



The European Region
of the International
Lesbian and Gay Association

Las familias, parejas e hijos y la Unión Europea

ESPAÑOL

POLICY PAPER abril 2003



**The European Region of the
International Lesbian and Gay
Association**

avenue de Tervueren 94
1040 Bruselas, Bélgica

Tel. +32-2 732 54 88
Fax +32-2 732 51 64

info@ilga-europe.org
www.ilga-europe.org

Cuento Nº 001-3523388-36
Fortis Bank
avenue de Tervueren 124
1150 Bruselas
IBAN: BE46001352338836
BIC (SWIFT): GEBA BEBB36A

**Publicación de ILGA-Europe
Nº 1/2003/ES**

Diseño: Christian Högl
(www.creativbox.at)

Impreso por: Sofadi, Bruselas

**© ILGA-Europe. Autorizada su
reproducción con mención
expresa de la fuente.**

El presente
informe ha sido
publicado con
el apoyo de la



**Comisión Europea – La Unión
Europea contra la discrimina-
ción. La información contenida
en el presente informe no refleja
necesariamente la postura u opi-
nión de la Comisión Europea.**

Las familias, parejas e hijos y la Unión Europea

INFORME Y RECOMENDACIONES DE ILGA-EUROPE
abril 2003

Preparado por

Mark Bell

de la Facultad de Derecho de la Universidad de Leicester
para la Junta Directiva de ILGA-Europe

Traducido del inglés por **Enrique Góngora**

Índice

1. Introducción	3
2. Los derechos de la pareja y la Unión Europea	5
3. La Unión Europea y las parejas: ¿avenidas de progreso?	14
4. Menores y otros miembros de la familia	19
5. Conclusión	33
6. Recomendaciones	34

1. Introducción

Tradicionalmente, cuestiones como el matrimonio, las parejas y la paternidad son tratadas con las competencias legales de ámbito nacional y, por tanto, se consideran fuera de las atribuciones de la Unión Europea. Sin embargo, esta situación está experimentando rápidos cambios. Las fronteras entre las competencias nacionales y comunitarias se han hecho más difíciles de distinguir a medida que transcurre el tiempo. La Unión se encuentra abocada a la promoción de la inclusión social a través de políticas aplicadas a una gran variedad de ámbitos como son el empleo, la educación, la atención sanitaria y la vivienda.¹ Además, la creación de un “espacio de libertad, seguridad y justicia” ha requerido una implicación de la Unión para coordinar los sistemas de derecho civil, incluido el derecho de familia. En el presente informe, examinaremos de qué manera los diversos aspectos del Derecho comunitario ejercen impacto sobre las normativas nacionales con relación a la “condición jurídica” entendida en su sentido más amplio.² Se entiende que el conjunto de leyes y políticas afectan a la condición jurídica del individuo, al reconocimiento de su relación de pareja con otros, así como al individuo en su papel de padre o madre.

El Derecho comunitario ha registrado un aumento de actividad en las áreas que atañen directamente a la condición jurídica. En el nivel constitucional, la Carta de los Derechos Fundamentales ha abordado el derecho a casarse y fundar una familia,³ junto con el derecho al respeto por la vida privada y familiar.⁴ Estos derechos también quedan recogidos en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Aun cuando no sea parte signataria de este instrumento, la UE ha manifestado su compromiso a respetar el contenido de

En el presente informe, examinaremos de qué manera los diversos aspectos del Derecho comunitario ejercen impacto sobre las normativas nacionales con relación a la “condición jurídica” entendida en su sentido más amplio.

¹ Agenda Social Europea, DO C157/4 (2001).

² El término “condición jurídica” es utilizado por el Consejo como un término que engloba diversas situaciones personales en este ámbito; véase: Nota del Comité de derecho civil al Coreper en el borrador de informe del Consejo sobre la necesidad de aproximar la legislación de los Estados miembros en cuestiones civiles, Ref. 13017/01, Bruselas, 29 de octubre de 2001, p. 9.

³ Art. 9, DO C364/1 (2000).

⁴ Art. 7, ibid.

la Convención.⁵ Por otra parte, el Tribunal de Justicia suele tomar en cuenta la Convención al interpretar el Derecho comunitario. En el nivel legislativo, para el proceso de construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia fueron necesarias una serie de iniciativas relativas a la migración de los ciudadanos de la UE y de terceros países, al tiempo que se elaboraba una legislación de asilo europea.⁶ Muchos de los instrumentos al uso en este ámbito contienen definiciones de la “familia”. Existen también medidas elaboradas para reducir las dificultades de las familias que viven en más de un estado de la UE; en particular son medidas que abordan la cuestión del reconocimiento y la aplicación transfronteriza de las decisiones relacionadas con el acceso a los niños.⁷

Este mayor protagonismo de la UE es coincidente con un período de cambios y reformas en los sistemas de derecho nacional y de familia, a partir de los cuales se pueden identificar algunas tendencias. En primer lugar, está la decisión de los Países Bajos y de Bélgica de permitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo. En segundo lugar, muchos países europeos han introducido leyes que permiten a las parejas no casadas asumir ciertos derechos y responsabilidades. En tercer lugar, algunos estados han concedido de modo no sistemático ciertos derechos a las parejas y sobre la base de un determinado período de convivencia; aunque ello no significa la obtención de una nueva situación legal. Por último, es cada vez más frecuente la revisión de las leyes relacionadas con la crianza de los niños, lo que generalmente busca reconocer el papel progenitor de las parejas de hecho que contempla incluso la adopción de niños por parte de éstas.

El desafío que se presenta a la Unión Europea es el de acomodar la diversidad de prácticas nacionales sobre

⁵ Art. 6(2) del Tratado UE.

⁶ Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, *Boletín de la UE* N^o 10-1999.

⁷ Comisión: Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) N^o 1347/2000 y modificando el Reglamento (CE) N^o 44/2001 en materia de alimentos (COM (2002) 222).

la base de un enfoque inclusivo, al tiempo que se asegure que las leyes de la UE no creen nuevas barreras al reconocimiento de las familias de lesbianas, gays, bisexuales y personas transgénero (LGBT).

El presente informe está dividido en dos secciones principales. La primera sección examina las cuestiones relacionadas con los derechos de parejas, mientras que la segunda se ocupa de las cuestiones relacionadas con los derechos de los niños y otros miembros de la familia. En ambas secciones examinaremos los cambios que se han producido en los Estados miembros y destacaremos los puntos de contacto con relación a las áreas del Derecho comunitario que requieren incorporar estas nuevas dinámicas.

2. Los derechos de la pareja y la Unión Europea

En esta parte haremos un repaso de las diversas modalidades de derechos de parejas que se encuentran en los Estados miembros de la Unión Europea. Consta de cinco sesiones: (a) matrimonio, (b) registro de parejas, (c) otras formas de pareja con reconocimiento legal, (d) derechos vinculados a la convivencia (o cohabitación) de hecho y (e) derechos fragmentarios. En cada categoría se identificará la situación a nivel nacional primero, para después analizar el impacto sobre las leyes a nivel comunitario.⁸

(a) Matrimonio

El matrimonio es el mecanismo tradicional de reconocimiento legal de las parejas. Su arraigo puede comprobarse en la medida que se refleja en la variedad de instrumentos legales de la UE que conceden sus derechos

El desafío que se presenta a la Unión Europea es el de acomodar la diversidad de prácticas nacionales sobre la base de un enfoque inclusivo, al tiempo que se asegure que las leyes de la UE no creen nuevas barreras al reconocimiento de las familias de lesbianas, gays, bisexuales y personas transgénero (LGBT).

⁸ La discusión sobre el derecho nacional se inspira en los trabajos publicados en M. Bell, “We are Family? Same-Sex Partners and EU Migration Law”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 9 (2002).

únicamente a los “cónyuges”. El ejemplo más claro es el del derecho a la reagrupación familiar para los migrantes de la UE.⁹ También la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) concede importancia al matrimonio, que en su Artículo 12 señala que “los hombres y mujeres en edad casadera tienen derecho al matrimonio y a fundar una familia”. Surgen aquí cuestiones relacionadas con el Derecho comunitario y el reconocimiento de los matrimonios conformados por una o más personas transgénero, así como el de los matrimonios constituidos por personas del mismo sexo.

