

No discriminación «*versus*» buenas costumbres en la Unión Europea: A propósito del ejercicio de la prostitución, como actividad beneficiaria del derecho de establecimiento, por nacionales de terceros Estados

Antonio Fernández Tomás

Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario: I. Introducción. II. La situación jurídica de los trabajadores extranjeros en la Comunidad Europea. III. La carencia de un modelo convencional uniforme. IV. El acuerdo de asociación con Turquía como pauta básica. V. Los acuerdos de asociación con la República Checa y Polonia y las actividades económicas por cuenta propia. VI. El efecto directo de los acuerdos de asociación: una jurisprudencia reiterada. VII. La compatibilidad del derecho de establecimiento con los requisitos y límites impuestos por el Estado miembro a la entrada y estancia de extranjeros. VIII. El ámbito material: la actividad prostitución comparada con otras. IX. La excepción de orden público y el principio de no discriminación. X. La difícil tarea del juez ordinario. XI. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN

Al parecer hay oficios tan antiguos como la propia humanidad. Pero estas profesiones –*actividades*, sería el término más apropiado para referirse a ellas en derecho comunitario– no llegan a constituir un *trabajo*, ni siquiera si se realizan *por cuenta ajena*, entre otras cosas porque no puede decirse que las officiantes perciban un *salario*, sino más bien una comisión por cada acto o negocio realizado, yendo a parar el lucro principal derivado de su actividad a manos de proxenetas explotadores. Tampoco se ocupa este tipo de «patrono» de cotizar a la Seguridad Social por sus pupilas, con lo cual el desamparo procedente de la situación alega pero consentida, recae como una losa sobre ellas.

Pero no es ésta la situación de hecho analizada por el Tribunal de Luxemburgo en su reciente jurisprudencia¹. Es otra, menos denigrante, en virtud de la cual, en ciertos Estados de la Unión –o más exactamente en determina-

¹ *Aldona Malgorzata Jany y otros/Staatssecretaris Van Justitie*, As. C-268/1999, Sentencia de 20 noviembre 2001.

Antonio Fernández Tomás

dos municipios dentro de los mismos– en los que predomina la tolerancia sobre el puritanismo, las trabajadoras del sexo pueden ejercer de modo público y transparente –incluso exhibiendo sus dones desde escaparates, como en cierto barrio de Amsterdam– su *actividad*, por cuenta propia, como *autónomas*, con lo cual, desde una óptica comunitaria, habría que encuadrarla dentro de la noción de *establecimiento* o, residualmente, de *prestación de servicios*.

Ciertamente las clasificaciones originariamente establecidas por el derecho comunitario acerca del modo mediante el cual se ganan la vida sus ciudadanos –y ciudadanas– son un tanto rudimentarias, con lo cual, se ha podido observar a lo largo de la jurisprudencia del Tribunal cómo, sólo forzándolas, encajaban en las categorías establecidas los *deportistas*² y quienes llevaban a cabo actividades culturales, educativas³ o religiosas percibiendo, a cambio, una remuneración. En fin, no deja de ser curioso que, en perspectiva comunitaria, quepa introducir a deportistas, educadores y prostitutas en un mismo casillero, en busca de una regulación, o al menos algún principio básico, aplicable a su actividad. Y ciertamente, tras unas elementales pesquisas a la escasa luz de unas bombillas coloreadas, descubrimos la presencia reconfortante del *principio de no discriminación*, principio básico en la esfera de los derechos fundamentales, de los que no tiene por qué verse privadas las prestadoras de servicios sexuales.

Ahora bien, un primer problema se plantea desde la estrecha óptica comunitaria. Partiendo de la base de la indudable respetabilidad de las señoras prostitutas nacionales de un Estado miembro que sean trabajadoras *migrantes* en territorio de otro, ya sentada por la jurisprudencia en el Asunto *Adoui y Cornuaille*⁴ ¿merecen el mismo respeto las mujeres públicas nacionales de un tercer Estado? ¿O todo depende de si el tercer Estado tiene concertado un acuerdo de asociación o de cooperación con la Comunidad? ¿Y si al redactarlo, por aquello de no ofender la moral y las buenas costumbres, esta categoría de servicios no quedó recogida en los términos del acuerdo? ¿prevalecería en esa pugna el principio de no discriminación, o sus efectos se verían paralizados por la excepción de orden público?

Las interrogantes planteadas no son desdeñables, aunque no sé si podría decirse en este caso que plantean problemas jurídicos de *envergadura*. Todo depende de la vara de medir de cada uno. Ahora bien, para que el derecho comunitario pueda ser aplicable al ejercicio de tal actividad es necesario un elemento «*transfronterizo*», tal y como lo entiende el propio ordenamiento comunitario. Esto es, que quien practique la actividad proceda de otro Es-

² Es clásica la sentencia *Walrave v. Union Cycliste Internationale*, As. 36/1974, de 12 diciembre 1974. Más modernamente, *Bosman*, As. C415/1993, Sentencia de 15 diciembre 1995.

³ *Casagrande*, As. 9/1974, Sentencia de 3 julio 1974.

⁴ Asuntos acumulados 115 y 116/1981; Sentencia de 18 mayo 1982.

tado Miembro⁵, o bien de un tercer Estado que (como va a ser previsiblemente miembro en un futuro próximo) se beneficia de un acuerdo de asociación. Por el contrario, si quien ejerce la actividad proviene de un tercer país maldito por la suerte, poco importa el tránsito de fronteras físicas, pues no le será aplicable el derecho comunitario al ejercicio de su «actividad» en el interior de un Estado miembro. Importa por todo ello comenzar examinando con mayor detalle la situación de los nacionales de terceros Estados en la Comunidad Europea.

II. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS TRABAJADORES⁶ EXTRANJEROS EN LA COMUNIDAD EUROPEA

Los derechos de los extranjeros en la Unión Europea deben ser diversificados con arreglo a un doble parámetro. Por un lado la normativa comunitaria persigue una aproximación a la igualdad de derechos con el nacional, en el caso de que el extranjero sea nacional de otro país comunitario. Por otro, la regla básica consiste en el mantenimiento de la desigualdad si el extranjero es nacional de un tercer Estado, aunque dicha regla puede verse atemperada por vía convencional⁷ en virtud de los acuerdos de asociación y cooperación concertados por la Comunidad con países terceros. Esta situación se ha complicado cuantitativa y cualitativamente en los últimos años debido, tanto al incremento de la inmigración exterior a la Unión, como al incremento de acuerdos de este tipo, básicamente generados por la propia dinámica de la ampliación europea, planteando problemas cada vez más abundantes⁸.

Ante las crecientes corrientes de inmigración, las situaciones jurídicas subjetivas de los nacionales de un tercer Estado, en el interior de un Estado de la Unión están enredadas en una inextricable maraña de normas nacionales,

⁵ En buena teoría, y aplicando lo afirmado por la jurisprudencia en la Sentencia *Luisi e Carbone* (As. 286/1982, Sentencia de 31 enero 1984), también sería aplicable el derecho comunitario cuando fuese el cliente –nacional de un Estado miembro– el que se desplazara a otro con el fin de recibir la prestación del *servicio*. No obstante, el turismo sexual parece llevarse a cabo más bien en países (Cuba, Tailandia) con los que no existe un acuerdo de cobertura.

⁶ Me refiero aquí al término en sentido amplio, comprendiendo tanto a los trabajadores por cuenta ajena, como a los trabajadores por cuenta propia (establecimiento y servicios).

