

# Reconocimiento en la Unión Europea de la filiación de hijos de parejas del mismo sexo\*

## Recognition in the European Union of the filiation of children of same-sex couples

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

*Profesora asociada de Derecho internacional privado  
Universidad de Murcia*

*Abogada ejerciente - Miembro de la Red España-Europa de Derecho Internacional Privado*

Recibido:24.12.2023 / Aceptado:22.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8428

**Resumen:** El Derecho de la Unión Europea busca promover no solo la libre circulación de personas, servicios y capitales, sino también la libre circulación de productos jurídicos y situaciones jurídicas, como la filiación, el nombre, las personas jurídicas, las sucesiones, entre otros. Sin embargo, es importante reconocer que las personas LGBTI pueden enfrentar dificultades al cruzar las fronteras dentro de la UE debido a la falta de reconocimiento o protección de sus relaciones y los efectos legales de las mismas en algunos países miembros. Aunque la libre circulación de personas es un principio fundamental de la UE, la plena igualdad y el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en todos los Estados miembros aún puede ser un desafío. Y en este trabajo se pondrá el foco de atención sobre el reconocimiento de la filiación y los hijos de parejas del mismo sexo.

**Palabras clave:** Reconocimiento, filiación, Unión Europea, libre circulación, LGTBIQ+.

**Abstract:** European Union law seeks to promote not only the free movement of persons, services and capital, but also the free movement of legal products and legal situations, such as filiation, name,

---

\*Este trabajo se realiza en el marco de:

(1) Grupo Accursio: investigación, docencia y práctica del Derecho internacional privado ([www.accursio.com](http://www.accursio.com) / [www.facebook.com/accursioDIP](http://www.facebook.com/accursioDIP)), dirigido por: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ.

(2) Proyecto de Investigación de generación de conocimiento 2021 modalidad investigación orientada tipo B (PID2021-124298OB-I00), Investigadores principales: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/ E. CASTELLANOS RUIZ: “Derecho global y crisis sanitarias: hacia una convención mundial contra las pandemias”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023 (Orden CNU/320/2019, de 13 de marzo, Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020).

(3) Grupo de Innovación Docente GID 22 “Ciencia jurídica aplicada y docencia creativa” de la Universidad de Murcia. Coordinador: Javier Carrascosa. GGID 22: Número 29073 CIENCIA JURÍDICA APLICADA Y DOCENCIA CREATIVA Fec. Inicio 1/01/2017 Fec. Fin 31/12/2030 Responsable J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Núm. GINVEST 22 Tipo GINVEST INNOVAGID

(4) Grupo de investigación de la Universidad de Murcia E070-05 “Derecho internacional privado europeo” (IP Javier Carrascosa). Número 31005 Nombre DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO Fec. Inicio 18/10/2018 Fec. Fin Responsable J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Núm. GINVEST 868 Tipo GINVEST GRINVEST

(5) “Red Europa-España de Derecho internacional privado”, (coordinador: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ). <http://www.redespañaeuropa.es/>

(6) Grupo de investigación y reflexión cultural “Lex Artis” (coordinador: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

legal persons, inheritance, among others. However, it is important to recognise that LGBTI people may face difficulties when crossing borders within the EU due to the lack of recognition or protection of their relationships and their legal effects in some member countries. While free movement of people is a fundamental EU principle, full equality and recognition of LGBTI rights in all Member States can still be a challenge. And in this work the focus will be on the recognition of filiation and children of same-sex couples.

**Keywords:** Recognition, filiation, European Union, freedom of movement, LGBTIQ+.

**Sumario:** I. Introducción. II. Contexto actual: la internacionalización de la familia. III. Los límites a la libre circulación. El Orden Público Internacional 1. El caso de Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein. 2. Consecuencias de un cambio de nombre en los Estados miembros de la Unión Europea. 3. La proporcionalidad en el uso del orden público internacional. La decisiva importancia de los datos del caso. IV. El impasse creado por el orden público internacional. 1. La competencia de los Estados miembros para legislar sobre cuestiones relativas a la identidad de la persona. 2. Las líneas de política jurídica de la Unión Europea. V. Un primer paso: aceptación de efectos derivados del Derecho de extranjería. 1. El caso Coman Hamilton de 5 de junio de 2018. Matrimonio entre personas del mismo sexo y libre circulación intra europea. 2. El caso Pancharevo de 14 de diciembre de 2021. 3. Límites o no al reconocimiento de los “productos jurídicos” creados en otros Estados miembros. VI. Una cuestión incompleta. VII. La propuesta de la UE y la limitación del orden público internacional de los Estados miembros. VIII. Conclusiones.

## I. Introducción

1. La Comisión Europea ha presentado una propuesta de Reglamento destinada a unificar las normas de Derecho internacional privado sobre filiación en la Unión Europea (UE). Esta propuesta tiene como enfoque principal el interés superior y los derechos de los niños en situaciones transfronterizas dentro de la UE, ya sea por viajes, residencia o lazos familiares en diferentes Estados miembros.

2. El objetivo principal es garantizar que la filiación establecida en un Estado miembro sea aceptada y respetada en todos los demás sin la necesidad de procedimientos adicionales. La propuesta busca proteger los derechos de los niños, brindar claridad jurídica a las familias y reducir la carga administrativa y los costos asociados con la obtención del establecimiento de la filiación en situaciones transfronterizas.

3. Los aspectos clave incluyen la determinación de la autoridad competente y la ley aplicable para establecer la filiación, así como normas para el reconocimiento de la filiación en otros países miembros. Además, se propone la creación de un certificado de filiación europeo, opcional para las familias, que pueda utilizarse como prueba de filiación en toda la UE.

4. Esta propuesta no armoniza el Derecho sustantivo de familia, que seguirá siendo competencia de los Estados miembros. La aprobación de esta propuesta requerirá la unanimidad del Consejo, tras consulta al Parlamento Europeo. Además, se prevé una evaluación de la aplicación de este Reglamento por parte de los Estados miembros cinco años después de su entrada en vigor, con la posibilidad de realizar modificaciones.

5. Esta iniciativa se alinea con la Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño y la Estrategia de la UE para la Igualdad de las Personas LGBTIQ. El Parlamento Europeo ha respaldado esta medida, enfocada en garantizar los derechos de los menores y promover su interés superior en todas las acciones relacionadas con ellos.

## II. Contexto actual: la internacionalización de la familia

6. La familia ha sido una institución fundamental en la historia social, marcada por su evolución y adaptación a distintos contextos y realidades. Con el transcurso del tiempo, la vida se ha internacionalizado significativamente para las personas, las empresas y las familias. La internacionalización de la familia se observa en la creciente tendencia de las familias a expandirse geográficamente, ya sea debido a la migración, el trabajo en el extranjero o la conexión global que existe en nuestros días. Estas circunstancias implican la influencia de diferentes culturas, idiomas y formas de vida en la dinámica familiar, desafiando y enriqueciendo sus tradiciones y estructuras, y no solo eso, aumenta en mayor medida los desafíos jurídicos que se presentan actualmente.

7. En el contexto actual de internacionalización de la familia y, a su vez movilidad internacional de las familias, el estatus legal de los miembros de la familia puede cambiar al trasladarse de un país a otro. Esto puede generar problemas jurídicos significativos cuando la relación de parentesco legalmente reconocida en un Estado miembro no es aceptada en otro Estado miembro. Estos inconvenientes pueden incluir la pérdida de los apellidos anteriores, la exclusión del derecho a heredar y otros desafíos jurídicos complejos derivados de esa movilidad internacional de la familia actual. Este tipo de situaciones se vuelven más complejas con los nuevos modelos de familia, como aquellas conformadas por dos padres o dos madres, independientemente de si existe una relación afectiva entre ellos o si se utilizaron técnicas de reproducción asistida para engendrar al menor. Y sobre estas cuestiones se trata de dilucidar cuál es el camino escogido por el legislador europeo para dar solución a estos grandes retos en la actualidad del Derecho de familia internacional. Los nuevos modelos de familia pueden encontrar dificultades al cruzar las fronteras debido a la falta de reconocimiento o protección de sus relaciones y los resultados de las mismas en algunos países de la Unión Europea. Esos problemas se pueden observar, por ejemplo, en el caso de que en un Estado se determine la filiación de un niño respecto a sus madres y en otro Estado miembro de la UE no se reconozca dicha filiación.

