



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

*Rivista quadrimestrale on line
sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*

2021, n. 1

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet 2017-2020 (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, Professore Emerito, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno
Guido Raimondi, già Presidente della Corte EDU - Presidente di Sezione della Corte di Cassazione
Silvana Sciarra, Professore Emerito, Università di Firenze - Giudice della Corte Costituzionale
Giuseppe Tesaro, Professore f.r. di Diritto dell'UE, Università di Napoli "Federico II" - Presidente Emerito della Corte Costituzionale
Antonio Tizzano, Professore Emerito, Università di Roma "La Sapienza" - Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE
Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona
Giandomato Caggiano, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges
Paola Mori, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro
Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania - già Componente ANAC
Lucia Serena Rossi, Ordinario di Diritto dell'UE, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - Giudice della Corte di giustizia dell'UE



COMITATO DEI REFEREEES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Marco Benvenuti, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Federico Casolari, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna
Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Rosario Espinosa Calabuig, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universitat de València
Pietro Gargiulo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Teramo
Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Víctor Luis Gutiérrez Castillo, Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Jaén
Ivan Ingravallo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Bari
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Marie Curie Fellow, European University Institute
Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Claudia Morviducci, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Leonardo Pasquali, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Piero Pennetta, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Concetta Maria Pontecorvo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidade do Minho
Ángel Tinoco Pastrana, Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla
Chiara Enrica Tuo, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Iermano, Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Michele Messina, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Rossana Palladino (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista scientifica on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"
www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli
CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario **2021, n. 1**

Editoriale

Fiducia reciproca e mandato d'arresto europeo. Il “salto nel buio” e la rete di protezione
Lucia Serena Rossi p. 1

Saggi e Articoli

Ciudadanía europea y protección de la vida familiar. Especial referencia a los nuevos modelos de familia
Víctor Luis Gutiérrez Castillo p. 15

La protezione dei minori stranieri non accompagnati nella giurisprudenza europea: quale possibile influenza sulle proposte contenute nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo?
Anna Pitrone p. 29

Il progressivo rafforzamento dello “*status di nonno*” nel sistema di tutela europeo e nazionale
Anna Iermano p. 52

Il coordinamento delle politiche per la *cybersecurity* dell'UE nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia
Daniela Marrani p. 77

Impacto de la Estrategia global de seguridad de la UE para reforzar el acuerdo y el dialogo sobre derechos humanos UE - Cuba
Alexis Berg-Rodríguez p. 99

Il centro degli interessi principali del debitore e il *forum shopping* tra regolamento (UE) 2015/848 e codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza
Michela Capozzolo p. 127

The unconvicted detention of persons with mental impairments: the ECHR “unsound” that does not sound
Marcello Sacco p. 153



FOCUS

20 años de la Carta de derechos fundamentales de la UE. Su aplicación por los Tribunales Españoles

Il Focus contiene i testi rivisti di alcune delle relazioni tenute in occasione del Convegno internazionale organizzato presso l'Università Pompeu Fabra di Barcellona (28/29 settembre 2020)

- Implementation of the Charter of fundamental rights by the Spanish Courts in the *Junqueras* case p. 176
Maria Mut Bosque
- Risks for the fundamental right to the protection of personal data stemming from the Covid-19 sanitary crisis: a Spanish perspective p. 197
Eva María Nieto Garrido
- La Carta de derechos fundamentales de la Unión europea en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español en procesos de amparo p. 219
Santiago Ripol Carulla
- The fundamental right to an effective judicial protection and the rule of law in the EU and their impact on Member States' administration of justice p. 238
Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena



CIUDADANÍA EUROPEA Y PROTECCIÓN DE LA VIDA FAMILIAR. ESPECIAL REFERENCIA A LOS NUEVOS MODELOS DE FAMILIA

Víctor Luis Gutiérrez Castillo*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Hacia la construcción de un derecho europeo de la familia. – 3. La protección de los vínculos familiares en Europa: convergencia entre la Unión Europea y el Consejo de Europa. – 4. La ciudadanía europea y la protección de la vida familiar. – 5. La ciudadanía europea como motor de una política europea en materia de familia. – 5.1. La protección de los nuevos modelos de familia en Europa. – 5.2. Libre circulación y nuevas estructuras familiares. – 6. Conclusión.

1. Introducción

La existencia de la familia no ha estado al margen de la transformación de nuestras sociedades: su conceptualización ha evolucionado a lo largo del tiempo. Asimismo, éstas se han desprendido de los tradicionales estereotipos que afectaban a la familia y a sus integrantes: piénsese, por ejemplo, que hasta hace algunas décadas aún se distinguía entre los hijos “legítimos” nacidos dentro del matrimonio de aquéllos que no lo eran. A todas luces esta evolución se ha producido con mayor rapidez a nivel social que a nivel jurídico. Teniendo en cuenta todo esto, puede afirmarse que hemos pasado de un sistema modélico basado en la familia nuclear a un nuevo orden familiar de naturaleza plural. El matrimonio ha perdido el monopolio de la legitimación familiar, las uniones de hecho se multiplican y los hijos que nacen fuera del matrimonio gozan del mismo estatus que los considerados tradicionalmente como legítimos. En consecuencia, la familia adopta perfiles plurales: recompuesta, monoparental, homoparental, etc. La diferencia de sexos deja de ser una *conditio sine qua non* del *ius nubendi* y las técnicas de reproducción asistida permiten disociar la sexualidad de la procreación. Circunstancias todas ellas que, inevitablemente, inciden en la dimensión familiar de los derechos y libertades de los ciudadanos europeos.

Como es sabido, las especiales características del derecho de familia dificultan su armonización en la región europea: se trata de un derecho impregnado de la idiosincrasia de cada sociedad, “profundamente anclado” en “la historia, la cultura, las mentalidades y los valores de los pueblos”, así como en “el patrimonio cultural nacional único o precioso de cada Estado”¹. Según el momento, la sociedad y el entorno en el que se encuentre una

Double blind peer reviewed article.

