

Los derechos fundamentales de la Unión y su incidencia en competencias claramente estatales (comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea V.M.A.)

The fundamental rights of the Union and their impact on clearly state powers (Commentary on the Judgment of the Court of Justice of the European Union V.M.A.)

---

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

Universidad de Valladolid

javierfacultad@gmail.com



Este artículo está sujeto a una [licencia “Creative Commons Reconocimiento-No Comercial” \(CC-BY-NC\)](#).

DOI: <https://doi.org/10.24197/ree.80.2022.245-261>

---

## INTRODUCCIÓN

Como es sabido, una de las obsesiones reflejadas en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión es que la misma no altera el reparto competencial existente entre las Instituciones de la Unión y los Estados miembros. Sin embargo, resulta evidente que el propio reconocimiento de nuevos derechos subjetivos en el marco de la Unión implica que hay unas facultades jurídicas que pueden ser invocadas por los justiciables cuando estos son aplicables.

Esto ocurre, de forma destacada, con los derechos fundamentales propios de la Unión, como son aquéllos vinculados con la ciudadanía de la Unión. De todos ellos centraremos nuestra mirada en la libre circulación de los ciudadanos de la Unión Europea por el territorio de la Unión.

Este derecho hunde sus raíces en una de las clásicas libertades comunitarias: la libre circulación de trabajadores<sup>1</sup>. Con ocasión del establecimiento de la ciudadanía de la Unión en 1992 se amplía este derecho subjetivo (que ya había sido interpretado de forma extensiva por el Tribunal de Justicia) a los ciudadanos de la Unión. Este derecho se prevé en los Tratados constitutivos<sup>2</sup>.

Este derecho fundamental no beneficia exclusivamente a los nacionales de la Unión, sino que también es aplicable a los miembros de su familia (en particular, a su cónyuge –o equivalente– y a sus descendientes y ascendientes directos<sup>3</sup>). No resulta preciso ni conveniente profundizar en el alcance jurídico que se confiere a cada una de estas categorías, bastando con evidenciar que puede producirse conflictos entre los ordenamientos de distintos Estados.

Esto es lo que ocurre, precisamente, en el supuesto de hecho que origina la reciente STJUE de la Gran Sala V.M.A.<sup>4</sup>

## 1. LOS HECHOS<sup>5</sup>

Dos mujeres deciden unir sus vidas casándose en nuestro país, en el que residen, posibilidad abierta por la Ley 13/2005 de 1 de julio. Una de ellas, V.M.A., es de nacionalidad búlgara, y otra, K.D.K., británica, nacida en Gibraltar. Unos meses más tarde nace una hija, S.D.K.A., en cuyo registro aparecen V.M.A. como madre A y K.D.K. como madre. Su realidad en nuestro país no presenta ningún problema jurídico relevante,

---

<sup>1</sup> Desarrollado en el Reglamento 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. Resulta también de gran interés en esta materia el Acuerdo internacional de Schengen adoptado el 14 de junio de 1985, suscrito por algunos Estados miembros de la Unión (no por Bulgaria o Rumania, entre otros) y otros países ajenos a la misma (Noruega, Suiza, etc. ). Es fundamental en esta materia el Protocolo 19 anejo al Tratado de Lisboa sobre el acervo de Schengen porque deberá ser aceptado por cualquier nuevo Estado que pretenda integrarse en la Unión.

<sup>2</sup> Arts. 21.1 TFUE y 45 CDFUE. Ver, en desarrollo, la 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 (DOUE L158 de 20 de abril de 2004).

<sup>3</sup> Art. 2.2 Directiva 2004/38/CE, *cit*.

<sup>4</sup> STJUE (Gran Sala) V.M.A., de 14 de diciembre (asunto C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008). Una situación muy similar se juzga en el asunto *Rzecznik Praw Obywatelskich* (asunto C 2/21).

<sup>5</sup> Extraído de los apartados 18 ss. de la Sentencia.

ya que nuestro ordenamiento jurídico permite que un hijo se vincule con sus progenitores, con independencia de su género y orientación sexual.

V.M.A. solicita al municipio de Sofía que se expida un certificado de nacimiento que resulta preciso para poder emitir un documento de identidad en Bulgaria.

Aquí comienzan los problemas. El Municipio interpelado solicita a la solicitante prueba biológica que acredite que ésta es la madre de la menor y le indica que solamente podrá inscribirse una madre. El motivo es que en dicho país no está reconocido el matrimonio formado por personas del mismo sexo. V.M.A. se niega a facilitar la información requerida, y la Administración municipal termina denegando la certificación interesada por falta de información y porque la inscripción de dos mujeres en un certificado de nacimiento contraviene el orden público búlgaro.

