

“ Status de ciudadanos como *status* fundametal de la persona en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea ”

Por *Valentina Colcelli*

Investigadora del Consiglio Nazionale delle
Ricerca – Isafom



1. Posición inicial del asunto

La presente intervención querría indagar como en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea se esté delineando (o de cualquier manera se haya ya elaborado) un concepto de status personal con características autónomas o de cualquier modo ulteriores respecto a los diferentes ordenamientos internos de los Estados miembros¹.

El legislador de la Unión Europea promulga actos legislativos ordenándolos según el tipo de sujetos destinatarios, individuando conjuntos de acontecimientos económicos en los que se pueda agrupar la disciplina de cada actividad².

Por lo tanto, se analizará porque en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea se puede afirmar que con el derecho de circular libremente al interior de la Unión circula también el estatus de la persona. O sea circulan todas las precondiciones que son supuestas por la normativa UE por su misma operatividad y por la realización de los fines del sistema³.

La reflexión sobre los status personales - respecto a la libre circulación de las mercancías y de los trabajadores - oscila entre la aplicación del principio del reconocimiento mutuo y del principio de «no discriminación en base a la ciudadanía». Las situaciones jurídicas de los ciudadanos europeos hoy en día se ven profundamente influenciados por el Derecho comunitario.

Este Derecho ha cambiado los status individuales con respecto a como los consideraba el derecho civil tradicional (el status de trabajador, el status de familiar, el de ciudadano, etc.).

El Derecho de la Unión también ha atribuido nueva dignidad a los status definidos como «ocultos»⁴ o indirectos que fueron creados para perpetuar las discriminaciones y remarcar diversidades, como la del conviviente de uniones registradas también entre homosexuales (la Directiva n. 2004/38)⁵. Por lo tanto, la jurisprudencia y el legislador europeo han contri-

1 NAISMITH S., *Private and family life, home and correspondence*, en *The birth of European human rights law* Liber amicorum Carl Aage Norgaard, 1998, de Salvia, Villiger (eds.), Baden-Baden, p. 141-164.

2 LVI M. A., MACARIO F., *Profili generali, I soggetti*, en *Diritto privato europeo*, (Coord.) LIPARI N., Ed. Cedam, Padova, 1996, p. 113.

3 WARD I., *A critical introduction to European law*, Ed. Cambridge University Press, London, 2003, *passim*.

4 ALPA G., *Status e capacità*, Ed. La Terza, Roma-Bari, 1993, p. 37.

5 SANZ CABALLERO S., *Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *La ley valenciana de uniones de hecho. Estudios*, MartínezSospedra, (ed.), RGD, Valencia, 2003, p. 37-67, y SANZ CABALLERO S., *El TEDH y las uniones de hecho*, en *Repertorio Aranzadi*,

buido a eliminarlos, o sea, le han atribuido una dignidad e identidad nuevas, al mismo tiempo dilatando las características de status familiar⁶ respecto a las nociones de algunos Estados miembros, como por ejemplo el italiano.

Además, el derecho comunitario ha creado y sigue creando nuevos status, desconocidos por la teoría tradicional, como aquellos de carácter económico directamente relacionados con la creación del mercado interno, o los que vienen del mundo de la ética.

De hecho, aunque se podría pensar que la legislación de la Unión Europea está caracterizada por la atención centrada en la economía y en el derecho relacionado con su regulación, en realidad coloca a la persona en el centro del sistema legal comunitario y, sobre todo, es el destinatario de la legislación.

Además, a través de la función desempeñada por el Tribunal de Justicia y su actividad interpretativa, la Unión Europea está basada más en los derechos individuales que en la política o en la economía.

El reconocimiento por parte del Tribunal de Justicia de los derechos individuales es el momento constitutivo del ordenamiento jurídico de la entonces Comunidad y hoy en día de la Unión (Tribunal de Justicia, sentencia Van Gend en Loos).

En una primera fase las situaciones jurídicas subjetivas se referían a los individuos como actores económicos. Sucesivamente los derechos reconocidos por el derecho comunitario se extendieron hacia áreas aún más amplias de la vida de los ciudadanos europeos, conectadas directamente o indirectamente con la creación del mercado interior y sobre todo con la aplicación de la libertad de movimiento.

Por lo tanto, la historia de la integración europea y del ordenamiento de la Unión se puede considerar como una proceso de identificación de derechos individuales y de los status, es decir de las condiciones previas para la atribución de derechos individuales.

2. Status status de trabajador, de estudiante, de profesional y creación del mercado interior.

En verdad es evidente que el ordenamiento examinado presupone la noción de status personal funcionalizando esta noción a la realización de sus propios objetivos y su propio mercado.

El ordenamiento jurídico de la Unión Europea en realidad hace uso de una noción de status personal, ciertamente pero no desarrollando ninguna reflexión específica sobre el concepto.

En realidad la natura jurídica y la misma definición de status no es incontestable tampoco en los derechos internos. El debate, sobre todo el italiano, se refiere a dos lecturas principales que la doctrina ha desarrollado en el tiempo sobre este concepto, y que se pueden reconducir una a la teoría organicista, y otra a la subjetivista⁷.