8. Los efectos que produce el vínculo matrimonial o afectivo entre personas del mismo sexo varían en los países de la UE, ya que cada país cuenta con autonomía para establecer sus propias leyes sobre el matrimonio y las uniones civiles, porque no se ha logrado legislar a nivel europeo sobre estas cuestiones. Algunos países admiten en sus legislaciones el matrimonio entre personas del mismo sexo, mientras que otros reconocen uniones civiles o tienen otras formas de reconocimiento legal para parejas del mismo sexo. Esto puede llevar a situaciones en las que los progenitores pueden encontrar obstáculos en términos de reconocimiento y protección de sus derechos en ciertos países de la UE.

9. Es cierto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dictado una sentencia clave en el que la interpretación que realiza del Derecho europeo, en la que se observa una inclinación en el sentido de favorecer los derechos para las personas del mismo sexo que forman una familia en el contexto de la libre circulación de personas dentro de la UE. Según esta sentencia<sup>1</sup>, una persona nacional de un tercer Estado unida por matrimonio a un nacional de un Estado miembro tiene derecho a residir en otro país de la UE si uno de los miembros de la pareja es ciudadano de la UE y se ha establecido legalmente en ese país, incluso si el matrimonio entre personas del mismo sexo no existe ni es posible contraerlo en el país de acogida, como se verá más adelante en este trabajo.

10. Esto es así porque el legislador europeo construye todo el Derecho europeo con la idea puesta en la potenciación de la libre circulación de las personas. La libre circulación de personas es un derecho fundamental previsto en el art. 26.2 del TFUE. La jurisprudencia del TJUE refuerza esa tendencia, esto es, evitar y suprimir en la interpretación que realiza de la normativa europea los posibles obstáculos que se presenten a esa libre circulación de las personas en los diferentes Estados miembros.

<sup>1</sup> STJUE 5 junio 2018, C-673/16, Coman-Hamilton [ECLI:EU:C:2018:385]. Se recomienda la lectura del siguiente post que resume las cuestiones principales de este asunto: <http://accursio.com/blog/?p=851>

11. Además, la UE ha elaborado una legislación que aborda cuestiones familiares transfronterizas, incluidos los asuntos relacionados con el divorcio, la responsabilidad parental, los alimentos, las sucesiones y los regímenes económicos de las parejas. Esta legislación tiene como objetivo facilitar la resolución de conflictos y garantizar la protección de los derechos de las parejas y familias, en las que se incluye a las parejas LGBTI, en el contexto de la libre circulación en la UE<sup>2</sup>.

12. En este trabajo se va a analizar una cuestión en particular: el reconocimiento en la Unión Europea de la filiación de hijos de dos madres o dos padres, hijos desde el punto de vista legal en el país de origen de dos personas del mismo sexo. Son nuevos retos a los que se enfrenta la UE, como la famosísima canción de Cat Stevens que fue lanzada en 1970 como parte de su álbum “*Tea for the Tillerman*”. “*Father and Son*” en la que reflexiona sobre la relación entre un padre y su hijo, y aborda los desafíos y diferencias generacionales que pueden surgir. Retos y cambios generacionales como a los que debe hacer frente el legislador europeo. El legislador de la UE debe reflexionar sobre los desafíos jurídicos que los nuevos modelos de familia suscitan en la sociedad actual, lo que para las nuevas generaciones de ciudadanos europeos serán situaciones que se observarán casi cotidianamente. Incluso en los supuestos en los que no existe pareja en términos afectivos, por ejemplo, en los casos en los que dos sujetos desean tener un hijo en régimen de coparentalidad, sin que entre ellos exista una relación de pareja<sup>3</sup>.

13. El desafío está justo en ese dato: filiación de un menor hijo de personas del mismo sexo que ni están casadas, ni son pareja registrada, ni de *facto*. El desafío se produce, simplemente, porque sus padres son personas del mismo sexo. El centro de la cuestión que se expone en este trabajo es la protección del menor en los casos en los que se debe reconocer su filiación en los Estados miembros europeos. El valor que debe inspirar las soluciones en el Derecho de familia internacional es la protección del interés superior del menor. La cuestión que aquí se aborda es la de encontrar qué soluciones deben implementarse e investigar si el Derecho internacional privado europeo debe y hasta qué punto y mediante qué mecanismos, proteger a los menores independientemente de quiénes sean sus padres.

### III. Los límites a la libre circulación. El Orden Público Internacional

14. Los Estados miembros pueden oponer su Orden Público internacional. Es el mecanismo más efectivo para en determinados casos frenar esa libre circulación. El orden público internacional cumple con la función de ser el “defensor” de las bases sociales, económicas, culturales, legales donde se asienta el Estado, es una excepción al normal a la libre circulación de personas e instituciones jurídicas, opera siempre con los datos concretos del caso específico, porque esa excepción no puede ser general, siempre debe operar en el caso concreto, en el momento actual. A su vez, no se puede olvidar el dato siguiente: los Estados miembros pertenecen a la Unión Europea, y el grado de integración actual en la misma ofrece una protección a determinados derechos que vienen se admiten, se defienden, se protegen y se garantizan por el legislador europeo que no se pueden despreciar como, por ejemplo, el derecho a la libre circulación de personas, servicios, capitales, entre otros.

15. Las cuestiones que ocupan este trabajo se resumen en los siguientes puntos: primero, existen unos principios y derechos fundamentales europeos, que deben ser respetados. Segundo, la filiación que no sobrevive al cruce de frontera podría vulnerar tales principios. Tercero, si lo anterior es así, entonces se deben cambiar las reglas jurídicas para que la filiación sobreviva al paso de frontera. Cuarto, se deben explorar los mecanismos para que la filiación sobreviva al cruce de frontera.

<sup>2</sup> Para más información se puede consultar este informe de la Comisión Europea: <https://op.europa.eu/webpub/com/factsheets/lgbti/es/>

<sup>3</sup> Nacimiento bebé en régimen de coparentalidad: <https://www.epe.es/es/reportajes/20231204/primer-bebe-copaternidad-espana-nina-nace-barcelona-95341129>

16. Los inconvenientes que se pueden presentar si la filiación no consigue cruzar la frontera son graves para las personas y obstaculizan su derecho a la libre circulación. Por citar algunos ejemplos, puede suceder que el hijo deje de tener los apellidos que tenía en el anterior Estado miembro o deje de ser heredero de esas personas, que no se pueda acompañar como progenitor o familiar a esos niños en una hospitalización, que en la documentación de legalmente establecida en un Estado miembro aparezcan unos progenitores y en otro Estado miembro no, estos son situaciones indeseables que se pueden producir<sup>4</sup>.

17. Uno de los supuestos más icónicos que se pueden utilizar en la explicación del uso del orden público internacional para frenar la libre circulación de una situación jurídica creada en el ámbito de la UE es el de la princesa más famosa del Derecho internacional privado: Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein<sup>5</sup>.