(i) Las personas transgénero y el matrimonio

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos adoptó inicialmente un enfoque restrictivo a la interpretación del derecho al matrimonio. En el caso de *Rees vs. Reino Unido*, el Tribunal rechazó la queja de una persona transgénero argumentando que el derecho al matrimonio, garantizado por Artículo 12, se refiere al matrimonio tradicional entre personas de sexo biológico opuesto.¹⁰ Sin embargo, en julio de 2002, en el caso de *Goodwin vs. Reino Unido* el Tribunal cambió su enfoque y declaró que no se encuentra justificación para limitar el derecho y disfrute de las personas transgénero al matrimonio bajo cualquier circunstancia.¹¹ Por lo tanto, sería posible una interpretación del Tribunal de Justicia para el término “cónyuge”, según lo contemplado por el Derecho comunitario en lo referido a la inclusión del matrimonio de personas transgénero. De hecho, tras el fallo de *Goodwin*, todos los estados del Consejo de Europa están obligados a derogar cualquier impedimento legal al matrimonio de las personas transgénero.

(ii) Matrimonio entre personas del mismo sexo

Con su decisión de permitir el matrimonio a parejas del mismo sexo en 2001, los Países Bajos confrontaron el *statu quo*.¹² Recientemente Bélgica ha tomado una

⁹ Reglamento 1612/68 sobre la libre circulación de trabajadores, DO Edición Especial (II)475 (1968).

¹⁰ *Rees vs. Reino Unido* (1987) 9 EHRR 56, párrafo 49.

¹¹ *Goodwin vs. Reino Unido*, solicitud N^o 28957/95, sentencia del 11 de julio de 2002, párrafo 103.

¹² K. Waaldijk, “Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands”, en R. Wintemute y M. Andenæs (editores): *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships – A Study of National, European and International Law*, Hart Publishing, Oxford 2001.

decisión similar.¹³ Ni el Tribunal de Derechos Humanos ni el Tribunal de Justicia han visto hasta la fecha ningún caso sobre matrimonio del mismo sexo. Es posible argumentar que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea apoya un enfoque inclusivo, que en su Artículo 9 señala que “se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio.” La circular explicativa que acompaña a la Carta señala, para el Artículo 9, que “este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo”.¹⁴ La Carta establece claramente que la determinación del estado civil deriva de la legislación nacional. Ello parece del todo lógico, dado que el matrimonio no puede ser concedido o denegado por la Unión Europea. En estas circunstancias, la solución más razonable sería el reconocimiento por parte del Tribunal de Justicia de un tratamiento matrimonial similar, a efectos del Derecho comunitario, para cualquier matrimonio celebrado con acuerdo a una ley nacional.

(b) Registro de parejas

Esta condición cercana al matrimonio, aunque jurídicamente distinta, fue creada en Dinamarca, Finlandia y los Países Bajos, así como en Noruega e Islandia. La “pareja registrada” tiene la mayoría de los derechos adscritos al matrimonio, pero con distinciones importantes en el plano de los derechos de paternidad, como son el caso del acceso a la reproducción asistida y a la adopción.¹⁵ De manera significativa, en varios países estos derechos reservados están siendo gradualmente extendidos a las parejas registradas, por lo que la distinción entre pareja y matrimonio queda aún más obsoleta.¹⁶ Cabe señalar que en todos los países el registro de parejas está únicamente disponible para

¹³ Ley del 13 de febrero de 2003 que autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo y modifica ciertas disposiciones del Código Civil, 28 de febrero de 2003, *Moniteur belge*, edición 3, p. 9880. Disponible en: www.moniteur.be/index_fr.htm, ítem electrónico 2003009163. La ley entrará en vigor el 1 de junio de 2003.

¹⁴ Presidium, “Texto de las explicaciones relativas al texto completo de la Carta, en la versión que figura en el doc. CHARTE 4487/00 CONVENT 50”; CHARTE 4473/00 CONVENT 49, Bruselas, 11 de octubre de 2000, p. 12.

¹⁵ D. Borrillo, “Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités: la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l’Union européenne”, en *McGill Law Journal*, 46 (2001), p. 875 (888).

¹⁶ Actualmente Dinamarca, Suecia y los Países Bajos permiten la adopción conjunta a las parejas registradas.

las parejas del mismo sexo, a excepción de los Países Bajos, donde también pueden registrarse las parejas heterosexuales. En 2001 Alemania promulgó también una ley de registro de parejas, aunque en este país las parejas no gocen de la totalidad de derechos concedidos por las leyes detalladas más arriba.¹⁷

En el caso de *D y Suecia v Consejo*,¹⁸ el Tribunal de Justicia tuvo la primera ocasión de considerar la situación legal de los registros de parejas en el Derecho comunitario. El caso consideraba la denegación de beneficios a *D*, un empleado del Consejo de nacionalidad sueca e inscrito como pareja registrada, mientras que éstos sí se otorgan a los “funcionarios casados”. Según las leyes de Suecia, *D* no podría haberse casado con otra persona mientras no se disolviera previamente el vínculo con su pareja registrada. Sin embargo, el Tribunal establece una frontera muy clara entre el matrimonio y otras situaciones legales contempladas por las leyes nacionales. En primer lugar, señala que “el término ‘matrimonio’, según la definición admitida en general por los Estados miembros, designa una unión entre dos personas de distinto sexo”.¹⁹ Lo cual lleva al Tribunal a concluir que “la equiparación, por lo demás incompleta, de la pareja inscrita con el matrimonio en un número limitado de Estados miembros no puede tener por consecuencia, mediante una mera interpretación, que se incluya en el concepto estatutario de ‘funcionario casado’ a personas sometidas a una normativa distinta de la aplicable al matrimonio”.²⁰

El fallo en el caso de *D* pone de manifiesto que en la actualidad el Tribunal no está dispuesto a incluir dentro de los términos “casado” o “cónyuge” a las parejas registradas. Por lo tanto, corresponde a los legisladores de la UE que esta condición jurídica sea específicamente reconocida y garantizada en los instrumen-

17 R. Schimmel y S. Heun, “The Legal Situation of Same-Sex Partnerships in Germany: An Overview”, en R. Wintemute y M. Andenæs (editores), véase nota 12.

18 Caso C-122/99P y 125/99P *D y Suecia vs. Consejo* [2001] ECR I-4319.

19 Párrafo 34, *ibid.*

20 Párrafo 39, *ibid.*

tos legales de la UE. Actualmente existe una gran incoherencia entre el trato que dan las leyes nacionales a las parejas registradas (con muchas similitudes con la condición de casado) y el que reciben éstas en aplicación del Derecho comunitario (que suele considerarlas como personas solteras). Casos como el de *D* ponen en evidencia las barreras impuestas a la migración intracomunitaria. En el caso de *D* se produjo una pérdida total de su reconocimiento como pareja registrada al trasladarse de Suecia a Bélgica con el propósito de trabajar en el Consejo, lo cual comporta un obstáculo innegable a la libre circulación de personas.

Cabe destacar que la Comisión ha sugerido la introducción de disposiciones específicas para las parejas registradas en su propuesta de Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar que contemplan los derechos de ciudadanos de terceros países que residen legalmente en la Unión a reagruparse con otros miembros de su familia y ciudadanos de terceros países.²¹ Aún cuando la Comisión desea delegar en los Estados miembros la decisión de conceder derechos de reagrupación familiar a otras parejas que no sean cónyuges, se establece una distinción entre parejas registradas (que no necesitarán aportar pruebas adicionales que demuestren su vínculo) y parejas no casadas (a quienes se exigen pruebas objetivas de su vínculo).²² Queda así demostrado que es posible incorporar la figura de “pareja registrada” como una condición jurídica reconocida por los instrumentos legales de la UE.

Actualmente existe una gran incoherencia entre el trato que dan las leyes nacionales a las parejas registradas y el que reciben éstas en aplicación del Derecho comunitario.

²¹ Comisión: Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar (COM (2002) 225).

