

Matrimonio homosexual y derecho de residencia en la Unión Europea

Santiago Soldevila Fragoso

Magistrado de la Audiencia Nacional. Juez del Tribunal General de la Unión Europea (2007/2013)

LA LEY 6360/2018

I. Introducción

El núcleo de la cuestión debatida en la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, dictada en el asunto C-673/16, Coman, se centra en determinar si el concepto «cónyuge» contenido en el artículo 2.2 de 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, es un concepto autónomo del Derecho de la Unión, o bien su definición queda diferida a los Estados miembros.

El tema es particularmente relevante, pues si adopta el criterio de que se trata de un concepto propio de los Estados, en un supuesto como el enjuiciado en el que el matrimonio es homosexual, la legislación nacional podría prohibir la residencia permanente del cónyuge de un ciudadano de la Unión, si dicho cónyuge fuera nacional de un tercer Estado ajeno a la Unión.

La sentencia, que sigue esencialmente las Conclusiones del Abogado General Sr. Wathelet, se decanta por la tesis contraria y mantiene que el concepto «cónyuge» es un concepto autónomo del Derecho de la Unión y que es aplicable al matrimonio homosexual.

Esta afirmación se realiza en la sentencia con una doble base.

Por una parte estima que la aplicación uniforme del Derecho de la Unión debe garantizar la libertad de establecimiento de los ciudadanos de la Unión en cualquier Estado y por analogía los de su cónyuge con independencia de su nacionalidad.

Por la otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), fija un nivel mínimo de protección de los mismos, que debe ser respetado por el Tribunal de Justicia por lo que respecta a los derechos fundamentales reconocidos tanto en la Carta de los Derechos Fundamentales (La Carta), como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), situación que concurre en este caso.

Desde este punto de vista, tras constatar que el TEDH reconoce plenitud de efectos al matrimonio homosexual en igualdad absoluta con el matrimonio heterosexual, también por esta vía se impone la plena equiparación entre ambos.

II. Los hechos

1. El Sr. Coman ostenta las nacionalidades rumana y norteamericana, mientras que el Sr. Hamilton, su esposo, es norteamericano. Ambos convivieron como pareja de hecho en los Estados Unidos desde junio de 2002 a mayo de 2009.

2. El Sr. Coman se trasladó a Bruselas en 2009 por razones profesionales y el Sr. Hamilton continuó residiendo en los Estados Unidos. Finalmente, el sr. Hamilton se trasladó a Bruselas donde se casaron

el 5 de noviembre de 2010.

3. En diciembre de 2012, los Sres. Coman y Hamilton se dirigieron a la Administración rumana para que se les informase del procedimiento y los requisitos con arreglo a los cuales el Sr. Hamilton, nacional de un tercer Estado, podía, en calidad de miembro de la familia del Sr. Coman, obtener el derecho a residir legalmente en Rumanía por un período superior a tres meses, es decir, de forma permanente.

4. El 11 de enero de 2013, en respuesta a esta solicitud, la Administración rumana informó a los Sres. Coman y Hamilton de que este último disfrutaba únicamente de un derecho de residencia de tres meses (entrada de turista).

La razón de ello fue que en Rumanía, de conformidad con el Código Civil, no se reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo. A este argumento se añadió que la prórroga del derecho de residencia temporal del Sr. Hamilton en Rumanía, no podía concederse en concepto de reagrupación familiar.

5. El 28 de octubre de 2013, el sr. Coman interpuso un recurso jurisdiccional al objeto de que se declarase la existencia de una discriminación por razón de su orientación sexual por lo que respecta al ejercicio del derecho a la libre circulación dentro de la Unión. También solicitó que se condenase a la Inspección a poner fin a esta discriminación y a que se abonara una indemnización en concepto de daños morales.

6. En el marco de dicho litigio, el sr. Coman formuló una excepción de inconstitucionalidad contra el artículo 277, apartados 2 y 4, del Código Civil rumano. El sr. Coman estimó que el no reconocimiento, a efectos del ejercicio del derecho de residencia, de los matrimonios entre personas del mismo sexo contraídos en el extranjero, infringe las disposiciones de la Constitución rumana que protegen los derechos a la vida privada y familiar y a la intimidad. También estima vulneradas las disposiciones relativas al principio de igualdad.

