

LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DEL MERCADO INTERNO, SU SINERGIA POSITIVA CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, Y UNA ANOTACIÓN SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN

INTERNAL MARKET FREEDOMS AND THE POSITIVE SYNERGY WITH FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE EUROPEAN UNION LAW, AND A NOTE ON THE SCOPE OF APPLICATION

JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE

*Profesor Ayudante Doctor en Derecho Administrativo
Universitat de València*

Recibido: 07.02.2016 / Aceptado: 09.02.2016

Resumen: Las relaciones de las libertades fundamentales del mercado interior (o libertades económicas) con los derechos fundamentales pueden ser tanto negativas (situaciones de conflicto) como positivas. Para estudiar precisamente las segundas, este trabajo se ocupa primero de identificar similitudes y diferencias entre ambas categorías, y la terminología utilizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y pone su atención a la importante sentencia *Elliniki* como punto de inflexión en la sinergia positiva, y terminando con un pequeño apunte sobre el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales teniendo en cuenta también la sentencia *Åkerberg*.

Palabras clave: libertades económicas, derechos fundamentales, Derecho de la Unión Europea.

Abstract: The relations between market freedoms (or economic freedoms) with fundamental rights can be both negative (conflict situations) as positive. In order to study the second type, firstly we try to indentify the similarities and differences between the two categories, and the terminology used by the European Court of Justice. After that we turn our attention to the important judgment *Elliniki* as a turning point in the positive synergy, and we finish with a small note on the scope of fundamental rights taking into account the judgment *Åkerberg*.

Keywords: market freedoms, fundamental rights, European Unión Law

Sumario: I. Motivación. II. Categorización y configuración. III. Sinergias positivas entre libertades económicas y derechos fundamentales: un pequeño retorno a *Elliniki*. IV. Algunas notas sobre el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales (de la UE) tras Lisboa. V. A modo de conclusión.

I. Motivación

1. Ciertamente son muchos los problemas que actualmente se plantean para la protección de los derechos fundamentales en el sistema multinivel que vivimos en la Unión Europea (UE)¹, y uno de ellos,

¹ Las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea (UE) y el Derecho Nacional se suelen describir -desde una perspectiva jurídica con el llamado paradigma del sistema multinivel, con teorías que buscan una aproximación a la misma, como es el caso del constitucionalismo multinivel (*multilevel constitutionalism*), ya que los Estados miembros de la UE son a

al que vamos a tratar de aproximarnos en estas líneas es la relación que mantienen los derechos fundamentales con las libertades fundamentales del mercado interior (o libertades económicas), y en particular las sinergias positivas que se pueden derivar para los derechos fundamentales, haciendo una pequeña parada de retorno en *Elliniki*², que constituyó un punto de inflexión importante para potenciar el ámbito de aplicación del sistema de protección los derechos fundamentales del Derecho de la UE (DUE)³.

Quizá se puede decir que, desde el punto de vista del DUE, las cuatro libertades fundamentales del mercado interno o libertades económicas (libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y de prestación de servicios, libre circulación de trabajadores y libre circulación de capitales; en adelante libertades económicas) constituyen principios generales que deben prevalecer y que prohíben medidas restrictivas. Algo que también es predicable de los derechos fundamentales, pues constituyen principios generales del DUE que deben reconocer y respetar en el ejercicio de sus competencias tanto las instituciones de la Unión Europea como los Estados miembros, éstos últimos cuando actúan en el ámbito del DUE⁴.

2. Ahora bien, podemos encontrar dos tipos de relación o interacción entre libertades económicas y derechos fundamentales: positiva o de apoyo; y negativa o conflictual.⁵ Estas relaciones las vamos a encontrar -principalmente- en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como encargado de garantizar su respeto, tanto de las libertades económicas⁶ como de los derechos fundamentales⁷.

Por supuesto, es conocido que el Tribunal de Justicia se ha enfrentado a la resolución de casos en los que intervenían a la vez ambas categorías -derechos fundamentales y las libertades económicas del mercado- y no siempre de forma conflictiva, aunque quizá es la resolución de las situaciones de conflicto, lo más conocido en éste ámbito (*Schmidberger*⁸, *Omega*⁹, *Viking*¹⁰, *Laval*¹¹, etc.)¹²

3. Pero este trabajo quiere fijar su atención precisamente en los supuestos de sinergia positiva entre libertades económicas y derechos fundamentales.

Para ello, el primer paso, desde luego, es la conceptualización de las categorías, para verificar ante qué estamos, así como las similitudes y diferencias entre ambas, paso previo para poder tratar de estudiar su posible jerarquización o relación, y en cualquier caso su equiparación y ponderación en tér-

su vez miembros parte en el Consejo de Europa, con lo que efectivamente podemos hablar principalmente de tres niveles de garantía en el territorio de la UE: nivel nacional, nivel UE y nivel convencional. Sobre esta teoría, vid. I. PERNICE, "Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?", *Common Market Law Review*, n. 36, 1999, pp. 703-750, y "Multilevel constitutionalism in the European Union", *European Law Review*, n. 27, 2002; F. BALAGUER CALLEJÓN, "Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea" en *Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces Barba*, vol. 2, 2008, pp. 133-138; T. FREIXES SAN JUAN, "Constitucionalismo multinivel e integración europea" en *Constitucionalismo Multinivel y relaciones entre Parlamentos: Parlamento europeo, Parlamentos nacionales, Parlamentos regionales con competencias legislativas*, CEPC, Madrid, 2011, pp. 37-50; Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, 2ª edición, Sanz y Torres, Madrid, 2014.

² Sentencia *Elliniki*, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254.