Sin embargo en el sistema jurídico UE el concepto es identificable de una primera lectura en la idea de condición personal que es destinada a durar, pero que sobre todo es capaz de originar prerrogativas y deberes que representan el presupuesto así como la justificación de múltiples acontecimientos que se refieren a la persona, su vida, sus actividades⁸.

El reconocimiento por el Tribunal de Justicia de los derechos individuales es para el ordenamiento de la Comunidad - hoy Unión - un momento de estructuración. Primera de hablar de lo status de lo ciudadano como paradigma se debe tener en máximo conto la figura del trabajador⁹, porque su libre circulación significaba también el derecho de quedarse en el territorio de un Estado después de haber empezado un empleo¹⁰.

Ser un trabajador, o mejor gozar del status de trabajador como precondition para la aplicación de la norma europea, significa permitir a una persona ejercer todos los derechos relativos a esta atribución en terreno del derecho interno; y gozar de todas las situaciones subjetivas reconocidas en las normas UE.

Todos estos derechos pertenecen a los sujetos que pueden ser calificados según la jurisprudencia de la Unión Europea como trabajadores. Son trabajadores los que - excepto los dependientes públicos¹¹ - las personas físicas que desempeñan realmente y efectivamente una actividad para y bajo la dirección de otra persona, y que cobran una retribución¹². Estas condiciones son comprobadas por el juez

7 COLCELLI V., Vos "Status y la Circulación en La Unión Europea", en *Diccionario Jurico de los Derechos Humanos*, Ed. Iseg, Roma-Perugia-Mexico, 2013.

8 ALPA G., *Status e capacità*, Ed. La Terza, Roma-Bari, 1993.

9 MAINE H. S., *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and its Relations to Modern Ideas* (1861 reprint), Ed: Dorset, New York 1986.

10 REGLAMENTO (CEE) No 1612/68 DEL CONSEJO de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad; Reglamento (CEE) n. 1251/70 de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo y hoy Directiva 2004/38/CE 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.

11 Sentencia de 2 julio de 1996, Commissione/Lussemburgo, C-473/93, Rec.p. I-3207.

12 Sentencia de 7 septiembre de 2004, Trojani, C-456/02, Rec. p. I-7573, apartado 15. Sentencia de 3 julio de 1986, Lawrie-Blum,

2003, n. 8, p. 14-3.

6 SANZ CABALLERO S., *La familia en perspectiva internacional y europea*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanc, 2006, p. 29.

según las circunstancias concretas¹³.

Este último dato ha permitido también la ampliación del significado de trabajador en el derecho UE. Se han incluido en esta noción situaciones del derecho interno que no son históricamente relacionadas a esta condición subjetiva, rectius al status de trabajador.

También el status de estudiante y de profesional para el ordenamiento UE tiene asume una función de precondition central para ejercer las libertades fundamentales reconocidas por la UE¹⁴, incluido la libertad de circulación (se puede pensar a los proyectos Erasmus o al sistema del reconocimiento de créditos).

Además, el problema del reconocimiento del valor de los títulos de estudio y de los títulos profesionales de cada Estado miembro siempre ha sido relacionado al derecho de establecimiento y de libertad de circulación, luego al libre ejercicio de la actividad profesional o económica. En este sector hubo muchas directivas de armonización para render este derecho concreto y efectivo. El principio de reconocimiento mutuo del título de estudio ha sido el objeto de intervención por parte de las EU instituciones¹⁵. Para facilitar el reconocimiento de los títulos de estudio el Estado miembro que examina los títulos y las experiencias del profesional tendrá que considerar también su formación en su propio país, aunque su Estado no extiende ninguna certificación. Igualmente, para asegurar la certitud del reconocimiento de los títulos de la formación profesional, se ha establecido que cuando un País miembro reconozca a un ciudadano europeo la formación profesional que el ha conseguido en un País fuera de la Comunidad. Este reconocimiento tendrá que se valido para cada Estado miembro. En todo caso, conforme a la Directiva 89/48/CEE, se reconocen títulos de la formación profesional que permiten el ejercicio de una profesión por lo menos de tres años¹⁶. También en este caso, como el precedente de status de trabajador, el derecho UE - para el reconocimiento y atribución de derechos subjetivos relacionados a este status - considera como condición autónoma la «presupuesta condición» de estudiante

y de profesional.

3. Subjetividad jurídica en el sistema UE.

Después del Tratado de Maastricht, la libertad de circulación y de residencia en el territorio de un Estado miembro, ha sido extendida a cada ciudadano europeo - no solo al trabajador autónomo o dependiente - prescindiendo del ejercicio de cada actividad de trabajo¹⁷.

Muchas son las disposiciones del tratado y de su derecho sobre la realización de una libre circulación de los trabajadores; hoy se refieren a cada persona con la ciudadanía de un Estado miembro y son consolidadas por la previsión de la ciudadanía europea, teniendo en cuenta que la situación jurídica de una persona no puede entrar en conflicto con la condición de ciudadano comunitario.

Todo esto indica la posibilidad para cada individuo que posee es status de ciudadano de un Estado miembro - y en consecuencia de ciudadano europeo - de estipular contratos y actuar cada situación jurídica relativa a su status en todos los Estados de la Unión, sin limitaciones de nacionalidad ni de principio de reciprocidad.

