



HAL
open science

Libertades económicas y derechos humanos o la libertad de emprender en el país de los derechos fundamentales

Véronique Champeil-Desplats

► **To cite this version:**

Véronique Champeil-Desplats. Libertades económicas y derechos humanos o la libertad de emprender en el país de los derechos fundamentales . Séminaire pour l'Université de Camerino, Jul 2008, Camerino, Italia. hal-01667092

HAL Id: hal-01667092

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01667092v1>

Submitted on 19 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Libertades económicas y derechos humanos

o la libertad de emprender en el país de los derechos fundamentales

Véronique Champeil-Desplats, Profesora catedrática al Université de Paris
X-Nanterre

Las relaciones entre los derechos del hombre y las libertades económicas suscitan desde hace algunos años un interés nuevo, particularmente porque cuestiones mucho tiempo debatidas del solo terreno ideológico o político, se vuelven cada vez más técnicas y solicitan tan cada vez más soluciones de tipo jurídicas. En primer lugar, para entender las puestas actuales de la articulación entre los derechos del hombre y las libertades económicas tanto al nivel nacional como al nivel de la Unión Europea, un enfoque histórico y teórico se revela luminoso. Primero nacidos las luchas que apuntaban al reconocimiento de los derechos humanos, las libertades económicas progresivamente se emanciparon. Luego, una vez la emancipación realizada, los defensores de las libertades económicas fijaron una pretensión que estas libertades dominen el conjunto de los valores y de las reglas que guían las acciones humanas (I). Así, las libertades económicas se volverían también fundamentales como los derechos del hombre "tradicionales", podríamos decir. Hay que entonces examinar el significado de tal pretensión en la "fundamentalidad": ¿fundamental, posiblemente, pero en cuál sentido? (II)

Una vez los presupuestos que conducirán a cualificar de libertades económicas de libertades fundamentales aclarados, se tratará de analizar sus articulaciones posibles con los derechos del hombre que reenviarán exigencias humanistas, éticas o cívicas. En efecto, varios ideales-tipos de relaciones entre las libertades económicas y los derechos del hombre son posibles y coexisten en las órdenes jurídicas contemporáneas. La elección de un tipo de relación depende de modo evidente de preferencias ideológicas; llega a constituir, a un extremo, un orden estrictamente liberal (con sentido económico del término) y mercantil y, al otro extremo, un orden humanista y, muy ciertamente, económicamente planificada. En el ínterin, aparecen varias modalidades de compromiso o de conciliación. Sin embargo, la observación de los sistemas jurídicos actuales muestra una subida en fuerza de las libertades económicas y mercantil frente a una concepción humanista de los derechos humanos (III).

I. Derechos humanos y libertades económicas: hermanos enemigos

Históricamente, las libertades económicas (libertad de emprender, libertad de la industria y del comercio) fueron un elemento determinante de la

movilización de la clase burguesa a favor del reconocimiento de los derechos del hombre. Los revolucionarios burgueses de 1789 no lucharon solamente por la libertad de opinión y de expresión o para la garantía de su libertad durante un proceso penal. Tienen también, y posiblemente sobre todo, a reivindicar la abolición de los privilegios (es decir, etimológicamente, de las leyes particulares, *privata lex*) y reglamentaciones feudales de tipos que los impedían desarrollar sus producciones y aumentar sus riquezas. La Declaración de los derechos de hombre y del ciudadano de 1789 que se termina por el reconocimiento del derecho de propiedad ha sido seguida por la redacción del decreto de Allarde de los 2-17 marzo de 1791 y de ley Le Chapelier de los 14-17 de marzo de 1791 que consagran la libertad de la industria y del comercio.

En aquella época el liberalismo ético o humanista definido como la voluntad de garantizar las libertades necesarias para la autonomía y para la abertura individual de la persona, y el liberalismo económico preocupado por el desarrollo de los intercambios mercantiles y de las riquezas fueron vinculados; no eran dissociables. Eran "por el mismo lado", la de la acusación de la incursión del poder de los gobernantes, en actividades consideradas como privadas, que estas actividades sean de naturaleza espiritual, moral, física o mercantil.

No obstante, debido a factores económicos, sociales y conceptuales que merecerían más atención, a medida que se desarrollaron las actividades industriales y mercantiles y medida que emergieron ciencias económicas que se ganan en autonomía frente a la filosofía política y moral, los fines y los objetivos del liberalismo inspirado por valores humanistas y los del liberalismo económico (o del liberismo) progresivamente se dissociaron. La problemática no es más la de una lucha común contra los poderes del Estado y de los gobernantes, sino la de una separación de las luchas: el liberalismo humanista o ético se erige contra la tendencia paternalista incluso totalitaria que la reglamenta todas las partes de la vida privada de los individuos, mientras que el liberismo combate el intervencionismo económico y social, en otros términos, el *Welfare State*.

Pero ambos liberalismos no se contentan caminar separado; vienen de allí para oponerse. El desarrollo de los intereses del Estado como operador económico como de los de las empresas desafían la protección de los derechos del hombre en campos muy diversos que tocan tanto los derechos y las libertades de los asalariados en el seno de las empresas como las consecuencias de las actividades de producción sobre los derechos del hombre. Por ejemplo, la asociación del productivismo industrial asociado y de la búsqueda exclusiva del provecho se hace un factor de exclusión social, de atentado al derecho a gozar de un medio ambiente sano y equilibrado, de un igual acceso a la educación, a la asistencia o a la vivienda. Lo mismo pasa en el seno de las empresas. Los

poderes del empresario pueden devolver en causa el respeto de la vida privada controlando las comunicaciones y los correos de los asalariados, de la libertad de expresión haciendo presión sobre las personas sindicadas, del principio de no discriminación, o de los menores desde que se recurre a ellos para asegurar una producción a un menor coste.

Después de todo, una vez las distancias tomadas con la dimensión humanista o ética de los derechos del hombre, las libertades económicas fijan una pretensión igual a estar considerada como fundamentales que otros derechos y libertades humanos. Pero, aceptar el carácter fundamental de las libertades económicas tiene consecuencias importantes. El estatuto de libertades fundamentales (cualquiera que esté el sentido preciso dado a este calificativo sobre el estudio del cual volveremos¹) confiere a las libertades económicas, por lo menos al plano argumentativo y retórica, los atributos necesarios para oponerse a la intervención del Estado como a las pretensiones de los individuos fundadas sobre otros derechos y libertades humanos también considerados como fundamentales, como por ejemplo, la dignidad, la igualdad, la educación, la salud. Así, "mientras que las libertades económicas y la economía de mercado " necesitaron el marco común "de los derechos del hombre para asegurar su funcionamiento y su desarrollo", "una línea de tensión aparece desde ahora en adelante" que devuelve "en causa la intimidad de la relaciones entre derechos del hombre y economía de mercado"². El mercado no es solamente más un vector de libertad contra el Estado, se hace una "fuerza privativa" de libertades de los individuos³. En otras palabras, las libertades económicas y los derechos del hombre no se alían más en una perspectiva común de limitación de la acción del Estado. Se enfrentan en el momento preciso cuando muchos los aprehenden por medio de la misma categoría jurídica, a saber la de los derechos y las libertades fundamentales.

Esta confrontación de las libertades económicas con otros derechos y libertades toma formas nuevas, cada vez más numerosas y en campos cada vez más extendidos (tales como la salud o la educación) que tradicionalmente no eran aprehendidos en términos mercantiles.

