

*Sexo, drogas y rock & roll...* en  
Luxemburgo

Ricardo Alonso García

Facultad de Derecho  
Universidad Complutense de Madrid

### ***Abstract\****

*Descripción del protagonismo de la tríada hippy de los 60 y 70 en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea vinculada al funcionamiento del mercado interior, que reclama su prolongación en el terreno del espacio de libertad, seguridad y justicia.*

*Profile of the role played by the hippie slogan "sex, drugs and rock & roll" during the 60's and 70's in the jurisprudence of the European Court of Justice regarding the development of the internal market and its potential spillover in European freedoms, security and justice.*

*Title: Sex, drugs and rock & roll... in Luxembourg*

*Palabras clave:* mercado interior, prostitución, libertad de establecimiento, actividad económica, libre prestación de servicios, libre circulación de mercancías, principio de no discriminación, comercialización de drogas "blanda", espacio de libertad, seguridad y justicia

*Keywords:* Internal Market, Prostitution, Freedom of Establishment, Economic Activity, Freedom to Provide Services, Free Movement of Goods, Principle of Non-Discrimination, Marketing of "Soft" Drugs, Freedoms, Security and Justice

---

\* La presente exposición tiene como destino el Liber Amicorum dedicado a la Dra. Elena Highton, Vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina).

Probablemente no pasara por la mente de los fundadores de las Comunidades Europeas que el Tribunal de Justicia tuviera que lidiar con la famosa tríada “sexo, drogas y rock & roll”, que tan profundamente caló como ideal de vida de los hippies en las décadas de los 60 y de los 70<sup>1</sup>, y que tan alejada podría parecer a los efectos de verse involucrada en la consecución de un “mercado común”; objetivo éste central en los orígenes de la hoy Unión Europea que, sin embargo, nunca llegó a definirse en los Tratados hasta su sustitución por el concepto de “mercado interior” en virtud del Tratado de Maastricht (1992), el cual, según proclama en la actualidad el artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, “implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados”.

No obstante, la entrada en el siglo XXI nos ha deparado importantes pronunciamientos del Tribunal de Justicia al respecto, como consecuencia no tanto de un renacimiento de la cultura hippy, como del perfeccionamiento de la efectividad del mencionado mercado interior.

Con cierta imaginación, podría haberse vaticinado alguna que otra incursión de los Jueces de Luxemburgo en el terreno del rock & roll, difundido no sólo a través de conciertos en directo, sino también, y sobre todo, de discos de vinilo primero, sustituidos después por discos compactos (“mercancías” en todo caso), y susceptible de protección por la legislación sobre propiedad intelectual.

Así, hasta el mismísimo Bob Dylan ha llegado a tener su sitio en la Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, al abordar éste, en el asunto *Sony Music Entertainment v. Falcon Neue Medien Vertrieb* (C-240/07), resuelto por Sentencia de 20.1.2009<sup>2</sup>, si la filial alemana de

---

<sup>1</sup> Según Calma Tensa (<http://calmatensa.wordpress.com>); el Abogado General del Tribunal de Justicia Poiares Maduro opina que “el acto de escribir una palabra clave en un motor de búsqueda en Internet ha pasado a ser parte de nuestra cultura y su resultado no nos resulta extraño”, de manera que, parafraseando a San Mateo, 7:7, “se asume que si uno pide, se le dará; buscad, y hallaréis”: cfr. sus Conclusiones en Google France, asuntos acumulados C-236 a 238/08), el origen de la expresión “es incierto, si bien se suele citar a Frank Zappa (guitarrista que tuvo su etapa más exitosa durante los años ‘60 y ‘70, aunque su aportación a la música durante toda su carrera es de las más importantes de la historia), existe mucha controversia al respecto. Ian Dury (cantante de rock y punk inglés) también es citado como creador de la frase, tras la publicación de su single de 1977 “*Sex and Drugs and Rock and Roll*”; aunque 1977 se aparece como un año tardío para tomarlo como origen de la frase ya que a lo largo de toda la década ya era común su uso entre las estrellas del rock, quizá este disco sirviera para terminar de popularizar su uso”.

<sup>2</sup> En opinión del Abogado General RUIZ-JARABO, plasmada en sus Conclusiones en el referido asunto, “probablemente el cantautor que sirve de trasfondo a este asunto hubiera alcanzado la fama en un círculo más restringido con su verdadero nombre: Shabtai Zisel ben Abraham, ya que procedía de una familia originaria de Odessa. Me aventuro a vaticinar que ni siquiera la traducción a un idioma europeo (Robert Allen Zimmerman) le hubiera proporcionado mayor éxito. En cambio, su alias es bien conocido por varias generaciones de aficionados

la multinacional japonesa Sony, demandante en el litigio principal ante el Tribunal Supremo alemán (Bundesgerichtshof), podía ampararse en la [Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo](#), relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, para solicitar la prohibición para la empresa demandada Falcon de reproducir o comercializar, por sí o por terceros, los fonogramas «Bob Dylan – Blowin in the Wind» y «Bob Dylan – Gates of Eden».

Mayores dosis de imaginación, en cambio, habría requerido vaticinar pronunciamientos de Luxemburgo como consecuencia de la posible vinculación con las libertades europeas de establecimiento y de prestación de servicios, del sexo practicado mediando prostitución y de la comercialización de cannabis en *coffee shops*.

No obstante, sobre esta última vinculación se centraron las cuestiones prejudiciales planteadas a Luxemburgo por el Consejo de Estado neerlandés (Raad van State)<sup>3</sup> en el asunto *Josemans* (C-173/09), resuelto por Sentencia de 16.12.2010. Y sobre la primera versó el asunto *Jany e.a. v. Staatssecretaris van Justitie* (C-268/99), resuelto por Sentencia de 20.11.2001, en respuesta a cuestiones prejudiciales también procedentes de los Países Bajos, en este caso del Tribunal de Distrito de La Haya (Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage).

Antes de exponer tales asuntos, conviene insistir en que lo llamativo de ambos consiste no tanto en el hecho de que aborden cuestiones concernientes al sexo y a la droga, como a su referida vinculación con el funcionamiento del mercado interior en términos de libertad de

---

a la música: Bob Dylan. Como Phil Collins y Cliff Richard, la obra de este cantante, devoto del poeta galés Dylan Thomas (1914-1953), del que tomó prestado el nombre de pila para convertirlo en apellido, es objeto predilecto de grabaciones que aportan pingües ganancias, lo que provoca su reproducción indiscriminada”.

