

# Mercado común y libre comercio, ¿enfrentados a los derechos fundamentales?

LUZ HELENA BELTRÁN

## RESUMEN

Tres decisiones específicas<sup>1</sup> de la Corte Europea de Justicia han generado fuertes controversias sobre la prevalencia de los conceptos de Mercado Común y libre comercio sobre otras regulaciones comunitarias y nacionales, en especial las relacionadas con los Derechos Humanos, en el contexto internacional, y los Derechos Fundamentales, en las constituciones nacionales.

Dichos derechos han sido entendidos tradicionalmente por la doctrina como pertenecientes a una superior jerarquía dada su importancia para establecer estándares básicos para el individuo entendido en un concepto Kantiano (como tal) y no como un instrumento en los juegos económicos<sup>2</sup>.

## ABSTRACT

Los derechos fundamentales han tenido prevalencia en la mayoría de las decisiones de las cortes alrededor del mundo. Este artículo analiza tres decisiones de la Corte Europea de Justicia en las que dicha prevalencia no ha sido considerada *prima facie*, sino que, por el contrario, los derechos humanos (fun-

damentales) han sido ponderados frente a los derechos económicos. Sin importar las soluciones finales dadas a las controversias particulares, dichas decisiones abren la puerta al deterioro de la reconocida superioridad de los derechos humanos, poniéndolos en una posición de igualdad con otros derechos y valores. La jerarquía de los derechos sólo sería dirimida de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. El artículo evalúa las decisiones de manera profunda con el fin de entender el razonamiento de la corte en cada una de ellas. El principal objetivo de este documento es descubrir si dichas decisiones constituyen un precedente que a su vez será autoridad legal, o si son simplemente decisiones aisladas lo cual no afectaría la percepción existente sobre la supremacía inherente de los derechos fundamentales. El estudio realizado lleva a concluir que, en efecto, las cortes han “levantado el velo” de los derechos humanos, su jerarquía ha dejado de ser absoluta. No obstante, lo anterior también significa que el riesgo de condicionar la protección de los derechos humanos a las exigencias de intereses económicos legítimamente reconocidos ha aumentado.

## ABSTRACT

The fundamental rights have been given prevalence in most of the decisions of the courts around the world. This article analyses three decisions of the European Court of Justice in which that supremacy has not been considered *prima facie*, but human (fundamental) rights have been balanced along with free trade values and economic rights. Regardless of the final solution to the particular issues, such decisions open the door to undermine the generally known superiority of human rights, and put them in an equal position of other rights and values in order to be balanced on a case by case basis. The article evaluates the abovementioned decisions in depth to understand the reasoning underlying in each one of them. The main aim of this document is to find out if they constitute a precedent which will be subject to be followed and considered as legal authority, or if they are random and isolated decisions which will not affect the existent perception of the supremacy inherent in the human and fundamental rights. The study leads to conclude that in fact, the courts have lifted the veil on the human rights; their hierarchy is not absolute anymore. However, that also means that the risk of those rights being subject to legitimate economic interest has increased.

## I. INTRODUCCION

Aparentemente, de la lectura de los casos, es posible inferir *prima facie* que la CEJ ha relativizado la supremacía absoluta de los *derechos fundamentales*, y más específicamente, los derechos de libre expresión, asamblea y dignidad humana, los cuales hipotéticamente deberían prevalecer sobre la *libertad*

*fundamental de empresa*<sup>3</sup> y los intereses económicos.

A pesar de que los casos pueden diferenciarse por la naturaleza de los hechos, pues en uno de los casos hay actos violentos de por medio y en otros no - lo que hace aun mas radicar la posición de la corte vis a vis los derechos fundamentales ya mencionados -, el hecho a resaltar es que la Corte exigió en estos tres casos que el ejercicio de dichos derechos estuviera justificado para no declarar responsabilidad en cabeza de los estados miembros por incumplimiento de las provisiones de libre comercio dirigidas a posibilitar la existencia del Mercado Común europeo. Esto significa que la Corte Europea de Justicia no considera que el ejercicio de los derechos fundamentales se justifica en si mismo y deroga toda norma que lo restrinja, sino que dicho ejercicio debe estar dentro de un marco de razonabilidad con el fin de justificarse en caso de colusión con normas de índole económica tales como el Art 28<sup>4</sup>.

