

**FACULTAT DE DRET DE LA UNIVERSITAT DE  
LES ILLES BALEARS. GRAU DE DRET**

**MATRIMONIOS  
HOMOSEXUALES Y  
REAGRUPACIÓN  
FAMILIAR**

---

En el marco de la libre circulación de personas en  
la Unión Europea

**CARLOTA BARCA RIBAS**

**Grado en Derecho: Trabajo de Fin de Grado**

# ÍNDICE

1. Introducción.....	3
2. El marco legal: pluralidad de regímenes y derechos en la Unión Europea.....	5
3. La reagrupación familiar de matrimonios entre personas del mismo sexo en España.	
3.1. La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.....	7
3.2. Extranjeros y la LOE.....	10
4. La reagrupación familiar en la Directiva 2004/38/CE.	
4.1. Contexto normativo y Antecedentes.....	13
4.2. Análisis de la Directiva.....	15
5. La reagrupación familiar de los matrimonios entre no ciudadanos de la UE: la Directiva sobre reagrupación familiar 2003/86/CE .....	19
6. Conclusiones.....	22
7. Legislación.....	25
8. Bibliografía.....	26

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo afronta la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo. El objeto de estudio se va centrar en la reagrupación familiar en el marco de la libre circulación de personas desde la perspectiva de la Unión Europea. *El objetivo es profundizar sobre lo que sucede con un matrimonio entre personas del mismo sexo que reside en España y su marco jurídico, un matrimonio entre personas del mismo sexo en la Unión Europea y un matrimonio entre personas que no son de la UE; y, si sus cónyuges pueden o no tener acceso a la libre circulación en la Unión Europea y a la reagrupación familiar.*

En la actualidad las personas nos movemos mucho más, esto es, nos trasladamos de un país a otro, cambiamos de residencia o vamos a un país por motivos laborales. Esta situación de desplazarnos a un nuevo destino provoca ciertas dificultades en el caso de matrimonios entre personas del mismo sexo. Cómo pueden afrontar estos matrimonios el cambio de residencia y qué derechos tienen en el país de entrada es lo que vamos a tratar de analizar en este trabajo.

El análisis de este tema puede ser muy amplio y nos podemos hacer muchas preguntas, tales como; la adopción, seguridad social, derecho de pensiones por viudedad, etc, pero sería excesivamente extenso en atención a los límites del espacio y nos centraremos en lo comentado anteriormente. Qué sucede cuando un matrimonio celebrado entre personas del mismo género se casan en un país que tiene regulado en su régimen legal interno el matrimonio homosexual y quieren residir en otros países de la UE que legalmente no regulan dicha situación.

La finalidad de la reagrupación familiar es proteger el derecho propio de todo ser humano a una vida en familia, y se instituye como un instrumento básico para lograr la integración del extranjero en el país de acogida, al contribuir a la creación de su estabilidad sociocultural. A pesar de tratarse de un derecho esencial y de suponer una pieza clave para la integración del extranjero, la reagrupación familiar se somete al cumplimiento de una serie de condiciones que afectan, por ejemplo, a la posesión de una vivienda de determinado nivel, un mínimo de recursos económicos, al cumplimiento de un plazo de residencia previa o a consideraciones de orden público o de seguridad pública.

La problemática ya se ha planteado en la Unión Europea. En el año 2005 la petición 0724/2005, presentada por James Walsh, de nacionalidad británica, constata que en los Estados miembros de la UE son diferentes las formas de reconocimiento de las modalidades de convivencia y los derechos de lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales (LHBT), por lo que considera que no se puede hablar de libre circulación de personas. El peticionario cree que se debería crear una comisión parlamentaria a fin de asegurar la igualdad y la diversidad, con el objetivo de fomentar los derechos de todos los grupos minoritarios. Reclama que la legislación de la Unión no contempla el reconocimiento mutuo de los matrimonios entre parejas heterosexuales u homosexuales. La divergencia entre las leyes de los Estados miembros es susceptible de provocar problemas prácticos para las parejas homosexuales en sus desplazamientos por el territorio de la UE. Las parejas homosexuales registradas en los Estados miembros donde esta unión es legal pierden sus derechos cuando se desplazan a otro Estado miembro que no reconoce la existencia de las parejas del mismo sexo, en concreto el derecho a la reunificación familiar.<sup>1</sup>

El plan de trabajo partirá de una descripción sobre la pluralidad de regímenes en la Unión Europea. Seguidamente nos ocuparemos de la normativa española actualmente vigente tanto de la Ley 13/2005 como de la Ley Orgánica de Extranjería. También se analizará el marco jurídico de la Unión Europea, la evolución histórica de los primeros textos legislativos hasta la 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; y por último, de la situación de los matrimonios de no nacionales de la UE que quieren residir en el territorio. Señalaremos, como conclusión, las Directivas 2004/38/CE y 2003/86/CE, así como las eventuales mejoras y cambios que se podrían llevar a cabo para una mejor integración e igualdad de los matrimonios entre personas del mismo sexo.

---

<sup>1</sup> Parlamento Europeo: Comunicación a los miembros de la Petición 0724/2005 presentada por James Walsh de nacionalidad británica, sobre los derechos de LHBT en la U.E. CM/623407ES.doc. PE 376.517. Fecha 3/7/2006.

## 2. EL MARCO LEGAL: PLURALIDAD DE REGÍMENES Y DERECHOS EN LA UNION EUROPEA

De los 28 países que integran la UE sólo reconocen el matrimonio homosexual y poseen leyes sobre la identidad y expresión de género los: Países Bajos, Bélgica, España, Suecia, Portugal, Dinamarca, Reino Unido (sólo en Inglaterra y Gales) y Francia. El resto de países que forman parte de la Unión Europea como Estonia, Finlandia, Irlanda, Letonia, Lituania, Austria, Croacia, República Checa, Hungría, Polonia, Eslovaquia, Bulgaria, Rumania, Chipre, Grecia, Italia y Malta no reconoce el matrimonio homosexual y por supuesto no tienen leyes, incluso alguno de estos países, como Letonia, prohíbe constitucionalmente el matrimonio entre homosexuales. Actualmente sólo Luxemburgo, Alemania y Eslovenia lo han propuesto, lo que quiere decir que sus respectivos Gobiernos han anunciado la intención de introducir un proyecto de ley de matrimonio entre personas del mismo sexo en sus ordenamientos jurídicos.