Por lo tanto, el reconocimiento de la subjetividad jurídica en el sistema UE implica la superación - por lo menos a nivel de derechos patrimoniales¹⁸ - de algunas reglas de derecho privado internacional o de derecho interno¹⁹ que a veces limitan la misma subjetividad jurídica en relación a la nación de origen. Un ejemplo es el caso italiano de la reciprocidad descrita en el art. 16 de las leyes de base: según el ordenamiento UE no es aplicable a quien posee el status de ciudadano europeo²⁰. Aunque en la lectura orientada constitucionalmente fuera limitado a la estipulación de los contratos, a la asunción de obligaciones, a la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, al derecho de actuar y resistir en juicio, excluido cada referencia a los derechos fundamentales de la persona²¹.

A nivel de posibles relaciones jurídicas, a quien posee el status de ciudadano europeo no se puede oponer más ninguna limitación, en relación a su propia nacionalidad de origen.

C-66/85, Rec. p. 2121, apartados 16 y 17; Sentencia de 26 septiembre de 1992, Bernini, C-3/90, Rec. 1992, p. I-1071.

13 Cfr. Sentencia de 6 noviembre de 2003, Ninni-Orasche, C-413/01, Rec. 2003, p. I-13187, apartado 27.

14 FERRAJOLI L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, 2001, p. 78; ALEX Y R., *Teoría de los derechos fundamentales* (Traducc. Ernesto Garzón Valdés), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991.

15 Directiva 2001/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de mayo de 2001 relativas a las profesiones de enfermero responsable de cuidados generales, odontólogo, veterinario, matrona, arquitecto, farmacéutico y médico.

16 Dada la falta de uniformidad entre los Estados miembros para el ejercicio de aprobación profesional puede estar sujeto a ciertas condiciones, como la superación de una prueba de aptitud o un internado, cuando hay diferencias significativas entre las materias que se imparten en un estado que otro.

17 Art. 21 T.F.U.E.

18 Cfr. SASSI A., *La tutela civile degli interessi patrimoniali*, en (Coord.) Palazzo A., Sassi A., Scaglione F., *Permanenze nell'interpretazione civile*, Ed. Iseg, Roma_ Perugia_Mexico, 2008, p. 117.

19 Es el caso de la compra de las propiedades de un ciudadano italiano en Suiza antes de que la corriente de convección que regula las compras de bienes raíces.

20 CIPPITANI R., *I soggetti del mercato interno*, en (Coord.) Palazzo A., Sassi A., *Diritto privato del mercato*, Ed. Iseg, Roma_ Perugia_Mexico, 2006, p. 57.

21 Si veda RESCIGNO P., *Capacità di diritto provato e discriminazione dei soggetti*, AA.vv., *Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. II, t.2., *Diritto Privato (M-z)*, Ed. Giuffrè, Milano, 1991, p. 819.

4. Status de ciudadano UE como status fundamental de los ciudadanos de los Estados miembros.

Para el Tribunal de Justicia, el status de ciudadano Europeo es destinado a ser el status fundamental de los ciudadanos de los Estados miembros²², así que ninguna norma de derecho interno puede contrastar el status de ciudadano europeo²³.

En la sentencia del 21 de julio de 2011 *Lucy Stewart v. Secretary of State for Work and Pensions*²⁴, el Tribunal de Justicia especifica que un ciudadano de la Unión Europea tiene el derecho de que se le reconozca en todos los Estados miembros el mismo tratamiento jurídico acordado a sus propios ciudadanos que viven en la misma situación.

En verdad, sería incompatible con el derecho a la libre circulación la posibilidad de aplicar a un ciudadano un tratamiento menos favorable en el Estado miembro destinatario del tratamiento que tendría si no hubiera nunca ejercido su derecho a la libertad de circulación. Esta facilitación relativa a la libertad de circulación no podría extender plenamente sus efectos si un ciudadano de un Estado miembro pudiera ser disuadido de usar la libertad de circulación a causa de los obstáculos puestos para una normativa nacional que lo penalice precisamente por el hecho de que él haya usufructuado de este. Este presupuesto se encuentra también en la sentencia del 15 de noviembre de 2011, *C-256/11, Murat Dereci, Vishaka Heiml, Alban Kokollari, Izunna Emmanuel Maduiké, Dragica Stevic v. Bundesministerium für Inneres*²⁵. Él no obsta que un Estado miembro niegue al ciudadano de otro Estado la residencia en su propio territorio cuando dicho ciudadano quiere residir con un familiar ciudadano de la Unión y residente en este Estado miembro del cual posee la ciudadanía, que nunca ha gozado de su derecho a la libertad de circulación. Esto siempre que esta negación no constituya para el ciudadano de la Unión la privación del usufructo efectivo y sustancial de los derechos atribuidos por el status de ciudadano de la Unión. Esta circunstancia debe ser comprobada por el juez de cognición.

Siempre la sentencia Sentencia de 21 de julio de 2011

22 Sentencia de 20 de septiembre de 2011, *C-184/99, Grzelczak*, Rec., p. I-6193; Sentencia de 17 de septiembre de 2002, *C-413/99, Baumbast e R*, Rec., I-7091, apartado 82.

