



La salud y el orden público como límites a la libre prestación de servicios: el caso de los *Coffee Shops*

19 de Mayo de 2015.

Joaquín Sarrión Esteve
PhD. Eur. en Derecho de la UE, U. de Bolonia.
Profesor Ayudante Doctor
Departamento de Derecho Administrativo y Procesal
Universidad de Valencia.

joaquin.sarrion@uv.es

Sumario

1. Motivación.

2. El caso Josemans o de los *Coffee shops*.

3. Algunos problemas que suscita la sentencia.

1. Motivación

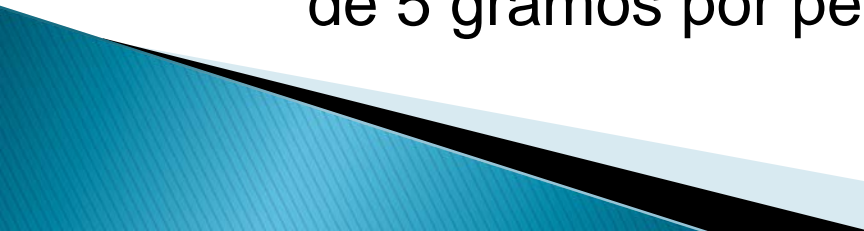


➤ Aunque la posesión, comercio, cultivo, transporte, fabricación, importación y exportación de estupefacientes, incluido el cannabis está prohibido (Opiumwet 1976), los PB aplican una política de tolerancia respecto a la venta y al consumo de cannabis, en el marco de las instrucciones del Colegio de Fiscales Generales (*College van procureus-general*) para llevar a cabo una política represiva selectiva, que permite dar prioridad a la represión de los delitos considerados más peligrosos (*Nederlande Staatscourant* 1980 n. 137, *Nederlandse Staatscourant* 1994 n 203, *Nederlandse Staatscourant* 1996 n 187) [Fza ley Concl. A. G. apartado 49]

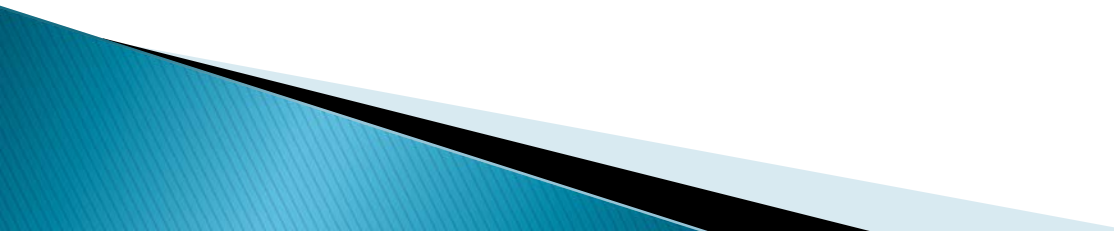
➤ Consecuencia de esta política de tolerancia es la proliferación de *coffee shops*, como empresas de restauración, en los que se vende y consume cannabis (mientras está prohibida la en las mismas la venta de bebidas alcohólicas).

✓ Licencia de explotación local. Requisitos de gestión e higiene aplicables a los demás establecimientos de restauración + condiciones previstas en las instrucciones del Ministerio Fiscal (*Openbaar Ministerie*) llamados criterios “AHOJG”

•Criterios “AHOJG”

- A (affichering): la droga no puede ser objeto de publicidad
 - H (hardrugs): no puede venderse ninguna droga dura
 - O (overlast): no puede causar molestias
 - J (jeugdigen): prohibición de vender droga a menores de 18 años, así como su acceso a los locales.
 - G (grote hoeveelheden): prohibición de vender más de 5 gramos por persona en cada transacción.
- 

1. Motivación.

- Corresponde a las Autoridades locales la aplicación de esta política de tolerancia (alcalde, fiscal y jefe de policía) que puede ser más restrictiva.
 - En este marco la corporación local (Gemeenteraad) de Maastricht decidió restringir las condiciones de los *coffee shops* por las molestias causadas por el turismo de droga:
 - ✓ Los 14 *coffee shops* del municipio atraían aprox. a 10.000 visitantes al día, 74.000 cada semana y 3,9 millones al año. El 70% de ellos no residían en los Países Bajos.
 - ✓ El 82% de los habitantes de Maastricht sufrían molestias considerables por el flujo de turistas de droga.
- 

➤ Se introduce en el Reglamento General de Policía del Municipio de Maastricht (*Algemene plaatselijke verordening*) la prohibición de que el gerente de un *coffee shop* admita en el establecimiento o deje permanecer en éste a personas que no sean residentes (arts. 2.31.3 e y 2.3.1.1).