A nivel internacional los países en que es legal el matrimonio homosexual son: Canadá, Sudáfrica, Islandia, Argentina, Nueva Zelanda, Uruguay, México, Brasil y una decena de Estados de los Estados Unidos. Por ejemplo, en Canadá la ley de matrimonios homosexuales si hizo efectiva el 20 de junio de 2005, en Estados Unidos el matrimonio entre contrayentes del mismo sexo es un asunto que divide a los diferentes Estados, donde el 17 de mayo de 2004 entró en vigor la ley que permite extender licencia de matrimonio con plenos efectos a las parejas gays sólo en ciertos Estados de Estados Unidos.<sup>2</sup>

El país pionero en extender el matrimonio entre parejas del mismo sexo en el mundo fue Holanda en el año 2001 con la denominada *Ley de apertura del matrimonio*. El Parlamento Holandés a través de esta ley cambió varios preceptos del Código Civil, de entre ellos el art.30 al que se le dio una nueva redacción en los siguientes términos: “*el matrimonio puede ser celebrado por dos personas de diferente sexo o de mismo sexo*”.<sup>3</sup>

Bélgica fue el segundo país en extender el matrimonio a las parejas del mismo sexo en 2003, después de que lo hiciera Holanda en 2001. El Parlamento belga introdujo una modificación en el Código Civil, concretamente en su Libro primero, a través de la

---

<sup>2</sup> Soriano Martínez, Enrique (2011): *El matrimonio homosexual en Europa*. Artículo aprobado el 28 de febrero de 2011.

<sup>3</sup> y <sup>4</sup> Cañamares Arribas, Santiago (2007): *El matrimonio homosexual en derecho español y comparado*. Ed. Iustel. Portal Derecho, S.A. Pp. 139-149.

llamada *Loi Ouvrant le Mariage à des Personnes de Même Sexe et Modifiant Certaines Dispositions du Code Civil*, 13 de febrero de 2003.<sup>4</sup>

El tercer país en aprobar el matrimonio homosexual fue España. El 1 de julio de 2005 se produjo en nuestro país un hecho histórico con la aprobación de la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, donde se hace una nueva interpretación del art. 32.1 de la Constitución y se modifica el art. 44 CC, abriendo la posibilidad de contraer matrimonio entre dos personas del mismo sexo mediante la introducción de un apartado segundo del citado artículo 44 CC, fijando lo siguiente: “*el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo*”.

Se trata de una de las leyes más importantes y de mayor trascendencia política, social y legislativa que se han aprobado en nuestro ordenamiento jurídico. La repercusión de esta ley era de esperar porque innova una institución tradicionalmente concebida y porque reconoce un derecho que era totalmente ignorado. Con esta ley, el legislador da un giro a la perspectiva legislativa española, ya que no hace más de tres décadas, en España, se condenaba la homosexualidad; hace dos décadas se despenalizaba; y hace tan sólo una que empezó a permitirse la inscripción de parejas homosexuales en diversos Registros Municipales, y más adelante se regulaba a través de las leyes de parejas de hecho de las Comunidades Autónomas en las que se les reconocían ciertos derechos de pareja.<sup>5</sup>

El último país de la UE, hasta el momento, en aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido el Reino Unido. El sábado 29 de marzo de 2014 entra en vigor la "*Ley del Matrimonio (para Parejas del Mismo Sexo)*", que fue aprobada en el Parlamento de Westminster aunque afecta sólo a Inglaterra y Gales. La ley británica, una de las más permisivas de Europa, autoriza a las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio no sólo en los ayuntamientos y edificios civiles, sino en los templos religiosos que lo autoricen, excluyendo a la Iglesia Anglicana. Además los

---

<sup>5</sup> Martín Sánchez, María (2008): *El derecho constitucional al matrimonio homosexual en España. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*. Pp. 249-253.

matrimonios celebrados entre británicos fuera del país serán reconocidos en Reino Unido.<sup>6</sup>

Como se puede ver reflejado, los diferentes regímenes que existen en el mundo sobre la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, son muy dispares unos de otros. Son marcos legales tan diferentes que podrían atentar contra el objetivo de la Unión Europea de la libre circulación de personas y reagrupación familiar. De los 28 países que en la actualidad integran la UE, sólo 8 regulan el matrimonio homosexual en sus ordenamientos internos. Pero muchos otros como Estonia, Finlandia, Irlanda, Italia, etc, no reconocen el matrimonio homosexual. En el mundo entero sólo diecisiete países reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo. Ante esta panorámica nos damos cuenta de que la libre circulación y la reagrupación familiar se pueden ver afectados según el país de destino. Si quieres que un matrimonio tenga validez debes trasladarte a un país que regularice esta situación en el mismo orden en el que se celebró tu unión. Porque aunque la situación esté legalizada en el país de origen y en el de destino, los derechos no tienen por qué ser los mismos. Por supuesto, si te trasladas a un país que no reconoce el matrimonio homosexual, tu unión en ese estado pierde toda validez, con lo cual no se te reconoce ningún derecho como cónyuge y la reagrupación familiar será a su vez imposible, al no existir ningún vínculo familiar.

### **3. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN ESPAÑA.**

#### **3.1. LA LEY 13/2005, DE 1 DE JULIO, POR LA QUE SE MODIFICA EL CC EN MATERIA DE DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO.**

En España el 3 de Julio de 2005 se produce una reforma en el Código Civil (CC) por la Ley 13/2005 por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio (en adelante Ley 13/2005)<sup>7</sup>. A partir de este momento, los contrayentes pueden ser de igual o diferente sexo, con idénticos requisitos y efectos en ambos supuestos. Con esta reforma, se hace una nueva interpretación de la Constitución, art.32.1 y también del

---

<sup>6</sup> [www.20minutos.es/.../0/ley-matrimonio-homosexual/.../Inglaterra-gales/.www.elmundo.es](http://www.20minutos.es/.../0/ley-matrimonio-homosexual/.../Inglaterra-gales/.www.elmundo.es).