23 Sentencia de 11 de julio 2002, *C-224/98, D'Hoop*, Rec. 2002, p. I-6191, apartado 28; Sentencia de 23 de abril de 2009, *C-544/07, Rüffler*, Rec. 2009, p. I-3389, apartado 62; Sentencia de 21 de julio de 2011, *C-503/09, Lucy Stewart/Secretary of State for Work and Pensions*, Rec. 2011, p. I-000.

24 Sentencia de 21 de julio de 2011 *Lucy Stewart/Secretary of State for Work and Pensions*, *C-503/09*, Rec. 2011, p. I-000, apartados 83 y 84.

25 Sentencia del 15 de noviembre de 2011, *C-256/11, Murat Dereci, Vishaka Heiml, Alban Kokollari, Izunna Emmanuel Maduiké, Dragica Stevic/ Bundesministerium für Inneres*, Rec. 2011, p. I_000.

Lucy Stewart/Secretary of State for Work and Pensions, explica que: "Un ciudadano de la Unión tiene derecho a que se le reconozca en todos los Estados miembros el mismo tratamiento jurídico otorgado a los ciudadanos de tal Estado miembro que se encuentran en la misma situación, sería incompatible con el derecho a la libre circulación que se le pudiera aplicar, en el Estado miembro del que es ciudadano, un tratamiento menos favorable del que sería adjudicatario si no hubiera beneficiado de las facilidades concedidas por el Tratado en materia de circulación".

En caso de que la norma interna tenga el efecto de privar al ciudadano del usufructo efectivo de los derechos esenciales relativos al status de ciudadanía, o sea obstaculizar el ejercicio del derecho de circular y residir libremente en el territorio de un estado miembro²⁶, esta norma no sería aplicable²⁷. De hecho, cada ciudadano de un Estado miembro goza del status de ciudadano de la Unión conforme al art. 20, n. 1, T.F.U.E. Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro, la cual se deriva de la aplicación de las disposiciones nacionales de dicho Estado. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. Está constituida por un conjunto de derechos y deberes. Está también vinculados a la ciudadanía de un Estado miembro.

El art. 21 T.F.U.E. es una norma que tiene aplicabilidad directa²⁸.

5. Persona y derecho a la libertad de circulación.

Para construir y arreglar su mercado interno y sobre todo para seleccionar las situaciones jurídicas funcionales en el sentido especificado arriba, el legislador de la Unión Europea por un lado ha presupuesto y modificado los status que vienen de la tradición (el status de trabajador, el status de ciudadano), por el otro lado ha dado dignidad a algunos status. En verdad, es evidente que la UE está interesada a los status de la persona y del miembro de la familia también en función de la realización de la libertad de circulación como uno de los fines - y al mismo tiempo - de los modos de realización del mercado interno, al fin de eliminar los obstáculos para su misma realización.

Para que se pueda comprender cual es la noción de status de familiar aceptada hoy por la Unión Europea, es necesario hacer referencia a los principios gracias a los cuales las normas del país de origen sean competentes para establecer los criterios de cualificación de un status. Es sabido que, en tema de circulación de mercancías, con la senten-

26 Sentencia de 5 de mayo de 2011, *Shirley McCarthy/ Secretary of State for the Home Department*, *C-434/09*, Rec. 2011, p. 5; Sentencia de 2 de octubre de 2003, *García Avello*, *C-148/02*, Rec., p. I-11613.

27 Siempre la sentencia Sentencia de 21 de julio de 2011 *Lucy Stewart/ Secretary of State for Work and Pensions*, *C-503/09*, cit

28 Sentencia de 10 de julio de 2008, *C-33/07, Jipa*, Rec. p. I-5157, apartado 17.

cia Dassonville²⁹ e Cassis de Dijon³⁰ el Tribunal de Justicia europeo ha extendido a las leyes nacionales directamente discriminatorias, luego a las leyes nacionales indirectamente discriminatorias - en vigor en el Estado miembro destinatario - el sindicado de compatibilidad con la disciplina de las libertades de la Comunidad económica.

Estas sentencias históricas establecen el recurso del sistema al reconocimiento mutuo introduciendo el posible sindicado sobre las leyes nacionales que - también indirectamente aplicables - constituyen un obstáculo a la libre circulación de las mercancías.

La jurisprudencia ha extendido el mismo principio a la libertad de establecimiento³¹, a la libertad de circulación de los trabajadores³², en tema de cualificaciones profesionales, actividades bancarias y del seguro y servicios financieros.

Luego, existe una extensión del principio del reconocimiento mutuo a la libertad de circulación y del derecho de establecimiento de las personas.

Con referencia al individuo y sus cualidades, el principio es más extendido con respecto de las posiciones jurisprudenciales relativas a las mercancías y las profesiones. En tema de personas y status familiares el Tribunal de Justicia³³ no opone ninguna limitación. Se puede poner limitación entonces en tema de libertad de circulación de las mercancías³⁴. En este último caso, de hecho, existe una obligación de conformación a las normativas europeas sobre la producción y la comercialización con respecto del estado de origen y de destino.