* Professor of Public International Law, Universidad de Jaén. E-mail: vlguti@ujaen.es.

persona, su familia y sus relaciones variarán. Por todo ello, podemos arriesgarnos a decir que existen tantos derechos de familia como sociedades concretas, incluso dentro del continente europeo. Partiendo de lo expuesto, con nuestra investigación nos disponemos a hacer un análisis de cómo el derecho de la Unión Europea (en adelante UE) ha ido dando respuesta a los desafíos del derecho de familia en la sociedad contemporánea, incluyendo los derivados de los nuevos modelos de familia. Y ello lo haremos a partir de un estudio del derecho de la UE y del Consejo de Europa², dedicando nuestra atención tanto a la norma internacional como a la jurisprudencia de los tribunales competentes, en concreto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH).

2. Hacia la construcción de un derecho europeo de la familia

A priori podría decirse que el derecho de familia (así como su pretendida *européización*) responde a un patrimonio común de valores procedente de los derechos humanos existente en el continente europeo. La cada vez mayor importancia del respeto a la vida privada y familiar, del principio de no discriminación y del interés superior del menor ha dado lugar a una especie de “armonización” del derecho material” de la familia. En este sentido, es esencial el papel que ha jugado el Consejo de Europa y, en concreto, la jurisprudencia emanada por el TEDH en la protección de la vida privada del individuo, como ha quedado de manifiesto en el asunto *Marckx contra Bélgica*, de 13 de junio de 1979, en el que el juez europeo amplió el concepto de “vida familiar para comprender en él no solo las relaciones familiares *de jure*, tradicionalmente fundadas en el matrimonio, sino también las relaciones *de facto*, incluyendo así las relaciones familiares que tienen lugar más allá del matrimonio³. Circunstancia que también encontramos en el marco de la UE, donde podemos constatar un interés por valores compartidos, así como por la defensa de los derechos y libertades del individuo. Y es que, no podemos olvidar el hecho de que la UE no solamente se ha dotado de su propia Carta de Derechos Fundamentales, la cual debe guiar la interpretación y aplicación del derecho europeo, sino que también lo ha hecho de un conjunto de disposiciones que, como veremos más adelante, han contribuido de forma significativa a la eliminación progresiva de discriminaciones llevadas a cabo por

¹ Véase K. BOELE-WOELKI, *Aux origines de la pensée juridique de la famille européenne*, in E. BERNARD, M. CRESP et M. HO-DAC (a cura di), *La famille dans l'ordre juridique de l'Union Européenne*, Bruxelles, pp. 33-55 y G. WILLEMS, *La Constitution d'un droit européen de la famille : l'exemple (paradigmatique) de la reconnaissance, de la protection et de la circulation des couples homosexuels et des familles homoparentales*, en *La famille dans l'ordre de l'Union européenne*, Bruxelles, 2020, pp. 67-85.

² Para más información sobre este véase A. DI STASI, *Il sistema convenzionale di tutela dei diritti dell'uomo: profili introduttivi*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, pp. 38-47.

³ Este planteamiento ha sido secundado por otras sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, entre las que destacan las sentencias *Johnston y otros c. Irlanda*, de 18 de diciembre de 1986; *Kroon y otros c. Países Bajos*, de 27 de octubre de 1994; *McMichael c. Reino Unido*, de 24 de febrero de 1995. Las sentencias del TEDH y demás decisiones citadas *supra* y a continuación podrán ser consultadas en su dirección electrónica oficial en <http://www.echr.coe.int/>.

los Estados miembros y que afectaban a los ciudadanos europeos en su dimensión individual y familiar.

En este sentido, coincidimos con la profesora Boele-Woelki, cuando afirma que la europeización del derecho de familia supone una necesidad en la medida en la que el derecho europeo tiene que dar respuesta a las “necesidades” expresadas por las familias transnacionales⁴. En concreto, a la voluntad de los ciudadanos de poder circular libremente sin que sus vínculos familiares se vean rotos o alterados por el cruce de fronteras. A esta necesidad ha tratado de dar respuesta la UE desde hace décadas con todo un arsenal de disposiciones normativas (directivas sobre reagrupación familiar, reglamentos relativos al derecho internacional privado de familia...) y de pronunciamientos del TJUE. Circunstancia ésta que también observamos en el ámbito del Consejo de Europa, en el marco del cual el tribunal de Estrasburgo ha protegido la dimensión familiar más allá de las estructuras tradicionales, como ha quedado de manifiesto en los asuntos *Wagner*⁵, *Mennesson*⁶ y *Labasse*⁷ relativos al reconocimiento de vínculos de filiación en el extranjero. En estos dos últimos casos, el TEDH concluyó que la prohibición de Francia de establecer un vínculo de filiación entre un padre y su hijo biológico nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución era contraria al art. 8 CEDH, en lo que se refiere al respeto a la vida privada.

Teniendo en cuenta lo expuesto podría afirmarse que la constitución de un futuro derecho de familia europeo será el resultado de un doble movimiento de integración de los derechos internos de los Estados en la materia y del derecho de familia internacional impulsado por los dos órdenes jurídicos paneuropeos. Dos palancas de integración que se completan y se refuerzan mutuamente: la aproximación de las reglas de fondo adaptadas por los legisladores nacionales facilita la movilidad nacional, mientras que la relativización de fronteras entre los Estados orquestada por el derecho a la libre circulación, favorece la emergencia de estándares o de principios comunes entre todos los Estados. Podría decirse pues que esta dinámica hará posible la construcción progresiva de un espacio europeo compuesto por valores compartidos en el que los/as ciudadanos/as podrán desplazarse con sus familias, a pesar de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales.