²² Art. 4(3), *ibid.*

(c) Otras formas de pareja con reconocimiento legal

Además de las leyes de registro de parejas, se han elaborado otras leyes que establecen algo más que un conjunto de derechos vinculados a la convivencia de hecho, aunque éstas no se aproximen por mucho al matrimonio. La ley de PaCS de Francia, introducida en 1999, otorga una variedad de derechos y deberes a las parejas que optan por esta modalidad de contrato, bien sean éstas del mismo sexo, bien de distinto sexo. Muchos de los derechos están adscritos a la propiedad, como por ejemplo los derechos de sucesión para un contrato de alquiler en caso de muerte de uno de los asociados, o la responsabilidad conjunta por las deudas con terceros. Además existen algunos derechos sociales como el derecho a la baja por defunción de la pareja o el derecho a trabajar en un área geográfica cercana a la de la pareja en el caso de los funcionarios del sector público.²³ Sin embargo, se han hecho esfuerzos premeditados conducentes a establecer una distinción entre esta situación y la del matrimonio. Concretamente, el estado civil de la pareja no cambia y ambos permanecen solteros.²⁴ En Bélgica existe una forma incompleta de ley de parejas.²⁵ Mientras que la “convivencia legal” permite el reconocimiento simbólico otorgado mediante la inscripción de una pareja del mismo sexo o de distinto sexo, los derechos concedidos (fundamentalmente referidos a las relaciones de titularidad) son más bien equiparables a la legislación que se encuentra en varios países europeos con relación a los derechos de los convivientes (véase abajo).

El hilo conductor de estas leyes reside en la creación de una nueva condición jurídica que normalmente ocurre mediante un proceso de inscripción. Sobre la base del fallo emitido en *D*, podría asumirse que el Tribunal

²³ D. Borrillo, “Le Pacte civil de solidarité: une reconnaissance timide des unions de même sexe”, en: *Aktuelle juristische Praxis* (2001), p. 299 (304).

²⁴ D. Borrillo, “The ‘Pacte Civil de Solidarité’ in France: Midway Between Marriage and Cohabitation”, en R. Wintemute y M. Andenæs (editores), véase nota 12.

²⁵ O. de Schutter y A. Weyembergh, “‘Statutory Cohabitation’ Under Belgian Law: A Step Towards Same-Sex Marriage?”, en R. Wintemute y M. Andenæs (editores), véase nota 12.

no consideraría estas situaciones como equiparables al matrimonio a efectos del Derecho comunitario. Por lo tanto, existen dificultades índole similar para estas parejas cuando busquen ejercer los derechos recogidos en el Derecho comunitario bajo el supuesto del matrimonio. Además pueden señalarse los mismos obstáculos a la libre circulación. Los derechos adquiridos de la pareja podrían perderse al cambiar de lugar de residencia en la Unión. Este problema no sólo se circunscribe a situaciones en las que las parejas registradas o legalmente reconocidas se desplacen a estados como Irlanda o Grecia, que no reconocen formalmente a las parejas no casadas. La diversidad de las leyes nacionales implica que incluso el desplazarse a un país que tenga ley de parejas podría hacer invisible la condición jurídica adquirida en el país de origen. Por ejemplo, si una pareja registrada sueca no es reconocida en Francia, Suecia tampoco reconocería una PaCS francesa. Sin embargo, existe una excepción importante a esta disyuntiva: el acuerdo entre Dinamarca, Suecia, Noruega e Islandia que reconoce a las parejas registradas en cualquiera de esos países.²⁶

Una pareja sueca que se traslada a Francia tendría por supuesto el recurso de establecer un PaCS. No obstante, la ley de PaCS contiene algunas limitaciones con relación a ciertos derechos. Por ejemplo, las parejas adquieren exenciones fiscales sobre los regalos mutuos de la pareja a partir de los dos años, o pueden realizar el pago de conjunto de impuestos sobre sus ingresos sólo a partir de los tres años de celebración del PaCS.²⁷ Adicionalmente y en algunos casos, al menos un miembro de la pareja deberá establecer su lugar de residencia habitual en el estado si desean formar una sociedad. Una pareja francesa que se trasladase a Suecia vería su PaCS desprovisto de todo efecto legal además de tener que cumplir con el requisito

²⁶ S. Jensen, “La reconnaissance des préférences sexuelles: le modèle scandinave”, en D. Borrillo (editor): *Homosexualités et droit*, PUF, 1998, p. 265.

²⁷ Borrillo (véase nota 24), p. 485.

28 H. Ytterberg, "From Society's Point of View, Cohabitation Between Two Persons of the Same Sex is a Perfectly Acceptable Form of Family Life: A Swedish Story of Love and Legislation", en R. Wintemute y M. Andenæs (editores), véase nota 12.

29 H. Ytterberg, "Sweden – Additional Regulations Besides the Registered Partnership", en: *Aktuelle juristische Praxis* (2001), p. 287.

30 M. Freitas, "The New Portuguese Law on Same-Sex Unions", *Euro-Letter*, Nº 88, disponible en: www.steff.suite.dk/eurolet.htm.

31 Borillo (véase nota 15), p. 900.

32 Las leyes de Aragón y Navarra son una combinación de esta categoría con la precedente; aunque las parejas pueden registrarse, los derechos se adquieren sólo después de un período de convivencia (dos años en Aragón y un año en Navarra). Valencia otorga a las parejas de hecho ciertos derechos limitados después de un año de convivencia, como los derechos laborales en la administración pública. Sin embargo, en este caso, la convivencia debe ir acompañada de una inscripción formal en el registro.

de que uno de ellos resida dos años en Suecia para registrarse como pareja en ese país (si bien el requisito de dos años no se exige a los ciudadanos de Dinamarca, Islandia, Noruega y los Países Bajos).²⁸

(d) Derechos vinculados a la convivencia de hecho

Las leyes que rigen la convivencia de hecho se distinguen de las leyes anteriormente descritas por el hecho de conferir derechos y deberes a las parejas, generalmente después de transcurrido un período de convivencia y sin necesidad de efectuar ningún acto de inscripción. Por ejemplo, en 1998 la ley sueca de convivientes homosexuales extendió a las parejas del mismo sexo la mayor parte de las normas aplicadas a la convivencia heterosexual. La convivencia, que "se caracteriza por una cierta permanencia", está dentro del ámbito de la ley mencionada, especialmente en lo relativo a la propiedad conjunta de una vivienda y los bienes contenidos en ella.²⁹ Más recientemente, en el año 2001, Portugal promulgó una ley de uniones de hecho que extiende a las parejas del mismo sexo los derechos que ya se otorgaban a las parejas de distinto sexo con más de dos años de convivencia.³⁰ Un proceso similar se siguió en Francia, donde junto a la introducción del PaCS se extendieron los derechos conferidos a la convivencia (*concubinage*).³¹ En algunas regiones de España también se han promulgado leyes de convivencia de este tipo.³²

A efectos del Derecho comunitario, se hace patente una vez más que estas parejas no obtienen ninguna clase de reconocimiento jurídico. Dada la naturaleza de estos acuerdos, los derechos adquiridos no son fácilmente trasladables a otra jurisdicción. En el caso de no celebrarse un acto de inscripción, se hace muy difícil

determinar algo más que un cúmulo aleatorio de derechos, sin llegar a definirse una situación concreta. También es evidente que los requisitos de un tiempo prolongado de convivencia limitarán las posibilidades de las parejas de otros Estados miembros de acceder a estos derechos, cuando menos en el período inicial de residencia. En particular, es necesario un estudio detallado que permita determinar si la convivencia previa en otro estado basta para cumplir los requisitos legales.

(e) Derechos fragmentarios

La situación de las parejas no casadas en los demás países de la Unión (Irlanda, Reino Unido, Austria, Luxemburgo, Grecia e Italia), oscila entre el desconocimiento legal de su situación y de sus derechos, o el haber obtenido, de modo aleatorio y en ciertos sectores, algunos derechos fragmentarios.³³ Por ejemplo, aunque en Irlanda no existe una ley de parejas, se ha redactado un reglamento para la designación de una persona que tome decisiones sobre el cuidado personal de otra persona en caso de incapacidad mental en un lenguaje lo suficientemente general que permita la designación de su pareja de hecho, sea cual fuere su sexo.³⁴

El Tribunal de Justicia ha tenido que considerar en dos oportunidades la situación en el Derecho comunitario de las parejas no casadas que no tienen reconocimiento legal en el ámbito nacional. En *Reed*,³⁵ el Tribunal vio el caso de una pareja no casada de sexo distinto y nacionalidad británica. Reed solicitaba un permiso de residencia a fin de permanecer en los Países Bajos con su pareja. El Reglamento 1612/68 sobre la libre circulación de los trabajadores únicamente extiende el derecho a la reagrupación para el “cónyuge”,³⁶

El Tribunal de Justicia ha tenido que considerar en dos oportunidades la situación en el Derecho comunitario de las parejas no casadas que no tienen reconocimiento legal en el ámbito nacional.

