de las parejas casadas, sino también las consecuencias de la separación de las parejas registradas y parejas de hecho, teniendo en cuenta la nueva realidad, en la que las uniones distintas del matrimonio

son cada vez más frecuentes. A pesar de que no proporciona una definición de «cónyuge», y por lo tanto no aclara si el término «cónyuge» incluye también a los del mismo sexo, el Libro Verde es coherente en la definición de una pareja registrada:

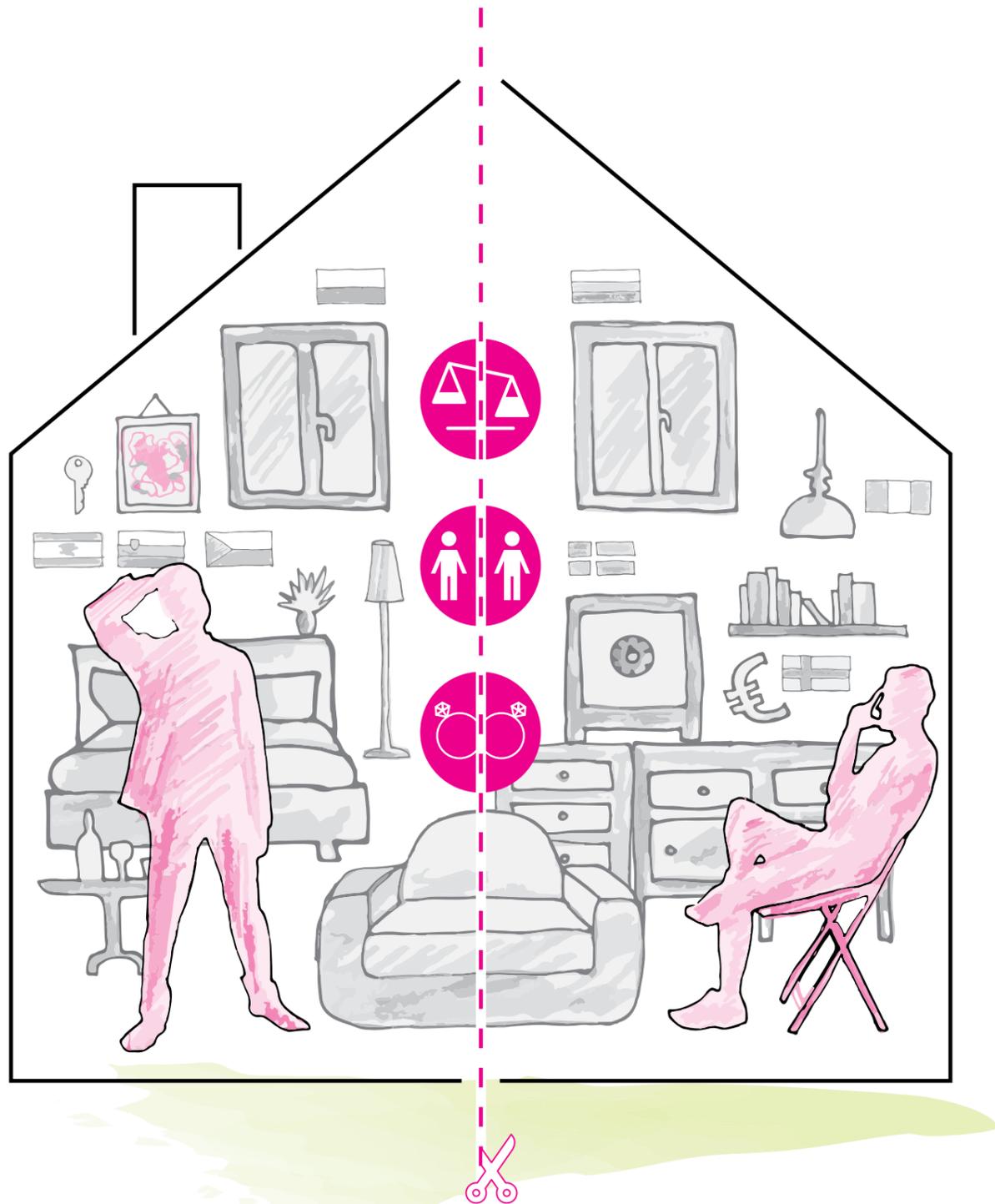
“convivencia de dos personas que viven en pareja y que han registrado esta unión ante una autoridad pública establecida por la ley de su Estado miembro de residencia. A los efectos del Libro Verde, esta categoría incluirá también las relaciones de las parejas no casadas vinculadas por un «contrato registrado» del tipo del «PACS» francés.”⁸⁸

Por otra parte la unión libre o cohabitación, fuera del matrimonio, se define, en general, como una situación en la que dos personas viven juntas de manera estable y continua sin que esta relación se haya registrado ante una autoridad.⁸⁹ Ninguna de estas definiciones requiere que las parejas registradas o de hecho sean de sexo opuesto para formar parte del Libro Verde.

⁸⁷ Libro Verde de la Comisión 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 - no publicado en el Diario Oficial].

⁸⁸ *Ibid.*, pp.2-3.

⁸⁹ *Ibid.*



$$\left\{ \frac{\text{man} \text{ woman}}{\text{woman} \text{ woman}} / \frac{\text{man} \text{ man}}{\text{man} \text{ man}} \right\} f \left(\text{circle with vertical line} + \text{gavel} \right) = \text{circle with question mark}$$

A nivel internacional, las cuestiones están reguladas por el Convenio sobre Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales del 14 de marzo de 1978. Sin embargo, ya que sólo tres Estados miembros (Francia, Luxemburgo y los Países Bajos) han ratificado este Convenio, no es aplicable en toda la UE.

Para llenar este vacío, y sobre la base del Libro Verde, la Comisión Europea enmendó dos propuestas de Reglamentos del Consejo, una relativa a los regímenes matrimoniales⁹⁰ y la otra relativa a las consecuencias patrimoniales de las uniones registradas.⁹¹ Las dos propuestas son idénticas en el contenido pero para maximizar la probabilidad de aplicación, las consecuencias de la disolución de las parejas registradas se tratan por separado. El objetivo de las dos propuestas es establecer en la Unión Europea un marco jurídico claro que regule la determinación del órgano jurisdiccional competente, la ley aplicable en materia de régimen económico matrimonial, y facilite la circulación de las resoluciones y otros actos entre los Estados miembros.⁹² Las regulaciones propuestas también abordan el tema de los procedimientos judiciales dictados sobre estos asuntos.