<sup>7</sup> Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. BOE-A-2005-11364. Publicado en: «BOE» núm. 300, de 02/07/ 2005.

ahora art.44.1º del CC, en el sentido de dar a la mención “hombre y mujer” un reconocimiento individual al derecho a contraer matrimonio que a cada uno corresponde y no como sujetos de una unión necesariamente heterosexual. Con esta nueva interpretación del precepto constitucional regulador del derecho a contraer matrimonio, se supera la concepción histórica de la institución matrimonial que hasta ahora conocíamos.

No podríamos referirnos a dicha ley sin hacer referencia a los precedentes legislativos locales y autonómicos, que regularon relaciones de pareja y sirvieron de impulso para la aprobación de esta ley.

Los Registros Municipales constituyeron el primer reconocimiento hacia las parejas homosexuales, permitiendo su inscripción de manera oficial. La primera inscripción de parejas homosexuales se hizo en 1994 en el Registro Municipal de Vitoria.

En el año 1998 comenzó en Cataluña una labor por parte del legislador autonómico abriendo camino al reconocimiento legal de situaciones familiares no matrimoniales, con la *Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja*. Con ella se empezaron a reconocer legalmente situaciones familiares no matrimoniales, otorgando ciertos derechos y beneficios a las parejas de hecho, hasta entonces desamparadas ante la ley.

A partir de este momento se hizo más patente la existencia de una laguna legislativa a nivel estatal que regulara de forma clara las nuevas situaciones familiares que existen en la sociedad actual y que, sólo eran reconocidas por las leyes autonómicas. Hasta la aprobación de la Ley 13/2005 el legislador estatal no se decidió a regular esta materia.

La ley 13/2005 contiene un artículo único y trata sobre la modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. En ella se modifican el art. 44, donde se añade un segundo apartado, que queda redactado del siguiente tenor literal: “*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”; los art. 66, 67, 154, 160, el párrafo 2º del art.164, el apartado 4 del art.175, el apartado segundo del art.178, el párrafo segundo del artículo 637, los art 1323, 1344, 1348, 1351, 1361, 1404,1458. Se modifica la disposición adicional primera y segunda; y por último la disposición final primera y segunda, todos del Código Civil.



En la Ley 13/2005 se nos explica que: “ *la relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y la paz social. En consonancia con ello, una manifestación señalada de esta relación, como es el matrimonio, viene a ser recogida por la Constitución, en su artículo 32, y considerada, en términos de nuestra jurisprudencia constitucional, como una institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja*”.

La ley 13/2005 explica que el legislador debe conocer y regular la institución del matrimonio de conformidad con el ordenamiento jurídico. La ley que desarrolla este derecho de acuerdo con la Constitución, lo hace de forma en que se ajuste al momento histórico y determina la capacidad exigida para contraer matrimonio.

La sociedad evoluciona y el legislador debe adaptarse reconociendo los diversos modos de convivencia y evitar la ruptura entre el Derecho y los valores de la sociedad. La sociedad española es más rica, plural y dinámica por ello ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social la convivencia entre parejas del mismo sexo.

Esta percepción se produce también en la Unión Europea, donde el Parlamento Europeo adopta la Resolución, de 8 de febrero de 1994<sup>8</sup>, en la que expresamente se pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales, considerando que la base de la recomendación debería ser la igualdad de trato de todos los ciudadanos de la unión europea, con independencia de su orientación sexual y a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio.

La Historia relata una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual por ello el legislador español ha establecido un marco donde el libre desarrollo de su personalidad y de sus derechos convivan en igualdad. Consecuentemente, la Constitución encarga al legislador que regule una nueva forma de relación afectiva sin

---

<sup>8</sup>Resolución A3-0028/94 del 8 de febrero de 1994 en DOCE de 28 de febrero de 1994.<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/56/pr/pr31.pdf>.

excluir la ya existente. La opción reflejada en esta ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador y así, *la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta.*

La regulación del matrimonio que ahora se instaure satisface la realidad del momento y permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con igualdad de derechos y obligaciones en todos los casos.

Por ello se ha procedido a una adaptación terminológica de los artículos del Código Civil que hablan del matrimonio y de los que hacen referencias explícitas al sexo. Por una parte, las referencias al marido y a la mujer se han sustituido por la mención a los cónyuges; y de otra parte, todas las referencias al matrimonio en el ordenamiento jurídico español han de entenderse aplicables al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo.

### **3.2. EXTRANJEROS Y LA LOE.**

En el supuesto de que una pareja haya contraído matrimonio fuera de España, y luego uno de los cónyuges se traslada a nuestro territorio y quiere reagrupar al otro, al igual que si lo han celebrado en nuestro país, el procedimiento para la reagrupación será el establecido en los art. 16-19 de la Ley Orgánica de Extranjería (en adelante LOEx)<sup>9</sup>, incluso si se han casado en un país de la UE o del Espacio Económico Europeo (EEE) deberán ceñirse a lo establecido en el régimen general de extranjería, porque lo importante no es la residencia anterior, sino su nacionalidad. No les será de aplicación el régimen comunitario, ya que la nacionalidad es el único factor que incide en la titularidad del derecho de libre circulación de personas.

---

<sup>9</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE-A-2000-23660. Publicado en: «BOE» núm. 307, de 23/12/2000.

En los casos en que reagrupante y reagrupado sean nacionales de terceros Estados habrán de estar en lo previsto en la LOEx y su Reglamento de desarrollo (en adelante RLOEx)<sup>10</sup>, independientemente del lugar en el que hayan contraído matrimonio. El procedimiento establecido en la LOEx sobre reagrupación familiar es muy restrictivo, tanto con el cónyuge que se encuentra en España, como con el que reside en otro país, ya que se les exige: al que vive en España residencia legal de un año, una vivienda adecuada, seguro médico y medios económicos suficientes, (art.18.2 de la LOEx); al que reside fuera de España la obtención de un visado de residencia por reagrupación familiar, (art. 43.1 del Reglamento de la LOEx).

El primero de los requisitos exigidos al reagrupante es el de residencia legal. Cuando haya residido legalmente en España un año y cuando tenga autorización para residir al menos otro podrá solicitar la reagrupación, (art.42.1 del RLOEx). Se puede solicitar a la vez la reagrupación y la autorización.