³³ En Luxemburgo, Inglaterra y Gales se discuten actualmente propuestas de ley para introducir los derechos de pareja entre las parejas no casadas.

³⁴ J. Mee y K. Ronayne, “Partnership Rights of Same-Sex Couples”, Equality Authority, 2000, p. 43. Véase también la ley escocesa: *Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000*.

³⁵ Caso 59/85 [1986] ECR 1283.

³⁶ Art. 10(1)(a), Reglamento 1612/68 sobre la libre circulación de trabajadores, DO Edición especial (II)475 (1968).

término que el Tribunal no estaba preparado para aplicar a una pareja de hecho. En *Grant*,³⁷ una mujer de nacionalidad británica empleada de una empresa ferroviaria argumentaba que la denegación de un pase de viajes gratuito para su pareja del mismo sexo, constituía un acto ilegal de discriminación sexual que contravenía sus derechos fundamentales, dado que en las mismas circunstancias los empleados con parejas de distinto sexo, casados o no casados, tenían derecho a dicho pase para sus parejas. El Tribunal rechazó la demanda con la siguiente conclusión:

*En el estado actual del Derecho en el seno de la Comunidad, las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparan a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo.*³⁸

3. La Unión Europea y las parejas: ¿avenidas de progreso?

El análisis anterior sobre la situación legal en el ámbito nacional revela un alto grado de dinamismo en las leyes nacionales. Muchos estados de la Unión están desarrollando nuevas disposiciones legales que incorporan de la mejor manera posible una nueva realidad social en la que muchas personas han dejado de optar por el matrimonio como la base de una relación estable. Muchos estados reconocen además de manera manifiesta la realidad de las parejas LGBT como fundadoras de relaciones estables y la necesidad de que éstas sean contempladas por la ley.

³⁷ Caso C-249/96 [1998] ECR I-621.

³⁸ *Ibid.*, párrafo 35.

A diferencia de las innovaciones registradas en las leyes nacionales, la UE ha reaccionado con lentitud. Existen muy pocos ejemplos en la legislación comunitaria del reconocimiento de parejas que no sean cónyuges. El primer paso en dirección de la ampliación del concepto de pareja fue dado en la Directiva de Protección Temporal³⁹ de julio de 2001. La Directiva se refiere a la protección de las personas en caso de un flujo masivo y donde sea difícil aplicar los procedimientos normales de asilo cuando menos a largo plazo (por ejemplo, durante las guerras de Bosnia y Kosovo). El Artículo 15(1) permite la reagrupación familiar en un mismo estado y en ciertas circunstancias. Los miembros de una familia se definen como:

el cónyuge del reagrupante o su pareja de hecho que tenga una relación duradera, cuando la legislación del Estado miembro en cuestión considere la situación de las parejas no casadas como similar a la de las casadas con arreglo a su propia normativa de extranjería...

La misma formulación se encuentra en la Directiva del Consejo 2003/9/CE que establece unos estándares mínimos para la recepción de solicitantes de asilo.⁴⁰ También ha sido propuesta para una variedad de instrumentos relacionados con el asilo, la inmigración y la libre circulación de personas.⁴¹ Aunque esto pone en evidencia un tímido avance, lo cierto es que los efectos son limitados. Esencialmente, las parejas de hecho sólo disfrutarían de unos derechos migratorios en aquellos estados donde las leyes nacionales ya proporcionan un alto nivel de reconocimiento y protección para las parejas de hecho. En los estados donde éstas no disfrutaban o disfrutaban de muy pocos derechos, la aplicación del Derecho comunitario no comportaría ninguna obligación de admitir a dichas parejas bajo

A diferencia de las innovaciones registradas en las leyes nacionales, la UE ha reaccionado con lentitud.

³⁹ Directiva 2001/55/CE, DO L212/12 (2001). No es aplicable a Dinamarca o Irlanda.

⁴⁰ Artículo 2(d)(i), DO L31/18 (2003). No es aplicable a Dinamarca o Irlanda.

⁴¹ Véase también: Policy Paper de ILGA-Europe: "Promoting equality for lesbian, gay, bisexual and transgender persons: EU Justice and Home Affairs policies", publicación de ILGA-Europe Nº 6/2001, noviembre de 2001. Disponible (también en francés) en: www.ilga-europe.org.

En los últimos años el Tribunal de Derechos Humanos se ha mostrado más proclive a reconocer, también para las parejas no casadas, el derecho al respeto a la vida familiar sin que éste sea limitado a las parejas fundadas en el matrimonio.

⁴² Exceptuando a Hungría, donde las parejas del mismo sexo disfrutaban de ciertos derechos sobre la base de un período de convivencia establecido; véase L. Farkas, “Nice on Paper: The Aborted Liberalisation of Gay Rights in Hungary”, en R. Wintemute y M. Andenæs (editores), véase nota 12.

⁴³ Párrafo 36, X, Y y Z vs. *Reino Unido* (1997) 24 EHRR 143; Decisión de admisibilidad de la solicitud N^o 37784/97, *Saucedo Gómez vs. España*, del 26 de enero de 1999.

supuestos de inmigración o libre circulación. Según lo anteriormente descrito, alrededor de la mitad de los Estados miembros no otorgan reconocimiento legal a las parejas no casadas, o bien confieren un conjunto de derechos muy rudimentarios. Además, existen muy pocos ejemplos de derechos de pareja para las parejas no casadas entre los países candidatos a la ampliación.⁴²

¿De qué manera se puede avanzar en este campo? Como punto de partida, debe aceptarse que el *statu quo* es insostenible. Aunque el Derecho comunitario actual fue configurado alrededor de la definición de las parejas con referencia al matrimonio, lo cierto es que la proliferación de situaciones diversas a nivel nacional ha contribuido a debilitar su relevancia. Es evidente que el Derecho comunitario no incorpora en la actualidad a las personas que conforman parejas registradas, otras formas de pareja legalmente reconocidas o a personas que sencillamente mantienen relaciones duraderas; todo lo cual es insostenible por una serie de razones.

(a) El derecho al respeto a la vida familiar

Este derecho queda reconocido tanto en la CEDH como en la Carta de los derechos fundamentales de la UE. En los últimos años el Tribunal de Derechos Humanos se ha mostrado más proclive a reconocer, también para las parejas no casadas, el derecho al respeto a la vida familiar sin que éste sea limitado a las parejas fundadas en el matrimonio.⁴³

(b) Derecho a la no-discriminación

Con la excepción de los Países Bajos y Bélgica, las parejas del mismo sexo no pueden acceder al matri-

monio en el resto de estado europeos. Además, con el caso *Goodwin* quedó confirmado que en muchos estados europeos las personas transgénero encuentran obstáculos legales para acceder al matrimonio.⁴⁴ Dado que existe discriminación en el acceso al matrimonio, se produce una discriminación adicional por orientación e identidad sexual al estar condicionada al matrimonio la concesión de derechos.

La falta de reconocimiento de las parejas no casadas en el Derecho comunitario crea obstáculos a la libre circulación de las personas.

(c) Derecho a la libre circulación

Indudablemente, la falta de reconocimiento de las parejas no casadas en el Derecho comunitario crea obstáculos a la libre circulación de las personas. Si la relación de una pareja de la UE goza de reconocimiento legal en su país de origen, pero éste se pierde al trasladarse a otro estado de la UE, ello constituye un elemento disuasorio para el ejercicio de su derecho a la libre circulación. En el caso de un ciudadano de la UE con una pareja de un país no comunitario, puede ser difícil, cuando no imposible, de obtener derechos de residencia en otro país de la UE. Con toda probabilidad, esta situación tendrá un efecto disuasorio sobre la pareja y el ejercicio de su derecho a la libre circulación. En la siguiente sección veremos de qué manera las diferencias entre las leyes que regulan los asuntos de parejas no casadas y su responsabilidad como padres crean otros obstáculos para la libre circulación. Por ejemplo, aunque el registro de parejas está permitido en Suecia y Finlandia, la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo está permitida únicamente en la primera. Ello crea obstáculos respecto al reconocimiento de estas adopciones cuando una familia se traslada, aún cuando se trate de dos países que cuentan con leyes de parejas.