El primer problema relacionado con el asunto en comento se presenta en el caso Comisión v. Francia. Dicho caso establece la obligación de los estados miembros no solamente de evitar dentro de sus instituciones y políticas obstaculizar el libre comercio, sino también la obligación positiva que tienen de prevenir acciones de sus nacionales que puedan convertirse en una barrera para la libre circulación de bienes. Lo anterior significa, en otras palabras, que para garantizar el libre comercio, las autoridades de los estados miembros deben restringir los derechos de sus nacionales hasta el punto en que su ejercicio no interfiera con el libre comercio.

El segundo problema, que emana del caso SCHMIDBERGER, está directamente rela-

cionado con el primero y tiene que ver con la fuerza de las restricciones mencionadas anteriormente y su proporcionalidad con relación a otros derechos. El caso SCHMIDBERGER tiene también gran importancia porque allí se declara al garantizar un derecho fundamental como el derecho de asamblea, el estado miembro está incumpliendo el Art. 28, pero que dicho incumplimiento se encuentra justificado bajo las excepciones previstas por el Art. 30. Dicha justificación se obtiene al aplicar un test de proporcionalidad en el que se confronta el libre comercio y el derecho de asamblea. La aplicación de dicho test rompe la presunción de superioridad de los derechos humanos sobre los intereses económicos y más específicamente, sobre el libre comercio.

No obstante, en la opinión de algunos académicos<sup>5</sup>, el caso SCHMIDBERGER no presenta un conflicto entre libertades fundamentales y derechos fundamentales, sino un conflicto entre dos derechos fundamentales entendiendo la libertad de ejercer actividades económicas como un derecho fundamental<sup>6</sup>. Tal posición podría ser rebatida observando los métodos de protección que tienen en el sistema judicial cada una de las libertades mencionadas anteriormente. Al descubrir que a pesar de ser derechos liberales de primera generación (teóricamente derechos fundamentales), la de ejercer actividades económicas, debido a su contenido tiene una doble protección regulatoria: en las provisiones de derecho económico y como libertad fundamental. Al mismo tiempo, el derecho de asamblea solo se encuentra protegido como libertad fundamental. Por lo tanto, debido a que están regulados y protegidos de formas diferentes, cuando un conflicto entre tales derechos se presenta, estos no deberían ser considerados como

similares para efectos de aplicar entre ellos un test de proporcionalidad.

El tercer asunto a ser tratado se refiere a la dignidad humana y su desarrollo jurisprudencial se encuentra en el caso OMEGA. En dicho caso, la dignidad humana se considera como elemento en la regulación del libre comercio. Este caso también es relevante porque involucra consideraciones de diferente naturaleza, tales como la definición de la dignidad humana dada por las mores de un país determinado.

Debe resaltarse que en Europa todos los tipos de derechos (civiles, económicos, sociales y culturales) han sido codificados y *balanceados en términos equitativos* en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>7</sup>

Cada caso será comentado para analizar las razones de la CEJ y para llegar a la conclusión sobre si la Corte ha abierto o no la puerta a futuros debates sobre la prevalencia de algunos derechos y libertades económicas sobre los derechos considerados fundamentales hasta ahora y su justificación deontológica.

**Palabras clave:** Mercado común, libre comercio, derechos fundamentales, libertades económicas.

## II. COMISIÓN V FRANCIA. OBLIGACIONES POSITIVAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS FRENTE A LAS ACCIONES DE TERCEROS

En los hechos de Comisión v Francia<sup>8</sup> se explica que los agricultores franceses evitaban, por medios ilegítimos – más específicamente, destruyendo los productos extranjeros por medio de la fuerza- que los productos españoles, y extranjeros en general, entraran al territorio francés para ser comercializados

a pesar de que dichos bienes habían sido producidos legalmente en los diferentes estados miembros. Las autoridades francesas poco hacían para detener dicha situación. Por lo tanto, con su conducta negligente, las autoridades de Francia estaban incumpliendo la obligación positiva de permitir el libre comercio.