3. La protección de los vínculos familiares en Europa: convergencia entre la Unión Europea y el Consejo de Europa

Como es sabido, en el ámbito de la UE, la importancia de los derechos fundamentales y libertades no ha sido siempre la misma. Inicialmente era una cuestión de escasa trascendencia: los Tratados fundacionales no incluían una referencia global ni directa a los

⁴ K. BOELE-WOELKI, *Aux origines de la pensée juridique de la famille européenne*, cit., pp. 33-55.

⁵ Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, Gran sala, sentencia de 28 de junio 2007, rec. n. 76240/01, *Wagner & J.M.W.L. c. Luxembourg*.

⁶ Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, Gran sala, sentencia de 26 de junio 2007, rec. n. 76240/01, *Mennesson c. France*.

⁷ Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, Gran sala, sentencia de 26 de junio de 2014, rec. n. 65941/11, *Labasse c. France*.

derechos fundamentales. El Tratado de la Comunidad Europea (TCE) de 1957 establecía los fines de la Comunidad en su artículo 2 (desarrollados en los arts. 3 y 4) sin hacer referencia a la armonización ni construcción de un derecho de familia común. Posteriormente, en su versión consolidada (2002), incluiría entre sus fines la construcción de una Unión Económica y Monetaria, así como el desarrollo equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad. Tampoco entre las políticas o acciones comunes haría referencia al derecho de familia. Podría decirse, pues, que la unificación de esta rama del derecho ha sido una cuestión tradicionalmente ajena a los propios fines de la Unión. De hecho, las únicas alusiones existentes en el TCE se encuentran en sus arts. 61, 65 y 67⁸ relativos a las medidas de cooperación judicial en materia civil. Medidas éstas que, sin embargo, se limitan a temas formales de reconocimiento y ejecución de sentencias, sin afectar a cuestiones materiales o de contenido⁹.

Ahora bien, a pesar de esta circunstancia, todo apunta a que la situación al día de hoy parece haber cambiado. Podría decirse que el interés por aspectos relativos al derecho de familia ha sido consecuencia de la preocupación por garantizar una aplicación uniforme el derecho comunitario, así como por la consolidación de la jerarquía de la norma comunitaria sobre los derechos internos y la protección de los derechos fundamentales. Preocupación que se recoge expresamente en el Tratado de la Unión Europea¹⁰ (TUE) y en concreto en una serie de normas básicas que constitucionalizan dichos derechos, piénsese por ejemplo en sus artículos 6, 7, 11 y 29. El primero de ellos (el art. 6) obliga a la UE a respetar los derechos fundamentales de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH), tal y como resultan de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros¹¹. La especial importancia que cobra dicho artículo en relación a la posición que ocupan estos derechos a escala comunitaria es doble. Por una parte, gozan de una protección especial bajo la técnica de los principios generales del derecho comunitario y, por otra parte, adquieren la naturaleza de verdaderos derechos subjetivos aplicables no sólo a los ciudadanos de la Unión, sino también a toda persona sometida a su jurisdicción o a la de cualquier Estado miembro (artículo 1 de la CEDH). De este modo, no hay duda de que la garantía de los derechos fundamentales son parte integrante del acervo del derecho comunitario, entre los que se incluye el derecho al respeto de la vida familiar. Asimismo, podría afirmarse que, con la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea (Tratado de Lisboa de 2007, de 13 de diciembre)¹², la Unión ha avanzado en el establecimiento de medidas relativas al derecho de familia con repercusión transfronteriza

⁸ Tratado de la Comunidad Europea modificado por el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997. DO, C 340 de 10 noviembre 1997, p. 111.

⁹ M. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *La unificación del derecho de familia europeo: ¿quimera o realidad?*, *Estudios de Deusto*, 2014, n. 2, pp. 235-286.

¹⁰ Versión consolidada, DO, C 326 de 26 octubre 2012.

¹¹ El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 noviembre 1950, *Recueil des Traités des Nations Unies*, 213.

¹² Versión consolidada DO, C 326 du 26 octobre 2012.

(art. 65 TFUE), viéndose superado por el propio derecho originario uno de los obstáculos principales para la armonización de esta rama del Derecho.

En este contexto, también ha jugado un papel determinante la labor de TJUE, que ha reconocido expresamente la existencia a escala comunitaria de derechos fundamentales como parte integrante de los principios generales del derecho y por ende de la jerarquía normativa del derecho comunitario primario. Es significativo, en este sentido, que se haya desarrollado a partir de los años sesenta una etapa de activa protección de estos derechos, invocando diversos tratados internacionales y en especial el CEDH, el cual reconoce el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar (art. 8). Si bien, no podemos olvidar, que puede quedar limitado por una serie de causas justificadas: que dicha limitación sea conforme a la ley (causa de legalidad), persiga alguna de las causas consideradas como legítimas (causa de legitimidad) y que sea “necesaria en una sociedad democrática” para alcanzar tales fines (causa de necesidad). Limitación que, en todo caso, debe ser siempre “proporcional”. Esta protección de la vida privada y familiar afecta, inevitablemente, a aquellas personas que han conformado nuevas estructuras familiares, como, por ejemplo, la de los matrimonios o uniones civiles homoparentales. Sin duda, su protección ha sido posible en los últimos años gracias al diálogo e interpretación «constructiva» que han llevado a cabo tanto el TJUE como, en mayor medida, el TEDH¹³. Y es que éste ha realizado una lectura conjunta de los artículos 8 y 12 del Convenio, interpretando el concepto de familia de forma amplia. Gracias a dicha interpretación, se ha abandonado el concepto tradicional y limitado de familia (matrimonio heterosexual), prefiriendo una protección inclusiva.