Así, técnicamente, la confrontación puede tomar la forma de oposiciones horizontales directas entra, de un lado, a los agentes o las empresas que se prevalen de libertades económicas y, por el otro lado, los que se apoyan en otros derechos del hombre para defender intereses o valores de tipos humanistas. Por

¹ V. Champeil-Desplats, "La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français", *Dalloz*, 1995, chr. 323 ;" Les droits fondamentaux en droit français : genèse d'une qualification ", *Droits fondamentaux et droit social*, P. Lokiec, A. Lyon-Caen (dir.), *Dalloz*, collection Thèmes et Commentaires, 2004, p. 11

² J.-B. Racine, « L'ordre concurrentiel et les droits de l'Homme », *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Edition Frison-Roche, 2003, p. 420

³ C. Leroy, « Les rapports contemporains entre l'Etat et le Marché : Essai d'interprétation », *Revue de droit administratif*, 1997, n° 293, p. 530

ejemplo, la persona víctima de contaminación puede oponerse a la actividad contaminante de las industrias en nombre del respeto de la salud y de un derecho a gozar de un medio ambiente sano.

La confrontación también puede manifestarse por una oposición que se nombrará "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, pero estos últimos que se oponen a los agentes económicos, la necesidad de respetar los derechos del hombre. Estos derechos se imponen así como límites los actos mercantiles. Volveremos allá, la invocación del principio de dignidad de la persona ilustra particularmente bien este refugio de los poderes públicos detrás de valores de tipo humanista para poner obstáculo al desarrollo de actividades mercantiles y comerciales. Al término de un inverso total de la problemática tradicional de las relaciones entre el Estado y los derechos del hombre, esta lógica puede acabar en una condena de los Estados, no para haber violado los derechos del hombre a causa de su acción, pero para no haber hecho acabado una violación de los derechos del hombre absteniéndose de intervenir, es decir a causa de su inacción. Es así que la Corte europea de los derechos del hombre condenó Inglaterra para no por haber tomado las medidas necesarias para la protección de la salud, de la vida privada y del derecho a gozar de un medio ambiente sano de los habitantes víctimas de los ruidos ambientales causadas por la actividad de un aeropuerto (Fallo de la Corte europea de los derechos del hombre sobre el aeropuerto de Heathrow). A lo mismo, condenó España para no haber tomado las medidas necesarias para poner fin a daños olfativos vinculados a una actividad agrícola de ganadería de cerdo (caso *Lopez Ostra*).

La promoción de las libertades económicas se acompaña pues de un deslizamiento de la problemática liberal tradicional que se trataba de conseguir la protección de los derechos del hombre frente al Estado, ya que, al revés, frente a las consecuencias de las actividades mercantiles, los derechos del hombre piden ser protegidos por el Estado, en particular por medio de la definición de políticas públicas. En esta perspectiva, les vuelve a las autoridades públicas de tomar medidas que permiten proteger la vida privada frente a los medios que tienen las empresas de servicios de almacenar y de difundir los datos a carácter personal a fines mercantiles. O todavía, la lucha contra la contaminación vinculada a los desarrollos de actividades contaminantes industriales y comerciales necesita políticas públicas de protección de la salud. Por fin, frente al alza súbita de los precios de los bienes inmuebles, una intervención pública es necesaria para permitir a los más pobres acceder a una vivienda decente. Es por ejemplo la finalidad de la reciente ley francesa sobre el derecho a la vivienda oponible (julio de 2007), permitiendo a las personas sin hogar o mal alojado de

pedir delante del juez una vivienda social⁴. No obstante, después de un año de aplicación, las medidas se revelan todavía insuficientes.

Estos ejemplos muestran que uno de los problemas centrales hoy no es solamente más articular los derechos del hombre con los intereses mayores del Estado justificados en términos de interés general o de orden público que permanecen, al final, la expresión de exigencias cívicas o del bien común. El problema se hace el de hacer frente a un antagonismo que crece entre concepciones humanistas, éticas o todavía cívicas, de una parte, y mercantiles, del otro, de los derechos y las libertades que tienen una pretensión igual a imponerse como “fundamental”. Por otro lado, además de los problemas ideológicos, esta pretensión plantea numerosos problemas jurídicos. ¿Fundamentales, posiblemente, pero en cuál sentido ? En Francia, como en Italia, no existe lista predeterminada por derechos y libertades expresamente calificadas de “fundamentales”. Por cierto existe un reconocimiento de los derechos del hombre particularmente en el preámbulo de nuestra constitución que comprende la Declaración de los derechos de hombre y del ciudadano de 1789, derechos sociales reconocidos en 1946 y hoy la Carta del medio ambiente. Pero estos derechos no son cualificados fundamentales. Si esta calificación cobró una importancia excepcional en la doctrina francesa desde el principio de los años 1990, no hay noción o categoría unificada de derecho o libertad fundamental en Francia. Por consecuencias, analizar en cual sentido las libertades económicas y la libertad de emprender puede estar considerada como “fundamental” muestra que tal calificación es a veces problemática, y que depende de un esfuerzo verdadero de construcción de esta fundamentalidad.

A este respecto, es sorprendente que el deslizamiento semántico y conceptual que se observa al mismo tiempo, muy particularmente en Francia, de la noción de “derecho del hombre” hacia la de “derechos fundamentales” sirve singularmente tal construcción. Difícil a aprehender en calidad de derecho del hombre - particularmente porque sostiene ante todo los intereses de las empresas-, la libertad de emprender se acomoda mejor con la calificación de libertad fundamental. En efecto, la referencia al hombre no es indispensable para que la noción de “derechos fundamentales y libertades” tuviera un sentido (podemos hablar de derechos fundamentales de los animales, de las empresas por ejemplo...) mientras que, por definición, para la noción de derecho del hombre, le es.

Por otro lado, erigir la libertad de emprender y otras libertades económicas en calidad de derechos y libertades fundamentales, evidentemente no es privado de puestas y de consecuencia jurídicas. Así, el problema esencial de la pretensión en la “fundamentalidad” de las libertades económicas reside

⁴ N. Boccadoro, *Le droit fondamental au logement*, Thèse, Paris X-Nanterre, 10 décembre 2007

posiblemente menos en la accesoión a una tal calidad como en las consecuencias jurídicas y argumentativas que son esperadas.

Así como ya se lo sugirió, como libertades fundamentales, las libertades económicas tienen una pretensión a poner obstáculos tampoco solamente a la acción del Estado, sino igual a otros derechos y las libertades fundamentales que responden a la categoría tradicional de los derechos del hombre: dignidad, libertad de expresión, la no discriminación, instrucción, salud...

¿Entonces en cual sentido podemos decir que las libertades económicas son fundamentales?

II. Las libertades económicas: ¿ libertades fundamentales?

La promoción de las libertades económicas al nivel de libertades fundamentales se impone en un número creciente de discursos meta-jurídicos o jurídicos, el primero de ellos en el orden jurídico de la Unión Europea que consagra las famosas “libertades fundamentales del Mercado”. ¿Pero, qué significa este calificativo? Las afirmaciones de la “fundamentalidad” de las libertades económicas, como es por otra parte el caso de los otros derechos y libertades, quedan poco justificadas y vienen de presupuestos diversos. Por consecuencias, para valorar la reivindicación del carácter fundamental de las libertades económicas, es útil de confrontar el estatuto jurídico de ésta y las concepciones de las que son objeto a los significados que puede recibir más generalmente la noción de derechos fundamentales y libertades.

Podemos de modo ideal-típico aislar de cuatro de significación : la noción de derechos fundamentales o libertades puede ser concebida en sentido axiológico (A), formal (B), estructural (C) o como un denominador común (D). Para cada una de estas concepciones, resulta que el carácter fundamental libertades económicas es el fruto de esfuerzos a menudo recientes de construcción y de justificación; no es adquirida siempre ni francamente indiscutible.

A. Las libertades económicas: ¿valores inherentes a la persona humana?

Un derecho o una libertad puede en primer lugar ser fundamental de un punto de vista axiológico, como es considerado expresar los valores indispensables para la existencia de la humanidad. Los derechos fundamentales

son inherentes al "hombre como es hombre"⁵ y son necesarios para la abertura individual, para la dignidad y para la identidad del hombre en la sociedad.

