

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.

The recognition of filiation relationships in the European Union: the free movement of birth certificates issued in a member state. Around the STJUE Pacharevo and the ATJUE K.S.-S.V.D.

NATIVIDAD GOÑI URRIZA

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Pública de Navarra*

ORCID ID 0000-0003-0119-3249

Recibido: 15.11.2022/Aceptado: 28.12.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7577

Resumen: El Auto del TJUE de 24 de junio de 2022 en el caso *K.S.-S.V.D.* confirma la jurisprudencia del caso *Pancharevo* dictada seis meses antes y obliga a los Estados miembros a reconocer la relación de filiación constituida entre una menor y sus dos madres en un Estado miembro a los solos efectos de la expedición de los documentos necesarios para que éstas puedan ejercer su derecho a la libre circulación y residencia.

Palabras clave: Libertad de residencia y circulación, reconocimiento de certificado de nacimiento, Derecho de las menores a la vida privada y familiar y a mantener relaciones personales con sus progenitores.

Abstract: The Order of the Court of Justice of June 24, 2022 in *K.S.-S.V.D.* confirms the judgement of the *Pancharevo* case awarded six months before and obliges Member States to recognize the parent-child relationship established between a minor and her two mothers in a Member State for the sole purpose of issuing the documents necessary for them to exercise their right to free movement and residence.

Keywords: Right to move and reside freely within the territory of the Member States. Transcription of birth certificate, child rights for private and family life and to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both his or her parents.

Sumario: I. La libre circulación de certificados de nacimiento en la Unión Europea II. Los vínculos de filiación constituidos en los Estados de la Unión Europea. III. El reconocimiento del vínculo de filiación limitado al ejercicio de las libertades de circulación y residencia. IV. Cuestiones jurídicas preliminares. 1) La competencia estatal de concesión de la nacionalidad. 2) La situación debe estar comprendida en el ámbito del Derecho de la Unión. V. La justificación de la posible obstaculización de las libertades de circulación y residencia mediante medidas compatibles con la Carta. VII. A modo de recapitulación.

I. La libre circulación de certificados de nacimiento en la Unión Europea

1. El alcance de las normas del Tratado de Funcionamiento sobre la libre circulación de personas (artículos 20 y 21 TFUE) continúa planteando cuestiones en relación al reconocimiento en los Estados miembros de las relaciones familiares creadas válidamente en otro Estado de la Unión¹. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha resuelto las cuestiones manteniendo una intervención del Derecho de la Unión limitada a sus competencias -garantizar el traspaso de la frontera y la entrada y residencia de una beneficiaria de estas libertades conforme a la Directiva 2004/38-².

2. El TJUE ha resuelto dos casos muy similares en poco más de seis meses - el caso *Pancharevo* y el caso *K.S.-S.V.D.*- en los que se aprecian importantes similitudes fácticas y jurídicas, de modo que dado los vínculos de conexión entre ambos el TJUE Justicia resuelve el segundo haciendo referencia constante a *Pancharevo* que puede considerarse su precedente³.

El propio TJUE reconoce que la respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal polaco remitente en *K.S.-S.V.D.* se deduce claramente de la jurisprudencia ya dictada en *Pancharevo* por lo que resuelve la cuestión prejudicial mediante auto (artículo 99 Reglamento de Procedimiento). Igualmente, de los razonamientos de la sentencia dictada en el asunto *K.S.-S.V.D.* se deduce que confirma al pie de la letra la interpretación de los artículos 20.2, letra a) y 21 del TFUE, los artículos 7, 21.1, 24.2 y 45 de la Carta de Derechos Fundamentales (Carta) y el artículo 4.3 de la Directiva 2004/38 realizada en el asunto *Pancharevo*.

Se trata de dos asuntos con gran trascendencia para la libre circulación de personas en la Unión ya que en ambos se interpretan los artículos 20 y 21 del TFUE en el sentido de que crean la obligación para un Estado miembro de emitir -sin previa expedición de certificado de nacimiento por las autoridades del Estado de la nacionalidad de una menor- los documentos necesarios - el documento nacional de identidad o el pasaporte- en el que consten los progenitores del mismo sexo, tal y como sucede en la certificación de nacimiento expedida en otro Estado de la Unión- para que ésta pueda ejercer su derecho a la libre circulación de residencia y desplazamiento.