³ Se puede afirmar que se ha configurado en la Unión Europea un sistema autónomo y diferencial de la protección de los derechos fundamentales vinculado a los propios objetivos y estructuras de la Unión, distinto de los sistemas de protección constitucionales, y del sistema convencional del Consejo de Europa.

⁴ Sobre el "comodín" que suponen los principios generales del Derecho como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, vid. L. GORDILLO, y G. MARTINICO, *Historias del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Civitas, Madrid, 2015, pp. 90 y ss.

⁵ Como muy bien apunta J. KRZEMINSKA: "The impact of fundamental rights on a fundamental freedom may be dual, in that they may serve either as a limitation to a limitation of a fundamental freedom or a limitation to a fundamental freedom", ZERP-Diskussionspapier 3/2005, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1134809>, p. 7.

⁶ Sobre la protección de las libertades económicas permítaseme remitir al trabajo J. SARRIÓN ESTEVE, "La Tutela de las libertades económicas fundamentales en el proceso de integración europea", *Revista de Derecho UNED*, n. 14, 2014, pp. 933-967.

⁷ J. SARRIÓN ESTEVE, *El Tribunal de Justicia de Luxemburgo como garante de los derechos fundamentales*, Dykinson, 2013.

⁸ Sentencia *Schmidberger*, C-112/2000, ECLI:EU:C:2003:333.

⁹ Sentencia *Omega*, C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614.

¹⁰ Sentencia *Viking*, C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772.

¹¹ Sentencia *Laval*, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809.

¹² J. SARRIÓN ESTEVE, "Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista de Derecho Político*, n. 81, 2011, pp. 379-412; S. A. DE VRIES, "Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice", *Utrecht Law Review*, vol. 9, n. 1, pp. 169-192.

minos de relevancia jurídica. Posteriormente, vamos a fijarnos en particular en las sinergias positivas que se pueden derivar para los derechos fundamentales, haciendo una pequeña parada volviendo -como hemos dicho antes- a *Elliniki*¹³, y finalmente realizaremos alguna anotación respecto al ámbito de aplicación del sistema de protección de derechos fundamentales del DUE, al que tanto ayudo dicha sentencia.

II. Categorización y configuración

4. Tanto los derechos fundamentales como las libertades económicas del mercado han sido entendidos como categorías diferentes, si bien reconociendo que gozan también de similitudes.

Efectivamente, encuentran identidad en la configuración expresa como principios generales, tanto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como en los Tratados, tras el Tratado de Ámsterdam como principios sobre los que se funda la Unión.

5. Además, el Tribunal de Justicia asumió desde el principio un papel de protector de las libertades económicas para garantizar la efectividad del entonces llamado Derecho comunitario;¹⁴ siendo también destacable el uso del mismo test o examen para justificar una restricción a las libertades económicas fundamentales o a los derechos fundamentales (el llamado test o examen de proporcionalidad)¹⁵.

6. Desde un punto de vista teórico, si consideráramos las libertades económicas fundamentales como límites al poder, también guardarían cierta similitud con los derechos fundamentales, que se imponen también como límites al mismo¹⁶.

7. Sin embargo, no hay duda de que estamos ante categorías diversas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y que por tanto guardan más **diferencias** que similitudes:

- a) Las libertades fundamentales siempre han estado enumeradas de forma expresa en el TCE, mientras que los derechos fundamentales carecían de tal enumeración; pero incluso hoy en día, tras la reforma de Lisboa, las libertades fundamentales se encuentran enumeradas de forma expresa en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, mientras que los derechos fundamentales se encuentran fuera de los Tratados, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aunque ésta goce de fuerza jurídica equivalente a los Tratados (art. 6.1 Tratado de la Unión Europea).
- b) Las libertades económicas se han invocado frente a medidas nacionales que pudieran entorpecer el mercado, mientras que los derechos fundamentales, especialmente los de carácter social, se han invocado de forma defensiva para proteger competencias nacionales¹⁷.
- c) Mientras las libertades se refieren propiamente al mercado interno, y por tanto se vinculan a actividades de carácter económico, los derechos fundamentales conceden derechos subjetivos a los individuos.¹⁸ No obstante, no hay que obviar que la libertad de circulación de trabajado-

¹³ Sentencia *Elliniki*, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254.

¹⁴ V. SKOURIS, "Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: The Challenge of Striking a Delicate Balance", *European Review of Business Law*, vol. 17, n. 2, 2006, p. 233.

¹⁵ Esto ya lo apuntaba SKOURIS, vid. supra p. 234.

¹⁶ MADURO planteó la consideración de las libertades económicas como límites: "fundamental economic freedoms limiting public power and safeguarding competition in free market". Vid. M. POIARES MADURO, "The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights", en E. ERIKSEN, J. FOSSUM, J. MENÉNDEZ (eds.), *Chartering of Europe, the European Charter of Fundamental Rights and its Constitutional Implications*, Nomos, Baden-Baden, 2003, p. 215

¹⁷ N. BERNARD, "A "New Governance" Approach to Economic, Social and Cultural Rights in the EU", en T. HERVEY, y J. KENNER, J. (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Oxford Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 245 y ss.

¹⁸ A. BLECKMANN, *Europarecht: des Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften*, Heynman, Köln, 1997, pp. 269-278, citado en M., LINDFELT, *Fundamental Rights in the European Union – Towards Higher Law of the Land? A Study of the Status of Fundamental Rights in a Broader Constitutional Setting*, Åbo Akdemi University, Åbo, 2007, p. 196.

res sí que se ha desarrollado hacia un rol de protección de las personas¹⁹, es decir, hacia la libre circulación de personas, aunque podríamos decir que en la configuración de ésta también han sido relevantes la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios²⁰.

