

LAS UNIONES MATRIMONIALES Y EXTRAMATRIMONIALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA: SU IMPACTO EN LA ESFERA DE LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO
Profesora Titular de Derecho del Trabajo
y la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

I.- INTRODUCCIÓN: LA CRISIS DEL MODELO FAMILIAR TRADICIONAL

El artículo 39.1 de la Constitución Española consagra la obligación que tienen los poderes públicos de asegurar “la protección social económica y jurídica de la familia”.

Este es un dato revelador de la importancia que se atribuye a una institución que, en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 40/2003, de protección a las Familias Numerosas, es el "núcleo fundamental de la sociedad".

No obstante, se ha de reconocer que, en los últimos tiempos, el concepto tradicional de familia se ha ido desdibujando, por cuanto que el "modelo familiar occidental "basado en una unión heterosexual constituida a través de un vínculo jurídico se encuentra, aparentemente, en crisis.

Y es que, en apenas unas décadas, el concepto de familia ha evolucionado a un ritmo vertiginoso en el mundo occidental, a la par que la mentalidad de amplios sectores de la sociedad. Ello explica que cada vez esté más próximo el día en que desde el plano jurídi-

co se equiparen las uniones heterosexuales y homosexuales¹. Algo que ya es una realidad en países como Holanda, Bélgica y España donde se ha legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo.

A. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO: EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL, COMUNITARIO Y NACIONAL

Por lo que al Derecho internacional se refiere, resulta obligada la cita del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), ratificado por España el 26.9.1979, que en su artículo 12 reconoce el derecho a contraer matrimonio en los siguientes términos: “a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de ese derecho”.

En el ámbito comunitario, la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea consagra en su artículo 6.2 “que la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”². Por su parte, el recientemente firmado Tratado de Constitución Europea, pendiente de ratificación por los Estados miembros, garantiza expresamente en su artículo II-69 el “derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. Sobre las diferencias de redacción entre este precepto y el artículo 12 del CEDH, las sentencias del TEDH de 11.7.2002 (Goodwin/Reino Unido e I/Reino Unido) destacan que la omisión de la utilización de los términos hombre y mujer en el texto comunitario “es, sin duda, deliberado”.

En relación con la Constitución española, su artículo 32 consagra que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlos, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”. De conformidad con el artículo 10.2 de la CE, los derechos fundamentales y las libertades constitucionalmente reconocidas se interpretarán conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España en la materia³.

¹Contra la Resolución del Parlamento Europeo respecto a la equiparación entre familia y uniones de hecho, incluso homosexuales, se pronuncia la Declaración del Pontificio Consejo para la Familia de 17.3.2000, en la que se afirma que esa “Resolución representa un grave y reiterado atentado contra la familia fundada en el matrimonio”.

²Araceli Mangas Martín; y Diego J. Liñán Noguera; *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 3ª ed. Tecnos. Madrid. 2002; p.533: “este artículo no añade nuevas garantías a las ya existentes reconocidas en la jurisprudencia”.

³De esta manera se dota de una notable fuerza expansiva a un sistema de valores y principios de alcance universal que informan el sistema español (STC 21/1981, de 15 de junio).

Entre la doctrina española, y con fundamento en la jurisprudencia constitucional, se ha venido defendiendo la no equiparación entre el matrimonio y la convivencia extramatrimonial⁴.

II. SOBRE LA (IN)EXISTENCIA DE UN CONCEPTO COMUNITARIO DE MATRIMONIO

Partiendo de la base de que el estado civil es una cuestión que permanece bajo el ámbito de competencias exclusivas de los Estados miembros, lo cierto es que a los efectos del Derecho comunitario la existencia, o no, de un vínculo matrimonial, puede incidir en el ejercicio de algunos de los derechos reconocidos tanto por el Derecho originario como derivado.

Y con el fin de evitar que la aplicación del Derecho comunitario pueda quedar condicionada por la discrecionalidad de los Estados miembros -algo que vulneraría la exigencia de la aplicación uniforme del Derecho comunitario, proclamada expresamente por la sentencia *Jordens-Vosters*⁵, entre otras-, resulta necesario concretar el concepto comunitario de matrimonio, que no tiene porqué, necesariamente, coincidir con las definiciones nacionales. Como sucede, por ejemplo, con el concepto comunitario de trabajador, de prestación de Seguridad Social, de legislación, de ventaja social, de sindicato... que tampoco es idéntico al de las legislaciones nacionales.

Para lograr tal fin, y ante la imposibilidad de encontrar en la legislación comunitaria una definición del matrimonio, será imprescindible analizar los pronunciamientos del TJCE, que siempre ha mostrado un riguroso celo en preservar sus competencias como intérprete supremo del Derecho comunitario.

Y al respecto, lo primero que puede constatarse es cómo, a lo largo de los años, el TJCE ha ido evolucionando en sus postulados. Consecuencia directa de los cambios sufridos, a su vez, por la jurisprudencia del TEDH en torno al artículo 12 del CEDH.