El segundo requisito es que disponga de una vivienda adecuada para atender sus necesidades y las de su familia. En cuanto a la vivienda, según el art. 42.2.e del RLOEx, el reagrupante deberá aportar justificación documental que pruebe la disponibilidad de una vivienda adecuada para atender sus necesidades y las de la familia. Serán los trabajadores sociales de cada Ayuntamiento los que determinen si la vivienda se considera adecuada o no. Este requisito se acreditará mediante informe expedido por la Corporación Local del lugar de residencia del reagrupante. La corporación local deberá emitir su informe y notificarlo en el plazo máximo de quince días desde la solicitud.

La tercera condición es disponer de un seguro de enfermedad para sí mismo y para el cónyuge, que tiene que cubrir todos los riesgos. Esta condición busca evitar que las personas se conviertan en una carga para la Seguridad Social del Estado miembro de recepción.

La cuarta condición es la prueba de que dispone de recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia. El Reglamento de la LOEx en su art. 42.2.d establece que: “...*Mediante orden del Ministro de la*

---

<sup>10</sup> Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009. BOE-A-2011-7703. Publicado en: «BOE» núm. 103, de 30/04/2011.

*Presidencia, a propuesta de los Ministros de Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales, se determinará la cuantía de los medios de vida exigibles a estos efectos, así como el modo de acreditar su posesión, teniendo en cuenta el número de personas que pasarían a depender del solicitante a partir de la reagrupación”.*

Si la resolución de la Administración en respuesta a la solicitud de reagrupación familiar realizada por el reagrupante en España es favorable, el cónyuge del mismo sexo tendrá dos meses para solicitar personalmente el visado en la Oficina Diplomática o Misión Consular de España en cuya demarcación resida, ya sea dentro o fuera de la UE. La Oficina diplomática tiene dos meses para notificar que el visado ha sido concedido y el reagrupado lo deberá recoger y desde ese momento podrá entrar en España. En el plazo de un mes desde la entrada el reagrupado deberá solicitar la tarjeta de identidad de extranjero.

El procedimiento de reagrupación familiar previsto en la LOEx tiene como condición que el familiar al que se quiera reagrupar no se encuentre en España. Si se celebra el matrimonio en España el cónyuge del mismo sexo sólo podrá ser reagrupado si sale del país. En este caso, se aplican los art. 16 a 19 explicados. Los problemas surgen cuando el cónyuge se queda en territorio español por varios motivos: cuando uno de los contrayentes reside legalmente en España y el otro viene a contraer matrimonio, con lo que estará en régimen de estancia de hasta tres meses. Entonces la reagrupación sólo es posible si sale del territorio español cuando espere su visado. Si se queda en España lo hará en situación irregular, y en estas circunstancias la reagrupación no será posible. Sólo podrá permanecer de forma legal con la obtención de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales (art. 45 del RLOEx), que se recoge en el sistema para regularizar la situación de aquellos extranjeros que no se han acogido al régimen ordinario. Las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales podrán ser dadas por cuatro motivos distintos: arraigo laboral, social o familiar, razones de protección internacional, motivos humanitarios o colaboración con autoridades administrativas, judiciales, policiales o fiscales.

El matrimonio entre un nacional de un tercer Estado y su cónyuge no nacional no proporciona una situación jurídico-administrativa estable a éste último hasta que no consiga una autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

## 4. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN LA DIRECTIVA 2004/38/CE.

### 4.1. CONTEXTO NORMATIVO Y ANTECEDENTES

La regulación legal del matrimonio en los Derechos de todos los Estados miembros de la Unión Europea se halla recogida por multitud de textos legales: artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, celebrado en el marco del Consejo de Europa. Todos estos textos legales utilizan el término “matrimonio”, pero parece que el concepto de matrimonio empleado por estos textos, se circunscribe a la unión entre varón y mujer. En efecto, en los años 1948, 1950 y 1977, en la que tales textos fueron elaborados no era necesario realizar dicha precisión, pues el matrimonio se celebraba entre personas del mismo sexo. El matrimonio al que se refieren dichos instrumentos legales era el matrimonio entre varón y mujer, porque, en tal época, para poder hablar de matrimonio debía existir una unión entre personas de sexo distinto.

El artículo 3, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea, (en adelante TUE)<sup>11</sup> dice: *“La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”*. A su vez, el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea exige a los Estados miembros que respeten los derechos fundamentales, incluida la prohibición de discriminación por motivo de orientación sexual. Este artículo se remite al Convenio Europeo para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales, (en adelante CEDH)<sup>12</sup>: *“A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”*. La legislación de la UE no obliga a los Estados miembros a admitir o reconocer uniones o matrimonios entre personas del mismo sexo pero sí que les obliga a tratar a las parejas

---

<sup>11</sup> Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 firmado en Maastricht. DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010. DOUE-Z-2010-70005.

<sup>12</sup> Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE-A-1979-24010. Publicado en: «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

del mismo sexo igual que a las parejas de distinto sexo al aplicar la legislación de la UE, incluida la legislación sobre libre circulación, migración y asilo, ya que los Estados miembros deben ayudar a la Unión en el cumplimiento de su misión y deben abstenerse de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de esta institución, (art. 4 apartado 3 del TUE).

Sin embargo, una evolución muy importante se aprecia en algunos instrumentos legales internacionales más recientes del Derecho de la Unión Europea.

En primer lugar, debe recordarse la Resolución A3-0028/94<sup>13</sup> del Parlamento Europeo sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea. El Parlamento Europeo pide a la Comisión de la Comunidad Europea que *«presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales»* que debería, como mínimo, tratar de poner fin, entre otras cosas, *«a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales»*, de modo que *«la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia»*, y se solicita de la Comisión de la Comunidad Europea que ponga fin *«a toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar niños»*. La Resolución citada produjo efectos explosivos en los ambientes jurídicos europeos. Por vez primera, un instrumento jurídico internacional afrontaba directamente la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo.

En segundo lugar, el art.9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que es un texto enormemente relevante porque recoge los derechos reconocidos por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dice: *“Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”*. De este precepto podemos extraer que se deja en manos de los Estados miembros la decisión de configurar el matrimonio como una unión entre personas del mismo y/o diferente sexo, que ningún Estado miembro está obligado a reservar la institución del matrimonio a las personas de sexo distinto y, que

---

<sup>13</sup>Resolución A3-0028/94 del 8 de febrero de 1994 en DOCE de 28 de febrero de 1994.<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/56/pr/pr31.pdf>.

la Carta de de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no contiene criterios para determinar los efectos jurídicos que los matrimonios entre personas del mismo sexo válidamente celebrados en un Estado miembro surten en los demás Estados miembros.