Las sentencias imponen a los Estados miembros el reconocimiento de la relación de filiación constituida en un Estado de la Unión a los únicos efectos de imponer la obligación de expedir un documento que posibilite el desplazamiento entre los Estados miembros de una ciudadana de la Unión.

En los dos casos se sigue la estela del caso *Coman* que resuelve sobre el derecho de residencia y circulación de un ciudadano varón de un tercer Estado casado con otro varón nacional de un Estado miembro⁴. En todos ellos se obliga a otro Estado miembro a reconocer el vínculo familiar, matrimonio o filiación constituido en otro Estado miembro a los efectos de poder ejercer los derechos de residencia y circulación de los artículos 20 y 21 TFUE.

¹ Las decisiones del TJUE esenciales en relación a la constitución de vínculos familiares son: STJ de 5 junio 2018, C-673/16, *Coman*, EU:C:2018:385; STJ 14 diciembre 2021, C-490/20, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*, EU:C:2021:1008 y Auto del TJUE 24 junio de 2022, C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich v K.S. y otros*, EU:C:2022:502.

² 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) no1612/68 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, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004L0038-20110616&from=ES>

³ Auto del TJUE 24 junio 2022, C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich v K.S. y otros*, EU:C:2022:502. Sobre el caso *Pancharevo* (STJUE 14 diciembre 2021, C-490/20, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*, EU:C:2021:1008) véase J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Libre circulación de certificados de nacimiento en la Unión Europea. El caso de la STJUE 14 diciembre 2021, C-490/20, *Pancharevo*”, <http://accursio.com/blog/?p=1450>; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant, 2022, pp. 1912-1915; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad)”, *Ley Unión Europea*, núm. 102, de 29 de abril de 2022 y M^a J., SÁNCHEZ CANO, “La libertad de circulación de personas a la luz de los nuevos modelos de familia. Una visión desde la sentencia *Pancharevo*”, *CDT*, Vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 1123-1233.

⁴ STJ de 5 junio 2018, C-673/16, *Coman*, EU:C:2018:385.

II. Las situaciones de los vínculos de filiación constituidos en los Estados de la Unión Europea

3. En el caso *Pancharevo* se plantea la efectividad en Bulgaria de una relación de filiación constituida en España. Tras el nacimiento de la niña S.D.K.A. en España, las autoridades españolas expiden un certificado de nacimiento de la menor en el que se hace constar a V. M. A. como «madre A» y K. D. K. como «madre». V. M. A. tiene la nacionalidad búlgara y K. D. K. es nacional del Reino Unido y habían contraído matrimonio antes del nacimiento de la menor en España, país donde residían.

V. M. A. solicitó a las autoridades competentes en Sofía la expedición del certificado de nacimiento de S.D.K.A. con el fin de obtener el documento de identidad búlgaro. Las autoridades búlgaras requirieron una prueba de filiación de la menor, en concreto las relativas a la identidad de su madre biológica. Al no facilitarse la prueba de la maternidad biológica las autoridades denegaron el certificado de nacimiento a la menor. Las razones que motivaron la resolución denegatoria se referían, por un lado, a la falta de información sobre la identidad de la madre biológica y, por otro lado, a la contrariedad con el orden público búlgaro de la existencia de dos progenitores del mismo sexo (apdo. 23).

4. En el caso *K.S.-S.V.D.*, dos mujeres -K.S. y S.V.D.- de nacionalidad polaca e irlandesa, respectivamente, contrajeron matrimonio en Irlanda en 2018. En ese mismo año nació en España la menor S.R.S. y este nacimiento se inscribió en el Registro Civil español constando como “madre A” K.S. y como “madre B” S.V.D. con base en la declaración conjunta del matrimonio.

En este caso los problemas surgen cuando se solicita la inscripción de la certificación de nacimiento de la niña S.R.S. en el Registro Civil polaco. La inscripción fue denegada alegando que la misma sería contraria al orden público del ordenamiento jurídico de Polonia (apdo. 18).

Por tanto, los hechos que dan lugar a ambas cuestiones prejudiciales tienen su origen en el nacimiento en España de una niña estando su madre casada con otra mujer y constando una y otra en el certificado de nacimiento español como madres. En ninguno de los casos se cuestiona la ciudadanía de la Unión de las menores ya que ostentaban nacionalidad de un Estado miembro -búlgara y polaca-.