⁴Efrén Borrajo Dacruz; "Pensión de Viudedad y Matrimonio legal". *Actualidad Laboral* nº 48. Semana 24/30 diciembre 1990; mag.100: "... se entiende que la Constitución Española no considera realidades equivalentes el matrimonio y la convivencia extramatrimonial. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, el derecho al matrimonio es un derecho constitucional a regular por la Ley; una vez formalizado el vínculo genera, por obra de la propia ley una pluralidad de derechos y deberes."

Al respecto, y entre otras, pueden consultarse las sentencias del Tribunal Constitucional 103/1983, de 22 de noviembre (BOE de 14.12.1983); 104/1983, de 23 de noviembre (BOE de 14.12.1983); 42/1984 de 23 de marzo (BOE 25.4.1983); 66/1990 de 5 de abril (BOE de 7 de mayo); y 184/1990 de 15 de noviembre (BOE de 3 de diciembre).

⁵Sentencia del TJCE de 10.1.1980, -69/79, (*Jordens-Vosters*), Rec.; p.75.

A. EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA

Un tema sobre el que han “corrido ríos de tinta” es el de la protección de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico comunitario, que trae causa del hecho de aunque todos los Estados miembros han ratificado el CEDH⁶, la UE no es parte del mismo⁷.

Ante la "rebelde" actitud de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano⁸, el TJCE tuvo que abandonar su inicial "abstencionismo"⁹ para erigirse en garante de los Derechos Fundamentales como principios generales del Derecho Comunitario¹⁰, para cuya salvaguarda se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, cuyo respeto garantiza el TJCE¹¹ y vincula a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria¹².

A partir de la sentencia Nold¹³ el TJCE avanzará un paso más y consagrará que "los instrumentos internacionales referentes a la protección de los Derechos Humanos en los que han cooperado o a los que se han adherido los Estados miembros también pueden contener elementos que conviene tener en cuenta en el Derecho comunitario"¹⁴.

⁶Cfr. Marie Jean-Bernard; "International Instruments Relating to Human Rights. Classification and Status of Ratifications as of 1 January 1998". Human Rights Law Journal. Nº 2-4/1998; p.123.

⁷Sobre las iniciativas que la Comisión ha impulsado sobre una futura adhesión de la UE al CEDH, cfr. Manuel López-Medel Bascones; *Derechos Humanos y Libertades en la Europa Comunitaria*. Sociedad Española para los Derechos Humanos. Zaragoza. 1992; pp.83-92.

⁸De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (*Solange II* y *Soweit*) e italiano (*Granital* y *Fragd*) se desprende que no se descarta completamente la posibilidad de que, llegado el caso, los Tribunales Constitucionales pudieran pronunciarse sobre la constitucionalidad de la normativa comunitaria si la protección del TJCE a los derechos fundamentales se mostrara insuficiente.

Cfr. Diego López Garrido; *Libertades Económicas y Derechos Fundamentales en el Sistema Comunitario Europeo*. Tecnos. Madrid. 1986; p.124; y Santiago Muñoz Machado; *La Unión Europea y las Mutaciones del Estado*. Alianza Universidad. Madrid. 1993; pp.85-86.

⁹Sentencias del TJCE de 4.2.1959, -1/58 (Stork) Rec.; p.62; y de 15.7.1960, asuntos acumulados 36, 37 y 40/59 (Comptoirs) Rec.; p.891.

Santiago Muñoz Machado; *La Unión Europea y las Mutaciones del Estado*. Op. cit; p.84: "el TJCE afirmó en las sentencias Internationale Handelsgesellschaft y Leonasio que la invocación de atentados contra los derechos fundamentales, tal y como son formulados por la Constitución de un Estado miembro...no podría afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto directo sobre el territorio de ese Estado."

¹⁰Sentencias del TJCE de 12.11.1969, -29/69 (Stauder) Rec.; p.425; de 17.12.1970, -11/70, (Internationale), Rec.; p.1135; y de 29.5.1997, -299/95 (Kremzow) Rec; p.I-2629; entre otras muchas.

¹¹Dictamen 2/94, de 28.3.1996, Rec.; p.I-1759.

¹²Sentencias del TJCE de 13.1989, -5/88 (Wachauf) Rec.; p.2609; de 14.7.1994, -351/92 (Graff) Rec.; p.I-3361; y de 15.2.1996, -63/93 (Duff) Rec.; p.I-569. Por todos, David A. Edward; y Robert C. Lane; *European Community Law: An Introduction*. Second Edition. Butterworths/Law Society of Scotland. Edinburgh. 1995; p.51.

¹³Sentencia del TJCE de 14.5.1974, -4/73 (Nold) Rec.; p.508. Es de resaltar que la misma se dictó pocas semanas después de que Francia ratificara el CEDH.

¹⁴Juan Antonio Carrillo Salcedo; "La Protección de los Derechos Humanos en las Comunidades Europeas" en: VV.AA.; *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*. Civitas. Madrid. 1986; p.21.

Jurisprudencia que se reitera en infinidad de sentencias posteriores¹⁵ y que constituye el revulsivo para que en Amsterdam se añada al Tratado Constitutivo de la Unión un nuevo apartado 2 al artículo 6, no modificado por el Tratado de Niza, y que proclama que “la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”.¹⁶

De todo lo anterior cabe concluir que “no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los Derechos Humanos.”¹⁷ Pero, a “sensu contrario”, no operará tal garantía cuando el derecho en cuestión no se encuentre amparado por el CEDH.