En 2003 la comisión anual de libertades del Parlamento Europeo presentó un informe, que finalmente no fue aprobado, en el que se pretendía instar a los países miembros a reconocer a las parejas homosexuales. El texto fue rechazado por 279 votos contra 259 y 9 abstenciones, el Parlamento aconsejó a la Unión Europea la inclusión en su agenda política del debate sobre los matrimonios homosexuales.<sup>14</sup>

El 5 de diciembre de 2008 nace un nuevo debate sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en el ámbito de la Unión Europea. Se activó con la aprobación de un informe 2007/2145(INI)<sup>15</sup> sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión 2004-2008, donde se insta a los Estados miembros que hayan regularizado las parejas del mismo género a que reconozcan las uniones o matrimonios celebrados en otros Estados de la Unión para salvaguardar el derecho a la libre circulación en la Unión Europea. Dicho informe fue aprobado el 15 de enero de 2009 por 401 votos contra 220 y 67 abstenciones. Por lo que podemos ver en el informe, se aportaron muchas otras propuestas, de entre ellas, la igualdad de oportunidades, sobre los romaníes, la xenofobia, sobre los jóvenes, etc, y por el momento el reconocimiento de las uniones celebradas en otros Estados miembros por los que no las reconocen ha quedado en el olvido.

## **4.2. ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA**

Con el objetivo de transformar la Unión Europea en un auténtico espacio de libertad y movilidad para todos los ciudadanos, en 1990 se adoptaron las siguientes Directivas con objeto de conceder el derecho de residencia a personas que no fueran trabajadores: Directiva 90/365/CEE del Consejo relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, Directiva 90/366/CEE del Consejo relativa al derecho de residencia de los

---

<sup>14</sup> El Parlamento Europeo decide hoy si apoya el matrimonio homosexual. El País. 14 de enero de 2003.

<sup>15</sup> Resolución del Parlamento Europeo de 5 de diciembre de 2008, sobre la situación de los derechos fundamentales en la UE 2004-2008. Informe 2007/2145(INI). Ciclo relativo al documento: A6-0479/2008.

estudiantes y Directiva 90/364/CEE del Consejo relativa al derecho de residencia (para los nacionales de los Estados miembros que no disfruten de dicho derecho en virtud de otras disposiciones del Derecho comunitario, así como para los miembros de sus familias). Sin embargo, en 2004 se adoptó una nueva directiva de carácter global, la 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<sup>16</sup> (en adelante Directiva 2004). La nueva Directiva derogó las tres Directivas mencionadas anteriormente y agrupó las medidas existentes en el complejo conjunto de legislación y jurisprudencia que había regulado este ámbito hasta la fecha.

La Directiva sobre libre circulación 2004/38/CE permite a un ciudadano de la UE, con ciertas condiciones, circular y residir en el territorio de la UE con su cónyuge. Si el Estado de acogida trata a las uniones registradas como equivalentes al matrimonio, los componentes de la pareja tendrán los mismos derechos que los cónyuges en virtud de la Directiva 2004.

En España por medio del RD 240/2007<sup>17</sup>, se ha venido a transponer al Ordenamiento Jurídico español la 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.

Esta Directiva 2004/38/ CE tiene por objeto regular las condiciones de ejercicio del derecho de libre circulación y de residencia de los ciudadanos de la UE y de los miembros de sus familias; el derecho de residencia permanente; y la restricción de dichos derechos por razones de orden público, seguridad y salud pública.

Se entiende por “ciudadano de la Unión” a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro, (art. 2.1 de la Directiva 2004) y, por “miembro de la familia” la Directiva 2004 en su art.2.2 enumera los siguientes casos: al cónyuge y a la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada de acuerdo con la

---

<sup>16</sup> Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y el 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. (Texto pertinente a efectos del EEE).

<sup>17</sup> Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. BOE-A-2007-4184. Publicado en: «BOE» núm. 51, de 28 de febrero de 2007.



legislación de un Estado miembro pero siempre que el Estado de acogida otorgue a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con que las condiciones del Estado miembro de acogida recojan esta situación en su legislación.

Los miembros de la familia de un ciudadano de la UE que no tengan la nacionalidad de ningún Estado miembro se benefician del derecho de que el ciudadano de la UE del que vayan acompañados disponga de un documento de identidad o de un pasaporte válido que les da el derecho a desplazarse a otro Estado miembro, pero podrán verse sujetos a la obligación de obtener un visados para residencias de breve duración de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CE) n°539/2001, (art 5 de la Directiva 2004).

Si el ciudadano de la UE y su cónyuge quieren residir por más de tres meses, (art. 6 de la Directiva 2004), están sujetos a las siguientes condiciones, art 7 de la Directiva 2004: ejercer una actividad económica por cuenta ajena o propia; disponer de recursos suficientes, así como disponer de un seguro de enfermedad para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro anfitrión durante su período de residencia; o cursar estudios como estudiante y garantizar mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia.

Los trámites administrativos que deben cumplimentar los ciudadanos de la Unión ante las autoridades competentes en un plazo no inferior a los tres meses a partir de su llegada son según el art. 8 de la presente Directiva 2004: un documento de identidad o un pasaporte válidos; una prueba de que cumple las condiciones establecidas en la letra b) del apartado 1 del artículo 7; y a los ciudadanos de la Unión que cursen estudios les bastará demostrar, mediante una declaración o cualquier otro medio a elección suya, una prueba de que está matriculado en un centro reconocido y de que tiene un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos.

Una vez cumplimentada esta documentación el certificado de registro se expedirá con carácter inmediato.

Los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de ningún Estado miembro deberán solicitar un permiso de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión, que tendrá una validez de cinco años a partir de su expedición, (art. 10 de la Directiva 2004).

Los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias pueden mantener el derecho de residencia previsto en el art.6 mientras no se conviertan en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida, (art. 14 de la Directiva 2004).

A su vez, todo ciudadano de la Unión puede obtener el derecho de residencia permanente en el Estado miembro anfitrión tras haber residido legalmente en él durante un período ininterrumpido de cinco años, (art. 16 de la Directiva 2004).