La apreciación de lo que es fundamental se efectúa aquí en una perspectiva esencialmente normativa y constructiva. Se trata menos de afirmar que los derechos dedicados por el derecho positivo son inherentes al hombre y pues fundamentales, que de conseguir un reconocimiento jurídico de derechos considerados, a luz de ciertas creencias y convicciones últimas, subjetivamente fundamentales.

En efecto, la determinación de lo que es inherente a la calidad de hombre - a la naturaleza humana según una concepción jusnaturalista-, queda vinculada a apreciaciones subjetivas o, a todo menos, a un acuerdo intersubjetivo sobre los valores fundamentales que varían con arreglo a los contextos históricos, culturales y sociales, aun cuando el acuerdo queda compartido por muy numerosos espíritus. En este caso considerar que las libertades económicas son fundamentales supone pues considerar como inherente al hombre el hecho de emprender y de constituirse en relaciones mercantiles, lo que supone entonces de adherirse, por lo menos parcialmente, a una ontología liberal, al sentido económico del término. El estado de *homo economicus* se presenta como una calidad humana consubstancial que justifica una protección idéntica a otras de estas calidades.

Este enfoque de los derechos fundamentales que reenvía a lo que es irreducible a la calidad humana no se diferencia significativamente de la noción clásica de derecho del hombre. Sin embargo, si las nociones de "derechos fundamentales" y de "derechos del hombre" pueden aparecer como sinónimos, la elección del uno o la otra de estas terminologías no está sin consecuencia respecto al estatuto de las libertades económicas. En efecto, son sin duda estas últimas libertades que gozan más del paso de la terminología clásica de "derecho del hombre" (o de "libertades públicas" como se dice también en Francia) a la considerada como más moderna de "derechos fundamentales". Mientras que los manuales tradicionales de libertades públicas o de derechos del hombre evocaban sólo ocasionalmente las libertades económicas, éstas tienen ahora su sitio en los que refieren a los derechos fundamentales⁶.

No es sin duda extranjero para eso el hecho de que la noción de derecho del hombre es centrada alrededor del individuo como entidad universal y que concierne a las personas morales (particularmente las empresas, las principales encarnaciones del *homo economicus*) solo por extensión, mientras que la noción de "derechos fundamentales" puede, de golpe, estar relativa a un gran número de

⁵ R. Goguel, "Objet et portée de la protection des droits fondamentaux", *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Aix-Marseille, Économica, 1982, p. 236

⁶ Voir par exemple, L. Favoreu et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2000

individuos o categorías de individuos (los contribuyentes, las minorías, la familia), incluso las personas morales tal como asociaciones, empresas, colectividades territoriales. Así, al nivel internacional como nacional, los numerosos debates sobre el hecho de saber si personas morales podían ser titulares de derechos fundamentales acabaron de afirmar que sí. Es en particular la posición de la Corte constitucional alemana que reconoce la extensión del principio de elección libre del ejercicio de su profesión en provecho de las empresas⁷.

El deslizamiento terminológico que tiende a sustituir la noción de derecho fundamentales a la de derecho del hombre se acompaña entonces también de un deslizamiento conceptual que contribuye a institucionalizar a la vez una extensión y una categorización de los titulares de los derechos fundamentales. Así, al final, la empresa es también un hombre y a cada uno sus derechos fundamentales. Al término de un sofisma perfecto, las libertades económicas pretenden ser tan fundamentales para el hombre como otros derechos y las libertades. Pero falta para estar convencido de eso de admitir el carácter ontológico, consubstancial al ser humano, de un cierto modo (el modo mercantil) de cumplimiento de las actividades económicas.

B. ¿Las libertades económicas, en la cumbre de las órdenes jurídicas?

Al sentido formal, los derechos son fundamentales cuando se sitúan al grado más alto de la jerarquía de un sistema jurídico o son objeto de mecanismos de garantías específicas: protección constitucional o internacional, mayoría cualificada para modificarlos o suprimirlos, recursos especiales, imposibilidad de debilitar su nivel de protección.

El análisis del estatuto jurídico de las libertades económicas y, particularmente, de la libertad de acometer en diferentes sistemas jurídicos muestra que, de un punto de vista formal, su accesión a la "fundamentalidad" es a menudo reciente y a veces imperfecta. Se revela así un movimiento de "fundamentalización" o de positivación de la "fundamentalidad" de las libertades económicas. Este movimiento tiende a integrarlas entre los derechos fundamentales de tipo humanista.

Así, algunos sostienen que la libertad de acometer, aunque confrontada con numerosos límites y aunque que ella expresamente no sea reconocida en los textos constitucionales, goce de un estatuto particular en derecho francés. Siempre habría emanado de artículos 2, 4, 5 de la Declaración de los derechos de hombre y del ciudadano, y ha sido dedicada por textos legislativos antiguos y

⁷ Ver : C. Autexier, *Introduction au droit allemand*, Paris, PUF, collection Droit fondamental, 1997, p. 130 et s.

solemnes: la ley de los 2-17 marzo de 1791 dice " Decreto de Allarde " y la ley Le Chapelier del 14-17 de marzo de 1791.

Sin embargo, hay que esperar la decisión del Consejo constitucional del 16 de enero de 1982 para que la constitucionalización de la libertad de emprender sea expresa. Hasta entonces, el derecho de propiedad se quedaba en el nivel constitucional francés, - como en otras órdenes jurídicas, la principal relevo de intereses mercantiles. Este constitucionalización de la libertad de emprender tiene su importancia respecto a la apreciación de su carácter fundamental, al sentido formal. En efecto, podemos desde ahora considerar la libertad de emprender como fundamental admitiendo, como la hace hoy la parte mayor de la doctrina, que los derechos constitucionales y las libertades son fundamentales en razón de su sitio en la jerarquía de las normas.

El Consejo constitucional francés parece hasta haber atravesado una etapa suplementaria en la decisión del 10 de junio de 1998 afirmando que entre los derechos y libertades constitucionales fundamentales reconocidos a los empresarios y a los asalariados, *figuran* la libertad proclamado al arte. 4 de la Declaración de 1789 de la que emana en particular la libertad de emprender. Si se considera que las propiedades de la categoría genérica se transmiten a los elementos que la compone (lo que de un punto de vista lógico puede ser objeto de discusión) como parece invitarle a eso el Consejo constitucional conjugando el verbo "figurar" a la tercera persona del plural (se figuran), la libertad de emprender para los empresarios y asalariados se hace una libertad constitucional fundamental. Tal calificación era, en el momento en el que ha sido enunciada, no sin consecuencia ya que el Consejo constitucional había entendido dado a esta categoría particular de derechos constitucionales un mecanismo de protección específica. En efecto, para el Consejo constitucional, el legislador no podía bajar el nivel de protección de los derechos constitucionales fundamentales. Pero, desde principios de los años 2000, el Consejo constitucional abandonó esta protección particular y vacía entonces de su interés el recurso en la calificación de derechos constitucionales fundamentales.

La determinación - de un punto de vista formal – del carácter fundamental de los derechos y las libertades no está en Francia el privilegio del solo Consejo constitucional. El juez administrativo puede conceder esta particularmente cuando aplica el artículo L. 521-2 del Código de Justicia administrativa francesa. Pero la calificación toma un sentido diferente que al nivel constitucional. En efecto, el artículo L. 521-2 define un procedimiento de juicio en juicio en emergencia - y pues un mecanismo de protección específica - que le permite al juez administrativo ordenar a la autoridad administrativa de tomar toda medida necesaria para la cesación de la violación de una libertad fundamental. Desde una ordenanza del 12 de noviembre de 2001, *Municipio de*

Montreuil-Bellay, el Consejo de Estado tiene admitido que se pueda considerar la libertad de emprender como una libertad fundamental. No obstante, descubrimos de una lectura más atenta de la jurisprudencia que la protección de la libertad de emprender es menor que otras libertades fundamentales; particularmente está sometida a ciertas restricciones cuando está confrontada con medidas de policía o con régimen del dominio público.