V.M.A. impugna esta resolución ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Sofía, y éste decide plantear la cuestión prejudicial que dará lugar a la Sentencia que comentamos. Aunque el órgano judicial nacional realiza algunas consideraciones (sobre la nacionalidad búlgara de la menor o los efectos del Brexit en el estatuto jurídico de S.D.K.), el Tribunal de Justicia plantea el asunto con argumentos extremadamente sencillos y clarificadores, como veremos a continuación.

## 2. LA SENTENCIA

La Sentencia parte de dos consideraciones. La primera es que “la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro” (apartado 38). También “el estado civil de las personas, en el que se incluyen las normas relativas al matrimonio y a la filiación, es una materia comprendida dentro de la competencia de los Estados miembros (apartado 52). Esto supone que el Estado es competente y libre para regular las formas de adquisición (y, en su caso, pérdida) de la nacionalidad, así como para regular el matrimonio y los criterios de filiación.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia enseguida matizará ambas afirmaciones. Así, en lo que atañe a la nacionalidad, “en situaciones comprendidas en el ámbito del Derecho de la Unión, las normas nacionales de que se trate deben respetar este último” (apartado 38). Y en lo que respecta a al estado civil y la filiación “cada Estado miembro debe respetar el Derecho de la Unión al ejercitar dicha competencia y, en particular, las

disposiciones del Tratado FUE relativas a la libertad reconocida a todo ciudadano de la Unión de circular y residir en el territorio de los Estados miembros, reconociendo para ello el estado civil de las personas establecido en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este” (apartado 52).

Esto supone que, aunque el Estado es libre para regular lo que estime oportuno sobre la nacionalidad, el estado civil y la filiación debe respetar en todo caso el Derecho de la Unión, y, muy en particular, los derechos que los nacionales de los Estados miembros tienen como ciudadanos de la Unión que son.

En el caso que nos ocupa, la primera duda que puede plantearse es si la menor, S.D.K.A., es ciudadana de la Unión. Así lo asume el órgano judicial nacional que plantea la cuestión prejudicial (apartados 25 y 39), y el Tribunal de Luxemburgo recuerda que en tal caso dispone del derecho a circular y residir en cualquier Estado de la Unión (art. 21 TFUE), y que, habiendo ejercido este derecho en otros Estados de la Unión, puede exigirlo también frente a su propio Estado. El Tribunal señala también que los “ciudadanos de la Unión que han nacido en el Estado miembro de acogida y que nunca han ejercitado su derecho a la libre circulación [...] tienen derecho a invocar” el citado derecho fundamental de la Unión<sup>6</sup>. Aplicando estas ideas al caso concreto, resulta claro que las autoridades búlgaras están obligadas a expedir un documento nacional o pasaporte en el que conste su nacionalidad y apellido tal como resulta del certificado de nacimiento español porque no se le puede denegar el reconocimiento de dicho apellido<sup>7</sup>. Pero es que, además, ese documento debe permitir a la menor ejercer su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados con cada una de las dos madres cuyo estatuto como progenitor ha sido reconocido por el Estado miembro de acogida (apartado 46), ya que este derecho incluye el derecho de llevar una vida familiar normal tanto en el Estado miembro de acogida como de origen (apartado 47). En resumen, el Estado búlgaro debe reconocer el vínculo de filiación establecido en España y facilitar a V.M.A. un documento que mencione a las madres como personas habilitadas para viajar con la menor.

<sup>6</sup> Apartado 42, que alude a las SSTJUE (Gran Sala) Coman y otros, de 5 de junio de 2018 (asunto C 673/16, EU:C:2018:385), apartado 31 y jurisprudencia allí citada y (Sala Primera) Bajratari, de 2 de octubre de 2019 (asunto C-93/18, EU:C:2019:809), apartado 26 y jurisprudencia allí citada, respectivamente.

<sup>7</sup> Apartado 44. Ver STJUE (Gran Sala) Grunkin y Paul, de 14 de octubre de 2008 (asunto C-353/06, EU:C:2008:559), apartado 39.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea estima que la resolución del conflicto debería ser la misma en el supuesto de que S.D.K.A. no fuera ciudadana de la Unión, ya que debe ser considerada, en todo caso, como descendiente directa de una ciudadana de la Unión, y esto vincula a todos los Estados miembros (apartado 68).