4. La ciudadanía europea y la protección de la vida familiar

La influencia de la ciudadanía europea sobre el derecho de familia encuentra su origen en la protección que dispensa la UE al ciudadano europeo. Sin embargo, en la práctica, la protección efectiva de vínculos familiares viene dependiendo, por una parte, del reconocimiento del derecho de circulación y residencia de los miembros de su familia por los Estados miembros y, por otra parte, de la voluntad de éstos de reconocer los efectos de los vínculos familiares concluidos en otros Estados de la Unión. En este contexto, la reagrupación familiar constituye la primera fuente de protección de la familia. La concesión de un derecho de residencia para los miembros de la familia que sean ciudadanos de un país tercero queda garantizada gracias a la Directiva 2004/38/CE¹⁴ y los artículos 20 y 21 del TFUE. De tal forma que, al día de hoy, en el caso de que un ciudadano europeo se desplace a otro Estado miembro, se reconocerá un derecho de

¹³ P. TENORIO SÁNCHEZ, *Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 2013, n. 31, pp. 1-35.

¹⁴ 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 (Texto pertinente a efectos del EEE)*. DO L 158 de 30 de abril de 2004, p. 77.

residencia a los miembros de su familia, aun cuando sean ciudadanos de terceros países. Esta solución, sin embargo, no siempre ha sido pacífica, ya que el texto de la citada directiva introduce una distinción entre los miembros de la familia definidos en el artículo 2 (a los que se le reconoce el derecho a residencia) y “otros miembros de la familia”, a los que los Estados no tienen la obligación de favorecer este derecho (artículo 3 párrafo 2). Distinción ésta que ha sido utilizada en ocasiones por los Estados para obstaculizar la libre circulación y/o residencia de las parejas del mismo sexo. En este sentido, insistimos, ha sido clave la interpretación que ha hecho el TJUE de las nociones comprendidas en la citada Directiva 2004/38/CE: el juez europeo ha interpretado estos conceptos de manera autónoma a como lo han hecho los derechos nacionales. De hecho, como veremos más adelante, el tribunal ha considerado que la noción de “cónyuge”, recogida en el artículo 2 de esta directiva, es un término neutro que hace referencia a una persona unida a otra persona por los vínculos de matrimonio, sin distinción de género. Del mismo modo, la noción de “descendiente directo”, ha sido objeto de revisión por el tribunal, el cual ha considerado que éste debe interpretarse de manera amplia, incluyendo el vínculo biológico y/o jurídico.

Por otra parte, con la interpretación del artículo 20 del TFUE, el TJUE ha constituido un nuevo fundamento del derecho de residencia del miembro de la familia de un tercer Estado. A partir del asunto *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi* (ONEm)¹⁵, un familiar de un ciudadano europeo que jamás ha abandonado su Estado de origen, puede beneficiarse del derecho de residencia. En este asunto el TJUE abordó la espinosa cuestión del derecho a residencia de los padres en situación irregular de niños que son nacionales del Estado miembro en el que residen. De forma muy significativa, el TJUE consideró que tales progenitores disfrutaban de un derecho a la residencia y trabajo, incluso cuando no haya conexión con el ejercicio de la libre circulación, ya que, de lo contrario, el derecho de los menores se vería afectado. Esta sentencia plantea interesantes cuestiones con relación a la evolución y contenido del estatuto de la ciudadanía de la Unión, la discriminación inversa, la relación de la ciudadanía con los derechos fundamentales y la relación inmigración-ciudadanía¹⁶. Con ella, el TJEU privilegió una “lectura humanista” de la relación de dependencia existente en la familia, contribuyendo así a una definición progresiva de los contornos de dicha institución y consagrando la posición de la ciudadanía como fuente de derecho europeo en materia de familia.

En otro orden de ideas, a lo largo de su *iter* jurisprudencial en la materia, el TJUE ha considerado que el no reconocimiento de la situación familiar de un ciudadano europeo podría suponer un obstáculo a la libre circulación de personas. Y es que, para el tribunal éste no solo tiene derecho a circular, sino que tiene derecho a hacerlo con todos los vínculos familiares que ha formado legalmente en otros Estados de la Unión¹⁷. Ahora

¹⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran sala, Sentencia de 8 de marzo de 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*, asunto C-34/09. ECLI identifier: ECLI:EU:C:2011:124

¹⁶ S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *El asunto Ruiz Zambrano. una nueva aproximación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la ciudadanía de la Unión*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 2011, n. 24.

¹⁷ E. PATAUT, *La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial*, in H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON (a cura di), *Vers un statut européen de la famille?*, Paris, 2014, pp. 97-109.

bien, si el TJUE ha dedicado tiempo a la cuestión del estatuto personal y familiar del ciudadano europeo, no ha sido hasta hace unos años cuando se ha pronunciado expresamente sobre el reconocimiento de las situaciones derivadas de los nuevos modelos de familia. En este sentido es reveladora su posición en el asunto *Coman*. Recordemos que este caso se planteó con relación al Sr. Coman (de nacionalidad rumana) y su marido, el Sr. Hamilton, de nacionalidad norteamericana. Ambos fueron pareja desde el 2002, vivieron juntos durante 4 años en Estados Unidos, luego se separaron por razones laborales. En ese período (en concreto en 2010) contrajeron matrimonio en Bélgica, cuyo derecho interno permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Cuando los compromisos de trabajo de Coman en Bélgica finalizaron, éste regresó a Rumanía solicitando permiso de residencia para su marido por razón de reagrupación familiar. Permiso que le fue denegado por las autoridades de Rumanía, país cuyo Código Civil prohíbe expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo¹⁸.