La posición exacta de la libertad de emprender y de las libertades económicas no es también privada de ambigüedades en la jurisprudencia de la Corte de casación francesa. Así, la Corte no vacila a calificar de fundamental el derecho a ejercer una actividad profesional frente a vías de hechos cometidas por la administración francesa⁸ (no constituida en la especie, ver a Civ. El 1r, 16 de abril de 1991, Guez). Pero, es al "principio" fundamental, y no a la "libertad" fundamental, que se refirió en un fallo del 13 de julio de 2004, para justificar la negación de integrar en el tiempo de trabajo efectivo de los asalariados, el tiempo dedicado al desplazamiento de su guardarropa hacia las punteadoras. Tal calificación traduce muy ciertamente una voluntad de conceder una atención particular en la libertad de emprender. Ella puesta, a todo menos, sobre los ventajas retóricas de una referencia en la "fundamentalidad" porque ésta es supuesta reenviar un orden de dimensiones casi-infranqueable, y así hacer presentarse como un argumento de autoridad, destinado a llevar a cabo y agotar el conflicto. Deja no obstante varias cuestiones indecisas: ¿por qué "principio" y no "libertad" fundamental? ¿Es implícitamente porque la Corte defiende una concepción estructural y objetiva (*infra*) del carácter fundamental de la libertad de emprender, vinculándola al orden jurídico y no una concepción axiológica y subjetiva centrada alrededor del individuo? ¿Cuál tipo de régimen o de estatuto jurídico específico otro que el efecto retórica anteriormente evocado tal calificación tiene por consecuencias?

El orden jurídico francés no es el único que ha reconocido el carácter fundamental, con sentido formal, de las diversas libertades económicas al final de una lectura extensiva de los textos constitucionales. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán reconoció progresivamente que la libertad de escoger su profesión dedicada al artículo 12 de la Constitución incluía también "la libertad de ejercer una actividad en un fin lucrativo, incluso una actividad industrial y mercantil"⁹. O también, mientras que el Convención europeo de los derechos del hombre es mudo sobre las libertades económicas, la Corte asegura su protección relacionándolas con libertades expresamente escritas en el Convención. Así, la libertad de emprender puede ser protegida por medio de la libertad de expresión cuando los casos son relativos a las informaciones

⁸ Vías de hechos, no constituidas en el caso :Civ. El 1r, 16 de abril de 1991, Guez

⁹ Bverf21n261 [266]. Voir C. Autexier, *op. cit.*, p. 130 et s.

comerciales o “cuando la difusión de información o de programa se hace en la forma de una actividad comercial”¹⁰.

Finalmente, y no hay que asombrarse teniendo en cuenta que el carácter económico de la construcción de la Unión europea, sólo este orden jurídico ofrece a las libertades económicas un carácter fundamental, en sentido formal, consumado. La Corte de Justicia de las Comunidades europeas dedicó la primacía de las libertades económicas fundamentales del mercado reconocidas por los Tratados constitutivos o que emanan de eso: las libertades de circulación de las mercancías y de las personas, la libertad de establecimiento, libre de prestación de servicios, libre competencia, libertad de ejercicio de una actividad profesional. Paralelamente, la libertad de empresa integró el artículo 16 de la Carta europea de los derechos fundamentales, lo que revela también, de un cierto modo, la voluntad de relacionar con la identidad de la persona humana, el cumplimiento de actividades mercantiles.

C. ¿Libertades estructuralmente fundamentales?

Los derechos fundamentales son aquí los que dan una identidad, un fundamento conceptual o lógico a un conjunto organizado y estructurado de otros derechos. Independientemente de su sitio en la jerarquía de las normas, - aunque a menudo el carácter estructuralmente fundamental se acompaña de una consagración formal-, los derechos fundamentales son aquellos sobre los cuales el conjunto es edificado y de los cuales todos elementos del sistema o del conjunto son derivados o deducidos. No es posible negar que ciertas libertades económicas presenten tales propiedades. Esta concepción parece por ejemplo subyacente en el fallo precitado de la Corte de casación que cualifica la libertad de emprender de principio fundamental. Sobretudo, el carácter estructuralmente fundamental de las libertades económicas se revela en la medida que forman la base conceptual del derecho de la competencia. Mas allá, en el fundamento de una tal concepción, una ideología liberal extrema también podría sostener que las libertades económicas son estructuralmente fundamentales porque son los presupuestos necesarios para el desarrollo de todas las demás libertades.

No obstante, de un punto de vista estructural, el carácter fundamental de las libertades económicas presenta por lo menos dos dificultades. En primer lugar, como lo vimos, no es raro, respecto a las órdenes jurídicas globales en los cuales son reconocidas, que las libertades económicas no sean primeras sino, al contrario, que sean presentadas, particularmente por los jueces, como deducidas de otras libertades. Así, recordaremos que, según el Consejo constitucional, la libertad de emprender, emana del artículo 4 de la Declaración de 1789 mientras

¹⁰ J.-B. Racine, *op. cit.*, p. 430 ; voir notamment l'arrêt CEDH, 20 novembre 1989, Markt inter Verlag et Autronic AG

que la Corte europea de los derechos e el Hombre reconoce la libertad de emprender solo “de carambola” (*supra*), es decir en la medida que su invocación puede ser relacionada con la cuestión de la protección de un derecho o de una libertad reconocido expresamente por la Convención.

En segundo lugar, podemos tener algunas vacilaciones sobre la identificación, en el seno de las libertades económicas, de la libertad realmente fundadora. Las relaciones entre estas libertades son complejas y dan lugar a apreciaciones diversas, en particular relativo a las relaciones de la libertad de emprender con la libertad de la industria y del comercio. Cuando estas dos libertades no son concebidas como sinónimos (lo que piensan algunos), a veces es la primera que es presentada como fundadora, a veces es la segunda. Pero, particularmente con la influencia de la decisión precitada del 16 de enero de 1982 del Consejo constitucional, la doctrina francesa tiende en lo sucesivo a afirmar la primacía de la libertad de emprender. Y el Consejo de Estado francés parece también compartir un tal concepción (ver la ordenanza del 12 de noviembre de 2001, *Municipio de Montreuil-Bellay*). La libertad de emprender sería entonces el continente de la libertad de la industria y del comercio, de la libertad de competencia, la libertad de establecimiento, la libertad de ejercicio de una profesión, incluso la libertad contractual.

No obstante, esta presentación no es universal: el derecho comparado también ofrece debates que resultan, con arreglo a la particularidad de cada orden jurídico, soluciones diferentes. Así en Alemania, es la libertad de profesión que incluye la libertad de ejercer una actividad lucrativa, particularmente de tipo industrial y comercial¹¹.

D. ¿Las libertades económicas, las libertades universales?

El carácter fundamental de los derechos y las libertades deriva aquí de una convergencia de reconocimiento y de protección en un número significativo de órdenes jurídicas nacionales o internacionales. Este enfoque no es privado ni de toda pretensión a la universalidad, ni de finalidades normativas. Pretende tanto extraer un conjunto de valores comunes de los sistemas jurídicos que de contribuir a la construcción de este conjunto¹².

La victoria anunciada del neoliberalismo a escala mundial llevaría evidentemente a concluir a al carácter fundamental de las libertades económicas. Según una fórmula de mi colega, G. Carcassonne, la libertad de emprender existe por todas partes excepto Cuba y en Corea del Norte. No obstante, hay que descuidar el aspecto normativo y programático de tal conclusión que tiende a

¹¹ Ver : Bverf21n261 [266]. Voir C. Autexier, *op. cit.*, p. 130 et s.