III. El reconocimiento del vínculo de filiación limitado al ejercicio de las libertades de circulación y residencia

5. En *Pancharevo* el tribunal remitente pregunta al TJUE, en primer lugar, si es compatible con el derecho a la libre circulación y residencia del TFUE la negativa de las autoridades búlgaras a inscribir el nacimiento de una nacional búlgara acreditado mediante un certificado de nacimiento con base en que no se indica cuál es la madre biológica de la menor.

En segundo lugar, se pregunta, por un lado, si el concepto de identidad nacional del artículo 4.2 TUE ampara que las autoridades búlgaras exijan a la madre cuya filiación alega aporte los datos que acrediten la filiación biológica de la menor. Por otro lado, si esa disposición y los artículos 7 y 24.2 de la Carta exigen ponderar el concepto de identidad nacional y el interés superior del menor, teniendo en cuenta que no existe consenso sobre la posibilidad de incluir como progenitores a dos personas del mismo sexo y sobre la posibilidad no precisar quien es la progenitora biológica de la menor.

En tercer lugar, se pregunta si las consecuencias jurídicas del Brexit afectan a la primera pregunta teniendo en cuenta que una de las madres que constan en la certificación de nacimiento emitida por las autoridades españolas tiene la nacionalidad británica.

Finalmente, se pregunta al TJUE si, en caso de respuesta afirmativa a la primera pregunta y, con el fin de garantizar la efectividad del Derecho de la Unión, éste obliga a los Estados miembros a que establezcan un modelo de certificación de nacimiento distinto al que tienen en vigor.

6. En *K.S.-S.V.D.* se le pregunta al TJUE si la denegación de la inscripción del certificado de nacimiento en el Registro civil polaco de una nacional con dos madres, cuya filiación se ha constituido en otro Estado de la Unión, vulnera su derecho a la libre circulación y residencia en tanto dicha inscripción es necesaria para la expedición de su documento nacional o pasaporte.

7. El TJUE en realidad no contesta a las cuestiones que se le plantean por los órganos jurisdiccionales remitentes.

En el caso *Pancharevo* el TJUE reconduce las cuestiones planteadas a la pregunta de «si el Derecho de la Unión obliga a un Estado miembro a expedir un certificado de nacimiento, con el fin de obtener un documento de identidad de conformidad con la normativa de este, para una menor, nacional de ese Estado miembro, cuyo nacimiento en otro Estado miembro está acreditado por un certificado de nacimiento expedido por las autoridades de ese otro Estado miembro, de conformidad con su Derecho nacional, y que designa como madres de la menor a una nacional del primero de esos Estados miembros y a su esposa, sin especificar cuál de las dos mujeres dio a luz a la niña. En caso afirmativo, dicho órgano jurisdiccional pregunta si el Derecho de la Unión exige que el certificado incluya, al igual que el expedido por las autoridades del Estado miembro en el que nació la menor, la mención de los nombres de esas dos mujeres en su condición de madres.» (apdo. 36).

En el caso *K.S.-S.V.D.* no se pronuncia sobre la obligación de las autoridades del Registro Civil polaco de inscripción del certificado de nacimiento expedido en España (apdo. 25). El TJUE indica en la sentencia que el Derecho de la Unión no obliga al Estado miembro de acogida al reconocimiento pleno, *erga omnes*, de la situación jurídica de filiación creada en otro Estado de la Unión, sino que establece que únicamente a los solos efectos de aplicar el artículo 4.3 de la Directiva 2004/38 en cuanto concreta el derecho a circular y residir de los ciudadanos de la Unión y de sus familiares tiene que expedir los documentos que la hagan posible⁵.

En la sentencia del caso *K.S.-S.V.D.* se concluye de forma directa que el artículo 4.3 de la Directiva obliga a los Estados miembros a expedir, conforme a su derecho, un documento de identidad o pasaporte *con independencia de que se inscriba la certificación de nacimiento* emitida por otro Estado de la Unión en el Registro Civil del Estado del que la menor es nacional (apdo. 39). Por tanto, deduce el TJUE del caso *Pancharevo* que el Derecho de la Unión se opone a que el Derecho interno de los Estados miembros añadan requisitos distintos para la emisión de los documentos necesarios para el tránsito.

Desde el momento que un Estado de la Unión reconoce el *estatuto de progenitor* el resto de los Estados miembros tienen que garantizar el ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia en los términos de la Directiva (apdo. 40).