## 1. El caso de Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein

18. La señora Ilonka Sayn-Wittgenstein era nacional austriaca. A la edad de 47 años fue adoptada por un señor nacional alemán: Lothar Fürst von Sayn-Wittgenstein. El artículo 22 del EGBGB dispone que la adopción se debe regir por la Ley del Estado de la nacionalidad del adoptante. Así se hizo. A pesar de la adopción, la señora Ilonka conservó su nacionalidad austriaca y no adquirió la nacionalidad alemana. Con la aplicación del Derecho Internacional Privado alemán, se aplicó la Ley alemana a la adopción, incluyendo el cambio de nombre y apellidos del adoptado (art. 22.1-2 EGBGB)<sup>6</sup>.

19. Como resultado, Ilonka Sayn-Wittgenstein pasó a llamarse Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein. Ella residía habitualmente en Alemania, trabajaba principalmente en Alemania en el sector inmobiliario de alto nivel y se dedica a la venta de castillos y casas señoriales, también operando en otros países miembros de la Unión Europea.

20. Las autoridades austriacas registraron el apellido “Fürstin von Sayn-Wittgenstein” en el Registro Civil y le emitieron un pasaporte y dos certificados de nacionalidad con dicho apellido. Las autoridades alemanas también le emitieron una licencia de conducir alemana a nombre de Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein. Además, creó una sociedad en Alemania utilizando ese nombre.

21. Sin embargo, parece haber un error en la atribución del apellido “Fürstin von Sayn-Wittgenstein” por parte de las autoridades alemanas y posteriormente por las autoridades austriacas. Según el Derecho Internacional Privado alemán, el apellido de una persona se rige por la ley del Estado cuya nacionalidad ostenta la persona. En este caso, el apellido debería haberse determinado según el Derecho austriaco. Esto habría evitado el problema en primer lugar y los apellidos de la señora Ilonka serían los mismos tanto en Alemania como en Austria, sin incluir un componente nobiliario ni una derivación puramente femenina.

22. En 2007, las autoridades austriacas decidieron corregir el apellido “Fürstin von Sayn-Wittgenstein” y reemplazarlo por “Sayn-Wittgenstein”. Esto se debe a que, según el Derecho austriaco, los ciudadanos de Austria no pueden adquirir apellidos que incluyan títulos nobiliarios, ya que el uso de títulos nobiliarios, incluidos los extranjeros, está prohibido en Austria. Además, el Derecho austriaco no permite que los apellidos se formen de manera diferente para hombres y mujeres.

<sup>4</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE”, *La Ley Unión Europea*, nº 102, 29 abril 2022.

<sup>5</sup> STJUE 22 diciembre 2010, as. C-208/09, *Wittgenstein* [ECLI:EU:C:2010:806]

<sup>6</sup> Establece el art. 22 EGBGB: «Die Annahme als Kind unterliegt dem Recht des Staates, dem der Annehmende bei der Annahme angehört. Die Annahme durch einen oder beide Ehegatten unterliegt dem Recht, das nach Artikel 14 Abs. 1 für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebend ist». La adopción de un niño está sujeta al Derecho del Estado al que pertenece el adoptante en el momento de la adopción. La adopción, por parte de uno o ambos cónyuges, se rige por el Derecho que es competente, en virtud del artículo 14, apartado 1, para los efectos generales del matrimonio.

23. La defensa legal de Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein alegó que, de acuerdo con el artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), tiene derecho a que su apellido, legalmente determinado en Alemania, sea reconocido en Austria. Argumentó que, de lo contrario, ello supondría para ella una restricción u obstáculo a su libertad de circulación dentro de la Unión Europea, ya que se vería obligada a utilizar dos apellidos diferentes, uno en Alemania y otro en Austria, lo cual perjudicaría su actividad comercial y confundiría a sus clientes<sup>7</sup>.

## 2. Consecuencias de un cambio de nombre (o estatuto personal) en Estados miembros de la Unión Europea

24. Básicamente lo que puede comportar el cambio de nombre o estatuto personal en Estados miembros de la Unión Europea son dos consecuencias jurídicas considerables<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> E. Di Salvatore, “Il caso Sayn-Wittgenstein: ordine pubblico e identità costituzionale dello Stato membro”, *Quaderni costituzionali*, 2011, pp. 435-437. *Vid. también* M. CASTELLANETA, “Lo Stato può cancellare per rispetto dell’uguaglianza la parte del cognome che contiene un titolo nobiliare”, *Guida al diritto*, 2011 n° 4 pp. 106-108.

<sup>8</sup> Resulta interesante leer la justificación de Opinión de la comisión de libertades civiles, justicia y asuntos de interior (10.10.2023) para la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo: “*Actualmente, no existe un mecanismo de la Unión para el reconocimiento mutuo de la filiación legal en situaciones transfronterizas en la Unión, y algunos padres e hijos pueden ver disueltos sus vínculos jurídicos si se trasladan a otro país de la Unión. Esta situación afecta desproporcionadamente a las familias arcoiris. Consecuencias legales y emocionales*

*La falta de reconocimiento de una filiación establecida puede dar lugar a que un progenitor pierda los derechos parentales a actuar, como representante legal de su hijo, en asuntos como la asistencia sanitaria y la educación. También puede dar lugar a problemas en materia de pensión alimenticia y herencia y, en última instancia, a que a los hijos no se les conceda ninguna nacionalidad.*

*No se debe restar importancia a las consecuencias emocionales de perder los lazos familiares. Se transmite el mensaje a los hijos de que pueden perder a sus padres, jurídicamente hablando, cuando entran en otro Estado miembro. Esto no es aceptable.*

*Derechos fundamentales, libertad de circulación y otros derechos*

*La falta de medidas de la Unión para facilitar el reconocimiento de la filiación entre los Estados miembros da lugar a situaciones que vulneran los derechos fundamentales y otros derechos de los niños y las familias en situaciones transfronterizas.*

*Privar a los hijos de su estatuto jurídico y de la filiación determinada en otro Estado miembro es contrario a su derecho a una identidad, al principio de no discriminación, al respeto de la vida privada y familiar y al interés superior del menor.*

*La falta de reconocimiento obstruye el derecho a la libre circulación. El temor a perder una filiación determinada coarta a las familias a la hora de desplazarse por la Unión o de residir en otro Estado miembro.*

*Reconocimiento de los padres LGBTQI*

*Los efectos de la negativa a reconocer la filiación en situaciones transfronterizas son especialmente graves para las familias arcoiris. Unos 100 000 progenitores y sus hijos se enfrentan actualmente a diversos problemas, y la gran mayoría de ellos son hijos de familias arcoiris. El número de hijos afectados es probablemente mucho mayor aún, ya que las familias en riesgo de no ser reconocidas podrían optar por no ejercer su derecho a la libre circulación debido al temor a perder sus vínculos familiares legales.*

*Se trata de una situación inaceptable. A todos los hijos y progenitores les deben asistir, sin discriminación alguna, los mismos derechos. Para las parejas del mismo sexo con hijos, el reconocimiento transfronterizo de la filiación marcaría una enorme diferencia, ya que el vínculo de filiación tendría que respetarse en todo momento en la Unión.*

*Reconocimiento de los vínculos familiares, incluidas las uniones y los matrimonios, para servir el interés superior del menor*

*Del mismo modo que un progenitor es un progenitor, con independencia de lo que establezca el marco jurídico de los Estados miembros, una familia es una familia incluso en países en los que se sigue sin reconocer el estatuto jurídico de las parejas del mismo sexo.*

*Por lo tanto, para respetar plenamente el derecho de los hijos a una familia y servir el interés superior del menor, es importante respetar y reconocer no solo los vínculos de filiación jurídicos, sino también la unión o el matrimonio de los progenitores. Teniendo esto en cuenta, el Reglamento propuesto sobre el reconocimiento de la filiación entre los Estados miembros debería ampliarse para incluir también normas sobre el reconocimiento de la unión y el matrimonio.*

*Respeto y reconocimiento de los diferentes tipos de familias*

*También hay otras familias que quedan fuera de la norma de la familia nuclear tradicional, y que se enfrentan a más dificultades para ser reconocidas. Así ocurre especialmente en el caso de las familias con más de dos progenitores. Aunque, por el momento, solo unos pocos Estados miembros han contemplado la posibilidad legal de una filiación múltiple, es indudable*

25. La primera de ellas supone una infracción del artículo 21 del TFUE. Esta infracción supone un obstáculo legal a la libre circulación y a la libertad de residencia en el territorio de los Estados miembros. El origen de ese obstáculo es que la ley del Estado de destino no admita el nombre otorgado en el país de origen.