La importancia de dicho caso para los propósitos del presente comentario, es que allí se reafirma que la obligación establecida en cabeza de los estados miembros no solo consiste en evitar la imposición de barreras aduaneras, arancelarias o de otro tipo, sino que se extiende hasta el deber de realizar acciones positivas para evitar que acciones de terceros se conviertan en una barrera al libre comercio de bienes.

Lo anterior significa que como miembros de la Unión Europea los estados tienen un nuevo deber consistente en controlar **de manera efectiva** a sus nacionales, no solo imponiendo normas formales que garantizan el comercio, sino controlando sus acciones en la realidad.

El Segundo y más relevante problema generado por el caso bajo examen, es el relacionado con la ponderación de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y libre expresión de los ciudadanos de cada estado y el libre comercio (libre movimiento). En este caso, las acciones de los agricultores franceses eran claramente desproporcionadas con respecto al ejercicio de su derecho, principalmente por el uso indebido de la violencia, y adicionalmente porque sus acciones eran violatorias de la propiedad de otros ciudadanos y por lo tanto de los derechos de estos.

En conclusión, el problema del enfrentamiento de los derechos fundamentales y las libertades fundamentales puede per-

cibirse de manera muy leve en el caso de *Comisión v Francia* pues la violencia nunca encontraría justificación bajo las provisiones del Art. 30. Dicho caso no ha causado mayores debates entre la doctrina debido a la claridad de los hechos que lo motivaron. Su importancia surge cuando los elementos utilizados para producir esta decisión son reproducidos<sup>9</sup> en otras decisiones como en el caso *Schmidberger*.

### III. EL CASO SCMHIDBERGER, PONDERANDO LIBERTADES Y DERECHOS. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DEL LIBRE COMERCIO

El caso más atractivo para analizar el tema propuesto es el caso *Schmidberger*<sup>10</sup>. En este caso, el gobierno austriaco autorizó una manifestación en el corredor de Brenner que estuvo bloqueado por un corto periodo de tiempo (36 horas). La manifestación tuvo lugar pacíficamente y durante el tiempo de su duración bienes provenientes de otros estados miembros que debían haber pasado por esa ruta no pudieron transitar. Uno de los importadores sufrió pérdidas económicas y solicitó ante la CEJ que se declarara que la autorización otorgada por el gobierno austriaco obstaculizaba el libre comercio de bienes en Austria, y por lo tanto, estaba incumpliendo el Art. 28. La corte decidió que el artículo 28 si estaba siendo violado por la autorización austriaca, pero que tal violación estaba justificada bajo el Art 30 por las razones que la motivaron. La lógica tras la decisión descubre algunos temas de discusión.

El primer problema surgido del caso es la *necesidad de proteger el ejercicio de derechos fundamentales como causa de una excepción proveniente de libertades fundamentales privilegiadas*

en el tratado de las Comunidades Europeas<sup>11</sup>. Dicho problema existe porque la CEJ en vez de considerar que las acciones del gobierno austriaco no se encontraban dentro del ámbito de aplicación del Art. 28, decidió que estas si se encontraban dentro de dicho ámbito pero que estaban justificadas *con fundamento en consideraciones respecto al derecho a la libertad de expresión y libertad de asamblea*<sup>12</sup>

La clase de libertades afectada por esta afirmación es muy polémica, especialmente en una era en donde los derechos humanos han sido priorizados y, es poco menos que una herejía en el mundo de derechos humanos y fundamentales, afirmar que su ejercicio debe estar justificado para cumplir con regulaciones de derechos puramente económicos.

La corte no fue tan lejos como para poner los intereses económicos sobre los derechos fundamentales en juego. No obstante, esto solo se debió a la situación fáctica del caso particular en la cual un test de razonabilidad (sin tener en cuenta la categoría de los derechos en disputa) habría resultado en la misma solución a la que llegó la corte.