7. El Tribunal Constitucional rumano albergó dudas acerca de la interpretación que procedía dar a diversos conceptos utilizados en la Directiva 2004/38 y muy singularmente el artículo 7.1, a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales (en lo sucesivo, la Carta) y de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

III. Las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia

En estas circunstancias, el Tribunal Constitucional de Rumanía decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 1.** ¿Comprende el concepto de «cónyuge» en el sentido del artículo 2, punto 2, letra a), de la Directiva 2004/38, leído en conexión con los artículos 7, 9, 21 y 45 de la Carta, a un nacional de un Estado que no es miembro de la Unión, del mismo sexo que el ciudadano de la Unión con el que ha contraído legalmente matrimonio con arreglo a las leyes de un Estado miembro distinto del Estado de acogida?
- 2.** En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial, ¿obligan los artículos 3, apartado 1, y 7, apartado [2], de la Directiva 2004/38, leídos en conexión con los artículos 7, 9, 21 y 45 de la Carta, al Estado miembro de acogida a conceder el derecho de residencia en su territorio por un período superior a tres meses al cónyuge del mismo sexo de un ciudadano de la Unión?
- 3.** En caso de respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial, ¿puede calificarse a un nacional de un Estado que no es miembro de la Unión, del mismo sexo que el ciudadano de la Unión con el que ha contraído matrimonio legalmente con arreglo a las leyes de un Estado miembro distinto del Estado de acogida, como «otro miembro de la familia» en el sentido del

artículo 3, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/38 o como «pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada» en el sentido del artículo 3, apartado 2, letra b), de dicha Directiva, con la obligación subsiguiente del Estado miembro de acogida de facilitar la entrada y la residencia del interesado, aun cuando dicho Estado no reconozca los matrimonios entre personas del mismo sexo ni contemple ninguna otra forma alternativa de reconocimiento jurídico, como la unión registrada?

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

IV. La respuesta del Tribunal de Justicia

El Tribunal de Justicia sólo respondió a las dos primeras cuestiones planteadas, pues el propio Tribunal remitente señaló que las dos últimas se formulaban únicamente para el caso en que la respuesta a las dos primeras fuera negativa, lo que no ocurrió.

1. En cuanto a la primera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia señaló que:

«En una situación en la que un ciudadano de la Unión ha hecho uso de su libertad de circulación, desplazándose y residiendo de forma efectiva, de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 7, apartado 1, de 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 por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 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/CE, en un Estado miembro distinto de aquel del que es nacional, y ha desarrollado o consolidado en esas circunstancias una convivencia familiar con un nacional de un tercer Estado del mismo sexo, al que está unido por un matrimonio legalmente contraído en el Estado miembro de acogida, el artículo 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), debe interpretarse en el sentido de que se opone a que las autoridades competentes del Estado miembro del que el ciudadano de la Unión es nacional denieguen la concesión de un derecho de residencia en el territorio de dicho Estado miembro al nacional de un tercer Estado debido a que el Derecho de ese Estado miembro no contempla el matrimonio entre personas del mismo sexo».

2. En cuanto a la segunda cuestión prejudicial, la respuesta fue la siguiente:

«El artículo 21 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las que son objeto del litigio principal, 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».

V. Los argumentos del Tribunal de Justicia

1. Doctrina general y particularidad de este caso

Se exponen a continuación los argumentos de carácter general sobre los que el Tribunal de Justicia construyó su resolución:

- El artículo 21 TFUE, apartado 1, confiere directamente a los ciudadanos de la Unión el derecho fundamental e individual de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros

con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y el derecho derivado.