¹² Ver por ejemplo : M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994

veces a subestimar la complejidad del estatuto - tratándose particularmente de su fundamentalidad – de las libertades económicas en los diferentes órdenes jurídicos, e de las relaciones que pueden mantener con otros objetivos, derechos o libertades considerados como fundamentales, tal como la soberanía de los Estados, la seguridad, el interés general u otras derecho y libertades no aprehendidos en una concepción mercantil.

III. ¿Cuáles soluciones a los conflictos entre derechos del hombre y libertades económicas?

Así como ya me referí a eso, la puesta del reconocimiento del carácter fundamental de las libertades económicas (que sea el sentido dado al adjetivo fundamental) reside en los efectos y las consecuencias a los cuales este calificativo permite aspirar, en particular en caso de conflicto con otros derechos fundamentales y libertades. Cualificar las libertades económicas de fundamental permite darles un estatuto jurídico equivalente a otros derechos y libertades, y pues, en particular, justificar para que les sean aportadas unas restricciones.

Los ejemplos contenciosos de estos conflictos todavía quedan limitados. Se desarrollarían más si el efecto horizontal de los derechos del hombre sea admitido, es decir si los individuos podían invocarlos frente a otras personas privadas que los violen en nombre del ejercicio de libertades económicas. Esta hipótesis esencialmente se presenta por el momento en el caso de las relaciones de trabajo. En Francia, la problemática de un conflicto entre los derechos y las libertades de los empresarios y los de la persona del asalariado no ha sido formulada así como antes el fallo del Consejo de Estado del 1 de febrero de 1980, *Corona*¹³, luego de la redacción del artículo L. 120-2 del Código del trabajo en 1982 : “Ninguno puede aportar a los derechos de las personas y a las libertades individuales y colectivas de restricción que ni no serían justificadas por la naturaleza de la tarea que hay que cumplir, proporcionadas ni al fin buscado”.

Este artículo fue objeto de aplicaciones muy numerosas, en materia de libertad de expresión de los asalariados o de la protección de su vida privada. No obstante, una jurisprudencia reciente de la Corte de casación conduce a una restricción del ámbito de la protección que les concede este artículo a los asalariados¹⁴. Las circunstancias del caso son pueden parecer anecdóticas pero son fuentes de interrogaciones mayores: ¿un asalariado puede vestirse a su guisa en la empresa?

En el fallo, un asalariado va a su trabajo durante un gran día de calor, el verano, a bermudas. El empresario le pide poner pantalones pero el asalariado niega. El empresario le sanciona. El empleado discute la sanción en defendiendo que el empresario atenta contra una libertad protegida por el código del trabajo, particularmente la libertad de vestirse como lo quiere. El caso va hasta la Corte de casación. En su fallo, la Corte va a restringir el alcance del artículo L. 120-2.

¹³ *Dr. Soc.*, 1980, p. 310. Voir I. Meyrat, *Droits fondamentaux et droit du travail*, thèse, Paris X-Nanterre, 1998 ; A. Lyon-Caen, I. Vacarie, « Droits fondamentaux et droit du travail », *Mélanges J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 421

¹⁴ Cass. Soc. 28 mai 2003, *D.*, jur. 2718, commentaire F. Guiomard ; P. Lokiec, « Tenue correcte exigée . Des limites de la liberté de se vêtir à sa guise », *Droit Social*, 2004, p. 132.

En efecto mientras que el artículo no operaba ninguna diferencia entre las libertades, la cámara social establece una distinción entre libertades fundamentales y libertades accesorias u ordinarias. Decide que mientras que las libertades ordinarias se encuentran sometidas a un control de la proporcionalidad y deben ser conciliadas con los intereses de la empresa, las libertades fundamentales pueden gozar de una protección absoluta. Haciendo esto, restringe pues el nivel de protección de ciertas libertades de los asalariados en la empresa, a saber a las que serán consideradas no fundamentales. En este caso, la libertad de vestirse a su guisa en la empresa no está considerada como fundamental. Observaremos que detrás de este caso divertido de los vestidos de verano, se esconden un problema social francés mucho más delicado, a saber la posibilidad llevar vestidos de tipo religioso en la empresa particularmente, tratándose mujeres, el velo islámico. Prohibido a los funcionarios debido al principio de neutralidad de los servicios públicos, llevar signos religiosos ostentatorios no es objeto de ninguna reglamentación general en el seno de las empresas.

El artículo L. 120-2 del Código del trabajo no es el único que protege los derechos y las libertades de los asalariados frente a los poderes del empresario. Bajo la influencia del derecho de la Unión Europea, particularmente del artículo 13 del Tratado de la Unión y de las directivas relativas a lucha contra las discriminaciones (ver directiva el 2000/43/CE, 19 de junio de 2000), una legislación importante reforzó en Francia esta lucha, muy particularmente en el ámbito del trabajo, que sea en la contratación o en la carrera. Así, el artículo L. 120-45 del Código del trabajo comprende una lista larga de los criterios que no pueden ser tomados en consideración para establecer una diferencia de tratamiento: el sexo, la raza, la religión, el disminuido, la orientación sexual, el estado de salud o todavía la apariencia física... Los tribunales así como la Alta autoridad de lucha contra las discriminaciones y por la igualdad, que es una autoridad administrativa independiente creada en 2004 especialmente encargado de luchar contra las discriminaciones, conocen por otra parte, de un número acrecido de asuntos en materia de discriminación a la contratación de un trabajo. Para citar sólo un ejemplo la Corte de Apelación de Orléans, el 21 de junio de 2007 (*Hotel Balzac*), anuló por la primera vez un despido para discriminación fundada sobre la apariencia física, con respecto a un asalariado que llevaba barba. Allí todavía, el asunto podría parecer anecdótico, pero en realidad, plantea el problema del empleo de una parte de los hombres musulmanes¹⁵.

Además del derecho laboral, los conflictos entre las libertades económicas y los derechos de la persona ganan ahora, como vamos a verlo, muchos otros

¹⁵ Voir, K. Berthou, « Première affaire sur la discrimination fondée sur l'apparence physique », *Revue du droit du Travail*, février 2008, p. 106

campos y ponen a prueba también bien el derecho a la salud, la dignidad humana, el derecho a la instrucción o la no discriminación...

Las salidas de las confrontaciones entre las libertades económicas y otros derechos del hombre son variables. Tres modelos de solución se destacan. A una extremidad, se impone un modelo mercantil (o libelista) que concede un predominio a las libertades económicas (C.). A la otra extremidad se impone un modelo humanista que da la primacía de un enfoque humanista de los derechos humanos, y que puede (sin que esto sea necesario sin embargo) ser acompañado por una economía planificada (A). En el ínterin, se perfila un modelo que trata conciliar de manera más o menos equilibrada los diferentes derechos y las libertades (B).

Pocos órdenes jurídicos recurren exclusivamente a una de estos modelos de resolución. Los órdenes jurídicos nacionales ofrecen en general una pluralidad de combinaciones con arreglo a los actores que operan las elecciones, a las actividades económicas consideradas y a la importancia concedida de los derechos del hombre puestos a prueba. Desde una veintena de años, se encuentra sin embargo una tendencia a dar más en más importancia a las libertades económicas. Se perfila el pasaje de una relación de conflictividad al término de la cual las libertades económicas se inclinaban, hacia una lógica de conciliación donde todos los derechos y las libertades están situados en una relación de equivalencia. Luego, se orienta hacia una lógica de absorción de los derechos del hombre por las libertades económicas, lo que se traduce por la introducción de relaciones mercantiles en actividades que quedan sido preservadas mucho tiempo: actividades deportivas, sociales, culturales y educativas...