La preocupación académica se genera porque el caso SCHMIDBERGER deja la puerta abierta a razonamientos similares que, en diferentes situaciones fácticas, podrían llevar a una respuesta en la que las libertades económicas y, mas específicamente, el libre comercio, tendría prevalencia sobre los *derechos fundamentales*. Lo anterior significa que el interés legítimo protegido sería más fuerte que el derecho fundamental en un test de proporcionalidad. En dicho caso, el derecho fundamental no sería visto como superior sobre el derecho económico del libre comercio.

Adicionalmente, algún sector de la doctrina<sup>13</sup> considera que la Corte Europea de Justicia estaba equivocada en la argumentación del caso SCHMIDBERGER. Ello porque las consideraciones hechas sobre el precedente jurisprudencial que atañe a los derechos humanos en la Corte Europea de Derechos Humanos estarían fundamentadas en argumentos falaces en el caso SCHMIDBERGER. La causa de esta posición indica que hubo una percepción errónea, o al menos parcial, de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Esta afirmación tiene que ver con el caso específico y sostiene que la CEJ ignoraba los avances jurisprudenciales que sobre el derecho de asamblea había realizado la Corte Europea de Derechos Humanos.

Sin embargo, como se menciono anteriormente, los detalles del caso concreto no presentan una preocupación real que merezca ser discutida en este plano pues aun cuando la corte hubiera conocido profundamente la jurisprudencia de la CEDH la decisión final hubiera permanecido inalterada<sup>14</sup>.

Por otro lado, el tipo de interés protegido por el gobierno austriaco al autorizar la manifestación es de capital importancia. Dicha importancia emana de la distinción entre intereses individuales e intereses públicos. El interés público es mucho más digno de protección que el mero interés particular. La legitimidad del interés público es más fuerte en un eventual test de proporcionalidad, que la que podría tener uno o varios intereses particulares (aun cuando haya de por medio un derecho fundamental).

La última idea deja a los derechos fundamentales de primera generación debilitados frente a la posición privilegiada que detentaban y los pone en iguales condiciones

frente a todos los demás intereses legítimos. Aquellos deberían entonces, ser ponderados sin preferencias, pero en términos de proporcionalidad. Esto último llevaría a otro problema.

(no tratado en el presente escrito) cual es la categorización de derechos fundamentales.

Una posible solución al problema planteado es integrar las normas europeas e interpretarlas sistemáticamente. Dicha interpretación incluye el entendimiento de todos los instrumentos legales de manera que su aplicación sea plausible en todos los escenarios sin que unos se sobrepongan a otros. Para hacer esto, es necesario definir claramente los límites de todos los tipos de derechos (como la contención entre derechos presentada en el caso SCHMIDBERGER). Esta meta no puede ser lograda sino en el nivel judicial y en el nivel de implementación de las regulaciones europeas en cada Estado y, de ninguna manera podría intentarse sin fracasar en el nivel legislativo de la Unión.

#### IV EL CASO OMEGA, IMPLICACIONES.

El caso Omega compromete tradiciones constitucionales no escritas, pero que son parte del sistema nacional de derechos fundamentales<sup>15</sup>. La controversia se presenta entre una compañía alemana que intenta comercializar juegos de laser en los cuales los participantes juegan a matarse mutuamente. El juego fue restringido por las autoridades locales basando tal restricción en la dignidad humana, pues a su juicio el juego era violatorio de la misma. Cuando tuvo conocimiento del caso, la Corte Europea de Justicia decidió que, en efecto, la prohibición era un obstáculo al libre comercio pero dicho

obstáculo estaba justificado en los derechos invocados por las autoridades.

El punto interesante del caso Omega para estos propósitos es que –nuevamente–, la protección de un *derecho fundamental* es considerada como un obstáculo al libre comercio, pero esa protección es justificada en la naturaleza del derecho protegido. El elemento novedoso del caso Omega es que las mores y tradiciones constitucionales del país en el que la restricción sería aplicada eran las que definirían el contenido esencial del derecho a la Dignidad Humana.

