

VÉRONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS<sup>1</sup>

*Libertades económicas, Derechos Humanos  
y violencia social: ¿cuáles articulaciones?*

---

<sup>1</sup> Profesora de Derecho Público de la Universidad de París X-Nanterre. Directora del CREDOF.



Resumen. Las libertades económicas son consideradas como libertades fundamentales. Esta calificación, aunque no es muy precisa, tiene serias consecuencias sobre el estatuto jurídico de tales libertades. Particularmente, contribuye a incrementar los conflictos con otros derechos humanos con valores no mercantiles. Este texto propone aclarar las significaciones y funciones de la calificación de «fundamentales» relativo a las libertades económicas y analizar las consecuencias de tal calificación sobre los derechos humanos.

Palabras clave. Libertades Económicas, Derechos Humanos, Derechos y Libertades Fundamentales, Dignidad.

Desde hace varios años, las relaciones entre Derechos Humanos y libertades económicas, vectores de la actividad de las sociedades capitalistas contemporáneas, vienen presentando nuevas facetas, al menos porque asuntos ampliamente debatidos ante todo en el terreno ideológico o político, se hacen cada vez más técnicos y reclaman soluciones de tipo jurídico. Para entender por qué en la actualidad la tensión entre Derechos Humanos y libertades económicas pone de manifiesto fenómenos de exclusión y confrontación ideológica (en el sentido de concepción general del mundo), generadores de violencia social, es conveniente retomar las relaciones sinuosas y complejas que se establecen entre unos y otras. En primer término, las libertades económicas, nacidas de las luchas por el reconocimiento de los Derechos Humanos, se independizaron en forma gradual (I). Una vez lograda la emancipación, sus defensores hicieron evidente su pretensión de prevalencia sobre el conjunto de valores y reglas que orientan las acciones humanas, provocando así un conflicto de serias consecuencias entre una concepción mercantilista y una humanista, ética o inclusive cívica<sup>2</sup> de los derechos fundamentales estructurantes de los órdenes jurídicos contemporáneos (II).

## I. DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES ECONÓMICAS: HERMANOS ENEMIGOS

Históricamente, las libertades económicas (de empresa, de industria y comercio...) han sido elemento determinante de la movilización de la clase burguesa en pro del reconocimiento de los Derechos Humanos. Los burgueses revolucionarios de 1789 no solo lucharon por la libertad de opinión y expresión y por la garantía de su libertad en los procesos penales, sino también, y sobre todo, reivindicaron la abolición de los privilegios (en el sentido etimológico de leyes

---

2 Sobre la concepción y la oposición de un mundo mercantilista frente a un mundo cívico, véase: Boltanski, 1991.

particulares, *privata lex*) y de las regulaciones de tipo feudal que les impedían desarrollar la producción y aumentar su riqueza. A la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789, que culmina con el reconocimiento del derecho a la propiedad, le siguió la redacción del Decreto de Allarde, del 2 y del 17 de marzo de 1791, y la Ley Le Chapelier, del 14 y del 17 de marzo del mismo año, que consagran la libertad de industria y de comercio. Así, se puede afirmar que en esa época el liberalismo ético o humanista—definido como la voluntad de garantizar las libertades necesarias para la autonomía y la plena realización individual o moral de la persona—y el liberalismo económico preocupado por el desarrollo de los intercambios mercantiles y de fortunas, se encontraban articulados, inclusive eran indisociables. Se situaban del “mismo lado”, el del cuestionamiento del poder de los gobernantes sobre las actividades consideradas privadas, ya fueran de naturaleza espiritual, moral, física o mercantil.

No sobra decir que en razón de factores económicos, sociales y conceptuales—que ameritarían mayor atención—, a medida que las actividades industriales y mercantiles se fueron desarrollando y que al independizarse de la filosofía política y moral emergieron las ciencias económicas, los fines y los objetivos del liberalismo inspirado en valores humanistas y los del liberalismo económico (o liberismo), se disociaron paulatinamente. La problemática ya no es la lucha en común contra el poder del Estado y de los gobernantes, sino la de la separación de las luchas: el liberalismo humanista o ético se erige contra la tendencia paternalista, incluso totalitarista, a la regulación de todas las facetas de la vida privada de los individuos, mientras que el liberismo combate el intervencionismo económico y social, en otras palabras, el *Welfare State*.

Pero estos dos liberalismos no se contentan con tomar vías diferentes: van a contraponerse. El desarrollo de los intereses del Estado como operador económico y los de las empresas, desafían la protección de los Derechos Humanos en campos muy diversos. En el seno de las entidades económicas de producción, el poder del empleador puede poner en tela de juicio el respeto a la vida privada, a la libertad de expresión, al principio de no discriminación, a la protección de la infancia<sup>3</sup>, mientras que fuera de la empresa, el productivismo y el “todo-mercantil” se convierten en factor de exclusión social, de atentado al derecho del disfrute de un entorno sano y equilibrado, al acceso igual a la educación, a la salud (GRUNDLER, 2006) y a la vivienda.