La decisión de las autoridades rumanas fue recurrida por los interesados ante un tribunal de primera instancia, considerando que ésta suponía una discriminación basada en la orientación sexual, en lo que respecta al ejercicio del derecho de libre circulación. Asimismo, en el seno de este procedimiento, los recurrentes plantearon una cuestión de inconstitucionalidad de los párrafos 2 y 4, del art. 277 del Código Civil. No reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo contraídos en el extranjero a las personas que quieran ejercer el derecho de residencia constituía, en opinión de los recurrentes, una violación de las disposiciones de la Constitución rumana que protegen el derecho a la vida íntima, familiar y privada, así como del principio de igualdad¹⁹. El Tribunal Constitucional afirmó que, para resolver esta cuestión, tenía que aclarar varias dudas sobre la interpretación de la Directiva 2004/38/CE, a la luz de la CDFUE y de la jurisprudencia europea, tanto del TJUE, como del TEDH²⁰. Tras conocer la cuestión prejudicial, el TJUE estimó que la negativa de las autoridades rumanas a reconocer los efectos del matrimonio legalmente celebrado en Bélgica, podría constituir un obstáculo al ejercicio del derecho de este ciudadano, consagrado en el párrafo 1 del artículo 21 del TFUE, consistente en circular y residir libremente sobre el territorio de los Estados miembros.

¹⁸ El artículo 277 del Código Civil rumano establece que: “1. Se prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. 2. Los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados o contraídos en el extranjero por ciudadanos rumanos o por extranjeros no gozarán de reconocimiento legal en Rumanía. [...]. 4. Serán de aplicación las disposiciones legales relativas a la libre circulación en el territorio rumano de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo”.

¹⁹ Para un análisis de esta sentencia y sus consecuencias véase S. ROMBOLI, *El conflicto entre identidad nacional y derecho de la Unión Europea en el caso de Coman: el tribunal de Justicia añade otra pieza fundamental para la protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2020, n. 33.

²⁰ Cabe recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya tenía una doctrina consolidada en materia de reagrupación familiar y parejas del mismo sexo. Véanse la Sentencia del TEDH de 23 de febrero de 2016, asunto *Pajic c. Croacia* y la sentencia de 30 de junio de 2016, asunto *Taddeucci & McCall c. Italia*. Sobre el particular, entre otros S. ROMBOLI, *La protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo: pasado, presente y unas previsiones para el futuro*, in *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, número especial, 2020, pp. 1- 38. Asimismo, para un estudio sobre la interacción e influjos de la jurisprudencia del TEDH en la Carta, véase L. LÓPEZ GUERRA, *La Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2020, n. 66, pp. 385-406.

5. La ciudadanía europea como motor de una política europea en materia de familia

5.1. La protección de los nuevos modelos de familia en Europa

Junto al matrimonio existen otras fórmulas que han sido aceptadas como base jurídica para la construcción de la familia en Europa, las *parejas de hecho* o las *uniones civiles*. Sin embargo, no todas estas fórmulas han quedado abiertas a todos los individuos. Piénsese, por ejemplo, que el matrimonio aún sigue reservado a parejas heterosexuales en un número importante de países. A pesar de esta circunstancia, nadie puede negar que ha sido en Europa donde más se ha “democratizado” institución y más se han extendido las nuevas estructuras familiares. Piénsese en Alemania, Austria, España, Dinamarca, Finlandia, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia; países en los que se ha reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo. El último en hacerlo ha sido Austria, cuya Corte Constitucional autorizó en diciembre de 2017 la celebración de estos matrimonios sobre la base de la prohibición de la discriminación por orientación sexual. Paralelamente a esta realidad, cabe señalar que en la práctica totalidad de los países de la UE también se ha reconocido algún tipo de unión legal entre personas del mismo sexo, incluso en el caso de no aceptar el matrimonio igualitario, como es el caso de Italia. Y en aquéllos en los que aún no se ha hecho, existe un debate sobre su oportunidad: por ejemplo, Chipre, y Polonia, países en los que ya se ha abierto el debate. Encontramos otros lugares, sin embargo (principalmente los países de Europa del Este) donde aún no se han promovido iniciativas de este tipo e incluso donde se ha limitado constitucionalmente esta posibilidad.

Como ya hemos puesto de manifiesto, la UE tiene competencias muy limitadas en materia de derecho civil, siendo aún escasos los pronunciamientos del TJUE en la materia, a diferencia del Consejo de Europa, en el marco del cual la normativa y jurisprudencia sobre derecho de familia ha sido abundante, aunque no siempre homogénea. En este orden de ideas, como vimos, el CEDH hace mención expresa a la familia en dos de sus artículos: en el art. 8 CEDH (en el que la vida familiar es considerada como un aspecto colateral de la vida privada, un espacio libre de la intervención estatal en el que cada individuo organiza su vida de manera autónoma) y el art. 12 CEDH, relativo al derecho a contraer matrimonio. Durante décadas los órganos del Consejo de Europa (Comisión y Tribunal) estimaron que los derechos del individuo homosexual quedaban limitados a un contenido exclusivamente privado. Esto explica, que en un principio tanto la Comisión del Consejo de Europa como el TEDH hubieran adoptado un enfoque restrictivo a la hora de proteger las relaciones afectivas y familiares entre personas de mismo sexo. De hecho, ambos rechazaron en ocasiones la idea de que éstas pudieran constituir una realidad familiar, situándolas en el ámbito de la vida privada e íntima del individuo, sin proyección social alguna.²¹ Sin embargo, con el paso del tiempo esta situación ha cambiado. El TEDH ha

²¹ En este sentido, como nos recuerda la profesora Patrice Hilde que “jusqu’au milieu des années 70, la Commission européenne des droits de l’Homme manifestait un véritable mépris à l’égard de la cause homosexuelle. Elle rejetait en effet toutes les requêtes individuelles par lesquelles certains homosexuels se plaignaient de dispositions nationales incompatibles à leurs yeux avec la Convention et plus particulièrement

impulsado un enfoque evolutivo del concepto de familia, considerando que el individuo homosexual tiene derecho a la protección de su vida familiar y que ésta debe quedar libre de injerencias de las autoridades estatales. De este modo ha llegado incluso a reconocerle derechos paternofiliales, como el derecho de custodia (asunto *Salgueiro da Silva Mouta* contra Portugal, 2000) o el derecho a la adopción (*E.B.* contra Francia, 2008). Asimismo, se han protegido los derechos patrimoniales (caso *Karmer c. Austria*, 2003) o asistenciales (caso *P.B. y J.S. c. Austria*, 2000) en el marco de uniones civiles y/o de hecho, garantizando así la vida familiar en el marco de los nuevos modelos de familia²².

