

LIBERTADES ECONÓMICAS Y DERECHOS
FUNDAMENTALES. LA DOCTRINA
DE LOS *MANDATORY REQUIREMENTS*
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE*

Eduardo ROMÁN GONZÁLEZ**

A Eugenia, por no dejarse vencer

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El surgimiento de la doctrina de los mandatory requirements.* III. *La expansión de los mandatory requirements.* IV. *Los derechos fundamentales como mandatory requirements.* V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos proponemos hacer un análisis cronológico de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), relacionada con el establecimiento de restricciones a algunas de las libertades económicas por parte de los Estados miembros de la Unión Europea, especialmente las libertades de circulación de mercancías y prestación de servicios, que el propio Tribunal ha definido como libertades fundamentales de la Unión. A través de este análisis, podremos apreciar cómo el TJCE ha ampliado progresivamente los casos válidos de restricciones a las libertades económicas, que constituyen mandatos imperativos (*mandatory requirements*) que los Estados miembros deben cumplir, aun en perjuicio de alguna de las libertades económicas, llegando más recientemente a sostener que dentro de dichos casos de excepción puede encontrarse la protección de algunos derechos fundamentales.

* El presente trabajo fue realizado gracias al apoyo económico del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (México), la Fundación Carolina (España) y el Programa AlBan (Unión Europea).

** Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad de Monterrey. El autor agradece a Cecilia Martínez González la lectura de este trabajo, así como sus oportunas observaciones.

Para ello el trabajo se encuentra dividido en tres partes. En la primera se hace un análisis del surgimiento de la doctrina de los *mandatory requirements*, con la sentencia Cassis de Dijon de 1979. En la segunda parte se hace un análisis de algunas sentencias posteriores a Cassis, en las cuales el TJCE va ampliando considerablemente el catálogo de *mandatory requirements* permitidos. Finalmente, en la tercera parte nos referimos a dos sentencias recientes y de gran trascendencia, en las cuales se introduce la protección de los derechos fundamentales como un nuevo *mandatory requirement*, que puede justificar, en algunos casos, el establecimiento de restricciones a las libertades económicas por parte de los Estados miembros.

II. EL SURGIMIENTO DE LA DOCTRINA DE LOS *MANDATORY REQUIREMENTS*

Los tratados comunitarios previeron básicamente tres formas de liberalización comercial para asegurar la creación de un espacio de libre comercio: a) la eliminación de las barreras aduaneras en el interior de la Comunidad, es decir de cualquier obstáculo aplicado en las aduanas de los Estados miembros y que pudiera restringir los intercambios comerciales comunitarios; b) la supresión de prácticas que resultaran discriminatorias hacia los productos importados de otros Estados miembros o que se derivaran de la existencia de monopolios nacionales de carácter comercial, y c) la eliminación de las barreras fiscales internas de los Estados miembros, que resultaran discriminatorias hacia productos o agentes de otros Estados.¹ La segunda de dichas formas se encuentra regulada por los artículos 28 a 31 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCCE), en donde destaca el artículo 28 (anterior artículo 30) que se refiere a la prohibición entre los Estados miembros de “restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente”.

Las restricciones cuantitativas a la importación han sido definidas por la doctrina como “toda disposición interna de un Estado que prohíbe o limita cuantitativamente, de modo real o potencial, el volumen

¹ Pérez de las Heras, Beatriz, *Las libertades económicas comunitarias. Mercancías, personas, servicios y capitales*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1995, pp. 34 y 35.

de transacciones comerciales con otros Estados miembros”.² En cuanto a las “medidas de efecto equivalente”, la jurisprudencia del TJCE estableció desde 1974 que éstas comprendían toda reglamentación comercial de los Estados miembros susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio comunitario.³ Asimismo, sostuvo que dichas medidas sólo pueden ser adoptadas por los Estados miembros, siempre que: a) no exista regulación comunitaria respecto de la materia de dichas medidas, b) que sean razonables y c) que los medios de prueba exigidos por la medida no actúen como un estorbo al comercio entre los Estados miembros, pues deben ser accesibles a todos los nacionales de los Estados miembros.⁴