⁷ STANGOS, P. N.: «Les ressortissants d'Etats tiers au sein de l'ordre juridique communautaire», *CDE*, 1992, pgs. 306 y ss.

⁸ GORTÁZAR ROTAECHE, C. I.: «Normativa aplicable a los nacionales de terceros Estados en la Unión Europea», en ADROHER y otros: *La inmigración. Derecho español e internacional*, Ed. Bosch. Barcelona, 1995, pgs. 59 y ss.; ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A.: «Los extranjeros no comunitarios ante el Derecho comunitario europeo», en MARIÑO y otros: *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Ed. Ministerio de Asuntos Sociales. Madrid, 1996, pgs. 156 y ss.; STAPLES, H.: *The legal status of third country nationals resident in the European Union*, The Hague, Ed. Kluwer, 1999.

comunitarias e internacionales⁹, al depender básicamente cada estatuto jurídico individual de la nacionalidad del trabajador y de si su Estado nacional tiene o no concertado un acuerdo, bien de asociación o de cooperación con la Comunidad, bien de cooperación con el Estado miembro en el que trabaja (como puede ocurrir en España o Portugal con los países iberoamericanos, o en Inglaterra con los países de la *Commonwealth*). El elemento «*transfronterizo*» se convierte entonces en el factor determinante de la aplicación del derecho comunitario a la situación jurídico-subjetiva de un concreto trabajador, en el buen entendimiento de que el tránsito de fronteras se entiende referido a las de dos Estados miembros, y no a las de un Estado miembro y un país tercero, como regla general, salvo en los casos en los que la Comunidad y dicho tercer Estado tengan concertado un acuerdo de asociación o de cooperación en el que se prevea el trato no discriminatorio, en ciertos ámbitos, de los trabajadores nacionales del *partenaire* convencional, en el mercado comunitario.

Sin embargo, esta situación es difícil de compaginar con el principio básico de *no discriminación* entendido en un sentido genérico. En efecto, choca con una idea básica de la *justicia social* que el trabajador procedente de otro Estado miembro de la Unión (trabajador *migrante*), o incluso (en virtud del correspondiente acuerdo) el procedente de un tercer Estado candidato a la adhesión, posea mejores derechos que el también extranjero procedente de un tercer Estado pero carente de cobertura convencional, generándose una regulación jurídica discriminatoria¹⁰ entre unos y otros. Se objetará posiblemente que la culpa no es de la Comunidad, sino del propio tercer Estado que no ha llevado a cabo una adecuada política de cooperación internacional en este ámbito, pero lo cierto es que urge una reforma de la normativa comunitaria¹¹ en virtud de la cual sea la propia Comunidad quien adopte iniciativas de cooperación convencional con los países de procedencia de inmigrantes, en aras a equilibrar y unificar¹² la situación de los residentes legales oriundos de terceros Estados en suelo comunitario. Especialmente

⁹ Incluso incide en esta materia el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo celebrado entre la EFTA y la CE (Acuerdo de 2 de mayo de 1992, *DOCE* L 1, de 1994, pgs. 1 y ss.), en virtud del cual la libre circulación de trabajadores se extendería a los nacionales de Islandia, Noruega y Liechtenstein que trabajasen en territorio comunitario.

¹⁰ AKANDH-KOMBÉ, J. F.: «Les droits des étrangers dans l'ordre juridique communautaire», *CDE*, 1995, pgs. 351 y ss.

¹¹ En 1997 la Comisión propuso extender algunas disposiciones del Reglamento 1408/71/CEE sobre la seguridad social de los trabajadores migrantes a los ciudadanos de terceros países. Como afirma el Informe del Grupo de Expertos de la Comisión: «Cualquier reflexión futura sobre los derechos fundamentales debe abordar la cuestión de su aplicación a los que no son ciudadanos de la UE». «*Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar*», Comisión Europea, Informe del Grupo de Expertos sobre derechos fundamentales, presidido por SIMITIS, Spiros (C. BELL, L. BETTEN, J. FROWEIN, P. KOSKINEN, L. MARTÍN-RETORTILLO, A. PIZZORUSSO, J. ROSSETTO). Bruselas, febrero de 1999, pg. 11.

¹² PEERS, S.: «Towards equality: Actual and potential rights of third-country nationals in the European Union», *CMLR*, 1996, pgs. 24 y ss.

urgente sería tal actuación respecto a inmigrantes de larga data, que con su ejemplar actuación y su tremenda paciencia han soslayado las duras restricciones impuestas para residir legalmente por las normas de extranjería de muchos EE.MM.

III. LA CARENCIA DE UN MODELO CONVENCIONAL UNIFORME

Por otra parte, conviene tener en cuenta que la Comunidad ha ido construyendo sobre la marcha unos regímenes convencionales que no responden a un modelo uniforme, negociando separadamente en épocas distintas con diversos Estados, fuesen o no candidatos a la adhesión¹³. Estos acuerdos no llegan a reconocer a los nacionales de terceros Estados un trato paralelo al reconocido por el DCE a los trabajadores de los EE.MM., existiendo además cierta diversidad entre unos y otros. Los convenios suelen incluir un tratamiento *preferencial* como el previsto en el Acuerdo de Asociación con Turquía, que tiende a la aproximación entre los nacionales turcos y los trabajadores comunitarios. Muy semejante a este último es el modelo aplicado en los llamados «Acuerdos Europeos»¹⁴.

Esta anárquica situación introduce dentro de los propios parámetros del sistema un nuevo factor de discriminación pues, en tanto en cuanto los acuerdos de asociación y de cooperación celebrados con terceros Estados no respondan a un modelo uniforme¹⁵ en esta materia, cabe la posibilidad de que determinados derechos sean reconocidos a los trabajadores procedentes de un Estado, y no a los procedentes de otro¹⁶, en función del clima

¹³ LIROLA DELGADO, I.: *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Ed. Civitas. Madrid, 1994, pgs. 39-43; RAUX, J.: «La mobilité des personnes et des entreprises dans le cadre des accords externes de la CEE», *RTDE*, 1979, pgs. 477 y ss.; SÉCHÉ, J. C.: «La libre circulation des travailleurs salariés», en MEGRET, WALBROECK, LOUIS: *Le droit de la CEE*, vol. 3. Bruxelles, 1990, pgs. 33 y ss.

¹⁴ LIROLA DELGADO, I.: «Las relaciones entre la Unión Europea y los Países de Europa Central y Oriental: los Acuerdos Europeos en el marco de la ampliación de la Unión Europea», *RJE*, 1995, pgs. 85 y ss.

¹⁵ Como señala ROLDÁN BARBERO, J.: «La Unión Europea y los nacionales de terceros Estados: la posible política de inmigración comunitaria», en *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Amsterdam*, Ed. Bosch. Barcelona, 2000, pg. 263: «Los acuerdos celebrados con los países magrebíes no contienen compromisos sobre el empleo, pero instituyen un régimen de no discriminación social, que también puede ser invocado, en numerosas ocasiones, por los particulares ante un órgano judicial». Señala este autor (en nota al pie núm. 35) cómo la tesis sostenida en esa línea por el TJCE en la Sentencia *Kziber* (Sentencia de 31 enero 1991, As. C-18/1990) ha sido asumida por nuestro Tribunal Constitucional en STC 130/1995, de 11 septiembre. «De esta suerte, un residente legal marroquí en España tiene derecho, de acuerdo con el acuerdo de cooperación CEE-Marruecos, a percibir las mismas prestaciones por desempleo que un nacional español. La sentencia reciente en el caso *El-Yassini* ha puesto de relieve el régimen más favorable dispensado a los turcos en relación con los marroquíes. Sentencia de 2 marzo 1999, C-416/1996».