El status de la persona, así como el del profesional o de la mercancía se forma en el país de origen. Por lo tanto el Estado de origen tiene la competencia para disciplinar el estatuto de la persona, del profesional o de la mercancía así como el Estado de destino tendrá que aceptar esta reglamentación en cuanto la equivalencia entre las normativas es presunta. El Estado de destino que quiera oponerse al reconocimiento del status del profesional o de la mercancía debería probar que la normativa del Estado de origen no es adecuada a su propia orden público, la seguridad pública³⁵. Pero, lo que se puede decir non ocurre en general por el

29 Sentencia de 11 de julio de 1974, Dassonville, C-8/74, Rec. 1974, p. I-837.

30 Sentencia de 20 de febrero de 1979, Cassis de Dijon, C-120/78, Rec. 1979, p. I-649.

31 Sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec., p. I-4165.

32 Sentencia de 15 de diciembre de 1995, Bosman, C-415/93, Rec., p. I-4921.

33 Sentencia de 24 de noviembre de 1993, Keck and Mithouard, C-67/91 e C-268/91, Rec. 1991, p. I-6097.

34 SNELL J., *Who's got the power? Free Movement an allocation of competence in EC law*, en *Year-book Eu. Law*, 2003, pp. 323-335.

35 ROSSILLO G., *Muto riconoscimento e tecniche conflittuali*, Ed. Cedam, Padova, 2002 y también SCAGLIONE F., *Correttezza economica e autonomia privata*, Ed. Iseg, Roma-Perugia, 2007.

estatuto de la persona.

6. Status de familiar: «modelo paradigmatico de libertad de circulación a título derivativo».

Se puede hacer referencia a la noción de status de familia porque el derecho de la Unión Europea y la elaboración jurisprudencial por parte del Tribunal de justicia evidencia las relaciones familiares y las exalta a la luz de la efectividad en la libertad de circulación de los ciudadanos.

De manera indirecta y para satisfacer objetivos de tipo principalmente económico, la injerencia en el derecho de familia por el legislador comunitario ha sido desarrollada con el fin de garantizar la libertad de circulación de las personas específicamente al comienzo de los trabajos, favoreciendo la familia a través del sistema de la reunión familiar, definida también como «modelo paradigmatico de libertad de circulación a título derivativo»³⁶.

El Tribunal de Justicia en la sentencia *Commissione v. Spagna* del 14 de abril de 2005 n. 157/03 recuerda que el legislador comunitario ha reconocido la importancia de garantizar la tutela de la vida familiar de los ciudadanos de los Estados miembros para eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el tratado (sentencias de 11 de julio de 2002, C-60/00, *Carpenter*³⁷, y de 25 de julio de 2002, C-459/99, *ASBL (MRAX) v. Stato belga*³⁸).

Hoy el derecho europeo de circulación y residencia del familiar del ciudadano europeo es arreglado por la Dir. 2004/38/CE.

En este contexto y al fin de la aplicación de la citada directiva, la noción familiar debería incluir (además de los sujetos indicados al art. 2 Dir. 2004/38/CE) también el partner³⁹ que ha contraído una unión registrada, en el caso de que la legislación interna del Estado miembro equipare la unión registrada al matrimonio. La noción de «unión registrada» puede incluir, además de las uniones de las así llamadas parejas de hecho constituidas por personas heterosexuales, también las uniones entre homosexuales si la unión registrada - en el ordenamiento nacional de referencia - posee esta característica (por ejemplo España, Portugal, Bélgica, Holanda y hoy también Francia).

En Italia la aplicación de esta hipótesis es reciente. La referencia es a una sentencia del Tribunal de Reggio Emilia, del 13 de febrero de 2012. El caso se refiere a un ciudadano

36 CODINANZI M., AMALFITANO C., *La libera circolazione della coppia nel diritto comunitario*, en CARBONE S. M., QUEIROLO I. (Coord.), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Ed. Utet, Torino, 2008, p. 33.

37 Ver. Rec, p. I-6279, apartado 38.

38 Ver Rec, p. I, p. 6591, apartado 53.

39 DOMÍNGUEZ LOZANO, *Novedades legales y tendencias reformadoras en la regulación de las instituciones y figuras jurídicas relativas a las uniones more uxorio*, en *REEI*, 2006, n. 12, p. 1-24 y p. 3.

del Uruguay casado con un ciudadano italiano del mismo sexo en Palma de Mallorca, España. En Italia la "Prefettura" (oficina local de policía) le negó la disposición que le permitía su reunión familiar. La negación era fundada sobre el hecho de que se trataba de una pareja homosexual.

Pero, la noción de «familiar del ciudadano» o de «cónyuge del ciudadano italiano» usada para la aplicación normativa nacional con referencia al Decreto Legislativo del 6 de febrero de 2007, es necesariamente la que es prevista en la Directiva Comunitaria del 38/2004.

En tema de reuniones familiares y de libertad de circulación en el territorio UE, en verdad es la normativa europea que se aplica exclusivamente⁴⁰.

La línea demarcadora se origina por la diferencia entre libertad de circulación en la UE, arreglada completamente por la normativa europea, y el derecho de familia arreglado por la normativa interna.

La tutela de la familia y de sus componentes - en las materias que no son de incumbencia UE - es asegurada por la normativa nacional⁴¹.

Pero cuando, la tutela de la familia y de sus componentes se transforman en instrumentos para el ejercicio de un principio fundamental asegurado por la legislación supranacional, como el derecho de circular libremente, la normativa de referencia es solo la comunitaria.

