

## ¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE?

### A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto Coman

**Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ**

Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Santiago de Compostela  
La Ley Unión Europea, Nº 56, 28 de Febrero de 2018, Editorial Wolters Kluwer

**LA LEY 1300/2018**

1. El título de esta tribuna es deliberadamente generoso y singularmente provocador, si tenemos en cuenta que no haré sino un comentario de urgencia de unas Conclusiones de un Abogado General en un asunto concreto relativo a la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 (LA LEY 5248/2004), 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.º 1612/68 (LA LEY 1333/1968) y se derogan las Directivas 64/221/CEE (LA LEY 11/1964), 68/360/CEE (LA LEY 1340/1968), 72/194/CEE (LA LEY 705/1972), 73/148/CEE (LA LEY 667/1973), 75/34/CEE (LA LEY 1961/1974), 75/35/CEE (LA LEY 1958/1974), 90/364/CEE (LA LEY 3944/1990), 90/365/CEE (LA LEY 3943/1990) y 93/96/CEE (LA LEY 5412/1993).

2. En este sentido, sería más propio rebajar las expectativas, pero es el propio Abogado General el que considera que se encuentra ante un hito en la comprensión del Derecho de la UE. Y quizá tenga razón. De hecho, la propia existencia de esta tribuna no le desmiente, aunque quizá también hubiera de ser más modesto el Abogado General al valorar la trascendencia del tema tal cual expone en el punto 2 de sus conclusiones antes de entrar en materia: «...la definición del concepto de "cónyuge" que se adopte afectará necesariamente a la propia identidad de los hombres y mujeres de los que se trata —y por tanto a su dignidad—, así como a la concepción personal y social que tienen los ciudadanos de la Unión del matrimonio...». No sé si la dignidad de las personas está o no comprometida; probablemente. Tampoco tengo claro que el resultado de la sentencia vaya a afectar globalmente a la identidad de los interesados; aunque es posible que también. Pero lo que es seguro es que mi concepción del matrimonio (y presumo que la de la mayoría) no va a depender de lo que diga en su día el TJ. En todo caso, sí pienso que el resultado de la sentencia será trascendente y, probablemente, vaya más allá del mero ámbito de la libre circulación de los ciudadanos de la UE y sus familias, si no en términos de estricta técnica jurídica, sí en términos de fuerza motriz de posibles cambios normativos.

De hecho, el caso ya es trascendente por la expectación que ha desatado en los medios de comunicación y en las redes sociales antes de que el TJ resuelva y, también, por el contexto nacional rumano en el que se ha originado. En este sentido, creo que es ilustrativo recordar sumariamente tanto los aspectos individuales del caso (3), simples, cuanto el contexto en el que surge (4), antes de pasar a analizar algunos posibles escenarios si el TJ ratifica la Conclusiones que comento (5 y ss.). El formato que usaré hará abstracción de numerosos aspectos que el lector puede encontrar en las detalladas y bien documentadas Conclusiones del Abogado General.

3. En 2010, el Sr. Coman, doble nacional rumano-estadounidense, contrajo matrimonio en Bélgica

con el Sr. Hamilton, su pareja, de nacionalidad estadounidense. Ambos son varones y residentes en Bélgica en virtud de la libre circulación de personas de la que disfrutaban los ciudadanos de la Unión (nacionalidad rumana de uno de los cónyuges) y los miembros de sus familias (el otro cónyuge). Dos años después, iniciaron los trámites en Rumanía para que el Sr. Coman pudiera trabajar y residir legalmente en este país junto a su cónyuge. El rechazo en sede administrativa generó un recurso judicial en el seno del cual se formuló una cuestión de inconstitucionalidad contra las disposiciones del art. 277, apartados 2 y 4 del Código civil rumano. Estos preceptos establecen que:

«(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] y del Espacio Económico Europeo.»

En el marco de este procedimiento el Tribunal Constitucional rumano eleva cuatro cuestiones prejudiciales, de las que en este momento me interesan las dos primeras:

«1) ¿Comprende el concepto de "cónyuge" en el sentido del artículo 2, punto 2, letra a), de la Directiva 2004/38, (LA LEY 5248/2004) leído en conexión con los artículos 7, 9, 21 y 45 de la Carta, a un nacional de un Estado que no es miembro de la Unión, del mismo sexo que el ciudadano de la Unión con el que ha contraído legalmente matrimonio con arreglo a las leyes de un Estado miembro distinto del Estado de acogida?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial, ¿obligan los artículos 3, apartado 1, (LA LEY 5248/2004) y 7, apartado [2], de la Directiva 2004/38 (LA LEY 5248/2004), leídos en conexión con los artículos 7, 9, 21 y 45 de la Carta, al Estado miembro de acogida a conceder el derecho de residencia en su territorio por un período superior a tres meses al cónyuge del mismo sexo de un ciudadano de la Unión?»