- d) La no inclusión de las libertades económicas en el articulado de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea podría significar una clara voluntad de mantener una distinción de ambas categorías²¹.

8. Además de estas diferencias más evidentes, la doctrina ha tratado de estudiar en profundidad el régimen jurídico y la jurisprudencia para tratar de encontrar peculiaridades que les separen.

Así, SCHUTTER destaca que una importante diferencia es que la introducción de la protección de los derechos fundamentales se hizo para evitar el riesgo de que la Unión fuera acusada de disminuir el nivel de protección de los derechos fundamentales en los sistemas nacionales, puesto que en su opinión los derechos fundamentales no se consideran propiamente un ingrediente (*ingredient*) que contribuya a la efectividad y progreso de las libertades del mercado, sino como potenciales obstáculos y por ello han sido reconocidos de forma restrictiva²².

TICHTY considera que las libertades económicas son el instrumento básico de construcción del mercado comunitario, pero no un fin en sí mismas, como ocurriría con los derechos fundamentales; por otro lado, tanto unos como otros encontrarían una orientación diferente, puesto que los derechos fundamentales refuerzan el interés común y se garantizan a través de las instituciones, mientras que las libertades fundamentales persiguen intereses individuales y se garantizan a través de garantías individuales.²³ Lo que cabría plantearse es que su propio sentido y la finalidad que tienen es distinta: la consecución del mercado interno en un caso, la realización y garantía de la vida de los ciudadanos por otra.

Por su parte, ASHIAGBOR entiende que muchas de estas diferencias podrían parecer curiosas a personas que no hayan estudiado la naturaleza del proyecto de integración económica europeo, o incluso no incontrovertidas, todo y que estas libertades son elevadas al nivel de los derechos y calificadas como fundamentales²⁴.

9. Pero realmente, a pesar de esta categorización diferencial hay un momento en el que los derechos fundamentales ejercen cierta influencia no desdeñable en las propias libertades económicas.²⁵ Esta influencia se manifestaría en el desarrollo del orden legal comunitario incluso antes de la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La cuestión que la doctrina ha tratado de responder es en qué medida esta influencia afecta a las libertades económicas fundamentales, es decir,

¹⁹ Esta libertad económica fundamental ya fue definida como derecho fundamental por el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Forcheri*, C-152/82, ECLI:EU:C:1983:205; así como en las Conclusiones del Abogado General LENZ en *Bosman*, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:293

²⁰ Sobre la configuración de la libre circulación de personas como derechos fundamental y su fundamento en las libertades de establecimiento y prestación de servicios, y libre circulación de trabajadores, vid. J. SARRIÓN ESTEVE, "La libre circulación de personas como derecho fundamental de los ciudadanos en la Unión Europea", *Panorama Social*, n. 17, 2013, pp. 33-40.

²¹ La diferenciación que haría la Carta de los Derechos Fundamentales al mencionar las libertades económicas en su Preámbulo, pero no incluirlas en su contenido, implicaría en opinión de Lindfelt una clara voluntad de mantener la distinción. Vid. M. LINDFELT, *Fundamental Rights in the European Union – Towards Higher Law of the Land? A Study of the Status of Fundamental Rights in a Broader Constitutional Setting*, op. cit., p. 8.

²² O. DE SHUTTER, "The implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination", *Jean Monnet Working Paper*, n. 7/04, Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law & Justice, NYU School of Law, <http://jeanmonnetprogram.org/papers/04/040701.html>, p. 11.

²³ L. TICHTY, "Fundamental rights and fundamental freedoms: short remarks", en Pernice, I., Zemánek, J. (eds.), *A Constitution for Europe: The IGC, the ratification Process and Beyond*, Nomos, 2005, p. 4.

²⁴ Vid. D. ASHIAGBOR, "Labor Rights in the Era of Globalization", *Law & Ethics of Human Rights*, v. 3, n° 2, 2009, accessible en www.bepress.com/lehr/vol3/iss2/art5, p. 236.

²⁵ Sobre esta cuestión vid. L. TICHTY "Fundamental rights and fundamental freedoms: short remarks", op. cit.; P. OLIVER, Y W.H. ROTH, "The internal market and the four freedoms", *Common Market Law Review*, vol. 41, n. 1, 2004, pp. 407-441; el mismo artículo pero actualizado un año después en "The internal market and the four freedoms", en A. MCDONELL (ed.), *A review of forty years of Community law: legal developments in the European Communities and the European Union*, Kluwer Law International, Netherlands, 2005, pp. 129-163.

de qué manera particular puede suponer una transformación de las propias libertades en derechos fundamentales²⁶.

Para ello hay que atender a la terminología utilizada por el Tribunal de Justicia para referirse a las libertades económicas. Y esto es importante, porque no se puede obviar que los términos que utiliza el Tribunal de Justicia, el lenguaje jurídico que utiliza para referirse a las libertades carezca de importancia alguna. El Tribunal de Justicia se ha referido a las cuatro libertades económicas con algunas expresiones que las han vinculado, y mucho, a los derechos fundamentales²⁷:

- a) Así, las ha considerado como **libertades fundamentales**, en *Angonese*²⁸, respecto a la libre circulación de trabajadores; y *Heinonen*²⁹, *Canal Satélite Digital*³⁰ y *Schmidberger*³¹ respecto a la libre circulación de bienes.
- b) Como uno de los **principios fundamentales** del Tratado, entre otras sentencias, en *Comisión c. Grecia*³²; *Comisión c. Francia*³³, en ambos casos respecto de la libertad de circulación de bienes; y en *Comisión c. Alemania*, referida a la libertad de servicios³⁴.
- c) Como una **provisión fundamental** de la Comunidad en *Corsica Ferries*, respecto a las cuatro libertades³⁵.
- d) Entendiéndolas como uno de los **fundamentos** de la Comunidad, en *CIA Security c. Signalson*³⁶, y *Unilever Italia*³⁷; en ambos casos respecto a la libre circulación de bienes.
- e) Y por supuesto también las consideró como **derechos fundamentales** en *Forcheri c. Belgium*³⁸; *UNCTEF c. Heylens*³⁹; *Dounias c. Minister for Economic Affairs*⁴⁰.