¹⁶ VILÁ COSTA, B.: «El extranjero no comunitario: actualidad y evolución en materia de política común de inmigración. ¿Hacia un posible estatuto coherente?», *AICIDOB*, 1996, pgs. 161 y ss.

general de las relaciones entre la CE y el tercer Estado, o simplemente de la lógica evolución temporal al alza, en función de la cual, los nacionales de los países cuyos acuerdos son más recientes en el tiempo tenderán a ostentar mejores derechos que los nacionales de países cuyos acuerdos sean simplemente más antiguos¹⁷, beneficiando o perjudicando discriminatoriamente al trabajador de esa nacionalidad. Por ello, «de lege ferenda», sería conveniente la armonización de esos regímenes con arreglo a un modelo uniforme, pues difícilmente se entiende que pueda existir algo digno de llamarse política de inmigración cuando los propios acuerdos concertados por la Comunidad introducen con su desigualdad una discriminación de segundo grado en el interior del mercado laboral comunitario.

IV. EL ACUERDO DE ASOCIACIÓN CON TURQUÍA COMO PAUTA BÁSICA

Por todo ello, reviste interés divulgar los rasgos más característicos del acuerdo de asociación con Turquía¹⁸ y de las Decisiones del Consejo Asociación con Turquía¹⁹ que lo desarrollan, pues tampoco son tan beneficiosos para el trabajador extranjero como a primera vista podría pensarse. De hecho, este régimen jurídico no consagra una equiparación completa de los trabajadores turcos a los trabajadores nacionales y a los trabajadores comunitarios migrantes, sino *un estatuto intermedio* entre estos últimos y los procedentes de un tercer país carentes de cobertura convencional.

Así, a diferencia de los migrantes comunitarios, los turcos no se benefician del derecho de *desplazamiento y residencia* por el territorio de la Comunidad, ni se contemplan para ellos facilidades especiales para el *acceso* al primer puesto de trabajo, sino que las ventajas únicamente se refieren a los trabajadores turcos *ya integrados en el mercado de trabajo* de un Estado miembro²⁰. No

¹⁷ Precisamente en acertada previsión de esa hipótesis funciona, en el ámbito del Acuerdo de Asociación con Turquía, un órgano mixto denominado Consejo de Asociación, cuyas resoluciones actualizan los contenidos del acuerdo en función de la evolución del contexto. Tales resoluciones, pese a proceder de un órgano mixto de composición no enteramente comunitaria, poseen efecto directo en el ámbito comunitario, según reiterada jurisprudencia del TJCE, manifestada especialmente en las Sentencias *República Helénica v. Comisión*, As. 30/1988, Sentencia de 14 noviembre 1989; *Sevince*, As. C-192/1989, Sentencia de 20 septiembre 1990; *Kus*, As. C-237/1991, Sentencia de 16 diciembre 1992; *Eroglu*, Sentencia de 5 octubre 1994; *Tetik*, As. C-171/1995, Sentencia de 23 enero 1997; *Kadiman*, As. C-391/1995, Sentencia de 17 abril 1997; y, *Eker*, As. 386/1995, Sentencia de 29 mayo 1997.

¹⁸ OLESTI RAYO, A.: «El acuerdo de asociación con Turquía y el régimen jurídico de los trabajadores de nacionalidad turca en la Unión Europea», *RDCE*, 2000, pgs. 49 y ss.

¹⁹ Especialmente la Decisión 2/76 y la Decisión 2/80. Sobre ellas, LANFRANCHI, M. P.: *Droit communautaire et travailleurs migrants des États tiers. Entrée et circulation dans la Communauté Européenne*, Ed. Economica. Aix-Marseille, 1994, pgs. 118 y ss.

²⁰ OLESTI RAYO, op. cit., pg. 58. Véanse las STJCE *Tetik*, de 23 enero 1997 y *Günaydin*, de 30 septiembre 1997. En concreto, únicamente se asimilan a los trabajadores comunitarios aquellos trabajadores turcos que cumplan los siguientes requisitos: 1) ejercicio de una actividad económica asalariada durante cuatro años; 2) miembros de su familia que hayan residido durante cinco años; 3) hijos que hayan realizado la formación profesional en un Estado miembro y ejerzan una actividad económica por cuenta ajena durante tres años.

obstante, frente a los simples nacionales de terceros Estados carentes de cobertura convencional, los turcos poseen una situación *preferente*²¹ a la hora de aceptar una oferta de trabajo. Ahora bien, tanto las futuras adhesiones en el marco de la ampliación de la Unión, como la política de cooperación con países mediterráneos y magrebíes, especialmente Túnez, Argelia y Marruecos, han multiplicado el número de Estados terceros cuyos nacionales se benefician de un estatuto laboral «privilegiado», y al extenderse el número de beneficiarios del estatuto convencional, se diluyen las ventajas que pueda proporcionar su mecanismo de prioridad, creándose una situación simplemente más complicada, que no parece responder a ninguna política comunitaria concreta, sino más bien a la deslizante inercia.

Por su parte, en el ámbito de la *seguridad social* la discriminación es menos acusada, pero también existe. La Decisión 3/1980 del Consejo de Asociación incorpora los principios que en esta materia se habían establecido en los acuerdos de cooperación celebrados entre la Comunidad, y Túnez, Marruecos y Argelia, respectivamente, posteriores al acuerdo de asociación con Turquía. Así, el régimen jurídico aplicable a todos los estatutos convencionales tiende a unificarse con el nacional, con apoyo por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, en base a la igualdad de trato en materia de prestaciones de seguridad social. No obstante, no se identifica con el régimen aplicable a un nacional, en tanto en cuanto el acceso a las prestaciones por *invalidez y supervivencia* no les han sido reconocidas hasta ahora por la jurisprudencia del TJCE²². Por otra parte, la *acumulación de las cotizaciones* a la seguridad social sólo es posible respecto a las realizadas en diversos EE.MM., pero no en relación con las llevadas a cabo en el país de origen, revelando una falta de generosidad rayana en la cicatería por parte comunitaria.

Finalmente, la jurisprudencia del TJCE revela que, a diferencia de otros actos adoptados por el Consejo de Asociación con Turquía, no todo el contenido de la Decisión 3/1980 posee efecto directo. Así, pese a que, según la jurisprudencia del TJCE, la Decisión 3/1980 entró en vigor en la fecha de su adopción (esto es, el 19 septiembre 1980), en la Sentencia *Taşlan-Meş*²³ se afirma que, aunque la norma posee alcance general, en tanto en cuanto está destinada a ser completada por un acto posterior del Consejo, «aunque algunas de sus disposiciones sean claras y precisas (...) no pueden aplicarse mientras el Consejo no haya adoptado medidas complementarias de aplica-

Todos ellos adquieren los mismos derechos que un trabajador migrante procedente de otro Estado comunitario (OLESTI, op. cit., pg. 88).

²¹ Se les extiende, por vía convencional, el principio de la preferencia comunitaria a la hora de contratar trabajadores, tradicionalmente mantenido y reiterado de nuevo por el Consejo en su Resolución de 20 junio 1994 sobre las limitaciones de la admisión de nacionales de países no comunitarios para trabajar en el territorio de los Estados miembros (DOCE C 274, de 19 septiembre 1996).

²² OLESTI, A., op. cit., pgs. 84-86.

²³ As. C-277/1994, Sentencia de 10 septiembre 1996.