⁴⁴ *Goodwin vs. Reino Unido*, solicitud Nº 28957/95. Sentencia del 11 de julio de 2002, párrafo 57.

Aunque es patente la necesidad de un cambio, las experiencias iniciales en la negociación de leyes de asilo, inmigración y libre circulación señalan una falta de consenso entre los Estados miembros sobre la manera de avanzar en esta cuestión. Ello presenta grandes obstáculos para el logro de cambios legislativos, especialmente cuando se trata de decisiones que deben aprobarse por unanimidad en el Consejo. ILGA-Europe reafirma su compromiso de asegurar la protección y el reconocimiento legal de todas las familias, incluidas aquellas fundadas en el matrimonio, el registro de parejas, en una relación duradera o en hogares monoparentales con hijos. Con el fin de avanzar en este sentido, la Unión debe adoptar dos estrategias a corto plazo.

(d) Reconocimiento mutuo

El principio del *reconocimiento mutuo* permite que cada Estado miembro mantenga la potestad sobre las disposiciones particulares de su ley nacional. Sin embargo, el Estado de acogida tendría la obligación de reconocer los derechos de cualquier pareja proveniente de otro país, según lo recogido por las leyes del país de origen. Por consiguiente, todos los estados serían libres de excluir del matrimonio a las parejas del mismo sexo, pero se verían obligados a admitir a cualquier pareja (del mismo o de distinto sexo) que estuviera casada legalmente en otro Estado miembro. Además, los estados tendrían la libertad de decidir sobre la conveniencia de crear leyes que otorguen derechos a las parejas no casadas, pero al mismo tiempo cada estado tendría que admitir a todas las parejas que tuvieran reconocimiento legal en otro Estado miembro de la UE.

Este enfoque de reconocimiento mutuo ha sido recientemente aprobado en el Parlamento Europeo, en la pri-

Este enfoque de reconocimiento mutuo ha sido recientemente aprobado en el Parlamento Europeo.

mera lectura de la propuesta de Directiva sobre la libre circulación de ciudadanos de la UE.⁴⁵ De igual modo, y con relación a su personal, la Comisión ha propuesto superar la diversidad de las legislaciones nacionales mediante el reconocimiento de cualquier pareja que presente “un documento oficial reconocido como tal por un Estado miembro de la Unión Europea en el que se dé constancia de su situación de pareja no matrimonial”.⁴⁶

(e) Coordinación de las diferentes situaciones

El enfoque de reconocimiento mutuo esbozado en la sección precedente permitirá que una persona proveniente de otro estado de la UE pueda ejercer su derecho de unirse a su pareja, ciudadana de la UE. ¿Pero cuál es su situación una vez establecida su residencia? Por ejemplo, en el caso de *D*, el problema no residía en el hecho que a su pareja le fuese denegada la entrada en Bélgica, sino en que su empleador en ese país se negaba a reconocer su situación de pareja registrada en Suecia. Esta dimensión constituye un desafío mucho más grande para el que no se dispone de una solución simple. Sin embargo, la UE debe considerar la viabilidad de posibles acuerdos que garanticen, hasta donde sea posible, la coherencia jurídica para las parejas que se desplazan entre países que tienen diferentes sistemas de reconocimiento de parejas. Pero la agenda no pretende la armonización de las leyes nacionales de parejas, sino que busca facilitar unos procesos que, por ejemplo, permitan la conversión de un PaCS de Francia en una “asociación de vida” (*Eingetragene Lebenspartnerschaft*) en Alemania. Como mecanismos alternativos, podrían crearse mecanismos que permitan la recategorización de un PaCS a una pareja registrada cuando una pareja se traslada de Francia a Finlandia. Evidentemente, la agenda es com-

⁴⁵ Resolución del 11 de febrero de 2003 relativa a COM (2001) 257. Enmiendas 14 a 16.

⁴⁶ Comisión: Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas, DO C291 E/33 (2002).

En esta sección analizaremos hasta qué punto la Unión ha considerado suficientemente a los niños cuyo padre o padres son lesbianas, gays, bisexuales o personas transgénero.

pleja y requiere de toda la atención a una coordinación minuciosa de las diferentes situaciones, así como de mantener informadas a las parejas sobre cualquier cambio en la proporción de sus derechos y responsabilidades. El problema, sin embargo, no puede resolverse a nivel nacional y exige una respuesta práctica en forma de acciones a ser emprendidas en el ámbito de la Unión.

4. Menores y otros miembros de la familia

Como ocurre con el derecho y las políticas de familia en general, se piensa a menudo que los derechos del menor no están comprendidos en el ámbito de competencias legales de la Unión Europea. Sin embargo, las actividades de la UE en muchos sectores tienen un impacto directo en los menores.⁴⁷ Por ejemplo, la UE ha intervenido tanto en la regulación del empleo infantil y la protección frente a la explotación sexual como en el tratamiento de la situación de los menores migrantes o refugiados. En esta sección analizaremos hasta qué punto la Unión ha considerado suficientemente a los niños cuyo padre o padres son lesbianas, gays, bisexuales o personas transgénero. Empezaremos con una perspectiva general de los diversos tipos de relaciones padre-hijo que existen en la Unión, para seguir con un análisis de los principios emanados de los derechos fundamentales y que deben guiar a la Unión en sus intervenciones. Posteriormente centraremos nuestra atención en el análisis de dos áreas en las que los menores con padres LGBT no han recibido atención hasta la fecha: la legislación sobre migración y el reconocimiento mutuo de las sentencias referidas al menor. Finalmente, consideraremos la situación de otros miembros de la familia.

⁴⁷ Para una visión de conjunto, véase la contribución de Euro-net, CHARTE 4240/00 CONTRIB 113, 19 de abril de 2000: <http://europeanchildrensnetwork.gla.ac.uk/Information/Documents.htm>

(a) Hijos de padres LGBT

En el pasado solía asumirse que las personas LGBT no tenían hijos. Sin embargo, la falsedad de esta afirmación es reconocida cada vez con mayor frecuencia. Algunos menores tienen padres biológicos que son lesbianas, gays, bisexuales o personas transgénero. Los padres LGBT pueden estar unidos en una relación con la madre o el padre biológicos del niño, o podría ser que esa relación se hubiese disuelto desde entonces. En algunos casos se desconoce la identidad del otro padre biológico. Esto puede ocurrir en el caso de una mujer que hubiese concebido un niño por medio de tecnologías reproductivas. En otros casos, uno o ambos padres biológicos podrían haber optado por no jugar un papel en la crianza y educación del niño, como es el caso de los embarazos por encargo de terceros. Se dan muchos casos en que uno o ambos padres no comparten un vínculo biológico. Por ejemplo, en el caso de una pareja de lesbianas, el niño podría tener un vínculo biológico con una de las madres solamente. En los casos de adopción, los padres adoptivos del niño bien pueden tener un vínculo biológico con éste, como no. En algunos estados se obliga a las personas transgénero a someterse a la esterilización quirúrgica durante la operación de reasignación sexual, lo cual despoja a estas personas de su capacidad de ser padres biológicos. De manera paradójica, aún en los países donde la ley reconoce la identidad de género de la persona, un hombre transgénero que fuese fecundado podría verse despojado de dicha identidad.

La crianza de un niño no es una función que venga determinada por la biología.

La crianza de un niño no es una función que venga determinada por la biología. En el caso de *X, Y y Z vs. Reino Unido*, el Tribunal de Derechos Humanos consideró la negativa de las autoridades del Reino Unido a

También los padres LGBT que no tienen vínculos biológicos con sus hijos se enfrentan a dificultades legales.

registrar a un hombre transgénero como padre de una niña nacida gracias a un proceso de reproducción asistida aplicado a su pareja. Aunque finalmente el Tribunal concluyó que no existía una infracción de la Convención, sí admitió que el hombre, su pareja y su hija formaban una familia:

X estuvo implicado a lo largo de todo el proceso [de reproducción asistida] y desde el nacimiento ha actuado como “padre” de Z en todos los aspectos... En estas circunstancias el Tribunal considera que existen vínculos familiares de hecho entre los tres demandantes.⁴⁸

⁴⁸ Párrafo 37, *X, Y y Z vs. Reino Unido* (1997) 24 EHRR 143.