Además del derecho a la libre circulación de la menor (art. 21.2 TFUE), entrarían en juego otros derechos fundamentales recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En primer lugar, debemos hacer referencia al derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 7 CDFUE). Dado que el Tribunal de Luxemburgo, siguiendo al Tribunal de Estrasburgo<sup>8</sup>, entiende que la existencia de *vida familiar* es una cuestión fáctica, que se evidencia por la realidad de vínculos personales estrechos, y acepta que las parejas homosexuales tienen vida privada y vida familiar (apartado 1), se concluye que la relación de la menor con cada uno de sus progenitoras está protegida por el artículo 7 CDFUE (apartado 62). Y en segundo lugar debemos hacer referencia a los derechos de los menores (art. 24 CDFUE) (apartado 59). El Tribunal recuerda que la Convención sobre los Derechos del Niño establece el principio de no discriminación del niño (art. 2) y reconoce los derechos del menor a ser inscrito después de su nacimiento, a tener un nombre y adquirir una nacionalidad (sin que pueda ser discriminado por la orientación sexual de sus progenitoras) (apartado 62). Pero el Tribunal recuerda también “el derecho a que se tenga en cuenta el interés superior del niño como consideración primordial en todos los actos relativos a los niños, así como el derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con sus dos progenitores”, (apartado 59), que considera fundamentales.

### 3. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA EN CLAVE COMPETENCIAL

La Sentencia que examinamos puede ser analizada desde diversas perspectivas. No nos ocuparemos en estas páginas de evaluar su relevancia en la determinación de los derechos de las madres y de su hija al desarrollo de la vida privada y familiar, ni en los derechos de la menor a la filiación

---

<sup>8</sup> Ver, entre otras muchas, las SSTEDH (Pleno) de 21 de mayo de 1985, asunto Johnston y otros c. Irlanda (demanda 9697/82, ECLI:CE:ECHR:1986:1218JUD000969782), § 56 y (Gran Sala) de 3 de abril de 2012, asunto Van der Heijden c. Países Bajos (demanda 42857/05, ECLI:CE:ECHR:2012:0403JUD004285705), § 51.

y a que se adopte una resolución judicial que privilegie su interés superior<sup>9</sup>. Nos interesa más, en este momento, realizar una aproximación distinta a esta resolución, que se vincula con el reparto competencial existente entre la Unión y los Estados miembros.

Como es sabido, desde una perspectiva general, mientras que los Estados miembros disponen de una competencia universal, la Unión Europea solamente puede intervenir en aquellas competencias previstas en los Tratados de la Unión. Su competencia está limitada por el principio de atribución (art. 5 TUE) y eso explica que deba motivar el título jurídico que justifica la emisión de cualquier norma que apruebe. Y es lógico que, si los Estados aceptan atribuir una competencia a la Unión, no puedan regularla por sí mismos a partir de este momento. Esto es evidente en relación con las competencias exclusivas de la Unión (art. 3 TFUE). La Unión también tiene competencias compartidas con los Estados en una serie de materias (art. 4 TFUE) y de apoyo en otras (art. 6 TFUE).

Sin embargo, este esquema resulta más complejo en la práctica por dos razones. La primera es que también hay que tomar en consideración la cláusula de flexibilidad prevista en el art. 352.1 TFUE<sup>10</sup>, que ha permitido a la Unión ejercer competencias adicionales, implícitas, que se consagran por reconocimiento jurisprudencial para el ejercicio de los poderes comunitarios<sup>11</sup>. La segunda es la introducción de la Carta de los Derechos

---

<sup>9</sup> Estas cuestiones han sido examinadas por el autor de estas líneas en (2020), “La incidencia de los estándares europeos en los ordenamientos nacionales: a propósito de la inscripción de bebés nacidos en el extranjero”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 49, pp. 173-197. Ver también el estudio previo (2019), “¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?”, *Revista de Derecho Político*, 105, pp. 81-125.

<sup>10</sup> Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo.

<sup>11</sup> Ver, entre otros muchos, Holterman, Martin (2005), “The importance of implied powers in Community Law”, *SSRN*, 3, disponible en <https://ssrn.com/abstract=1008251>, esp. p. 7; Ver Martín y Pérez de Nanclares, José (2002), “La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 12, pp. 343 ss.; Beneyto, José María (dir.) (2009), *Unity and Flexibility in the future of the European Union: the challenge of enhanced cooperation*, Ediciones CEU, Madrid,

Fundamentales de la Unión Europea en el Derecho originario de la Unión Europea. Aunque se afirme en la misma, y en el art. 6.1 TUE, que la misma no amplía las competencias de la Unión, lo cierto es que las transforma en profundidad, dado que deben ser respetados en cualquier actuación que tenga su origen (mediato o inmediato) en la Unión Europea.