El caso es que, a diferencia de Cliff Richard, cuyo nombre real es, como recuerda el propio RUIZ-JARABO, Harry Rodger Webb, antiguo líder de los «Shadows», Phil Collins, batería y voz del grupo «Genesis», después cantante en solitario, se limitó a acortar su nombre de pila (Philip David Charles). Al igual que Dylan, también Collins tiene su sitio en la Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia (asuntos acumulados C-92 y 362/92, resueltos por Sentencia de 20.10.1993, en el marco de un litigio entre el propio Phil Collins y una distribuidora de fonogramas, Imtrat, a propósito de la comercialización en territorio alemán de un disco compacto que contenía la grabación, realizada sin el consentimiento del cantante, de un concierto dado en Estados Unidos).

Y es que los “viejos rockeros” no sólo “nunca mueren”, sino que trascienden las fronteras musicales para inmortalizarse en ámbitos de activismo político (por ejemplo, Sting, Bono o Bob Geldof) o, como acabamos de ver, incluso jurídicos...

<sup>3</sup> En el ejercicio de su función contenciosa (el Raad van State ejerce una doble función: por un lado, es el supremo órgano consultivo del Parlamento y del Gobierno en el terreno legislativo y administrativo; por otro, ejerce funciones contencioso-administrativas a través de su sala jurisdiccional –Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State). Sobre la estructura y organización de los poderes judiciales nacionales, resulta de gran utilidad la obra *Les juridictions des États membres de l'Union Européene*, editada por el Tribunal de Justicia de la Unión (Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades europeas, Luxemburgo, 2009).

establecimiento y de prestación de servicios.

Así, no debe olvidarse que la no discriminación por razón de sexo, vinculada al empleo, figuraba ya en la versión original del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea<sup>4</sup>; previsión ésta, por cierto y por lo demás, que también sería objeto de pronunciamientos por el Tribunal de Justicia desde ópticas por entonces inimaginables.

Es el caso, por ejemplo, del asunto *P v. Cornwall County Council* (C-13/94), resuelto por Sentencia de 30.4.1996; o del asunto *Grant* (C-249/96), resuelto por Sentencia de 17.2.1998.

En el primero, el Tribunal de Justicia tuvo que abordar la cuestión de si la [Directiva 76/207/CEE del Consejo](#), relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, protegía a la parte demandante en el litigio principal, que trabajaba en un centro docente (dependiente de la autoridad administrativa británica competente), de su despido como consecuencia de las operaciones a que se sometió destinadas a proporcionarle atributos físicos de una mujer. Pues bien, frente a las alegaciones del Gobierno del Reino Unido y de la Comisión, intervinientes en el procedimiento prejudicial, en el sentido de que el despido de una persona debido a su condición de transexual o a una operación de cambio de sexo no constituía una discriminación por razón de sexo a efectos de la Directiva (subrayando aquél que la parte demandante habría sido igualmente despedida si anteriormente hubiera sido una mujer y se hubiera sometido a una operación a fin de convertirse en hombre), el Tribunal de Justicia declaró que el ámbito de aplicación de la Directiva no podía reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivaran de la pertenencia a uno u otro sexo, debiéndose también aplicar, en atención a su objeto y a los derechos que pretendía proteger, a las discriminaciones que tuvieran lugar, como en el caso, a consecuencia del cambio de sexo del interesado<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Cuyo artículo 119 (con una redacción que perdura sustancialmente intacta en los apartados 1 y 2 del artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, habiéndose tan solo precisado la extensión de la no discriminación al “trabajo de igual valor”) disponía:

“Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.

Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

- a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;
- b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.”

<sup>5</sup> “Tales discriminaciones”, puntualizó el Tribunal, “se basan esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo del interesado”, por lo que “cuando una persona es despedida por tener intención de someterse o haberse sometido a una operación de cambio de sexo, recibe un trato desfavorable frente a las personas del sexo al que se consideraba

En el asunto Grant, sin embargo, el Tribunal consideró que la negativa, por parte de un empresario, a conceder una reducción en el precio de los transportes en favor de la persona, del mismo sexo, con la que una trabajadora mantenía una relación estable, cuando tal reducción se concedía en favor del cónyuge del trabajador o de la persona, de distinto sexo, con la que éste mantenía una relación estable sin vínculo matrimonial, no constituía una discriminación prohibida por el artículo 119 del Tratado o por la [Directiva 75/117/CEE del Consejo](#), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

Y es que, marcando las distancias con el asunto Cornwall County Council, el Tribunal consideró que mientras en éste las discriminaciones condenadas se basaban fundamentalmente, si no exclusivamente, en el sexo de la parte demandante en el litigio principal, de modo que la discriminación por cambio de sexo debía prohibirse por la misma razón que la discriminación basada en la pertenencia de una persona a un sexo determinado, en aquél la diferencia de trato se basaba en la “orientación sexual” de la Sra. Grant; y las preferencias sexuales, según el Tribunal, no entrarían en el radio de protección frente a las discriminaciones por razón de sexo, a la luz no sólo de la interpretación por entonces generalmente admitida de los diferentes instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos fundamentales, sino también del propio Tratado, teniendo en cuenta su tenor literal y su objetivo, así como la ubicación sistemática y el contexto jurídico en el que se integraría el entonces artículo 119<sup>6</sup>.

Por otro lado, también existen pronunciamientos de Luxemburgo en los que, de una u otra forma, aflora la droga desvinculada de la cuestión específica del funcionamiento del mercado interior.

---

que pertenecía antes de la citada operación”. Por lo demás, “tolerar tal discriminación supondría atentar contra el respeto a la dignidad y la libertad a que esa persona tiene derecho y que el Tribunal de Justicia debe proteger”.

<sup>6</sup> No obstante lo cual, el Tribunal advertiría que el Tratado de Ámsterdam había previsto añadir al Tratado CE un artículo 6 A que, tras su entrada en vigor, permitiría al Consejo adoptar las medidas necesarias para la supresión de diferentes formas de discriminación, entre otras la basada en la orientación sexual. En la actualidad, tal previsión figura en los artículos 10 y 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en virtud de los cuales ésta se compromete a luchar contra toda discriminación por razón de “sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Cfr. al respecto las Directivas 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y 2004/113/CE, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios de suministro. También la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, COM (2008) 426. A los efectos de concretar supuestos de discriminación por motivos de orientación sexual contrarios al Derecho de la Unión, cfr. p.e. los asuntos Maruko (C-276/06) y Römer (C-147/08), resueltos por Sentencias del Tribunal de Justicia de 1 de abril de 2008 y 10 de mayo de 2011.