A. *La solución humanista*

La solución humanista concede la primacía a los derechos del hombre no mercantiles sobre las libertades económicas o sea íntegramente, o sea parcialmente aceptando derogaciones debidamente justificadas en provecho de los segundos. Esta postura subalterna de las libertades económicas ha sido sistematizada sólo en Estados comunistas, pero el dirigismo económico no ha sido justificado allí jamás verdaderamente por la protección de los derechos del hombre. En otro lugar, la subordinación de las libertades económicas proviene esencialmente de justificaciones a referente colectivo que expresan el interés del Estado, de la nación o de la sociedad: orden público, interés general, solidaridad nacional, utilidad social, Sanidad Pública...

La justificación de la subordinación de las libertades económicas se inscribe raramente en el registro de los derechos del hombre, pero comienza a afirmarse. Encontramos casos en Francia cuando el Consejo constitucional se apoya en el objetivo de pluralismo de los corridos de opinión para aceptar la

limitación a la concentración de los propietarios de las sociedades de prensa¹⁶, o en la referencia a la dignidad humana por las autoridades alemanas para justificar la interdicción de la comercialización de "juegos para matar" (*infra*). El artículo 41 de la constitución italiana también ofrece un ejemplo revelante donde son convocados a la vez nociones a referente colectivo (la utilidad social) y derechos individuales (la seguridad, la libertad y la dignidad humana) para justificar limitaciones del ejercicio de libertades económicas privadas.

Se puede subrayar que entre estas justificaciones, la referencia a la dignidad de la persona humana gana en importancia y toma un relieve particular. Como vehículo de valores humanistas considerados como indisponibles e inalienables, la dignidad puede imponerse como limita brutal a la expansión de las actividades económicas. En el prolongamiento de esta concepción, existen varios ejemplos en Francia y en Europa en los cuales la dignidad de la persona humana aparece como un límite en el mercantilización del cuerpo y de las personas, o a la explotación de las personas socio-económicamente vulnerables. La dignidad humana puede entonces aparecer "como una muralla contra un liberalismo salvaje"¹⁷.

Caso n°1. El lanzado de enano.

En un famoso fallo, el Consejo de Estado opuso francés, en el mismo se opuso, contra el consentimiento de todos los interesados a un espectáculo de lanzado de enano por medio de un canon. Este espectáculo se presenta como una actividad económica porque constituye la actividad profesional del enano. En este fallo, la referencia hecha por el Consejo de Estado a la dignidad típicamente se integra en una concepción kantiana. En sus conclusiones, el "Comisario del gobierno" afirma claramente que "por su misma naturaleza, la dignidad de la persona humana debe estar colocada fuera de comercio". El Consejo de Estado lo confirma: "el respeto del principio de la libertad del trabajo y el de la libertad del comercio y de la industria no pone obstáculo a lo que la autoridad investida del poder de policía municipal prohíba una actividad hasta lícita si tal medida es única a permitir de prevenir o acabar un disturbio al orden público" cuya dignidad es, para el juez, uno de los componentes.

Caso n°2. Las actividades publicitarias.

Dos asuntos muy diferentes muestran la sensibilidad de los jueces a los efectos de algunas prácticas publicitarias a fines comerciales sobre las personas en estado de vulnerabilidad, que este estado tuviera orígenes médicos o que sea vinculado a una situación de pobreza y de exclusión social. Por ejemplo, la

¹⁶ Décision n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, *rec.* 78

¹⁷ B. Edelman, *note* sous CA Paris, 28 mai 1996, *D.* 1996, jur. 617.

Corte de Apelación de Tolosa consideró como atenta contra la dignidad humana el hecho de crear esperanzas falsas de ganancias por la organización de una lotería. Compromete entonces la responsabilidad civil de una sociedad de venta por correspondencia sobre el fundamento del artículo 1382 del Código Civil, el envío de publicidad "evidentemente destinado a originar al destinatario la esperanza de las ganancias potenciales importantes que jamás" se realizaron¹⁸. Para la Corte, este envío constituye una explotación del estado precario de las personas económicamente débiles, por "la utilización del sentimiento de desvalorización que siente toda persona económicamente débil". La Corte considera que el destinatario de las publicidades sufrió de un perjuicio moral porque se le hizo creer que podía mejorar su vida ordinaria, y se le dimos la esperanza falsa "de encontrar una mejor imagen de sí". Ahora bien, "su sentimiento de desvalorización puede sólo haber sido agravado por el comportamiento de una empresa que extravió la aceptación normal de las reglas de la libertad del comercio empujando la investigación del provecho más allá de los límites admisibles, ya que no tuvo ninguna consideraciones relativas el respeto de la dignidad humana".

En un muy diferente asunto, es la explotación publicitaria de la imagen de personas heridas por el SIDA que ha sido condenada a violación del principio de dignidad. Un anuncio publicitario que expone "a la mirada, en lugares de pasajes públicos forzados o en varios órganos de prensa, la imagen fraccionada y tatuada por el cuerpo humanos" de personas heridas por el virus SIDA, estigmatiza tales personas con un modo "degradante para su dignidad". Añade la Corte que las personas son "heridas de manera implacable en su carne y su ser". Es "de naturaleza que provoca y acentúa en su detrimento un fenómeno de desestimación"¹⁹.

Caso n°3. El hostigamiento sexual y moral en el trabajo.

El hostigamiento sexual o moral en las relaciones de trabajo puede ser analizado como una violencia que resulta de un abuso de la posición de dominación de los empresarios o los superiores jerárquicos con respecto a sus subordinados.

El Consejo de ministros de las Comunidades europeas es una de las primeras instancias que han llamado la atención de esta cuestión. Directamente consideró los actos de los empresarios o de los superiores jerárquicos a un atentado a la dignidad. Así en la directiva 2000/78/CE del 27 de noviembre de 2000, el hostigamiento es definido como una forma de discriminación y "como un comportamiento indeseable que tiene para objeto o para efecto de atentar

¹⁸ Cour d'appel de Toulouse, 5 nov. 1998, *Juris-Data* n° 046918

¹⁹ TGI Paris, 1er févr. 1995, *D.* 1995, Jur. p. 569, note B. Edelman ; *Gaz. Pal.* 1995, 1, *Jur.* p. 273, note S. Petit ; confirmé en appel, CA Paris, 28 mai 1996, *D.* 1996, IR, 164, *D.* 1996, jur. 617, note B. Edelman

contra la dignidad de una persona y de crear un medio ambiente que intimida, hostil, degradante, humillante u ofensivo".

En Francia, la iniciativa de condenar los actos constitutivos de hostigamiento, en particular moral, considerándolos como violando a la dignidad del asalariado proviene de jueces. Fundándose particularmente sobre el artículo 26-2 de la Carta social europea ("el principio del derecho a la dignidad de los asalariados sobre el lugar de trabajo"), la Corte de Apelación de Aix consideró por ejemplo actos que tenían un carácter vejatorio y humillante, causando al asalariado un estado deprimente, viola la dignidad humana²⁰. Luego, a partir de 2002, varias leyes se sucedieron para dedicar, en el Código laboral, en el Código de la función pública y en el Código penal, la interdicción de los actos constitutivos de hostigamiento sexual o moral. La violación de esta interdicción es sancionada penalmente. La jurisprudencia aportó pues algunas precisiones sobre la noción de hostigamiento moral, estimando que está constituido por actos repetidos y particularmente graves, de naturaleza que atenta contra la dignidad del asalariado, y que se distingue hasta distintamente por ahí de presiones ordinarias en el trabajo²¹.

Caso n°4. Tratado a seres humanos y la esclavitud moderna.