Como podemos apreciar, ya desde entonces, el Tribunal ha exigido determinados requisitos para poder tener como legítimas estas medidas que restrinjan los intercambios comerciales entre los Estados miembros. Sin embargo, en esta primera formulación se trata más bien de requisitos de carácter formal, que no reparan en la relevancia que los objetivos perseguidos por dichas regulaciones puedan tener para el Estado que establece la medida en su ámbito interno. El motivo de este desinterés del Tribunal por los objetivos perseguidos por la legislación nacional, al establecer dichas restricciones, puede explicarse en el hecho de que en ese entonces la labor del TJCE estaba enfocada a favorecer el avance del proceso de integración económica, prácticamente a cualquier costo, asegurando en todo caso la primacía del derecho comunitario, incluso en contra de la vigencia de principios esenciales para el orden interno de los Estados miembros. Como mejor lo expresa Menéndez:

Al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) se le asignó el papel de guardián del mercado común. No es de extrañarnos que el Tribunal diera efecto a las cuatro libertades económicas que acaban de mencionarse, *incluso si ello requería dejar sin efecto los valores y principios constitucionales de los Estados miembros*. La supremacía del derecho

² *Ibidem*, p. 41.

³ Caso Dassonville 8/74, sentencia del 11 de enero de 1974, párrafo 5. Toda la jurisprudencia del TJCE aquí citada ha sido consultada en: <http://curia.europa.eu/es/content/juris/index.htm>. Solamente se citan textualmente en castellano aquellas sentencias respecto de las cuales existía en este sitio una traducción oficial a dicho idioma.

⁴ *Ibidem*, párrafo 6.

comunitario era necesaria para asegurar ‘la integración económica negativa’. Toda norma jurídica nacional que se revelara un obstáculo a la integración de los mercados habría de ser anulada, *incluso en el supuesto de que persiguiera fines sociales*.⁵

Sin embargo, esta concepción presenta un giro importante a partir del caso conocido como Cassis de Dijon.⁶ El caso llega al TJCE mediante una cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán, que tuvo su origen en la intención de un comerciante alemán de importar un licor hecho a base de frutas, denominado “Cassis de Dijon” producido en Francia, con el propósito de comercializarlo en Alemania. Para ello el comerciante alemán solicitó a las autoridades de su país la autorización para realizar dicha importación, la cual le fue denegada bajo el argumento de que dicha bebida no contenía el porcentaje de alcohol mínimo requerido por la normativa alemana para ese tipo de licores (25%), el cual se exige con independencia del lugar donde dicha bebida se produzca.

El comerciante apeló esta determinación argumentado que la normativa impedía la comercialización en Alemania de licores producidos en otros países miembros que, como el caso del Cassis de Dijon, no contenían la concentración etílica requerida por Alemania, por lo cual consideraba que tal normativa tenía un efecto equivalente a las restricciones cuantitativas previstas por el entonces artículo 30 del Tratado. Por su parte, el gobierno alemán para justificar la adopción de dicha medida, adujo que con dicha medida se perseguían objetivos esenciales tales como la protección de la salud y del consumidor, en el primer caso porque los licores de bajo contenido etílico favorecen una mayor tolerancia al consumo del alcohol, y en el segundo porque con dicha legislación se buscaba evitar prácticas injustas de comercio, en la medida en que producir una bebida con menos gra-

⁵ Menéndez, José Agustín, “Fundamentando Europa. El impacto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en Fernández Sola, N. (coord.), *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 106 (las cursivas son mías). En términos similares, Poiars Maduro, Miguel, “The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights”, en Fernández Sola, N. (coord.), *op. cit.*, en esta misma nota, pp. 309 y 310.

⁶ Caso 120/78, sentencia del 29 de febrero de 1979.

duación alcohólica implicaba una ventaja competitiva debido al precio del alcohol y a los impuestos a que se encontraba sujeto.