Antonio Fernández Tomás

ción»²⁴. Por el contrario, en la posterior Sentencia Sürül²⁵, el Tribunal afirma el efecto directo del artículo 3, apartado 1 de dicha decisión, estimando que enuncia «el principio de no discriminación por razón de nacionalidad» (considerando número 55), o bien, «el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social» (Considerando número 57).

V. LOS ACUERDOS DE ASOCIACIÓN CON LA REPÚBLICA CHECA Y POLONIA Y LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS POR CUENTA PROPIA

Hay que partir de la premisa, recordada por el Tribunal, de que los «acuerdos europeos», en particular los relativos a Polonia²⁶ y a la República Checa, «no confieren a los nacionales de las partes contratantes un derecho de acceso al mercado laboral (...) Además, en dichos acuerdos se estipula expresamente que no se reconoce a los trabajadores por cuenta propia ningún derecho a solicitar un empleo por cuenta ajena (...) Se distinguen en este punto del Tratado (TCE), que confiere simultáneamente varias libertades fundamentales a los nacionales de los Estados miembros, entre ellas las de ejercer tanto un empleo como una actividad no asalariada». Así pues, en este aspecto se sigue una pauta similar al modelo turco.

Ahora bien, los referidos acuerdos de asociación sí reconocen a sus beneficiarios la posibilidad de llevar a cabo «*actividades económicas por cuenta propia*», en virtud de los artículos 44, 4, a) i) del acuerdo con Polonia y 45, 4 a) i) del acuerdo con la República Checa. Dicho concepto es objeto de interpretaciones contradictorias por las partes en el litigio principal que da lugar a la Sentencia *Jany*. Así, el tribunal interno cuya decisión se recurre, estima que no posee el mismo significado que la expresión «*actividades no asalariadas*», presente en el artículo 52 (actual 43) del TCE. De ahí que el órgano jurisdiccional remitente pregunte al TJCE en su cuarta cuestión prejudicial cuál es el significado y alcance del término.

En respuesta a esta cuestión, el TJCE señala que: «según jurisprudencia reiterada, una prestación de trabajo asalariado, o una prestación de servicios retribuidos deben considerarse actividad económica en el sentido del artículo 2 del TCE, siempre y cuando las actividades desarrolladas sean reales y efectivas y no revistan un carácter tal que resulten meramente marginales y accesorias»; añadiendo que, al no existir una relación de subordinación, ha de calificarse de actividad no asalariada. De ahí que no pueda señalarse ninguna diferencia de significado entre el concepto de «*actividades no asalariadas*» que figura en el artículo 52 TCE y el de «*actividades por cuenta propia*» utilizado en los artículos 44.4 a) i) del Acuerdo Europeo con Polonia y el 45.4 a) i) del Acuerdo con la República Checa.

²⁴ En mayo de 1999, dichas medidas de aplicación todavía estaban en tramitación, existiendo una propuesta de Reglamento adoptada por la Comisión.

²⁵ As. C-262/1996, Sentencia de 4 mayo 1999.

²⁶ Adoptado por Decisión 93/743, del Consejo y de la Comisión, de 13 diciembre 1993 (DOCE L 348, de 31 diciembre 1993).

Comprueba el Tribunal la inexistencia en los mencionados acuerdos de asociación de indicios que le permitan suponer que las partes «hayan tenido la intención de *limitar* a una o varias categorías de actividades por cuenta propia la libertad de establecimiento que confieren a los nacionales polacos y checos» y se refiere, de modo sucinto, a los argumentos más ampliamente desarrollados en su jurisprudencia *Gloszczuk*²⁷, *Kondova*²⁸ y *Barkoci y Malik*²⁹, en relación con la aplicación de los acuerdos de asociación concertados con Polonia, Bulgaria y la República Checa, respectivamente. De hecho en la primera y tercera de las mencionadas sentencias, el análisis del Tribunal estaba «implícitamente basado en la premisa de que ambos conceptos (“actividades no asalariadas y actividades económicas por cuenta propia”) tienen el mismo significado y alcance».

VI. EL EFECTO DIRECTO DE LOS PRECEPTOS INCLUIDOS EN LOS ACUERDOS DE ASOCIACIÓN: UNA JURISPRUDENCIA REITERADA

Es jurisprudencia insistentemente repetida por el Tribunal el efecto directo o la aplicabilidad directa de los preceptos incorporados en el Acuerdo de Asociación con Turquía, e incluso de las decisiones de desarrollo y aplicación del mismo por parte del Consejo de Asociación correspondiente³⁰. Lógicamente esta jurisprudencia debía extender sus efectos al resto de los acuerdos de asociación de contenido similar al turco, en particular –por puras consideraciones políticas– a aquellos concertados con países candidatos a entrar, previsiblemente, en la próxima ampliación de la Unión.

Y ésta ha sido, en efecto la jurisprudencia sentada interpretando preceptos de los acuerdos con Polonia, Bulgaria y la República Checa. Pero no sólo ha sido el TJCE quien ha estimado la invocación de efecto directo. Asimismo, en materia de establecimiento y prestación de servicios, o si se prefiere, de libre circulación por territorio comunitario de los deportistas extranjeros cubiertos por las disposiciones de un acuerdo de asociación, ha podido apreciar el efecto directo del Acuerdo Europeo con Polonia un tribunal francés (Asunto *Lilia Malaja*³¹), ampliando el círculo de beneficiarios de la doctrina sentada en el Asunto *Bosman* (en materia de no limitación del número de jugadores extranjeros, pero nacionales comunitarios, que puede alinear un club de un Estado miembro) y calificando asimismo la

²⁷ As. C-63/1999, Sentencia de 27 septiembre 2001.

²⁸ As. C-235/1999, Sentencia de 27 septiembre 2001.

²⁹ As. C-257/1999, Sentencia de 27 septiembre 2001.

³⁰ Véase la nota núm. 17, y asimismo el comentario de TEZCAN, E.: «Le droit du travail et le droit de séjour des travailleurs turcs dans l'Union Européenne à la lumière des arrêts récents de la Cour de Justice des Communautés Européennes», *RMC et UE*, núm. 45, febrero 2001, pgs. 117-127.

³¹ Sentencia de 3 febrero 2000 de la Cour Administrative d'Appel de Nancy, anulando una sentencia del Tribunal Administratif de Estrasburgo. Sobre este tema puede véase PAUTOT, M.: «La liberté de circulation des sportifs professionnels en Europe», *RMC et UE*, núm. 445, febrero 2001, pgs. 102-105.

Antonio Fernández Tomás

actividad deportiva por cuenta ajena como una *actividad económica* en el sentido del término empleado en el acuerdo de asociación.

Pues bien, en los Asuntos *Gloszczuk, Kondova y Barkoci y Malik*, el Tribunal se ha pronunciado con amplitud acerca de este problema. Los tribunales de instancia se preguntaban si cabía invocar el efecto directo de tal acuerdo «aunque las autoridades del Estado miembro de acogida sigan siendo competentes para aplicar (...) la legislación nacional en materia de entrada, estancia y establecimiento» (*Gloszczuk*). A su vez, el Abogado General, señor Alber, proponía en sus conclusiones, un tanto tajantes, que el artículo 44 del Acuerdo Europeo con Polonia «tiene efecto directo... pero no confiere ningún derecho de entrada o estancia». Por su parte, la respuesta del TJCE, invocando su última jurisprudencia relativa al acuerdo de asociación con Turquía (*Sürül*)³², fue contundente, pues tras reiterar la doctrina usual en la materia³³, analiza el artículo 44.3 del Acuerdo de Asociación con Polonia en los siguientes términos:

«Esta disposición establece, en términos claros, precisos e incondicionales, la prohibición impuesta a los Estados miembros de tratar de manera discriminatoria, por razón de su nacionalidad, entre otros a los nacionales polacos que deseen ejercer en el territorio de esos Estados actividades económicas como trabajadores por cuenta ajena o establecer y gestionar en ellos sociedades que controlen efectivamente. Esta norma de igualdad de trato impone una obligación de resultado precisa y, por definición, puede ser invocada por un justiciable ante un órgano jurisdiccional para pedirle que no aplique las disposiciones discriminatorias de una normativa de un Estado miembro que supedita el establecimiento de un nacional polaco a un requisito que no se impone a sus propios nacionales, sin que se exija a tal fin la adopción de medidas complementarias».