10. Y es que, a efectos prácticos, el Tribunal de Justicia parece subjetivizar las libertades económicas como derechos fundamentales, o lo que es lo mismo, las ha considerado como derechos subjetivos reclamables ante los tribunales nacionales por parte de los individuos, y por tanto como derechos fundamentales. Así ha sido desde los primeros momentos⁴¹.

11. Y así lo viene considerando la doctrina. KRZEMINSKA entiende que, de una manera progresiva, las libertades económicas se han reconocido como libertades que tutelaban al individuo en sus activida-

²⁶ ¿Se puede buscar el fundamento último de las libertades económicas en los derechos? TICHTY, al que ya hemos citado antes, sostiene que sí hasta cierto punto, y pone como ejemplos a la libre circulación de bienes que podría sustentarse sobre el derecho de propiedad; la libre circulación de personas, que podría sustentarse en una visión amplia del derecho de reunión. Vid. L. TICHTY, "Fundamental rights and fundamental freedoms: short remarks", op. cit., pp. 3-5.

²⁷ Sin pretender ser exhaustivos. Seguimos los estudios de P. OLIVER, y W. H. ROTH, "The Internal Market and the Four Freedoms" (I) op. cit., pp. 407 y ss.; D. ASHAGBOR, "Labor Rights in the Era of Globalization", op. cit.; O. O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental rights, Contract Law and Protection of the Weaker Party: A comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2007, pp. 193 y ss.

²⁸ Sentencia *Angonese*, C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296, apartado 35, referida a la libre circulación de trabajadores.

²⁹ Sentencia *Heinonen*, C-394/97, ECLI:EU:C:1999:308, apartado 38, referida a la libre circulación de bienes.

³⁰ Sentencia *Canal Satélite Digital c. Spain*, C-390/99, ECLI:EU:C:2002:34, apartados 28-30, referida a la libre circulación de bienes.

³¹ Sentencia *Schmidberger*, C-112/2000, ECLI:EU:C:2003:333, apartados 62 y 74, referida a la libre circulación de bienes.

³² Sentencia *Comisión c. Grecia*, C-205/89, ECLI:EU:C:1991:123, apartado 9.

³³ Sentencia *Comisión c. Francia*, asunto C-265/95, ECLI:EU:C:1997:595, apartado 27.

³⁴ Sentencia *Comisión c. Alemania*, C-205/84, ECLI:EU:C:1986:463, apartados 4 y 27.

³⁵ Sentencia *Corsica Ferries France*, C-44/89, ECLI:EU:C:1991:401, apartado 8.

³⁶ Sentencia *Security c. Signalson*, C-194/94, ECLI:EU:C:1996:172, apartado 40.

³⁷ Sentencia *Unilever Italia c. Central Food*, C-443/98, ECLI:EU:C:2000:496, apartado 40.

³⁸ Sentencia *Forcheri c. Belgium* C-152/82, ECLI:EU:C:1983:205, apartado 11, sentencia referida a la libre circulación de trabajadores.

³⁹ Sentencia *UNCTEF c. Heylens*, C-222/86, ECLI:EU:C:1987:442, apartado. 14, referida también a la libre circulación de trabajadores.

⁴⁰ Sentencia *Kharalambos Dounias c. Ipourgos Ikononikon (Minister for Economic Affairs)*, C-228/98, ECLI:EU:C:2000:65, apartado 64, referida a la libre circulación de bienes.

⁴¹ Vid. en este sentido: Sentencias *Salgoil SpA c. Ministerio peril Commercio con l'Estero*, C-13/68, ECLI:EU:C:1968:54; *Reyners c. Belgium*, C-2/74, ECLI:EU:C:1974:68; *Van Duyn c. Home Office Case*, C-11/74, ECLI:EU:C:1974:84

des comerciales⁴². Poiares Maduro entendió que el Tribunal de Justicia habría atribuido a las libertades fundamentales un estatus que gozan los derechos fundamentales en las Constituciones nacionales.⁴³ En esta línea, Lindfelt considera que en la práctica las libertades económicas fundamentales juegan como los derechos fundamentales en las Constituciones nacionales, puesto que se convierten en la regla frente a los derechos fundamentales que son la excepción que podría restringir las libertades. Además, entiende acertadamente que la cuestión no está tanto si las libertades económicas fundamentales se pueden o no ver como derechos sino su estatus normativo en relación con ellos⁴⁴. O ASHIAGBOR, que argumenta que el Tribunal de Justicia ha asumido un mayor rol en la eliminación de las restricciones a las libertades económicas fundamentales a través de un proceso de integración negativa, que no en la defensa de los derechos fundamentales; y en el lenguaje de la Corte se podría ver que éste considera las cuatro libertades fundamentales como el centro del proyecto europeo⁴⁵.

12. Algunos autores, no obstante, han sido críticos con esta “conceptualización” como derechos fundamentales de las libertades económicas; aunque han hecho una salvedad con la libre circulación de trabajadores.