Todo ello obliga a plantearse la cuestión del alcance que haya de atribuirse al término matrimonio a los efectos del artículo 12 del CEDH.

Inicialmente, este término fue interpretado por el TEDH en el sentido de que “atañe al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico distinto”. Tal es la postura defendida en las sentencias de 17. 10.1986 (Rees/Reino Unido); de 27.9.1990 (Cossey/Reino Unido); y de 30.7.1997 (Sheffield y Horsham/Reino Unido) que proclaman que el obstáculo para contraer matrimonio derivado del hecho de que el Derecho del Reino Unido no permite a un transexual modificar su partida de nacimiento no constituye una infracción de los artículos 8, 12 ó 14 del CEDH.

Sorpresivamente, con sus dos sentencias de 11.7.2002 (Goodwin/Reino Unido e I/Reino Unido) el TEDH altera su doctrina hasta a esa fecha. Para justificar tal cambio se alega que, aunque el artículo 12 consagra el derecho fundamental de un hombre y una mujer a contraer matrimonio y fundar una familia, la segunda premisa no condiciona el disfrute de la primera, ya que no cabe sostener que la incapacidad para engendrar o adoptar hijos pueda impedir el ejercicio del derecho a contraer matrimonio. Es más, el TEDH sostiene que, actualmente, tampoco resulta ya tan evidente que el sexo de los contrayentes haya de determinarse necesariamente atendiendo a criterios puramente biológicos, y que asimismo hay que tener en cuenta los significativos cambios que la institución del matrimonio ha sufrido desde la fecha de adopción del CEDH, así como los sustanciales avances experimentados en el ámbito de la ciencia y la medicina respecto a la transexualidad. Esto y otras razones llevan al TEDH a concluir que el hecho de que la legislación británi-

¹⁵A partir del asunto Rutili será frecuente encontrar en la jurisprudencia del TJCE expresas remisiones al CEDH. Cfr., entre otras, las sentencias del TJCE de 28.10.1975, -36/75 (Rutili) Rec.; p.1219; de 27.10.1976, -30/75 (Prais) Rec.; p.1598; de 15.6.1978, -149/77 (Defrenne) Rec.; p.1379; de 13.12.1979, -44/79 (Hauer), Rec.; p.3727; de 26.6.1980, -136/79 (National Panasonic) Rec.; p.2033; y 18.12.1997, -309 /96 (Annibaldi) Rec.; p.I-7505: “dentro de este contexto, el CEDH reviste un significado particular”.

¹⁶Tras la firma del Tratado de Constitución Europea la situación no se ha visto sustancialmente alterada, ya que su artículo I-9.2 proclama que “... La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”.

¹⁷Sentencias TJCE de 18.6.1991, (ERT) Rec.; p.I-2925; y de 29.5.1997, -29/95 (Kremzow) Rec.; p.I-2637, entre otras.

ca impida que una persona que se ha sometido a una operación de cambio de sexo pueda inscribir tal cambio en el registro civil y, consecuentemente, no pueda contraer matrimonio con otra persona del sexo al que antes pertenecía, constituye una violación de los artículos 8, 12 y 14 del CEDH.

1. LAS UNIONES NO MATRIMONIALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE

En una primera etapa, a la que corresponde la sentencia Grant¹⁸, el TJCE sostuvo que puesto que "el TEDH interpreta el artículo 12 del CEDH en el sentido de que se refiere únicamente al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico diferente...en el estado actual del Derecho comunitario, las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparan a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo". En esta sentencia se viene a reconocer, implícitamente, que la definición del matrimonio es una cuestión de Derecho de familia que compete a los Estados miembros.

En la misma línea se pronunció el TJCE en el asunto D y Suecia/Consejo¹⁹, planteado como consecuencia de la negativa del Consejo a reconocer el estado de casado a un funcionario de las Comunidades Europeas, miembro de una pareja inscrita como tal en el pertinente registro de su país de origen. El TJCE desestimó el recurso, negado la existencia de discriminación alguna, y ello, entre otros motivos, en base a que "el término «matrimonio», según la definición admitida en general por los Estados miembros, designa una unión entre dos personas de distinto sexo...y la situación existente en los Estados miembros de la Comunidad en cuanto al reconocimiento de las relaciones de pareja entre personas del mismo o distinto sexo está caracterizada por una gran variedad de legislaciones y por una falta general de equiparación entre el matrimonio, por una parte, y las demás formas de unión legal, por otra".

Una segunda etapa se inicia con el asunto K.B²⁰, que trae causa de la negativa de las autoridades británicas a reconocer la condición de cónyuge supérstite a la pareja transexual de una trabajadora. Y ello debido, de una parte, a que ninguna disposición jurídica del Reino Unido reconoce la condición de cónyuge a falta de matrimonio legal y, de otra parte, porque en un supuesto como el del litigio está vedado contraer matrimonio ya que la normativa británica ni permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, ni tampoco autoriza el cambio legal de identidad sexual cuando una persona se ha sometido a una operación de cambio de sexo.