Es el caso, por poner algún ejemplo relativamente reciente, del asunto *Torresan v. OHMI - Klosterbrauerei Weissenhohe* (T-234/06), resuelto por Sentencia del Tribunal de Primera Instancia ("Tribunal General" tras la reforma de Lisboa) de 19.11.2009<sup>7</sup>, en relación con una solicitud de registro de marca comunitaria en la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) con el signo denominativo «cannabis». O del asunto *España v. Consejo* (C-342/03), resuelto por Sentencia de 10 de marzo de 2005, en el que el Tribunal de Justicia abordó el recurso interpuesto contra un Reglamento comunitario (concretamente, contra el Reglamento 975/2003/CE del Consejo, relativo a la apertura y al modo de gestión de un contingente arancelario para las importaciones de determinadas conservas de atún) por, entre otros motivos, violación de los Acuerdos preferenciales celebrados por la Comunidad Europea con los Estados ACP y con los Estados a los que se aplicaría el "régimen especial de lucha contra la producción y el tráfico de drogas".

Mayor conexión con el mercado interior representa, por ejemplo, el asunto *Hammarsten* (C-462/01), resuelto por Sentencia de 16.1.2003. El origen de dicho asunto se encuentra en la denegación por la administración sueca de salud de una autorización para cultivar el cáñamo con fines industriales, al no cumplirse las exigencias que establecía la legislación sueca sobre control de estupefacientes. Ante la petición de la fiscalía de decomisar el cáñamo industrial cultivado sin autorización por el Sr. Hammarsten, el tribunal local (tingsrätt) de Halmstad planteó a Luxemburgo la compatibilidad del referido decomiso con el Derecho comunitario, dado que, en su opinión, las plantas de cáñamo eran productos agrícolas amparados por el Tratado, y que las normas comunitarias de la organización común de mercados en el sector del lino y del cáñamo parecían permitir el cultivo de este último bajo determinadas condiciones (en particular, tratándose de especies, como el cáñamo industrial, cuyo contenido en THC -tetrahidrocannabinol- no excedería el 0,3 %).

Así las cosas, el Tribunal de Justicia, tras recordar su reiterada jurisprudencia en virtud de la cual "el establecimiento de una organización común de mercados no impide a los Estados miembros aplicar las normas nacionales que persigan un objetivo de interés general distinto de los cubiertos por la organización común de mercados, aunque dicha normativa pueda tener incidencia sobre el funcionamiento del mercado en el sector de que se trate", consideró, no obstante, que la normativa sueca relativa a los estupefacientes no perseguía un objetivo de interés general (que no era otro que la protección de la vida y la salud de las personas) que no estuviera ya cubierto por la organización común de mercados en el sector del cáñamo, al haber ésta previsto ayudas otorgadas por la Comunidad al cáñamo producido a partir de semillas de variedades que ofrecieran determinadas garantías en lo referente al contenido en sustancias embriagantes del producto cosechado (estableciendo al efecto el contenido máximo en THC, un 0,3%, admisible para que el cáñamo pudiera beneficiarse de las ayudas comunitarias).

---

<sup>7</sup> Pendiente de casación ante el Tribunal de Justicia en el momento de escribir estas líneas: cfr. asunto C-5/10 P.

Y puestos a continuar con el cáñamo<sup>8</sup>, y, en particular, con su variedad de cáñamo índico (también conocido como cannabis o marihuana), es el momento de exponer el asunto *Josemans*, al que me referí en el comienzo del presente homenaje a mi muy querida y admirada Elena Highton.

Los hechos en el litigio principal eran los siguientes: en los Países Bajos (al igual que en el resto de los Estados miembros de la Unión, siguiendo directrices de la propia Unión<sup>9</sup> y de Naciones Unidas<sup>10</sup>) está prohibida la comercialización de estupefacientes (incluidos los derivados del cáñamo, como el cannabis), con la salvedad de aquella realizada, bajo un estricto control, con fines médicos o científicos; no obstante lo cual, el referido Estado aplica, sobre la base de unas instrucciones del Colegio de Fiscales Generales, una política de tolerancia en relación con las drogas denominadas “blandas”. Tal política de tolerancia se traduce en la posibilidad de autorizar la comercialización de cannabis en *coffee shops* (donde también se puede consumir bebidas no alcohólicas y alimentos, lo cual, como veremos, tendrá su trascendencia en el pronunciamiento del Tribunal de Justicia), siempre y cuando el establecimiento en sí respete determinados requisitos<sup>11</sup> y la comercialización del cannabis, por su parte, respete asimismo

---

<sup>8</sup> También fue el cáñamo el protagonista del asunto *Países Bajos v. Comisión* (C-132/99), resuelto por Sentencia de 14.3.2002. En dicho asunto, el Estado miembro demandante impugnó una Decisión de la Comisión de liquidación de cuentas imponiendo una corrección del 50 % de los gastos declarados por el Reino de los Países Bajos en concepto de ayudas a la producción de cáñamo, sobre la base de una inspección llevada a cabo por los servicios del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola (FEOGA). Dichos servicios llegaron a la conclusión de que las superficies sembradas de cáñamo en los Países Bajos no podían beneficiarse de las ayudas concedidas, porque las plantas habían sido cosechadas durante la floración o inmediatamente después de ésta, cuando las semillas se encontraban aún en estado lechoso, lo que aumentaba el riesgo de desviación de una cosecha de cáñamo para la producción de drogas. El Tribunal de Justicia, tras asumir que era pacífico que “el cáñamo es una planta que puede representar un peligro para la salud pública”, y que era “igualmente pacífico que la normativa relativa a las ayudas para la producción de cáñamo tiene en cuenta la naturaleza sensible de dicha planta, en la medida en que establece exigencias muy estrictas por lo que respecta a los requisitos para la concesión de las ayudas y a los controles que deben efectuarse en la materia”, consideró que procedía interpretar las exigencias establecidas en la reglamentación comunitaria “de manera especialmente restrictiva”, por lo que el concepto de cosecha después de la formación de las semillas debía interpretarse “de forma que se evite al máximo que se coseche la planta cuando su contenido en tetrahidrocannabinol pueda constituir todavía un peligro para la salud pública” (por lo que no cabía admitir que la cosecha de semillas de cáñamo en estado lechoso, antes de finalizar la floración de las plantas o inmediatamente después de ésta, respondiera a la exigencia de realizar la cosecha después de la formación de las semillas resultante de la normativa europea).

<sup>9</sup> Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.

<sup>10</sup> Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas, celebrada en Viena el 20.12.1988, de la que la Unión y sus Estados miembros son Partes.

<sup>11</sup> De gestión e higiene aplicable a los demás establecimientos de restauración.



determinados criterios<sup>12</sup>.