Particularmente significativo ha sido el fallo del TEDH en el caso *Schall & Kopf c. Austria* (2010)²³, asunto el que se pronunció sobre la negativa de las autoridades austriacas a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo. Aunque el TEDH no reconoció un derecho fundamental a contraer matrimonio en estos casos, admitió, por primera vez, que en las relaciones homoafectivas debe protegerse la "vida familiar" del mismo modo que en las relaciones de pareja heterosexual, encontrándose en una análoga situación de hecho. Para el tribunal, el ejercicio del *ius connubii* cae dentro del "margen de apreciación" de los Estados, siendo éstos los que tienen competencia para establecer los modos y las formas en los que puede llevarse a cabo²⁴.

Aunque en el ámbito de la UE, la normativa y la jurisprudencia ha sido más limitada, no podemos dejar de reconocer el hecho de que, en los últimos años han desplegado importantes esfuerzos para proteger todas las estructuras familiares sin distinción alguna. De hecho, las bases de esta nueva realidad la encontramos en el artículo 81.3 del TFUE, en el que se establece que "(...) el Consejo (...) podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario (...)". Asimismo, son de extraordinaria relevancia las referencias contenidas en la CDFUE²⁵, en concreto, las relativas a la protección a la vida familiar (explícitamente, en los artículos 7, 9 y 33) con relación a la prohibición de discriminación por "orientación sexual". En este sentido los artículos 20 y 21 de la Carta consagran la igualdad de todas las personas ante la ley, prohibiendo literalmente "toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de

avec son article 8 (A). Cette position extrêmement sévère ne pouvait cependant perdurer. Les nombreuses réformes engagées par les États membres du Conseil de l'Europe dans le domaine familial incitaient directement la Commission à une évolution (B)", P. HILT, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, pp. 339-364.

²² Para un estudio de estas sentencias, así como de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en la protección del individuo homosexual y las relaciones familiares entre personas del mismo sexo véase D. BORRILLO, *De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: el tribunal europeo de derechos humanos y la orientación sexual*, en *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, 2012, n. 11. Puede consultarse en <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/629>

²³ En el asunto *Schalk & Kopf c. Austria*, el TEDH recuerda que todas las parejas precisan un reconocimiento jurídico y protección. Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, Gran Sala, sentencia de 26 junio 2010, rec. n. 30141/04, *Schalk & Kopf c. Austria*.

²⁴ Para un estudio del margen de apreciación de los Estados en esta materia véase J. CRUZ ÁNGELES, *Derechos humanos y nuevos modelos de familia: Estudio en el marco de los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos*, Barcelona, 2018.

²⁵ DO C 202 de 7 junio 2016, pp. 389 - 405

sexo (...) u orientación sexual”. El punto de inflexión en cuestiones de igualdad y no discriminación, lo encontramos en el Tratado de Ámsterdam (1997)²⁶: tras su aprobación se introduce en el art. 13 del TCE la noción de discriminación por orientación sexual y se emplaza a la UE a aprobar leyes que luchan contra ella. A partir de ahí se han sucedido numerosas propuestas e iniciativas que, de forma indirecta, han contribuido al reconocimiento de derechos laborales, económicos y patrimoniales del individuo homosexual, en su esfera privada y familiar. En este contexto, los avances más significativos provienen de dos sentencias (el caso *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*²⁷ y el caso *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*²⁸) en el que el tribunal consideró que las parejas del mismo sexo en uniones civiles debían gozar de los mismos derechos de pensión que las parejas heterosexuales casadas. Para el tribunal la negativa del Estado alemán de conceder una pensión de viudedad (en asunto *Maruko*) y una pensión laboral (en el asunto *Jürgen Römer*) a ciudadanos que vivían en pareja con personas del mismo sexo en unión civil, podía constituir una discriminación. Circunstancia prohibida por el derecho de la Unión²⁹.

5.2. Libre circulación y nuevas estructuras familiares

Las directivas europeas relativas a la reagrupación familiar han reconocido a los extranjeros en situación regular (Directiva 2003/86³⁰) y a los ciudadanos europeos (Directiva 2004/38)³¹ el derecho a reunirse con su “cónyuge”, aun cuando éste se trate de un ciudadano extracomunitario y del mismo sexo. Y ello se ha conseguido gracias a la interpretación inclusiva y abierta que ha realizado el tribunal. Como ya expusimos en el asunto *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y Ministerul Afacerilor Interne* (2018)³², el TJUE hizo una interpretación neutra del concepto “cónyuge” de la Directiva 2004/38, extendiendo así todos los derechos reconocidos en la

²⁶ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos - Declaraciones relativas al artículo K.7 del Tratado de la Unión Europea modificado por el Tratado de Ámsterdam. DO C 340 de 10 noviembre 1997, p. 308.

²⁷ Según el TJUE, el hecho de rechazar la atribución de una pensión de viudedad a la pareja del mismo sexo puede constituir una discriminación directa fundada en la orientación sexual si la pareja superviviente se encuentra en una situación asimilada a esposos beneficiarios. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Gran Sala, sentencia de 1 de abril de 2008, *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, asunto C-267/06, par. 179.

²⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia del Tribunal de Justicia. Gran Sala, sentencia de 10 de mayo de 2011, *Jürgen Römer contra Freie und Hansestadt Hamburg*, asunto C-147/08.

²⁹ Para más información véase M. KOKODOKO, *Jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne: les affaires Maruko et Römer*, in *European Alternatives*, 2011, n. 12, pp. 1-9 y M. BREITKOPF, “L'équivalence entre mariage et partenariat de vie (CJCE, Maruko, aff. C-267/06)”, *MBDE, Droit et discriminations*, en línea <https://blogs.parisnanterre.fr/blog/droit-et-discriminations>

³⁰ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, *sobre el derecho a la reagrupación familiar*. DO L 251, 3 de octubre de 2003, pp. 12-18.