Partiendo de estos datos, y su aplicación a la resolución judicial que nos ocupa, podemos adelantar dos premisas, esquizofrénicas entre sí. La primera es que el Estado es soberano para regular, como mejor lo estime, la filiación y el estado civil. La segunda es que un Estado miembro de la Unión Europea está obligado a facilitar los papeles que sean precisos a los ciudadanos de la Unión en supuestos en los que la filiación o la adquisición del estado civil son incompatibles con su Derecho nacional, pero admisibles en otros países miembros.

Y, desde esta perspectiva, V.M.A. no es más que un nuevo episodio de un camino que toca transitar a todos los Estados de la Unión Europea. Recordemos que ya con anterioridad, los tribunales judiciales búlgaros se habían visto obligados a reconocer como matrimonio al formado por dos mujeres<sup>12</sup>. Una vez más, dicha decisión venía forzada por otra Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que se declaraba que la libre circulación de los ciudadanos de la Unión alcanza a su cónyuge, siendo indiferente su orientación sexual y su pertenencia o no a uno de los Estados miembros de la Unión<sup>13</sup>.

Podría entenderse, sin embargo, que el Derecho de la Unión no puede comprometer la libre regulación de competencias exclusivas de los Estados. Especialmente, cuando inciden en materias sensibles desde la

---

2009 y Engström, Viljam (2010), “How to Tame the Elusive: Lessons from the Revision of the EU Flexibility Clause”, *International Organizations Law Review*, 2, pp. 343 ss. Desde una perspectiva más general, ver Hinojosa Martínez, Luis Miguel (2007), *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros*, Tirant lo Blanch, Valencia.

<sup>12</sup> El matrimonio estaba formado por la francesa Mariama Diallo y por la australiana-chilena Cristina Palma. Ver <https://www.dosmanzanas.com/2018/07/la-justicia-de-bulgaria-reconoce-el-primer-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo.html>.

<sup>13</sup> Concluye el Tribunal que “el nacional de un tercer Estado, del mismo sexo que el ciudadano de la Unión, que ha contraído matrimonio con este en un Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado tiene derecho a residir por más de tres meses en el territorio del Estado miembro del que el ciudadano de la Unión es nacional. Este derecho de residencia derivado no podrá estar sujeto a requisitos más estrictos que los establecidos en el artículo 7 de la Directiva 2004/38” [STJUE (Gran Sala) Coman y otros, de 5 de junio de 2018 (asunto C 673/16, EU:C:2018:385), párrafo 56].

perspectiva constitucional, como pueden ser las reglas jurídicas que disciplinan el matrimonio, la filiación o la adopción de menores, por poner algunos ejemplos relevantes<sup>14</sup>. Este razonamiento hace comprensible que la Administración municipal de Sofía y el órgano judicial que plantea la cuestión prejudicial se pregunten si la obligación de facilitar un documento nacional de identidad a la menor y vincularla con dos madres puede ser contrario al orden público búlgaro y menoscabar su identidad nacional. Lo sería porque en Bulgaria no está contemplado el matrimonio igualitario y porque en este país se parte de la premisa de que *mater semper certa est*, porque es la mujer que alumbró a su hijo.

Como es sabido, el artículo 4.2 TUE dispone que “La Unión respetará [...] la] identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de” los Estados miembros. ¿Esto supone un ejercicio lícito al ejercicio de competencias de la Unión? ¿Opera la identidad nacional como un *controlímite*, en el sentido dado a esta expresión habitualmente por la doctrina y jurisprudencia italiana<sup>15</sup>? Si así fuera, sería legítimo excepcionar la obligación de las autoridades nacionales búlgaras descritas anteriormente.

---

<sup>14</sup> Es conveniente recordar las reservas expresadas por Dinamarca e Irlanda en relación con algunas disposiciones contenidas en los Tratados de Maastricht y Lisboa, respectivamente, y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el segundo caso, y que dieron lugar a las Decisiones de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Unión, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativas “a determinados problemas planteados por Dinamarca en relación con el Tratado de la Unión Europea” (Anexo 1 de las Conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Edimburgo los días 11 y 12 de diciembre de 1992) y “a las preocupaciones del pueblo irlandés sobre el Tratado de Lisboa (Anexo I de las Conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Bruselas los días 18 y 19 de junio de 2009). En la primera se hace una breve referencia a la ciudadanía, y en la segunda preocupa a Irlanda que algunos derechos de la Carta pueden alterar la protección de la familia o el modelo de familia existente en Irlanda.