26. Ese obstáculo se observa cuando se confunde la ley aplicable con el reconocimiento de decisiones públicas de otorgamiento de nombre. El TJUE ha sido luz y guía adecuada en el tratamiento de este tema. La jurisprudencia del TJUE aporta una perspectiva adecuada y conveniente para estos casos: niega el método del llamado “reconocimiento conflictual”. Esta tesis parte de la premisa de que la intervención de una autoridad es un elemento que deriva necesariamente de una Ley. En otras palabras, una Ley establece que la intervención de una autoridad es un requisito fundamental para que un acto o negocio sea válido. Por lo tanto, al evaluar la validez de un acto de jurisdicción voluntaria que se lleva a cabo en el extranjero, es esencial aplicar la Ley que regula dicho acto, la cual podría requerir la intervención de una autoridad específica. Desde esta perspectiva, se considera que estos actos plantean cuestiones relacionadas con la “Ley aplicable” al acto en cuestión, lo que forma parte del ámbito del Derecho aplicable. Este enfoque ha sido respaldado por parte de la doctrina *iusprivatista*, como J. M. Espinar Vicente y V. Cortés Domínguez, entre otros<sup>9</sup>. La cuestión arranca del error de considerar que como estos “actos” no son sentencias, pues no se pueden reconocer, sino que hay que someterlos al examen de la norma de conflicto del Estado de destino y ese es el gran error. En realidad, lo que sucede es que existen sectores donde el reconocimiento conflictual existe por decisión del legislador, por ejemplo, en el ámbito de las normas que regulan la forma del matrimonio (arts. 49 y ss. del Código Civil español<sup>10</sup>), pero ése no es el enfoque en el sector del nombre de la persona física, ni tampoco en el sector del Derecho de sociedades. Lo que sucede es que existe un error de método. Puesto que ya existe una solución al caso, no hay por qué determinar su ley aplicable.

27. Si no se permite al ciudadano de la Unión Europea a que utilice en un Estado miembro B, por ejemplo, la filiación o el nombre que se le atribuye en el Estado miembro A se le está perjudicando. Se está obstaculizando su libre circulación. Surgirán probablemente inconvenientes que le impedirán ejercitar su derecho a la libre circulación de una forma plena. Los particulares desistirán de moverse dentro de la Unión Europea si el cambio de Estado miembro les produce un no reconocimiento de una situación válida y legalmente creada en otro Estado miembro. Fundamentalmente, lo que se debe de aplicar son normas relativas al sector de la validez extraterritorial de decisiones y no normas que determinen la ley aplicable a esa situación privada internacional.

---

*que esta tendencia se consolidará en el futuro. Por lo tanto, es importante que el Reglamento, ya desde un principio, sea flexible y contemple diversas configuraciones familiares no tradicionales, incluso con el fin de garantizar que el certificado europeo de filiación incluya la posibilidad de tener más de dos progenitores.*

*Terceros países y la cuestión de la industria de la gestión subrogada*

*El Reglamento propuesto no regula ni establece ninguna salvaguarda para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las mujeres, los progenitores y los hijos cuando la filiación se determina en un tercer país. Por lo tanto, como medida de precaución necesaria para garantizar el respeto de los derechos fundamentales, es coherente que el presente Reglamento no contemple el reconocimiento de la filiación determinada en terceros países.*

*Por lo que se refiere a la cuestión específica de la gestión subrogada, está claro que la industria creada en torno a esta práctica en algunos terceros países comercializa y mercantiliza a las mujeres. La industria de la gestión subrogada prospera en un sistema en el que las personas económicamente privilegiadas utilizan a mujeres desfavorecidas de otras partes del mundo. Esto constituye una forma de explotación de los derechos de la mujer y de los órganos reproductivos. También desde esta perspectiva, es importante que el Reglamento se limite al reconocimiento de la filiación en la Unión, y no en un tercer país.*

*Los Estados miembros de la Unión están obligados ya, con arreglo a la jurisprudencia del TEDH, a reconocer, en determinadas circunstancias, la relación entre los hijos nacidos por gestión subrogada y sus progenitores intencionales. Al mismo tiempo que se simplifica el reconocimiento de la filiación entre los Estados miembros, es necesario asegurarse de no crear incentivos para el mercado de la gestación subrogada. Sin embargo, este Reglamento no regula este tipo de gestación, que es competencia de los Estados miembros.”*

<sup>9</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1036.

<sup>10</sup> Código Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889.

### 3. La proporcionalidad en el uso del orden público internacional. La decisiva importancia de los datos del caso

28. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha continuado con la aplicación de las soluciones que ya se presentaron en su importante y emblemática sentencia del TJUE del 14 de octubre de 2008, C-353/06, *Grunkin-Paul*<sup>11</sup>. El TJUE estableció que:

- a) La continuidad del nombre y apellidos de un ciudadano de un Estado de la UE en otros Estados miembros es una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones” y no de “Ley aplicable” al nombre y apellidos. En el caso de la negativa de las autoridades austriacas a reconocer plenamente el apellido de un ciudadano austriaco determinado en otro Estado miembro porque incluye un título nobiliario no permitido en Austria según su Constitución, el TJUE ha señalado que esto se refiere a la negativa de las autoridades austriacas a reconocer el apellido en todos sus elementos<sup>12</sup>.
- b) La libertad de circulación de los ciudadanos de la UE exige que un apellido legalmente atribuido en un Estado miembro sea reconocido literal y exactamente en los demás Estados miembros. De lo contrario, esto constituiría un obstáculo a la libertad de circulación en la UE, de acuerdo con el artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>13</sup>.
- c) Sin embargo, un Estado miembro puede negarse a reconocer un apellido legalmente atribuido por las autoridades de otro Estado miembro si esta negativa es necesaria y proporcional para proteger un objetivo o interés fundamental de la sociedad del Estado miembro de destino. El TJUE ha establecido que la excepción del orden público internacional como justificación de una excepción a la libertad de circulación intra-UE debe interpretarse restrictivamente y solo puede invocarse en casos en los que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. En este contexto, las autoridades competentes de un Estado miembro tienen cierto margen de apreciación<sup>14</sup>.

29. En el caso de Austria, sus autoridades podían invocar el principio de igualdad de los ciudadanos austriacos en Austria y la prohibición de utilizar títulos nobiliarios y apellidos de nobleza para negar el reconocimiento de un apellido otorgado en Alemania que contiene elementos que indican nobleza y presenta una forma exclusiva del género femenino. Tanto la Constitución austriaca como la Ley austriaca sobre abolición de la nobleza de 3 de abril de 1919 recogen esta prohibición. El TJUE consideró que esta prohibición era proporcional al objetivo perseguido y necesaria para garantizarlo<sup>15</sup>.