Así, por ejemplo, BOGDANDY sostiene que salvo la libre circulación de trabajadores, las otras libertades del mercado no son realmente derechos y además, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esos casos no respondería una jurisprudencia de derechos humanos⁴⁶.

Por su parte, BIONDI entiende que si bien en la práctica las cuatro libertades han sido tratadas por el Tribunal de Justicia como derechos fundamentales, considera que por regla general el Tribunal se habría resistido a la tentación de construir una jerarquía de derechos, con la excepción del especial caso de la libre circulación de trabajadores, donde el Tribunal de Justicia sí asumiría un rol muy similar al del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo⁴⁷.

Efectivamente, pues como sostienen Oliver y Roth las libertades relacionadas con la circulación de personas tiene más facilidad para ser vista como derechos fundamentales en la medida en que se pueden encontrar en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, mientras que no ocurre lo mismo con las otras. En efecto, estos autores razonan que esta mayor vinculación de las libertades relacionadas con la libre circulación de personas y los derechos fundamentales quedaría, además, confirmada en la Carta de los Derechos Fundamentales, donde los artículos 7 y 15 establecen el respeto de la vida privada y familiar, y la libertad de trabajar en cualquier Estado miembro. En cambio, no encuentran que respecto a la libre circulación de bienes se pueda encontrar la misma vinculación o similitud. De hecho, del estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia concluyen que no se puede aseverar la conceptualización como derechos fundamentales, pero tampoco habría que excluir que la libre circulación de bienes pueda vincularse a la libertad de expresión (cuando las restricciones afectan, a la importación o exportación de libros, revistas o videos); o incluso a la libertad de empresa⁴⁸.

13. Pero lo cierto es que esta categorización de las libertades económicas como derechos plantea problemas de construcción conceptual, puesto que es una identificación que esconde una construcción bastante limitada, quizá con la única como excepción de la libre circulación de personas⁴⁹.

⁴² J. KRZEMINSKA, “Free Speech Meets Free Movement: How Fundamental really is ‘Fundamental?’” op. cit., pp. 5 y 6.

⁴³ M. Poiares Maduro, “Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the European Union”, en P. ALSTON, A. CASSESE, C. LALUMIÈRE, P. LEUPRECHT, (eds.), *An EU Human Rights Agenda for the New Millennium*, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 452

⁴⁴ M. LINDFELT M., *Fundamental Rights in European Union – Towards Higher Law of the Land?*, op. cit., pp. 196 y 208

⁴⁵ D. ASHIAGBOR, “Labor Rights in the Era of Globalization”, op. cit., p. 237

⁴⁶ Vid. A. BOGDANDY, “The European Union as an Human Rights Organization?”, *Common Market Law Review*, vol. 36, n. 6, 2000, pp. 1326-1327.

⁴⁷ A. BIONDI, “Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights”, *European Human Rights Law Review*, vol. 9, n.1, 2004, pp. 53-54

⁴⁸ Nos remiten a estos efectos a las sentencias del Tribunal de Justicia *Alemania c. Consejo*, C-280/93, ECLI:EU:C:1994:367, apartado 78; *Metronome Musik*, C-200/96, ECLI:EU:C:1998:172, apartado. 21. Vid. P. OLIVER Y W. H. ROTH, “The internal market and the four freedoms”, (I), op. cit., p. 408.

⁴⁹ Y esto puede disminuir, de alguna manera, la importancia de la diversidad legal del constitucionalismo europeo. Vid.

Entonces, cabría preguntarse ¿las libertades económicas fundamentales constituyen derechos fundamentales? Si bien en sentido estricto no es así, estaríamos ante un sutil cambio de una noción de libertad de mercado hacia derechos de mercado, que habría ganado cierta aceptación generalizada, si bien no universal, llegándose incluso a hablar de un derecho fundamental a la libertad de comercio (*fundamental right to freedom of trade*),⁵⁰ o de que forman parte de la libertad de empresa⁵¹.

14. Sin embargo, a pesar de esta preocupación doctrinal por la construcción conceptual de las libertades económicas como derechos fundamentales es discutible si gozan realmente de este estatus en los Tratados, y también en la práctica, esto es, en los resultados de las sentencias del Tribunal; que es lo más importante para comprender la relación entre ambas categorías⁵².

Y para estudiar la relación práctica entre libertades y derechos habría que acudir primero a la regulación en los Tratados,⁵³ y sobre todo, verificar que relevancia van a tener en la práctica jurisprudencial. Es decir, cuando interactúan con los derechos fundamentales hay que estudiar si van a mantener una relación que se pueda calificar de jerárquica o incluso de subordinación de unos respecto a otros, porque lo cierto es que ambas categorías van a interactuar, y en dicha relación bidireccional pueden mostrar tanto sinergias positivas como también conflictos, aunque a éstos últimos ya hemos tenido ocasión de aproximarnos en otro lugar⁵⁴. Por eso vamos a detenernos a estudiar algunos casos de sinergias positivas.

A. BIONDI, “Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights”, op. cit., p. 53; M. POIARES MADURO, “Reforming the Market or the State?: Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights”, *European Law Journal*, vol. 3, n. 1, 1997, p. 55.

⁵⁰ D. ASHIAGBOR, “Labor Rights in the Era of Globalization”, op. cit., pp. 237-238.