<sup>15</sup> Ver, entre otros muchos estudios italianos, Vecchio, Fausto, *Primazia del Diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Turín; Polimeni, Simona (2018), *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del 'dialogo' tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Nápoles, y Pelegrini, Daniele (2021), *I controlimiti al primato del Diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze University Press, Florencia. En nuestro país, destaca el reciente estudio de Pablo Cruz Mantilla de los Ríos (2022), *La identidad nacional de los Estados miembros en el Derecho de la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor.



La Gran Sala del Tribunal de Luxemburgo da respuesta, en la Sentencia que examinamos, a este interrogante, siguiendo la dirección ya anticipada en la Sentencia Coman, a la que ya se ha hecho referencia. En Coman el Tribunal había señalado que “el concepto de ‘orden público’ como justificación de una excepción a una libertad fundamental debe interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones de la Unión. Por tanto, el orden público solo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de junio de 2016, Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14, EU:C:2016:401, apartado 67, y de 13 de julio de 2017, E, C-193/16, EU:C:2017:542, apartado 18 y jurisprudencia citada)” (apartado 44). Indica, además, que el hecho de que se reconozca la residencia del cónyuge del ciudadano de la Unión “no supone que dicho Estado miembro contemple, en su Derecho nacional, la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo” (apartado 45). En conclusión, “tal obligación de reconocimiento al objeto únicamente 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” (apartado 46).

Esta misma doctrina se recoge en la Sentencia que comentamos. Se dirá ahora que “el orden público solo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”<sup>16</sup> (apartado 55). Y, tanto a juicio de la Abogada General Juliane Kokott como del propio Tribunal, “la obligación de un Estado miembro, por una parte, de expedir un documento de identidad o un pasaporte a una menor nacional de ese Estado miembro nacida en otro Estado miembro y cuyo certificado de nacimiento expedido por las autoridades de ese otro Estado miembro designa como progenitores a dos personas del mismo sexo y, por otra parte, de reconocer el vínculo de filiación entre la menor y cada una de esas dos personas a efectos de que esta pueda ejercer sus derechos derivados del artículo 21 TFUE y de los actos de Derecho derivado correspondientes no vulnera la identidad

---

<sup>16</sup> Apartado 55. En relación con el orden público nacional son muy relevantes los apartados 67 y 68 de la STJUE (Sala Segunda) Bogendorff von Wolffersdorff, de 2 de junio de 2016 (asunto C-438/14, ECLI:EU:C:2016:401).

nacional ni amenaza el orden público de dicho Estado miembro”<sup>17</sup>. El motivo es que el reconocimiento se limita al ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a la menor, sin que deba extenderse a fines distintos (apartado 57).

Dos afirmaciones merecen ser debatidos en este trabajo.

La primera es que las instituciones de la Unión (el Tribunal de Justicia, presumiblemente) pueden controlar la invocación del orden público realizada por autoridades nacionales, dado que éstas no pueden determinar su alcance de forma unilateral. Tal interpretación podría apoyarse, además, en la idea de que la interpretación de este precepto de la Unión corresponde, en última instancia, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por tratarse de una norma propia<sup>18</sup>. Sin embargo, esta lectura del art. 4.2 TUE vaciaría en buena medida su contenido propio, en la medida en que su invocación por parte de las autoridades nacionales podría ser desautorizada (desactivada, en la práctica) por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Además, el caso Taricco ha evidenciado que si un Tribunal nacional (en este caso el Tribunal Constitucional italiano) justifica adecuadamente que una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea compromete seriamente el principio de legalidad penal, éste será sensible en su nueva respuesta<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Apartados 56 y 150 y 151 de las Conclusiones Generales.

<sup>18</sup> Como defiende buena parte de la doctrina italiana. Ver, por todos, Federico, Giacomo de (2019), “Identità nazionale e controlimiti: l’inapplicabilità della ‘regola Taricco’ nell’ordinamento italiano e il mancato ricorso (per ora) all’art. 4, par. 2, TUE”, *www.federalismi.it*, 4, y, de forma más extensa, en (2017), *L’identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell’Unione Europea. Natura e portata dell’art. 4 par. 2 TUE*, Editoriale Scientifica, Nápoles.