El principio de dignidad es también invocado para luchar contra el tratado de los seres humanos y las formas de esclavitud moderna. Hace mucho tiempo ya, en Francia, la esclavitud había sido calificada de "atentado contra la dignidad humana" (preámbulo del decreto del 27 de abril de 1848). Pero, si la esclavitud es abolida en lo sucesivo en Francia, ciertas formas dichas "de esclavitud moderna", vinculadas a la explotación de personas en situación precaria financiero, social y moral, no desaparecieron.

Para remediarlo, desde el medio de los años 1990, el arte. L. 225-4-1 del Código Penal sanciona el tratado de los seres humanos definido como "el hecho, a cambio de una remuneración o a cambio de otra ventaja o a cambio de una promesa de remuneración o de ventaja, de reclutar a una persona, de transportarle, de trasladarle, de albergarle o de acogerle, para ponerla en la disposición de un tercio, hasta no identificado, por fin o sea de permitir la comisión contra esta persona de las infracciones de proxenetismo, de agresión o de atentados sexuales, de explotación de la mendicidad, de condiciones contrarias de trabajo o de hospedaje a su dignidad, o sea de forzar a esta persona que comete todo crimen o delito". Este artículo es completado por los artículos L. 225-13 y L. 225-14 del Código Penal que castigan " el hecho de conseguir a una persona, entre las que la vulnerabilidad o el estado de dependencia son

²⁰ Cour d'appel d'Aix en Provence, 18 déc. 2001, *Juris-Data* n°2001-182935

²¹ Cass, soc., 8 déc. 2004, *req. n° 03-46074*

aparentes o conocidos del autor, el abastecimiento de servicios no retribuidos o a cambio de una retribución manifiestamente sin relación con la importancia del trabajo consumado".

En este tipo de casos que queda - hay que subrayarlo-, excepcional, la Corte de casación no vacila en anular fallos de jueces de primer instancia o de apelación que concluirían a la ausencia de atentado a la dignidad humana sin haber apreciado bastante la situación de vulnerabilidad y de dependencia de la víctima así como sus condiciones de trabajo y de retribución²².

Un control de la apreciación de los hechos es también ejercido por Corte europea de los Derechos del hombre. Es para ella constitutivo de un esclavitud "domestica" el hecho de "emplear" a una joven mujer (en este caso de origen de Togo alejado de todo vinculo familiar) pidiéndole trabajar sin tregua, sin remuneración, y en condiciones muy precarias de hospedaje. La Corte retiene la violación del artículo 4 del Convenio europeo de los derechos del hombre sobre la interdicción del trabajo forzoso. Debemos no obstante subrayar que esta decisión interviene a propósito de hechos constituidos antes de la modificación del Código Penal²³.

Caso n°5. La limitación de las actividades biotecnológicas.

Pretendiendo proteger a la persona frente a la experimentación médica o científica, el principio de salvaguardia de la dignidad de la persona se impone como un límite no sólo a la libertad de investigación, sino que también a la explotación comercial del cuerpo humano.

Por ejemplo, como numerosos textos jurídicos relativos a esta cuestión, el Convenio para la protección de los derechos de hombre y de la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina del 4 de marzo de 1997 firmada Oviedo, afirma en preámbulo la conciencia de los Estados partidos "del peligro de la dignidad humana" que constituye un "uso impropio de la biología y de la medicina". Prohíbe particularmente sacar provecho de la utilización de una parte del cuerpo humano.

Sobre el fundamento de la directiva 98/44/CE del 6 de julio de 1998 relativo a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, el Tribunal de Justicia europeo de las Comunidades también adoptó esta posición respecto a las materias patentables. Mientras que un demandante consideraba que esta directiva procedía en una instrumentalización de la materia viva humana, de una manera que viola a la dignidad humana, la Corte responde que le pertenece

²² Cass. Crim., 11 décembre 2001, *req. n° 00-87280*.

²³ CEDH, 26 octobre 2005, *Siliadin c/ France, req. n° 73316/01*

cuando controla "la conformidad de los actos de las instituciones con los principios generales del derecho de la Unión europea, de velar por el respeto del derecho fundamental a la dignidad humana y a la integridad de la persona"²⁴. En este caso, responde que el respeto debido a la dignidad humana es "en principio asegurado por el artículo 5, el párrafo 1, de la directiva que prohíbe que el cuerpo humano, a las diferentes etapas de su constitución y de su desarrollo, pueda constituir una invención patentable". La Corte añade que "tratándose la materia viva de origen humano, la directiva encuadra el derecho de las patentes de modo bastante riguroso para que el cuerpo humano permanezca efectivamente indisponible e inalienable y que así la dignidad humana sea salvaguardada".

B. La conciliación social-liberal

En este modelo, los derechos del hombre y las libertades económicas disponen de un estatuto jurídico idéntico, sin relación estructural de principio a excepción. En caso de conflicto, cada uno de ellos tiene una pretensión igual a aplicarse. La resolución del conflicto se efectúa la mayoría de las veces al caso por caso, con arreglo a las actividades en causa, y derechos y libertades considerados. Acaba en una aplicación parcial pero no necesariamente equilibrada de los derechos y libertades en juego. El juez se impone aquí como un actor central en la resolución de los conflictos.

Este modo de resolución de los conflictos se confirma desde hace algunos años y se manifiesta con formas cada vez más refinadas. En la influencia de la Corte europea de los derechos del hombre, el recurso a principios de proporcionalidad conoce un éxito muy particular. En esta perspectiva, la conciliación de los derechos y las libertades se impone como un fin en sí. El juez sanciona el carácter excesivo de las restricciones al ejercicio de una libertad o de un derecho en conflicto. Cuida a lo que ninguno derecho o ninguna sea totalmente sacrificada, y entonces, que cada una sea parcial o proporcionalmente aplicada en función de los interés en conflictos. No hay entonces soluciones predeterminadas para el juez. Todo depende del caso.

Por ejemplo, el Consejo constitucional francés recurre cada vez más a la exigencia de proporcionalidad para conseguir al legislador o los sindicatos, la conciliación entra la libertad de emprender y los derechos al empleo, al descanso o al ocio que constituyen normas constitucionales en Francia²⁵. El Consejo constitucional cuida a lo que ningunos de los derechos o libertades en conflicto sufran de una violación "manifiestamente excesiva". Entonces, podemos llamar

²⁴ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega spielhallen*, C-36/02, spé. § 37, JO C 300 du 04.12.2004, p.3 ; *AJDA* 2005, p. 153, note A. Von Walter

²⁵ Voir par exemple, décisions n° 98-401 DC, 10 juin 1998, *rec.* 258 ; n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *rec.* 176 ; n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *rec.* 49 ; 2004-509 DC, 13 janvier 2005, *J.O.*, 19 janvier 2005, p. 896

esta solución “social-liberal” porque, lo que se busca ante todo, es un compromiso entre las fuentes ideológicas respectivas de los derechos y las libertades en conflicto.

C. La solución liberal

La solución liberal concede la primacía de las libertades económicas sobre otros derechos. Presenta dos variantes. La primera es ultraliberal. Las libertades económicas son a la vez un medio y una primera finalidad. Son autosuficientes y acondicionan todo. En su forma extrema, este ultraliberalismo hasta sospecha del derecho de la competencia porque la competencia pura y perfecta no necesita marco o de regulación jurídica: se autorregula.

La segunda variante de tipo "liberal-social" es más templada. Las libertades económicas son un medio pero no un fin, o no lo posible único y fino. Son la previa a la efectividad de otros derechos y libertades, particularmente los derechos sociales. Pues no se oponen siempre de modo brutal a otros derechos y libertades sino puede contribuir a veces a su extensión o a su ejecución. Para tomar el ejemplo de la Unión Europea, libertad de circulación puede favorecer el reconocimiento de derechos adquiridos en uno de los países de la Unión pero que no existe en otra. Sin embargo estos servicios que devuelven las libertades económicas a otros derechos y libertades valen, en este modelo, sólo con la condición de que las libertades siguen predominar. Por fin, añadiremos que en el marco de esta variante del modelo liberal, el derecho de la competencia es, al revés de la solución ultra-liberal, un instrumento mayor. Le pertenece arreglar derogaciones a la aplicación de las libertades económicas.