- La Directiva 2004/38 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, tiene por objeto facilitar y reforzar el ejercicio de ese derecho y resulta aplicable por analogía al presente caso.
- La respuesta a la pregunta formulada por el Tribunal rumano debería ser, en principio, negativa, pues es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia que la Directiva 2004/38 únicamente regula los requisitos de entrada y residencia de un ciudadano de la Unión en Estados miembros distintos de aquel del que es nacional. Por tanto, no puede dar soporte a un derecho de residencia derivado en favor de los nacionales de terceros Estados que sean miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro del que éste es nacional.
- En definitiva, ostentando el sr. Hamilton la nacionalidad estadounidense no podría, en principio, acogerse a las prevenciones de la Directiva 2004/38.
- Sin embargo, a pesar de que formalmente el órgano jurisdiccional remitente haya limitado sus cuestiones prejudiciales a la interpretación de las disposiciones de la Directiva 2004/38, el Tribunal de Justicia puede facilitarle todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles para enjuiciar el asunto de que conoce, hayan sido invocados o no en la cuestión formulada.
- En determinados casos, los nacionales de terceros Estados miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, que en principio no podrían disfrutar de acuerdo con la Directiva 2004/38 de un derecho de residencia derivado en el Estado miembro del que ese ciudadano era nacional, pueden, no obstante, disponer de tal derecho sobre la base del artículo 21 TFUE, apartado 1 leído en conexión con la Directiva citada.
- De forma más concreta, si un ciudadano de la Unión reside de manera efectiva en un Estado miembro distinto de aquel del que es nacional y consolida una convivencia familiar en ese Estado miembro con observancia de los requisitos establecidos en la Directiva 2004/38, el efecto útil de los derechos que el artículo 21.1 TFUE le confiere, exige el respeto al mantenimiento de su convivencia familiar y su continuidad cuando regresa al Estado miembro de la Unión del que es nacional.
- En consecuencia, El Estado receptor debe autorizar el derecho derivado de residencia permanente al miembro de la familia en cuestión, aunque sea nacional de un tercer Estado.

2. Sobre la primera cuestión prejudicial

Mediante a primera cuestión prejudicial, el Tribunal Constitucional de Rumanía preguntó si el concepto de «cónyuge» al que se refiere el artículo 2, punto 2, letra a), de la Directiva 2004/38, leído en conexión con los artículos 7, 9, 21 y 45 de la Carta, puede referirse a una persona que sea nacional de un Estado que no es miembro de la Unión, que sea del mismo sexo que el ciudadano de la Unión con el que ha contraído legalmente matrimonio, con arreglo a las leyes de un Estado miembro distinto del Estado de acogida.

Se indican a continuación las afirmaciones principales de la sentencia del Tribunal de Justicia en relación con esta pregunta:

- Es doctrina reiterada del Tribunal de Justicia que la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros.
- En consecuencia, un nacional de un Estado miembro que ha establecido su residencia en un Estado miembro distinto del de origen, puede invocar, en relación con su Estado de origen, los

derechos inherentes a la condición de ciudadano de la Unión, en particular los contemplados en el artículo 21 TFUE, apartado 1, lo que incluye el desarrollo de la vida familiar estable.

— Para que este derecho sea realmente completo y efectivo, el desarrollo de la vida familiar debe ser posible con todos los «miembros de la familia», entre los que la Directiva 2004/38 menciona, además de otros, al cónyuge.

— El concepto de «cónyuge» al que se refiere dicha disposición designa a una persona unida a otra por vínculo de matrimonio. Dicho concepto es neutro, por lo que puede incluir a personas del mismo sexo.

— Un Estado miembro no puede invocar su Derecho nacional para oponerse al reconocimiento en su territorio, al objeto únicamente de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado, del matrimonio contraído por éste con un ciudadano de la Unión del mismo sexo, en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este último Estado.

Ello es así, porque el artículo 2, punto 2, letra a), de la Directiva 2004/38 no recoge una remisión a la legislación del Estado miembro para determinar el concepto de «cónyuge», mientras que sí lo hace en el artículo 3 para el concepto «miembro de la familia».

— Aunque los Estados miembros disponen de la libertad de contemplar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues el estado civil de las personas es una materia de competencia exclusiva de los Estados miembros que el Derecho de la Unión no restringe, es jurisprudencia consolidada que los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión al ejercitar las disposiciones del Tratado relativas a la libertad, reconocida a todo ciudadano de la Unión, de circular y residir en el territorio de cualquiera de los Estados miembros.

— La Directiva 2004/38, no puede interpretarse de manera restrictiva y no debe, en cualquier caso, ser privada de su efecto útil, que se concreta en evitar que la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión varíe de un Estado miembro a otro por causa de disposiciones de los Derechos nacionales reconocedoras o no de matrimonios del mismo sexo.