Tal definición podría llegar a ser contradictoria en un plano de reconocimiento mutuo. Lo que se entiende como violatorio de la dignidad humana en un estado miembro podría no ser entendido como violatorio en otro, resultando así en un detrimento para los comerciantes de los bienes o servicios si es que las reglas de reconocimiento mutuo pueden ser derogadas invocando la dignidad humana, cuyo contenido esencial es diverso en cada Estado miembro.

#### CONCLUSION

Los tres casos que fueron analizados previamente tienen implicaciones relacionadas a los derechos fundamentales y todos presentaron, en diferentes niveles, colusiones entre derechos fundamentales y la *libertad fundamental de comercio*. Para ponderar esos derechos y el libre comercio tres elementos deben ser tenidos en cuenta. Primero, el tipo de interés protegido como derecho fundamental (público o privado). Segundo, el origen del contenido esencial del derecho (nótese que la mayoría de los derechos tienen su contenido definido en la ley europea, pero algunos, como la dignidad humana, son más etéreos, y su contenido es fijado por las regulaciones nacionales).

Tercero, el test de proporcionalidad debe ser llevado a cabo en todos los casos porque una situación en la que la afectación de los derechos fundamentales no es considerable en comparación con el daño ocasionado al mercado común debería ser decidida a favor del libre comercio.

Afirmar lo anterior significa un cambio significativo en el entendimiento de los derechos fundamentales y podría generar controversia en la academia dedicada al estudio de los derechos fundamentales y los Derechos Humanos. Sin embargo, para efectos prácticos y para facilitar que el Mercado Común europeo florezca, debe imponerse límites a todos los derechos en el entendido de que ningún derecho es absoluto o tiene mayor valor que los demás. Es importante resaltar que dichos límites deben ser vistos de manera amplia y no restringidos únicamente a las libertades económicas.

La posibilidad de ponderar derechos fundamentales con libertades económicas y el hecho de que algunas voces reconozcan esas libertades económicas como fundamentales es saludable para el desarrollo del Mercado Común. No obstante, el riesgo permanente es que la Corte Europea de Justicia pierda el delicado equilibrio entre derechos fundamentales y libertades económicas en detrimento de aquellas y, por lo tanto, en detrimento de una de las conquistas más importantes de la modernidad europea, cual es la protección de los derechos humanos sobre otros derechos igualmente legítimos poniendo a la persona como el sujeto y objeto más importante del sistema jurídico.

- 1 Caso C-265/95 *Commission v France* [1997] ECR I-6959, Caso C-112/00, EUGEN SCHMIDBERGER, *Internationale Transporte und Planzüge v. Austria*, y Caso C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*
- 2 Las libertades fundamentales y los derechos fundamentales están claramente diferenciados, en las libertades fundamentales el elemento *transfronterizo* es esencial y estas libertades están enumeradas en el Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas. Para mayor ilustración al respecto ver V. SKOURIS. "Fundamental rights and fundamental freedoms: The Challenge of Striking a Delicate Balance" [2006] EBLR 234
- 3 BROWN C. Annotation on SCHMIDBERGER (2003) 40 CMLRev 1499
- 4 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.
- 5 *Supra* (Nota 2) p. 234
- 6 *Supra* (Nota 2) p. 235
- 7 *Supra* (Nota 2) p. 232
- 8 Case C-265/95 *Commission v France* [1997] ECR I-6959
- 9 AGERBEEK, F. *Freedom of expression and free movement in the Brenner Corridor: The Schmidberger case.* (2004) ELRev 255
- 10 Case C-112/00, EUGEN SCHMIDBERGER, *Internationale Transporte und Planzüge v. Austria*
- 11 *Supra* (Nota 9)
- 12 *Supra* (Nota 9)
- 13 "The Court of Justice in SCHMIDBERGER did not show it was aware of the relevant methodology to approach freedom of assembly, even if it itself, in a crucial passage of its Judgment stated that "[the case thus] more particularly [raises] the question [of the need to reconcile the requirements] of the respective scope of freedom of expression and freedom of assembly, guaranteed by Articles 10 and 11 ECHR, and of the free movement of goods". MORIJN J. "Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution" (2006) 12 ELJ 26
- 14 *Supra*, (nota) 13
- 15 *Supra* (Note 13). Page 34