Así pues, el pleno efecto de la disposición analizada, la propia operatividad del principio, exigirían una aplicabilidad inmediata del precepto analizado que –en conexión con el principio de primacía– obligaría a descartar la aplicación de las disposiciones del Estado miembro contrarias al mismo. Ahora bien ¿lo son todas las existentes en materia de entrada y establecimiento o hay alguna cuya aplicación resulte razonable?

VII. LA COMPATIBILIDAD DEL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO CON LOS REQUISITOS Y LÍMITES IMPUESTOS POR EL ESTADO MIEMBRO A LA ENTRADA Y ESTANCIA DE EXTRANJEROS

La asentada vigencia del principio de trato nacional en este ámbito, respecto

³² Véase la nota núm. 25.

³³ «Con carácter preliminar debe recordarse que, según jurisprudencia reiterada, una disposición de un acuerdo celebrado por la Comunidad con terceros países debe considerarse directamente aplicable cuando, a la vista de su tenor, de su objeto, así como por la naturaleza del acuerdo, contiene una obligación clara y precisa, que en su ejecución o en sus efectos, no se subordina a la adopción de acto ulterior alguno».

a los nacionales de los demás Estados miembros, incluso aunque no sean «trabajadores»³⁴, obliga al Estado de acogida a tratar a esos extranjeros como si no lo fueran. Por el contrario, persisten los recelos respecto a los nacionales de terceros Estados, aunque exista un acuerdo de asociación concertado, incluso si lo es con un candidato a ser miembro de pleno derecho tras una próxima ampliación de la Unión. Tal desconfianza se pone de manifiesto a la hora de aplicarles con rigor la legislación nacional sobre entrada y residencia. El problema planteado entonces es: hasta qué punto es compatible la aplicación de las condiciones establecidas en la normativa de extranjería de un Estado miembro con los derechos subjetivos generados para esas personas por el ordenamiento comunitario, pues tales requisitos no pueden producir como efecto hacer imposible el ejercicio de la libertad reconocida o volverla ilusoria, según la clásica aseveración expresada en la sentencia *Luisi e Carbone*³⁵.

En principio, las autoridades nacionales siguen siendo competentes para aplicar la normativa nacional en materia de *entrada, estancia y establecimiento*. Ello implica que *el ejercicio* del derecho de establecimiento, concedido por los acuerdos de asociación debe ser *modulado* con arreglo a los requisitos fijados por la legislación nacional, puesto que tales *derechos no constituyen prerrogativas absolutas* y por tanto, las normas del Estado miembro *pueden limitar su ejercicio*. El anterior razonamiento, a su vez, exige precisar cuáles son las facultades del Estado miembro a la hora de regular la entrada y la estancia de este tipo de extranjeros, y si los *mecanismos de control* empleados respetan suficientemente el ejercicio de la libertad de las personas con derecho a establecerse. A este respecto, el Tribunal afirma, en el Asunto *Jany* (Conclusión 3ª), que es aceptable, en principio «un sistema de control previo que supedita la expedición de un permiso de entrada y residencia al requisito de que el solicitante *pruebe* que tiene realmente la *intención* de iniciar una actividad laboral por cuenta propia (sin ejercer simultáneamente un trabajo por cuenta ajena ni recurrir a fondos públicos) y que *dispone de recursos económicos suficientes* para el ejercicio de la actividad».

Estas cuestiones fueron ya desarrolladas por el Tribunal en su anterior Sentencia *Gloszczuk*³⁶, relativa a la compatibilidad del derecho de establecimiento reconocido en el acuerdo de asociación con una situación de hecho caracterizada por la obtención de una autorización de entrada fraudulenta (en calidad de turista, cuando se dedicó a trabajar de albañil), la expiración del límite temporal de la autorización de estancia y el intento de regularización «a posteriori» de la presencia en las islas del matrimonio inmigrante,

³⁴ En la Sentencia *Grzelczyk/Centre Public d'aide social d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, As. C-184/1999, Sentencia de 20 septiembre 2001, se reconoce el derecho a la prestación mínima de subsistencia denominada *minimex* al nacional de otro Estado miembro que carece de la condición de trabajador pero es *estudiante*, pues lo contrario supondría una discriminación por razón de nacionalidad.

³⁵ As. 286/1982, Sentencia de 31 enero 1984.

³⁶ As. C-63/1999, Sentencia de 27 septiembre 2001.

rechazado por las autoridades británicas. Éstas últimas mantenían la tesis de que el acuerdo de asociación *sólo confiere derechos al inmigrante legal, pero no al ilegal* que ha entrado de modo fraudulento en el país. No puede ocultarse el interés de tesis semejante para las autoridades de inmigración de todos los EE.MM. con fronteras exteriores en la UE, pues conocida es la tendencia del inmigrante a entrar para intentar forzar la concesión de un permiso a partir de una situación de hecho.

Es probablemente aquel ánimo fraudulento –motivado a su vez, quizá con cierto fundamento, por la desconfianza del inmigrante en que las autoridades inglesas aplicaran correctamente los términos del acuerdo en una época anterior a la actual jurisprudencia favorable– el que influye en la matizada jurisprudencia comunitaria en este caso, pues el Tribunal lleva a cabo equilibrios en la cuerda floja para proclamar, de un lado, el posible ejercicio del derecho de establecimiento y su particular alcance, pero sin disminuir, de otro, la posibilidad de condicionar y de ejercer facultades de control, del Estado miembro.

La construcción del Tribunal es compleja y se basa en el principio de Derecho internacional que autoriza al Estado a establecer una diferencia de trato entre nacionales y extranjeros, que lleva como corolario el de prohibir que un Estado niegue la entrada en su territorio a sus propios nacionales, mientras que sí puede prohibirla a los extranjeros. El Tribunal desarrolla ese principio considerando implícitamente como nacionales al resto de los comunitarios, mientras que sigue considerando extranjeros a los nacionales de terceros Estados vinculados por un acuerdo de asociación. A partir de ahí razona que: «la extensión de la interpretación de una disposición del Tratado a una disposición, redactada en términos comparables, similares o incluso idénticos, que figure en un acuerdo concluido por la Comunidad con un país tercero, depende, en especial, de la finalidad perseguida por cada una de dichas disposiciones en su propio marco». Dicho lo cual, y teniendo en cuenta las respectivas finalidades del TCE y el acuerdo de asociación, respectivamente, concluye que los términos del artículo 44.3 del Acuerdo confieren un derecho de admisión y de estancia, como corolarios del de establecimiento, a los nacionales polacos, pero que su alcance no es idéntico al conferido a los nacionales de un Estado comunitario por el artículo 52 TCE.