El derecho de residencia permanente deja de estar sujeto a cualquier tipo de condición y la misma norma rige para los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de ningún Estado miembro y que hayan residido durante cinco años con un ciudadano de la Unión, (art. 18 de la Directiva 2004). Una vez obtenido, el derecho de residencia permanente únicamente se pierde en caso de una ausencia del Estado miembro anfitrión superior a dos años consecutivos.

Sin embargo, como hemos mencionado anteriormente existen ciertas limitaciones al derecho de entrada y de residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, (art. 27 y 28 de la Directiva 2004), que deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. Los Estados miembros son libres para determinar los requisitos de orden público y seguridad pública de conformidad con sus necesidades. Que pueden variar de un Estado miembro a otro pero cuando lo hacen en el contexto de la aplicación de la Directiva 2004, deben interpretar restrictivamente esos requisitos.<sup>18</sup> Se interpreta que la seguridad pública cubre tanto la seguridad interna como la externa en el sentido de proteger la integridad del territorio de un Estado miembro y sus instituciones<sup>19</sup>. Se interpreta que el orden público consiste en impedir que se altere el orden social.

Según jurisprudencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea los ciudadanos de la UE sólo podrán ser expulsados por conductas castigadas por la ley del Estado miembro de acogida.<sup>20</sup>

La persona que haya sido objeto de una decisión de prohibición de entrada en el territorio por razones de orden público, seguridad pública o salud pública podrá presentar una solicitud de alzamiento de la prohibición tras un plazo razonable en

---

<sup>18</sup> Asunto 36/75 Rutili (apartado 27), 30/77 Bouchereau (apartado 33) y C-33/07 Jipa (apartado 23).

<sup>19</sup> Asunto C-423/98 Albore (apartado 18) y C-285/98 Kreil (apartado 15).

<sup>20</sup> Asunto 115/81 Adoui y Cornuaille (apartados 5-9) y C-268/99 Jany (apartado 61).

función de las circunstancias y, en cualquier caso, tres años después de la ejecución de la decisión definitiva de prohibición, (art. 32 de la Directiva 2004).

En conclusión, todo ciudadano podrá traer a su cónyuge para residir en el Estado miembro de acogida, incluso si el cónyuge no pertenece por sí mismo a ninguna de las categorías anteriores. Sin embargo, si la pareja está casada en su Estado de origen y el Estado de acogida reconoce la validez de los matrimonios entre personas del mismo sexo, tendrá derecho, con arreglo a la Directiva de libre circulación, a reunirse con su cónyuge. Por el contrario si el Estado de acogida no reconoce la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo no se reconocerá la validez del matrimonio, por lo que sólo podrá residir en el país de acogida como trabajador, estudiante o persona con medios suficientes.

## **5. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LOS MATRIMONIOS ENTRE NO CIUDADANOS DE LA UE: LA DIRECTIVA SOBRE REAGRUPACIÓN FAMILIAR 2003/86/CE.**

El día 3 de octubre de 2003 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea, el texto oficial de la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (en adelante Directiva 2003)<sup>21</sup>. La gestación de esta Directiva puede calificarse, sin lugar a dudas, de excesivamente lenta, y aunque los progenitores son muchos, participaron quince miembros de la UE, aunque sin el consentimiento de: Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. Sin embargo, a la vista de sus preceptos no nos queda más remedio que señalar que es bastante restrictiva e incluso contraria a los derechos fundamentales.

Toda persona que desee trasladarse a un Estado miembro de la UE desde fuera de la UE, podrá disfrutar en general del derecho de traer a su cónyuge si cumple con los requisitos de la Directiva sobre reagrupación familiar 2003/86/CE. Sin embargo, a las parejas del mismo sexo no siempre se les concede este derecho, incluso habiendo inscrito en un registro su matrimonio. Depende de cada Estado miembro y no de la UE decidir si permite o reconoce los matrimonios del mismo sexo.

---

<sup>21</sup> Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar. DOUE-L-2010-80571. Publicado en: «DOUE» núm. 85, de 31 de marzo de 2010.

La Directiva sobre reagrupación familiar 2003/86/CE se aplica cuando ambas personas son nacionales de un tercer país, esto es, no ciudadanos de un Estado miembro de la UE. La Directiva sobre reagrupación familiar permite a los nacionales de un tercer país reagruparse con su cónyuge nacional de un tercer país con residencia en el territorio de un Estado miembro. Los Estados miembros determinarán si es el propio nacional extranjero o el miembro de su familia que desee reunirse con él quien presentará la solicitud de reagrupación familiar.

El ejercicio de la reagrupación familiar puede estar sujeto al cumplimiento de diversos requisitos que se refieren tanto al reagrupante como al reagrupado. El reagrupante no sólo debe ser titular de un permiso de residencia expedido por un Estado miembro por un período de validez superior o igual a un año, sino que además *“debe tener una perspectiva fundada de obtener un derecho de residencia permanente”*, (art. 3.1 de la Directiva 2003). Por otra parte, el art. 8.1 de la Directiva 2003 establece que: *“los Estados Miembros podrán requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un período de tiempo, que no podrá superar dos años, antes de reagrupar a los miembros de su familia con él”*. Es decir, que existe una opción para los Estados de imponer un período de espera de una duración máxima de dos años antes de permitir la reagrupación familiar. Además, se habilita a los Estados para que puedan establecer un plazo de espera de tres años como máximo entre la presentación de la solicitud de reagrupación familiar y la expedición del permiso de residencia a los familiares, (art. 8.2 de la Directiva 2003).

En segundo lugar, al presentar la solicitud de reagrupación, también se puede requerir al solicitante la acreditación de que el reagrupante dispone de determinados medios y recursos; que está en posesión de una vivienda adecuada y que cumpla las normas generales de seguridad y salubridad vigentes en el Estado del que se trate; un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos para sí mismo y los miembros de su familia; y, la obtención de recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado Miembro de que se trate. Para la determinación de estos requisitos se tendrá en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimas, así como el número de miembros de la familia, (art. 7.1 de la Directiva 2003).

Por último, se puede requerir el cumplimiento de medidas de integración, de acuerdo con la legislación nacional. En la Directiva 2003 no se han recogido expresamente cuáles puedan ser estas medidas, lo que puede permitir un amplio margen de discrecionalidad por parte de los Estados Miembros. Si se tiene en cuenta el segundo inciso del apartado 2 del art. 7 de la Directiva 2003 parece que dichas medidas de integración se pueden pedir incluso antes de producirse la reagrupación.