El TJCE, tomando como referencia la más reciente doctrina del TEDH sobre el alcance del artículo 12 del CEDH²¹, llega a la conclusión de que "el artículo 141 CE se opone,

¹⁸STJCE de 17.2.1998, -249/96 (Grant) Rec.; p.I-621

¹⁹STJCE de 31.5.2001, - 122/99P y -125/99P (D y Suecia/Consejo) Rec.; p.I-4319.

²⁰STJCE de 7.1.2004, -117/01, (K.B.), pendiente de publicación en el Repertorio del TJCE.

²¹Sentencias del TEDH de 11.7.2002 (Goodwin/Reino Unido e I/ Reino Unido).

en principio, a una legislación contraria al CEDH que impide que una pareja como K.B. y R cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro”.

III. EL POLISÉMICO CONCEPTO DE CÓNYUGE EN DERECHO COMUNITARIO

Actualmente, no puede afirmarse que exista un concepto unívoco de cónyuge en Europa, de igual manera que tampoco todos los Estados donde el Derecho comunitario sea aplicable reconocen los mismos derechos a las uniones de hecho, ya estén compuestas por personas del mismo o distinto sexo. Y es que a este respecto, unos países se muestran más flexibles que otros.

Habrà que convenir, sin embargo, que no puede subordinarse la aplicación de las disposiciones comunitarias al particular sentido de la moralidad que impere en un concreto Estado²².

Si a ello añadimos que, entre los derechos fundamentales que, conforme a la jurisprudencia del TJCE el Derecho comunitario reconoce, se halla el respeto a la vida familiar²³ se comprenderá fácilmente la incómoda tesitura en que se ha encontrado el TJCE cuando se ha visto obligado a pronunciarse sobre el alcance de la noción de cónyuge en el ámbito comunitario.

A. EL CÓNYUGE Y EL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

El Reglamento 1612/68 reconoce a los cónyuges de los trabajadores migrantes una serie de derechos. Así, y a fin de posibilitar el reagrupamiento familiar, el artículo 10 del Reglamento 1612/68 dispone que "con independencia de su nacionalidad, tendrán derecho a instalarse con el trabajador nacional de un Estado miembro: su cónyuge y sus descendientes menores de 21 años, o a su cargo e, igualmente, los ascendientes del trabajador y de su cónyuge que estén a su cargo.

Igualmente, el artículo 11 del citado Reglamento 1612/68 establece que cuando un nacional de un Estado miembro ejerza en el territorio de otro Estado miembro una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, su cónyuge y los hijos menores de 21 años a su

²²Sentencia del TJCE de 11.3.1986, -121/85, (Conegate) Rec., p.1019.

²³Sentencia del TJCE de 18.5.1989, -249/86, (Comisión/Alemania) Rec., p.1263; y de 8.4.1992, -62/90, (Comisión/Alemania) Rec., p.2601.

Al respecto puede también verse: J.A. Carrillo Salcedo; "La protección de los Derechos Humanos en las CEE". Op. cit.; p.21: "...el que la Convención Europea de Derechos Humanos sea una fuente de inspiración del TJCE no significa que éstas estén jurídicamente vinculadas por aquélla".

cargo tendrán derecho a acceder a cualquier actividad por cuenta propia o por cuenta ajena en todo el territorio de ese mismo Estado, incluso cuando no ostenten la nacionalidad de un Estado miembro²⁴.

En relación con el concepto de cónyuge a los efectos del derecho de libre circulación de trabajadores, la primera aclaración que hay que hacer es que el ámbito de aplicación personal del Reglamento 1612/68 se circunscribe a los trabajadores por cuenta ajena. Por tanto, sólo los cónyuges de trabajadores migrantes por cuenta ajena podrán invocar las disposiciones del citado Reglamento.

Hecha esta salvedad, se plantea la necesidad de dilucidar si a los efectos del Reglamento 1612/68, puede ser también considerado como cónyuge una persona que conviva con el trabajador sin estar casada.

Esta fue la cuestión resuelta por el TJCE en su sentencia Reed²⁵, motivada por la negativa de las autoridades de los Países Bajos a concederle el permiso de residencia a la compañera sentimental de un británico que trabajaba en dicho Estado.

En dicha sentencia -que con fino sentido del humor Mancini²⁶ calificó de "ejercicio de alta acrobacia jurídica"- el TJCE reconocía que la interpretación de conceptos tales como el de "cónyuge", basados en la evolución histórica de la sociedad no podía fundarse sólo de la situación de un único Estado miembro, sino que era preciso atender a la situación en la totalidad de la Comunidad.

Estos criterios llevaron al Tribunal a considerar que a "falta de indicación de una evolución social de orden general que justifique una interpretación extensiva, y a falta de indicación contraria en el Reglamento, es necesario constatar que, al utilizar la palabra "cónyuge", el artículo 10 del Reglamento contempla exclusivamente una relación fundada en el matrimonio."