No obstante lo cual, para combatir el turismo de la droga y las molestias por él ocasionados, el Consejo Municipal de Maastricht adoptó una ordenanza prohibiendo la entrada en los *coffee shops* del municipio a personas no residentes en los Países Bajos (según información que aportaría el Alcalde en la vista ante el Tribunal de Justicia, los catorce *coffee shops* autorizados en Maastricht atraerían aproximadamente 10.000 visitantes diarios, esto es, algo más de 3.9 millones anuales, de los cuales un 70% no residirían en los Países Bajos)<sup>13</sup>.

Así las cosas, y a raíz de actas que acreditaban que personas no residentes en los Países Bajos habían sido admitidas en *Easy Going*, un *coffee shop* regentado por el Sr. Josemans, el Alcalde declaró el cierre temporal del establecimiento en cuestión.

Impugnado el cierre, el tribunal de distrito (Rechtbank) de Maastricht no observó infracción alguna del Derecho de la Unión (al considerar, sobre la base de la doctrina del propio Tribunal de Justicia<sup>14</sup>, que el comercio de estupefacientes no estaría incluido en el ámbito de aplicación del

---

<sup>12</sup> Conocidos como "criterios AHOJG", a saber: "A ("affichering") la droga no puede ser objeto de publicidad; H ("harddrugs") no puede venderse ninguna droga dura; O ("overlast") el coffeeshop no puede causar molestias; J ("jeugdigen") se prohíbe vender droga a menores (de menos de 18 años) y debe prohibírseles el acceso a los locales; G ("grote hoeveelheden") está prohibido vender más de 5 gramos por persona en cada transacción. Asimismo, las existencias comerciales ("handelsvoorraad") de un *coffee shop* que disfruta de la tolerancia no pueden sobrepasar 500 gramos".

<sup>13</sup> A efectos comparativos con la *vis attractiva* del cannabis de Maastricht, cabe advertir que La Alhambra, conjunto monumental más visitado de España, recibió en 2008 un total de 3.096.829 de visitas, por delante del Museo del Prado (2.75 millones) y la Sagrada Familia (2.73 millones). Y en Argentina, parajes naturales tan extraordinarios como Perito Moreno o Península Valdés, rondan, respectivamente, los 500.000 y 300.000 visitantes por año.

<sup>14</sup> Concretamente, de los asuntos *Happy Family v. Inspecteur Der Omzetbelasting* (289/86) y *Coffeeshop "Siberië" v. Staatssecretaris van Financiën* (C-158/89), resueltos por Sentencias de 5.7.1988 y 29.6.1999. En ambos, el Tribunal de Justicia tuvo que abordar la cuestión de la sujeción o no al IVA (regulado por la Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios-Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme) de actividades relacionadas con la comercialización de cannabis. Mientras que en la primera, el Tribunal consideró que el tráfico ilegal de estupefacientes, que no dejaba de ser ilegal por el hecho de ser objeto de una política represiva tolerante (caso de los *coffee shops*), no quedaba sujeto al IVA (frente a la sujeción del tráfico legal estrictamente vigilado en el terreno médico y científico), en el segundo estimó que, a diferencia de la venta de cannabis en sí misma considerada, el alquiler de un emplazamiento en el que aquélla se practicaba (en el caso de autos, el *coffee shop* ponía una mesa en su establecimiento a disposición de un tercero para vender cannabis a todo cliente interesado) constituía una actividad económica sujeta al IVA, al margen de que la venta en sí fuera sancionable penalmente y de que pudiera acarrear la ilicitud del arrendamiento. En lo que ahora interesa, en ambos casos, sobre todo en *Happy Family*, el Tribunal de Justicia fue claro al estimar que los estupefacientes que no se encontraran en un circuito rigurosamente controlado por las autoridades competentes con vistas a su utilización para fines médicos y científicos estarían comprendidos, por su propia naturaleza (y con independencia, por tanto, de posibles

Derecho de la Unión), procediendo, sin embargo, a su anulación por vulneración de la Constitución neerlandesa (concretamente, de su artículo 1, conforme al cual: “Todos los que se encuentran en los Países Bajos serán, en casos iguales, tratados de igual manera. No se permitirá discriminación alguna por razón de religión, creencias, ideología, convicción política, raza, sexo o cualquier otra consideración”).

Recurrida la resolución judicial, tanto por el Sr. Josemans como por el Alcalde, ante el Raad van State<sup>15</sup>, éste activó la cuestión prejudicial europea, planteando al Tribunal de Justicia una serie de dudas acerca de la compatibilidad de la restricción del acceso de los no residentes a los *coffee shops* con la normativa de la Unión<sup>16</sup>.

El Tribunal de Justicia, basándose en su propia doctrina (manejada por el tribunal de distrito de Maastricht), llegó a la conclusión de que los estupefacientes que no se encontraran en un circuito rigurosamente controlado por las autoridades competentes con vistas a su utilización para fines médicos y científicos estarían comprendidos, por su propia naturaleza (y con independencia, por

---

políticas represivas tolerantes), en la prohibición de importación y de puesta en circulación en todos los Estados miembros.

<sup>15</sup> No hay que olvidar que, en el contexto de la Unión, puede importar, y mucho, el trasfondo de la incompatibilidad de una actividad declarada no conforme a Derecho. Así, por ejemplo y en España, un acto administrativo basado en una ley por hipótesis inconstitucional, no podría ser anulado por el juez contencioso por su propia autoridad, al retener el juez constitucional el monopolio sobre los juicios negativos de constitucionalidad, lo que exigiría el planteamiento por aquél a éste de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. Tratándose, en cambio, de una ley por hipótesis contraria al Derecho de la Unión, el juez contencioso no sólo podría, sino que debería proceder a anular el acto (y por tanto, a inaplicar la ley) por su propia autoridad (salvo que el propio Derecho de la Unión suscitara alguna duda de interpretación o validez que exigiera, según criterios del también propio Derecho de la Unión, el planteamiento a Luxemburgo de la correspondiente cuestión prejudicial).

<sup>16</sup> Pese a que, con carácter general, puede afirmarse que la cuestión prejudicial de interpretación no tiene por objeto el control de normas, lo cierto es que tal afirmación debe matizarse de inmediato, en el sentido de que constituye, en muchas ocasiones, una vía de control *indirecto* de normas no europeas, sino *nacionales*.

En efecto, aunque el actual artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión parece circunscribir la cuestión prejudicial a la existencia de una duda que surja con relación a la interpretación del Derecho europeo, abstracción hecha, pues, del Derecho nacional, desde los mismos orígenes de la Unión pudo constatarse que dicho mecanismo era con frecuencia activado en un contexto de conflicto entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional, de manera que la pretensión del juez remitente a través de la cuestión prejudicial era, en definitiva, obtener de Luxemburgo una respuesta a los efectos de poder resolver el mencionado conflicto.