Que una cuestión prejudicial de este estilo terminaría planteándose era meridianamente previsible a la luz tanto de la división que existe entre los Estados miembros la UE en cuanto a la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo, cuanto de la actitud nacionalista (en su acepción de reivindicación frente a la UE) y, quizá no casualmente, homófoba que en los últimos tiempos se manifiesta sin rubor en algunos de los Estados miembros.

4. Y es aquí donde el contexto nacional merece ser descrito también brevemente. El proceso administrativo y judicial del caso convivió con un movimiento en el que una asociación rumana recogió tres millones de firmas para una modificación de la Constitución de aquel país en el sentido de hacer constar fehacientemente el carácter heterosexual del matrimonio. Esta propuesta fue sometida al Tribunal Constitucional, que en julio de 2016 adelantó que cumplía con los criterios constitucionales para ser tramitada, añadiendo además que, a pesar de la literalidad neutra del art. 48.1 de la Constitución sobre el derecho a contraer matrimonio («La familia se funda por el matrimonio libremente consentido entre los esposos, en base a la igualdad de estos y al derecho y deber de los padres de asegurar el crecimiento, la educación y formación de los hijos»), había que considerar que (ya) se refería al matrimonio entre personas de distinto sexo. En octubre del mismo año el Tribunal Constitucional emitió una resolución final sobre la legalidad de la propuesta para modificar la constitución. Paralelamente en el tiempo, las cuestiones prejudiciales sobre el caso Coman se elevaron al TJ, en noviembre de 2016, por el propio Tribunal Constitucional. En diciembre de 2016 las elecciones legislativas dieron la victoria al Partido socialdemócrata. En mayo de 2017 la propuesta de reforma constitucional pasó ampliamente el filtro de la Cámara de Diputados (por 232 votos a favor, 22 en contra y 13 abstenciones) y en septiembre el Gobierno anunció la convocatoria de un referéndum, cuya celebración no me consta.

En estas circunstancias, la trascendencia para Rumanía del asunto Coman no hace falta resaltarse. Pero también para el resto de los Estados Miembros, muchos de los cuales aún no reconocen el

matrimonio entre personas del mismo sexo y algunos incluso lo prohíben dentro de sus constituciones: según el Abogado General, Bulgaria, Letonia, Lituania y Polonia, aunque probablemente también Eslovaquia —art. 41— y Hungría —art. L1. No puede resultar sorprendente que, entre quienes presentaron observaciones (escritas o en la vista), Rumanía, Hungría, Polonia y Letonia defendieron que el concepto de «cónyuge» debía ser objeto de una definición e interpretación conforme a la ley del Estado miembro de acogida, mientras que Países Bajos (primer país en consagrar el matrimonio entre personas del mismo sexo) y la Comisión abogaban por una interpretación autónoma.

¿Y qué es lo que dice el Abogado General?

5. El Abogado General defiende (sin alardes, pero sin mayores problemas) la necesidad de una interpretación autónoma y uniforme del término y propone, en síntesis, que el TJ considere que el concepto de «cónyuge» de un ciudadano de la Unión comprende también al nacional de un tercer Estado *del mismo sexo* y que éste disfruta de un derecho de residencia en el Estado miembro de acogida, siempre que se cumplan el resto de los requisitos. Es una propuesta previsible y coherente. Yo diría que es casi una propuesta indefectible a la luz de los derechos fundamentales implicados y el hecho cierto de que el matrimonio, del que pende el concepto de «cónyuge», es un artificio jurídico reconocido en todos los Estados miembros. Reconocido el matrimonio (es más, elevado hoy a derecho fundamental) su paso por el filtro de la interdicción de discriminación por todo el creciente número de circunstancias que van disminuyendo progresivamente el grosor de sus poros hace que la solución no sea en modo alguno sorprendente. Lo sería quizá la contraria.

En todo caso, como adelanté, hay algunas cuestiones que creo que merecen ser destacadas, sobre todo, para evaluar la trascendencia del fallo del TJ de seguir efectivamente la propuesta del Abogado General. Para evaluar sus potenciales efectos.