— Según jurisprudencia reiterada una restricción a la libre circulación de las personas puede justificarse si se basa en consideraciones objetivas de interés general y es proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional y es proporcionada cuando, siendo adecuada para la realización del objetivo perseguido, no va más allá de lo necesario para alcanzarlo.

Frente a las concretas alegaciones de algunos Estados miembros en el sentido de que tal interpretación podría ser contraria al orden público y al respecto al principio de identidad nacional, el Tribunal de Justicia respondió negativamente con los siguientes argumentos:

— En esencia sostuvo que la obligación que se impone a un Estado miembro en orden a reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de dicho Estado, no supone imponer al Estado miembro de acogida que regule en su Derecho nacional la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo.

— La obligación que se impone se limita al reconocimiento de los matrimonios de personas del mismo sexo, contraídos en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este, a los solos efectos del ejercicio de los derechos que para esas personas se derivan del Derecho de la Unión, en este caso, el derecho de residencia permanente para garantizar el desarrollo completo de la vida privada y familiar.

— En cuanto a los motivos de interés general y orden público, señala 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 para limitar una libertad fundamental en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

- Además, añade que una medida nacional que pueda obstaculizar el ejercicio de la libre circulación de las personas, solo puede justificarse si es conforme con los derechos fundamentales garantizados por la Carta, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia.
- El artículo 7 de la Carta garantiza a toda persona el respeto a su vida privada y familiar y, como se desprende de las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 apartado 3 de la Carta, los derechos garantizados en su artículo 7, tienen el mismo sentido y alcance que los garantizados en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.
- La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sostiene que la relación que mantiene una pareja homosexual debe estar comprendida en el concepto de «vida privada» y en el de «vida familiar» del mismo modo que la de una pareja heterosexual que se encuentre en la misma situación.

3. Sobre la segunda cuestión prejudicial

Mediante su segunda cuestión prejudicial, el Tribunal Constitucional de Rumanía preguntó si el artículo 21 TFUE, apartado 1, confiere al nacional de un tercer Estado, del mismo sexo que el ciudadano de la Unión que ha contraído matrimonio con éste en un Estado miembro de conformidad con el Derecho de dicho Estado, el derecho a residir por más de tres meses en el territorio del Estado miembro del que el ciudadano de la Unión es nacional.

La respuesta del Tribunal de Justicia fue afirmativa y sus argumentos pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- Tras reiterar la doctrina expuesta, subrayó que el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2004/38, amplía el derecho de residencia establecido en el apartado 1 de dicho artículo a los miembros de la familia que no sean nacionales de un Estado miembro cuando acompañen al ciudadano de la Unión o se reúnan con él en el Estado miembro de acogida, siempre que dicho ciudadano cumpla las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) del apartado 1.
- En consecuencia, de cumplirse estos requisitos, procede conceder el derecho de residencia reclamado.

4. Sobre las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta

El Tribunal de Justicia no dio respuesta a dichas cuestiones pues fueron planteadas sólo para el caso de que la respuesta a las dos primeras fuera negativa.

VI. Comentario

1. El Tribunal de Justicia viene mostrando una especial sensibilidad por determinadas materias sometidas a su enjuiciamiento, bien por su novedad, bien por su relevancia para la estructura de la Unión, o bien por la carga axiológica que resulta implícita en la respuesta que debe ofrecerse, y lo manifiesta en muchas ocasiones remitiendo la resolución del problema planteado a la formación de Gran Sala.

Al finalizar cada año judicial se observa que el número de sentencias dictadas por la Gran Sala es verdaderamente relevante, pues alcanza un promedio en los últimos ejercicios de 50 asuntos por año.

Es importante destacar este esfuerzo del Tribunal de Justicia, dada complejidad de dicha formación que agrupa a 15 jueces. No obstante, resulta imprescindible acudir a ella cuando está en juego la interpretación de principios básicos y estructurales de la Unión, pues la pluralidad de sistemas jurídicos existentes en los distintos Estados que la conforman impone una reflexión conjunta para adoptar en la medida de lo posible resoluciones que puedan implementarse en los Estados miembros de la manera más racional posible y con la menor perturbación para los derechos internos.