Ello condujo, en la práctica, a que buena parte de las cuestiones prejudiciales se asemejen, desde la perspectiva del control judicial europeo sobre el Derecho nacional, a las acciones por incumplimiento, siendo usuales sentencias dictadas en el marco del mencionado artículo 267 en las que Luxemburgo, sin referirse abiertamente a la concreta normativa nacional, realiza indirectamente, sin embargo, un juicio de compatibilidad entre la misma y las disposiciones europeas cuya interpretación se le solicita.

tanto, de posibles políticas represivas tolerantes), en la prohibición de importación y de puesta en circulación en todos los Estados miembros; y al estar prohibida la introducción de estupefacientes al margen de del referido circuito rigurosamente controlado, un gestor de un *coffee shop* no podría invocar, *por lo que respecta a la actividad consistente en la comercialización de cannabis*, el Derecho de la Unión (concretamente las libertades de circulación o el principio de no discriminación) para oponerse a una normativa como la adoptada por el Municipio de Maastricht.

Sentado lo cual, el Tribunal de Justicia, a diferencia del Rechtbank, estimó necesario examinar si dicha normativa podía afectar, *en lo concerniente a la comercialización de bebidas no alcohólicas y alimentos*, al ejercicio de las libertades de circulación de mercancías y de prestación de servicios, o vulnerar el principio de no discriminación “por razón de la nacionalidad” en relación con el derecho a circular y residir libremente en el territorio de la Unión.

Y de las libertades y los principios europeos mencionados, todos ellos invocados por el Raad van State en el planteamiento de la cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia decidió circunscribir su examen a la posible vulneración de la *libre prestación de servicios*, habida cuenta de que: 1) Con arreglo a la legislación neerlandesa, los *coffee shops* serían establecimientos de restauración accesibles al público en los que se venden bebidas no alcohólicas y alimentos, mercancías éstas destinadas a ser consumidas *in situ*; y pese a que existirían situaciones en que los clientes compran dichas mercancías para llevar y exportar, esta última actividad, cubierta por el radio de acción de la libre circulación de mercancías, sería completamente secundaria con relación a la actividad principal de restauración, caracterizada por una serie de elementos y actos en los que predominan los servicios, cuya libre prestación desplazaría a la libre circulación de mercancías en cuanto parámetro de la normativa nacional. 2) Otro tanto sucedería con el principio de no discriminación “por razón de la nacionalidad” en relación con el derecho a circular y residir libremente en el territorio de la Unión, al encontrar ambos expresa concreción en la libre prestación de servicios (la cual, en cuanto *lex specialis*, desplazaría igualmente, en cuanto parámetro de la normativa nacional, a la *lex generalis*).

A partir de ahí, el razonamiento del Tribunal de Justicia será el siguiente: 1) La normativa neerlandesa impediría a los gestores de los *coffee shops* prestar servicios de restauración a las personas que residan en otros Estados miembros, y excluiría a estos últimos del disfrute de tales servicios, lo que constituye una forma de discriminación encubierta por razón de la nacionalidad prohibida por el Tratado. 2) El propio Tratado admite la justificación de restricciones a la libre prestación de servicios por razones de orden público, de seguridad pública y de salud pública, razones éstas presentes en el marco de la lucha contra la droga en el que se encuadraría la medida adoptada por el Municipio de Maastricht. 3) Pero la justificación, además, debe ser adecuada para garantizar el objetivo perseguido (combatir el turismo de la droga y las molestias que éste conlleva), y no ir más allá de lo necesario para alcanzarlo, exigencias ambas que respetaría la medida en cuestión, teniendo en cuenta que: a) es innegable que la prohibición de admitir a no residentes en los *coffee shops* es una medida que limita de manera sustancial el turismo de la droga y, en consecuencia, reduce los problemas ocasionados por éste; b) habría quedado demostrada la insuficiencia de medidas tales como la limitación del número de *coffee*

*shops* o de las horas de apertura de tales establecimientos, la aplicación de un sistema de tarjetas que permitirían a los clientes acceder a éstos o incluso la reducción de la cantidad de cannabis que podría adquirirse por persona, a todo lo cual cabría añadir, en relación con la posibilidad de dar a los no residentes acceso a los *coffee shops* denegándoles a la vez la venta de cannabis, la dificultad de controlar y vigilar con precisión que no se venda dicho producto a los no residentes y que no lo consuman (además de que tal enfoque, señala el Tribunal de Justicia, podría incitar al comercio ilícito o a la reventa de cannabis por residentes a los no residentes en el interior de los *coffee shops*)<sup>17</sup>.

Al igual que la venta de cannabis no era un tema absolutamente novedoso en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al resolverse el asunto *Josemans*, tampoco lo era el ejercicio de la prostitución al resolverse el asunto *Jany e.a.*

En efecto, ya en los asuntos acumulados *Adoui y Cornuaille* (115/81 y 116/81), resueltos por Sentencia de 18.5.1982, el Tribunal de Justicia tuvo que abordar la cuestión de la compatibilidad con el Derecho comunitario de la denegación, por parte de las autoridades administrativas belgas, de un permiso de residencia solicitado por las demandantes en los asuntos principales, de nacionalidad francesa; denegación que, acompañada de una orden de expulsión del territorio belga, se basó en el comportamiento de las interesadas, considerado contrario al orden público por el hecho de que ambas eran camareras en un local de mala reputación<sup>18</sup>.

Pues bien, según reza el fallo, un Estado miembro no podría, amparándose en la excepción de orden público contenida en el Tratado, “expulsar de su territorio a una nacional de otro Estado miembro o negarle la entrada en el mismo por un comportamiento que, cuando lo realizan sus propios nacionales, no da lugar a medidas represivas o a otro tipo de medidas reales y efectivas destinadas a combatir dicho comportamiento”.

Imagino que el lector habrá advertido de inmediato un cierto paralelismo entre el presente asunto y el recién expuesto concerniente al *coffee shop* regentado por el Sr. Josemans: en ambos casos nos encontraríamos ante conductas prohibidas según la legislación nacional (venta de estupefacientes

---

<sup>17</sup> Justo en el momento de escribir estas líneas, concretamente el 29.6.2011, el Raad van State acaba de resolver el litigio que está en el origen del asunto Josemans, declarando contrario a Derecho el cierre de Easy Going. Asumiendo su compatibilidad tanto con el Derecho de la Unión (sobre la base del pronunciamiento de Luxemburgo) como, frente al parecer del Rechtbank Maastricht, con la Constitución neerlandesa (dado que la medida de discriminación indirecta basada en la nacionalidad sería objetiva y razonable), el Consejo de Estado consideró, no obstante, que la Ley de Estupefacientes de 1919 (modificada en 1928 y 1976) excluiría regulaciones concernientes a la venta de drogas a través de ordenanzas municipales, omisión hecha de la propia Ley de Estupefacientes. No obstante lo cual, ello no impediría al Alcalde, basándose directamente en dicha Ley, adoptar medidas contra *coffee shops* que estimara provocan alteraciones del orden público, habida cuenta de que la misma prevé una prohibición absoluta de comercialización de drogas, incluidas las blandas.