Una vez más, es posible que no se reconozca un procedimiento judicial por razones de orden público. Desde el punto de vista de las parejas homosexuales y las familias arco iris se debe garantizar que el hecho de que las parejas sean del mismo sexo no constituya un argumento de interés general que pueda justificar una negativa, incluso en los Estados Unidos que no proporcionan ningún reconocimiento legal a las uniones homosexuales.

Este Libro Blanco no aborda la sustancia de las dos propuestas de reglamento; sin embargo, se pretende señalar que las parejas del mismo sexo casadas, registradas o de hecho deben ser incluidas en los dos reglamentos. Así que hay que asegurarse de que los dos reglamentos no distingan entre las parejas sobre la base de su sexo y orientación sexual.

RECOMENDACIONES:

- ➔ **Aclarar, incluso en los Estados miembros que no reconocen legalmente las uniones del mismo sexo, que la orientación sexual no puede ser una cuestión de orden público para adoptar medidas legales en materia de regímenes matrimoniales.**
- ➔ **Aclarar que las propuestas de Reglamentos del Consejo se deben aplicar de la misma manera, tanto a las parejas homosexuales como a las heterosexuales.**

⁹⁰ Propuesta de reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales [COM (2011) 126 final].

⁹¹ Propuesta de reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales [COM (2011) 127 final].

⁹² COM (2011) 126 final p. 3; COM(2011) 127 final p. 3.

III. 8. Herencia

El régimen de la herencia es relevante en el caso de la muerte de cualquiera de los cónyuges o pareja del mismo sexo. Así como para los regímenes económicos matrimoniales, la cuestión corresponde a la legislación comunitaria pertinente en los casos transnacionales, es decir, los casos en los que las parejas tienen nacionalidades de distintos Estados miembros, viven en un Estado miembro que es distinto del Estado miembro del que son nacionales y/o tienen propiedades en común en otro Estado miembro.

La competencia del derecho comunitario en este ámbito es bastante limitada. La única fuente de referencia es el Reglamento 650/2012 sobre sucesiones *mortis causa*.⁹³ Algunas de las disposiciones más importantes que afectan a las parejas del mismo sexo son sobre la ley aplicable, que se define a partir del Artículo 20 en adelante. A diferencia de los casos de fallecimiento de un miembro de una pareja heterosexual casada, la legislación nacional que se aplique en el momento del fallecimiento de una pareja del mismo sexo puede marcar una gran diferencia. De hecho, algunos Estados miembros excluyen a las parejas del mismo sexo de la sucesión legítima y si se aplicara la ley de esos países el cónyuge superviviente podría ser tratado de manera menos favorable de lo que lo sería si se aplicase la ley de otro Estado miembro.

Por ejemplo, en los casos de sucesión legítima, Bulgaria, Chipre y Estonia no reconocen automáticamente los derechos de sucesión a las parejas, ya sean registradas o no registradas. Austria, la República Checa, Finlandia, Alemania y Grecia tratan a las parejas registradas de la misma manera que los cónyuges casados. Bélgica concede a las parejas registradas sólo el derecho de usu-

fructo, mientras que Francia sólo concede el derecho de posesión absoluta con respecto a la casa de la familia. Ninguno de estos diez países reconoce los derechos sucesorios automáticos a las parejas no registradas, aunque la legislación checa reconoce algún interés sucesorio secundario a cualquiera que haya vivido con el fallecido durante un año antes del fallecimiento.

En estas circunstancias, sería útil que el reglamento hubiese incluido la disposición por la cual, si no hay un acuerdo entre las parejas respecto a la ley aplicable en los de Estados miembros con los que el fallecido y el cónyuge superviviente se relacionan, se debería aplicar la legislación del Estado miembro que sea más favorable para el cónyuge superviviente. Esta disposición o una similar debería ser incluida en el artículo 21 del Reglamento.

Por otra parte, en lo que respecta al reconocimiento de resoluciones judiciales en materia de sucesión se puede apelar a los mismos temas tratados por los regímenes económicos matrimoniales. En particular, debe garantizarse que, en caso de fallecimiento del cónyuge o de uno de los miembros de la pareja homosexual, el miembro superviviente no tenga problemas

⁹³ Reglamento (UE) N. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, Diario Oficial UE L 201/107.



para ver reconocida su decisión sobre la sucesión por motivos de orden político según lo establecido en el Artículo 40 del Reglamento.

El Artículo 1(2)(a) del Reglamento establece que “el estado civil de las personas físicas, así como las relaciones familiares y las relaciones que, con arreglo a la ley aplicable a las mismas, tengan efectos comparables” quedarán excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento.