⁵¹ EVERLING, *Wirtschaftsfreiheit im europäischen Binnenmarkt – Anspruch und Realität*, en Schwarze (ed.), *Wirtschaftsverfassungsrechtliche Garantien für Unternehmen im europäischen Binnemarkt*, Nomos, 2001. Cit. por P. OLIVER y W. H. ROTH, “The internal market and the four freedoms” (1) op. cit. nota 18, p. 410. En esta línea, MADURO razona que estamos ante un derecho político fundamental y una libertad económica fundamental, utilizando las expresiones “fundamental political rights” y de “fundamental economic freedom”, razonando sin embargo, que hay un riesgo de atribuir a las libertades del mercado un estatus superior del que gozan los propios derechos fundamentales. M. POIARES MADURO, *We, the Court. The European Court of Justice & the European Economic Constitution*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 1998, pp. 166-168. KINGREEN las entiende como derechos públicos subjetivos (“subjektiv-öffentliche Rechte”), KINGREEN, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Duncker & Humblot, 1999, p. 15, cit. P. OLIVER y W. H. ROTH, “The internal market and the four freedoms”, (1) op. cit., p. 410 y ss. Y BAQUERO CRUZ habla de derechos constitucionales pero no derechos constitucionales fundamentales, J. BAQUERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2002, p. 81. GERKRATH sí les llama “economic constitutional rights” y “the principal elements of the economic Constitution of the Community”, G. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Université de Bruxelles, 1997, p. 315. CHEREDNYCHENKO considera que las libertades constituyen los principios clave de la constitución económica, vid. CHEREDNYCHENKO, O.O., *Fundamental rights, Contract Law and Protection of the Weaker Party: A comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, op. cit., p. 195. HELISKOSKI las califica de “super rights” frente al segundo lugar que ocuparían los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión, J. HELISKOSKI, “Fundamental Rights versus Economic Freedoms in the European Union: Which paradigm?” en J. PETMAN, H. KLABBERS, (eds.), *Nordic Cosmopolitanism: Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, Martinus Nijhoff Publishing, Leiden, 2004, pp. 417-443. Finalmente, KRZEMINSKA resalta la importancia de diferenciar las libertades fundamentales de los derechos fundamentales, para poder entender mayor su relación y sus conflictos. Vid. J. KRZEMINSKA, “Free Speech Meets Free Movement: How Fundamental really is ‘Fundamental’?”, op. cit., p. 5

⁵² Y es que como razona BIONDI esta conceptualización “minimises the impact of the case law of the ECJ and its discourse”, que es lo realmente importante. Vid. A. BIONDI, “Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights”, op. cit., p. 53.

⁵³ Como se ha dicho con brillantez: “At the end of the day, the essential issue is not whether the four freedoms are to be categorised as fundamental rights, but rather their relative importance in the Treaty”, P. OLIVER, “Competition and Free Movement: Their Place in the Treaty”, en T. TRIDIMAS, y P. NEBBIA, *European Union Law for the Twenty-First Century: Internal Market and Free Movement Community Policies*, vol. 2, Hart Publishing, Portland, 2004, p. 166.

⁵⁴ J. SARRIÓN ESTEVE, “Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, op. cit.

III. Sinergias positivas entre libertades económicas y derechos fundamentales: un pequeño retorno a *Elliniki*

15. Quizá el primer gran ejemplo es *Elliniki* (también conocida como *ERT*)⁵⁵ el Tribunal de Justicia afirmó que los Estados miembros debían respetar los derechos fundamentales cuando aplicaban el entonces llamado Derecho comunitario. Además, ese respeto era exigible también cuando se trataba de aplicar una excepción a las obligaciones de los Tratados; de tal forma que un Estado miembro a la hora de tomar medidas que restringieran una libertad económica fundamental no sólo debía tener en cuenta que debía ser una restricción que debía estar justificada, como venía exigiendo la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia, sino que debía también respetar los derechos fundamentales reconocidos como principios generales del Derecho comunitario⁵⁶.

Se trataba de un caso en el que una empresa llamada *Elliniki Radiofonía Tileorasi (ERT)* tenía concedidos los derechos de retransmisión televisiva de forma exclusiva, y el Alcalde de Tesalónica decidió crear una sociedad municipal de información que se dedicaría también a dicha actividad. *ERT* solicitó en vía judicial la prohibición de la actividad para la empresa municipal. El Tribunal de Gran Instancia de Tesalónica decidió plantear una cuestión prejudicial, planteando la adecuación del monopolio griego en la televisión con respecto al Derecho comunitario, y también en relación con el respeto al derecho fundamental a la libertad de expresión.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia consideró que dicho monopolio era contrario al Derecho comunitario, puesto que restringía la libre prestación de servicios, siendo sólo excusable si la medida nacional de establecimiento del monopolio fuera una disposición limitativa permitida en el Tratado. El Tratado permitía la limitación de la libre prestación de servicios cuando se justificara en razones de orden público, seguridad o salud públicas (arts. 56 y 66 del entonces TCEE). Pero el Tribunal de Justicia añadió un requisito más, el respeto a los derechos fundamentales reconocidos como principios generales del Derecho comunitario, dentro de los que se encontraba la libertad de expresión establecida en el art. 10 del Convenio de Roma⁵⁷.

16. La idea que subyace en la doctrina sentada en *Elliniki* es que las eventuales restricciones o limitaciones que se puedan adoptar en relación a las libertades económicas deberán respetar los derechos fundamentales que están reconocidos como principios general del DUE.

Si bien se criticó un uso de los derechos fundamentales como un instrumento al servicio del mercado y sus libertades fundamentales;⁵⁸ lo cierto es que en este asunto tanto derechos fundamentales como libertades económicas encuentran un vínculo de carácter positivo.