IV. Cuestiones jurídicas preliminares

1) La competencia estatal de concesión de la nacionalidad

8. Es un principio de Derecho internacional aplicado reiteradamente por el TJUE que es competencia de los Estados de la Unión la competencia para determinar los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad⁶. En *Pancharevo* no se cuestiona la nacionalidad búlgara de la menor, por nacimiento (apdo. 39) y en *K.S.-S.V.D.* la nacionalidad polaca de la menor no se cuestiona por el órgano remitente (apdo. 22).

El TJUE ha aplicado los artículos 20 y 21 TFUE sin duda alguna a los nacionales de los Estados miembros de la Unión⁷. De modo que se ha reconocido que el derecho a la libre circulación y de residencia se ostenta por las personas por el mero hecho de ostentar la nacionalidad de un Estado miembro, sin que sea necesario cumplir requisitos añadidos, como que la nacionalidad de un Estado miembro sea la nacionalidad efectiva⁸.

⁵ Al igual que hizo en el caso *Pancharevo*, M^a J., SÁNCHEZ CANO, “La libertad de circulación de personas a la luz de los nuevos modelos de familia. Una visión desde la sentencia *Pancharevo*”, *CDT*, Vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 1123-1233, conecr. 1233.

⁶ STIJ 6 abril 1955, *Nottebohm*, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>

⁷ STJUE 2 octubre 2003, *García-Avelló*, C-148/02, apdo. 21, EU:C:2003:539; STJUE 8 marzo 2001, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, apdo. 40-43, EU:C:2011:124 y STJUE 2 marzo 2010, C135/08, *Rottmann*, apdo. 39, EU:C:2010:104.

⁸ STJUE 7 julio de 1992, *Micheletti*, C-369/90, apartado 10, EU:C:1992:295. No deben aplicarse, por tanto, las normas internas de los Estados miembros sobre la múltiple nacionalidad a los dobles nacionales en este ámbito.

Tampoco se requiere haber alcanzado una edad mínima para disponer de la capacidad necesaria para ejercitar, por sí mismo, dichos derechos para el caso de un recién nacido que solicitar la residencia en otro Estado miembro por tener ese derecho efectivo y directo a la residencia en otro Estado miembro⁹.

2) La situación debe estar comprendida en el ámbito del Derecho de la Unión

9. Ostentar la nacionalidad de un Estado miembro es requisito *sine qua non* para ser beneficiario de las libertades de circulación y residencia, pero no es condición suficiente para la aplicación del Derecho a la libre circulación. De modo que debe examinarse si la situación jurídica con elemento extranjero está sujeta a las libertades de circulación y residencia.

10. A diferencia del artículo 20 TFUE que se configura como el derecho a residir en el territorio de la Unión, el artículo 21 TFUE otorga el derecho de circulación¹⁰. En los supuestos en los que se ha planteado hasta ahora la libre circulación de certificados de nacimiento lo que está en juego es la libre circulación del artículo 21 TFUE y no el derecho de residencia como en el caso *Coman*.

Aunque no se deduce claramente de la literalidad del precepto, el artículo 21 TFUE regula un derecho distinto al de residencia. El derecho de circulación configurado en esta disposición implica el derecho a trasladarse desde un Estado miembro hacia otro Estado de la Unión. Por ello son contrarias a esta libertad las medidas de los Estados miembros que disuadan a un ciudadano de la Unión de salir del Estado miembro del que es nacional para ejercer su derecho de residencia en otro Estado miembro, también por la incertidumbre de si podrá volver a su Estado de origen¹¹.

Por tanto, esta libertad otorga el derecho a desplazarse y a residir de manera efectiva en un Estado miembro distinto de aquel del que es nacional y de volver al Estado origen¹². En los casos en los que se solicita el reconocimiento de la filiación constituida en el Estado de acogida -*Pancharevo* y *K.S.-S.V.D.*- las menores invocan este Derecho frente al Estado miembro de origen¹³. Aunque las menores ciudadanas de la Unión, nacidas en el Estado miembro de acogida de algún progenitor, nunca hayan ejercido su derecho a la libre circulación -porque no se han trasladado, no han cruzado la frontera- pueden invocar su Derecho a la libre circulación frente al Estado de origen¹⁴.

V. Configuración del derecho de circulación para los recién nacidos: el reconocimiento de la filiación

11. Para facilitar el ejercicio de las libertades de circulación y residencia el legislador europeo adoptó la Directiva 2004/38 sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y de sus familiares a circular y residir en la UE (Considerando 4)¹⁵.