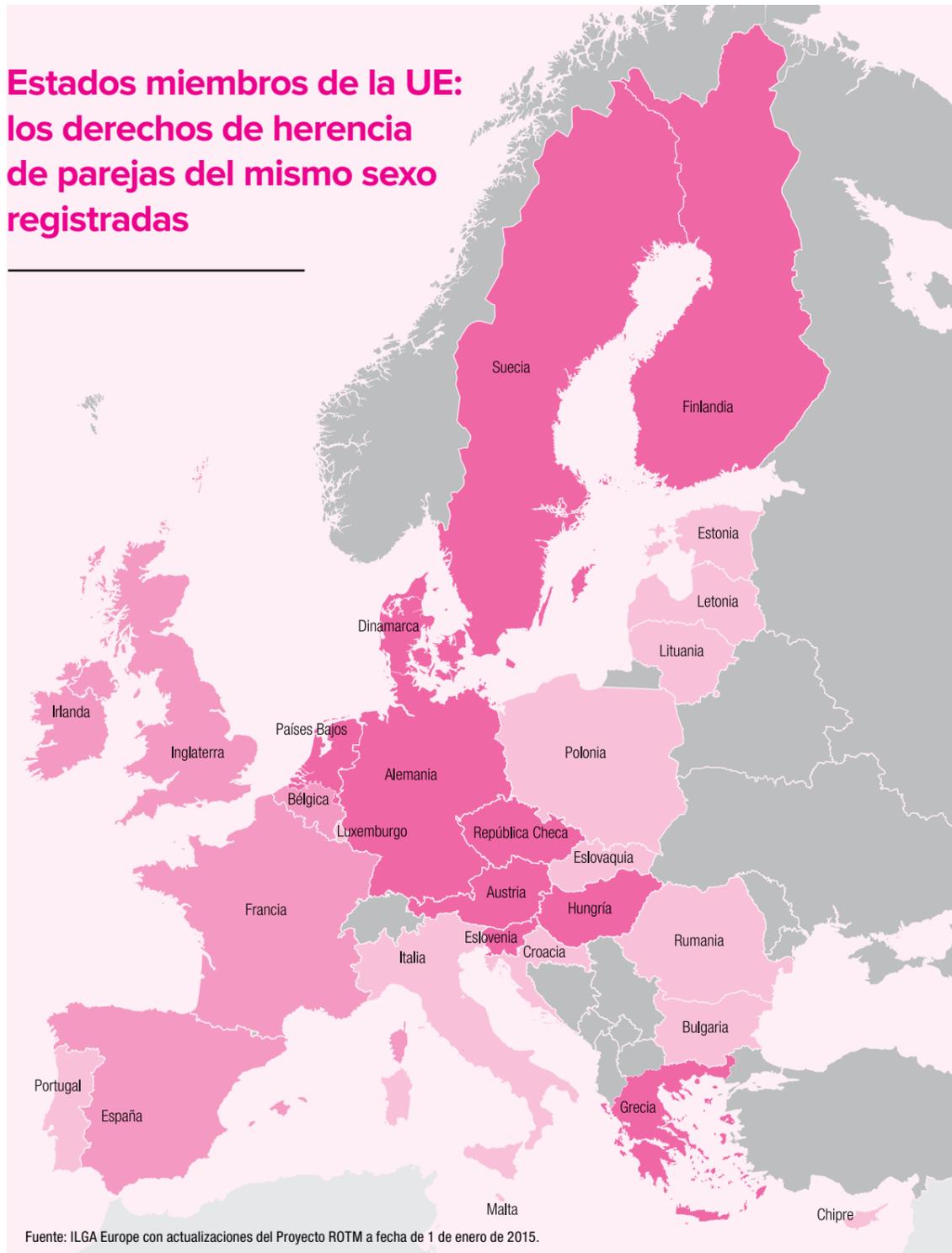
Pedir que sus decisiones en materia de sucesión se reconozcan en la misma forma que las de los matrimonios de distinto sexo, no quiere decir que las parejas del mismo sexo estén pidiendo que se acepte de alguna manera su estado civil. La cuestión se refiere únicamente al reconocimiento de efectos jurídicos en igualdad de condiciones con las parejas de sexo opuesto.

Del mismo modo, la disposición no tiene efecto sobre los argumentos por los que habría que aplicar la ley más favorable a la pareja. Independientemente de la ley que se aplica, no se está tratando de ninguna manera el estado civil de la pareja.

RECOMENDACIONES:

- ➔ Cuando un testamento no especifica la ley elegida, debería aplicarse la legislación del Estado miembro con el que uno de los miembros de la pareja del mismo sexo tenga una conexión y que sea más favorable para la pareja superviviente.
- ➔ En los casos de sucesión legítima el trato para las parejas del mismo sexo, registradas o no, debería ser el mismo reservado, respectivamente, a los cónyuges o pareja de hecho del sexo opuesto. En otras palabras, si la legislación de un Estado miembro reconoce, por ejemplo, el derecho de usufructo a las parejas de hecho de sexo opuesto o a los domiciliarios a cargo, el mismo derecho debe hacerse extensivo a las parejas del mismo sexo no registradas.

Estados miembros de la UE: los derechos de herencia de parejas del mismo sexo registradas