El TJCE consideró que la normativa alemana tenía un efecto equivalente a una restricción cuantitativa, y en cuanto a su justificación, aunque no acoge las argumentaciones del gobierno alemán, sí completa la argumentación iniciada en el caso *Dassonville*, señalando en primer lugar que, ante la ausencia de disposiciones comunitarias relativas a la producción y comercialización del alcohol, corresponde a los Estados miembros regular la producción y comercialización del alcohol y las bebidas alcohólicas en su propio territorio. En segundo lugar —y esto es lo más importante—, señala que los obstáculos generados a la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros resultantes de la disparidad en sus legislaciones, debía ser aceptada en la medida en que dichas provisiones fueran reconocidas como necesarias para satisfacer exigencias imperativas (*mandatory requirements*) relacionadas en particular con los siguientes objetivos: a) la efectividad en la supervisión fiscal, b) la protección de la salud pública, c) la equidad en las transacciones comerciales y d) la protección del consumidor.⁷

III. LA EXPANSIÓN DE LOS *MANDATORY REQUIREMENTS*

Una vez establecido, por el Tribunal, los perfiles básicos de los *mandatory requirements*, en las sentencias inmediatamente posteriores a *Cassis de Dijon*, el Tribunal sostendrá esta misma interpretación e incluso omitirá mencionar en algunas de ellas “la efectividad de la supervisión fiscal” como un objetivo justificante de una medida restrictiva del comercio comunitario adoptada por un Estado miembro, y utilizará denominación un tanto distinta (*imperative requirements*),⁸ lo cual,

⁷ “Obstacles to movement within the community resulting from disparities between the national laws relating to the marketing of the products in question must be accepted in so far as those provisions may be recognized as being necessary in order to satisfy *mandatory requirements* relating in particular to the effectiveness of fiscal supervision, the protection of public health, the fairness of commercial transactions and the defence of the consumer”. *Ibidem*, párrafo 8 (las cursivas son mías).

⁸ En este sentido, el TJCE ha sostenido que “it is only where national rules, which apply without discrimination to both domestic and imported products, may be just-

sin embargo, no implica una alteración significativa a la doctrina adoptada en Cassis, pues ni establece una nueva categoría de objetivos justificantes distinta a los *mandatory requirements*, ni la omisión de la efectividad de la supervisión fiscal, como a continuación se demostrará, implica una reducción del catálogo de objetivos justificantes.

Otro aspecto importante, antes de ver la expansión del catálogo de *mandatory requirements*, es el relativo a la fundamentación de los mismos. Como hemos visto, el Tribunal entiende que los *mandatory requirements* son excepciones no escritas a las libertades económicas que no contradicen lo previsto en el anterior artículo 30 del TCCE, hoy artículo 28. Sin embargo, su aparición en la sentencia de Cassis de Dijon, introdujo la cuestión de si estas excepciones a las libertades económicas no implicaban una interferencia con las excepciones a las normas referentes a la eliminación de barreras aduaneras previstas en el anterior artículo 36 (hoy artículo 30),⁹ al grado de que los *mandatory requirements* pudieran enmarcarse dentro de estas últimas excepciones “bien en base a una interpretación extensiva de este precepto, bien mediante la inclusión de tales exigencias en la noción de orden público”.¹⁰ Sin embargo, el asunto sería aclarado por el TJCE, al señalar que el entonces artículo 36 debía ser interpretado en forma estricta, y por lo tanto, la lista de excepciones en él contenida no pue-

fied as being necessary in order to satisfy *imperative requirements* relating in particular to *the protection of public health, the fairness of commercial transactions and the defence of the consumer* that they may constitute an exception to the requirements arising under article 30”. Caso 788/79, sentencia del 26 de junio de 1980, párrafo 6 (las cursivas son mías). Asimismo, que “obstacles to intra-community trade resulting from disparities between the national laws relating to the marketing of the products in question must be accepted in so far as those provisions may be recognized as being necessary in order to satisfy *imperative requirements* relating in particular to *the protection of public health, fair trading and consumer protection*”. Caso C-130/80, sentencia del 19 de febrero de 1981, párrafo 6 (las cursivas son mías).

⁹ “Las disposiciones de los artículos 28 y 29 (anteriores artículos 30 y 34, respectivamente) no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación y exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros” (las cursivas son mías).

¹⁰ Pérez de las Heras, Beatriz, *op. cit.*, nota 1, p. 51.

de ser aplicada a otros casos distintos a los que en ella se contienen. Por lo tanto, si se argumenta como justificación de normas que restrinjan el comercio comunitario, objetivos como la protección del consumidor y la equidad en las transacciones comerciales, que no se encuentran contemplados en el anterior artículo 36, los mismos deben ser analizados al tenor del anterior artículo 30, es decir, como *mandatory requirements*.¹¹

La expansión del catálogo de los *mandatory requirements* se produce a partir de 1981. Sin embargo, cabe aclarar que este proceso de expansión de las excepciones a las libertades económicas se desarrolla, en ocasiones, respecto de libertades distintas a la de circulación de mercancías, con base en la cual se venía desarrollando la doctrina de los *mandatory requirements*, así como tampoco en todos los casos se utiliza esta expresión para referirse a nuevos objetivos justificantes de restricciones, lo cual, no obstante, no es obstáculo para sostener que dichos objetivos justificantes no puedan considerarse como *mandatory requirements*, pues como tendremos ocasión de ver, el propio Tribunal utilizará, años después en su jurisprudencia, esa expresión para referirse a este tipo de objetivos.