➤ Residente: personas que tengan residencia efectiva en los Países Bajos (art. 3.2.1.1 párrafo primero letra e)



- ❖ Principio de no discriminación por razón de nacionalidad
- ❖ Libre prestación de servicios

1. Motivación.

❖ Prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad (art. 18 TFUE, antiguo art. 12 TCE). Ámbito de aplicación DUE.

✓ Derecho de circulación y residencia (art. 21 TFUE antiguo art. 18 TCE + art. **45 CDFUE**). Pero CDFUE entrada en vigencia 1 dic. 2009.

✓ Libre prestación de servicios (art. 56 TFUE, antiguo art. 49 TCE). Puede ser invocado por una empresa que preste servicios a destinatarios establecidos en otro EM, que tendrán derecho a desplazarse a otro EM para beneficiarse en él de un servicio

▪ Restricciones basadas en razones de **orden público, seguridad y salud pública** (art. 52 TFUE , antiguo art. 46 TCE)

2. El caso Josemans o de los *Coffee shops*

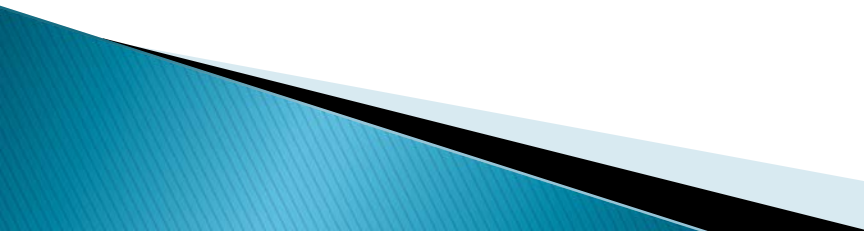
2. El caso Josemans o de los Coffee shops (16 diciembre de 2010, C-137/09)

➤ El Sr. Josemans explotaba un *coffee shop*, *Easy Going*, desde 1994, en el que además de cannabis ofrecía también **otros alimentos y bebidas no alcohólicas**. En dos controles realizados en 2006, la policía comprobó que ciudadanos de la Unión que no residían en PB habían sido admitidos en dicho establecimiento. El Alcalde de Maastricht decidió cerrar temporalmente dicho establecimiento (res. de 7 de septiembre de 2006)

➤ Tras una infructuosa reclamación, el Sr. Josemans interpuso un recurso ante el tribunal de distrito de Maastricht, que derogó la decisión del Alcalde al considerar que la prohibición de admitir en los *coffee shops* a personas no residentes en los PB constituye una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad contraria al art. 1 de la Constitución holandesa, pero no contraria al Derecho de la Unión.

✓ El comercio de estupefacientes no está incluido en el ámbito de aplicación de los Tratados (Sentencias de 5 de julio de 1988, *Happy Family*, C-289/86, y de 29 de junio de 1999, *Coffeeshop "Siberië"*, C-158/98).

2. El caso Josemans o de los Coffee shops

- Ambos recurren en apelación.
 - ✓ El Alcalde de Maastricht impugna la interpretación de la Constitución holandesa.
 - ✓ El Sr. Josemans alega una desigualdad de trato injustificada entre los ciudadanos de la Unión, porque las personas no residentes en los PB ven denegada la posibilidad de adquirir productos legales en los PB, y eso infringiría el Derecho UE.
 - El Tribunal competente (*Raad van State*) decidió suspender el procedimiento y plantear varias cuestiones prejudiciales.
- 

2. El caso Josemans o de los Coffee shops

➤ **Cuestiones prejudiciales:**

- 1) La normativa controvertida, ¿está comprendida total o parcialmente en el ámbito de aplicación del TCE, y en particular del principio de libre circulación de mercancías y/o libre prestación de servicios o bien del principio de no discriminación?
- 2) En caso de ser aplicables las disposiciones sobre libre circulación de mercancías y/o libre prestación de servicios, ¿la prohibición es un medio adecuado y proporcionado para reducir el turismo de la droga y las molestias que éste conlleva?
- 3) En caso de no ser aplicables éstas (carácter subsidiario) es aplicable la prohibición de discriminación entre ciudadanos de la UE por razón de nacionalidad (arts. 12 en relación con el 18 TCE); y 4) si la respuesta es afirmativa, ¿está justificada la distinción indirecta por residencia y es la prohibición un medio adecuado y proporcionado para reducir el turismo de la droga y las molestias que éste conlleva?