Al fin de cuentas, una vez tomada distancia en relación con la dimensión humanista o ética de los Derechos Humanos, las libertades económicas eviden-

---

3 Véase Meyrat, 1998; A. Lyon-Caen, I. Vacarie, 2001: 421.

cion la misma pretensión de ser consideradas tan fundamentales como los otros derechos y libertades del ser humano. Pero aceptar tal carácter representa un serio reto. El estatus de fundamentales-cualquiera que sea el sentido que se le dé a este calificativo-(Champeil-Desplats, 1995, chr. 323; Lokiec, A. Lyon-Caen, 2004: 11) confiere a las libertades económicas, por lo menos en el plano argumentativo y retórico, los atributos necesarios para oponerse a la intervención del Estado y a las pretensiones de los individuos sobre la base de otros derechos y libertades del hombre: dignidad, igualdad, educación, salud... “Mientras que las libertades económicas y la economía de mercado” requirieron del marco de “los Derechos Humanos para asegurar su funcionamiento y su desarrollo”, “a partir de ahí aparece una línea de tensión” que “cuestiona lo estrecho de las relaciones entre Derechos Humanos y economía de mercado” (RACINE, 2003: 420). Las libertades económicas y los Derechos Humanos ya no se vinculan bajo la perspectiva común de limitación a la acción del Estado: se enfrentan en el preciso momento en que muchos los aprehenden bajo una categoría jurídica, a saber, la de los derechos y libertades fundamentales. Esta confrontación de las libertades económicas con otros derechos y libertades toma formas nuevas, cada vez más numerosas y en terrenos cada vez más amplios, como la salud y la educación, que tradicionalmente no eran aprehendidos en términos mercantilistas.

Técnicamente, la confrontación puede tomar la forma de oposiciones horizontales directas entre los agentes o las empresas donde priman las libertades económicas, por una parte, y, por otra, aquellos que se apoyan en otros Derechos Humanos para defender intereses o valores de tipo humanista. La confrontación también puede manifestarse en una oposición que se denominará “vertical invertida”. En este caso, no son los individuos quienes reivindican la garantía de sus derechos y libertades frente a la acción de los poderes públicos, sino estos últimos los que enfrentan a los agentes económicos, con la exigencia de respetar los Derechos Humanos. Así, estos derechos se imponen como límites a los actos mercantiles. Volveremos sobre este punto. La invocación del principio de dignidad de la persona ilustra particularmente bien cómo los poderes públicos se ocultan tras los valores de tipo humanista para obstaculizar el desarrollo de actividades mercantiles y comerciales. La promoción de las libertades económicas se acompaña, por lo tanto, de un desplazamiento de la problemática liberal tradicional del mercado, vector de libertad contra el Estado, hacia la del “mercado como fuerza privativa” (LEROY, C., 1997) de las libertades de los individuos. Más aún, como lo hemos recordado, nos encontramos inclusive frente a una inversión de la problemática tradicional cuya pretensión final es el logro de la protección de los Derechos Humanos frente al Estado, porque frente a las consecuencias de

las actividades mercantiles, los Derechos Humanos exigen ser protegidos por el Estado mediante la definición de políticas públicas.

Veamos los siguientes ejemplos: a las autoridades públicas les corresponde tomar medidas que protejan la privacidad de los medios que tienen las empresas de servicio de *stocker* para difundir datos de carácter personal con fines mercantiles; o luchar contra la polución resultante del desarrollo de actividades industriales y comerciales contaminantes mediante políticas públicas de protección de la salud; o, frente al alza súbita de los precios del sector inmobiliario, intervenir para que los menos favorecidos tengan acceso a una vivienda decente (BOCCADORO, N., 2007). Estos ejemplos ilustran cómo en la actualidad el problema central ya no es solo articular los Derechos Humanos con los intereses prioritarios del Estado justificados en términos de interés general o de orden público pero que en definitiva permanecen como expresión de exigencias cívicas o de bien común. Se trata ahora de afrontar el antagonismo creciente entre las concepciones humanistas, éticas o cívicas, por un lado, y las mercantilistas, por el otro, de los derechos y libertades con igual pretensión de ser fundamentales.

## II. ¿CUÁLES SOLUCIONES A LOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES ECONÓMICAS?

Los desenlaces de las confrontaciones entre las libertades económicas y los Derechos Humanos son variables. Se presentan tres modelos de solución. En un extremo se impone el modelo mercantilista y liberalista que otorga predominio a las libertades económicas (C). En el otro extremo, se bosqueja un modelo humanista que reposa en la primacía de un enfoque humanista de los Derechos Humanos y que puede (sin que ello sea necesario) estar acompañado de una economía planificada (A). En el intermedio, se perfila un modelo que busca conciliaciones más o menos equilibradas entre diferentes derechos y libertades (B).