La ampliación del catálogo de *mandatory requirements* se inicia a partir del caso *Oebel*, incluyéndose, como un nuevo objetivo justificante de restricciones, los *objetivos de política social y económica*. El caso tenía por objeto una legislación alemana que prohibía la producción y transporte durante la noche (de 10 pm a 4 am, en el primer caso, y de 10 pm a 5:45 am, en el segundo) de productos de panadería fina (*fine baker's wares*). De acuerdo con el gobierno alemán, dicha legislación tenía por objetivo proteger a los trabajadores y a la industria mediana de este ramo que no cuenta con el personal suficiente para operar y distribuir sus productos durante ese horario y, por lo tanto, se encuentran en desventaja respecto de otros competidores comerciales de mayor tamaño. El TJCE acoge esta argumentación, señalando que dichas medidas constituyen un elemento legítimo de política social y económica consistente con los objetivos de interés público perseguidos por el Tratado, y que, por lo tanto, las disposiciones contenidas en los anteriores artículos 30 y 34 del TCCE (hoy 28 y 29) que

¹¹ Véase caso 113/80, sentencia del 17 de junio de 1981.

dictan prohibiciones al establecimiento de restricciones al comercio comunitario no le son aplicables a una legislación como la alemana que persigue dichos fines.¹²

La expansión continuaría con el caso *Roussel*, en el cual se incluye al *combate contra la inflación* como un nuevo objetivo justificante integrante del catálogo de los *mandatory requirements*. El asunto tiene por objeto un decreto emitido por las autoridades holandesas mediante el cual se autorizaba a los ministerios competentes para fijar un precio máximo de comercialización de ciertos productos farmacéuticos, si consideraban que el interés público, social y económico así lo requería, el cual había impugnado una compañía farmacéutica. En su sentencia, el TJCE reitera lo sostenido en jurisprudencia previa en el sentido de que este tipo de medidas de control de los precios sólo tienen un efecto equivalente a una restricción cuantitativa al comercio comunitario, cuando los precios son fijados a un nivel tal que la venta de productos importados deviene imposible o en condiciones menos favorables que los productos nacionales, por lo que este tipo de medidas se encuentran prohibidas por el anterior artículo 30; lo cual, sin embargo, deja intacta la posibilidad de que un Estado miembro, con el objetivo de combatir la inflación, adopte medidas que intentan controlar al incremento de los precios de las medicinas con independencia del origen de éstas, con la condición de que dichas medidas no pongan a las medicinas importadas en una situación de desventaja respecto de las producidas en dicho Estado.¹³

Otro nuevo objetivo, agregado al catálogo de los *mandatory requirements*, lo constituye el *saneamiento de la hacienda pública*,¹⁴ introducido en el caso *Duphar*, que se refiere a una normativa holandesa que excluía ciertos medicamentos del servicio brindado por el sistema de salud pública holandés, salvo autorización expresa cuando dicha exclusión tuviera un efecto dañino inaceptable en el resultado del tratamiento al que estuviera sometido el paciente. Dicha normativa buscaba aumentar la calidad del servicio médico, así como disminuir el costo fiscal que implicaba el sistema de salud pública holandés. El TJCE considera que este tipo de medidas que buscan reducir el costo

¹² Caso 155/80, sentencia del 14 de julio de 1981.

¹³ Caso 181/82, sentencia del 29 de noviembre de 1983.