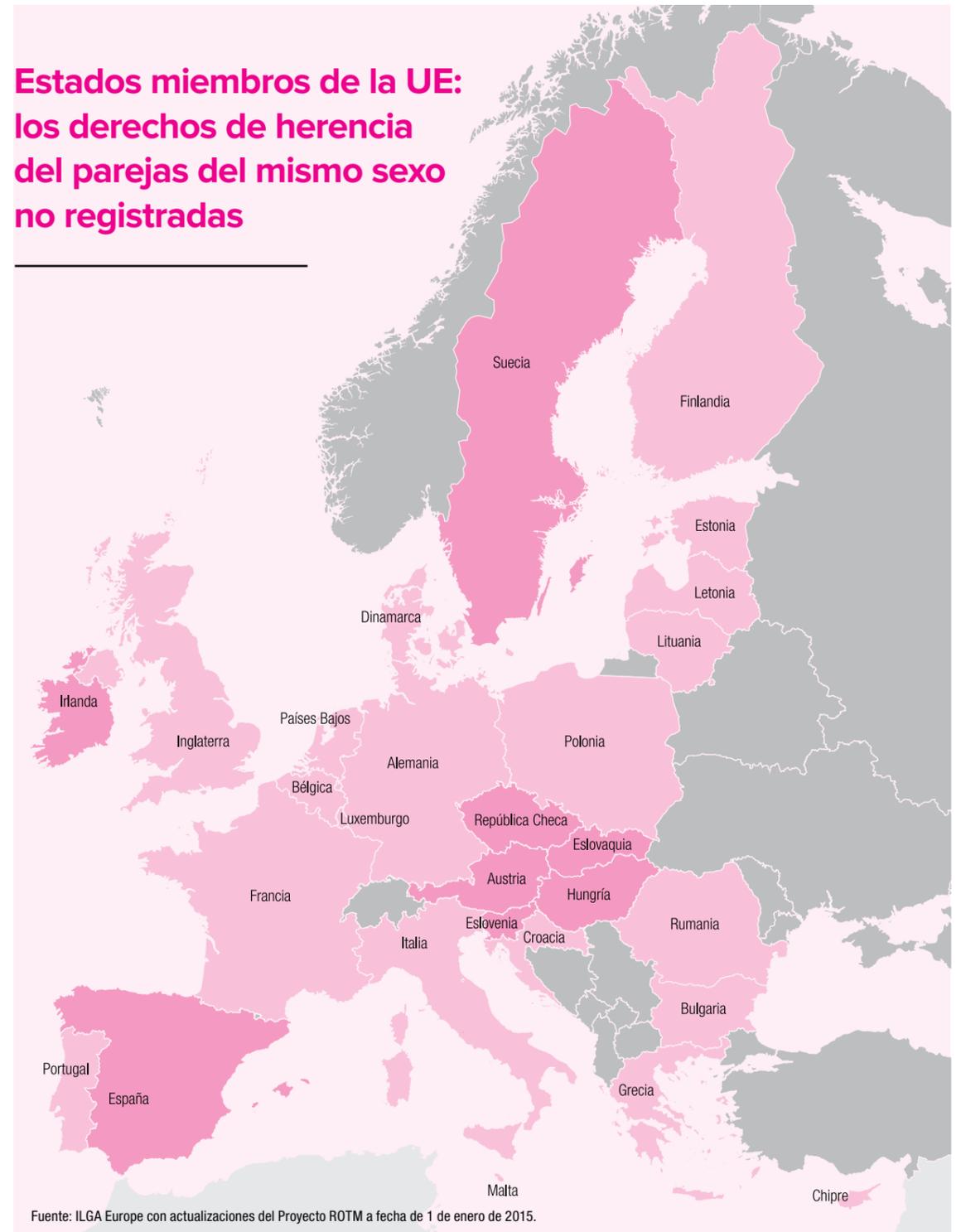


● Sí

● Parcial

○ No

Estados miembros de la UE: los derechos de herencia del parejas del mismo sexo no registradas



● Parcial

○ No

III. 9. Reconocimiento de la intersexualidad

A los efectos de este Libro Blanco, las personas intersexuales se consideran como individuos con el estado jurídico de intersexual, es decir, un estado que no corresponde ni al género masculino ni al género femenino.

En algunos países (Australia, Nueva Zelanda, Bangladesh, India, Nepal) ya es posible elegir la opción «X» u «otro» o «indeterminado» como una tercera categoría válida junto a Varón (V) y Mujer (M). El estado de intersexual es diferente a la orientación sexual e identidad de género.

El 1 de noviembre de 2013, Alemania se convirtió en el primer país de la Unión Europea en el que se puede inscribir a los recién nacidos con características de ambos sexos como «género indeterminado». Este tipo de registro es posible en los certificados de nacimiento, pasaportes y otros documentos oficiales.⁹⁴

Los padres que no deseen elegir el sexo del niño y someterle a las cirugías genitales pueden elegir esta opción. Hay argumentos a favor de esta solución y en contra, en particular debido a la falta de políticas posteriores que garanticen la igualdad de las personas de sexo indeterminado. Dejando a un lado esta discusión, por otro lado muy importante, la cuestión que está estrechamente relacionada con este Libro Blanco es la del no reconocimiento del estado intersexual en otro Estado miembro. En la práctica, la pregunta es, ¿Otro Estado miembro reconocería este género «indeterminado» de un niño o requeriría a la familia que decidiera cuál es el sexo del bebé? La legislación europea no se pronuncia sobre el tema, lo que significa que un niño, en ejercicio de su derecho a la libre circulación junto con su familia, estaría en una posición incierta en otro Estado miembro ¿Sería capaz de obtener un permiso de residencia que contempla obligatoriamente la indicación de una categoría de género?

Queda abierta la cuestión de si las personas intersexuales están protegidas por la legislación de la UE sobre la igualdad de género. Tobler y Agius argumentan que la cuestión no está clara, ya que no sólo la legislación de la UE sobre la igualdad de género no hace ninguna referencia a la condición de intersexualidad, sino también la definición basada en el sexo se funda todavía «en el modelo sexual binario masculino/femenino».⁹⁵

RECOMENDACIONES:

- ➔ **Aclarar la definición de la prohibición de la discriminación, incluyendo explícitamente la discriminación por cualquier expresión de género.**
- ➔ **Codificar el principio del Estado miembro de origen, de manera que las personas intersexuales no sea obligadas a someterse a un modelo binario sexual a la hora de circular dentro de la Unión Europea.**

94 Cfr. <http://en.wikipedia.org/wiki/Intersex>.

95 Trans and Intersex People. Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression, Autores Silvan Agius y Crista Tobler, Red de Expertos Legales en materia de lucha contra la discriminación con la Supervisión del Grupo para las Políticas Migratorias, junio de 2011, p. 82.



III. 10. Reconocimiento de las personas transgénero

En el Derecho comunitario vigente, la identidad de género y expresión de género no aparecen en ninguna parte de la legislación primaria o secundaria, excepto Directiva 2012/29/EU.⁹⁶ Sin embargo, como señalan Tobler y Angius, hay algunas leyes europeas específicas en relación con esta materia.

La jurisprudencia del TJUE muestra que «en ciertas circunstancias, la discriminación de los transexuales puede equivaler a discriminación sexual.» En los asuntos *P. c. S. y Cornwall County Council*,⁹⁷ *K.B. c. National Health Service Pensions*,⁹⁸ y *Richards*,⁹⁹ el Tribunal de Justicia ha declarado que la discriminación contra las personas con intención de someterse, que se están sometiendo o se han sometido a cirugía de reasignación de género puede equivaler a una discriminación sexual.¹⁰⁰ Por lo tanto, en los ámbitos de competencia de la UE (por ejemplo el empleo), a las personas transgénero se les aplica el Derecho comunitario.

Además, la identidad de género se menciona en la Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015 donde se afirma que la Comisión también está estudiando los problemas específicos relativos a la discriminación en relación con la identidad de género.¹⁰¹ Aun así, en el anexo 199 que acompaña la estrategia, la Comisión señala explícitamente que “in consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia sobre la identidad de género y la discriminación de género, se prestará especial atención a esta parte de la supervisión general de la aplicación de las Directrices sometidas.”¹⁰²

Cuestiones de interés particular para el propósito de este Libro Blanco son: ¿Qué pasa con el niño si un padre, que ha conservado las funciones reproductivas después de la reasignación de género, no puede cambiar a su género legal? ¿Se aplicará el Derecho comunitario a un transexual que ha ejercido su derecho a la libre circulación después de dar a luz a un niño, pero sobre el papel resulta ser un hombre?

Otra cuestión es ¿Qué pasaría si un ciudadano de la UE, que ha sido objeto de reasignación de género, desea residir en otro Estado miembro que no reconoce la reasignación de género, como Irlanda?¹⁰³ ¿El nuevo certificado de nacimiento sería reconocido por dicho Estado miembro? ¿Teniendo en cuenta la Ley de Igualdad de Género, el Derecho comunitario debe aplicarse, en estos casos, a la libre circulación? Así mismo, ¿qué ocurriría en el Estado miembro B (que requiere el divorcio de manera obligatoria) en el caso de que el cónyuge de una persona que haya sufrido una reasignación de género lo haya hecho en el Estado miembro A en el que el divorcio no es obligatorio? ¿El cónyuge sería reconocido como miembro de la familia a los efectos de la libre circulación? A pesar de que esto depende de la legislación del Estado miembro B, la cuestión es competencia de la UE si los cónyuges están ejerciendo su derecho a la libre circulación.