⁴⁹ *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, Solicitud Nº 33290/96, sentencia del 21 de diciembre de 1999, véase también *Family Court Reporter*, 1 (2001), p. 653.

⁵⁰ I. Lund-Andersen, “The Danish Registered Partnership Act, 1989: Has the Act Meant a Change in Attitudes?”, en R. Wintemute y M. Andenæs (editores), véase nota 12.

⁵¹ Waaldijk (véase nota 12), p. 450.

⁵² *Euro-Letter*, Nº 98 (2002), disponible en: www.steff.suite.dk/eurolet/eur_98.pdf.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Waaldijk (véase nota 12), p. 450.

⁵⁵ Art. 144(4), *Adoption and Children Act 2002*.

Las personas LGBT suelen experimentar obstáculos en el pleno ejercicio de sus derechos de paternidad. El caso de *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* pone en evidencia las dificultades enfrentadas por los padres biológicos de orientación LGBT: un tribunal denegó la custodia al padre de una niña sobre la base de la homosexualidad de éste.⁴⁹ Posteriormente el Tribunal de Derechos Humanos determinó que existía una infracción del Artículo 14 CEDH en forma de discriminación por orientación sexual.

También los padres LGBT que no tienen vínculos biológicos con sus hijos se enfrentan a dificultades legales. En la UE está permitida la adopción por parte de un segundo padre del mismo sexo en Dinamarca,⁵⁰ los Países Bajos⁵¹ y Suecia.⁵² Esto permite a una pareja, casada o registrada, la adopción de un hijo de su pareja. La adopción conjunta para parejas del mismo sexo (por ejemplo, cuando el menor no tiene vínculo biológico con ninguno de los dos padres) se permite únicamente en Suecia,⁵³ los Países Bajos⁵⁴ e Inglaterra y Gales.⁵⁵

(b) Derechos del menor y derecho comunitario

El debate sobre los derechos del menor en el Derecho comunitario ha saltado a las primeras planas muy recientemente. El punto crucial fue indudablemente el Artículo 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE que señala:

El debate sobre los derechos del menor en el Derecho comunitario ha saltado a las primeras planas muy recientemente.

- 1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.*
- 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.*
- 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con sus progenitores, salvo si son contrarios a sus intereses.*

La Carta se inspira en los principios establecidos en 1989 en la Convención sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas, que fue firmada por la totalidad de los Estados miembros y países candidatos. De entrada, la Convención de 1989 pone el énfasis en el principio de no-discriminación. El Artículo 2(1) establece que:

Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físi-

La discriminación del padre o progenitor de un niño por motivo de su orientación o identidad sexual debería ser considerado incompatible con la Convención.

cos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Respecto a esta disposición, cabe señalar dos cuestiones. En primer lugar, la disposición no es exhaustiva, puesto que prohíbe la discriminación “sin distinción alguna”. Ello es importante, porque aún cuando no se mencionan explícitamente ni la orientación ni la identidad sexual, ambas están bien reconocidas como motivos de discriminación (al menos en la CEDH y en el Derecho comunitario) y por ello deben considerarse dentro del ámbito de esta garantía. En segundo lugar, es evidente que la discriminación del padre o progenitor de un niño por motivo de su orientación o identidad sexual debería ser considerado incompatible con la Convención.

Tanto la Carta como la Convención proporcionan los fundamentos de una política del menor que tome en consideración a los hijos de padres LGBT. Es evidente que ello debería ser orientado por el principio de no-discriminación, la consideración del mejor interés del menor y la garantía de que éste podrá ejercer su derecho de mantener el contacto directo con sus progenitores. El menor estará directamente en el ámbito del Derecho comunitario cuando se intente traspasar las fronteras internas o externas de la UE o cuando sus padres vivan en más de un estado. En las próximas secciones analizaremos el Derecho comunitario actual y consideraremos si ésta respeta efectivamente los derechos fundamentales del menor.

⁵⁶ H. Stalford, “The Citizenship Status of Children in the European Union”, en: *International Journal of Children’s Rights*, 8 (2000), p. 101 (110).

(c) Los menores y la migración

La mayor parte de instrumentos legales de la UE vinculan el derecho de desplazamiento del menor a su dependencia de un adulto migrante.⁵⁶ Aún no está

establecido con claridad si los menores pueden reclamar un derecho autónomo a la libre circulación únicamente sobre la base de su condición de ciudadanos de la UE.⁵⁷ Por lo tanto, en muchas ocasiones el reconocimiento de la relación padre-hijo tendrá un papel fundamental para la preservación de la unidad familiar. El Reglamento 1612/68 establece las normas básicas que rigen para los hijos de trabajadores migrantes comunitarios. Por lo que se refiere a los trabajadores, se concede el derecho a instalarse “al cónyuge y a sus descendientes menores o a su cargo.”⁵⁸ Aunque la Directiva no define mayormente el término “descendiente”, es evidente que se refiere especialmente a los menores que tengan un vínculo biológico con el trabajador y/o el cónyuge. Pero si el trabajador no es legalmente responsable del menor, será particularmente difícil reconocer a éste como su “descendiente”. Esta situación se ve exacerbada por el hecho que en la Directiva se excluye a las parejas de hecho y por consiguiente a los hijos de éstas. El caso de los miembros de la pareja y sus hijos ciudadanos de terceros países será especialmente problemático, puesto que no gozan del derecho autónomo a la libre circulación.

La propuesta de la Comisión de sustituir el Reglamento 1612/68 por una única Directiva sobre derechos de libre circulación permitiría a los ciudadanos de la UE reunirse en otros estados con:

- (a) el cónyuge;*
- (b) la pareja de hecho sin que exista matrimonio, si la legislación del Estado miembro de acogida asimila la situación de las parejas no casadas a la de los matrimonios y respetando las condiciones previstas por dicha legislación;*
- (c) los descendientes directos y los del cónyuge o pareja de hecho contemplada en la letra (b).⁵⁹*

El reconocimiento de la relación padre-hijo tendrá un papel fundamental para la preservación de la unidad familiar.

⁵⁷ A este fin, la argumentación debe basarse en el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la UE recogido en el Artículo 18 del Tratado CE.

⁵⁸ Art. 10(1)(a).

⁵⁹ Art. 2(2), COM (2001) 257.

La Comisión no facilitó las cosas al añadir la palabra “directo” al término “descendiente” en el párrafo (c) sin explicar el significado de esta calificación. Además, es obvio que los ciudadanos de la UE solo tendrán derecho a la reunión con sus parejas de hecho y sus descendientes cuando se trasladen a un estado que en sus leyes nacionales considera a las parejas de hecho de modo equiparable al de las parejas casadas. Por ejemplo, consideremos la situación de una mujer francesa que vive con su pareja canadiense y que ambas tienen a su cargo la crianza de dos niños que sólo tienen vínculos biológicos con la mujer canadiense. Si la ciudadana francesa es destinada por su empresa a un puesto en Grecia, el Derecho comunitario no contempla su derecho de trasladar a su pareja o a los niños.