⁹ STJUE 19 octubre 2004, *Zhu and Chen v. Secretary of State of the Home Department*, C-200/02, apdo. 20, EU:C:2004:639 y STJUE 2 octubre 2003, *García-Avelló*, C-148/02, apdo.21, EU:C:2003:539. Sobre el cambio que supuso el caso *Zhu and Chen* en la jurisprudencia del TJUE que ya no exigía el ejercicio de una actividad económica para ejercer el derecho de residencia en la Unión, C. BARNARD, *The substantive law of the EU: The four freedoms*, Oxford University Press, 2019, pág. 324.

¹⁰ STJUE de 8 marzo 2001, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, apdos. 40-43 y STJUE 2 marzo 2010, *Rottmann*, C135/08, apdo. 39, EU:C:2010:104.

¹¹ STJUE 2 octubre 2003, *García-Avelló*, C-148/02, apdo. 36, EU:C:2003:539 y STJUE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*, C-353/06, apdo. 25, EU:C:2008:559 y STJUE 5 junio 2018, *Coman*, C-672/16, apdo. 24, EU:C:2018:134.

¹² STJUE 5 junio 2018, *Coman*, C-673/16, apdo. 31, EU:C:2018:385.

¹³ Auto del TJUE 24 junio de 2022, *Rzecznik Praw Obywatelskich v K.S. y otros*, C-2/21, apdo. 36, EU:C:2022:502 y STJUE 14 diciembre de 2021, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*, C-490/20, apdo. 42, EU:C:2021:1008.

¹⁴ *Ibidem*. Asimismo, STJUE 13 septiembre 2016, *Rendón Marín*, C165/14, apdos. 42 y 43, EU:C:2016:675 y STJUE 2 octubre 2019, *Bajratari*, C-93/18, apdo. 26, EU:C:2019:809 para el caso de los nacidos en Irlanda del Norte de progenitores con permiso de residencia en el Reino Unido.

¹⁵ 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) núm. 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 (DO L 229, de 29 de junio de 2004). Esta norma

Una de las previsiones de la Directiva para hacer posible el ejercicio del derecho consiste en obligar a los Estados miembros a expedir a sus ciudadanos, de acuerdo con su legislación, un documento de identidad o un pasaporte en el conste la nacionalidad (artículo 4.3 de la Directiva).

12. En *Pancharevo y K.S.-S.V.D.* el TJUE afirma que esta disposición de la Directiva obliga a las autoridades del Estado cuya nacionalidad ostentan las menores tienen la obligación de expedir un documento de identidad o un pasaporte donde conste su nacionalidad *tal y como resulta del certificado de nacimiento expedido por las autoridades* de otro Estado de la Unión¹⁶. El TJUE se basa en la jurisprudencia del caso *Grunkin y Paul* conforme a la que se consideró contrario a las libertades de circulación y residencia que un Estado miembro, en aplicación de su propio derecho interno, deniegue *el reconocimiento del apellido de un niño tal como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro en el que ese niño nació y reside desde entonces*¹⁷.

13. Esta obligación de la Directiva no puede condicionarse al cumplimiento de otros requisitos como el de la obtención de un nuevo certificado de nacimiento¹⁸ o la inscripción de la certificación de nacimiento en el Registro Civil de en el Estado de acogida, que es el de la nacionalidad de la menor¹⁹. Se considera que con la obtención de dichos documentos los menores pueden ejercer su derecho a circular y residir libremente en el territorio de la Unión *con cada una de las dos madres cuyo estatuto como progenitor de ese menor haya sido reconocido por el Estado miembro de acogida de las progenitoras con motivo de una residencia conforme con la Directiva 2004/38*²⁰.

14. Esta obligación supone un reconocimiento implícito, al menos a los efectos de la aplicación de la Directiva 2004/38, de la relación de filiación biológica o jurídica con ambas madres constituida válidamente en otro Estado de la Unión. De la misma manera el TJUE había exigido el reconocimiento de relaciones conyugales constituidas válidamente en otro Estado miembro a los efectos de garantizar el ejercicio de las libertades de circulación y residencia en el caso *Coman*²¹.