96 Directiva 2012/29/UE del parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, Diario Oficial UE L 315/57.

97 TJE *P. c. S. y Cornwall County Council*, Asunto C-13/94.

98 TJE, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency*, Asunto C-117/01.

99 TJE, *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, Asunto C-423/04.

100 Tobler y Angius, p. 33.

101 Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015 disponible en http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/strategy_equality_women_men_en.pdf, p. 32.

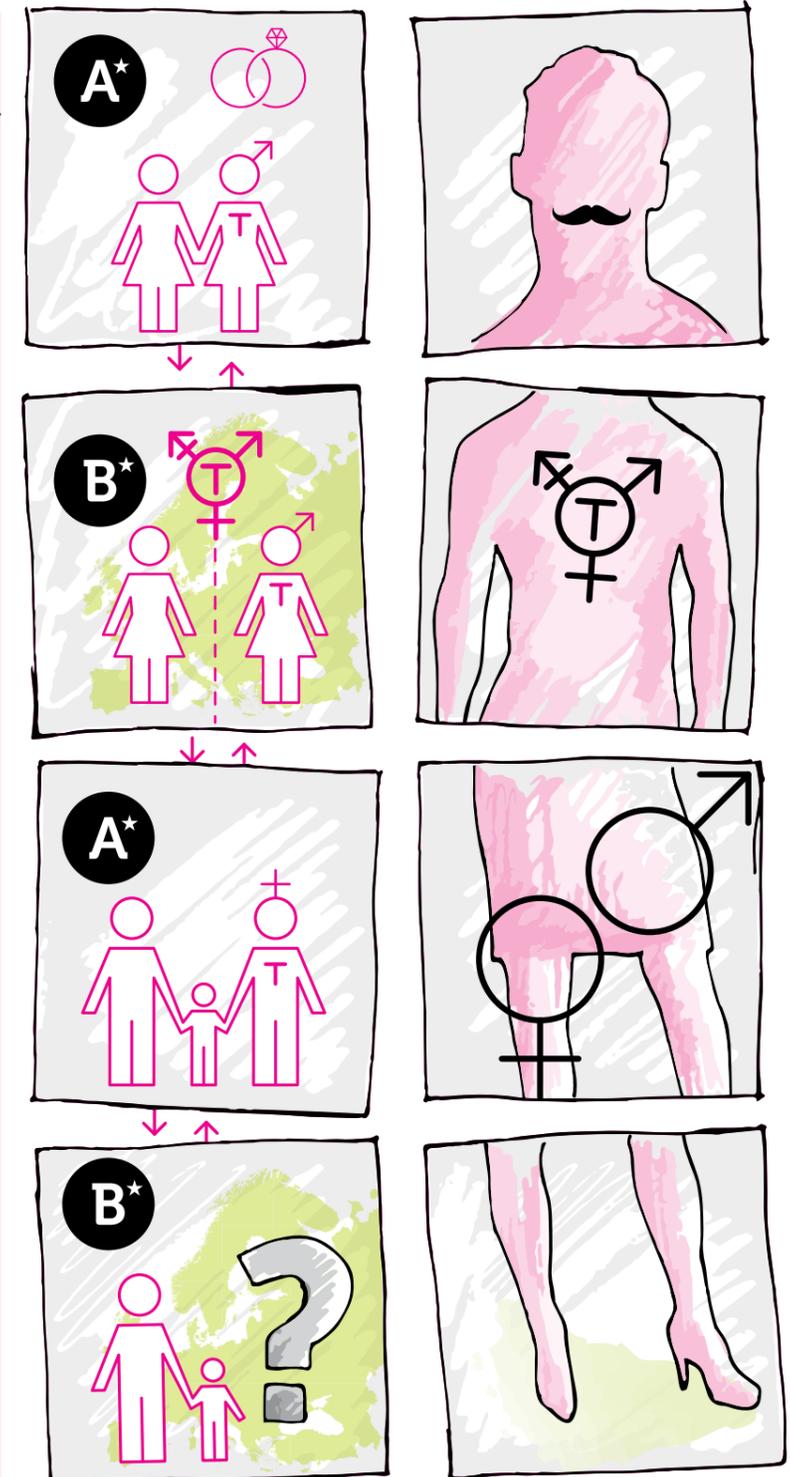
102 Comisión Europea, Plan de acción de la Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015 disponible en:

ec.europa.eu/justice/gender-equality/document/index_en.htm, p. 18.

103 Free Legal Advice Centres Ireland: 'Lydia Foy and the Struggle for Transgender Rights in Ireland', septiembre de 2013, disponible en: http://www.flac.ie/download/pdf/lydia_foy_struggle_for_transgender_rights_in_ireland_sept_2013.pdf.

RECOMENDACIONES:

→ Como para la recomendación contenida en el párrafo anterior, aclarar la definición de la prohibición de la discriminación, incluyendo explícitamente la discriminación por cualquier expresión de género, trans u otra.



III. 11. Víctimas de la violencia de género y violencia homofóbica

Para asegurarse de que las medidas restrictivas dictadas en un Estado miembro puedan ser reconocidas en otro Estado miembro se han adoptado la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección¹⁰⁴ y el Reglamento n. 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil.¹⁰⁵

La Directiva y el Reglamento afectan a los miembros de la comunidad LGBT que benefician de este tipo de medidas en general o por delitos relacionados con la violencia de género u homofóbica.

Reconociendo que las víctimas de delitos tienen que recibir información, apoyo y protección adecuados y deben estar en condiciones de poder participar en el proceso penal, fueron adoptadas, antes, la Decisión Marco 2001/220/JAI¹⁰⁶ y luego la Directiva 2012/29/UE.¹⁰⁷

La presente Directiva es aplicable a las familias arco iris en dos aspectos. Primero es aplicable a las víctimas de la violencia homofóbica, gays, lesbianas y bisexuales, y a las víctimas de violencia de género, personas transgéneros e intersexuales. En segundo lugar, en virtud de la presente Directiva, las víctimas que tienen derecho a la protección no son sólo las personas que han sufrido un daño o perjuicio, lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal, sino también los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona.