¹⁴ Pérez de las Heras, Beatriz, *op. cit.*, nota 1, p. 50.

de un sistema de salud pública, sustentado económicamente por los contribuyentes, no resultan contrarias al anterior artículo 30 del Tratado, siempre que dichas medidas, en términos objetivos y verificables, no tengan un efecto negativo a la importación de medicamentos producidos en otros Estados miembros.¹⁵

En el caso Cinéthèque se introduce un nuevo objetivo que puede servir para justificar el establecimiento de restricciones comerciales dentro de la comunidad: *la protección de ciertos productos culturales*. El objeto de este caso lo constituye una legislación francesa que establecía que para la comercialización de productos cinematográficos debía seguirse el siguiente orden cronológico: primero en cines, después mediante videocasetes y videodiscos, y, finalmente, a través de la televisión, para lo cual establecía la prohibición de comercializar mediante estos medios los productos cinematográficos, con anterioridad a los plazos establecidos por la legislación. La Federación Nacional de Cines franceses argumenta que esta legislación se encuentra justificada por una exigencia imperativa de interés general, consistente en la necesaria protección del cine como una forma de expresión cultural, debido al rápido desarrollo de otras formas de distribución, lo cual es sustentado también por el gobierno francés. El TJCE acoge estas argumentaciones, y señala que se encuentra justificado un sistema nacional en donde, con el propósito de promover la creación de trabajos cinematográficos, independientemente de su país de origen, se dé prioridad por un periodo inicial de tiempo a la distribución exclusiva en las salas de cine, sin contravenir al anterior artículo 30 del Tratado.¹⁶

La *protección al medio ambiente* sería reconocida como un *mandatory requirement* dentro del caso Commission/Denmark, el cual se refiere a un decreto expedido por el Reino de Dinamarca que imponía la obligación a los productores de comercializar la cerveza y las bebidas refrescantes exclusivamente en envases que pudiesen volver a ser utilizados. En este caso, el Gobierno danés sostuvo que el sistema obligatorio de utilización de envases retornables de cervezas y de bebidas refrescantes está justificado por una exigencia imperativa (*man-*

¹⁵ Caso 238/82, sentencia del 7 de febrero de 1984.

¹⁶ Caso 60 y 61/84, sentencia del 11 de julio de 1985.

datory requirement) relativa a la protección del medio ambiente. Al respecto, el TJCE sostiene que, tal como lo indica su jurisprudencia previa, la protección del medio ambiente constituye un objetivo esencial para la Comunidad, por lo que dicho objetivo puede justificar ciertas limitaciones al principio de la libre circulación de mercancías y, en tal sentido, “la protección del medio ambiente constituye una exigencia imperativa que puede limitar la aplicación del artículo 30 del Tratado”.¹⁷

Como señalamos al inicio de este apartado, la expansión del catálogo de objetivos justificantes de restricciones al comercio comunitario se ha desarrollado también con base en otras libertades económicas. Tal es el caso de la sentencia recaída al asunto *Bachmann*, en el cual se reconoce como un objetivo justificante de restricciones impuestas a la libre circulación de capitales, el mantener la *coherencia del sistema tributario*. El objeto del caso lo constituye una disposición de la legislación belga, pues señala que para efectos fiscales sólo pueden deducirse del total de los rendimientos profesionales las primas de seguros voluntarios de enfermedad e invalidez pagadas a una mutualidad reconocida por Bélgica, y las primas de seguro de vejez y fallecimiento pagadas en Bélgica, con base en lo cual se había negado a un ciudadano alemán (*Bachmann*) la deducción de las primas pagadas en Alemania, con arreglo a contratos de seguro de enfermedad e invalidez, así como un contrato de seguro de vida. La normativa, a decir del gobierno belga, persigue entre otros el objetivo de mantener la coherencia del sistema tributario. El TJCE, después de analizar los efectos que produciría la falta de esta prohibición así como la oportunidad de las mismas, reconoce que, en el ámbito de los seguros de vejez y fallecimiento, disposiciones como las de la ley belga debatida están justificadas por la necesidad de garantizar la coherencia del régimen tributario del que forman parte, y que, por consiguiente, no resultan contrarias al Tratado.¹⁸

La libre prestación de servicios también ha servido al Tribunal para ampliar el catálogo de objetivos justificantes de restricciones a las libertades económicas. Así, en el caso *Schindler*, el TJCE establece la

¹⁷ Caso 302/86, sentencia del 20 de septiembre de 1988, párrafo 9.