El TJUE indica que la libertad de circulación otorga a los nacionales de un Estado miembro el derecho a «llevar una vida familiar normal tanto en su Estado miembro de acogida como en el Estado miembro del que son nacionales cuando regresen al territorio de este, disfrutando de la presencia a su lado de los miembros de su familia»²². Y este derecho obliga a los Estados miembros a reconocer a las que constan como madres en el certificado de nacimiento expedido a la menor «como progenitoras de una ciudadana de la Unión menor de edad bajo su guarda y custodia efectiva, el derecho a acompañar a la menor en el ejercicio de ese derecho»²³.

15. Los derechos de residencia y circulación del Tratado vienen a limitar la competencia estatal en materias relativas a la filiación o al matrimonio cuando sean de aplicación los artículos 20 y 21 TFUE. Aunque se trate de materias que el Derecho de la Unión reserva a los Estados miembros, el artículo 9 de la Carta garantiza el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia *según las leyes que regulen su ejercicio* de modo que el único modo de garantizar el ejercicio de las libertades de circulación y resi-

ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, BOE núm. 51, de 28 febrero 2007.

¹⁶ Auto del TJUE 24 junio 2022, *Rzecznik Praw Obywatelskich v K.S. y otros*, C-2/21, apdos. 37 y 38, EU:C:2022:502 y STJUE 14 diciembre 2021, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*, C-490/20, apdo. 44, EU:C:2021:1008.

¹⁷ STJ 14 octubre 2008, *Grunkin y Paul*, C-353/06, apdo. 39, EU:C:2008:559.

¹⁸ STJUE 14 diciembre 2021, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*, C-490/20, apdo. 45, EU:C:2021:1008.

¹⁹ Auto del TJUE 24 junio 2022, *Rzecznik Praw Obywatelskich v K.S. y otros*, C-2/21, apdo. 39, EU:C:2022:502.

²⁰ *Ibidem*, apdo. 40 y STJUE 14 diciembre 2021, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*, C-490/20, apdo. 46, EU:C:2021:1008.

²¹ En ese caso se trataba de un matrimonio celebrado en Bélgica, Estado de acogida del ciudadano europeo, STJUE 5 junio 2018, *Coman*, C-673/16, apdos. 36-38, EU:C:2018:385.

²² STJUE 14 diciembre 2021, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*, C-490/20, apdo. 47, EU:C:2021:1008.

²³ *Ibidem*, apdo. 48.

dencia del TFUE es mediante el reconocimiento del Estado civil establecido en un Estado miembro, *de acuerdo con sus leyes*²⁴. Solo reconociendo la condición de madre de una menor nacional de un Estado miembro ésta puede tener acceso al documento de identidad o pasaporte en el conste la nacionalidad en que conste como progenitora y ejercer su derecho a circular por el territorio de la Unión Europea con cada una de sus progenitoras.

VI. La justificación de la posible obstaculización de las libertades de circulación y residencia mediante medidas compatibles con la Carta

16. Las libertades de circulación y residencia, al igual que el resto de libertades reconocidas a los nacionales de los Estados miembro en el TFUE no son absolutas y la propia Directiva 2004/38 prevé posibles limitaciones por razones de orden público, seguridad o salud públicas (artículo 1, letra c).

En los casos en los que se ha planteado el reconocimiento de la filiación establecida en un Estado miembro en el resto de los Estados de la Unión el TJUE no ha analizado su posible restricción en aplicación de las limitaciones de la Directiva ya que se contemplan como limitaciones al derecho de entrada y de residencia (capítulo VI), derechos que no estaban en cuestión en los casos *-Pancharevo y K.S. -S.V.D.* – pero sí en *Coman*. La alegación del orden público por parte de los Estados miembros de origen de las menores para no reconocer la relación de filiación constituido por las autoridades de otro Estado de la Unión se ha resuelto mediante el recordatorio de dos ideas ya consagradas en la jurisprudencia del TJUE.

En primer lugar, los Estados miembros no tienen la facultad de determinar de manera unilateral el alcance del orden público, sino que éste y la pertinencia de su alegación están sometidos al control de las instituciones de la UE²⁵.

En segundo lugar, dado que el derecho a la ciudadanía de la UE está contenido en el Título V de la Carta de Derechos Fundamentales el TJUE considera que cualquier límite debe ser aplicado de manera restrictiva²⁶. De ello se deduce que el orden público como justificación de una restricción a la libertad de circulación o de residencia debe ser interpretado en sentido estricto²⁷. Así, el orden público no abarca «todas las normas imperativas del Derecho interno que los particulares deben cumplir sin excepciones»²⁸.