Otro ejemplo de la estricta interpretación que del concepto de cónyuge hace el TJCE a efectos del Reglamento 1612/68 es que sólo se reconoce el derecho del cónyuge de un trabajador a beneficiarse de las disposiciones del citado Reglamento 1612/68 mientras perdure el vínculo conyugal, pero no cuando el vínculo se haya disuelto²⁷.

²⁴Sentencia del TJCE de 7.5.1986, -131/85, (Gül) Rec., p.1573: "el artículo 11 del Reglamento n° 1612/68 debe ser interpretado en el sentido de que el derecho del cónyuge del trabajador beneficiario de la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad a acceder a cualquier actividad por cuenta ajena implica el derecho a acceder al ejercicio de profesiones sometidas a un régimen de autorización administrativa y a normas profesionales específicas, como la profesión de médico, siempre que dicho cónyuge acredite las cualificaciones profesionales de médico y los diplomas exigidos por la legislación del Estado miembro de acogida para ejercer dicha profesión".

²⁵Sentencia del TJCE de 17.4.1986, -59/85, (Reed) Rec., p.1283: "el apartado 1 del artículo 10 del Reglamento n° 1612/68 no puede interpretarse en el sentido de que la persona que mantenga una relación estable con un trabajador nacional de otro Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro deba ser equiparada, en determinadas condiciones, al "cónyuge" contemplado por dicha disposición."

²⁶G.Federico Mancini; *La Circulación de los Trabajadores por Cuenta Ajena en la Jurisprudencia de Comunitaria*. Estudios Jurídicos Internacionales y Europeos. Universidad de Granada. 1990; p.25.

²⁷Sentencia del TJCE de 13.2.1985, -267/83, (Diatta) Rec., p.567.

1) LAS PAREJAS DE HECHO Y LAS VENTAJAS SOCIALES

El artículo 7.2 del Reglamento 1612/68 establece que, en el territorio de otros Estados miembros, el trabajador comunitario se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales de los trabajadores nacionales.

A juicio de Manzini²⁸, “ventajas sociales son todas aquellas que, vinculadas o no, a un contrato de trabajo, se atribuyen generalmente a los trabajadores nacionales y cuya aplicación al trabajador migrante pueda favorecer su movilidad.

Ya que se trata de un concepto jurídico indeterminado, sus perfiles se han ido definiendo por la jurisprudencia del TJCE que ha invocado este concepto en las más diversas situaciones. Y entre otras, y por lo que aquí interesa, a los efectos de que un trabajador migrante obtenga autorización para que pueda permanecer con él en el Estado miembro de acogida la persona que cohabita con él sin estar casados, tal y como reconoció el TJCE en su sentencia Reed²⁹.

B. LA COORDINACIÓN DE LOS REGÍMENES DE SEGURIDAD SOCIAL Y LOS DERECHOS DEL CÓNYUGE

Respecto a la coordinación comunitaria de los regímenes de Seguridad Social llevada a cabo por medio del Reglamento 1408/71, se observa que el concepto de cónyuge es más extenso que a los efectos del Reglamento 1612/68.

Ello es así, en primer lugar, porque el citado Reglamento incluye dentro de su ámbito de aplicación personal no sólo los trabajadores por cuenta ajena sino también a los trabajadores por cuenta propia.

En segundo lugar, los derechos reconocidos por el Reglamento 1408/71 a los cónyuges de los trabajadores podrán ser invocados por estos no sólo mientras subsista el vínculo matrimonial, sino incluso cuando éste se haya extinguido.

No obstante, una cuestión no aclarada suficientemente por la normativa comunitaria y que ha debido ser, por tanto, objeto de interpretación por parte del TJCE es si, para que resulten aplicables a cónyuges de los trabajadores las previsiones del Reglamento 1408/71³⁰ es necesario que haya sido el propio trabajador el que haya efectuado el desplazamiento o, por el contrario, basta que sea su cónyuge el que “cruce la frontera”.

²⁸G. Federico Manzini; *La Circulación de los Trabajadores por Cuenta Ajena en la Jurisprudencia Comunitaria*. Op. cit.; p.25.

²⁹Sentencia del TJCE de 17.4.1986, -59/85, (Reed); Rec.; p.1303: “el artículo 7 del Tratado, en relación con el artículo 48 del Tratado y el apartado 7.2 del Reglamento 1612/68, debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro que permita a sus nacionales obtener que residan en su territorio a las personas que cohabitan con ellos y que no sean nacionales de dicho Estado no puede denegar la concesión de idéntica ventaja a los trabajadores migrantes nacionales de otros Estados miembros.”

³⁰El concepto de familiar a los efectos del Reglamento 1408/71 no concuerda con el concepto empleado por el Reglamento 1612/68. Cfr. C. Sánchez-Rodas Navarro; *La Aplicación del Derecho Comunitario a las Prestaciones Especiales no Contributivas*. Comares. Granada. 1997; pp.201-206.

Tempranamente, en el asunto Vaasen-Göbbels³¹, el TJCE consideró que cumplía este requisito la viuda de un minero holandés beneficiaria de una pensión de viudedad, la cual no había desempeñado nunca actividad por cuenta ajena o propia, y que trasladó su residencia a Alemania por motivos estrictamente personales desvinculados de cualquier actividad económica³². En el mismo sentido se pronunció en las sentencias Laumann³³ y Kulzer³⁴.