Casi ningún orden jurídico recurre a uno de estos modelos de solución de conflictos. Los órdenes jurídicos nacionales ofrecen, en general, una pluralidad de combinaciones en función de los actores que operan los cambios, de las actividades económicas consideradas y de los Derechos Humanos puestos a prueba. Sin embargo, desde hace cerca de veinte años, presentan imperativos que evolucionan notoriamente en beneficio de las libertades económicas. La tendencia actual es la de un desplazamiento de un modelo en el que las libertades económicas acaban por ceder ante otras exigencias, hacia un modelo de conciliación en el que todos los derechos y libertades están situados en una relación de equivalencia, modelo que da paso a una lógica de absorción de los Derechos Humanos por

parte de las libertades económicas. Este movimiento se traduce en la introducción de relaciones mercantiles en actividades que han estado protegidas durante mucho tiempo: deportivas, culturales, educativas o de apertura del mercado de ubicación de los demandantes de empleo, liberalización y privatización de los servicios públicos...

#### A. SOLUCIÓN HUMANISTA

La solución humanista da primacía, ya sea integral o parcial, a los Derechos Humanos no mercantiles frente a las libertades económicas, aceptando derogaciones concedidas a justo título a favor de las segundas. El lugar subalterno de dichas libertades solo se ha normalizado en los estados comunistas, pero el dirigismo económico nunca ha sido realmente justificado a nombre de los Derechos Humanos. En otras partes, la subordinación de las libertades económicas proviene esencialmente de justificaciones de referente colectivo que expresan el interés del Estado, de la nación o de la sociedad: orden público, interés general, solidaridad nacional, utilidad social, salud pública...

La justificación de la subordinación de las libertades económicas ocasionalmente se inscribe en el registro de los Derechos Humanos, pero ya empieza a afirmarse. Se encuentran vestigios en Francia, donde el Consejo Constitucional se apoya en el objetivo del pluralismo de las corrientes de opinión para aceptar la limitación a la concentración de propietarios de sociedades de prensa<sup>4</sup>, o en la referencia a la dignidad humana hecha por las autoridades alemanas para justificar la prohibición de comercialización de los “juegos de matar” (véase más adelante). El artículo 41 de la Constitución italiana<sup>5</sup> también ofrece un excelente ejemplo donde se convocan simultáneamente nociones de referente colectivo (utilidad social) y de derechos individuales (seguridad, libertad y dignidad humana) para justificar el encuadre del ejercicio de la libertad económica privada.

Se puede resaltar que entre estas justificaciones, la referencia a la dignidad humana gana en importancia y toma una relevancia especial. Como vehículo de valores humanistas considerados como no disponibles e inalienables, se erige como cuchillo implacable para la expansión de las actividades económicas. Esta concepción de dignidad encuentra en Kant una de sus principales fuentes filo-

4 Decisión n° 84-181 DC, 10 y 11 de octubre de 1984, *rec.* 78.

5 “La iniciativa económica es libre. No puede ser ejercida en contradicción con la utilidad social o de manera que atente la seguridad, la libertad, la dignidad humana”.

sóficas. En la obra *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*<sup>6</sup>, la dignidad se define como antítesis del *precio comercial*: “En el reino de los fines todo tiene un PRECIO o una DIGNIDAD. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo a título de equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite equivalente, es lo que tiene una dignidad (...); aquello que constituye la condición para que algo sea un fin en sí mismo no tiene un valor meramente relativo, es decir un precio, sino que tiene un valor interno, es decir, una dignidad”. Así, Kant distingue la dignidad de lo que es del orden del precio, de lo mercantil, de lo fungible, de lo relativo. La dignidad compete a lo universal, a lo absoluto, a lo no fungible, a lo “fuera del comercio”. El hombre, como ser digno, es entonces un fin y nunca un medio utilizado para otros fines, en este caso, mercantilistas.

Como prolongación de esta concepción, existen en Francia y en otros países de Europa varios ejemplos en los que la dignidad de la persona aparece como límite a la mercantilización y comercialización del cuerpo y de las personas o a la explotación de personas socioeconómicamente vulnerables. La dignidad humana puede entonces aparecer para algunos “como muralla contra un liberalismo salvaje”<sup>7</sup>.

*Caso n.º 1. El lanzamiento de enano.* Con un célebre fallo en contravía misma del consentimiento de los interesados (el enano y el público), el Consejo de Estado se opuso, mediante el pago de un canon, a un espectáculo de lanzamiento de enano. Dicho espectáculo es una actividad económica, pues constituye la actividad profesional del enano. En este asunto, la referencia que hizo el Consejo de Estado a la dignidad, se integra a una concepción kantiana típica. En sus conclusiones, el Comisario del Gobierno afirma claramente que “por su naturaleza misma, la dignidad de la persona debe mantenerse fuera del comercio”<sup>8</sup>. El Consejo de Estado así lo confirma: “el respeto al principio de la libertad de trabajo y al de la libertad de comercio e industria no es obstáculo para que la autoridad investida de poder de policía municipal prohíba una actividad, inclusive lícita, si tal medida tiene la naturaleza de prevención o de hacer cesar un disturbio de orden público” en el que la dignidad es, para el juez, una de sus componentes.