No se pone en tela de juicio la noción de matrimonio a nivel del derecho interno. Aquí se subraya el dado que en la pre-condición de «familiar» que goza de la libertad fundamental de circular libremente como el ciudadano UE con el cual es unido. El derecho de la Unión incluye en la condición previa (status de familiar) para la realización del

derecho a la libre circulación, el que es unido al ciudadano UE por una unión registrada, en el caso de que la legislación interna del estado miembro equipare la unión registrada al matrimonio.

En el caso examinado del Tribunal de Reggio Emilia, el derecho de familiar homosexual de vivir su propia condición de pareja - que deriva de una unión registrada - sería totalmente frustrado por el hecho de que uno de los cónyuges se haya trasladado en Italia. La disposición de negación del permiso de residencia constituiría una negación del derecho de continuar su propia relación afectiva.

Aquí solo se menciona como el derecho UE, así como también el ordenamiento nacional, es integrado por la Convención europea de derechos humanos, cuyo art. 12 ha eliminado la importancia de la diversidad de sexo entre los componentes de la pareja⁴². Además se nota que por el derecho UE, la relevancia de la situación de familiar de unión registrada prescinde de su transcribibilidad en los registros del Estado civil: no se puede circunscribir a la transcribibilidad la relevancia y la oponibilidad de una condición jurídicamente relevante. Al fin de la aplicación del derecho fundamental a la libre circulación, el status de familiar es relevante en sí mismo⁴³.

Además, este es sufragado in Italia por la reciente sentencia del Tribunal de Casación, afirmando que - respecto al valor jurídico en ordenamiento italiano del art. 12 C.E.D.U.⁴⁴ - la intranscribibilidad en el Registro del Estado civil de las uniones homosexuales no depende más de su inexistencia o de su invalidez, sino - y solamente - del hecho de que ellas son idóneas a producir en Italia efectos jurídicos como actos de matrimonio⁴⁵. Pero ellas son reconocidas como válidas y existentes, y - con referencia a lo asunto - son suficientes para realizar el ejercicio del derecho a la libertad de circulación intra UE.

Sin embargo, se debe subrayar que para el ordenamiento UE la noción de familiar relevante según la directiva del 2004, no se puede referir al ciudadano de la Unión que nunca haya gozado de su derecho de libre circulación, en cuanto ha siempre residido en un Estado miembro del que posee la ciudadanía. En verdad, esta persona no pertenece a la noción de «habiente derecho» según el art. 3, n.1, de la directiva 2004/38, con la consecuencia que ésta no se le

40 Corte Cassazione, Sentencia de 1 de marzo de 2010, n. 4868, *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2010, 4, p. 1629 ss., en esta Sentencia, la Corte Cassazione italiana ha dictaminado que no es aplicable al Decreto Legislativo italiano n. 286 de 1998 para la parte sobre el derecho a la unidad familiar, ya que está diseñado para funcionar exclusivamente para las solicitudes de reunificación familiar de los ciudadanos no comunitarios. Se sentía, sin embargo, aplicable decreto legislativo n. 30 de 2007, se aplica la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la UE e de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros libremente, considerando también la regulación de la entrada de la "familia" con respecto a la ita extranjero - ian o comunitaria. Sin embargo, sobre la base de un argumento articulado, dictaminó que el término "familia" se puede deducir de este nuevo sistema de regulación abarca el niño confiado "kafala", como, en cambio, se había encontrado que es posible igual que el artículo. 29, párrafo segundo, del Decreto Legislativo n. 386 de 1998, a las peticiones formuladas por los ciudadanos no comunitarios.

41 CALAIS-AULOY, *Pour une définition claire de l'institution familiale*, en *Petites Affiches. La Loi*, 2000, n. 60, p. 4-5, p. 5 y HERLIHY, *Avances recientes de la demografía histórica y de la historia de la familia*, Pamplona, 1985, passim.

42 Ves Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de junio de 2010, *Schalk and Kopf/Austria*, *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, XXVI, 11, I, 2010, pp. 1137-1148.

43 LAFFERRIÈRE JORGE N., BASSET URSULA C., *Matrimonio, familia y uniones de personas del mismo sexo en la Jurisprudencia de la Corte Europea*, en *Persona y derecho*, 63, 2010, págs.9-44; COUSSIRAT-COUSTÈRE, *Famille et CEDH*, en *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, 2000, Verlag, p. 281-307

44 LEVINET M., *La Revendication Transsexuelle et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, en *39 Revue Trimestrielle Des Droits De L'homme*, 1999, pp. 637-672 y p. 648.

45 Corte di Cassazione, sez. I, Sentencia de 15 de marzo de 2012, n. 4184, www.altalex.com.

puede aplicar⁴⁶.

Es cierto que a través de la aplicación del principio de libertad de circulación, el status de conviviente con unión registrada y de conviviente homosexual con unión registrada se elevan a status familiar.

7. El proceso de construcción de la noción de familia. La referencia del Tribunal de Justicia UE a la Carta de Derechos Fundamentales (Roma 1950).

En tema de status y relaciones familiares y personales, en verdad, existe en la misma Directiva n. 2004/38 la negación de continuidades transaccionales de algunas relaciones familiares (los que son incluidos expresamente en el art. 2 Dir. cit.), aunque la tendencia jurisprudencial y normativa del mismo sistema adopta un principio de conservación del status a través de las fronteras. La referencia es al Reg. 2201/2003 y a los principios de efectividad de tutela de los derechos.