Entre estas materias, como no podía ser de otra manera, se encuentran las cuestiones relativas a la ciudadanía europea.

Ello resulta así especialmente en un caso como el presente, en el que el problema planteado se relaciona de forma inescindible con una de las libertades fundamentales de la Unión, como es la libertad de establecimiento, en concurso con la protección de los derechos fundamentales, cuya extensión es ciertamente delimitada por el Tribunal de Justicia, pero con la obligación de respetar el contenido mínimo esencial de los derechos fundamentales en la forma establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2. En el presente asunto, el Abogado General sr. Wathelet emitió sus conclusiones el 11 de enero de 2018 y las mismas fueron en lo esencial asumidas por el Tribunal de Justicia. No obstante, resulta de interés para una mejor comprensión de las cuestiones analizadas, tomar en consideración las reflexiones del Abogado General, como hacemos a continuación.

Antes de empezar el examen de las cuestiones planteadas, el Tribunal de Justicia recuerda una de sus competencias características en el procedimiento de cuestión prejudicial, que consiste en la facultad de alterar o adaptar las preguntas formuladas por el órgano jurisdiccional remitente, a los efectos de que la respuesta que pueda ofrecer el Tribunal sea realmente útil y clarificadora para el órgano jurisdiccional proponente de la cuestión.

3. El primer problema que el Abogado General se plantea se refiere a la aplicabilidad de la Directiva 2004/38 al Sr. Hamilton, pues éste no es ciudadano de la Unión y no está, por lo tanto, incluido en la letra de dicha Directiva.

En todo caso, recuerda que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia permite su aplicación por analogía si con ello se garantiza el efecto útil del artículo 21.1 del TFUE. Pero, además de esta afirmación que fue aceptada por la sentencia, el Abogado General subraya que la prueba sobre la residencia efectiva de la pareja en otro Estado de la Unión, antes de trasladarse al Estado de acogida final (Rumanía en este caso), debe analizarse en el contexto de un mundo globalizado, en el cual los cónyuges, por razones laborales pueden verse en la circunstancia de vivir temporalmente en países distintos, sin que ello signifique que se haya quebrantado la unidad familiar estable.

4. Por lo que respecta a la primera cuestión prejudicial, el problema principal reside en determinar si el concepto «cónyuge», que se encuentra en el artículo 2, punto 2, letra a), de la Directiva 2004/38, constituye o no, un concepto autónomo del Derecho de la Unión.

Los Estados intervinientes en el proceso de cuestión prejudicial y la Comisión defendieron posición contrapuesta:

Por una parte se mantuvo que el concepto «cónyuge» es en este contexto, un concepto autónomo del Derecho de la Unión, en el sentido de que incluye al nacional de un tercer Estado del mismo sexo que el ciudadano de la Unión con el que ha contraído matrimonio legalmente, con arreglo al Derecho de uno de los Estados miembro de la Unión.

Por otra parte, la mayoría de los Estados sostuvieron que tal concepto debe definirse de acuerdo con la legislación del Estado miembro de acogida.

La tesis del Abogado General favorable a la primera interpretación (existencia de un concepto

autónomo de «cónyuge»), se basó en la procedencia de garantizar una aplicación uniforme del Derecho de la Unión cuando no existe en la norma europea (la Directiva) una remisión expresa a la legislación interna de los Estados, planteamiento que fue aceptado por la sentencia. Además, el Abogado General alegó que, en caso contrario, se vería comprometida la aplicación del principio de igualdad.

Para el Abogado General, y esta afirmación también la asumió la sentencia, el núcleo del problema reside en la necesidad de garantizar el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, y esa garantía debe primar sobre competencias exclusivas de los Estados, como la regulación del estado civil, que, sin duda, les corresponden. Aun siendo cierto lo anterior, se advierte una cierta universalidad y normas comunes en la regulación del matrimonio en los distintos Estados, a diferencia de lo que ocurre con las uniones registradas de parejas estables, supuesto en la que la propia Directiva remite, en dicho caso sí de forma expresa, a las legislaciones de los Estados miembros.

5. El Abogado General añade a este razonamiento, la necesaria preservación del principio de igualdad y de la cooperación leal de los Estados miembros con la Unión.