¹⁸ Caso 204/90, sentencia del 28 de enero de 1992.

legitimidad de medidas que restrinjan o regulen las loterías, con el propósito de proteger a los jugadores en contra de fraudes, proteger el orden social (regulando las modalidades de las loterías y el volumen de las apuestas), o bien gravar las ganancias.¹⁹

Como podemos apreciar de todo lo anterior, el TJCE ha ampliado significativamente el catálogo de *mandatory requirements* desde su formulación inicial en Cassis de Dijon, principalmente en relación con la libre circulación de mercancías, aunque también se ha desarrollado respecto del ejercicio de otras libertades como las de capitales y servicios. No obstante, respecto de la libre circulación de mercancías, en ocasiones el Tribunal ha omitido la utilización del término *mandatory requirement*, lo que no descalifica que dichas sentencias puedan considerarse como ampliación del catálogo de estas medidas, pues entre los casos en los que se utiliza la expresión y en los que no, no suelen existir diferencias sustanciales, pues en ambos casos hace referencias a medidas restrictivas del comercio comunitario que, debido al objetivo que persiguen, pueden ser aceptadas como restricciones al anterior artículo 30 del Tratado.

Por otra parte, en lo que se refiere a otro tipo de libertades, como las de circulación de capitales y prestación de servicios, el Tribunal tampoco utiliza en todos los casos el término de *mandatory requirements* para referirse a medidas restrictivas —justificadas— a las libertades antes mencionadas. Lo anterior tampoco nos parece que excluya la posibilidad de que nos refiramos a este tipo de medidas como *mandatory requirements*, por un lado, porque se trata también de medidas restrictivas que se justifican por un objetivo imperativo que se deriva de necesidades internas de los Estados miembros y, por el otro, porque el propio Tribunal ha aceptado la posibilidad de que los Estados aleguen que ciertas restricciones a otro tipo de libertades distintas a la de libre circulación, puedan ser justificadas como *mandatory requirements*.²⁰

¹⁹ Caso 275/92, sentencia del 3 de abril de 1992.

²⁰ En este sentido, el TJCE ha sostenido que “cuando un Estado miembro invoca exigencias imperativas para justificar una legislación que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación debe interpretarse también a la luz de los principios generales del derecho y especialmente de los derechos funda-

IV. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO *MANDATORY REQUIREMENTS*

En la misma línea de continua expansión del ámbito de los *mandatory requirements*, encontramos dos trascendentes resoluciones recientes del TJCE, en las cuales se ha introducido la protección de los derechos fundamentales como un nuevo objetivo justificante de restricciones a las libertades económicas. Nos referimos, a las sentencias conocidas como Schmidberger²¹ y Omega,²² las cuales a continuación explicaremos brevemente.

El primero de los casos se suscitó en el marco de un litigio entre una compañía de transporte llamada *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge* y la República de Austria, en relación con la autorización concedida tácitamente por la autoridad austriaca a una asociación con fines medioambientales (*Transitforum Austria Tirol*) para organizar una concentración en una autopista, que tuvo como efecto el bloqueo total de su circulación por casi treinta horas. La organización ambiental había informado a la autoridad austriaca de que tendría lugar una concentración desde las 11 horas del viernes 12 de junio hasta las 15 horas del sábado 13 de junio de 1998 en la autopista A 13, que supondría durante ese periodo de tiempo el cierre a toda circulación en un tramo comprendido entre el área de Europabrücke y la de Schönberg (Austria). Al estimar que la concentración era legal con arreglo al derecho austriaco, la autoridad austriaca decidió no prohibirla, sin examinar si su decisión podía conculcar el derecho comunitario. En opinión de Schmidberger, la no prohibición de la concentración y la falta de intervención de las autoridades austriacas para impedir el bloqueo de esta ruta constituyen un obstáculo a la libre circulación de mercancías que, al no poder justificarse por los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de reunión de los manifestantes, dicho obstáculo infringe el derecho comunitario y, por consiguiente, puede suponer la responsabilidad del Estado austriaco.

mentales". Caso 368/95, sentencia del 15 de septiembre de 1995, párrafo 24 (las cursivas son mías).

²¹ Caso 112/00, sentencia del 11 de julio de 2002.

²² Caso 36/02, sentencia del 14 de octubre de 2004.