Con arreglo a la presente Directiva se entenderá por «familiares», el cónyuge, la persona que convive con la

víctima y mantiene con ella una relación personal íntima y comprometida, en un hogar común y de manera estable y continua, los familiares en línea directa, los hermanos y hermanas, y las personas a cargo de la víctima; (Artículo 2 (1)). Las parejas del mismo sexo parecen ser incluidas en esta definición, ya que «cónyuge» también debería incluir a los cónyuges del mismo sexo, mientras que las parejas del mismo sexo registradas y de hecho deberían ser incluidas en «la persona que convive con la víctima y mantiene con ella una relación personal íntima y comprometida.»

Por otra parte, de acuerdo con la Directiva (Artículo 22(3)), las víctimas vulnerables incluyen a “las víctimas afectadas por un delito motivado por prejuicios o por motivos de discriminación relacionado en particular con sus características personales, y las víctimas cuya relación con el infractor o su dependencia del mismo las haga especialmente vulnerables.” La medida también añade que “serán objeto de debida consideración las víctimas de terrorismo, delincuencia organizada, trata de personas, violencia de género, violencia en las relaciones personales, violencia o explotación sexual y delitos por motivos de odio, así como las víctimas con discapacidad.” En este contexto, debemos asegurarnos de que gays, lesbianas y bisexuales, y las personas transgéneros e intersexuales sean considerados «especialmente vulnerables».

¹⁰⁴ Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección, Diario Oficial UE L 338/2.

¹⁰⁵ Reglamento (UE) n. 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, Diario Oficial UE L 181/4.

¹⁰⁶ Decisión Marco del Consejo (2001/220/JAI) 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, Diario Oficial CE L 82/1.

¹⁰⁷ Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, Diario Oficial UE L 315/57.

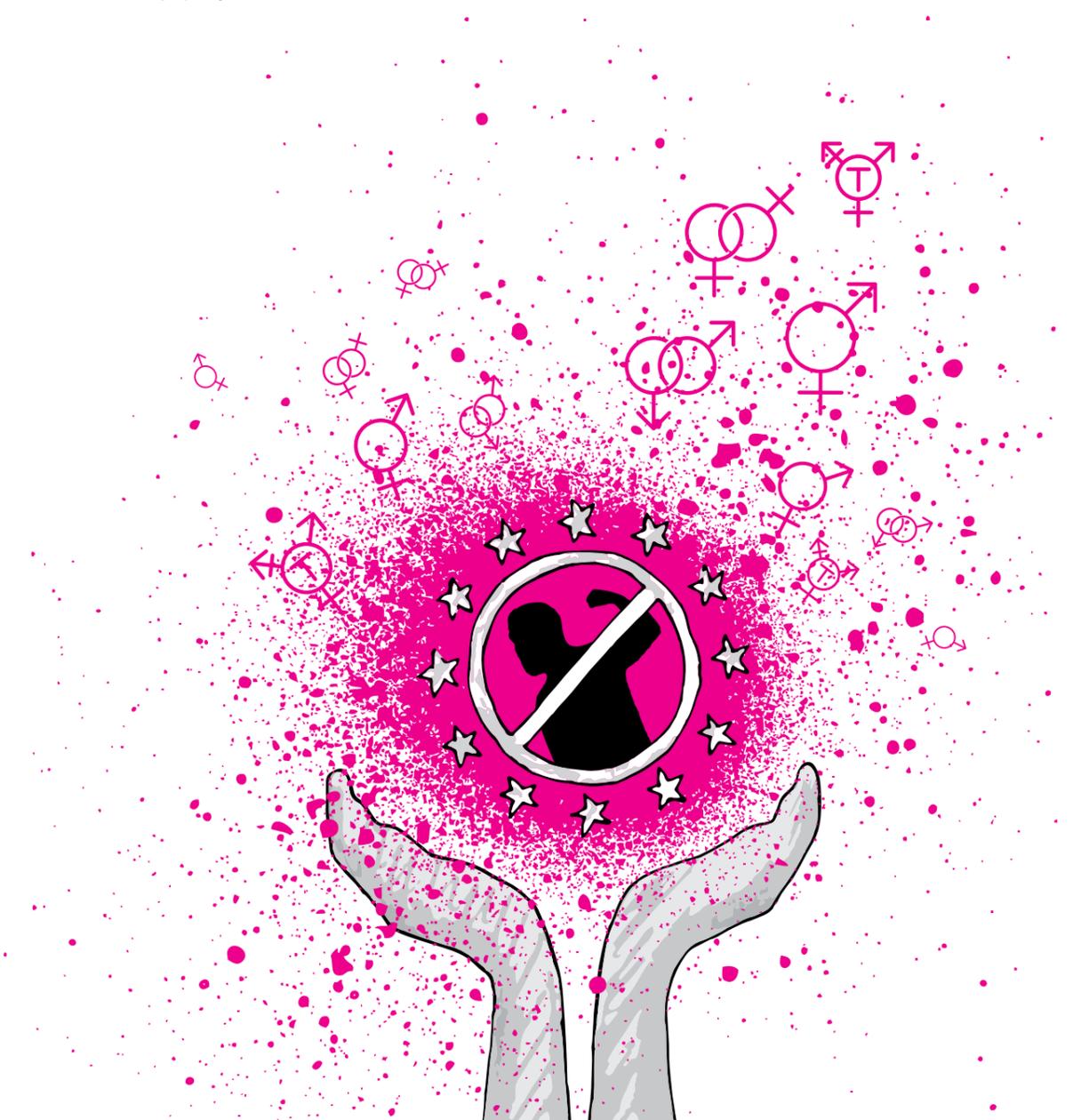
Con respecto a la violencia sexual contra gays, lesbianas y transexuales, las directivas en cuestión son dos: la Directiva contra la trata de seres humanos¹⁰⁸ y la Directiva relativa a la lucha contra los abusos sexuales de los menores.¹⁰⁹ La Directiva sobre la trata de seres humanos contiene una disposición sobre la vulnerabilidad, que se define de la siguiente manera: “existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso” (Artículo 2(2)). En la aplicación de la presente Directiva es necesario asegurarse de que el género y la identidad se tengan en cuenta al evaluar la vulnerabilidad.

¹⁰⁸ Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas: es relevante en general, ya que prevé medidas para prevenir, apoyar y proteger a las víctimas y castigar a los culpables, Diario Oficial UE L 101/6.

¹⁰⁹ Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, Diario Oficial UE L335/1.