Recuerda el Abogado General que el principio de cooperación leal impone a los Estados miembros la obligación de asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.

Eso es, precisamente, lo que ocurre en este caso pues las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Constitucional de Rumanía se inscriben en el marco de la aplicación de la Directiva 2004/38 aunque sea de forma analógica. En definitiva, de lo que se trata es de precisar el alcance de una obligación que resulta de un acto de la Unión, por lo que la interpretación del concepto de «cónyuge», con efectos limitados al ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38, no puede poner en tela de juicio la actual libertad de los Estados para regular con arreglo a su normativa interna, los requisitos para contraer matrimonio.

Por todo ello la negativa por parte de las autoridades de un Estado miembro a reconocer, aun con el limitado objeto al que nos hemos referido, el matrimonio homosexual de un ciudadano de un tercer Estado con un ciudadano de la Unión celebrado durante la residencia efectiva de ambos en otro Estado miembro de la Unión y de conformidad con el Derecho de este último Estado, puede tener como consecuencia privar al ciudadano de la Unión de la posibilidad de regresar a su propio Estado con la compañía de su cónyuge.

6. Una vez establecido que el concepto «cónyuge» es un concepto autónomo de la Unión, el Abogado General se preocupa por precisar la evolución de dicho concepto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En primer lugar, recuerda los trabajos preparatorios de la Directiva 2004/38, que permiten, confirmar el carácter deliberado de la neutralidad de la palabra escogida.

En su proyecto inicial, la Comisión utilizó el término «cónyuge» sin otra indicación, mientras que el Parlamento solicitó que se mencionara la indiferencia del sexo de la persona mediante el añadido de la expresión «independientemente de su sexo, conforme a la correspondiente legislación nacional». Finalmente, el Consejo de la Unión Europea volvió a la neutralidad de la Comisión, con la precisión de que dicha acepción podía evolucionar en el futuro.

La razón de ello fue que en ese momento sólo dos Estados miembros (Bélgica y los Países Bajos), habían adoptado una legislación que autorizaba el matrimonio entre personas del mismo sexo y, además, que el Tribunal de Justicia había constatado que la definición del matrimonio generalmente aceptada en la época por los Estados miembros, se refería a la unión entre dos personas de sexo opuesto.

El Abogado General se muestra firmemente partidario de subrayar el carácter evolutivo del Derecho de la Unión y lo hace con especial énfasis en este caso, citando la doctrina estable de varios Abogados Generales en el sentido de que si el Derecho de la Unión no se adapta a la realidad social pierde su utilidad. Desde este punto de partida analiza las legislaciones de los Estados miembros y constata que son ya 12 los Estados que admiten el matrimonio homosexual y que la evolución en favor de este planteamiento es constante.

En estas circunstancias, se manifiesta expresamente en favor de declarar superada la solución adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 31 de mayo de 2001, D. y Suecia/Consejo (C-122/99 P y C-125/99 P), según la cual «el término "matrimonio", de acuerdo con la definición admitida en general por los Estados miembros, designa una unión entre dos personas de distinto sexo».

7. Para el Abogado General reviste especial importancia el examen de la incidencia de los derechos fundamentales en la cuestión planteada, singularmente desde la posición del TEDH.

La referencia al TEDH no se realiza simplemente para completar su argumentación, pues su incidencia en el Derecho de la Unión, en el limitado pero relevante campo de los derechos fundamentales, es particularmente relevante.

Tal y como posteriormente recogió la sentencia, en virtud del artículo 52, apartado 3, de la Carta, el sentido y el alcance de los derechos de la misma que se correspondan con derechos garantizados por el CEDH, son iguales a los que les confiere dicho Convenio. Además, según las Explicaciones sobre la Carta —que deben ser «tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión»—, los derechos garantizados en el artículo 7 de la Carta corresponden a los garantizados por el artículo 8 del CEDH. Por lo tanto, los primeros tienen el mismo sentido y el mismo alcance que los segundos.

A continuación precisa que, aunque el TEDH confirma de manera reiterada la libertad de los Estados de abrir el matrimonio a las personas del mismo sexo, dicho Tribunal estimó, en la importante sentencia de 24 de junio de 2010, Schalk y Kopf c. Austria, apartado 94, que era «artificial mantener el planteamiento de que, a diferencia de las parejas de distinto sexo, las del mismo sexo no pueden disfrutar de "vida familiar" a los efectos del artículo 8 del CEDH».