Como consecuencia de esta interpretación estricta su invocación solo es posible en caso de que exista *una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad*²⁹.

El TJUE indica que el reconocimiento de la filiación constituida en otro Estado de la Unión para garantizar la libre circulación un menor no exige que el Estado de acogida asuma en su ordenamiento jurídico la parentalidad de personas del mismo sexo ni que reconozca el vínculo de filiación entre el menor y las personas mencionadas como progenitoras en el certificado de nacimiento con fines distintos al ejercicio de su derecho a la libre circulación³⁰. Al igual que hizo en el caso *Coman*, el TJUE considera que el reconocimiento de la relación de familia constituida en otro Estado de la Unión, a los solos efectos del ejercicio de la libertad de circulación, no amenaza un interés fundamental de la sociedad en el Estado miembro de la nacionalidad de las menores. Esta limitación de los efectos del reconocimiento del vínculo de filiación justifica que el TJUE considere no se menoscaba la identidad nacional del Estado del reconocimiento aunque el principio de que una persona sólo puede tener un progenitor varón y otro mujer esté en la Constitución y en el Derecho de familia.

²⁴ *Ibidem* y STJUE 14 diciembre 2021, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*, C-490/20, apdo. 52, EU:C:2021:1008.

²⁵ STJUE 22 diciembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, apdo. 86, EU:C:2010:806, STJUE de 2 junio 2016, *Bogendorff*, C-438/14, apdo. 67, EU:C:2016:401.

²⁶ P. CRAIG & G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, cases and Materials*, Oxford, University Press, 2020, p. 901.

²⁷ STJUE 5 junio 2018, *Coman*, C-672/16, apdo. 44, EU:C:2018:134.

²⁸ *Ibidem*, apdo. 88.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ STJUE 14 diciembre 2021, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*, C-490/20, apdo. 57, EU:C:2021:1008 y Auto del TJUE 24 junio 2022, *Rzecznik Praw Obywatelskich v K.S. y otros*, C-2/21, apdo. 45, EU:C:2022:502.

17. En todo caso, el TJUE exige que la medida estatal que obstaculice las libertades de circulación y residencia sólo puede ser justificada si es conforme con los derechos fundamentales garantizados por la Carta³¹.

El TJUE se limita a indicar en *K.S. -S.V.D.* que la aplicación del Derecho polaco en virtud del cual un menor solo puede tener como progenitores un hombre y una mujer no garantizan la libre circulación y residencia de la menor (apdo. 22). El paralelismo del caso *Pancharevo* con *K.S. -S.V.D.* puede explicar el escaso razonamiento dedicado en la sentencia que resuelve el segundo sobre la posible justificación de la medida estatal polaca.

En el caso *K.S. -S.V.D.* la medida nacional de denegar la inscripción en el Registro Civil polaco podría vulnerar los derechos fundamentales contenidos en la Carta -derecho a la vida privada y familiar y derecho del niño a mantener de forma periódica relaciones personales con sus progenitores-. Sin embargo, el TJUE se limita a recordar a Polonia la obligación de expedir los documentos que hagan posible la libre circulación de la menor tal y como se establece en la Directiva 2004/38. En este caso, sin identificar cual es el objetivo pretendido por la legislación polaca, también en *Pancharevo*, el TJUE se remite a lo indicado en el caso *Coman*. Pero en esta última sentencia se confronta el concepto de cónyuge del Derecho nacional con el de la Directiva. El TJUE define el concepto de *cónyuge* del artículo 2.2 de la misma Directiva 2004/38 conforme al artículo 7 de la Carta que consagra el derecho a la vida familiar entendiendo que la relación que mantienen una pareja homosexual puede estar comprendida en el concepto de vida privada y familiar de la misma manera que lo hace una pareja heterosexual³².

18. Se asume por parte de los tribunales nacionales remitentes y del TJUE que la supuesta relación de filiación constituida en España otorga la nacionalidad a las menores y como consecuencia son beneficiarias directas de las libertades³³.

En realidad, el TJUE en el caso *K.S. -S.V.D.* se limita a *eurodepurar* la normativa nacional que vulnera la Carta europea de derechos fundamentales³⁴. El encargado del Registro Civil polaco no se plantea la ley aplicable a la filiación de la menor de nacionalidad polaca, sino que deniega la inscripción del certificado de nacimiento español por vulnerar el orden público nacional. Es decir, no reconoce la situación jurídica de filiación entre la mujer casada con la madre biológica de la menor creada en España.