En la parte que nos interesa del presente caso, el órgano jurisdiccional austriaco que conoció en primera instancia de este litigio, requirió al TJCE, por un lado, su interpretación sobre si el cierre total de la autopista durante cerca de treinta horas sin interrupción, en condiciones como las del asunto principal, constituye un obstáculo incompatible con la libre circulación de mercancías y, por consiguiente, ha de considerarse que constituye una violación del derecho comunitario. Después de dejar asentado que el hecho de que la autoridad austriaca no hubiera impedido la concentración que supuso el bloqueo total, durante cerca de treinta horas sin interrupción, de una vía de comunicación importante, puede restringir el comercio intracomunitario de mercancías y, por consiguiente, ha de considerarse que constituye una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas; el TJCE procede a analizar si dicha restricción se encuentra justificada o no.

Al respecto, el Tribunal advierte que la negativa de la autoridad austriaca de prohibir dicha concentración se basó en consideraciones relacionadas con el respeto de los derechos fundamentales de los manifestantes en materia de libertad de expresión y de libertad de reunión, que están reconocidos y garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y por la Constitución austriaca. Asimismo, recuerda el Tribunal que, según su reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho, cuyo respeto garantiza el Tribunal de y que, para ello, éste se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como en los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, revistiendo el CEDH, en este contexto, un significado particular. Concluyendo el Tribunal lo siguiente:

Por tanto, al imponerse el respeto de los derechos fundamentales tanto a la Comunidad como a sus Estados miembros, *la protección de tales derechos constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el derecho comunitario, incluso en virtud de*

una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la *libre circulación de mercancías*.²³

Por su parte, el segundo caso se deriva de una prohibición impuesta por las autoridades alemanas a la empresa Omega —la cual se encargaba de explotar en Bonn (Alemania) unas instalaciones denominadas “laseródromo” desde el 1o. de agosto de 1994, destinadas normalmente a la práctica de *laser-sport*—, para hacer posibles o tolerar en su establecimiento juegos que tuvieran por objeto disparar a blancos humanos mediante rayos láser u otros medios técnicos, es decir, “jugar a matar” personas por medio de un registro de impactos. La negativa estaba basada en la legislación alemana que permite a las autoridades competentes adoptar las medidas necesarias para evitar una amenaza para la seguridad o el orden públicos existente en un caso concreto. En opinión de la autoridad alemana, la actividad promovida por Omega constituía un peligro para el orden público, dado que los homicidios simulados y la banalización de la violencia a la que conducen, vulneran los valores fundamentales preponderantes en la opinión pública. Y más en concreto, el órgano jurisdiccional alemán que remite la cuestión prejudicial al TJCE considera que la autoridad alemana actuó acertadamente con base en el derecho nacional, al considerar que la explotación comercial de un “juego de matar” en el “laseródromo” de Omega constituía una vulneración de la dignidad humana, consagrada en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental alemana.

El Tribunal establece en primer lugar que, no obstante que el caso se refiere a posibles restricciones a las libertades de circulación de mercancías y de prestación de servicios, es jurisprudencia reiterada del Tribunal que cuando una medida nacional se refiere a estas dos libertades, el Tribunal realiza su análisis, en principio, a la luz de una sola de estas dos libertades fundamentales, si se demuestra que, en las circunstancias del caso de que se trate, una de ellas es por completo secundaria con respecto a la otra, y puede subordinarse a ella. Puesto que en las circunstancias del litigio principal, el aspecto de la libre prestación de servicios predomina sobre el de la libre circulación de mercancías, debido a que, respecto de esta última, sólo

²³ Párrafo 24 (las cursivas son mías).

limitaba las importaciones de mercancías, por lo que se refería al equipamiento específicamente concebido para la variante prohibida del juego láser, y que esto es una consecuencia inevitable de la restricción impuesta en relación con las prestaciones de servicios, entonces procede a evaluar este caso, sólo respecto de la libertad de prestación de servicios.

Una vez analizados los argumentos relativos a la justificación de la negativa emitida por la autoridad alemana, y habiendo determinado que, en última instancia, dicha justificación radica en la protección de la dignidad humana, el TJCE establece que, puesto que el ordenamiento jurídico comunitario trata innegablemente de garantizar el respeto de la dignidad humana como principio general del derecho, “es indudable que el objetivo de proteger la dignidad humana es compatible con el derecho comunitario, siendo irrelevante a este respecto que, en Alemania, el principio de respeto de la dignidad humana goce de un régimen particular como derecho fundamental autónomo”. Finalmente, al haber establecido que la protección de la dignidad humana constituye un principio que el Tribunal debe garantizar, reitera el argumento sostenido en *Schmidberger*, en el sentido de que la protección de los derechos fundamentales “*constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre prestación de servicios*”,²⁴ debiéndose observar en dichas restricciones, en todos los casos, los principios de necesidad y proporcionalidad.