### IV. El impasse creado por el orden público internacional

30. No se reconoce la filiación en el Estado miembro de destino porque el orden público internacional de cada Estado miembro bloquea la libre circulación en la Unión Europea de la filiación tal y como ha sido establecida en un concreto Estado miembro. El orden público internacional de “cada Estado miembro” (nacional) es la espada matadora, la cimitarra que corta la cabeza a la libre circulación de la filiación en la Unión Europea. Por ejemplo, Bulgaria no reconoce, en su orden jurídico, la filiación establecida en España en favor de dos mujeres. Bulgaria, como Estado miembro de la Unión Europea, debe respetar el Derecho europeo. Es cierto que mantiene plena autonomía legislativa nacional para establecer las leyes relacionadas con el estado civil, como el matrimonio y la paternidad, y cómo esto no está restringido por las normativas de la Unión Europea puede legislar como le parezca sobre esos te-

<sup>11</sup> STJUE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul* [ECLI:EU:C:2008:559]

<sup>12</sup> STJUE 22 diciembre 2010, as. C-208/09, *Wittgenstein* [ECLI:EU:C:2010:806]

<sup>13</sup> STJUE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul* [ECLI:EU:C:2008:559]

<sup>14</sup> STJUE 22 diciembre 2010, as. C-208/09, *Wittgenstein* [ECLI:EU:C:2010:806]

<sup>15</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1350-1351.



mas. Los Estados miembros tienen la libertad de decidir si reconocen o no el matrimonio entre personas del mismo sexo y cómo se establece la parentalidad en su legislación nacional. Sin embargo, al hacer uso de esta autonomía, cada Estado miembro debe respetar las leyes de la Unión Europea, específicamente las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que garantizan la libertad de movimiento y residencia de los ciudadanos en los estados miembros. Esto implica que un país debe reconocer el estado civil establecido en otro estado miembro de acuerdo con las leyes de ese estado.

## **1. La competencia de los Estados miembros para legislar sobre cuestiones relativas a la identidad de la persona**

**31.** El Derecho Internacional Privado de la Unión Europea no cuenta con normas de conflicto que determinen la ley aplicable a cuestiones relacionadas con la identidad de las personas. En efecto, en la actualidad, no existen normas europeas de DIPr. que regulen la capacidad jurídica y de obrar de las personas físicas, la filiación, la adopción, el nombre de las personas físicas, el sexo de las personas, entre otros aspectos<sup>16</sup>.

**32.** Esta ausencia de normas europeas tiene una explicación clara: cada Estado miembro tiene la competencia exclusiva para determinar quiénes son sus nacionales. Según las normas del Derecho europeo, cada Estado tiene la potestad de decidir qué personas son sus nacionales. A partir de esta premisa, la UE ha desarrollado varias líneas de política jurídica, como recoge la mejor doctrina<sup>17</sup>. La política jurídica es de la Unión Europea y se ha mantenido de este modo durante años, si el Reglamento de filiación se aprueba, supondría un cambio radical en esta política legislativa europea. Y ese cambio se realizará si la Unión Europea lo considera necesario para el mercado interior europeo.

## **2. Las líneas de política jurídica de la Unión Europea**

**33.** La primera línea de política jurídica de la Unión Europea implica que, aunque los Estados miembros tienen competencia exclusiva para regular el estado civil y la capacidad de las personas, deben respetar los principios fundamentales del Derecho de la UE, como el principio de no discriminación por razón de sexo<sup>18</sup>.

**34.** La segunda línea de política jurídica reconoce y respeta la competencia exclusiva de los Estados miembros para determinar quiénes ostentan la nacionalidad de cada Estado. En diversos casos, el TJUE ha afirmado que corresponde a cada Estado miembro decidir quiénes son sus nacionales y ha reconocido la validez de las decisiones de los Estados miembros en relación con la nacionalidad<sup>19</sup>.

**35.** La tercera línea de política jurídica consiste en admitir que no existen criterios europeos para determinar quiénes son ciudadanos europeos. Según el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, una persona será ciudadana de la Unión si ostenta la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. En este sentido, son los Estados miembros los que determinan qué personas ostentan la ciudadanía europea, así se respeta la competencia de cada Estado miembro en esta materia.

**36.** La cuarta línea de política jurídica de la UE se basa en el principio del mutuo reconocimiento. Cada Estado miembro conserva la competencia para determinar la ley aplicable a las cualidades

<sup>16</sup> STJUE 26 de junio de 2018, C-451/16, MB, párrafo 35. [ECLI:EU:C:2018:492]

<sup>17</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 234-236.

<sup>18</sup> STJUE 26 de junio de 2018, C-451/16, MB, párrafo 30. [ECLI:EU:C:2018:492]

<sup>19</sup> STJUE 14 de diciembre de 2021, C-490/20, V. M. A. vs. Stolichna obshtina, “Pancharevo”; STJUE 18 de enero de 2022, C 118/20, JY vs. Wiener Landesregierung, entre otros casos. [ECLI:EU:C:2021:1008]

personales de cada individuo, como su nombre, capacidad y filiación. El Derecho europeo respeta esta competencia de los Estados miembros y establece que los demás Estados miembros deben reconocer las situaciones jurídicas creadas válidamente en otros Estados miembros de acuerdo con sus normas de conflicto. Esto implica que cada Estado miembro puede tener sus propias normas de conflicto para determinar la ley aplicable a aspectos relacionados con la personalidad de la persona física, como la filiación<sup>20</sup>.

37. En resumen, el DIPr. de la UE ha adoptado un enfoque conflictual integrador en relación con el estatuto personal de las personas. La UE ha preferido utilizar el principio del mutuo reconocimiento en lugar de establecer normas de conflicto que determinen la ley aplicable a cuestiones relacionadas con la personalidad de la persona física. Esta técnica respeta la competencia exclusiva de cada Estado miembro para determinar quiénes son sus nacionales y especificar la ley estatal aplicable a las cualidades personales de cada individuo. Sin embargo, esas actuaciones se han llevado a cabo hasta que aparece una tendencia cambiante, como se analiza a continuación.

## V. Un primer paso: aceptación de efectos de estos productos jurídicos derivados del Derecho de extranjería

38. La legislación de la Unión Europea permite el derecho a la libre circulación, sobre ese dato no cabe ninguna duda. En determinadas materias que se analizan a continuación, la jurisprudencia del TJUE da un primer paso que consiste en reforzar la idea de esa libre circulación a nivel de Derecho de extranjería de los productos jurídicos creados en un Estado miembro y que deben tener algún reconocimiento en otro Estado miembro. En este sector son muy relevantes dos casos que nos conducen a plantear si la jurisprudencia consolidada en el ámbito del nombre de la persona física puede tener extensión y ofrecer soluciones en otros sectores.

39. La cuestión de si la jurisprudencia consolidada en el sector del nombre de las personas físicas puede o debe extenderse a otros aspectos del estatuto personal es objeto de debate y no hay una respuesta definitiva en el ámbito del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea. En el ámbito del nombre de las personas físicas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que los Estados miembros deben reconocer las situaciones jurídicas creadas válidamente en otros Estados miembros de acuerdo con sus normas de conflicto. No existe una posición clara sobre si este principio se puede o debe aplicar a otros aspectos del estatuto personal, pero sí que se observa una tendencia del TJUE, que se puede constatar en estos dos siguientes casos que se analizan<sup>21</sup>.

### 1. El caso Coman Hamilton de 5 de junio de 2018<sup>22</sup>. Matrimonio entre personas del mismo sexo y libre circulación intra europea

40. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) del 5 de junio de 2018, en el caso C-673/16, Coman-Hamilton, abordó la situación de un ciudadano rumano (Coman) que con-

<sup>20</sup> STJCE 30 de marzo de 1993, C-168/91, Konstantinidis; [ECLI:EU:C:1993:115], STJCE 2 de octubre de 2003, C-148/02, García Avelló, [ECLI:EU:C:2003:539], entre otros casos.