Desde la perspectiva de los derechos del menor, las revisiones propuestas para el Reglamento 1612/68 no parecen considerar los intereses de los niños, en primer lugar, ni tampoco respetar totalmente el derecho del menor a no ser discriminado por motivo de la orientación o identidad sexual de sus padres. Según la propuesta de Directiva el derecho de los menores a permanecer con ambos padres será considerado de modo distinto, dependiendo de si éstos son casados o del lugar de la Unión al que se trasladen. De manera significativa, el Parlamento Europeo enmendó este aspecto de la propuesta en su primera lectura, con la intención de incluir a todos los menores de parejas registradas y a los menores de parejas de hecho, de acuerdo con el principio de reconocimiento mutuo.⁶⁰

La situación es aún más difícil para los hijos de una pareja no casada de nacionalidad extracomunitaria. La propuesta modificada de Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar presentada por la Comisión aborda la situación de los ciudadanos de terceros paí-

⁶⁰ Resolución del 11 de febrero de 2003 relativa a COM (2001) 257; enmiendas 17 y 18.

ses que residen legalmente en la Unión.⁶¹ Las parejas casadas tendrán el derecho a la reagrupación con “los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos.”⁶² En cambio, los Estados miembros tienen la potestad de decidir si admiten a “el compañero no casado nacional de un país tercero que mantenga con el reagrupante una relación duradera debidamente probada, o del nacional de un país tercero que constituya con el reagrupante una pareja de hecho registrada... así como los hijos menores no casados, incluidos los adoptivos, de estas personas.”⁶³ En este caso, existe una amplia disparidad entre la situación que enfrentan los hijos de padres casados y la de los hijos de padres no casados. Los primeros tienen derecho a reagruparse con sus padres en el territorio de la Unión, mientras que la situación de los segundos quedará a discreción de cada Estado miembro. Ello no concuerda con el reconocimiento explícito recogido en la Carta de la obligación de preservar el derecho de todo menor a “mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con sus progenitores.”⁶⁴

Existe una desigualdad de trato aún más severa en las leyes de asilo de la UE y en especial en la Directiva de Protección Temporal.⁶⁵ Las personas que disfrutan de una situación de protección temporal tienen derecho al reagruparse dentro de la Unión con algunos miembros de su familia. Por lo que respecta a los menores, el Artículo 15(1)(a) extiende los derechos de reagrupación a “los hijos menores solteros del reagrupante o de su cónyuge,* sin discriminación entre los matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos.” Se produce así una situación de discriminación entre los hijos de parejas no casadas y aquellos de parejas casadas. Mientras que los niños de parejas casadas reciben protección con independencia de si nacieron antes o después del

* Nota del editor: El texto de la Directiva publicado en el DOCE contiene un error, en donde se hace mención “del reagrupante o de la pareja de hecho”. Sin embargo, esto carece de sentido a la luz de los argumentos expuestos por el autor más adelante. En todas las otras versiones se utiliza el término “cónyuge”.

61 COM (2002) 225.

62 Art. 4(1)(b), *ibid.* El Consejo de Justicia y Asuntos de Interior acordó la adopción de esta definición de familia en su reunión del 27/28 de febrero de 2003.

63 Art. 4(3), *ibid.*

64 Art. 24(3).

65 Directiva 2001/55/CE, DO L212/12 (2001).

matrimonio de la pareja, no existe ninguna disposición relativa a los hijos cuyos padres no están casados. La discriminación flagrante de esta Directiva probablemente contraviene el Artículo 8 (derecho a la vida familiar) y el Artículo 14 (no-discriminación) de la CEDH. En *Marckx vs. Bélgica* el Tribunal de Derechos Humanos subrayó la obligación que tienen todos los estados de asegurar que los niños nacidos fuera del matrimonio no sean discriminados.⁶⁶

Sin embargo, la Directiva de protección temporal tiene también algunos aspectos dignos de ser encomiados. El Artículo 15(4) requiere que los Estados miembros “tomarán en consideración los intereses de los menores” cuando se apliquen las disposiciones de la Directiva. Es digno de señalar que tanto la Directiva de protección temporal como la propuesta de Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar buscan la protección de los menores adoptados (aunque únicamente si los padres son casados). En cambio, la propuesta de Directiva sobre la libre circulación de los ciudadanos de la UE no hace referencia directa a los menores adoptados. Aunque puede presumirse que éstos están comprendidos en el término “descendientes”, sería de gran utilidad hacer una mención específica a fin de asegurar una mayor claridad sobre este punto.

(d) Aplicación transfronteriza de las sentencias judiciales que afectan a los menores

Muchos padres de menores se encuentran en estados distintos como consecuencia de una creciente libertad de circulación en la Unión Europea. Ello podría originar problemas si los padres del menor no pudiesen acordar las cuestiones relacionadas con su custodia y mantenimiento. En la actualidad la UE no tiene competencias para introducir disposiciones legales armonizadas

⁶⁶ (1979) 2 EHRR 330, párrafo 34.

relativas a estos aspectos del derecho de familia. Sin embargo, en el Artículo 61 (c) del Tratado CE se requiere al Consejo que tome medidas “en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil” a fin de llevar a efecto el espacio de libertad, seguridad y justicia. En el Artículo 65 CE se especifica que dicha cooperación debe abarcar la cooperación entre los tribunales y en especial en “el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles” a nivel transfronterizo. La intervención inicial de la Unión en este ámbito obedecía a la necesidad de establecer reglas más claras para los tribunales responsables de cuestiones relativas al divorcio, la separación legal, la nulidad del matrimonio y “la responsabilidad parental sobre los hijos comunes”.⁶⁷ Esto resultaba decepcionante desde la perspectiva de los hijos de padres LGBT, puesto que muchos de ellos quedaban excluidos del campo de aplicación del Reglamento. Por ello, es alentadora la nueva propuesta de Reglamento introducida posteriormente por la Comisión, que incluye igualmente a los hijos de las parejas casadas y las no casadas.

La nueva propuesta de la Comisión permitiría determinar a qué tribunal corresponde la jurisdicción de los casos relativos a la “atribución, ejercicio, delegación, restricción o finalización de la responsabilidad parental” cuando los padres estuviesen en distintos estados de la Unión.⁶⁸ También determinaría unas reglas con relación a la aplicación de tales decisiones a nivel transfronterizo. Por ejemplo, asegurando que una sentencia sobre la custodia de menores dictada en Francia pudiese ser aplicada en Alemania. Esta disposición está particularmente formulada para asistir en los casos en que uno de los padres traslada al menor a un segundo estado con la intención de frustrar la aplicación de la sentencia judicial de un tribunal del pri-

⁶⁷ Art. 3(1), Reglamento del Consejo 1347/2000/CE relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental por los menores de ambos cónyuges. DO L160/19 (2000).

⁶⁸ Art. 1, Comisión: Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) N^o 1347/2000 y modificando el Reglamento (CE) N^o 44/2001 en materia de alimentos (COM (2002) 222).

El segundo caso se produce cuando una decisión sobre la custodia de un menor fuese influenciada de manera adversa por la orientación o identidad sexual de uno de los padres.

mer estado. Sin embargo, el Reglamento no contempla cuestiones relativas a la manutención del menor y tampoco es aplicable en Dinamarca.

Desde una perspectiva LGBT, es bien acogida la propuesta de Reglamento que reafirma al comienzo los principios del derecho del menor recogidos en la Carta de los derechos fundamentales de la UE.⁶⁹ El Artículo 28 del Reglamento únicamente permite que los tribunales se nieguen a la aplicación de una sentencia emitida por un tribunal de otro estado “si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del niño”.⁷⁰ En el caso de los padres LGBT, esto puede ser relevante en dos casos. En el primero, cuando un padre LGBT obtiene la custodia o el derecho de visita pero un tribunal de otro estado se niega a reconocer tal decisión por razones del orden público. La sentencia del Tribunal de Derechos Humanos en el caso de *Salgueiro* proporciona una base sólida para argumentar que las razones de discriminación no pueden ser invocadas bajo el Reglamento actual como motivo legítimo de orden público que justifique el no-reconocimiento de un fallo emitido en otro estado.

El segundo caso se produce cuando una decisión sobre la custodia de un menor fuese influenciada de manera adversa por la orientación o identidad sexual de uno de los padres. ¿Podría un tribunal de otro estado desconocer un fallo discriminatorio? Podría argumentarse aquí que dicha discriminación es incompatible con la CEDH y que ello constituye un motivo de política pública legítimo que justificaría la no-aplicación del fallo. Al mismo tiempo debe tenerse en cuenta el Artículo 31 de la propuesta de Reglamento que dispone que “en ningún caso la resolución podrá ser

⁶⁹ Artículos 3 y 4, *ibid.*

⁷⁰ Art. 28(a), *ibid.*

objeto de una revisión en cuanto al fondo”, lo cual revela los límites del Reglamento. Este no busca armonizar las reglas que rigen el proceso de toma de decisiones en cada Estado miembro en lo relativo a la concesión de la custodia de un menor. Únicamente se limita a coordinar aspectos relativos a la jurisdicción y la aplicación transfronteriza de la ley. Sin embargo, ello puede ser motivo de tensiones puesto que existe una gran diversidad de leyes nacionales relativas al reconocimiento de los padres LGBT.