Como podemos apreciar, tanto *Schmidberger* como *Omega* sirven para ampliar el catálogo de *mandatory requirements* aceptados en la jurisprudencia del TJCE para incluir un ámbito de gran trascendencia como lo es el relativo a los derechos fundamentales. Sin embargo, *Omega* resulta todavía de una mayor relevancia en la medida en que desarrolla con mayor detalle las consecuencias que se encuentran implicadas cuando se presenta un conflicto entre derechos fundamentales y libertades económicas: a) establece con toda claridad que los derechos fundamentales cuya protección puede servir como restricción a alguna libertad económica, son sólo aquellos reconocidos en el ám-

²⁴ Párrafo 25 (las cursivas son mías).

bito comunitario (tradiciones constitucionales comunes) y no necesariamente todos los que se estimen como derechos fundamentales en cada Estado miembro, y b) establece con mayor claridad que la protección de los derechos fundamentales y las libertades económicas, son principios fundamentales del derecho comunitario y, por lo tanto, se encuentran en un plano de igualdad jerárquica, por lo que los conflictos que se susciten entre éstos deben ser resueltos con base en la ponderación.

Adicionalmente, reconocer la protección de la dignidad humana como un objetivo que puede limitar las libertades económicas tiene un doble efecto. Por un lado, introduce un ámbito más amplio que resulta difícil de controlar, pero que a la vez permite una mayor posibilidad de intervención del TJCE en el análisis de este tipo de *mandatory requirement*. Por el otro lado, se trata de un tipo de derecho que no sólo exige del Estado abstenerse de cualquier tratamiento que resulte contrario a la dignidad humana, sino que, además, actúa como un mandato para que el Estado actúe en orden de prevenir este tipo de tratamientos hacia los individuos.²⁵

V. CONCLUSIÓN

Como podemos apreciar, la doctrina de los *mandatory requirements* desarrollada por el TJCE, desde la sentencia de Cassis de Dijon hasta Omega, muestra un continuo incremento en el número de objetivos justificantes de medidas restrictivas de las libertades económicas a los cuales pueden acogerse los Estados miembros, lo cual, desde nuestra perspectiva, tiene dos efectos.

Por un lado, es verdad que esto permite a los Estados miembros una mayor libertad en la regulación de distintas actividades comerciales, colocándose el Tribunal en una posición de árbitro, entre la demanda del mercado común y la efectividad de la descentralización del proceso de toma de decisiones en los Estados miembros.²⁶ Lo anterior puede explicarse en el marco de la búsqueda por parte de las

²⁵ Ackerman, Thomas, "Case C-36/02", *Common Market Law Review*, vol. 42, 2005, pp. 1114-1116.

²⁶ Oliver, Peter y Roth, Wulf-Henning, "The Internal Market and the Four Freedoms", *Common Market Law Review*, vol. 41, 2004, p. 413.

instituciones comunitarias de nuevas fuentes de legitimidad, pues como sostiene Weatherill, la sujeción de todas las regulaciones de los mercados nacionales a la supervisión del derecho comunitario, estaba comenzando a dañar la imagen y la legitimidad del TJCE.²⁷

Sin embargo, por el otro lado, nos parece que esta expansión del catálogo de los *mandatory requirements* le otorga al TJCE un mayor ámbito de acción en el control de las disposiciones nacionales. Es decir, que si bien puede considerarse como parte de un proceso de descentralización en la toma de decisiones a favor de los Estados miembros, esto necesariamente implica un mayor ámbito nacional que está sujeto al control del TJCE, pues, como nos recuerda la propia jurisprudencia del Tribunal, “el derecho de un Estado miembro a invocar una excepción prevista por el Tratado no impide el control judicial de las medidas de aplicación de esta excepción”.²⁸

²⁷ Weatherill, Stephen, “Alter *Keck*: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification”, *Common Market Law Review*, vol. 33, 1996, p. 904.

²⁸ Sentencia *Omega*, *op. cit.*, nota 22, párrafo 30.