<sup>21</sup> P. LAGARDE, *Revue critique de droit international privé*, 2009 pp. 87-93. M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Cuando los apellidos traspasan la frontera. Reflejos de la desigualdad en el nombre de la persona en el asunto “Losonci-Rose c. Suiza” y en la jurisprudencia del TJUE”, *Revista General de Derecho Europeo (RGDE)*, *Iustel*, núm. 28, 2012, pp. 19-21. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE? A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto Coman”, *Diario La Ley Unión Europea*, nº 56, 28 febrero 2018. P. JIMÉNEZ BLANCO, “La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18: Coman”, *Diario La Ley Unión Europea*, nº 61, 31 julio 2018. M. Requena Casanova, “Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto ‘Coman y otros’”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 62, 2019, pp. 41-79.

<sup>22</sup> STJUE 5 junio 2018, C-673/16, *Coman-Hamilton* [ECLI:EU:C:2018:385]

trajo matrimonio en Bruselas con un ciudadano estadounidense (Hamilton). El Sr. Hamilton deseaba trasladarse a vivir a Rumanía con su cónyuge, el Sr. Coman, ya que la Directiva 2004/38/CE del 29 de abril de 2004 reconoce el derecho de un cónyuge de un ciudadano de la Unión Europea (UE) a entrar y residir libremente en el Estado miembro donde reside su cónyuge ciudadano de la UE. Sin embargo, el Código Civil de Rumanía prohíbe los matrimonios entre personas del mismo sexo y las autoridades rumanas denegaron la solicitud de residencia.

**41.** Ante esta situación, el TJUE emitió las siguientes conclusiones:

- a) El concepto de “cónyuge” utilizado en la Directiva 2004/38 es neutral desde el punto de vista del género y puede incluir al cónyuge del mismo sexo de un ciudadano de la Unión.
- b) El estado civil de las personas, incluidas las normas relacionadas con el matrimonio, es competencia exclusiva de los Estados miembros. Los Estados miembros pueden libremente admitir o rechazar en sus legislaciones el matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo, al ejercer esta competencia, los Estados miembros no pueden violar las libertades de circulación de los ciudadanos de la UE.
- c) Si un Estado miembro (en este caso, Rumanía) pudiera denegar la residencia a un “cónyuge” debido a que no reconoce, en su orden jurídico, los matrimonios entre personas del mismo sexo en su legislación, se violaría la libertad de circulación de los ciudadanos de la UE. El cónyuge ciudadano europeo se vería impedido de ejercer su derecho a circular y residir libremente en los Estados miembros. Este ciudadano europeo se vería privado de la posibilidad de regresar al Estado miembro del que es nacional acompañado de su cónyuge.
- d) El Estado miembro de destino puede invocar su orden público para evitar la libre circulación de personas en casos justificados. Sin embargo, el orden público solo puede invocarse si existe una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. En este sentido, el Estado miembro de destino no está obligado a reconocer un matrimonio, con plenos efectos constitutivos y civiles, entre personas del mismo sexo que se haya contraído válidamente en otro Estado miembro de acuerdo con la ley de ese Estado. Sin embargo, el reconocimiento de la existencia de dicho matrimonio y la condición de cónyuge del ciudadano no europeo, “con el único propósito de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado”, no afecta negativamente a la institución del matrimonio en el primer Estado miembro, que se define por el derecho nacional y está dentro de la competencia reguladora de los Estados miembros. El matrimonio entre personas del mismo sexo sigue siendo prohibido en el Estado miembro de destino. Por lo tanto, el TJUE indica que la obligación de reconocer ese matrimonio y a ese cónyuge con el único propósito de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado no atenta contra la identidad nacional ni amenaza el orden público del Estado miembro afectado.
- e) La jurisprudencia del TJUE permite garantizar el derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950). Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), una pareja formada por personas del mismo sexo constituye una “familia” y tiene derecho a su “vida familiar”. Esto se traduce, en un contexto internacional, en que una familia que vive como tal en un Estado parte tiene derecho a trasladarse a otro Estado parte y a ser considerada y vivir como una “familia” en ese otro Estado parte<sup>23</sup>.

**42.** Es importante subrayar que, en los casos de matrimonio entre personas del mismo sexo, no encontramos legislación europea aplicable a los mismos, a su formación. No existe en el campo del reconocimiento de matrimonios un Reglamento europeo que regule la cuestión. Y, por tanto, el orden público internacional “nacional” de cada Estado miembro puede activarse para detener la libre circu-

<sup>23</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1446-1447.

lación europea de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Es decir, que no se reconozca ese matrimonio como matrimonio en el Estado miembro de destino, pero sí que se considere que el cónyuge del mismo sexo es cónyuge a efectos de la Directiva 2004<sup>24</sup>.

## 2. El caso *Pancharevo* de 14 de diciembre de 2021<sup>25</sup>.

43. El caso de la STJUE 14 diciembre 2021, C-490/20, *Pancharevo*, aborda la cuestión de si el reconocimiento de la filiación de una persona que consta en un certificado de nacimiento expedido por un Estado miembro debe aplicarse en todos los demás Estados miembros. La respuesta es que sí, pero solo a efectos de permitir la libre circulación de esa persona y de sus progenitores en la Unión Europea, de acuerdo con el artículo 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

44. En el caso en cuestión, dos mujeres, una ciudadana búlgara y otra ciudadana del Reino Unido nacida en Gibraltar, contrajeron matrimonio en Gibraltar en 2018 y residían en España desde 2015. En diciembre de 2019, tuvieron una hija en España, y el certificado de nacimiento expedido por las autoridades españolas mencionaba a ambas mujeres como madres.

45. Posteriormente, se solicitó en la ciudad de Sofía, Bulgaria, que se emitiera un certificado de nacimiento para la niña, necesario para obtener un documento de identidad búlgaro. Sin embargo, el funcionario al que correspondía esa gestión denegó la emisión del certificado de nacimiento búlgaro, argumentando que no había pruebas de la identidad de la madre biológica y que la mención de dos progenitores del mismo sexo en el certificado de nacimiento era contraria al orden público búlgaro, que no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

46. La STJUE concluyó que la niña, al ser ciudadana búlgara y, por lo tanto, ciudadana de la Unión Europea, tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. De acuerdo con la Directiva 2004/38/CE<sup>26</sup>, los Estados miembros están obligados a expedir documentos de identidad o pasaportes a sus ciudadanos, y en el caso de la niña nacida en España y ciudadana búlgara, las autoridades búlgaras deben emitir dicho documento reconociendo el nombre y apellidos tal como figuran en el certificado de nacimiento expedido por las autoridades españolas.

47. El reconocimiento de la filiación en este caso se limita a los efectos de garantizar la libre circulación de la niña y sus progenitoras en la Unión Europea. No implica que Bulgaria deba reconocer la filiación para otros efectos legales, como sucesiones, responsabilidad parental o obligaciones de ali-

<sup>24</sup> Art. 3 Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) no 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE: *Beneficiarios 1. La presente Directiva se aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él. 2. Sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación y a la residencia, el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de las siguientes personas: a) cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2 que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada. El Estado miembro de acogida estudiará detenidamente las circunstancias personales y justificará toda denegación de entrada o residencia a dichas personas.* □

<sup>25</sup> STJUE 14 diciembre 2021, C-490/20, *V. M. A. vs. Stolichna obshtina, "Pancharevo"*, [ECLI:EU:C:2021:1008].

<sup>26</sup> Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) no 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (Diario Oficial de la Unión Europea L 158 de 30 de abril de 2004).

mentos. Sin embargo, este reconocimiento funcional a los efectos de la libre circulación constituye un avance importante para garantizar la movilidad de las personas en la Unión Europea<sup>27</sup>.

48. Es importante tener en cuenta que el reconocimiento funcional de la filiación a efectos de la libre circulación puede generar desafíos en relación con los derechos del niño. Estos derechos están garantizados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Y por supuesto, el principio del interés superior del menor es un derecho que se debe proteger con arreglo a dicha normativa.