---

6 *Vrim*, 1987, pp. 112-113

7 B. EDELMAN, *nota* CA París, 28 de mayo 1996, *D.* 1996, jur. 617.

8 *RFDA*, 1995, p. 1204.



**Caso n.º 2. Actividades publicitarias.** Dos asuntos muy diferentes muestran la sensibilidad de los jueces hacia los efectos de ciertas prácticas publicitarias con fines comerciales sobre las personas en estado de vulnerabilidad, ya sea que dicho estado tenga origen médico o que esté ligado a una situación de pobreza y exclusión social. Así, la Corte de Apelación de Toulouse<sup>9</sup> estimó que el hecho de que se creen falsas expectativas de ganancias en la promoción de una lotería, atenta contra la dignidad humana. De esta forma, con fundamento en el artículo 1382 del Código Civil, el envío de publicidad “evidentemente dirigida a provocar en el destinatario la expectativa de grandes ganancias potenciales que nunca se concretan”, compromete la responsabilidad civil de la empresa de venta por correspondencia. Para la Corte, este envío constituye una explotación de la precariedad de las personas económicamente desprovistas, “mediante un procedimiento tramposo basado en la utilización del sentimiento de desvalorización que tiene toda persona económicamente débil”. La Corte considera que el destinatario de la publicidad sufrió un perjuicio moral, pues se le hizo creer, con engaños, “que podría mejorar lo del diario vivir”, y le creó “la ilusión de mejora de su autoimagen”. Ahora bien, “su sentimiento de desvalorización no puede menos que haberse agravado por las actuaciones de una sociedad que ha equivocado la aceptación normal de las reglas de libertad de comercio, al instigar la búsqueda de ganancias más allá de los límites admisibles, ya que no ha tenido para nada en cuenta las consideraciones de respeto por la dignidad humana”.

Otro caso, aunque muy diferente, se refiere a la explotación publicitaria de la imagen de personas que sufren de SIDA, procesado por violación al principio de dignidad. Se trata de un cartel publicitario que expone a la vista, en lugares públicos de paso obligado o en algunos medios de comunicación, la imagen desmembrada y marcada del cuerpo de personas atacadas por el VIH. Al estigmatizar en forma “degradante para la dignidad de las personas implacablemente afectadas en su cuerpo y en su ser”, es susceptible, “por su naturaleza, de provocar o de acentuar una reacción de rechazo en detrimento de los enfermos”<sup>10</sup>.

**Caso n.º 3. El acoso sexual y moral en el trabajo.** El acoso sexual o moral en las relaciones laborales se configura cuando existe violencia resultante del abuso de la posición preeminente que ostentan los empleadores o superiores jerárquicos en relación con sus subordinados. El Consejo de Ministros de las Comunidades Europeas fue una de las primeras instancias que llamó la aten-

9 Corte de Apelación de Toulouse, nov. 5 de 1998, *Juris-Data* n.º 046918.

10 TGI París, 1º de febrero de 1995, *D.* 1995, Jur. p. 569, nota B. EDELMAN; *Gaz. Pal.* 1995, 1, *Jur.* p. 273, nota S. PETIT; confirmado en apelación, CA París, 28 de mayo de 1996, *D.* 1996, IR, 164, *D.* 1996, jur. 617, nota B. EDELMAN.

ción sobre esta cuestión. De plano consideró ese tipo de acciones por parte de los empleadores o superiores jerárquicos, como atentado contra la dignidad. Así, en la Directiva 2000/78/CE del 27 de noviembre de 2000, se define el acoso como forma de discriminación y como “conducta indeseable que tiene como objeto o efecto atentar contra la dignidad de una persona creando un entorno intimidante, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. En Francia, la iniciativa de condenar las acciones que configuran acoso, especialmente de orden moral, considerándolas atentatorias de la dignidad del trabajador, surgió de parte de los jueces. Con fundamento especialmente en el artículo 26-2 de la Carta Social Europea (“el principio de derecho a la dignidad de los trabajadores en el lugar de trabajo”), la Corte de Apelación de Aix condenó a una compañía por “acoso profesional” debido a acciones de carácter vejatorio, humillante y atentatorio de la dignidad, causante del estado depresivo en el trabajador<sup>11</sup>. Posteriormente, y a partir de 2002, se sancionaron sucesivamente numerosas leyes que consagran en el Código del Trabajo y en el de la Función Pública, la prohibición de conductas constitutivas de acoso sexual o moral. La violación de esta prohibición es objeto de sanción penal. Así, el artículo L. 122-49 del Código del Trabajo estipula que “un trabajador no debe ser sometido a conductas reiteradas de acoso moral que tienen por objeto o efecto la degradación de las condiciones de trabajo susceptibles de atentar contra sus derechos y su dignidad, de alterar su salud física o mental o de poner en riesgo su futuro profesional”<sup>12</sup>. El artículo L.222-33-2 del Código Penal sanciona “el hecho de acosar a otro” mediante acciones como las mencionadas arriba, con prisión de un año y multa de € 15.000. La jurisprudencia, por su parte, ha precisado la noción de acoso moral. Para la Corte de Casación, “el acoso moral está constituido por acciones repetidas y particularmente graves, que atentan contra la dignidad del trabajador, claramente distinguibles de las presiones corrientes del trabajo”<sup>13</sup>.