➤ Respuesta TJUE:

➤ **La introducción de estupefacientes** que no estén comprendidos en el circuito rigurosamente controlado (utilización para fines médicos y científicos) **en el circuito económico y comercial de la Unión está prohibido** (apartados 33-41); por lo que **no se puede invocar ni las libertades económicas** (mercancías, y prestación de servicios), **ni el principio de no discriminación por razón de nacionalidad** (apartado 42)


✓ Legislación de los EEMM,

✓ Convenios Internacionales

✓ **Decisión Marco 2004/757**, art. 2. 1e. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas intencionales relativas a la oferta, oferta para la venta, distribución, venta, entrega y corretaje de drogas (sin incluir la actuación exclusivamente con fines de consumo personal); y **Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen 1985**, que en el art. 71.1 dispone que las partes se comprometen a adoptar, todas las medidas necesarias para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes (de conformidad con los convenios internacionales)

➤ Respuesta TJUE:

- **No impide esta conclusión la política de tolerancia de los PB (apartado 43)**
- Consecuentemente el tema relevante es **la afectación de la comercialización de bebidas no alcohólicas y alimentos en los *coffee shops***(apartados 44 y ss.) que sí entran en el ámbito de aplicación de las libertades económicas de circulación.
 - ✓ Actividad secundaria pero que supone entre el 2.5% y el 7.1% del volumen de negocio de los *coffee shops* de Maastricht (apartado 46)
 - ✓ Se trata de una actividad comprendida en el ámbito de las libertades de circulación, pero el TJUE analiza la afectación de la libre prestación de servicios dado que la de mercancías es secundaria a la misma (apartado 50)
 - ✓ No es aplicable el principio de no discriminación del art. 12 en relación al 18 TCE dado que en el ámbito de la libre prestación de servicios está previsto de forma específica en el art. 49 TCE.

- El principio de igualdad de trato que está expresado de forma particular en el art. 49 TCE, prohíbe la discriminación basada en la nacionalidad, pero también cualquier otra forma de discriminación encubierta conducente al mismo resultado, como puede ser una distinción basada en el criterio de a residencia al producir efectos principalmente en perjuicio de los nacionales de otros Estados miembros (apartados 58 y 59)
 - Restricción a la libre prestación de servicios. Análisis de la justificación objetiva (orden público, seguridad pública, salud pública, lucha contra el turismo de droga)
 - Adecuación para garantizar la realización del objetivo y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo
 - Si responde verdaderamente a la voluntad de hacerlo de forma congruente y sistemática
 - ✓ Josemans cuestionó esto porque la citada normativa se reduce a los *coffee shops*.
 - ✓ La Comisión Europea dudaba de la coherencia y necesidad de la medida.
- 

- El TJUE la considera la norma adecuada para la consecución del objetivo de la lucha contra el turismo de la droga y las molestias que éste conlleva, estando justificada (apartados 83 y 94), sin ir más allá de lo que es necesario para alcanzarlo (apartado 81).

3. Algunos problemas que suscita la sentencia

- **La práctica o la política de un Estado miembro**, incluso vinculante normativamente (las instrucciones dictadas por el Colegio de Fiscales Generales tienen fuerza de ley, Conclusiones del Abogado General, apartado 49) **no sería relevante** desde la perspectiva de la aplicación de las libertades económicas.

Apartado 43 Sentencia: “No obsta a esta conclusión el hecho de que (...) el Reino de los Países Bajos aplique una política de tolerancia respecto a la venta de cannabis aun cuando el comercio de estupefacientes está prohibido en dicho Estado miembro (...)” Ya lo había dicho en *Happy Family* (5 de julio de 1988, c-289/86).

- **La normativa es discriminatoria, pero esto no puede “por si sólo” implicar que la forma en que ésta persigue el objetivo sea incoherente: la discriminación por razón de nacionalidad puede no ser relevante.**

Apartados 76 y 77. Si bien el TJUE consideró en *Adoui y Cornuaille* (18 de mayo de 1982, 115/81, y 116/81) que un EM “no puede invocar útilmente las razones de orden público respecto a un comportamiento de un no residente en la medida en que no adopta medidas represivas u otras medidas reales y eficaces cuando sus propios nacionales tienen ese mismo comportamiento, no es menos cierto que el litigio principal se inscribe en un contexto jurídico diferente”.

✓ La comercialización de estupefacientes está prohibida en todos los EEMM, el Derecho Internacional y el Derecho UE (con la excepción del circuito controlado para fines médicos y científicos). Caso *Coffee shops*.

✓ La prostitución (con excepción de la trata) no está prohibida por el Derecho internacional o por el de la UE, y se tolera o regula en varios EEMM. Caso *Adoui* y *Cornuaille*

➤ ¿Cambiaría algo con la CDFUE?

Artículo 45 Libertad de circulación y de residencia

1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.
2. Podrá concederse libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro

➤ ¿Cambiaría algo con la CDFUE?

Artículo 52 Alcance e interpretación de los derechos y principios

1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos

3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

¡Gracias por vuestra atención!