Excepto en casos particulares, el miembro de la familia que aspira a la reagrupación debe encontrarse fuera de la UE durante el procedimiento. La solicitud deberá ir acompañada de justificantes que demuestren los lazos familiares y el cumplimiento de las condiciones previstas. La petición deberá examinarse en un plazo máximo de seis meses a partir de la fecha de la solicitud.

A los beneficiarios de la reagrupación familiar se les va a otorgar una serie de derechos relativos a la entrada y permanencia, tal y como se establece en el art. 13 de la Directiva 2003. En primer lugar, el Estado miembro autorizará la entrada de los miembros de la familia, y dará toda clase de facilidades para la obtención de los visados que sean necesarios. Se les expedirá, también, un primer permiso de residencia de una duración mínima de un año que será renovable.

Los familiares reagrupados tendrán derecho a la concesión de un permiso de residencia independiente, (art. 15 de la Directiva 2003). En este precepto se establece que, después de cinco años de residencia, el cónyuge tiene derecho a solicitar un permiso de residencia autónomo, independiente del concedido al reagrupante. Se permite a los Estados miembros restringir dicha concesión en caso de ruptura matrimonial.

Los Estados miembros podrán denegar la solicitud de entrada y de residencia de un miembro de la familia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, (art 6 de la Directiva 2003). Lo mismo ocurrirá en caso de fraude. Las mismas razones podrán justificar la retirada o no-renovación de un permiso ya otorgado. Respecto a las medidas de orden público y seguridad pública, se tendrá en cuenta la gravedad o el tipo de infracción cometida, o el peligro que implique. La interpretación que se vaya a dar deberá tener en cuenta qué se entiende por orden público: *“El concepto de orden público podrá incluir una condena por la comisión de un delito grave. En este contexto se debe señalar que el concepto de orden público y seguridad pública incluye asimismo*

*los casos en que un nacional de un tercer país pertenece a una asociación que apoya el terrorismo, apoya una asociación de ese tipo o tiene objetivos extremistas”.*<sup>22</sup>

En segundo lugar, para la denegación de entrada o la retirada de un permiso de residencia por reagrupación familiar se puede alegar el incumplimiento de los requisitos previstos en el art. 7 de la Directiva 2003, es decir, ausencia de recursos económicos suficientes, alojamiento adecuado, o asistencia sanitaria cubierta.

En tercer lugar, en el art. 16 de la Directiva 2003 se establece que se puede denegar la solicitud de entrada o su renovación, así como la retirada del permiso cuando no se cumplan o hayan dejado de cumplirse las condiciones previstas en la Directiva para ejercer la reagrupación familiar.

Las personas a quienes se les deniegue, no se les renueve o retire el permiso tendrán derecho a interponer los recursos jurisdiccionales o administrativos previstos, (art. 18 de la Directiva 2003).

No obstante, a pesar de esta Directiva 2003, los Estados miembros no están obligados explícitamente a extender este derecho a parejas de personas del mismo sexo, estén registradas o no.

## **6. CONCLUSIONES**

Parece evidente que en la actualidad aún queda mucho por recorrer en el marco de la UE y del mundo en general en la búsqueda de la igualdad para los matrimonios entre personas del mismo sexo. Esta situación se ve reflejada en la Petición 0155/2011<sup>23</sup>, presentada por Vince Llewelyn, de nacionalidad británica, al Parlamento Europeo. El peticionario explica que Francia reconoce los matrimonios de lesbianas y homosexuales celebrados en otros Estados miembros pero que su ordenamiento no reconoce este tipo de matrimonios celebrados entre personas de distinta nacionalidad. Por este motivo, cree que la posición de Francia implica una limitación de su derecho a la libre circulación y el libre estacionamiento en la UE. La respuesta de la Comisión de 16 de noviembre de 2011 dice que el reconocimiento entre personas del mismo sexo no está

---

<sup>22</sup> Párrafo 14 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar. DOUE-L-2010-80571. Publicado en: «DOUE» núm. 85, de 31 de marzo de 2010.

<sup>23</sup> Parlamento Europeo: Comunicación a los miembros de la Petición 0155/2011. CM/884151ES.doc. PE476.019v01-00. Fecha 16/11/2011.

cubierto por la actual legislación de la UE y, en este sentido, no ofrece ninguna solución.

Parecida situación se vive en la sentencia *Schalk y Kopf vs. Austria* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de junio de 2010, (en adelante TEDH), donde dos personas del mismo sexo solicitaron los trámites para casarse. La demanda se desestimó porque el Código Civil Austriaco, en su art. 44, establece que sólo pueden contraer matrimonio un hombre y una mujer. Los recurrentes confirmaron su recurso al TEDH con base en los arts. 8, 12 y 14 del CEDH. En la sentencia se hizo referencia al derecho al matrimonio establecido en el art. 12 del CEDH y se afirmó que la explícita referencia a hombre y mujer fue «*deliberada*» y no casual, aunque «*hay que tener en cuenta el contexto histórico en el cual el Convenio fue adoptado. En los años cincuenta el matrimonio se entendía claramente en el sentido tradicional, como unión de personas de sexo diferente*». El TEDH afirmó que, a pesar de los evidentes cambios que suceden en la realidad social y jurídica de la institución matrimonial, no era posible sostener la existencia de un acuerdo generalizado ni una obligación para los Estados. Según explica el Tribunal, los Estados representan las instituciones más adecuadas para responder a las necesidades de sus contextos sociales, pues «*el matrimonio tiene raíces profundas en el contexto social y cultural que puede ser muy diferente de una sociedad a otra*». El Tribunal, de nuevo, deja la decisión en manos de los legisladores nacionales.