<sup>18</sup> La legislación belga relativa a la prostitución prohibía la exhibición obscena, la inducción a la prostitución, la explotación de la misma, la posesión de un local en el que se ejerciera y la actividad de proxeneta.

y exhibición con fines de prostitución), respecto de las cuales, no obstante, las propias autoridades nacionales practicarían una política de tolerancia de la que quedarían excluidos los no nacionales o no residentes en el Estado en cuestión.

A quien desde luego no le pasó inadvertido el referido paralelismo fue a la propia Comisión europea, la cual, en sus alegaciones ante el Tribunal de Justicia<sup>19</sup>, mostró sus dudas acerca de la necesidad y coherencia de la normativa del Municipio de Maastricht, débil, a la luz precisamente de *Adoui* y *Cornuaille*, en cuanto a su fundamentación en criterios objetivos y no discriminatorios.

El Tribunal de Justicia, sin embargo, consideró que existía una importante diferencia entre ambos asuntos, rompiendo así su paralelismo para llegar a soluciones también diferentes: mientras que la comercialización de estupefacientes estaría prohibida en todos los Estados miembros, con arreglo al Derecho internacional y al de la Unión, a excepción de un comercio estrictamente vigilado de tales productos o sustancias para su uso con fines médicos y científicos, la prostitución, en cambio, no estaría prohibida por el Derecho internacional o por el de la Unión, tolerándose o regulándose en varios Estados miembros<sup>20</sup>.

Pese al referido antecedente, habrá que esperar al asunto *Jany e.a.* para encontrar un pronunciamiento del Tribunal de Justicia abordando frontalmente la naturaleza jurídica de la prostitución y su conexión con las reglas del mercado interior.

Los hechos en el litigio principal eran los siguientes: dos nacionales polacas, las Sras. Jany y Szepietowska, y cuatro nacionales checas, las Sras. Padevetova, Zcalova, Hrubcinova y Überlackerova, solicitaron permisos de residencia en los Países Bajos con la finalidad de ejercer una actividad como prostitutas por cuenta propia; desestimadas sus solicitudes por el Servicio de Inmigración y Naturalización del Ministerio de Justicia, terminaron interponiendo recurso ante el Tribunal de Distrito de La Haya (Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage), el cual decidió plantear una serie de cuestiones prejudiciales a Luxemburgo cuyo trasfondo no era otro que dilucidar la compatibilidad de tales decisiones de las autoridades neerlandesas con el Derecho europeo.

Adelanto ya que, aunque el parámetro de las decisiones nacionales impugnadas en el litigio principal eran dos Acuerdos de Asociación (de la entonces Comunidad Europea con, respectivamente, Polonia y la República Checa, hoy miembros de pleno derecho de la Unión), el

---

<sup>19</sup> Recordemos que el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia prevé la notificación de las cuestiones prejudiciales “a las partes litigantes, a los Estados miembros y a la Comisión, así como a la institución, órgano u organismo de la Unión que haya adoptado el acto cuya validez o interpretación se cuestiona”, a los efectos de la presentación de alegaciones u observaciones escritas que estimen pertinentes.

<sup>20</sup> Para una reciente presentación del panorama en Derecho comparado, dentro y fuera de las fronteras de la Unión, cfr. el Informe del Consejo de Estado (de España) sobre anuncios de contenido sexual y prostitución en prensa de 9.3.2011. Con mayor detalle, cfr. la Parte III del *Discussion Paper 0001/2009 on Sexual Offences / Adult Prostitution* de la *South African Law Reform Commission*.

pronunciamiento del Tribunal de Justicia asumió que el concepto de “actividades económicas por cuenta propia” utilizado en los mencionados Acuerdos tendría el mismo significado y alcance que el de “actividades no asalariadas” que figura actualmente en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>21</sup>, declarando al efecto que “la actividad de prostitución ejercida de manera independiente puede considerarse un servicio prestado a cambio de remuneración y, por consiguiente, está incluida en ambos conceptos”.

Disipaba así las dudas que al órgano jurisdiccional remitente le surgían “por razones de moralidad”, dado que, siguiendo con sus propias palabras, “la prostitución está prohibida en (la mayoría de) los países asociados y entraña problemas difíciles de controlar en relación con la libertad de acción y la independencia de las prostitutas”.

Por lo que se refiere a la inmoralidad, el Tribunal de Justicia, tras recordar que no le correspondía sustituir por la suya la apreciación de los legisladores de los Estados miembros en los que una actividad supuestamente inmoral se practicaba legalmente, llevó la afirmación del tribunal neerlandés acerca de la prohibición de la prostitución “en la mayoría de los países asociados” al terreno interno de la Comunidad, informándole de que lejos de estar prohibida en todos los Estados miembros, la prostitución se toleraba e incluso se regulaba en la mayoría de dichos Estados “y, en particular, en el Estado miembro de que se trata en el procedimiento principal”.

Sentado lo cual, y en lo que aquí interesa, el Tribunal de Justicia entró en el análisis, no suscitado por el tribunal neerlandés, acerca de la posible entrada en juego del orden público como excepción justificada de la libertad de establecimiento de la que, en principio, estaría llamada a beneficiarse la prostitución independiente (entendida ésta como prestación de servicios ejercida “sin que exista ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad ni a las condiciones de trabajo y de retribución, bajo responsabilidad propia y a cambio de una remuneración que se paga íntegra y directamente a quien la ejerce”).

Y, trayendo a colación el asunto *Adoui y Cornuaille*, afirmó que, “aunque el Derecho comunitario no impone a los Estados miembros una escala uniforme de valores para la apreciación de aquellos comportamientos que puedan considerarse contrarios al orden público, no cabe considerar que un comportamiento es lo suficientemente grave como para justificar la imposición

---

<sup>21</sup> Según el cual: “En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

*La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales”.*

de restricciones a la entrada o a la estancia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de otro Estado miembro si, cuando el mismo comportamiento proviene de sus propios nacionales, el primer Estado no adopta medidas represivas u otro tipo de medidas reales y efectivas destinadas a combatir este comportamiento” (puntualizando al efecto que “la prostitución en escaparate y la prostitución en la calle están autorizadas en los Países Bajos y son objeto de una normativa municipal en dicho Estado”). Lo cual no invalidaría, con carácter general, la cláusula de orden público como excepción justificada de la libertad de establecimiento o de prestación de servicios, al poder ser activada por aquellos Estados que adopten “medidas efectivas para controlar y reprimir igualmente las actividades de este tipo ejercidas por sus propios nacionales” (si bien, dicho sea de paso, no parece que ésta vaya a ser por el momento la tendencia a seguir por los Estados miembros, habida cuenta de los pingües beneficios que obtienen o podrían obtener en términos fiscales...)<sup>22</sup>.