*Caso n.º 4. Trata de seres humanos y esclavismo moderno.* El principio de dignidad se invoca igualmente para luchar contra la trata de seres humanos y las formas de esclavismo moderno. Tiempo atrás, en Francia, la esclavitud fue calificada de “atentado contra la dignidad humana” (Preámbulo del Decreto del 27 de abril de 1848). Pero aunque desde entonces la esclavitud fue abolida en ese país, algunas formas llamadas “de esclavismo moderno”, asociadas con

---

11 Corte de Apelación de Aix en Provence, 18 de diciembre de 2001, *Juris-Data n.º 2001-182935*.

12 Para la Función Pública, véase el Título I, art. 6 quinquies del Código de la Función Pública (PUPPO, A., 2002: 42).

13 Cas, soc., 8 de diciembre de 2004, *req. n.º 03-46074*.

la explotación de personas en estado de precariedad financiera, social y moral, no han desaparecido. Para remediar esta situación, desde mediados de la década de los noventa, el artículo L. 225-4-1 del Código Penal sanciona la trata de seres humanos definida como “el hecho de reclutar una persona, transportarla, trasladarla, alojarla o acogerla, para ponerla a disposición de un tercero, inclusive no identificado, con el fin ya sea de permitir la comisión contra esa persona de infracciones de proxenetismo, agresión o ataques sexuales, explotación de la mendicidad, condiciones de trabajo o alojamiento contrarias a su dignidad; ya sea de obligar a la persona a cometer algún crimen o delito, a cambio de una remuneración o de cualquier otro provecho o de una promesa de pago o beneficio”. “La trata de seres humanos se castiga con siete años de prisión y multa de € 150.000”. Este artículo se complementa con los artículos L. 225-13 y L. 225-14 del Código Penal que sancionan “el hecho de obtener de una persona, cuya vulnerabilidad o estado de dependencia son aparentes o conocidos por el autor, servicios no remunerados o como retribución sin relación manifiesta con la importancia del trabajo realizado”, con “cinco años de prisión y multa de € 150.000”. Se prevén las mismas penas cuando se trata del “hecho de someter a una persona, cuya vulnerabilidad o estado de dependencia son aparentes o conocidos por el autor, a condiciones de trabajo o alojamiento incompatibles con la dignidad humana” (art. 225-14 C.P.). En este tipo de asuntos que sigue siendo-hay que destacarlo-excepcional, la Corte de Casación no duda en casar los fallos que concluirían con la ausencia de atentado a la dignidad humana sin haber apreciado suficientemente la situación de vulnerabilidad y dependencia de la víctima, así como también sus condiciones de trabajo y de remuneración<sup>14</sup>. Además, la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>15</sup> ejerce control sobre la calificación de los hechos. Es constitutivo de esclavismo “doméstico” el hecho de “emplear” a una joven (en este caso de origen togolés aislada de todo apoyo y de todo arraigo familiar) exigiéndole trabajar sin descanso, sin remuneración y en condiciones de alojamiento muy precarias. La Corte sostiene la violación del artículo 4 de la Convención Europea de los Derechos Humanos relativo al trabajo forzado. Se debe señalar que esta decisión se profiere a propósito de hechos sucedidos antes de la modificación del Código Penal.

*Caso n.º 5. Limitación de las actividades biotecnológicas.* Con el objetivo de proteger la persona frente a la experimentación médica o científica, el principio de salvaguarda de la dignidad se impone como límite, no solo a la libertad