En el proceso de construcción de la noción de familia y de familiar en este último sentido es muy importante la referencia del Tribunal de Justicia a la Carta de Derechos Fundamentales Roma 1950 y a la jurisprudencia como base jurídica común del ordenamiento UE⁴⁷. La realidad interpretativa originada por la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos es similar - con algunos elementos de diversidad - a la definición de la noción autónoma de «familia» del Tribunal de Justicia UE. Todo esto en razón de la referencia que la segunda hace históricamente hacia la primera. Se recuerda, de hecho, que ya desde el 12 de noviembre de 1969 con la sentencia Stauder⁴⁸, el Tribunal de Justicia europeo intervino sobre la tutela del individuo, afirmando que entre los principios generales del derecho comunitario debían incluirse los derechos fundamentales de la persona, así como eran presentes en la Convención de Derechos Humanos de Roma⁴⁹.

Hoy el artículo 6 T.U.E. no sólo se refiere expresamente a la C.E.D.U, sino también prevé la adhesión de la Unión a la misma Convención de Roma.

La protección de la familia, el respecto de la vida familiar y el derecho a casarse se consideran valores fundamentales de la construcción de la Unión, y hacia éstos se debe orientar la interpretación del derecho derivado UE y del derecho nacional⁵⁰.

La noción de vida familiar asume importancia en aspectos particulares del derecho UE: como el derecho al asilo, la admisión y expulsión de los extranjeros, la reunión familiar de las libertades de los tratados, o sea los aspectos de la vida de la persona relativos a las competencias UE, que son funcionales para la realización de su mandato.

El Tribunal⁵¹ ha también subrayado como la normativa aplicable en la directiva n. 68/360 y en la directiva del Consejo del 21 de mayo de 1973 n. 73/148/CEE (art. 3) relativas a los traslados y a las residencias en tema de establecimiento a la prestación de servicios, así como la normativa del reglamento (CE) del Consejo del 25 de septiembre de 1995, n.2317 (que indica los Países terceros cuyos ciudadanos deben tener el visado para atravesar la fronteras externas a los Estados miembros) se deban leer a la luz del principio de proporcionalidad.

«Un Estado miembro no puede rechazar a la frontera el ciudadano de un país tercero, casado con un ciudadano de un Estado miembro, que intente entrar en su territorio sin tener un documento de identidad o un pasaporte validos, o un visado, cuando dicho cónyuge puede probar su identidad y también la relación conyugal», o sea cuando «no existen elementos que puedan establecer que él representa un peligro para el orden público, la seguridad pública o la sanidad civil conforme a los art. 10 de la directiva 68/3760 y 8 de la directiva 73/148».

Por lo tanto, en el caso de que estas pruebas existan, no se puede negar el permiso de residencia y hasta expulsar.

La Carta de Niza (desde el 2009, con valor jurídico de tratado), se refiere a las normas de los ordenamientos civiles de los Estados y aquí explica la referencia y la explicación de los derechos y deberes que derivan de los status familiares. Estos últimos son aspectos que faltaban en las normas fundamentales y de derecho derivado UE⁵².

46 Sentencia de 5 de mayo de 2011, Shirley McCarthy/Secretary of State for the Home Department, C434/09, Rec. 2011.

47 Sobre la noción de familia en jurisprudencia de la Tribunal Europeo de Derechos Humanos ver: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 27 de octubre de 1994, Kroon /Olanda, Riv. int. dir. uom., 1995, p. 384; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 21 de junio 1988, Berrehab/Olanda, Riv. int. dir. uom., 1988, III, p. 146; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 7 de agosto de 1996, Johansen/Norvegia, Riv. int. dir. uom., 1996, p. 675; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 26 de septiembre de 1997, El Boujaúdi/Francia, Riv. int. dir. uom., 1998, p. 221; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 7 de febrero de 2002, Mikulic/Croatie, CEDH 2002, p. 1; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 11 de julio 2002, C. Goodwin/Regno Unito, Reports of Judgments and Decisions, 2002, p. IV.

48 Sentencia de 12 de noviembre de 1969, Stauder, C-29/69, Rec. 1969, p. 419.

49 Entre los primeros sentencias que hacen referimiento sobre la Carta

50 de los Derechos Humano ves: Tribunal de Primera Instancia, Sentencia de 20 de febrero de 2001, T-112/98, Mannesmannrohren werke AG/Commissionein, Rec. 2001, p. II-729, apartados 76, 77; Tribunal de Primera Instancia, Sentencia de 3 de mayo de 2002, T-177/01, Jégo Quéré/Commissione, Rec. 2002, p. I-2365, apartado47.

51 Sentencia de 4 de marzo de 2010, C-578/08, Rhimou Chakroun/Minister van Buitenlandse Zaken, Rec., 2010, p. I-01839.

52 Sentencia de 25 de julio de 2002, Mrax/Belgio, C-459/99, Rec., 2002, p. I-6591.

52 GIAMO G., *Brevi riflessioni su diritti fondamentali e diritti soggettivi*, CERAMI P., SERIO M. (Coord.), *Scritti di comparazione giuridica*,

La referencia de la Carta de Niza a las normas del derecho de los ordenamientos civiles de los Estados miembros marca la aceptación en el ordenamiento UE de una idea de familia y de comunidad familiar diferente de la tradicional mono-nuclear y fundada solamente sobre el matrimonio. Si las fuentes a las que se refieren los jueces de Luxemburgo son no sólo las de derecho positivo comunitario y/o de los Estados, sino también las tradiciones culturales de cada ordenamiento⁵³. Estos pueden ofrecer una lectura no siempre uniforme.