Así pues, en el contexto examinado, el ejercicio de tal derecho puede ser modulado por la norma nacional, conforme a la cual, «las autoridades competentes del Estado miembro de acogida pueden denegar una solicitud presentada con arreglo al artículo 44, apartado 3, de este Acuerdo por el mero hecho de que, al presentar esa solicitud, el nacional polaco residía *ilegalmente* en el territorio de ese Estado» (Conclusión 4^a). Una vez contentado al Estado miembro parte en el litigio principal –y el resto de los que tengan problemas similares en la aplicación de su normativa– el TJCE apunta una solución para el inmigrante al afirmar que (las autoridades competentes del Estado miembro) «pueden exigir que este nacional presente *una nueva*

solicitud formal de establecimiento basada en dicho Acuerdo, solicitando un visado de entrada ante los servicios competentes de su Estado de origen o, en su caso, en otro país, *siempre y cuando dichas medidas no impidan que se vuelva a examinar posteriormente la situación de tal nacional cuando presente la nueva solicitud*» (Conclusión 4ª).

A su vez, el Asunto *Barkoci y Malik*³⁷, aporta una variante de gran interés –esta vez en pro de los particulares– pues, el Tribunal deja sentado que «la obligación de obtener en el país de residencia, con anterioridad a la salida hacia el Estado miembro de acogida, un permiso de entrada cuya expedición está sujeta a la comprobación de requisitos materiales como los previstos en el artículo 212 de las *Immigration Rules* británicas no tiene por finalidad ni por efecto hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio, por parte de nacionales checos, de los derechos que les concede el artículo 45, apartado 3, del Acuerdo de Asociación, en la medida en que las autoridades competentes del Estado miembro de acogida ejerzan su facultad de apreciación respecto a las solicitudes de admisión con propósito de establecimiento, presentadas con arreglo al Acuerdo en el lugar de llegada a ese Estado, de tal manera que pueda concederse una autorización de entrada a un nacional checo por un motivo distinto al de las *Immigration Rules*, si la solicitud de este último cumple clara y manifiestamente los mismos requisitos materiales que habrían sido aplicables si hubiera solicitado un permiso de entrada en la República Checa» (Conclusión 4ª).

VIII. EL ÁMBITO MATERIAL DE LOS ACUERDOS: LA ACTIVIDAD «PROSTITUCIÓN» COMPARADA CON OTRAS

Procede examinar ahora si la prostitución ejercida por cuenta propia puede considerarse una «actividad económica por cuenta propia», en el sentido del término incluido en los acuerdos de asociación. Los precitados artículos describen las *actividades económicas* como: «las actividades de carácter industrial, comercial y artesanal, así como las profesiones liberales». Es posible que el Tribunal, sin estirar mucho los vocablos mencionados, hubiera po-

³⁷ As. C-257/1999, Sentencia de 27 septiembre 2001 Julius Barkoci, y Marcel Malik son *gitanos*, razón por la cual –afirman– no pueden encontrar trabajo en su país y solicitan la concesión de un estatuto de refugiado político en Gran Bretaña, que les es denegado. Inicialmente detenidos durante el examen de su expediente, son luego puestos en libertad bajo fianza, pero no expulsados (obsérvese la manera de burlar la ley británica, también utilizada por la señora *Kondova*). El señor Barkoci, solicita su admisión para establecerse como jardinero por cuenta propia; el señor Malik con el fin de prestar servicios de limpieza doméstica y comercial. El agente del servicio de inmigración comprobó que las solicitudes cumplían clara y manifiestamente los requisitos de las *Immigration Rules*. Sin embargo, tras las entrevistas correspondientes, los funcionarios de inmigración dudaron de la viabilidad financiera y del carácter autónomo de tales actividades. Además el señor Malik se mantenía a base de las prestaciones sociales. Por tales razones (aunque *de facto* estaban ya dentro) se les denegó el permiso de entrada, resolución recurrida en el litigio principal.

dido catalogar la prostitución como una actividad «artesanal»³⁸, pero por si acaso, prudentemente prefiere acogerse a la cláusula residual que indica el carácter abierto de la anterior enumeración³⁹. Así, descubre el intérprete comunitario el dato de que en todas las versiones idiomáticas de los mencionados acuerdos, excepto en la española y la francesa, se añade a la enumeración reproducida una palabra traducible como «en particular»⁴⁰, «principalmente», o «especialmente», capaz de expresar «la intención inequívoca de las partes», *de no limitar* exclusivamente a las allí enumeradas el concepto de actividades económicas.

Por esta razón decide la válida inclusión entre las mismas de la actividad prostitución, partiendo de que «se trata de una actividad por la que el prestador satisface, con carácter oneroso, una demanda del beneficiario sin producir o ceder bienes materiales»⁴¹. A todo ello añade el TJCE la consideración de que, «lejos de estar prohibida en todos los Estados miembros, la prostitución se tolera e incluso se regula en la mayoría de dichos Estados y, en particular, en el Estado miembro de que se trata en el procedimiento principal». Hay que acoger favorablemente tal interpretación, pues en este primer combate entre la no discriminación y la excepción de buenas costumbres (orden público), vence claramente la primera, sin que la moralina diseminada por una de las partes en el proceso principal surta el menor efecto en el recto ánimo del órgano de Luxemburgo.

Por otra parte, no carece de interés comparar la actividad sexual remunerada con la actividad deportiva, al hilo de la jurisprudencia comunitaria. Sin duda el asunto más relevante de la pasada década en la materia fue la Sentencia *Bosman*⁴², dictada en un asunto de gran complejidad, cuya trascendencia en la actividad futbolística profesional fue considerable, pues a raíz de la misma se levantó la prohibición que hasta entonces pesaba de alinear tan sólo un determinado número de extranjeros (aunque fueran nacionales

³⁸ Por motivos de simplificación quizá, el representante del Reino Unido defendió a lo largo del procedimiento la posibilidad de interpretar que la prostitución constituía una actividad «comercial». No se planteó, por el contrario, que pudiera constituir una actividad artesanal.

³⁹ En el As. *Kondova* (C-235/1999, de 27 febrero 2001), la actividad era «limpiadora por cuenta propia», esto es, una actividad no industrial, comercial, ni artesanal, ni tampoco ligada al ejercicio de una profesión liberal.

⁴⁰ Expresión («en particular») que sí figura en la versión española del art. 50 («ex» 60) TCE.

⁴¹ La definición hubiera podido ser más matizada, en tanto en cuanto, con independencia de que se produzcan o cedan ciertos *bienes materiales* (susceptibles asimismo, en otro contexto, de una valoración económica) la habitual cesión de los mismos no es el elemento central de la transacción, como demuestra el dato de que es asimismo el cedente, y no la cesionaria, quien retribuye la actividad que suele producir como resultado la cesión del bien. Cabría por tanto precisar que la *actividad* genera una *obligación de comportamiento*, a cambio del cual se percibe la remuneración, con independencia del resultado usualmente alcanzado mediante tal comportamiento.

⁴² Véase la nota núm. 2.

de otro Estado miembro) en el once titular⁴³. En *Bosman* se considera que «la práctica del deporte sólo está regulada por el Derecho comunitario en la medida en que constituye una actividad económica en el sentido del artículo 2 del Tratado, como sucede en el caso de la actividad de jugadores de fútbol profesionales o semiprofesionales, puesto que estos ejercen una *actividad por cuenta ajena o efectúan prestaciones de servicios retribuidas*» (La cursiva es nuestra). Obsérvese, sin embargo, que en tanto en cuanto el ejercicio de un deporte constituya actividad remunerada y por tanto posea una repercusión económica, al Tribunal poco le importa que se lleve a cabo por cuenta ajena (que será lo habitual en los casos en los que el deportista «fiche» por un club) o por cuenta propia, como podría ser el caso de boxeadores, tenistas o esquiadores.