49. Estos casos muestran lo que se considera la jurisprudencia normativa. El TJUE se pronuncia en algunas cuestiones, pero la línea jurisprudencial que adopta es insuficiente en los casos de reconocimiento de la filiación, porque el TJUE solo puede dar respuesta a las cuestiones que se les plantean en el caso concreto objeto de la cuestión prejudicial. El TJUE solo ha argumentado a nivel de Derecho de extranjería, que es sobre lo que se le ha consultado, y no es un sector propio del Derecho internacional privado. Todavía queda por ver qué se debe hacer con las cuestiones propias de Derecho internacional privado<sup>28</sup>.

### 3. La cuestión es: ¿existen límites al reconocimiento de los “productos jurídicos” creados en otros Estados miembros?

50. Se deben establecer límites al reconocimiento de estas situaciones, como señalan los profesores CALVO y CARRASCOSA, porque el método del reconocimiento de situaciones “cristalizadas” en un Estado miembro neutraliza la norma de conflicto de los Estados donde se debe reconocer esa situación ya creada en otro Estado miembro.

Uno de estos límites puede ser la exigencia de contactos reales entre el Estado cuyas autoridades intervienen en la creación de la situación privada internacional y dicha situación, para evitar el *Bad Forum Shopping*. Otro de los límites se puede observar con el uso del orden público internacional, que permite rechazar el reconocimiento de decisiones acordadas por autoridades públicas de otros Estados si dicho reconocimiento vulnera los principios jurídicos básicos y fundamentales del Estado de recepción de dicha situación jurídica. Una cuestión candente radica en saber si este método puede aplicarse a todas las materias de Derecho privado y no sólo a las que materias sobre las que se ha pronunciado el TJUE (= nombre de las personas físicas y reconocimiento de sociedades mercantiles). La respuesta parece que debe ser afirmativa: para evitar los obstáculos a la libre circulación en la UE, el método debe extenderse a todas las situaciones privadas internacionales, aunque sólo en esa medida.<sup>29</sup>

51. La STJUE 5 junio 2018, C-673/16, *Coman-Hamilton* y la STJUE 14 diciembre 2021, C-490/20, *Pancharevo*, son solo un atisbo que apunta en esa dirección, porque estas dos sentencias hacen referencia a ninguna cuestión de Derecho privado. Así, por ejemplo, una filiación, un matrimonio o una adopción legalmente constituida en un Estado miembro son instituciones que deben ser reconocidas

<sup>27</sup> N. GOÑI URRIZA, “El reconocimiento de las relaciones de filiación en la Unión Europea: la libre circulación de certificados de nacimiento expedidos en un Estado miembro. En torno a la STJUE Pacharevo y al ATJUE K.S.-S.V.D.”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 15(1), 2023, pp. 970-978. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Libre circulación de personas y homoparentalidad: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, asunto c-490/20, Pancharevo”, *Crónica de Derecho internacional privado*, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2022, nº 1, pp. 8-13.

<sup>28</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1912-1915. *Vid. también*, J. MEEUSEN, “Functional recognition of same-sex parenthood for the benefit of mobile Union citizens - Brief comments on the CJEU’s Pancharevo judgment”, 3 febrero 2022, en <https://gedip-egpil.eu/fr/2022/functional-recognition-of-same-sex-parenthood-for-the-benefit-of-mobile-union-citizens-brief-comments-on-the-cjeus-pancharevo-judgment/>

<sup>29</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1915. Y la obra en ese punto citada de L. HÜBNER, „Die Integration der primärrechtlichen Anerkennungsmethode in das IPR“, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 85, 2021, n.1, pp. 106-145.

en los demás Estados miembros si ello es preciso para asegurar la libre circulación de los ciudadanos europeos en la UE, aunque sólo a dichos efectos<sup>30</sup>.

## VI. Una cuestión incompleta

**52.** La cuestión del reconocimiento de la filiación en los diferentes Estados miembros de la Unión Europea está incompleta: la filiación de los niños respecto a dos mujeres o dos hombres, esto es, solo se reconoce a efectos de Derecho de extranjería (permisos de residencia, etc), pero los hijos no heredan, no son hijos de sus dos madres en el Estado miembro de destino, no pueden ser visitados por sus madres en un hospital, etc. La “apisonadora” del orden público internacional de cada Estado miembro aplasta todos los efectos legales de la filiación ya acreditada en el Estado miembro de origen, de manera que resurge la relatividad del Derecho internacional privado, sufre la seguridad jurídica, sufre la libre circulación, sí, pero la cuestión es si el orden público internacional debe intervenir o si el Derecho europeo se lo impide.

**53.** Se debe insistir en la idea de que el orden público es una noción amplia y abstracta que se utiliza para mantener la coherencia jurídica de una sociedad determinada. Cada Estado miembro de la Unión Europea tiene su propio orden público nacional, que refleja los valores y principios fundamentales de esa sociedad en particular. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) establece que el orden público nacional debe estar sujeto a ciertos límites cuando se aplica en el contexto de la libre circulación de los ciudadanos de la UE. Eso ha quedado patente en numerosa jurisprudencia europea.

**54.** En la sentencia del TJUE del 2 de junio de 2016, en el caso C-438/14, *Bogendorff*, se establece que el concepto de orden público nacional no puede ser utilizado de manera unilateral por un Estado miembro sin ningún control por parte de las instituciones de la UE. En otras palabras, la UE impone un límite al alcance del orden público nacional y exige que solo se invoque en casos de “amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”.

**55.** Este límite implica que la excepción del orden público internacional, que puede justificar una restricción a la libre circulación de los ciudadanos de la UE, debe interpretarse de manera estricta. Esto significa que los Estados miembros no pueden invocar el orden público de manera arbitraria o discriminatoria para restringir la libertad de circulación. La restricción debe ser proporcional y justificada por una amenaza concreta y significativa para los intereses fundamentales de la sociedad.

**56.** En resumen, el concepto de orden público nacional de cada Estado miembro de la UE está sujeto a un límite impuesto por la UE. La restricción al ejercicio de la libre circulación de los ciudadanos de la UE basada en el orden público nacional debe interpretarse de manera estricta y solo puede invocarse en casos de amenazas reales y suficientemente graves que afecten a intereses fundamentales de la sociedad. Evidentemente atendiendo a los datos del caso concreto, los mismos son muy importantes, porque de ellos depende que el orden público internacional se active o no.

**57.** Se debe dar un paso más allá para que se constate una verdadera protección de los derechos para los ciudadanos europeos que emanan del Derecho europeo. Según la tendencia que se observa en Europa, la protección de esos intereses estatales cede frente a la potenciación de la libre circulación, porque nos encontramos en un mercado interior, en la UE, y es fundamental que esa libre circulación no encuentre obstáculos ni de Derecho público ni privado. Y es así porque la libre circulación es a su vez presupuesto y objetivo en la construcción del Derecho europeo.

---

<sup>30</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 916.

## VII. La propuesta de la UE y la limitación del orden público internacional de los Estados miembros

### 1. La propuesta de Reglamento del Consejo sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento de resoluciones y aceptación de documentos públicos en materia de paternidad y sobre la creación de un certificado sucesorio europeo de paternidad

58. La Comisión Europea aprobó el día 7 de diciembre 2022 la propuesta de Reglamento del Consejo sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento de resoluciones y aceptación de documentos públicos en materia de paternidad y sobre la creación de un certificado sucesorio europeo de paternidad<sup>31</sup>. La Exposición de motivos de la propuesta de Reglamento, la Unión Europea pretende garantizar que la paternidad establecida en un Estado miembro sea reconocida en todos los demás Estados miembros a todos los efectos. Se desea que el lema de «si se es padre en un país, se es padre en todos los países» sea una realidad.