<sup>19</sup> Un esquemático resumen del asunto Taricco se recoge en Matia Portilla, Francisco Javier (2021), “De la doble a la triple prejudicialidad. ¿Es posible ordenar lo complejo?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 121, p. 25, nota 36. Ver, entre los muchísimos trabajos publicados en torno a esta saga jurisprudencial, los estudios de Antonio Ruggeri, que se recogen de forma cronológica: (2017), “Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti”, *www.giurcost.org*, disponible en [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file\\_rivista/28133\\_2017\\_24.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file_rivista/28133_2017_24.pdf); (2018), “Taricco, amaro finale di partita”, *www.giurcost.org*, 3, disponible en [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file\\_rivista/29865\\_2018\\_115.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file_rivista/29865_2018_115.pdf); y (2019), “I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l’oscillazione del pendolo”, *www.giurcost.org*, I, disponible en [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file\\_rivista/30432\\_2017\\_269.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file_rivista/30432_2017_269.pdf).

La segunda valoración que debemos realizar es, si como afirma el Tribunal de Justicia, la inscripción de la menor con sus dos madres y el hecho de que exista un documento que certifique su vínculo de filiación con las madres no vulnera la identidad nacional búlgara ni amenaza su orden público estatal.

Tiene razón la Gran Sala cuando indica que esta Sentencia no impone obligación alguna a Bulgaria para que modifique su regulación sobre el estado civil, la filiación y el matrimonio. El Estado sigue siendo absolutamente libre para regular estas materias como estime oportuno con carácter general. Ahora bien, dado que el matrimonio y la filiación ha sido reconocido por otro Estado miembro, ambos deben ser reconocidos a los exclusivos efectos vinculados con la ciudadanía de la Unión. Este matiz es muy importante porque ni siquiera asegura la igualdad de la relación afectiva mantenida por V.M.A. y K.D.K. con los matrimonios celebrados en Bulgaria, salvo en lo que atañe a la libre circulación de ellas y de su hija por el territorio de la Unión. Y dado que el Derecho de la Unión es manifiestamente aplicable, entran también en juego, como es sabido, los derechos a la vida privada y familiar que les asiste, y la exigencia de que cualquier resolución que se adopte en esta materia debe preservar el interés superior de S.D.K.A.

Esta argumentación no admite reproche alguno. Ahora bien, se puede suscitar un último interrogante, y una consideración suplementaria.

Comencemos por el interrogante: ¿Alteraría esta valoración una previsión constitucional estatal que, de forma expresa y consciente, rechace el matrimonio igualitario? ¿Debería entenderse que tal decisión constitucional expresa sí que se incardina en su identidad nacional? Podría pensarse que una cosa es que el matrimonio constitucionalmente consagrado en su momento fuera de naturaleza heterosexual, como ocurre, a mi parecer, con el art. 32 CE, y otra es que el constituyente excluya, expresa o implícitamente, extender el matrimonio a las parejas homosexuales.

Esto ha ocurrido en Rumanía donde se ha pretendido que la Constitución prohíba el matrimonio igualitario, originando sendas resoluciones sorprendentes del Tribunal Constitucional<sup>20</sup>. La primera

---

<sup>20</sup> López Rubio, Daniel (2019), “Reflexiones en torno al fallido referéndum en Rumanía sobre el matrimonio homosexual”, *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, pp. 166 ss., disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/5010>.

(Decisión 580, de 20 de julio de 2016<sup>21</sup>), afirmando que esta iniciativa no suprime derechos fundamentales (cláusula de intangibilidad prevista en el art. 152.2 de la Constitución), ya que únicamente altera sus condiciones de ejercicio. Considera el Tribunal que, “al sustituir la frase ‘entre cónyuges’ por la frase ‘entre un hombre y una mujer’, sólo se hace una aclaración respecto del ejercicio del derecho fundamental al matrimonio, en el sentido de establecer expresamente que éste se celebra entre personas de distinto sexo biológico, siendo éste, por cierto, incluso, el significado original del texto. En efecto, en 1991, cuando se aprobó la Constitución, el matrimonio se consideraba en Rumania en su sentido tradicional, como la unión entre un hombre y una mujer” (apartado 42). De ser así, no se entiende qué el Tribunal no concluya que la reforma es innecesaria ya que no pretende modificar la versión existente del precepto constitucional, cuando lo que resulta evidente es, justamente, lo contrario. Mientras que la redacción original permitiría un desarrollo legislativo que modificara el sentido del término matrimonio, incorporando a las parejas del mismo sexo, como ha ocurrido en nuestro país, la pretendida reforma pretende impedir dicha eventual reforma normativa. Por esa razón, podría defenderse que estamos en presencia de una reforma restrictiva del eventual reconocimiento de un derecho fundamental.