RECOMENDACIONES:

- ➔ **Aclarar que la Directiva 2012/29 / UE se refiere tanto a las parejas del mismo sexo registradas como a las no registradas.**
- ➔ **Asegurarse de que la definición de persona «especialmente vulnerable» incluya a personas gay, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales.**



IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La discusión en los párrafos anteriores muestra que la libre circulación sin obstáculos de ningún tipo, dentro de la Unión Europea aún no es una realidad para las personas LGBT y sus familias. Hay tensiones entre los derechos y principios consagrados en la UE y las leyes de los Estados miembros que impiden el mantenimiento de la promesa de la igualdad entre las familias homosexuales y las familias heterosexuales. La Comisión puede y debe poner en práctica medidas para garantizar a las familias LGBT protecciones legales a las que tienen derecho.

Queda abierta la cuestión de si el término «cónyuge» incluye a los cónyuges del mismo sexo, y si una definición más o menos favorable, existente en un Estado miembro acompaña a la pareja en otros Estados miembros. Por lo tanto, las leyes en materia de divorcio y separación judicial también pueden o no abordar dichas ocurrencias, ya que se refieren a las parejas homosexuales. Los nacionales LGBT de terceros países que han contraído matrimonio o una unión registrada con un ciudadano de la Unión no conocen sus derechos en materia de inmigración, dejando a los Estados miembros la libertad de separar a las familias estables. Los derechos parentales, especialmente en relación con los niños adoptados y los niños concebidos con la asistencia médica, dependen de la forma en que los Estados consideran la unión entre personas del mismo sexo. Los derechos del niño en general - así como vienen codificados a nivel de la UE en una serie de tratados, directivas y anteriormente en el Tribunal de Justicia - son relegados a una posición de importancia secundaria cuando se da a los estados facultad de negar la igualdad a sus padres. La orientación sexual de una persona puede motivar una pensión de valor reducido o el rechazo total de las prestaciones de seguridad social para los cónyuges supervivientes y los derechos de sucesión. Las personas que no se identifican a sí mismos como hombres o mujeres pueden ser obligados a hacerlo. Por último, no está claro que las víctimas LGBT de delitos, en especial de violencia sexual y

de delitos basados en el odio, y sus familias reciban la misma protección legal que cualquier otra persona.

La Comisión Europea debe primero aclarar, sin ninguna ambigüedad, que el término «cónyuge» incluye siempre a los cónyuges del mismo sexo. También debe codificar el principio del Estado miembro de origen a fin de que la situación jurídica y de protección de las familias LGBT no se vea degradada o quede reducida en el caso en el que éstas decidan mudarse a un estado con leyes sobre uniones menos favorables. En este sentido, también debe especificar que las parejas que se desplacen de unos sistemas jurídicos menos favorables a países con sistemas más favorables puedan disfrutar de una mejora de su estado porque de lo contrario estas personas permanecen atrapadas en los regímenes desfavorables simplemente por nacimiento.

Es esencial que la Comisión Europea actúe en este ámbito. La Unión Europea ha hecho un esfuerzo encomiable para garantizar los derechos humanos básicos de todos sus ciudadanos, el primer y más importante de los cuales es que la ley es igual para todos. No actuar fallaría en este esfuerzo. Es extremadamente importante que el 8 de enero de 2014, el Parlamento Europeo haya aprobado una resolución titulada *Hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género*¹¹⁰, exigiendo la puesta en marcha de un instrumento político que garantice la plena igualdad con respecto a la orientación sexual e identidad de género. También se pide a la Comisión Europea que elabore las líneas guía para que la actuación de la legislación de la UE sobre la libre circulación y reagrupaciones familiares tenga lugar con el fin de garantizar el respeto de todos los tipos de familia que están legalmente reconocidas por las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea. Los problemas legales que enfrentan las familias arco iris y que se describen en este Libro Blanco subrayan la fuerte necesidad de una acción inmediata por parte de la Unión Europea.

¹¹⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (2013/2183(INI)).

V. FUENTES

LISTADO DE ASUNTOS:

- ▶ TJUE, *Eftalia Dafeki c. Landesversicherungsanstalt Württemberg*, Asunto C-336/94.
- ▶ TJUE, *Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, Asunto C-267/12.
- ▶ TJUE, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*, Asunto C-34/09.
- ▶ TJUE, *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, Asunto C-147/08.
- ▶ TJUE, *Secretary of State for the Home Department c. Rahman*, Asunto C-83/11.
- ▶ TEDH, *E.B. c. Francia*, Demanda núm. 00043546/02.
- ▶ TEDH, *Fretté c. Francia*, Demanda núm. 36515/97.
- ▶ TEDH, *Labassee c. Francia*, Demanda núm. 65941/11.
- ▶ TEDH, *Menesson c. Francia*, Demanda núm. 65192/11.
- ▶ TEDH, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, Demanda núm. 33290/96.
- ▶ TEDH, *Schalk and Kopf c. Austria*, Demanda núm. 30141/04.
- ▶ TEDH, *Vallianatos y otros c. Grecia*, Demanda núm. 29381/09 y 32684/09.
- ▶ TEDH, *Wagner y J M W L c. Luxemburgo*, Demanda núm. 76240/01.
- ▶ TEDH, *X y otros c. Austria*, Demanda núm. 19010/07.
- ▶ TJE, *Carlos Garcia Avello c. État Belge*, Asunto C-148/02.
- ▶ TJE, *Comisión c. Anton Pieter Roodhuijzen*, Asunto C T-58/08.
- ▶ TJE *Comisión c. Alemania*, C 249/86.
- ▶ TJE, *D y Reino de Suecia c. Consejo de la Unión Europea*, Asunto C-122/99 P y C-125/99 P.
- ▶ TJE, *Grunkin-Paul gegen Standesamt Niebüll*, Asunto C-353/06.
- ▶ TJE, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency*, Asunto C-117/01.
- ▶ TJE, *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd*, Asunto C-249/96.
- ▶ TJE, *P. c. S y Cornwall County Council*, Asunto C-13/94.

- ▶ TJE, *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, Asunto C-423/04.
- ▶ TJE, *Estado neerlandés c. Ann Florence Reed*, Asunto C-59/85.
- ▶ TJE, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, Asunto C-267/06.