14 Cas. Crim., 11 de diciembre de 2001, *req. n.º 00-87280*.

15 CEDH, 26 de octubre de 2005, *Siliadin c/ France, req. n.º 73316/01*.

de investigación, sino también a la explotación comercial del cuerpo humano. Por ejemplo, como también se encuentra en muchos textos jurídicos referidos a esta misma cuestión, el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano frente a las aplicaciones de la biología y de la medicina, firmado en Oviedo el 4 de marzo de 1997, afirma, en el Preámbulo, que los Estados miembros son, “Conscientes de las acciones que podrían poner en peligro la dignidad humana mediante una práctica inadecuada de la biología y la medicina”, razón por la cual prohíbe expresamente que “el cuerpo humano y sus partes, como tales,” sean “objeto de lucro”. Con fundamento en la Directiva 98/44/CE del 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, la Corte Europea de Justicia de las Comunidades también adoptó esta posición en el tema de las materias patentables. Cuando un reclamante estima que esta directiva tiende a la instrumentalización de materia viva humana de forma atentatoria contra la dignidad humana, la Corte responde que le compete, en el control de “la conformidad de las actuaciones institucionales con los principios generales del Derecho Comunitario, velar por el respeto del derecho fundamental a la dignidad humana y a la integridad de la persona”<sup>16</sup>. En este caso responde que el respeto debido a la dignidad humana está en principio asegurado en el Art. 5, Par. 1, de la Directiva que estipula que “el cuerpo humano en los diferentes estadios de su constitución y de su desarrollo (...) no podrán constituir invenciones patentables”. La Corte agrega que “en tratándose de la materia viva de origen humano, la directiva enmarca el derecho de patentes de forma suficientemente rigurosa para que el cuerpo humano siga siendo efectivamente no disponible e inalienable y que así la dignidad humana sea salvaguardada”.

## B. CONCILIACIÓN SOCIAL-LIBERAL

En este modelo, los Derechos Humanos y las libertades económicas tienen un estatus jurídico idéntico, sin relación estructural con el principio de excepción. En caso de conflicto, cada uno de ellos ostenta la misma pretensión de ganar. La resolución del conflicto se efectúa, con mayor frecuencia, caso por caso, en función de las actividades de la causa, de los derechos y libertades consideradas y de los efectos que ellos justifican. Concluye en una aplicación parcial, no nece-

---

16 CJCE, 14 de octubre de 2004, *Omega spielhallen*, C-36/02, esp. § 37, JO C 300 del 04.12.2004, p.3; *AjDA* 2005, p. 153, nota A. VON WALTER.

sariamente equilibrada, de los derechos y libertades en juego. El juez se impone aquí como actor principal de la resolución de conflictos.

Este modo de resolución de conflictos se viene reafirmando desde hace algunos años y se manifiesta bajo formas cada vez más refinadas. Bajo la influencia de la Corte Europea de los Derechos Humanos, el recurso al principio de proporcionalidad tiene un éxito particular. Desde esta perspectiva, la conciliación de los derechos y libertades se convierte en un fin en sí mismo. El juez tiende a aprobar toda restricción al ejercicio de una libertad o de un derecho que tenga consecuencias excesivas para los titulares. Así, por ejemplo, el Consejo Constitucional francés recurre cada vez más a la exigencia de proporcionalidad para lograr del legislador o de los asociados, la conciliación entre la libertad de empresa y los derechos al empleo, al descanso y al disfrute que, en Francia, tienen valor constitucional<sup>17</sup>. El Consejo Constitucional vela porque ninguno de los derechos y libertades en cuestión sufran una violación manifiestamente excesiva. Por esta razón, se puede hablar de solución social-liberal, porque ante todo se trata de la búsqueda de acuerdo entre las respectivas fuentes ideológicas de los derechos y libertades en conflicto.

### C. SOLUCIÓN LIBERAL

La solución liberal concede primacía a las libertades económicas, comparativamente con los otros derechos, y presenta dos variantes. La primera es ultraliberal. Las libertades económicas son, a la vez, un medio y un fin primario; son autosuficientes y lo condicionan todo. En su forma extrema, el ultraliberalismo desconfía inclusive del derecho a competir, pues la competencia pura y perfecta no tiene necesidad de marco o de regulación jurídica: ella misma se autorregula. La segunda variante de tipo “liberal-social” es más moderada. Las libertades económicas son un medio pero no un fin o, al menos, no el único fin posible. Son condición previa para la efectividad de los otros derechos y libertades, especialmente la de los derechos sociales. Por lo tanto, no siempre se contraponen abruptamente a otros derechos y libertades, aunque en ocasiones pueden contribuir a su extensión o a su puesta en práctica. Tomando el ejemplo de la Unión Europea, la libre circulación puede favorecer el reconocimiento de derechos adquiridos en uno de los países de la Unión pero que no existen en otro. Además, los “servicios

---

17 Véanse por ejemplo, las decisiones n.º 98-401 DC, 10 de junio de 1998, *rec.* 258; n.º 2000-435 DC del 7 de diciembre de 2000, *rec.* 176; n.º 2001-455 DC, 12 de enero de 2002, *rec.* 49; 2004-509 DC, 13 de enero de 2005, *J.O.*, 19 de enero de 2005, p. 896.

prestados” por las libertades económicas a otros derechos y libertades solo tienen validez con la condición de que las primeras mantengan su predominio y sean ellas-mismas cuestionadas por la ausencia de reconocimiento o de aplicación de los segundos. Adicionalmente, el derecho a la competencia encuentra su razón de ser en el seno de esta variante y puede prever casos de derogaciones de la aplicación de las libertades económicas.