Entre la doctrina científica no han faltado, sin embargo, quienes abiertamente hayan criticado semejante interpretación extensiva, en base a que no sólo parece desbordar los propósitos del Derecho Originario sino que produce una aplicación del Reglamento "per saltum"³⁵; es decir, independientemente de que al sujeto causante hubiera sido sujeto protegido por el Reglamento 1408/71.

1. LA CUESTION DE LOS DERECHOS PROPIOS O DERIVADOS

Un tema que ha sido objeto de una fuerte polémica que dura ya décadas es si el cónyuge, y demás familiares y supervivientes incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71, pueden invocar como propios los derechos conferidos a los trabajadores por el Reglamento 1408/71 o si, por el contrario, sólo aquellos derechos que les fueran reconocidos en su calidad de cónyuge o miembros de la familia de un trabajador, esto es, lo que ha dado en llamarse "derechos derivados".

Inicialmente, el TJCE se decantó por considerar irrelevante la distinción entre prestaciones abonables a los propios trabajadores y aquéllas dispensadas a los miembros de la familia del trabajador.³⁶

No obstante, a partir de la sentencia Kermaschek³⁷, el TJCE modificó su propia doctrina e interpretó que, puesto que el Reglamento 1408/71 resulta aplicable a dos categorías claramente diferenciables (trabajadores y miembros de sus familias³⁸), sólo los primeros podrían invocar los derechos consagrados por el Reglamento como derechos propios o per-

³¹Sentencia del TJCE de 30.6.1966, -61/65, (Vaasen-Göbbels) Rec.; p.377.

³²Pueden verse también las sentencias del TJCE de 9.12.1965, -44/65, (Singer) Rec.; p.1191; y de 29.11.1976, -17/76, (Brack) Rec.; p.1450.

³³Sentencia del TJCE de 13.3.1978, -115/77, (Laumann) Rec.; p.805: el Reglamento 1408/71 no sólo se refiere a personas empleadas sino también a los miembros de su familia y supervivientes que se desplazan en el interior de la Comunidad. Ello significa, por tanto, que el ámbito de aplicación no se restringe a los trabajadores que han sido empleados en más de un Estado.

³⁴Sentencia del TJCE de 5.3.1998, -194/96 (Kulzer) Rec.; p.852.

³⁵Alfredo Montoya Melgar; Jesús M^a Galiana Moreno; y Antonio V. Sempere Navarro; *Derecho Social Europeo*. Tecnos. Madrid. 1994; p.209.

³⁶Sentencias del TJCE de 17.6.1975, -7/75, (Fracas) Rec.; p.679; de 17.6.1975, -7/75, (Esposos F.) Rec.; p.679; y de 16.12.1976, -63/75, (Inzirillo) Rec.; p.2057.

³⁷Sentencias del TJCE de 23.11.1976, -40/76, (Kermaschek) Rec.; p.1669; y de 8.7.1992, -243/91, (Taghavi) Rec.; p.4415.

³⁸Sentencia del TJCE de 14.3.1989, -1/88 (Baldi) Rec.; p.667: "el art. 2 del Reglamento 1408/71, que define el ámbito de aplicación personal de dicho Reglamento, distingue claramente entre los propios trabajadores, de una parte, y los miembros de sus familias y sus supervivientes, de otra".

sonales, mientras que los segundos únicamente podrían beneficiarse de aquellos derechos que les fueran reconocidos en su condición de miembros de la familia o supervivientes de un trabajador.³⁹

En tal sentido, el TJCE dictaminó en el asunto Hughes⁴⁰ que el cónyuge de un trabajador por cuenta ajena que está sometido a la legislación de un Estado miembro distinto del Estado donde reside con su familia puede alegar derechos derivados a los efectos de recibir prestaciones familiares de la institución competente del primer Estado para los miembros de la familia del trabajador, aunque dicho cónyuge nunca haya trabajado o residido en el Estado en el que el trabajador esté empleado.

Esta doctrina se reitera en los asuntos Deak⁴¹, Zaoui⁴² y Frascogna⁴³, Schmid⁴⁴.

Tal era el estado de la cuestión en la jurisprudencia comunitaria cuando, inesperadamente, en el asunto Cabanis⁴⁵, el TJCE rectifica, aparentemente, su propia doctrina al fallar que "los artículos 2 y 3 del Reglamento 1408/71 deben interpretarse en el sentido de que pueden ser invocados por el cónyuge superviviente de un trabajador migrante, con vistas a determinar el tipo de cotización que corresponda a un período de seguro voluntario cubierto bajo el régimen de pensiones de vejez del Estado miembro en cuyo territorio haya ejercido su empleo el trabajador".

Aun compartiendo la solución a la que llega el TJCE en dicho asunto⁴⁶, causa cierta perplejidad el que en la sentencia se argumente que "el apartado 1 del artículo 3 reconoce a las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros, y a las cuales sean aplicables las disposiciones del Reglamento 1408/71, el beneficio de la igualdad de trato en la aplicación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de Seguridad Social, sin establecer distinción alguna según que la persona de que se trate sea trabajador, miembro de la familia o cónyuge superviviente de un trabajador".