8. Status y su unicidad en la UE.

En realidad la misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia UE muestra su presencia siempre más fuerte en tema de libertad de circulación de las personas económicamente activas. Muestra, también, una consiguiente voluntad de favorecer la circulación de sujetos no económicamente activos, cuyo derecho deriva directamente de la ciudadanía UE. Donde además que, el Tribunal de Justicia dé menor importancia al objetivo de realización del mercado respecto al objetivo de dar más protección al individuo⁵⁴.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, haciendo un creciente recurso a una definición unitaria de status de ciudadano UE, realiza una aplicación del principio de reconocimiento mutuo precisamente a los status familiares, mucho más vasta de la recurrente en la Directiva n. 2004/38.

Si el status de la persona se configura como presupuesto para el usufructo de un derecho de un individuo al interno de la Unión y establecido por esta, es esencial recurrir a un principio de unicidad del status en la UE.

Todo esto porque las «pre-condiciones» del usufructo de los derechos UE (status) no puede mudar según la posición geográfica del sujeto o sujetos diferentes que viven las mismas condiciones. Esto defraudaría el principio de igualdad de los ciudadanos europeos. Por otra parte esta noción es ya operativa en normas de derecho derivado directamente atribuibles a funcionarios UE⁵⁵. En este ámbito es nota, por ejemplo, la aplicación de la noción autónoma de familia

y sobretodo de relación de filiación⁵⁶.

Luego, el principio de unicidad de lo status se aplicaría a los actos del estado civil, así como a los status de la persona como es definida en el país miembro de origen. Esto porque de la existencia del status y de las pre-condiciones destinadas a determinarlo, depende la existencia y el usufructo de los beneficios; y derechos establecidos por el ordenamiento de la Unión Europea, y pueden ser de admisión y residencia o otros beneficios también - y no solamente - de tipo retributivo y de seguridad social.

De hecho, en la sentencia Dafeki, el objeto del juicio de equivalencia es un acto del estado civil. Igualmente, también en la notoria sentencia Garcíá Avello, el objeto de la obligación de reconocimiento parece ser precisamente el status de la persona (relativo al derecho al nombre) adquirido en su propio país de origen (puntos 31 y 45)⁵⁷. «Las sentencias Dafeki y Garcíá Avello y las conclusiones Niebuß delimitan una obligación para el Estado destinatario de respetar en el caso concreto el status cristalizado en el Estado de origen, sin verificar si la ley aplicada a la constitución del status sea la competente según las normas del conflicto del Estado destinatario»⁵⁸.

Se debe recordar como precisamente el Tribunal de Justicia haya establecido en la citada sentencia Dafeki, que sin una normativa que armonice la materia, con referencia al valor extraterritorial de la testificación del estado civil de un país, las administraciones y jurisdicciones del Estado miembro destinatario o residencia del ciudadano tengan la obligación de respetar el contenido de los documentos de estado civil extendidos por el país de origen, también con respecto al simple reconocimiento del valor probatorio de aquel documento, como ha sido afirmado⁵⁹, o sea como reconocimiento de la validez del acto⁶⁰.

Además, la referencia no se puede limitar al Estado de origen de la persona, sino al de formación de aquella condición que se debe respetar en el Estado miembro donde la persona es destinada, por el hecho de que la posibilidad de adquirir status personales y familiares en estados miembros diferentes del Estado de su propia origen es connatural al concepto mismo de ciudadanía europea y su estrecha conexión con el principio de libertad de circulación. ■

Giappicheli, Torino, 2011, p. 337-360.

53 Ves also art. 6, 35. TUE.

54 Sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, cit.; Sentencia de 11 de julio de 2002, Carpenter, C-60/00, Rec., 2002, p. I-6279 y Sentencia de 21 de agosto de 2003, Akrich, C-109/01, Rec., 2003, p. I-9607. VER STRAETMANS G., *Non-Economic free Movement of European Union Citizens and family matters. Does the internal Market have any limit?*, MEEUSEN J., PERTEGÁS M., STRAETMANS G., SWENNEN F. (Coord.), *International family law for the European Union*, Oxford Press, Antwerpen Oxford 2006, p. 183-238.

55 Ver Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

56 SÁNCHEZ MARTÍNEZ M. O., *Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿La familia en crisis?*, Alcala De Henares, Madrid, 2010.

57 TOMASI L., *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2007, p. 107.

58 TOMASI L., *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, cit. p. 111.

59 FALLON M., *Constraints of internal market law on Family Law*, en MEEUSEN J., PERTEGÁS M., STRAETMANS G., SWENNEN F. (Coord.), *International family law for the European Union*, Oxford Press, Antwerpen Oxford, 2006, pp. 149-233.

60 NICCOLINI S., *Il mutuo riconoscimento tra mercato e sussidiarietà*, Ed. Cedam, Padova, 2005, p. 212-213.