6. En primer lugar, como desconozco el sistema constitucional de Rumanía, no puedo aventurar el alcance de un tal fallo para el ordenamiento rumano, pero en todo caso no parece que fuese inocuo. Quizá, pudiera argumentarse que la relación entre los más atrás reproducidos arts. 277.2 y 277.4 del Código civil se articula en torno al binomio regla-excepción y que, desde este punto de vista, la posición del Abogado General no sería sino una clarificación de hasta dónde llega la excepción. La competencia del Derecho nacional sobre lo que haya de considerarse matrimonio quedaría salvaguardada para el resto de los aspectos no tocantes a la libre circulación: «no gozarán de reconocimiento legal en Rumanía los matrimonios entre personas del mismo sexo, salvo en lo atinente a las disposiciones legales relativas a la libre circulación en el territorio rumano de los ciudadanos de los Estados miembros de la [Unión] y del Espacio Económico Europeo»... podría argüirse. En todo caso, piénsese que este razonamiento es estrictamente de validez de la norma conforme al Derecho de la Unión y no de constitucionalidad de la misma. No deja de llamarme la atención que el Tribunal Constitucional eleve una cuestión prejudicial para decidir una cuestión de constitucionalidad; de compatibilidad del Código civil rumano con su Constitución. ¿Implícitamente está haciendo depender la interpretación de la constitución rumana de lo que diga el TJ sobre cómo se debe interpretar una Directiva? Sobre esta pregunta me remito a la advertencia hecha al comienzo de este párrafo. Pero, más allá: ¿tendrá consecuencias sobre la reforma constitucional a la que he hecho referencia más atrás? Y, aún más: ¿soporta el ordenamiento jurídico la existencia e inexistencia al mismo tiempo y en función de la materia de un matrimonio entre personas del mismo sexo? Es decir, ¿podrán los Srs. Coman y Hamilton ser cónyuges a efectos de la Directiva 2004/38/CE (LA LEY 5248/2004) y no cónyuges para el resto de las cuestiones jurídicas que les afecten, sin ningún trauma social? Ya sé que esta situación es relativamente común en Derecho internacional privado y que hay multitud de expedientes técnicos que la fomentan (orden público atenuado, determinadas soluciones para la resolución de las cuestiones previas...). Pero no sé si en un asunto tan «poco técnico», si se me permite, sería una situación pacífica.

7. Otro posible escenario, y otra vez desde una mera perspectiva teórica, pondría en cuarentena las opiniones que ven en este caso una especie de tsunami jurídico que directamente llevará a modificar los sistemas nacionales de los Estados miembros en los que los matrimonios entre personas del mismo sexo no se admiten e incluso se prohíben. Quizá pueda ser ese el punto de llegada, pero no es el punto de partida.

Esta perspectiva, alejada de los felices augurios ya manifestados a la luz de la publicación de las Conclusiones, sobre todo desde colectivos LGTB, presenta un escenario más aséptico: lo que se pregunta al TJ es si el concepto de «cónyuge» se refiere tanto al cónyuge del mismo sexo cuanto a cónyuge de distinto sexo. Y la respuesta del Abogado General es positiva. Pero nada más. Ello en principio no garantiza el *reconocimiento* de dichos matrimonios en el país de acogida (por ser gráfico) como tampoco lo garantiza hasta la fecha ni lo garantizará en el futuro en los casos de matrimonios entre personas de distinto sexo. El cónyuge de distinto sexo de un ciudadano comunitario nunca ha sido puesto en tela de juicio como beneficiario del derecho de circulación y residencia que el Derecho de la UE proporciona. Pero tiene que ser un cónyuge *reconocido* como tal. Ello nos sitúa ante una cuestión previa (*lato sensu* hablando) a dilucidar en cada caso. Y un matrimonio (homosexual o heterosexual) puede existir en un Estado y no en otro. Cuestiones metodológicas aparte y abordando el tema desde la perspectiva del *reconocimiento* de tales matrimonios, todo dependerá de las *condiciones* para que dicho reconocimiento se produzca. Por ejemplo, parecería razonable que no se reconociera el derecho de libre circulación por cónyuge de ciudadano comunitario a quien no puede serlo desde la perspectiva de un Estado miembro por existir un previo matrimonio no disuelto del susodicho ciudadano comunitario; o por ser uno de los cónyuges un niño forzado a contraer matrimonio. Y otro tanto podría decirse llevando el ejemplo al absurdo, por ejemplo, si el cónyuge del ciudadano comunitario resulta, además, su hermano, o su nieto. No es descartable que el *orden público* del foro impidiese el reconocimiento de esos matrimonios y, consecuentemente, de la cualidad de cónyuge (y me refiero exclusivamente al no reconocimiento del matrimonio y no al orden público que pueda actuar en el marco de la Directiva dentro de las generales limitaciones del derecho de entrada y del derecho de residencia, que ahora no contemplo ni creo que pueda ser operativo en relación al tema que nos ocupa).