Las soluciones liberales, en una y otra de estas variantes, conocen, como es sabido, desde finales de la década del ochenta, un gran éxito. Justificaron la liberalización de numerosas actividades que escapaban, en todo o en parte, al mercado. También presuponen que la libre competencia mejora la elección de los usuarios convertidos en consumidores y, consecuentemente, mejora también la eficacia y la calidad de la prestación de servicios. Las empresas puestas en situación competitiva son consideradas tan aptas, o inclusive más, para satisfacer algunas necesidades, como los organismos que se benefician de derechos exclusivos o especiales<sup>18</sup>. Por ejemplo, en un asunto que se llevó ante la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, la empresa Doc Morris justificó la venta de medicamentos por Internet, cuestionada por las organizaciones profesionales de farmacéuticos bajo reglamentación especial, con base en el hecho de que su sitio ofrece garantías equivalentes a las de las farmacias tradicionales. En otros términos, la empresa está en posición de asegurar la protección de la salud de las personas tan bien como las farmacias tradicionales.

Con respecto a otras, la solución liberal opera un verdadero cambio de perspectiva. En efecto, se concentra en el tipo de organización y no en los fines que persigue. Dicho de otra manera, el establecimiento de una empresa mercantil no obstaculiza otros tipos de organización, que en el mejor de los casos son la excepción, prima la distribución final de los bienes. Lo importante es que esos bienes sean producidos dentro de un orden mercantil. Se entiende que, desde el punto de vista humanista, el límite esencial de la solución liberal reside en la superación del problema de igualdad de acceso a los bienes producidos y su distribución entre el público. Por ejemplo, la liberalización del seguro de salud en Chile demostró que, en el orden mercantil, nada asegura a los individuos contra la quiebra de los prestadores ni disminuye la búsqueda de ganancias que conlleva a la selección de los asegurados en función del nivel de riesgo que presenten, según sean definidos por la empresa prestadora del servicio<sup>19</sup>. Esto institucionaliza entonces un sistema de seguros no igualitario, en detrimento de los más

---

18 Sobre esta concepción, véase CJCE, 11 de diciembre de 2003, DocMorris, *A.7.D.A.* 2004, n° 6, p. 322.

19 Véase la nota de la Fundación Copernic (2003: 49-50).

pobres y los más enfermos: los más pobres y los más vulnerables a los problemas de salud son los peor asegurados...

En la actualidad, éste es el tipo de lógica que prevalece ampliamente en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Sin embargo, con fundamento en una lectura, en ocasiones extensa, de los Tratados, la Corte de Justicia acepta excepciones a una organización totalmente mercantil de producción de bienes y servicios. Pero, para esto, exige justificaciones especiales. Aunque afirmando la primacía de las libertades económicas, la Corte ha aceptado gradualmente la consecución de objetivos no mercantiles, que la aplicación estricta del derecho a la competencia maltrata. Por ejemplo, en Suecia, la protección de la salud pública<sup>20</sup> permite justificar la permanencia del monopolio de la venta de bebidas alcohólicas. Más que todo, la Corte admite que los derechos de la persona pueden obstaculizar, a título derogatorio, las libertades fundamentales que rigen el mercado. Examinado a la luz del fallo Nold<sup>21</sup>, el caso recibió una ilustración muy especial en el fallo del 14 de octubre de 2004, OMOGA<sup>22</sup>. La Corte admite que “el respeto de los derechos fundamentales que se impone tanto a la Comunidad como a los estados miembros, la protección de los susodichos derechos constituye interés legítimo de modo que justifique, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el derecho comunitario, inclusive en virtud de una libertad fundamental [de naturaleza económica] garantizada por el tratado como la libre prestación de servicios”. En este caso se justifica la prohibición hecha por Alemania del “juego de matar” (con armas láser) en nombre de la dignidad humana, componente del orden público. Para la Corte, “el derecho comunitario no se opone a que una actividad económica consistente en la explotación comercial de juegos de simulación de actos homicidas, sea objeto de una medida nacional de prohibición adoptada por motivos de protección del orden público por el hecho de que esta actividad atenta contra el orden público”.

Este esbozo de re-equilibrio entre objetivos no mercantiles expresados bajo la forma de derechos fundamentales y libertades económicas, sigue estando inscrito en la retórica del principio de excepción. Esto tiene consecuencias en el reparto de la carga de la prueba y en los métodos de interpretación de la Cor-

---

20 Por ejemplo, CJCE, 2 de abril de 1998, Norbrook Laboratories, Lt/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, caso C-127/95, *rec.* p. I-1531.