Aunque el Reglamento constituye un primer paso hacia la protección de los hijos de parejas no casadas, existe muy poco reconocimiento de las circunstancias específicas que enfrentan los hijos de padres LGBT. Ello se hace patente en el formulario oficial que debe ser rellenado para administrar las decisiones emanadas de este Reglamento. En el apartado “titulares de la responsabilidad parental” el formulario sólo consigna las opciones “madre”, “padre” u “otros”.⁷¹ La posibilidad de que el menor tenga dos madres o dos padres no está prevista en el formulario oficial, aún cuando ésta sea una posibilidad legal en los Países Bajos, Suecia, Inglaterra y Gales. Una cuestión relacionada con lo anterior es la de que un hijo de padres transgénero tenga la posibilidad de modificar su certificado de nacimiento a fin de que se reconozca el mismo género de ambos padres.

(e) Otros miembros de la familia

Por último, no debe ignorarse que las dificultades que enfrentan los hijos cuando no existe una relación legalmente reconocida son también extensivas a otros miembros de la familia. Ello concierne a una amplia variedad de familiares (padres, hermanos, etc.). Por ejemplo, si un individuo se somete a cirugía de rea-

⁷¹ Anexo V, *ibid.*

Dada la diversidad de estructuras familiares hay muchos argumentos a favor de incrementar los derechos de los familiares ascendientes respecto de su actual posición en el Derecho comunitario.

signación sexual es posible que se le exija que se divorcie de su cónyuge.⁷² Sin embargo, los lazos emocionales podrían perdurar aún después de terminada la relación legal. En la actualidad, el derecho de libre circulación de la UE únicamente reconoce dos categorías de ascendiente (distintos a cónyuge o menor). El Artículo 10(1)(b) del Reglamento 1612/68 permite la reagrupación con “los ascendientes del trabajador y de su cónyuge”. Por tanto los padres de ambos cónyuges quedan claramente incluidos en la disposición, y no así los padres de una pareja de hecho. No se exige al estado de acogida que admita a ningún otro familiar, pero el Artículo 10(2) establece que “los Estados miembros favorecerán la admisión de cualquier miembro de la familia que no se beneficie de lo dispuesto en el apartado 1, si se encontrase a cargo, o viviese, en el país de origen, con el trabajador antes mencionado.” No obstante, esto constituye una obligación discrecional que no obliga a los Estados miembros a admitir a otros miembros de la familia. Dada la diversidad de estructuras familiares que hemos visto en este informe, hay muchos argumentos a favor de incrementar los derechos de los familiares ascendientes respecto de su actual posición en el Derecho comunitario.

⁷² Por ejemplo, el párrafo 15, *Sheffield y Horsham vs. Reino Unido*, solicitudes Nº 22985/93 y Nº 23390/94, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 30 de julio de 1998.

5. Conclusión

Muchos aspectos del derecho familiar siguen formando parte de las competencias legales de ámbito nacional y por tanto no pueden ser cambiadas por la Unión Europea. Sin embargo, el presente informe demuestra que el Derecho comunitario tiene un impacto creciente sobre cuestiones relacionadas con las parejas, los menores y las familias. La Unión Europea debe velar por que no se produzca discriminación por motivo de la orientación o identidad sexual en los ámbitos en donde ella ejerce control. Además, es esencial que el derecho comunitario se adapte a la naturaleza cambiante de los sistemas de derecho familiar, particularmente con relación a nuevas instituciones como los registros de parejas.

Los principios generales de los derechos humanos dan una importante orientación en este campo. El Tribunal de Derechos Humanos ha establecido unos referentes en cuanto a la no-discriminación y los asuntos relacionados con la custodia de menores y el acceso al matrimonio para las personas transgénero. La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE tiene también unas reglas que podrían ser de útil aplicación, y más en el caso de los derechos del menor. Sin embargo, la indefinición en cuanto a las garantías de derechos humanos en el Derecho comunitario se traduce en una debilidad de fondo. La incorporación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE a los Tratados fundacionales, así como la adhesión de la UE a la Convención Europea de Derechos Humanos constituyen una base esencial para garantizar la no-discriminación en las cuestiones relacionadas con las parejas, los niños y las familias.

6. Recomendaciones

A los Estados miembros y a los países candidatos:

- ▼ Todos los estados deben revisar sus leyes y políticas nacionales para asegurarse de que sea eliminada toda discriminación por motivos de orientación o identidad sexual. Particularmente, los Estados miembros, deberían acabar con toda discriminación relacionada con el matrimonio, las parejas, la adopción y la responsabilidad de los padres.
- ▼ Todos los estados deben eliminar inmediatamente cualquier restricción sobre el matrimonio de personas transgénero, en conformidad con la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de *Goodwin vs. Reino Unido*.
- ▼ Ningún estado podrá obligar a las personas transgénero a divorciarse de sus cónyuges existentes como condición para reconocer la identidad sexual de la persona.

A la Unión Europea:

Recomendaciones generales

- ▼ La Unión debe establecer la obligatoriedad jurídica de la Carta de los Derechos Fundamentales mediante la incorporación de sus disposiciones en los Tratados fundacionales de la UE.
- ▼ La Unión debe adherirse a la Convención Europea de Derechos Humanos.
- ▼ Al desarrollar nuevas leyes y políticas, así como cuando se revisen medidas ya existentes, la Unión debe siempre garantizar una definición incluyente de la familia que incorpore toda su diversidad.

Recomendaciones sobre los derechos de las parejas

- ▼ Los derechos conferidos por el Derecho comunitario no deben limitarse a las parejas casadas. Éstos deberían incluirse para las parejas con una situación legal reconocida legalmente en sus leyes nacionales así como para las parejas de hecho que muestren evidencia de una relación duradera.
- ▼ Toda persona legalmente casada en un Estado miembro debe ser considerada como casada a efectos del Derecho comunitario.
- ▼ Como primer paso, los Estados miembros deben ser obligados a autorizar la admisión, la residencia y el derecho a trabajar de cualquier pareja cuya una unión es legalmente reconocida en su país de origen.
- ▼ La Comisión debe emprender un estudio exhaustivo de las leyes nacionales relativas a la familia a fin de identificar las cuestiones que afecten al derecho y a las políticas comunitarias.
- ▼ Las instituciones de la UE deben apoyar la cooperación entre Estados miembros a fin de coordinar las leyes de pareja existentes o futuras.

Recomendaciones sobre los derechos del menor y de otros miembros de la familia

- ▼ Todas las medidas que afecten al menor deben ser tomadas en el interés superior de éste, así como garantizar que no se discrimine a sus padres por su orientación o identidad sexual.
- ▼ El Derecho comunitario debe tratar al menor de manera igualitaria, independientemente de si:
 - sus padres están o estuvieron casados;
 - es adoptado;
 - comparte un vínculo biológico con sus padres.
- ▼ El Derecho comunitario debe considerar la posibilidad de que un menor tenga más de dos padres y la

posibilidad de que existan menores con padres del mismo sexo.

▼ Las definiciones de “familia” en el Derecho comunitario deben basarse en la realidad social y emocional de los lazos familiares y no considerar solamente a las familias que tienen reconocimiento legal bajo sus leyes nacionales.

▼ A este fin, el derecho de libre circulación en la UE y el derecho a la reagrupación familiar para los ciudadanos de terceros países debe extenderse hasta incluir a:

- todos los menores bajo la responsabilidad paternal de la persona migrante;
- todos los menores del cónyuge, pareja registrada o pareja de hecho de la persona migrante;
- cualquier otra persona dependiente de la persona migrante o de su cónyuge, pareja registrada o pareja de hecho.

Tradicionalmente, cuestiones como el matrimonio, las parejas y la paternidad son tratadas con las competencias legales de ámbito nacional y, por tanto, se consideran fuera de las atribuciones de la Unión Europea. Sin embargo, esta situación está experimentando rápidos cambios. Las fronteras entre las competencias nacionales y comunitarias se han hecho más difíciles de distinguir a medida que transcurre el tiempo. La Unión se encuentra abocada a la promoción de la inclusión social a través de políticas aplicadas a una gran variedad de ámbitos como son el empleo, la educación, la atención sanitaria y la vivienda. Además, la creación de un “espacio de libertad, seguridad y justicia” ha requerido una implicación de la Unión para coordinar los sistemas de derecho civil, incluido el derecho de familia.

En el presente informe, examinamos de qué manera los diversos aspectos del Derecho comunitario ejercen impacto sobre las normativas nacionales con relación a la “condición jurídica” entendida en su sentido más amplio.