19. El TJUE analiza en ambos asuntos si la medida nacional respeta los derechos al respeto de la vida privada y familiar del artículo 7 de la Carta y los derechos del niño del artículo 24. El primero implica el derecho a mantener relaciones personales periódicas con sus dos progenitoras³⁵. El segundo que integra los derechos del menor establecidos en la Convención sobre los Derechos del niño prohíbe la discriminación, también a causa de la orientación sexual de sus progenitoras³⁶. Concluye el TJUE, al igual que en el caso *Pancharevo*, que impedir u obstaculizar el derecho de la menor a tener relaciones con una de sus progenitoras en el ejercicio de su derecho a residir y circular entre los Estados miembros de la Unión contraría los artículos 7 y 24 de la Carta.

Parece, por lo que se indica en la sentencia del caso *K.S. -S.V.D.*, que el órgano jurisdiccional remitente no justifica la vulneración del orden público más allá de mencionar el artículo 18 de la Constitución polaca. Por lo que viene a confirmar que la forma en que se plantea la cuestión prejudicial por parte del órgano nacional remitente condiciona la respuesta que el TJUE da a la misma.

³¹ STJUE 14 diciembre 2021, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*, C-490/20, apdo. 58, EU:C:2021:1008 y STJUE 5 junio 2018, *Coman*, C-673/16, apdo. 47, EU:C:2018:385.

³² STJUE 5 junio 2018, *Coman*, C-673/16, apdos. 49 y 50, EU:C:2018:385.

³³ Al igual que ocurre en el caso *Pancharevo*, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad)”, *Ley Unión Europea*, núm. 102, de 29 de abril de 2022, p. 5.

³⁴ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Tirant, 2022, pp. 227-244.

³⁵ Auto del TJUE 24 junio de 2022, *Rzecznik Praw Obywatelskich v K.S. y otros*, C-2/21, apdos 47 y 48, EU:C:2022:502.

³⁶ *Ibidem*, apdo. 50.

VII. A modo de recapitulación

20. El reconocimiento de la relación de filiación constituida en un Estado de la Unión, conforme a su normativa interna a los efectos de ejercer la libre circulación y residencia de un nacional de un Estado miembro en el resto de los Estados ha sido confirmado por el TJUE en los casos *Pancharevo* y *K.S.-S.V.D.* En ambos casos las autoridades de Bulgaria y Polonia, respectivamente, niegan a la expedición del certificado de nacimiento de una menor nacional nacida en España de un matrimonio homosexual.

21. El TJUE concluye que los Estados miembros deben otorgar efectos a los certificados de nacimiento expedidos por autoridades de otro Estado de la Unión a los solos efectos de otorgar los documentos necesarios para el ejercicio de las libertades de circulación y residencia tal y como establece el artículo 4.3 de la Directiva 2004/38. Esta es la interpretación que garantiza el respeto al derecho a la vida familiar y el interés superior del menor de la Carta en el ejercicio de las libertades de circulación y residencia del TFUE.

22. El TJUE, con el fin de no invadir competencias de los Estados de la Unión, niega que deba otorgarse efectos *erga omnes* a los certificados de nacimiento y, por tanto, reconocimiento pleno de la relación de filiación constituida en otro Estado miembro. Por tanto, considera que no está en cuestión la identidad nacional de los Estados miembros del artículo 4.2 del TFUE.

Esta sentencia no produce avance alguno en la interpretación del Derecho de la Unión y plantea dudas sobre la afirmación limitada a los solos efectos del ejercicio de las libertades de circulación en el sentido de que el fallo se sustenta en la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual de los progenitores, entonces, ¿Se permitirá en otros ámbitos de la vida de la menor alguna discriminación o aplicación de normas distintas por razón de la orientación sexual de sus progenitores?

La aplicación de esta jurisprudencia puede llevar a ciertos Estados a aplicar soluciones distintas a sus propios ciudadanos -expedición de pasaporte o documento nacional de identidad- en virtud del Estado de establecimiento de la filiación. Puede parecer que vamos hacia una homogeneización forzada de los principios fundamentales de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros que conforman su orden público en la que la Carta cumpliría una función de lignina dando fuerza y endureciendo las paredes de la estructura de la Unión.