59. La propuesta de Reglamento continua con la estructura habitual del resto de los Reglamentos de Derecho internacional privado europeo existentes en otras materias: sucesiones, alimentos, régimen económico matrimonial, etc. Establece normas de competencia judicial internacional, de ley aplicable y de reconocimiento y ejecución de sentencias, e incluye un certificado de filiación europeo<sup>32</sup>.

60. El artículo 2 de la propuesta establece que esta no debe afectar los derechos que el Derecho de la Unión, y específicamente la Directiva 2004/38/CE, confiere a los hijos, especialmente en relación con la libre circulación. Esto significa que la propuesta no tiene como objetivo establecer condiciones adicionales o requisitos para el reconocimiento de la filiación en el ejercicio de los derechos derivados del Derecho de la Unión, ni tampoco afectar la aplicación de esas normas.

61. En consecuencia, el Derecho de la Unión en materia de libre circulación no se verá afectado y continuará siendo aplicable. El reconocimiento de la filiación para el ejercicio de los derechos derivados del Derecho de la Unión solo puede ser denegado por motivos permitidos por el Derecho de la Unión en materia de libre circulación, de acuerdo con la interpretación del Tribunal de Justicia.

62. En consonancia con el Derecho de la Unión vigente y en virtud del artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>33</sup>, se debe prestar atención a la siguiente consideración: el orden público de un Estado miembro no puede ser utilizados como justificación para negar el reconocimiento del vínculo de filiación entre hijos y sus progenitores del mismo sexo, en lo que respecta al ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión al hijo o a la hija. La justificación se explica por la legislación derivada de producción europea y según la interpretación del Tribunal de Justicia, al respeto a la identidad nacional de un Estado miembro, de acuerdo con el artículo 4, apartado 2, del TFUE.

### 2. La limitación del orden público internacional de los Estados miembros europeos

63. La propuesta de la UE lo que pretende es desactivar el orden público internacional “nacional” de cada Estado miembro frente a una filiación de dos madres o dos padres. La propuesta limita el campo operativo del orden público internacional de cada Estado miembro del este modo:

<sup>31</sup> Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo. EUR-Lex - 52022PC0695.

<sup>32</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, □La propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica□, *Revista de Derecho Civil*, vol. X, núm. 3 (abril-junio, 2023), Ensayos, pp. 171-200, *vid.* p. 187.

<sup>33</sup> Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones consolidadas. Protocolos. Anexos. Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa. DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

- a) La propuesta de filiación<sup>34</sup> afirma: el orden público internacional “nacional” de cada Estado miembro se puede emplear, existe, pero no se puede utilizar para detener la libre circulación de la filiación de dos madres o dos padres gracias al importantísimo artículo 21 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE.

64. El artículo 21 de la Carta prohíbe «*toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual*». Evidentemente este artículo solo se aplica a situaciones en las que sea aplicable el Derecho de la Unión Europea<sup>35</sup>.

*Artículo 41 Derecho a una buena administración*

1. *Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.*

65. El sujeto discriminado en estos casos sería el menor al que no se reconoce en un Estado miembro su filiación válida y legalmente establecida en otro Estado miembro. Esa discriminación se observaría en una lesión a sus derechos de la personalidad, el niño tiene unos padres en un Estado miembro, pero al cruzar la frontera a otro Estado miembro esos padres ya no son tales.

- b) Ese precepto obliga a todos los Estados miembros a no discriminar a los menores en razón de su nacimiento, claramente se observa esta cuestión cuando se lee textualmente *características genéticas*, en el punto primero del artículo 21 de la Carta.
- c) Lo que hace la propuesta europea es crear un “orden público internacional europeo” (positivo) que prevalece sobre el “orden público internacional nacional” (negativo). Porque en es-

<sup>34</sup> Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2023, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo (COM(2022)0695 □ C9-0002/2023 □ 2022/0402(CNS)). Se puede consultar en el siguiente enlace: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0481\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0481_ES.html)

<sup>35</sup> De este modo queda expuesto en el preámbulo de la Carta: □ *Los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes. Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación. La Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos en el plano nacional, regional y local; trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, así como la libertad de establecimiento. Para ello es necesario, dotándolos de mayor presencia en una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos. La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El disfrute de tales derechos origina responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las futuras generaciones. En consecuencia, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados a continuación.*”



tos casos se construye ese orden público internacional europeo (positivo) con principios que emanan del Derecho europeo. Ese “OPI europeo” supera al “OPI estatal” y ya no únicamente se construye con los Derechos estatales de los Estados que componen la Unión Europea, aumenta su poder operativo con la observancia de ese Derecho y principios de la UE.

### VIII. Conclusiones

**66.** Las conclusiones que se destacan en este trabajo son tres. Y emanan del estudio de la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo. Se resumen en los tres puntos siguientes que se desarrollan a continuación:

**67.** Primera conclusión: la clave de la construcción del actual Derecho europeo se encuentra en la protección y potenciación de la libre circulación de las personas en la UE. La libre circulación de personas y la protección del interés superior del menor son cuestiones cardinales en el sistema jurídico europeo.

**68.** La libre circulación de personas y, evidentemente, la libre circulación de los menores se debe proteger por encima de cualquier otro derecho o interés. El interés superior del menor y la libre circulación se unen y potencian la protección de los menores en el sector de la filiación.

**69.** Segunda conclusión: una nueva frontera en la legislación de producción europea.

**70.** El legislador europeo se eleva a un nivel superior respecto a las cuestiones que legisla y comienza a crear una importante legislación europea sobre el estatuto personal. La soberanía nacional ha sido una línea roja que no se ha traspasado por la UE en temas concernientes al estatuto personal, pero esta tendencia ha ido variando en los últimos tiempos. Se observa que, en una balanza con dos platillos, para el legislador de la UE pesa más la protección y potenciación de la libre circulación que la protección de la soberanía estatal en temas que conciernen al estatuto personal. Esto es ahora, porque hasta hoy, esto no ha sido así, tal como lo explican los profesores Calvo y Carrascosa.

**71.** Tercera conclusión: el triunfo del orden público internacional europeo.

**72.** En el caso de la filiación del que se ocupa en este trabajo, se debe subrayar que, si la propuesta acaba en Reglamento, el orden público internacional “nacional” quedará superado y desactivado. Todo esto gracias al orden público internacional europeo. El Derecho europeo es un ordenamiento jurídico en sí mismo, que se aplica por los jueces y tribunales nacionales de los Estados miembros, que aplican su Derecho nacional y por supuesto, el europeo. Estos jueces y tribunales nacionales son defensores tanto del orden público de su Estado miembro, que se compone tanto por el “orden público internacional nacional”, formado por los principios que inspiran su ordenamiento jurídico nacional, como por el orden público europeo, compuesto por los principios fundamentales sobre los que se asienta el Derecho de la Unión Europea. De este modo, en ocasiones se observa que el TJUE limita el alcance del orden público de cada Estado miembro. No obstante, hay que prestar atención, el TJUE no puede decidir la lista de principios específicos que constituyen el orden público de un concreto Estado miembro. Esta acción corresponde a cada Estado miembro en concreto. Sin embargo, sí que puede establecer, por ejemplo, que el interés superior del menor y la libre circulación de personas son elementos claves y fundamentales en la aplicación e interpretación de la normativa europea. Es importante y crucial que el orden público internacional opere siempre con atención al caso concreto, así lo señala la jurisprudencia del TJUE. El orden público internacional no puede operar en abstracto. Se debe interpretar siempre con carácter excepcional, puesto que es una excepción al normal funcionamiento del sistema legal. Y siempre se deben observar los datos del caso concreto. Hasta el momento el legislador europeo nunca ha expresado en su normativa que exista un sector en el que no pueda activarse el orden público internacional. Si ahora lo expone en el sector de la filiación será la primera vez que lo haga.