A la hora de considerar medidas nacionales que afecten al mercado, éstas medidas restrictivas de las libertades económicas deben respetar los derechos fundamentales. En otras palabras, libertades fundamentales del mercado (o económicas) y derechos fundamentales van de la mano, y de alguna manera las libertades económicas coadyuvan a potenciar el respeto de los derechos fundamentales, son el punto de conexión. Ahora bien, sí hay que reconocer que se puede apreciar cierta instrumentalización de la tutela de los derechos fundamentales, que servirían para apoyar la posible no conformidad de medidas nacionales restrictivas de las libertades fundamentales del mercado⁵⁹.

⁵⁵ Sentencia *Elliniki*, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254.

⁵⁶ Vid. la aseveración del Abogado General Jacobs de que “if the restriction proves to be permissible under Community law, then it must still applied with respect for human rights”, F. G. JACOBS, “Human Rights in the European Union: the role of the Court of Justice”, *European Law Review*, n. 4, 2001, pp. 331-337.

⁵⁷ Sentencia *Elliniki*, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254, apartado 45.

⁵⁸ Vid. A. BIONDI, “Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights”, op. cit p. 55; también J. COPPEL y A. O’NEIL, A., “The European court of Justice: Taking Rights Seriously”, *Common Market Law Review*, vol. 29, n. 4, 1992, p. 689.; y T. PERIŠIN, “Interaction of fundamental (human) rights and fundamental (market) freedoms in the EU”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 2, 2006, p. 73.

⁵⁹ Hay que tener en cuenta que los párrafos 41 a 45 de *Elliniki* se reproducen en las conclusiones del Abogado General JACOBS en el asunto *Konstantinidis*, C-168/91, ECLI:EU:C:1992:504, en el apartado 42. Lo curioso del caso es que el Tribunal de Justicia en el apartado 45 no considera necesario dar una específica orientación sobre la conformidad del monopolio de televisión griego al Derecho comunitario, todo y que se supone que ésta sería su tarea, limitándose a encomendar que la corte

17. Estamos ante una sentencia que constituyó un punto muy relevante en la agenda europea de protección de los derechos fundamentales⁶⁰; pero que también sirvió para poder determinar mejor el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de la UE.

En efecto, el Tribunal de Justicia ya había dicho que los derechos fundamentales eran vinculantes no sólo para las instituciones europeas (*Defrenne*)⁶¹, sino también para los Estados miembros cuando aplican el Derecho comunitario (*Wachauf*).⁶²

Pero la doctrina sentada en *Elliniki* es muy significativa, ya que en *Wachauf* el ámbito de normas nacionales que se sujetaban al control de la protección de los derechos fundamentales del Derecho de la UE estaba circunscrito a las medidas nacionales que traspusieran una directiva, es decir, que implementaran Derecho comunitario, mientras que *Elliniki* implica una ampliación de dicho control a las normas nacionales cuando las mismas recaen dentro del ámbito del Derecho comunitario;⁶³ porque se está limitando o aplicando una restricción a una libertad fundamental del mercado. En este sentido, algunos autores han planteado que podemos apreciar dos líneas jurisprudenciales distintas que tendrían como punto de partida *Wachauf* y *Elliniki*⁶⁴.

IV. Algunas notas sobre el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales (de la UE) tras Lisboa

18. El problema de determinar con precisión el ámbito de aplicación del Derecho de la UE, y por tanto, también el de la protección de los derechos fundamentales de la UE sigue abierto, y es un problema que afecta también al ámbito de aplicación de la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea,⁶⁵ que, no olvidemos, es sólo uno de los instrumentos fuente del sistema (autónomo) de protección de los derechos fundamentales de la UE que se enumeran en el art. 6 TUE.

Es el art. 51.1 CDFUE el que trata esta cuestión, y dispone que:

*“Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.”*⁶⁶

nacional examine dicho monopolio a la luz del art 10 del Convenio de Roma. Vid. P. CRUZ VILLALÓN, “‘All the guidance’, ERT and Wachauf”, en M. POIARES MADURO, y L. AZOULAI, (eds.), *The Past and Future of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Oregon, 2010, p. 166.

⁶⁰ Efectivamente, para CHALMERS *Elliniki* o ERT supuso un cambio de rumbo en la Unión Europea al propiciar que los derechos fundamentales se hayan convertido en una parte más importante del discurso político europeo. Vid. D. CHALMERS, “Looking Back at ERT and its Contribution to an EU Fundamental Rights Agenda”, en en Poiares Maduro, M., y Azoulai, L. (eds.), *The Past and Future of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Oregon 2010, pp. 140-150.

⁶¹ Además, podemos decir que la línea jurisprudencial que tiene inicio en *Elliniki* ha tenido sus frutos, y se ha aplicado tanto en materia de libre circulación de mercancías en relación con la libertad de expresión en la sentencia *Karner* (Sentencia *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH*, C-71/02, ECLI:EU:C:2004:181.), como también en materia de libre circulación de personas y trabajadores en relación con el derecho a la vida familiar en la sentencia *Carpenter* (Sentencia *Mary Carpenter*; C-60/00, ECLI:EU:C:2002:434). Sobre *Elliniki* y las sentencias que le siguen se puede consultar el análisis de M. DÍAZ CREGO, *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Reus, Madrid, 2009, p. 142.

⁶² Sentencia *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne SABENA*, C-149/77, EU:C:1978:130.

⁶³ Sentencia *Hubert Wachauf v. Germany*, C-5/88, EU:C:1989:321.

⁶⁴ A. BIONDI, “Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights”, op. cit. p. 55.

⁶⁵ D. SARMIENTO, “Who’s afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe”, *Common Market Law Review*, n.50, 2013, pp. 1275-1277.