Desde entonces, esta interpretación se ha visto confirmada en múltiples ocasiones y, al mismo tiempo, el TEDH también confirmó en la sentencia de 21 de julio de 2015, Oliari y otros c. Italia, que el artículo 8 del CEDH imponía a los Estados la obligación de ofrecer a las parejas homosexuales la posibilidad de obtener un reconocimiento legal y la protección jurídica de su pareja.

Reconoce el Abogado General que el artículo 8 del CEDH no conlleva una obligación general de aceptar la instalación de cónyuges no nacionales o de autorizar la reagrupación familiar en el territorio de un Estado contratante, pero subraya que, en casos como el analizado, las decisiones adoptadas por los Estados en materia de inmigración pueden constituir, en determinados casos, una injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada y familiar protegido por el artículo 8 del CEDH.

En este sentido señala que, aunque la protección de la familia tradicional puede constituir, en determinadas circunstancias, un objetivo legítimo, el TEDH considera que la denegación de un permiso de residencia por motivos familiares al cónyuge de un ciudadano de la Unión, por su condición de extranjero y homosexual, no puede constituir una razón particularmente sólida y convincente que pueda justificar la discriminación que en realidad se produce.

El Abogado General se muestra particularmente combativo en este extremo, y subraya que el TEDH parece ser partidario de considerar que una diferencia de trato basada únicamente —o de manera decisiva— en consideraciones relativas a la orientación sexual del demandante es inaceptable en

virtud del CEDH, tesis que asumió en otro asunto el Abogado General sr. Jääskinen, afirmando en el caso Römer C-147/08 del Tribunal de Justicia, que le parecía «evidente que la finalidad de proteger el matrimonio o la familia no puede legitimar una discriminación por motivos de orientación sexual, ya que es difícil imaginar qué nexo causal podría conectar este tipo de discriminación, como medio, y la protección del matrimonio, como efecto positivo que pueda derivarse de ella».

Para concluir este apartado, el Abogado General aboga por un concepto neutro de «cónyuge», que compatibilice de manera óptima el respeto de la vida familiar garantizado en el artículo 7 de la Carta, al tiempo que respete la libertad de los Estados miembros de autorizar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo. Una interpretación contraria constituiría una diferencia de trato entre las parejas casadas, dependiendo de si son homosexuales o de distintos sexos, puesto que ningún Estado miembro prohíbe el matrimonio heterosexual.

8. Finalmente por lo que a la primera cuestión prejudicial respecta, el Abogado General analiza el objetivo perseguido por la Directiva 2004/38, pues en su opinión, refuerza igualmente una interpretación del término «cónyuge» independiente de la orientación sexual.

Así, invoca distintos considerandos de la Directiva 2004/38 para identificar su objetivo que es el de facilitar y reforzar el ejercicio del derecho fundamental e individual de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, que el artículo 21 TFUE, apartado 1, confiere directamente a los ciudadanos de la Unión. Asimismo destaca la pertinencia del considerando segundo referido a la libre circulación de las personas en el mercado interior y del quinto, que señala que dicho derecho debe ser reconocido igualmente a los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad.

El argumento de fondo que encuentra el Abogado General para sostener su interpretación y que fue acogido por la sentencia, es el de que una interpretación contraria a la propuesta en un supuesto como el analizado, podría disuadir a los ciudadanos de la Unión de abandonar el Estado miembro cuya nacionalidad poseen y de establecerse en el territorio de otro Estado miembro. Para poder actuar de esa manera, deben tener la certeza de poder continuar, tras su regreso a su Estado miembro de origen, una vida familiar eventualmente comenzada en el Estado miembro de acogida.

Una razón de más para justificar la interpretación neutra y amplia del concepto de cónyuge, la refiere a que es acorde con otro objetivo de la Directiva 2004/38, enunciado en su considerando 31. Dicho considerando exhorta a los Estados miembros a aplicar la Directiva mencionada «sin discriminar entre los beneficiarios de la presente Directiva por razones como la orientación sexual», discriminación que ocurriría si la definición del término «cónyuge» se limitara al matrimonio heterosexual.