Daniel López Rubio da cuenta de una segunda Decisión del Tribunal Constitucional (la 539, de 2018<sup>22</sup>), en la que se constata que el texto finalmente sometido a referéndum (idéntico al inicialmente presentado) respeta la citada prohibición constitucional de que no se supriman derechos fundamentales.

Afortunadamente, la escasa participación popular en el referéndum ha hecho fracasar la reforma, pero nos permite plantearnos, como mera hipótesis, si debiera entenderse que una previsión constitucional que, incluso de forma categórica, afirmara que el matrimonio no puede ser formalizado por personas del mismo sexo formaría parte de la identidad nacional del Estado que podría justificar excepcionar las normas de la Unión contrarias (aunque ya hemos visto que tal conflicto sería imposible por afectar a competencias exclusivamente nacionales).

Tal previsión constitucional no podría ser presentada, a nuestro modesto entender, como manifestación de la identidad nacional. Y ni

---

<sup>21</sup> Disponible en [https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2020/10/Decizie\\_580\\_2016.pdf](https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2020/10/Decizie_580_2016.pdf).

<sup>22</sup> López Rubio, Daniel: “Reflexiones...”, *cit.*, p. 168.

siquiera serviría para impedir modificar la legislación para abrir la institución del matrimonio a las parejas del mismo sexo.

Justifiquemos ambas afirmaciones. Es perfectamente coherente afirmar, de un lado, que un precepto constitucional no reconoce el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo<sup>23</sup>, y estimar, después, que la modificación del código civil para permitir el matrimonio de homosexuales es perfectamente constitucional<sup>24</sup>. Lo es porque lo que debemos plantearnos es si la extensión de un derecho como el matrimonio, constitucionalmente reservado a las uniones heterosexuales, vulnera la Constitución. No es así, porque incluso en el supuesto de que la Constitución hablara del matrimonio heterosexual, la introducción de un matrimonio igualitario no limita el derecho de los heterosexuales a casarse. Ahora bien, es oportuno tener claro que, en un supuesto como éste, mientras que el derecho al matrimonio de las parejas heterosexuales sería un derecho fundamental, el de las parejas del mismo sexo tendría naturaleza estrictamente legal (por lo que sería incluso reversible en el futuro si se volviera a modificar el Código Civil). Por eso se indicaba también que una reforma como la pretendida en Rumanía es de muy corto vuelo, porque no impediría que legislador democrático ampliara la institución del matrimonio a parejas igualitarias.

En todo caso, y entramos ya en la consideración suplementaria que cierra el presente estudio, el verdadero reto que recorre Europa no es la consideración de si debe regularse, y en qué términos, el matrimonio igualitario. Como es sabido, es un tema debatido en Europa y los Estados no mantienen una posición uniforme sobre su reconocimiento. El auténtico cataclismo que estamos viviendo en Europa guarda relación con el (clásico) principio *mater semper certa est*, que hemos citado con anterioridad. La idea de que la madre del bebe es la mujer que da a luz, que hunde sus raíces en el Derecho romano y está presente en una muy abrumadora mayoría de Estados europeos (si no todos), está en franca crisis.

La Sentencia que hemos examinado en estas líneas es un buen ejemplo de esta afirmación. No es que no sepamos si V.M.A. es madre de la menor. Es que este dato resulta irrelevante para la resolución del conflicto

---

<sup>23</sup> Decisión 2010-92 QPC, de 28 de enero de 2011 (ECLI:FR:CC:2011:2010.92.QPC). Es de justicia reconocer que el art. 34 CF remite la regulación de los regímenes matrimoniales a la Ley.

<sup>24</sup> Decisión 2013-669 DC, de 17 de mayo de 2013, de 17 de mayo de 2013 (ECLI:FR:CC:2013:2013.669.DC).

planteado. Y es que hoy es posible disociar, a través la gestación subrogada, el material genético de la madre de intención y la madre gestante que alumbró al bebé. Por esta razón, resulta cada vez más urgente abrir un debate sobre las nuevas formas de maternidad porque el mantenimiento del viejo principio romano en las sociedades actuales consagra una clara discriminación entre los padres y madres cuando ambos comparten material genético con el menor, que ha gestado y parido otra mujer<sup>25</sup>. Mientras que aquellos deben ser considerados padres del bebé, las madres de intención no pueden recibir el mismo tratamiento por no haberlas gestado. Debemos buscar una solución jurídica que evite esa diferencia de trato que carece de justificación. Pero ese propósito, y su defensa, debe ser objeto de otro trabajo autónomo. Así que ponemos fin sin más trámite al presente comentario, en el que se ha tratado de demostrar que, aunque la identidad nacional puede operar como legítimo título que impida la aplicación de una norma de la Unión en el Estado, no puede invocarse para negarse a expedir documentos específicos a cónyuges (o figuras afines, con independencia de su género y orientación sexual) y menores habidos en común (y cuyo vínculo con sus progenitores ha sido reconocido por un Estado miembro) a los específicos fines de poder circular libremente por el territorio de la Unión, con pleno respeto a sus derechos a la vida privada y familiar y tomando debidamente en consideración el interés del menor.