⁶⁶ J. SARRIÓN ESTEVE, “Actual Trends and Challenges of the Constitutional Fundamental Rights and Principles in the ECJ Case Law from the Perspective of Multilevel Constitutionalism”, September 4, 2015, accesible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2656394>, pp. 11-12.

⁶⁷ Negrita del autor.

19. La interpretación del sentido del art. 51.1 CDFUE cuando se refiere al ámbito de aplicación de la Carta en lo referente a los Estados miembros (cuando “apliquen el Derecho de la Unión”) hay que entenderlo en un sentido amplio, es decir, no limitado a normas nacionales de implementación o trasposición, sino a cualquier norma que entre dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, es decir, habría que aplicar la doctrina *Elliniki*. Y ello a pesar que la versión inglesa del art. 51.1 hable de implementación (*implementing*)⁶⁷ en lugar de aplicación, lo que podía generar ciertas dudas, a pesar de que las Explicaciones de la Carta referentes a este artículo utilicen una expresión más genérica como actuar en el ámbito del Derecho de la UE, pues citan a su vez diversas sentencias, entre ellas *Wachauf y Elliniki*⁶⁸.

Realmente, la redacción en lengua inglesa puede generar una duda terminológica, por lo que debería haberse utilizado un término más amplio. Pero desde el punto de vista del sentido que se pretende dar, según las explicaciones, se aprecia claramente la voluntad de ampliar el ámbito, y por tanto, no circunscribirlo a la implementación, sino a la aplicación o actuación en el marco del Derecho de la UE. A partir de ahí, la discusión terminológica no me parece, en principio, de mayor interés, puesto que al fin y al cabo la trasposición cae dentro del concepto más amplio del ámbito del Derecho UE⁶⁹.

Pero en *Åkerberg Fransson*⁷⁰ el TJUE tiene la oportunidad de pronunciarse y resolver las dudas que pudieran quedar sobre esta cuestión, determinando claramente que el ámbito de aplicación de la CDFUE en lo referente a los Estados miembros no se circunscribe a las normas nacionales de trasposición, sino que vincula a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito del Derecho de la UE, y por tanto ordenará cualquier norma nacional que caiga dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la UE⁷¹. Cosa distinta, y que dejamos para otro momento, es delimitar con precisión hasta dónde llega el ámbito del DUE.

V. A modo de conclusión

20. La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea ha evolucionado mucho en las últimas décadas, hasta tal punto que podemos afirmar que se ha configurado un sistema de protección de derechos fundamentales autónomo en el DUE, que tiene sus propios principios y objetivos, distintos de los principios y objetivos de los sistemas de protección constitucionales de los Estados miembros y el sistema convencional del Consejo de Europa.

21. Dentro del DUE, las relaciones que mantienen los derechos fundamentales con las libertades fundamentales del mercado interior (o libertades económicas), pueden ser tanto negativas (situaciones de conflicto) como relaciones o sinergias positivas.

22. Este trabajo ha prestado atención a la categorización de las libertades económicas y los derechos fundamentales, y hemos visto cómo la jurisprudencia los ha protegido y configurado, habiendo calificado a las libertades económicas como principios fundamentales, provisiones fundamentales o

⁶⁷ En concreto la expresión es “when they are implementing Union law”.

⁶⁸ D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law: Text and Materials*, 3ª edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 280

⁶⁹ J. SARRIÓN ESTEVE, “Actual Trends and Challenges of the Constitutional Fundamental Rights and Principles in the ECJ Case Law from the Perspective of Multilevel Constitutionalism”, op. cit., p. 12.

⁷⁰ *Åklagaren v. Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU: C: 2013:105.

⁷¹ No obstante, es interesante, desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales, que el sistema autónomo de protección de derechos fundamentales del DUE (que incluye la Carta) efectivamente va a aplicarse sobre cualquier norma nacional que caiga dentro del ámbito de aplicación del DUE, pero con una distinta intensidad en función del margen nacional existente, cuestión que el TJUE analiza tanto en *Melloni* (C-399/11, EU:C:2013:107) como en *Åkerberg Fransson*; porque si no hay margen nacional y el supuesto está completamente regulado por el DUE, entonces no habrá aplicación del sistema de protección de derechos fundamentales nacional, y por ende, podríamos estar ante una inaplicación del sistema o estándar de protección constitucional en este caso concreto. Esta cuestión he tenido oportunidad de tratarla en extenso en J. SARRIÓN ESTEVE, “Supremacía Constitucional y Primacía del Derecho de la Unión Europea tras el caso Melloni”, en *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, CEPC, 2016 (en prensa).

fundamentos de la Comunidad, e incluso derechos fundamentales; pasando por cómo la doctrina lo ha racionalizado, destacando tanto las similitudes como las diferencias. Aunque quizá la conclusión de ello es que, al final, lo relevante no es tanto la cuestión semántica como los resultados de las relaciones entre derechos fundamentales y libertades económicas, y ello, fundamentalmente, se puede apreciar tanto en los Tratados como en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Atendiendo a la jurisprudencia de éste último merece la pena destacar que efectivamente pueden existir sinergias positivas muy importantes, como ocurrió precisamente en *Elliniki*⁷². Sentencia que constituye un punto de inflexión relevante fruto de esta relación positiva que permitió potenciar el ámbito de aplicación del sistema de protección los derechos fundamentales del DUE, que -incluyendo la CDFUE- se va a imponer no sólo a las instituciones de la UE, sino también a los Estados miembros en el ámbito de aplicación del mismo DUE, tal y como se confirmó en *Åkerberg Fransson*⁷³.

⁷² Sentencia *Elliniki*, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254.

⁷³ *Åklagaren v. Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU: C: 2013:105.