Ya para concluir, añade una consideración adicional relativa al principio de seguridad jurídica, pues una interpretación del concepto de «cónyuge» independiente de la cuestión del sexo de las personas de que se trata, permite al ciudadano de la Unión que haya contraído matrimonio legalmente, saber que su consorte, con independencia de su sexo, será considerado su cónyuge en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/38 en los otros Estados miembros de la Unión.

9. En relación con la segunda cuestión prejudicial, relativa a la obligación del Estado miembro de acogida a conceder un derecho de residencia en su territorio por un período superior a tres meses al cónyuge del mismo sexo, de un ciudadano de la Unión Europea, el Abogado General se pronunció, en coherencia con su exposición anterior, de forma positiva, con apoyo en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2004/38 que garantiza dicho derecho al cónyuge, nacional de un tercer Estado, que le acompañe o se reúna con él en el Estado miembro de acogida, siempre que el primero cumpla los requisitos del artículo 7, apartado 1, letras a), b) o c), de la Directiva 2004/38.

El derecho al que se hace referencia se concede de forma automática, y así se desprende del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38 y de la estructura general de ésta.

En efecto, el legislador de la Unión ha establecido una distinción, por una parte, entre los estrictos miembros de la familia del ciudadano de la Unión, que se enumeran en el artículo 2, punto 2 de la Directiva 2004/38 entre los que se encuentra el cónyuge, la pareja con unión registrada y ascendientes y descendientes hasta los 21 años y, por otra parte, los otros miembros de la familia a los que se refiere el artículo 3, apartado 2, párrafo primero, letra a), de la Directiva, que se refiere a las parejas de hecho y a los otros miembros de la familia que no entren en la definición prevista en el artículo 2.2 de la misma.

En determinadas condiciones enunciadas en dicha Directiva, los primeros se benefician de un derecho de entrada y de residencia en el Estado miembro de acogida del referido ciudadano mientras que respecto del segundo grupo de familiares, el Estado miembro solo está obligado a facilitarles la entrada y residencia.

En estas circunstancias, afirma el Abogado General, el Sr. Hamilton, de nacionalidad estadounidense, debería poder disfrutar de un derecho de residencia derivado basado en el artículo 21 TFUE, apartado 1, y debería aplicársele la Directiva 2004/38 por analogía.

Además, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los requisitos de concesión de un derecho de residencia derivado aplicables en el Estado miembro de origen de su cónyuge, en principio, no deberían ser más estrictos que los establecidos en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva. 2004/38.

10. Las Conclusiones del Abogado General terminan refiriéndose a las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta.

A este respecto, en coherencia con su exposición anterior, indica que no es necesario ofrecer una respuesta pues ambas cuestiones se plantearon para el supuesto de que la respuesta a las dos primeras fuera negativa.

A pesar de ello, el Abogado General nos recuerda la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de septiembre de 2012, Rahman y otros (C-83/11), de la que se desprende que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38, no obliga a los Estados miembros a reconocer un derecho de entrada y de residencia en favor de las personas que estén comprendidas en el ámbito de aplicación de esta disposición.

En dichos supuestos, únicamente impone a los Estados la obligación de otorgar a las solicitudes de personas incluidas en su ámbito de aplicación, un trato más favorable que a las solicitudes de entrada y de residencia de otros nacionales de terceros Estados.

A estos efectos, el Tribunal de Justicia ha precisado que, para cumplir esta obligación, los Estados miembros debían, «de conformidad con el artículo 3, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/38, prever la posibilidad de que las personas mencionadas en el apartado 2, párrafo primero, del mismo artículo, obtengan una decisión sobre su solicitud que esté basada en un estudio detenido de su situación personal y que, en caso de denegación, esté motivada».

Finalmente, el Tribunal de Justicia también ha señalado que los Estados miembros disponían de un «amplio margen de apreciación en lo que respecta a la elección de los factores que han de tenerse en cuenta, en el bien entendido de que el Estado miembro de acogida debe velar por que su legislación contenga criterios que sean conformes con el sentido habitual del término "facilitará" contenido en el artículo 3.2 de la Directiva, y que no priven a dicha disposición de su efecto útil».