³¹ Véase nota 14.

³² Para un estudio de esta sentencia véase M. REQUENA CASANOVA, *Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto Coman y otros*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 62, pp. 41-79.

norma comunitaria a los matrimonios homoparentales³³. Para el tribunal los derechos garantizados en la CDFUE y, en particular en su art. 7 (el respeto a la vida privada y familiar), deben ser interpretados de acuerdo con las afirmaciones relativas al contenido y alcance del derecho análogo reconocido por el artículo 8 del CEDH, de conformidad a la interpretación proporcionada por el TEDH, para el cual, las parejas del mismo sexo tienen el mismo derecho a la vida privada³⁴ y familiar que las parejas heterosexuales³⁵.

En consecuencia, para el tribunal todos los Estados de la Unión deben permitir la libertad de circulación y residencia del cónyuge del mismo sexo del ciudadano europeo, incluyendo los casos de extracomunitarios. Esta circunstancia debe producirse incluso en aquellos Estados cuyos ordenamientos jurídicos no reconozcan el matrimonio homoparental. Reflexión que compartimos y consideramos del todo lógica, ya que, como hemos visto, al estar garantizado el derecho al respeto de la vida privada y familiar en el artículo 7 de la CDFUE, la relación que mantiene una persona con su pareja puede estar comprendida en los conceptos de «vida privada» y «vida familiar» con independencia del sexo. Por tanto, la protección de estos derechos debe quedar garantizada a los efectos de protección de sus vínculos familiares en el territorio de la Unión. Coincidimos pues, plenamente con el TJUE cuando afirma que una medida nacional que obstaculice el ejercicio de la libre circulación sólo puede justificarse de conformidad con la citada CDFUE³⁶, lo que no se sustenta bajo ningún caso en situaciones como la descrita.

Parece del todo lógico que, en estas circunstancias, un Estado miembro no pueda invocar su propia legislación nacional para oponerse al reconocimiento del matrimonio contraído legalmente en otro Estado de la UE entre un ciudadano europeo y un ciudadano de un tercer Estado cuando el reconocimiento del matrimonio solo es funcional a la petición de un permiso de residencia³⁷. Ni tampoco esgrimir como argumentos la identidad nacional o orden público, pues éstos solo pueden invocarse en caso de una amenaza real y suficientemente grave para uno de los intereses fundamentales de la

³³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Gran Sala, sentencia de 5 de junio de 2018, *Relu Adrian Coman c. Inspectoratul General pentru Imigrări*, causa C-673/16, apartado 35.

³⁴ Para un estudio del concepto de “vida privada” véase A. MARTONE, *Il diritto al rispetto della “vita privata” nel regime di riabilitazione civile del fallito (art. 8 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell’uomo e l’impatto nell’ordinamento interno (2010-2015)*, cit., pp. 38-47.

³⁵ [D]e la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta que la relación que mantiene una pareja homosexual puede estar comprendida en el concepto de ‘vida privada’ y en el de ‘vida familiar’ del mismo modo que la de una pareja heterosexual que se encuentre en la misma situación (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, sentencia de 7 de noviembre de 2013, recurso n. 29381/09, 32684/09, *Vallianatos y otros c. Grecia*, par. 73 y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, sentencia de 14 de diciembre de 2017, *Orlandi y otros c. Italia*, par. 143).

³⁶ En efecto, según la doctrina reiterada del TJUE, «una restricción a la libre circulación de las personas que, como en el asunto principal, es independiente de la nacionalidad de los sujetos afectados puede justificarse si se basa en consideraciones objetivas de interés general y es proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional [...]. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deriva que una medida es proporcionada cuando, siendo adecuada para la realización del objetivo perseguido, no va más allá de lo necesario para alcanzarlo» Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Gran Sala, sentencia de 5 de junio de 2018, *Relu Adrian Coman c. Inspectoratul General pentru Imigrări*, causa C-673/16, apartado 41.

³⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Gran Sala, sentencia de 5 de junio de 2018, *Relu Adrian Coman c. Inspectoratul General pentru Imigrări*, causa C-673/16, apartado 36.

sociedad³⁸, no siendo, además, una categoría a la que se pueda recurrir para legitimar y justificar la necesidad de excluir la aplicación uniforme del derecho de la UE³⁹.

6. Conclusión

El derecho de familia, especialmente en su dimensión civilista, se encuentra fuertemente anclado en las culturas nacionales. Las relaciones jurídicas surgidas en el seno de la familia: obligaciones paterno-filiales, matrimonio, filiación, adopción, representación, y obligaciones patrimoniales entre los distintos miembros de la familia, son de una riqueza extraordinaria y completamente diferente en los distintos países. Ello es así, además, porque éste tiene unas notas especiales que hacen que esta rama del derecho se encuentre intrínsecamente unida e impregnada del acervo cultural, idiosincrasia, religión, sociedad y nivel de desarrollo de la sociedad en la que se inserta. De este modo, según el momento, la cultura y el entorno en el que se encuentre la persona, su familia, sus relaciones familiares variarán. Circunstancias todas ellas que dificultan su armonización.

Hay que remontarse al Tercer Pilar de la Unión Europea, pilar de la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior (CAJI), para encontrar el origen de una posible y/o futura “europeización” de la materia, ya que, también en esta materia, se hace necesaria la cooperación judicial en asuntos transfronterizos, –y en concreto de familia–, así como homogeneización del reconocimiento y ejecución de sentencias y resoluciones judiciales⁴⁰. Proceso al que, a nuestro juicio, está contribuyendo decisivamente la jurisprudencia del TJUE, que conecta, en materia de interpretación de derechos y libertades de las nuevas estructuras familiares, con la que ha venido desarrollando el TEDH. Circunstancia ésta que favorece, en la práctica, el acercamiento de los derechos nacionales y la emergencia de un *ius commune familiaris*⁴¹ en el continente.