Cosa diferente es la relativa al ejercicio de la prostitución, pues los beneficios del derecho comunitario *no se extienden a la ejercida por cuenta ajena*. Con lo cual, la actividad beneficiada por el pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo es únicamente la llevada a cabo por cuenta propia y con carácter autónomo, sin que exista una relación de dependencia o subordinación respecto a un proxeneta. Ahora bien, ¿cómo distinguir ambos supuestos, o bien, cómo impedir que la actividad por cuenta ajena se encubra en este caso bajo la apariencia de ficticia autonomía?

En relación con ello, el órgano jurisdiccional remitente se plantea, en la tercera cuestión prejudicial: «si las personas que ejercen tal actividad disponen de libertad para actuar y si, por consiguiente, no son en realidad partes de relaciones laborales por cuenta ajena encubiertas». A ello responde el Tribunal que: «Las dificultades que pueden encontrar las autoridades competentes del Estado miembro de acogida a la hora de controlar (...) no pueden permitir que tales autoridades presuman de una forma definitiva que toda actividad de este tipo implica que el interesado es parte de una relación laboral por cuenta ajena encubierta y, por consiguiente, rechacen una solicitud de establecimiento⁴⁴ únicamente porque la actividad que se desea ejercer se lleva a cabo generalmente por cuenta ajena».

IX. LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Por otra parte, la espada de Damocles de la moral, técnicamente expresada

⁴³ «Dichas normas son contrarias al *principio de prohibición de discriminación* por razón de nacionalidad con respecto al empleo, la retribución y las condiciones de trabajo, y poco importa al respecto que no afecten al empleo de dichos jugadores, que no está limitado, sino a la posibilidad de sus clubes de alinearlos en un partido oficial, ya que, en la medida en que la participación en tales encuentros constituye el *objeto esencial de la actividad* de un jugador profesional, es evidente que una regla que la limita restringe también las posibilidades de empleo del jugador afectado» (las cursivas son nuestras).

⁴⁴ Con un poco de imaginación, las posibilidades que ofrece el mundo del derecho son amplias. Por ejemplo, ¿por qué descartar que —puesto que el derecho reconocido es precisamente el de establecimiento— que un grupo de prostitutas decida asociarse consti-

mediante la cláusula «orden público, seguridad y salud públicas» (artículo 46 –«ex» 56– TCE), pende como freno a la ortodoxa consideración legal de tales actividades. No obstante, resulta difícil sostener que exista una auténtica noción comunitaria de orden público, cuando ni siquiera la Directiva 64/221/CEE, adoptada con el fin de intentar una armonización en la materia, llegó a definirlo. Tampoco sería fácil inducir de las tradiciones constitucionales y legislativas de los EE.MM., un concepto de general aplicación. Por otra parte, es evidente que la moral y el orden público son conceptos sujetos a una evolución histórica que, afortunadamente, va cambiando su contenido al hilo de la evolución social subyacente. No se puede decir, por tanto, que el Derecho comunitario imponga una determinada escala de valores a los Estados miembros, como acertadamente afirma el Tribunal.

Así pues, no parece existir una auténtica noción comunitaria de *orden público*. En realidad, en la recurrida decisión del Secretario de Estado de Justicia en el asunto *Jany* se utiliza un concepto próximo y quizá más sutil, como es el de la «no aceptación social» de tal actividad (¿las «buenas costumbres»?). Literalmente: «debido a que la prostitución es una actividad prohibida o, al menos no se trata de una *forma de trabajo socialmente aceptada* y no puede considerarse un trabajo regular ni una profesión liberal...». Conviene tener en cuenta, sin embargo, que la realidad social en un municipio –como Amsterdam– en el que determinadas formas de prostitución –como la prostitución de escaparaté y la prostitución en la calle– están autorizadas, e incluso se encuentran reguladas en disposiciones municipales que delimitan «zonas» para su ejercicio, difiere claramente de la concepción que intenta hacer prevalecer el Secretario de Estado holandés en su argumentación.

Frente a tales argumentos, el razonamiento del Tribunal se centra en reiterar su jurisprudencia en la materia, según la cual, los requisitos para la aplicación de la excepción de orden público exigirían la existencia de *una amenaza real y suficientemente grave* procedente de una persona, que afecte a un interés fundamental de la sociedad⁴⁵. Conviene recordar a este respecto, que hace veinte años se sentó un primer precedente negativo respecto a la aplicación de la excepción de orden público a la prostitución en el Asunto *Adoui y Cornuaille*⁴⁶.

Y asimismo que, en jurisprudencia mucho más reciente, el Tribunal ha manifestado, por ejemplo, que no basta el haber sido condenada por tenencia ilícita de estupefacientes para consumo personal (*Donatella Calfa*⁴⁷) para impedir la residencia del nacional de un Estado miembro en territorio de otro; o bien, que no basta tampoco el haber sido condenado, una sola vez, por

tuyendo una cooperativa, si la legislación del Estado miembro lo permite, o al menos, no lo prohíbe a los propios nacionales?

⁴⁵ VALLEJO LOBETE, E.: «Las excepciones a las libertades de establecimiento, circulación de personas y servicios motivadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas», *GJUE y C*, 1999, D-30, pgs. 129-170.

⁴⁶ Asuntos acumulados 115 y 116/1981, Sentencia de 18 mayo 1982.

⁴⁷ As. C-348/1996, Sentencia de 19 enero 1999.

tráfico de estupefacientes a pequeña escala, para denegar la estancia si durante el período de libertad condicional se busca un trabajo (*Nazi*⁴⁸), afirmación efectuada ya en el contexto del Acuerdo de Asociación con Turquía.

Así pues, el factor clave sigue siendo el principio de no discriminación. Si el mismo comportamiento procedente de un nacional no provoca la adopción de medidas represivas por parte del Estado Miembro, es que no existe una verdadera amenaza real y suficientemente grave que justifique la aplicación de la excepción de orden público. Dicho de otro modo, que en la antítesis básica que da pie al título de este comentario, prevalecería el principio igualdad frente a la alegación paralizadora *contra bonos mores* por parte de los guardianes de la moral ciudadana en cada Estado miembro.

X. LA DIFÍCIL TAREA DEL JUEZ ORDINARIO

Precisa el TJCE que es al juez nacional a quien corresponde «*comprobar en cada caso (...) si la prostitución se ejerce de manera independiente*». En una primera lectura podría entenderse que el órgano de Luxemburgo recomienda a su colega interno que se erija en instructor y averigüe directamente hasta qué punto es realmente independiente y autónomo el ejercicio de la *actividad* en cada supuesto de hecho que llegue a su conocimiento judicial. Lo cierto es que una investigación tan directa podría no ser bien entendida por los medios de comunicación del país en el que ejerce sus funciones el magistrado. Sin embargo, una lectura más detenida descubre que la recomendación en realidad efectuada se limita al mero cotejo de información obtenida por otros, «habida cuenta de las pruebas que se le presenten». Quizá la visión de los vídeos eventualmente grabados por la policía y alguna testifical sean suficientes para que el juez interno pueda discernir adecuadamente si la prostitución se ejerce por cuenta propia, y por tanto se beneficia de la aplicación del derecho comunitario en materia de establecimiento y servicios, o desgraciadamente se ejerce por cuenta ajena, en cuyo caso no podrá aplicar prevalentemente las normas europeas sobre las normas y actos administrativos nacionales.