---

<sup>25</sup> En otro estudio, en relación con la Opinión Consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) relativa al reconocimiento en Derecho interno de un vínculo de filiación entre un niño nacido mediante maternidad subrogada realizada en el extranjero y la madre de intención solicitada por el Tribunal de Casación francés, de 10 de abril de 2019 (asunto P16-2018-001, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380431-8364345>), señalaba que resulta llamativo que el Tribunal “no se cuestione si la distinta actuación sobre el padre de intención y la madre de intención podría resultar discriminatoria. Recordemos que, en la práctica, la filiación biológica de aquél se presupone (sin que sea objeto de pericial alguna, salvo en el caso, excepcional, en el que se discuta la veracidad del certificado o resolución extranjera) mientras que la mujer[, madre de intención] podrá aspirar, en el mejor de los casos, a adoptar a su hijo (aunque puedan compartir material genético” [en (2019), “¿Resulta oportuno...”, *cit.*, p. 98].

**BIBLIOGRAFÍA**

- Beneyto, José María (dir.) (2009), *Unity and Flexibility in the future of the European Union: the challenge of enhanced cooperation*, Ediciones CEU, Madrid, 2009.
- Cruz Mantilla de los Ríos, Pablo (2022), *La identidad nacional de los Estados miembros en el Derecho de la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor.
- Engström, Viljam (2010), “How to Tame the Elusive: Lessons from the Revision of the EU Flexibility Clause”, *International Organizations Law Review*, 2, pp. 343-373.
- Federico, Giacomo de (2017), *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione Europea. Natura e portata dell'art. 4 par. 2 TUE*, Editoriale Scientifica, Nápoles.
- Federico, Giacomo de (2019), “Identità nazionale e controlimiti: l'inapplicabilità della ‘regola Taricco’ nell’ordinamento italiano e il mancato ricorso (per ora) all’art. 4, par. 2, TUE”, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 4, pp. 1-20.
- Hinojosa Martínez, Luis Miguel (2007), *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Holterman, Martin (2005), “The importance of implied powers in Community Law”, *SSRN*, 3, disponible en <https://ssrn.com/abstract=1008251>, pp. 1-37.
- López Rubio, Daniel (2019), “Reflexiones en torno al fallido referéndum en Rumanía sobre el matrimonio homosexual”, *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, disponible en <https://e-REVISTAS.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/5010>, pp. 166-181.

- Martín y Pérez de Nanclares, José (2002), “La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 12, pp. 343-391.
- Matia Portilla, Francisco Javier (2019), “¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?”, *Revista de Derecho Político*, 105, pp. 81-125.
- Matia Portilla, Francisco Javier (2020), “La incidencia de los estándares europeos en los ordenamientos nacionales: a propósito de la inscripción de bebés nacidos en el extranjero”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 49, pp. 173-197.
- Matia Portilla, Francisco Javier (2021), “De la doble a la triple prejudicialidad. ¿Es posible ordenar lo complejo?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 121, pp. 13-44.
- Pelegri, Daniele (2021), *I controlimiti al primato del Diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze University Press, Florencia.
- Polimeni, Simona (2018), *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del 'dialogo' tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Nápoles.
- Ruggeri, Antonio (2017), “Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti”, *www.giurcost.org*, disponible en [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file\\_rivista/28133\\_2017\\_24.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file_rivista/28133_2017_24.pdf), p. 80-88.
- Ruggeri, Antonio (2018), “Taricco, amaro finale di partita”, *www.giurcost.org*, 3, disponible en [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file\\_rivista/29865\\_2018\\_115.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file_rivista/29865_2018_115.pdf), pp. 494-499.
- Ruggeri, Antonio (2019), “I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo”, *www.giurcost.org*, I, disponible en



[https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file\\_rivista/30432\\_2017\\_269.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file_rivista/30432_2017_269.pdf), pp. 157-182.

Vecchio, Fausto, *Primazia del Diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'uropeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Turín.