La propia práctica del TJ en torno a la exigencia del reconocimiento del régimen de nombre y apellidos de las personas alerta de esta forma de ver el problema. El no reconocimiento de un determinado régimen de apellidos adquirido en un Estado miembro constituye un obstáculo insoportable para la libre circulación de personas, *pero* dicho reconocimiento puede rechazarse por motivos de *orden público*. Esta conclusión ya se aventura en el punto 38 de la STJCE de 14 de octubre de 2008 (LA LEY 142470/2008), *Grunkin Paul* (C-353/06), y se ratifica en la STJ de 22 de diciembre de 2010 (LA LEY 213848/2010), *Sayn-Wittgenstein* (C-208/09) y en la STJ de 2 de junio de 2016 (LA LEY 55976/2016), *Bogendorff von Wolfersdorff* (C-438/14), con una especial importancia del contenido de la *Constitución* austríaca en el segundo de los casos (*Sayn-Wittgenstein*). No es descartable pues que el reconocimiento en Rumanía de un matrimonio entre personas del mismo sexo pudiera alegarse como contrario al orden público rumano, especialmente (aunque no solo) si su constitución blindada el matrimonio heterosexual en el sentido de la reforma (algo que como vimos ya ocurre en las otras constituciones de Estados miembros), también en el marco de la libre circulación de personas. En la tensión continua entre el Derecho de la Unión y las competencias que son exclusivas de los Estados miembros, el orden público es un mecanismo de compromiso que puede operar en un determinado momento decantando la balanza en uno u otro sentido.

Digamos, no obstante, que este orden público hoy en día es menos exclusivo (de cada Estado miembro) y más compartido (entre el Estado y la Unión) y que la fórmula más o menos acuñada según la cuál corresponde a cada Estado determinar el contenido de su orden público dentro de los

límites fijados por la propia UE podría relativizar, sin duda, el escenario descrito en los dos últimos párrafos. El factor tiempo es vital en la determinación del contenido del orden público de cada Estado... y puede serlo también en la determinación por parte del Derecho de la UE, de los límites dentro de los cuáles será lícita su utilización. Y estos límites podrían figurar expresa o implícitamente (o no figurar) en la futura sentencia.

8. No obstante, se trata el anterior de un escenario, el del no reconocimiento del matrimonio homosexual, que no parece contemplar la opinión del Abogado General. Para él, no sólo el término «cónyuge» se refiere claramente al cónyuge del mismo sexo, sino que, como vimos, éste «disfruta de un derecho de residencia... siempre que el mencionado ciudadano de la Unión cumpla los requisitos establecidos». Y ello sería así porque, siempre en opinión de las Conclusiones, debe realizarse una diferenciación clara entre los efectos de las cuestiones prejudiciales, limitados a interpretar las obligaciones nacidas de un acto de la Unión, y la libertad que conservarían los Estados miembros en relación con la admisión o no del matrimonio entre personas del mismo sexo (punto 41 de las Conclusiones).

Ya dije que esta escisión (que el Abogado General ilustra con referencia bibliográfica en la nota 21, a la que me remito) es técnicamente posible. Mas no sé si sería socialmente aceptable. Piénsese en el caso concreto de los cónyuges Coman y Halmilton en la situación que genera: las autoridades rumanas tendrían que aceptar que ambos son cónyuges a los efectos de que residan libremente en Rumanía como tales. La vinculación con Rumanía es importante. La residencia habitual de ambos y nacionalidad de uno de los cónyuges no es baladí (sobre la aplicación de la Directiva en estos casos, véanse los puntos 22 a 29 de las Conclusiones). Y aislar ese reconocimiento puede que no sea una tarea fácil. No se trata sólo de permitir que el cónyuge del tercer Estado resida en Rumanía. Otros muchos aspectos vinculados a su cualidad de cónyuge están también intrínsecamente vinculados al ejercicio de esa libertad. Y recordemos que este cónyuge gozará de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de acogida en el ámbito de aplicación del Tratado.

Por otro lado, hay un dato que, tomando una cierta distancia de la cuestión prejudicial, llama la atención sobre esta pretendida actuación de microcirugía limitada: el arsenal de argumentos que se maneja en las Conclusiones justifica que el término «cónyuge» comprenda al cónyuge del mismo sexo, pero no sólo a los efectos de la Directiva 2004/38/CE (LA LEY 5248/2004). Con un mero «corta-pegas» y ligeras adaptaciones, los desarrollos que el Abogado General dedica a los derechos fundamentales en relación con el concepto de «cónyuge» servirían también para interpretar el término «cónyuge» del art. 23.2 b) del Reglamento 650/2012, de sucesiones (LA LEY 13239/2012), o en los arts. 3 y siguientes del Reglamento 2201/2003 (LA LEY 11243/2003). E incluso los argumentos que se articulan en torno a la *finalidad* de la Directiva 2004/38/CE (LA LEY 5248/2004), serían fácilmente adaptables a otros ámbitos y problemas singulares en los que estuviesen comprometidas las libertades.