Con todo lo expuesto, consideramos que, desde la aprobación de la primera ley sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, (Holanda 2001), con la *Ley de apertura del matrimonio*, ha habido un crecimiento lento en la adaptación de esta nueva forma de matrimonio en los ordenamientos jurídicos, ya no sólo de la UE, sino del mundo entero. Esta falta de aprobación por una cantidad ingente de países provoca que este tipo de matrimonios naveguen por el mundo con una incertidumbre total sobre su situación jurídico- personal. Ciertos Estados miembros de la UE admiten la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo pero por el contrario otros muchos no contemplan esa posibilidad. El problema surge cuando los cónyuges se instalan en otros Estados miembros y desean hacer valer su matrimonio válidamente celebrado en otro Estado miembro que no admite estos matrimonios. En estos casos la problemática está latente, y lo más lógico es que ese matrimonio decida finalmente no trasladarse a ese país no reconocedor de sus derechos como matrimonio legalmente contraído en otro Estado. Esta situación, sin la más mínima duda, irrumpe en el derecho de todo

ciudadano de la UE a la libre circulación. Esa libre circulación que se consagra en numerosos tratados y textos pero que se ve limitada por la lentitud, la incompreensión y la falta de evolución de ciertos países, que por lo que se puede translucir, no están preparados o no quieren adaptarse a estos cambios que acontecen en la sociedad moderna.

El derecho de las personas a circular y residir libremente dentro de la UE constituye un objetivo fundamental de la ciudadanía de la Unión, establecida en el Tratado de Maastricht de 1992, en el art.3.2 del Tratado de la UE y en el art.21 del Tratado de Funcionamiento de la UE. Sin embargo, su aplicación no ha sido fácil. Hoy en día, la libre circulación de personas se regula en la Directiva 2004/38/CE. Directiva que sigue teniendo muchos retos y que exige de bastantes requisitos para la entrada en un Estado miembro. Requisitos que, a nuestro parecer, no son fáciles de sobrellevar, por ejemplo, en parejas con situación económica insuficiente, que pueden pretender el traslado en busca de nuevas oportunidades en otros países. No más lejos, la situación que vivimos en España en la actualidad, con la crisis económica, puede llevarnos a querer buscar trabajo en otros países. Pero qué pasa si celebras un matrimonio con una persona del mismo sexo y el Estado de destino no legisla esta situación. Cuál es la solución, claudicar, aceptar el hecho de que la familia no sea reconocida como tal.

Los hechos analizados son complejos y se encuentran en pleno proceso evolutivo. Las instituciones de la UE, así como el Parlamento Europeo, no pueden seguir demorando la resolución de dichos supuestos y dejarlos al arbitrio de los legisladores de los Estados miembros. Los traslados de residencia entre matrimonios del mismo sexo aún no son muy numerosos, al igual que las peticiones y quejas al Parlamento Europeo. Por consiguiente, observando la realidad actual, se puede prever que a medida que transcurra el tiempo, estas situaciones serán cada vez más comunes, debido a que este tipo de uniones, aunque proporcionalmente son menos numerosas, irán creciendo significativamente. De nuevo, la sociedad avanza más rápidamente que la legislación.

No condenemos estas uniones y sigamos luchando ante esta laguna legal que encuadra a los matrimonios entre personas del mismo sexo, para vivir en un mundo más plural y adaptado a las necesidades de todos.



## 7. LEGISLACIÓN

- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. BOE-A-2005-11364. Publicado en: «BOE» núm. 300, de 02/07/ 2005.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE-A-2000-23660. Publicado en: «BOE» núm. 307, de 23/12/2000.
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009. BOE-A-2011-7703. Publicado en: «BOE» núm. 103, de 30/04/2011.
- Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 firmado en Maastricht. DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010. DOUE-Z-2010-70005.
- Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE-A-1979-24010. Publicado en: «BOE» núm. 243, de 10/10/1979.
- Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y el 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. (Texto pertinente a efectos del EEE).
- Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. BOE-A-2007-4184. Publicado en: «BOE» núm. 51, de 28/02/2007.
- Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar. DOUE-L-2010-80571. Publicado en: «DOUE» núm. 85, de 31/03/2010.
- Parlamento Europeo: Comunicación a los miembros de la Petición 0724/2005 presentada por James Walsh de nacionalidad británica, sobre los derechos de LHBT en la U.E. CM/623407ES.doc. PE 376.517. Fecha 3/7/2006.

- Resolución A3-0028/94 del 8 de febrero de 1994 en DOCE de 28 de febrero de 1994.<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/56/pr/pr31.pdf>.
- Resolución del Parlamento Europeo de 5 de diciembre de 2008, sobre la situación de los derechos fundamentales en la UE 2004-2008. Informe 2007/2145(INI). Ciclo relativo al documento: A6-0479/2008.
- Parlamento Europeo: Comunicación a los miembros de la Petición 0155/2011. CM/884151ES.doc. PE476.019v01-00. Fecha 16/11/2011.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- **Soriano Martínez, Enrique (2011):** *El matrimonio homosexual en Europa*. Artículo aprobado el 28 de febrero de 2011.
- **Cañamares Arribas, Santiago (2007):** *El matrimonio homosexual en derecho español y comparado*. Ed. Iustel. Portal Derecho, S.A. Pp. 139-149.
- **Calvo Caravaca, A y Carrascosa González, J (2007):** *Los matrimonios entre personas del mismo sexo en la Unión Europea*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, No 700. Pp. 445- 446.
- **Ragone, Sabrina (2013):** *El matrimonio homosexual en Europa, entre derecho político y derecho jurisprudencial. Reflexiones a raíz de la reciente jurisprudencia comparada*. Foro, Nueva época, vol. 16, núm. 1. (2013): 241-261. Pp. 258-259.
- **Martín Sánchez, María (2008):** *El derecho constitucional al matrimonio homosexual en España. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*. Artículo extraído de la monografía de la misma autora: *Matrimonio homosexual y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. Pp. 249-253.
- **Soto Moya, Mercedes (2009):** *Matrimonio, orientación sexual e integración del extranjero*. Capítulo de Libro: *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, Atelier, 2009, pp. 685-715. Pp. 13-18.
- **Álvarez Rodríguez, Aurelia (2006):** *La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración*. Fundación CIDOB. Pp. 53- 56.

- **Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo (2009):**  
*Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE 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 (Texto pertinente a efectos del EEE).* Bruselas, 2/7/2009. Pp. 10-11.
- **Portal Unión Europea, [www.europa.eu](http://www.europa.eu).**
- **EUR- Lex- Europa, [www.eur-lex.europa.eu/homepage.html](http://www.eur-lex.europa.eu/homepage.html).**
- **European Union Agency for Fundamental Rights, [www.fra.europa.eu](http://www.fra.europa.eu).**