Ciertamente, el ordenamiento comunitario es un ordenamiento limitado, y la labor de sus jueces viene indefectiblemente constreñida por el principio de atribución de competencias. Tan pronto la interpretación extensiva de ciertos parámetros se produce, surgen críticas acerbas tildando a los responsables de «activismo judicial»⁴⁹, más allá de los adecuados contornos de su función. Es pues difícil llevar a cabo una interpretación más generosa e igualitaria de la norma, en las concretas circunstancias jurídicas actuales, que la llevada a cabo por el TJCE en el Asunto *Jany*. Pero, aun siendo cierto lo anterior, una vez más vemos cómo el papel más difícil de ejecutar para una acertada solución del problema examinado corresponde al juez ordina-

⁴⁸ As. C-340/1997, Sentencia de 10 febrero 2000.

⁴⁹ JIMÉNEZ DE PARGA, P.: *El derecho a la libre circulación de personas físicas en la Europa comunitaria*, Ed. Tecnos. Madrid, 1995.

Antonio Fernández Tomás

rio, de cuya apreciación de unas pruebas que –puestos a pensar mal– también podrían ser falseadas, va a depender la concesión de los derechos de estancia y residencia de las personas en cuestión frente a la resolución interna contraria. Hay que esperar que la interpretación de los jueces ordinarios, en caso de duda, siga asimismo el camino de la generosidad.

Es de temer, sin embargo, que ese margen de apreciación se emplee de modo poco uniforme en el conjunto de los quince, pues no es fácil encontrar en otros Estados normativas tan tolerantes como las municipales de Amsterdam. Y sólo habiendo preceptos internos, respecto de cuya desigual aplicación quepa alegar contrariedad con el principio de no discriminación, tendría pleno efecto la doctrina judicial sentada en el Asunto *Jany*.

XI. CONCLUSIÓN

Estamos en un campo abonado para la discrecionalidad judicial. Y bueno es que ese margen se aproveche para dictar una jurisprudencia progresiva, capaz de beneficiar al menos a un determinado nuevo colectivo: el de las nacionales de terceros Estados con acuerdo de asociación concertado con la CE. Es así como se demuestra que la extensión del ámbito personal del derecho de establecimiento a nacionales de terceros Estados cubiertos por un acuerdo de asociación, no es ya una premisa teórica⁵⁰, sino un dato real. No obstante, lo que no es justo es que la expulsión del paraíso comunitario –debida a un pecado tan poco original– recaiga sólo sobre la pecadora extranjera, no comunitaria, ni nacional de un tercer Estado que tenga concertado un acuerdo de asociación o de cooperación con la Comunidad, pues esa «solución» –con independencia de su ajuste a la estructura y la literalidad del DCE– es socialmente absurda y profundamente discriminatoria en términos de derechos fundamentales de la persona.

Sin duda debería prevalecer en la materia que nos ocupa el principio de no discriminación, pero entendido en un sentido aún más amplio que el hasta ahora habitual en el derecho comunitario, pues la construcción basada en razones subjetivas ligadas a la nacionalidad debería tener un límite en los derechos fundamentales de la persona, restringidos de lo contrario mediante una aplicación lineal de la norma. Así pues, quizá en el futuro la jurisprudencia del TJCE debería buscar su apoyo en los principios generales que constituyen la base de los derechos fundamentales de la persona para seguir avanzando peldaños en la construcción de una jurisprudencia cada vez más igualitaria, tanto en relación con el ejercicio remunerado del sexo, como en relación con otras actividades económicas, siempre y cuando esté en juego algo que pueda calificarse de derecho fundamental.

⁵⁰ Hasta fecha muy reciente, el prof. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, J., en el capítulo relativo al derecho de establecimiento en AA VV: *Derecho Comunitario Material*, Ed. McGraw-Hill. Madrid, 2000, pg. 109, afirmaba: «Por último, *al menos teóricamente*, podrán también ser beneficiarios del derecho de establecimiento los nacionales de terceros Estados con los que la Comunidad haya celebrado un Tratado de asociación...» (las cursivas son nuestras).

En ese sentido, ya en 1982 la Sentencia *Adoui y Cornuaille* marcó el primer hito de una jurisprudencia progresiva en la materia, igualando a las migrantes francesas y a las nacionales belgas ejercientes del oficio en Lieja. Casi veinte años después, el Asunto *Jany* señala el segundo mojón del camino, igualando a las polacas y a las checas cubiertas por un acuerdo de asociación, con las nacionales de cualquier país comunitario, en el libre ejercicio llevado a cabo en Amsterdam. Ciertamente, sería muy deseable que no tuvieran que transcurrir otros veinte años para que gobernantes y jueces (europeos y nacionales) tuvieran a bien no discriminar la situación de las señoras prostitutas nacionales de un Estado miembro (o de un Estado asociado firme candidato a una próxima adhesión) con la de las pobres magrebíes, subsaharianas, latinoamericanas o asiáticas, pues resulta carente de toda lógica no estrictamente jurídica, que el orden, la seguridad y la sanidad públicas, se rijan por un criterio geográfico o étnico, cuya políticamente correcta apariencia se traduzca en el requisito de la nacionalidad, pues en última instancia, tan fino matiz jurídico encubre un planteamiento más bien xenofobo.

El problema radica en qué instrumentos de técnica jurídica pueda emplear el Tribunal, sin salirse de sus competencias, para lograr unos fines que probablemente desea. Y quizá no esté demás un cierto ejercicio de imaginación, aprovechando que, como ha podido manifestar el propio profesor Rodríguez Iglesias, la construcción conceptual de los derechos fundamentales en la Unión Europea no está dogmáticamente elaborada⁵¹. Así es, sin duda. Y entonces, ¿por qué no apreciar efectos más amplios en el principio de no discriminación, quizá junto al de proporcionalidad, de tal modo que, cuando de su aplicación o no aplicación se deriven consecuencias ligadas a la *dignidad humana*, la propia idea de Comunidad de Derecho, basada en unos inalienables principios, de los que forma parte el de respetar los derechos fundamentales, sirva para exigir la cobertura de unos mínimos ligados a la dignidad de la persona, con independencia de su nacionalidad?

No cabe duda de que podrían existir argumentos en contra inyectados de moralina, como por ejemplo, que la *actividad* en cuestión no es precisamente una de las más relevantes para la dignidad humana. Ahora bien, ello depende precisamente de cómo se ejerza la *actividad*, pues si se ejerce de modo dependiente y por cuenta ajena, acompañada de coacciones y maltratos, sí es profundamente denigrante para quien la sufre, mientras que no

⁵¹ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: «Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo», *GJUE y C*, mayo 1999, pg. 17, nota al pie núm. 28.: «Es interesante subrayar que, en el derecho comunitario, el concepto de derecho fundamental no es un concepto normativo, en el sentido de que no está dogmáticamente elaborado ni es posible determinar con exactitud las consecuencias jurídicas que se asocian a la calificación de un determinado derecho como fundamental. A este respecto resulta ilustrativo, en el orden terminológico, el hecho de que con mucha frecuencia el Tribunal de Justicia tutela derechos de los particulares sobre la base de un principio general de derecho tal como el de la proporcionalidad o el de la confianza legítima sin calificarlos como derechos fundamentales».

Antonio Fernández Tomás

tiene por qué serlo, al menos necesariamente, si se ejerce voluntaria e independientemente. Y si ubicar a la *señora* en cuestión en un casillero denigrante, o por el contrario en otro mínimamente digno, puede depender de la aplicación o no de los beneficios derivados del DCE a su supuesto de hecho, ¿no sería siempre más justa y humanitaria una interpretación extensiva de los principios generales adecuados?