Lejos de agotar su protagonismo en el terreno del mercado interior, la famosa tríada hippy parece también llamada a reclamar su lugar en la jurisprudencia de Luxemburgo vinculada al “espacio de libertad, seguridad y justicia”<sup>23</sup>, sobre todo a partir de la cuasi plena “comunitarización” del mismo con la reforma de Lisboa<sup>24</sup>, especialmente importante por cuanto permite adoptar a la

---

<sup>22</sup> Sin ir más lejos, estudios realizados hace diez años en los Países Bajos, Estado de 16.5 millones de habitantes protagonista de la doctrina reseñada de Luxemburgo, calcularon que el tráfico de drogas (con 3.300 millones de euros) y la prostitución (con 700 millones de euros) aportaban a su PIB aproximadamente el 1%. Según un Documento de Trabajo del Senado francés de 11.10.2000, publicado bajo el título *Le régime juridique de la prostitution féminine* y dedicado a un análisis de dicho régimen en Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Dinamarca, España, Italia, Países Bajos y Suecia, sólo España excluiría por completo de tributación los ingresos procedentes de la prostitución.

<sup>23</sup> En el Derecho Constitucional de la Unión Europea, el término “espacio de libertad, seguridad y justicia” aparece por vez primera plasmado en el [Tratado de Ámsterdam](#) (1997), que lo incorporó expresamente entre los objetivos a perseguir por la Unión Europea el de “mantener y desarrollar la Unión como un *espacio de libertad, de seguridad y de justicia*, en el que la libre circulación de personas esté garantizada conjuntamente con las medidas adecuadas relativas a los controles en las fronteras exteriores, la inmigración, el asilo y la prevención y lucha contra la delincuencia”. El objetivo en sí, sin embargo y sin emplear expresamente dicho término, se remonta al Tratado de Maastricht (1992), que consideró de “interés común” para los Estados miembros, a los efectos de la realización de los fines de la Unión, una serie de ámbitos integrantes de lo que Ámsterdam, como acabamos de señalar, bautizaría como “espacio de libertad, seguridad y justicia”. A tales efectos, se instauró una cooperación de corte intergubernamental “en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior”. Con el Tratado de Maastricht, por tanto, nace un sistema conocido como de los “tres pilares”: el primero, presidido por técnicas “supranacionales” de funcionamiento, que abarcaba el tradicional terreno comunitario, y el segundo y el tercer pilar, dedicados respectivamente a la política exterior y de seguridad común (PESC) y a los asuntos de justicia e interior (AJAI), presididos por técnicas “intergubernamentales”.

<sup>24</sup> El espacio de libertad, seguridad y justicia, tras Lisboa, se diseña como una política más a sumar a las clásicas comunitarias, con ligeras variantes en su funcionamiento que responden al alto grado de sensibilidad de los Estados miembros en la materia (así, se reconoce expresamente un importante papel al Consejo Europeo, a quien corresponde definir “las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa”; también se otorga un rol destacado a los Parlamentos nacionales, llamados a participar en los mecanismos de evaluación de la

Unión instrumentos jurídicos vinculantes dotados de primacía frente al Derecho nacional y susceptibles de ser directamente aplicados en los Estados miembros, sometidos en su elaboración y ejecución al control del Tribunal de Justicia<sup>25</sup>.

Así y por ejemplo, fue el tráfico ilícito de estupefacientes en el contexto de dicho espacio (concretamente, de la trascendental Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros<sup>26</sup>), el trasfondo del reciente asunto *Mantello* (C-261/09), resuelto por Sentencia de 16.11.2010.

Los hechos eran los siguientes: vigilado por las autoridades italianas durante algunos de sus desplazamientos, el Sr. Mantello acabaría siendo detenido por la policía de ferrocarriles al salir del tren en la estación de Catania (Italia), descubriéndosele un alijo de 155,46 g de cocaína, a resultas de lo cual fue procesado y condenado por el Tribunal de Catania mediante Sentencia de 30.11.2005.

Una vez cumplida la pena, y en ejecución de una orden emitida por el juez de instrucción del Tribunal de Catania en noviembre de 2008, el Sr. Mantello sería detenido en su domicilio por la Fiscalía de Stuttgart (Alemania). El objeto de la orden era su arresto y entrega a las autoridades italianas responsables de las diligencias penales iniciadas contra él imputándosele dos hechos: por una parte, desde el mes de enero de 2004 y hasta noviembre de 2005 habría formado parte de una organización delictiva que contaba al menos con otras diez personas, en una actividad de tráfico de cocaína organizada en Vittoria, en otras ciudades italianas y en Alemania, desempeñando no solo la función de vendedor e intermediario, sino también la de encargado del abastecimiento de cocaína y de su comercialización; por otra parte, durante ese mismo período y en los mismos lugares, sólo o con otros cómplices, habría entrado en posesión ilegal de cocaína, transportándola y vendiéndola (con la circunstancia agravante de que a través de la organización

---

aplicación de las políticas de la Unión en dicho Espacio y de las actividades de Eurojust, y en el control político de Europol; y se conserva en fin, el derecho de iniciativa de los Estados miembros en el terreno de la cooperación policial y judicial en materia penal).

<sup>25</sup> Con la salvedad recogida en el artículo 276 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión](#), según el cual en materia de cooperación policial y judicial en materia penal “el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no será competente para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior”.

<sup>26</sup> Modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. La euro-orden, como es sabido, tiene por objeto sustituir el sistema de extradición multilateral entre Estados miembros por un sistema de entrega entre autoridades judiciales de personas condenadas o sospechosas, con fines de ejecución de sentencias o de diligencias, basado en el principio de reconocimiento mutuo.



se habría suministrado cocaína a un menor).

El propio juez de instrucción del Tribunal de Catania, en respuesta a las dudas jurídicas que al Tribunal Regional Superior (Oberlandesgericht) de Stuttgart le suscitaba la ejecución de la referida orden, explicó que la Sentencia de 30.11.2005 no impedía la práctica de las diligencias a que se refería la orden y que, por tanto, no se estaba ante un caso de aplicación del principio *non bis in idem*<sup>27</sup>.