DERECHO COMUNITARIO:

- ▶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño, COM (2011) 60.
- ▶ Directiva 2003/109/CE del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, Diario Oficial UE L 16/44.
- ▶ Directiva 2009/50/CE del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, Diario Oficial UE L 155/17.
- ▶ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, Diario Oficial UE L 303/16.
- ▶ Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar, Diario Oficial UE L 251/12.
- ▶ Directiva 2010/18/UE del Consejo de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE, Diario Oficial UE L 68/13.
- ▶ Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, Diario Oficial CE L 82/1.
- ▶ Reglamento (CE) n. 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) n. 1347/2000, Diario Oficial UE L 338/1.
- ▶ Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos, Diario Oficial UE L 102/48.
- ▶ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, Diario Oficial UE L 158/77.
- ▶ Directiva 2006/17/CE de la Comisión de 8 de febrero de 2006 por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos, Diario Oficial L 38/40.
- ▶ Directiva 2006/86/CE de la Comisión de 24 de octubre de 2006 por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los requisitos de trazabilidad, la notificación de las reacciones y los efectos adversos graves y determinados requisitos técnicos para la codificación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humano, Diario Oficial UE L 294/32.
- ▶ Directiva 2011/24/UE de 9 de marzo de 2011 relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, Diario Oficial UE L 88/45.
- ▶ Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas: es relevante, en general, ya que prevé medidas para prevenir, apoyar y proteger a las víctimas y castigar a los culpables, Diario Oficial UE L 101/6.
- ▶ Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, Diario Oficial UE L335/1.

- ▶ Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección, Diario Oficial UE L 338/2.
- ▶ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, Diario Oficial L 315/57.
- ▶ Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores, Diario Oficial UE 128/8.
- ▶ Directiva 98/79/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de octubre de 1998 sobre productos sanitarios para diagnóstico in vitro, Diario Oficial CE L 331/1.
- ▶ Resolución del Parlamento Europeo sobre los aspectos de Derecho civil, mercantil, de familia e internacional privado del plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo de 23 de noviembre de 2010, P7_TA(2010)0426.
- ▶ Resolución del Parlamento Europeo de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (2013/2183(INI)).
- ▶ Libro Verde de la Comisión, de 17 de julio de 2006, 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 - no publicado en el Diario Oficial].
- ▶ Libro Verde, Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil (COM (2010)747), disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0747:FIN:ES:PDF>.
- ▶ Dictámenes del Comité Económico y Social Europeo (DO 2011 C 248, p. 113) y el Comité de las Regiones DO 2012 C 54.
- ▶ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual [COM/2008/0426 final – no publicada en el Diario Oficial].
- ▶ Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n. 2201/2003 en lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial [COM (2006) 399 final – no publicada en el Diario Oficial].
- ▶ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales [COM (2011) 126 final].
- ▶ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas [COM (2011) 127 final].
- ▶ Reglamento (UE) n. 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, Diario Oficial UE L 181/4.
- ▶ Reglamento (UE) n. 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, Diario Oficial UE L 141/1.
- ▶ Reglamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, Diario Oficial UE L 201/107.
- ▶ Trans and Intersex People. Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression, Autores Silvan Agius y Crista Tobler, Red de Expertos Legales en materia de lucha contra la discriminación con la Supervisión del Grupo para las Políticas Migratorias, junio de 2011, p. 82.
- ▶ **Amorim, L.:** Freedom of Movement for LGBT Families, 6 de Marzo de 2013.
- ▶ **Bell, M., Bonini Baraldi, M.:** Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Families and the Free Movement Directive: Implementation Guidelines, ILGA-Europe, 2008.
- ▶ **Busatta, L.,** Could a common EU standard of access to MAR techniques be possible also for LGBT couples? Ponencia presentada en la conferencia Rights on the Move, 16-17 de octubre de 2014, p.11.
- ▶ **Falletti, E.:** LGBTI Discrimination and Parent-Child Relationships: Cross-Border Mobility of Rainbow Families in the European Union, Family Court Review, Volumen 52, Issue 1, páginas 28–45, enero de 2014.
- ▶ **Koffeman, N.:** Legal Responses to Cross-Border Movement in Reproductive Matters within the European Union, Paper per il Workshop n. 7. Sexual and reproductive rights: liberty, dignity and equality of the IXth World Congress of the IACL Constitutional Challenges: Global and Local, Oslo, Noruega, 16-20 de junio de 2014.
- ▶ **Rijpma, J., Koffeman, N.:** Free Movement Rights for Same-Sex Couples Under EU Law: What Role to Play for the CJEU?, in: Gallo D. et al. (eds), Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions, Springer-Verlag 2014, p. 470.
- ▶ **Saura, N.,** The Multilevel legal Framework on the Best Interests of the Child in Relation to LGBT Families, documento de trabajo, proyecto Rights on the Move, p. 6.
- ▶ **Toner, H.:** Partnership Rights, Free Movement, and EU Law, Hart Publishing, 2004.
- ▶ **Tryfonidou, A.:** EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: The Case for Mutual Recognition, ponencia presentada en la conferencia Rights on the Move, 16-17 de octubre de 2014.

OTRAS FUENTES:

- ▶ Informe sobre la revisión intermedia del Programa de Estocolmo de 4 de marzo de 2014.
- ▶ Free Legal Advice Centres Ireland: 'Lydia Foy and the Struggle for Transgender Rights in Ireland', septiembre de 2013, disponible en: http://www.flac.ie/download/pdf/lydia_foy_struggle_for_transgender_rights_in_ireland_sept_2013.pdf.
- ▶ http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/110510_en.htm.
- ▶ <http://en.wikipedia.org/wiki/Intersex>.
- ▶ http://equineteurope.org/IMG/pdf/lgbti_perspective_english_.pdf
- ▶ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52011DC0060>
- ▶ https://lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Termine/International_Conference_in_Strasbourg__ILGA-Europe_.pdf
- ▶ <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/16031.07.pdf>
- ▶ http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130695/LDM_BR1%282013%29130695_REV1_EN.pdf
- ▶ ILGA-Europe's contribution to the Stakeholder consultation on possible EU measures in the area of paternity leave, February 2010.
- ▶ ILGA-Europe's key demands for the recognition of diverse families, 2012.
- ▶ L'Autre Cercle: Mutual Recognition of Registered Partnerships and Same-Sex Marriages Within the Territory of the European Union: A Restriction on the Freedom of Movement of EU Citizens? November 2011.
- ▶ NELFA Public Petition to EU Commissioner Viviane Reding: Same-Sex Parents and their Children Demand True Freedom of Movement in the European Union, 2013.
- ▶ NELFA: NELFA welcomes European parliament resolution calling on free movement for all families, 7 April 2014.



RIGHTS
ON THE MOVE