Teniendo en cuenta los cambios que han experimentado nuestras sociedades en Europa en las últimas décadas, podría decirse que tanto la noción de familia como la de orden público ha evolucionado sustancialmente, adaptándose en este último caso a nuevas realidades, favoreciendo el mantenimiento de la unidad familiar. Podría afirmarse pues, que la familia (interpretada en sentido amplio y evolutivo), es objeto de un proceso de “europeización”. Circunstancia ésta que explica el hecho de que, a pesar de la fragmentación existente, la protección asegurada por la UE al individuo se centre en torno

³⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Gran Sala, sentencia de 5 de junio de 2018, *Relu Adrian Coman c. Inspectoratul General pentru Imigrări*, causa C-673/16, apartados 42-46.

³⁹ Sobre estas afirmaciones, pero en términos generales, véase, por ejemplo: M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *Teoría y realidad constitucional*, 2017, n. 39, pp. 444-445.

⁴⁰ Art. 81, par. 3 TFUE, permite la armonización europea de reglas de derecho internacional privado siguiendo un procedimiento legislativo especial.

⁴¹ En la construcción de este *ius commune* también se tiene que tener en cuenta el consenso de protección de la vida familiar de las parejas homoparentales. En este sentido véase J. CRUZ ÁNGELES, *Hacia un Jus Commune en materia de orientación sexual*, in A. VALENCIA SÁIZ (a cura di), *Investigaciones en ciencias jurídicas: desafíos actuales del derecho*, 2014, pp. 8-10.

a una misma idea: la voluntad de proteger el estatus familiar del ciudadano europeo en sus distintas formas.

Tanto en el marco de la UE como del Consejo de Europa son los Estados los que tienen competencia para legislar sobre derecho de familia, disponiendo de un amplio margen de apreciación en cuanto al matrimonio se refiere. Esta circunstancia ha dado lugar a importantes diferencias entre la ciudadanía europea, cuyas vidas familiares han quedado determinadas por su propio derecho nacional. Podría decirse pues, que no existe uniformidad en lo referente al derecho de familia. Sin embargo, la heterogeneidad nacional no ha impedido la construcción de un “estándar común europeo” en algunos aspectos, caracterizado por un concepto abierto, flexible e incluyente de las relaciones familiares. Esto ha sido posible, fundamentalmente, gracias a los trabajos del TJUE y del TEDH, los cuales han propiciado una interpretación evolutiva de la vida privada y familiar objeto de protección en los textos convencionales. Podría decirse pues que el derecho de la UE más que interesarse por la familia, se ha interesado por sus miembros. Precisamente es a éstos a los que se han dirigido las disposiciones en materia de libertad de circulación, sobre todo en torno a la idea de “ciudadanía europea”.

Gracias a esa interpretación jurisprudencial abierta, se puede afirmar al día de hoy que no existe un único modelo de familia en el continente europeo y que la protección a los vínculos familiares del/a ciudadano/a va más allá de los contornos tradicionales de esa institución. De esta forma, el TJUE ha podido proteger (dentro de sus competencias) los derechos derivados de las uniones civiles y las relaciones homoparentales. El escenario legal configurado queda de la siguiente manera: en el ámbito de la UE los Estados miembros no están obligados a modificar su legislación nacional para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo, sí que están obligados a aceptar algunos de sus efectos: en concreto, los relativos a libertad de circulación y residencia del cónyuge del/a del/la ciudadano/a europea. El TJUE, en este sentido, ha seguido en gran medida la línea jurisprudencial e interpretativa del TEDH a la hora de proteger estos derechos: ambos han conectado la protección de la vida familiar con el principio de no discriminación. Asimismo, es importante señalar que las sentencias de uno y otro tribunal han tenido un gran impacto social, contribuyendo a la creación de un estándar común europeo en materia familiar, vinculado al concepto de ciudadanía europea.

RESUMEN: La protección de la vida familiar del ciudadano en el marco de la Unión Europea depende tanto del reconocimiento de las libertades de circulación y residencia de los miembros de su familia (hijos, cónyuge...), como de los vínculos legales formalizados en sus países de origen. En las últimas décadas tanto el Tribunal de Justicia de la UE como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han realizado una interpretación abierta y evolutiva del concepto de familia en su jurisprudencia. De esta manera han ido eliminando obstáculos a la plena protección de un nuevo orden familiar de naturaleza plural. Gracias a esta situación los ciudadanos europeos pueden circular en la Unión Europea con sus familias, a pesar de la heterogeneidad

del derecho de familia existente en los ordenamientos jurídicos nacionales. Con este artículo se reflexiona sobre la creación de un “estándar común europeo” en materia de protección de la “vida familiar” del ciudadano europeo.

PALABRAS CLAVE: ciudadanía europea – vida familiar – nuevos modelos de familia – Tribunal de Justicia de la Unión Europea – Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

EUROPEAN CITIZENSHIP AND PROTECTION OF FAMILY LIFE. SPECIAL REFERENCE TO NEW FAMILY MODELS

ABSTRACT: The protection of a citizen’s right to family life within the framework of the European Union depends both on the recognition of the freedoms of movement and residence of the members of the family (children, spouse...), and on the legal ties formalised in their countries of origin. In past decades, both the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights have given an open and evolving interpretation of the concept of family in their caselaw. By doing so, they have contributed to overcome existing obstacles to the full protection of a new and pluralistic family order. Accordingly, European citizens can move within the European Union with their families, despite in the heterogeneity of family laws of the Member States. The present article reflects on the creation of a “common European standard” with regard to the protection of family life for Union citizens.

KEYWORDS: European citizenship – family life – new family models – Court of Justice of the European Union – European Court of Human Rights.