No obstante, el Oberlandesgericht decidió suspender la ejecución de la orden y dirigirse a Luxemburgo planteando si una situación en la que, en el momento de dictar una sentencia de condena *por la importación ilícita de estupefacientes*, los servicios encargados de la investigación disponían de informaciones y pruebas que reforzaban la sospecha de participación en una asociación delictiva, pero renunciaron, en interés de la investigación, a aportar esas informaciones y pruebas ante el Tribunal y a emprender diligencias penales por esta causa, no constituiría el “mismo hecho”, en el sentido de la Decisión marco, que *la participación en una asociación que tiene por objeto el tráfico de estupefacientes*.

El Tribunal de Justicia, que comenzó por aclarar que el concepto de los “mismos hechos”, en cuanto concepto autónomo del Derecho de la Unión, debía interpretarse “en el sentido de que se refiere exclusivamente a la identidad de los hechos materiales, entendidos como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido”, consideró que, “en realidad, los interrogantes del órgano jurisdiccional remitente se refieren más bien al concepto de ‘sentencia firme’ que al de los ‘mismos hechos’” (ya que en su petición de decisión prejudicial, el propio órgano jurisdiccional remitente habría indicado que, en principio, se inclinaría por considerar que los hechos en que se basaba la sentencia firme de 30.11.2005, a saber, la posesión y transporte por el Sr. Mantello, el 13.9.2005, de 155,46 g de cocaína en Catania con objeto de revenderlos, serían, habida cuenta del concepto de los “mismos hechos”, diferentes de los mencionados en la orden de detención, esto es, por una parte, los hechos acaecidos entre los meses de enero de 2004 y noviembre de 2005, relativos a la participación del Sr. Mantello en la organización delictiva como vendedor, intermediario y suministrador, y, por otra parte, los relativos a la posesión ilegal de droga en ese mismo período y en varias ciudades italianas y alemanas).

Sentado lo cual, y teniendo en cuenta que el carácter definitivo o firme de una sentencia a que se refiere la Decisión marco se definiría, a diferencia del concepto de “mismos hechos”, con arreglo al Derecho del Estado miembro donde se ha dictado la sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que “una resolución que, según el Derecho del Estado miembro que haya incoado diligencias

---

<sup>27</sup> Adviértase que entre los motivos para la no ejecución obligatoria de la orden de detención europea figura el de que “cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado miembro de condena”.

penales contra una persona, no extingue definitivamente la acción pública en el ámbito nacional para determinados hechos, en principio no puede constituir un impedimento procesal para que en otro Estado miembro de la Unión se inicien o prosigan diligencias penales por los mismos hechos respecto a dicha persona” (de manera que, al haber informado expresamente la autoridad judicial emisora –el juez de instrucción del Tribunal de Catania– de que, en virtud del Derecho italiano, el acusado había sido juzgado en sentencia firme por los hechos aislados de posesión ilegal de droga, pero que las diligencias a que se refería la orden de detención se basaban en hechos distintos, relativos a delitos de crimen organizado y a otras infracciones penales de posesión ilegal de droga para su reventa, que no se contemplaban en su sentencia de 30.11.2005, no cabía considerar que ésta hubiese extinguido definitivamente la acción pública en el ámbito nacional respecto a los hechos mencionados en la orden de detención, aun cuando las autoridades encargadas de la investigación dispusieran de ciertos datos de hecho referentes a los delitos en cuestión).

Al margen de la Decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega, y en el mismo contexto del espacio de libertad, seguridad y justicia, no hay que olvidar que también en 2002 el Consejo adoptó la Decisión marco 2002/629/JAI, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, que obliga a cada Estado miembro a adoptar las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de una serie de actos “con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía”, en especial “sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias” cuando la víctima que sea “particularmente vulnerable” (considerándose tal “al menos cuando la víctima esté por debajo de la edad de mayoría sexual según la legislación nacional y la infracción se haya cometido con fines de explotación de la prostitución ajena o a ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía”).

Y dos años después, el Consejo adoptaría la Decisión marco 2004/68/JAI, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, y la Decisión marco 2004/757/JAI, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.

Por lo demás, la tríada hippy al completo, esto es, incluido el *rock & roll*, tiene su reflejo implícito en la referida Decisión marco sobre la euro-orden, habida cuenta de que entre los delitos que, según la misma, darán lugar a la entrega (en las condiciones establecidas en la propia Decisión marco y sin control de la doble tipificación de los hechos, siempre que estén castigados en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años, tal como se definen en el Derecho del Estado miembro emisor), figuran los de pertenencia a organización delictiva, trata de seres humanos, explotación sexual de los niños y pornografía infantil, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y *violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías*.

Adviértase asimismo, para finalizar, que el anunciado protagonismo de la tríada en el espacio de libertad, seguridad y justicia parece destinado a impulsar la aparición en el escenario

luxemburgués de los Tribunales Constitucionales nacionales, interlocutores especialmente cualificados para coadyuvar al Tribunal de Justicia, vía prejudicial, a la hora de perfilar las líneas maestras encargadas de presidir la consolidación de dicho espacio<sup>28</sup> en el que, como dispone el actual artículo 3 del [Tratado de la Unión](#), “esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”, profundizando así, tal y como recogía en 1957 el Preámbulo del [Tratado de la Comunidad Económica Europea](#), en “una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos”.

---

<sup>28</sup> De hecho y a título de ejemplo, la tantas veces mencionada Decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega ya provocó, con ocasión de su transposición por los Estados miembros, toda un serie de intervenciones de los Tribunales Constitucionales nacionales, caso del alemán, el polaco, el checo y el belga (con planteamiento incluido de la cuestión prejudicial a Luxemburgo en el caso este último: cfr. asunto *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, resuelto por Sentencia de 3.5.2007). Y el Tribunal Constitucional español, por su parte, acaba de proceder mediante Auto de 9.6.2011, por vez primera desde nuestro ingreso a la Unión, a activar la cuestión prejudicial europea, planteando a Luxemburgo interrogantes dirigidos a dilucidar el encaje de su propia doctrina (concretamente, en relación con el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo como parte del contenido esencial del derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24 de la Constitución española) en el contexto de la Decisión marco (concretamente, de la prohibición de denegación de la orden de detención y entrega a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad si el imputado, aun no compareciendo en el juicio, tuvo conocimiento de su celebración y dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera, habiendo sido efectivamente defendido por dicho letrado) y de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (concretamente, de las exigencias derivadas de los derechos, en ella incluidos, a la tutela judicial efectiva, a un proceso equitativo, y de la defensa, así como de la naturaleza de la Carta en cuanto catálogo por hipótesis no limitativo de otros niveles, incluidos los nacionales, superiores de protección).