Semejante interpretación judicial olvida el relevante hecho de que la distinción entre trabajadores y miembros de sus familias o supervivientes determina la aplicabilidad per-

³⁹Conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs presentadas el 17.10.1989 en el asunto -228/88, (Bronzino) Rec.; 1990 p.I-541.

⁴⁰Sentencia del TJCE de 16.7.1992, -78/91 (Hughes) Rec.; p.I-4839.

⁴¹Sentencias del TJCE de 20.6.1985, -94/84, (Deak) Rec.; p.1873.

⁴²Sentencia del TJCE de 17.12.1987, -147/87, (Zaoui) Rec.; p.5524: "los miembros de la familia de un trabajador sólo podrán reclamar, basándose en el Reglamento 1408/71, derechos derivados. En el presente caso, el subsidio que concede el FNS se abona a los beneficiarios de determinadas pensiones, con independencia de cualquier vínculo de parentesco con un trabajador. Por consiguiente, procede concluir que el derecho a dicho subsidio suplementario no constituye un derecho derivado en el sentido del Reglamento 1408/71".

⁴³Sentencia del TJCE de 6.6.1985, -157/84, (Frascogna) Rec.; p.1739: "el derecho al subsidio especial de vejez no constituye un derecho derivado en el sentido del Reglamento 1408/71".

⁴⁴Sentencia del TJCE de 27.5.1993, -310/91, (Schmid) Rec.; p.3011.

⁴⁵Sentencia del TJCE de 30.4.1996, -308/93 (Cabanis) Rec.; p.I-2123.

⁴⁶Cfr. C. Sánchez-Rodas Navarro: "El Impacto de la Sentencia Cabanis sobre la Protección dispensada por el Derecho Comunitario a los Familiares del Trabajador Migrante". *Temas Laborales* nº 45/1997; pp.167-184.

sonal de numerosas disposiciones del Reglamento 1408/71, algunas de las cuales se aplican exclusivamente a los trabajadores. En este sentido, son sumamente reveladoras las palabras del Abogado General Sr. La Pergola⁴⁷ cuando afirma que "en la estructura del Reglamento, la definición del concepto de trabajador constituye la "puerta de acceso" a los derechos previstos por la normativa comunitaria".

Por ello, creemos que si el Reglamento 1408/71, meticuloso hasta el extremo, hubiera deseado que todas sus disposiciones se aplicaran indistintamente a todos los sujetos mencionados en su artículo 2 -en el que se describe su ámbito de aplicación personal-, qué duda cabe que así lo habría reflejado.

No obstante, las imprevisibles consecuencias que podrían derivarse de la sentencia Cabanis fueron rápidamente atajadas de raíz en la sentencia Hoyer y Zachow⁴⁸, en la que el TJCE -una vez más- retoma la distinción entre derechos propios y derechos derivados.

A) LA PRIVILEGIADA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS CÓNYUGES DE LOS TRABAJADORES MAGREBÍES

La sentencia Hallouzi-Choho⁴⁹ trae causa del litigio promovido por dicha señora contra la institución holandesa que le había denegado el reconocimiento de una prestación de vejez no contributiva en base a su condición de ciudadana marroquí. Se daba la circunstancia de que la actora que residía con su cónyuge (también nacional marroquí) en los Países Bajos, nunca había ejercido una actividad profesional en el territorio de la UE.

Ya en sentencias anteriores, el TJCE⁵⁰ había declarado que el artículo 41.1. del Acuerdo de Cooperación entre la CEE y el Reino de Marruecos "establece en términos claros, precisos e incondicionales la prohibición de discriminar, por razón de la nacionalidad, a los trabajadores de nacionalidad marroquí y a los miembros de su familia que residan con ellos, en el sector de la Seguridad Social, que no está subordinada, ni en su ejecución ni en sus efectos, a ningún acto ulterior". A mayor abundamiento, el TJCE dedujo que esta disposición tiene efecto directo, de modo que los justiciables a quienes se aplica tienen derecho a invocarla ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

⁴⁷Conclusiones del Abogado General Sr. La Pergola presentadas el 6.6.1996 en el asunto -4/94 (Stöber y Piosa) Rec.; 1997, p.I-511.

⁴⁸Sentencia del TJCE de 10.10.1996; asuntos acumulados 245/94 y 312/94 (Hoyer y Zachow) Rec.; p.I-4915:"mediante la sentencia Cabanis, el alcance de la sentencia Kermachek fue limitado únicamente a los supuestos en los que un miembro de su familia invoca disposiciones del Reglamento 1408/71 aplicables exclusivamente a los trabajadores y no a los miembros de su familia, como las relativas a las prestaciones de desempleo".

⁴⁹Sentencia del TJCE de 3.10.1996, -126/95, (Hallouzi-Choho) Rec.; p.I-4821.