Y otro tanto ocurre con una razón que parece ocupar un lugar menor en las Conclusiones pero que no es en absoluto despreciable: la consecución de un alto nivel de seguridad jurídica y de transparencia: quien sea cónyuge en un Estado lo será en los otros 27 (punto 76 de las Conclusiones, que no obstante, no puede considerarse categórico, como vimos más atrás, núm. 7). Me parece una razón importante el no tener que preguntarse en cada momento y en cada Estado si quien goza de tal libertad en Bélgica la disfruta también en Rumanía o en Polonia o en España. La estabilidad en el disfrute de las libertades es un valor en sí mismo. No absoluto, pero valor al cabo.

En este sentido, la futura sentencia, siempre de seguir la propuesta del Abogado General, sí tendría la capacidad germinal que pudiera desembocar en lo que el título de esta tribuna se cuestiona.

9. Sin duda, los argumentos esgrimidos por el Abogado General pueden discutirse en cuanto al detalle. No me parece, por ejemplo, que el lugar de celebración del matrimonio sea tan irrelevante en



la consideración del concepto de cónyuge, como se pretende en los puntos 48 a 50 de las Conclusiones: que en el caso concreto el matrimonio se haya celebrado y sea válido en Bélgica y no en Nueva Zelanda, puede no ser insustancial. Veo el argumento pero me parece excesivamente formalista. Tampoco me parece que la argumentación apoyada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (LA LEY 16/1950) conduzca *inexorablemente* a la propuesta que se hace. No lo es la jurisprudencia del propio TEDH en torno al concepto de «cónyuge», siéndolo mucho más fuerte en relación con el de «familia». La reciente STEDH de 14 de diciembre de 2017 (*Orlandi y otros contra Italia*, demandas núms. 26431/12; 26742/12; 44057/12 y 60088/12) es un buen ejemplo. Ciertamente se condena a Italia, más no por no reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero, como matrimonios. Es decir, no por no reconocer la cualidad de cónyuge de los interesados. Los Estados siguen siendo libres para limitar el matrimonio a aquéllos entre distinto sexo, *pero no pueden prescindir de todo tipo de encaje legal de la relación familiar que deriva de aquéllos* es lo que dice el TEDH (punto 192 de la Sentencia).

El Tribunal Constitucional rumano, probablemente era consciente de ello y por eso planteó unas cuestiones de forma subsidiaria, a las que el Abogado General también responde a mayor abundamiento. En concreto el cónyuge del mismo sexo del ciudadano de la Unión puede ser encuadrado en el concepto de «otro miembro de la familia», o en el de «pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada» (artículo 3, apartado 2 de la Directiva). Su estatus no es el mismo que el de cónyuge, obviamente, y el Abogado General no hace sino distinguir lo que la Directiva distingue y recordar las exigencias que a tales efectos ha planteado el TJ.

10. Para concluir, creo que el caso que nos ocupa aconseja ser prudentes al tiempo que razonablemente optimistas. Prudentes porque los escenarios que he planteado indican que ninguno (ni otros varios que pueden plantearse) es abrumadoramente más previsible que otro. Porque hay que esperar a ver qué es lo que dice el TJ y cómo lo dice. Aun admitiendo la tesis fundamental del Abogado General, no es lo mismo que se muestre pacato en su respuesta, constreñida al caso concreto que se le presenta, o que aproveche la ocasión para sentar doctrina con más amplio recorrido. Y porque, en el mejor de los casos, la resistencia por parte de los Estados en los que no se reconoce la igualdad de acceso al matrimonio en función de sexo de los contrayentes no va a desaparecer de la noche a la mañana. Razonablemente optimistas porque creo que el avance por la igualdad de derechos y la no discriminación por razón de sexo o/y de orientación sexual es imparable, cualquiera que sea el sesgo de la sentencia del TJ. Aunque la futura sentencia sea cutre en su respuesta (y no me planteo que en esencia no afirme que el concepto de cónyuge comprende también a los del mismo sexo) será, como mínimo, una cuña de igualdad que se insertará en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que aún no reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo, minando sus reglas discriminatorias, que terminarán por desaparecer. La Unión Europea no se las puede permitir.