21 CJCE, 14 de mayo de 1974, Nold, kolhen-und Baustoffgrosshandlung contre Commsision, caso 4/73, *rec.* p. 491.

22 *A.J.D.A.*, 2005, p. 152; Véase también el fallo CJCE, 12 de junio de 2003, Schmidberger, caso 112/00, *D.*, 2003, SC, p. 106. Las autoridades austríacas se basan en la libertad de expresión y de reunión para rechazar la intervención contra el atentado a la libre circulación de un grupo de manifestantes.

te, ya que las derogaciones son de estricta interpretación y están sometidas a la prueba de proporcionalidad. Así, a propósito del control ejercido por Italia sobre la expedición de diplomas universitarios por parte de escuelas privadas, la Corte precisó que “si el objetivo de asegurar un alto nivel de formación universitaria resulta legítimo para justificar restricciones a las libertades fundamentales” en la Unión Europea (libertad de circulación de personas, capitales y mercancías), “las susodichas restricciones deben ser apropiadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no deben ir más allá de lo que es necesario para lograrlo”. En este caso, al no reconocer los diplomas universitarios otorgados por escuelas privadas extranjeras situadas en su territorio, Italia, que invocaba “el bien público” y “los valores culturales e históricos de un Estado” representados por la formación universitaria, acometió una restricción no proporcionada a las libertades fundamentales del mercado<sup>23</sup>. Como lo subrayan algunos comentaristas, se franquea un paso importante en “la integración de la educación en el seno del mundo mercantil”<sup>24</sup>.

Se observará que las modalidades de control de la proporcionalidad aquí exigida difieren de las efectuadas en el marco de la solución “social-liberal”. En este último, se trata de asegurarse de que ningún atentado desproporcionado recaiga sobre alguno de los derechos o libertades en juego. En el marco de la solución “liberal-social”, la prueba de proporcionalidad se refiere a las medidas derogatorias de las libertades económicas y apunta a detener el alcance y los efectos.

\* \* \*

La cuestión de la capacidad de los derechos fundamentales para justificar las excepciones a las reglas de la competencia y para restablecer el re-equilibrio cívico, humanista o social en el orden mercantil, permanece intacta. Quienes conciben las políticas públicas juegan un papel esencial en la determinación del equilibrio, como sucede con el poder básico para articular objetivos mercantiles y no mercantiles del que, como se ha visto, disponen los jueces en los casos contenciosos. Como lo subraya M. DELMAS-MARTY (D. 99, cap. 47), “asegurar la efectividad del conjunto de los derechos fundamentales será el reto primordial de los años venideros para tener éxito en la conjugación de economía y Derechos Humanos y evitar así que los dos procesos, la globalización económica y la universaliza-

23 Sobre el control de proporcionalidad de las restricciones a las libertades fundamentales del mercado, véase también el caso CJCE del 13 de noviembre de 2003, Neri, *European school of economic*, *A.J.D.A.*, 2004, n.º 13, p. 723.

24 Y. Jégouzo, nota al pie CJCE del 13 de noviembre de 2003, Neri, *A.J.D.A.*, 2004, n.º 13, p. 724.



ción de los Derechos Humanos, se vuelvan conflictivos”; o si se considera que esta conflictividad es insuperable, que no culmine en absorción y dominio de la segunda por parte de la primera.

## BIBLIOGRAFÍA

- BOCCADORO, N. (2007). *El derecho fundamental a la vivienda*. Tesis, París X-Nanterre, diciembre 10 de 2007.
- BOLTANSKI, L. THÉVENOT (1991). *De la justification. Les économies de la grandeur*. París: Gallimard.
- CHAMPEIL-DESPLATS (1995). «La notion de droit “fondamental” et le droit constitutionnel français», *Dalloz*, 1995, chr. 323
- (2004). «Les droits fondamentaux en droit français: genèse d’une qualification», *Droits fondamentaux et droit social*. P. Lokiec, A. Lyon-Caen (dir.), *Dalloz*, colección *Thèmes et Commentaires*.
- DELMAS-MARTY, M. “La mondialisation du droit: chances et risque”, *D.* 99, cap. 47
- FUNDACIÓN COPERNIC (2003). *Main basse sur l’assurance Maladie*. París: Editions Sylepses.
- GRUNDLÉR, T. (2006). *La santé publique face aux droits fondamentaux*. Tesis, París X-Nanterre.
- LEROY, C. (1997). “Les rapports contemporains entre l’Etat et le Marché: Essai d’interprétation”, en *Revista de derecho administrativo*, n° 293.
- LYON-CAEN, A., I. VACARIE (2001). “Droits fondamentaux et droit du travail”, *Mélanges J.-M. Verdier*, *Dalloz*.
- MEYRAT, I. (1998). *Droits fondamentaux et droit du travail*. Tesis. París X-Nanterre.
- PUPPO, A. (2002). *Harcèlement moral et fonction publique: spécificités*. AJFP 2002.
- RACINE, J.-B. (2003). “L’ordre concurrentiel et les droits de l’Homme”, *Mélanges en l’honneur d’Antoine Pirovano*. Edición Frison-Roche.