⁵⁰Sentencias del TJCE de 31.1.1991, -18/90 (Kziber) Rec.; p.I-199; y de 20.4.1994, -58/93, (Yousfi) Rec.; p.I-1353. Para un análisis pormenorizado, cfr. Helene Gacon-Estrada;"Los Trabajadores de los Terceros Países. Libre Circulación. Los Convenios de Cooperación y Asociación. La Seguridad Social" en: VV.AA; *La Seguridad Social de los Migrantes y el Papel de las Organizaciones Sindicales en los Estados Miembros de la Unión Europea*. Publicaciones Unión. Madrid. 1997; pp.147-154.

En relación con la noción de Seguridad Social a la que se alude en el citado artículo 41.1., el TJCE tiene declarado que dicho concepto debe interpretarse del mismo modo que el concepto idéntico que figura en el Reglamento 1408/71.

Puesto que la Sra. Hallouzi-Choho es sujeto incluido en el ámbito de aplicación personal del artículo 41.1. del Acuerdo, y la prestación de vejez que reclama es una prestación de Seguridad Social a los efectos del artículo 4.1.c) del Reglamento 1408/71, el punto álgido del debate se centró en determinar si, en su calidad de cónyuge de un trabajador puede reclamar el reconocimiento de una prestación que se califica a nivel de derecho interno como un derecho propio y no derivado.

Pues bien, contra todo pronóstico, el TJCE llega a la conclusión de que "el ámbito de aplicación personal del apartado 1 del artículo 41 del Acuerdo de Cooperación no es idéntico al del Reglamento 1408/71, definido en su artículo 2, de modo que la jurisprudencia que distingue entre derechos derivados y derechos propios de los miembros de la familia del trabajador migrante en el marco del Reglamento 1408/71 no puede ser aplicable en el marco del Acuerdo". Y falla que "el apartado 1 del artículo 41 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro niegue, basándose en que la interesada es de nacionalidad marroquí, la concesión de prestaciones como los beneficios transitorios establecidos en la AOW, previstas por su legislación en favor de los nacionales que reúnan determinados requisitos de residencia en dicho Estado, a la esposa de un trabajador marroquí que cumple dichos requisitos de residencia".

Por lo tanto, resultará que mientras que los cónyuges y demás familiares de los trabajadores ciudadanos de los Estados miembros sólo pueden invocar el derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad respecto a las prestaciones familiares y aquellas otras que no estén vinculadas a la condición de trabajador, los cónyuges y familiares de los trabajadores magrebíes pueden reclamar el citado derecho a la no discriminación con respecto a cualquier prestación de Seguridad Social, incluso respecto de aquellas que no les sean reconocidas en su calidad de miembros de la familia.

Ya que los Acuerdos de Cooperación suscritos con los países del Magreb (Marruecos, Argelia y Túnez) tienen idéntico contenido por lo que se refiere al principio de igualdad de trato, habrá de concluirse que también resulta improcedente la distinción entre derechos propios o derivados cuando se trate de familiares de trabajadores argelinos y tunecinos. Opinión respaldada por las sentencias del TJCE Babahenin⁵¹ y Ourdia Djabali⁵².

B) EL CASO TURCO

Puesto que, inicialmente, el objetivo del Acuerdo de Asociación celebrado entre la CEE y Turquía fue el de preparar su posible adhesión a la Comunidad -tema que desde enton-

⁵¹Sentencia del TJCE de 15.1.1998, -113/97 (Babahenini) Rec.; p.I-183.

⁵²Sentencia del TJCE de 12.3.1998, -314/96 (Ourdia Djabali) Rec.; p.I-1157.

ces se viene aplazando- resulta sorprendente que el derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad en materia de Seguridad Social no se recogiera explícitamente en dicho Acuerdo⁵³.

Hubieron de transcurrir varios años antes de que se adoptaran las primeras disposiciones en materia de Seguridad Social⁵⁴, que cristalizaron en la Decisión 3/80 de 19.9.1980⁵⁵.

En relación a la cuestión de si respecto a los cónyuges y demás familiares de los trabajadores turcos rige, o no, la distinción entre derechos propios o derivados, es ésta una cuestión que se resuelve en sentido negativo, por cuanto que el derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad aparece consagrado en el artículo 3 de la Decisión 3/80, al que el TJCE reconoció efecto directo en su sentencia Sürül⁵⁶.

⁵³Wolfgang WeiB; *Die Personenverkehrsfreiheiten von Staatsangehörigen assoziierter Staaten in der EU*. Peter Lang. Frankfurt am Main. 1998; p.31.

⁵⁴El artículo 39.1 del Protocolo Adicional de 23.11.1970 (DOCE L 293, de 29.12.1972) consagra que antes de que transcurra un año desde la entrada en vigor de ese Protocolo, el Consejo de Asociación deberá adoptar medidas de seguridad social para los trabajadores de nacionalidad turca que se desplacen en el interior de la Comunidad y sus familiares residentes en la Comunidad.

⁵⁵Yves Jorens;"Non European Union Nationals and the Coordination of European Social Security Law:The International Agreements concluded by the European Union with Third Countries and Conflict Rules in European Social Security Law" en: Yves Jorens y Bernd Schulte; *European Social Security Law and Third Country Nationals*. Die Keure/Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Sozialrecht. Bruselas. 1998; pp.15-18.

⁵⁶STJCE de 4.5.1999, -262/96 (Sürül) Rec.; p.I-2685.