Las soluciones liberales, en el uno o la otra de sus variantes, conocen, como se sabe, desde el final de los años 1980, un éxito creciente. Justifican la liberalización de numerosas actividades que escapaban total o parcialmente al mercado. Presuponen que la libre competencia mejora la elección de los usuarios hechos consumidores y, consecuentemente, mejora también la eficacia y la calidad de las prestaciones. Las empresas colocadas en situación competitiva serían tan aptas para satisfacer las necesidades de los individuos como los organismos que gozan de derechos exclusivos o especiales pero que tiene el inconveniente mayor desde el punto de vista liberal, no permitir a la iniciativa privada desarrollarse²⁶. Fue por ejemplo el argumento de la empresa Doc Morris antes la Corte de Justicia europeo de las comunidades para justificar sus ventas de medicinas por Internet discutida por las organizaciones profesionales de farmacéutico sometidas a reglamentaciones especiales. Sostenía la empresa su sitio Internet presenta garantías equivalentes a las farmacias

²⁶ Sur cette conception, CJCE, 11 décembre 2003, DocMorris, A.J.D.A. 2004, n° 6, p. 322.

tradicionales. En otros términos, la empresa está en posición de asegurar tanto la protección de la salud de las personas como las farmacias tradicionales.

La solución liberal opera entonces un verdadero cambio de perspectiva con relación a otras soluciones. En efecto privilegia, antes todo, un tipo particular de organización económica sobre los fines perseguidos por éste. En otras palabras, el establecimiento de una organización mercantil prima sobre otros tipos de organización que, a lo mejor, le hacen excepción. Prima también sobre las modalidades de distribución final de los bienes; lo que importa es que estos bienes sean producidos en un orden mercantil.

Se entiende que, de un punto de vista humanista, el límite esencial de la solución liberal reside en su evacuación del problema de la igualdad de acceso a los bienes producidos y de su distribución entre las personas. Por ejemplo, la liberalización del seguro de enfermedad en Chile mostró que, en un orden mercantil, nada asegura a los individuos contra la quiebra de los prestatarios, ni matiza la búsqueda de provechos que conduce a seleccionar a los asegurados con arreglo al nivel de riesgo que tienen, según los criterios definidos por los prestatarios de servicio²⁷. Se instituye entonces un sistema de seguridad a velocidades variables en detrimento de los más pobres y en detrimento de los más enfermos: los más pobres y los más vulnerables a los problemas de salud son también los menos asegurados.

Este tipo de lógica ampliamente prevalece hoy en el orden jurídico de la Unión Europea, que oscila entre un orden ultra-liberal y liberal-social. En efecto, sobre el fundamento de una lectura a veces extensiva de los Tratados, la Corte de Justicia acepta excepciones a una organización totalmente mercantil de la producción de los bienes y de los servicios. Pero, para esto, exige justificaciones especiales. Afirmando la primacía de las libertades económicas, la Corte toma poco a poco en cuenta objetivos no mercantiles como, por ejemplo, la protección de la Sanidad Pública que permite justificar el monopolio de la venta de bebida alcohólica en Suecia²⁸. Sobre todo, la Corte acepta que derechos humanos, expresando valores de tipo humanista, puedan poner obstáculo, a título derogatorio, a las libertades fundamentales que rigen el mercado. Aparecido desde el fallo *Nold*²⁹, esta postura recibió una consagración particular en el fallo del 14 de octubre de 2004, *OMEGA*³⁰.

²⁷ Ver *Fondation Copernic*, « Main basse sur l'assurance Maladie », Paris Editions Sylepses, 2003, pp. 49-50

²⁸ Por ejemplo *CJCE*, 2 avril 1998, *Norbrook Laboratories*, Lt/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, aff. C-127/95, *rec. p. I-1531*

²⁹ *CJCE*, 14 mai 1974, *Nold, kolhen-und Baustoffgrosshandlung contre Commsision*, aff. 4/73, *rec. p. 491*

³⁰ *A.J.D.A.*, 2005, p. 152 ; Ver también : *CJCE* 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. 112/00, *D.*, 2003, *SC*, p. 106. Las autoridades austríacas se apoyan en la libertad de expresión y de reunión para negarse a intervenir contra el atentado a la circulación libre por un grupo de manifestantes.

La Corte admite muy claramente que "el respeto de los derechos fundamentales imponiéndose tanto a la Comunidad como a sus Estados miembro, la protección los tales derechos constituye un interés legítimo de naturaleza que justifica, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el mismo derecho comunitario en virtud de una libertad fundamental [es decir de naturaleza económica] garantizada por el tratado, tal como la prestación de servicios libre". En el caso, es entonces justificada la interdicción por Alemania de "juego que hay que matar" (con armas laseres) en nombre de la dignidad de la persona humana, concebido como un componente del orden público. Para la Corte, "el derecho comunitario no se opone a lo que una actividad económica que consista en la explotación comercial de juegos de simulación de actos homicidas sea objeto de una medida nacional de interdicción adoptada para motivos de protección del orden público”.

La Corte de Justicia reiteró esta solución a propósito de los derechos sociales en los importantes fallos “Laval” y “Viking” del 11 de diciembre de 2007. En estos fallos, la CJCE reconoce, por primera vez, que un derecho reconocido en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea forma un principio general del derecho comunitario, y puede, por este medio, producir efectos jurídicos. En este caso, la Corte cita el artículo 28 de la Carta que reconoce el derecho a acciones colectivas y considera que este derecho "debe ser reconocido como un derecho fundamental que forma parte integrante de los principios generales del derecho comunitario cuyo respeto es asegurado por la Corte " (§44, *Viking*; § 91 *Laval*). Este derecho, sigue la Corte "constituye un interés legítimo que justifica en principio una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el tratado".

No obstante este anuncio de reequilibrio entre objetivos no mercantiles expresados en la forma de los derechos fundamentales, y las libertades económicas, sigue inscribiéndose en relación de principio a excepción. Tiene consecuencias jurídicas importantes en la repartición de la carga de la prueba y sobre los métodos de interpretación de la Corte, porque las derogaciones son de interpretación estricta y son sometidas a una prueba de proporcionalidad.

Así, la Corte había precisado a propósito del control por Italia de la liberalización de los diplomas de licenciatura por escuelas privadas que "si el objetivo de asegurar un alto nivel universitario de las formaciones parece legítimo para justificar las restricciones a las libertades fundamentales" de la Unión Europea (libertad de circulación de las personas, capitales y mercancías), "las susodichas restricciones deben ser propias a garantizar la realización del objetivo que persiguen, y no deben ir de más allá de lo que es necesario para alcanzarlo". En el caso, no reconociendo los diplomas de licenciatura dados por escuelas privadas extrañas situadas sobre su territorio, Italia que invocaba "los

bienes públicos" y "los valores culturales e históricos de un Estado" que representa la formación universitaria, cometió una restricción no proporcionada a las libertades fundamentales del mercado³¹. Esta decisión hace un paso significativo hacia "la integración de la educación en el marco del mundo mercantil"³².

De mismo modo, tratándose de los fallos *Vicking* y *Laval*, los derechos a la acción colectiva aparecen ante todo como restricciones, incluso trabas a las libertades económicas. Para que puedan producir efectos, su invocación debe pues ser justificada debidamente por "razones imperiosas de interés general - en este caso la protección de los trabajadores - y deben sufrir la prueba de proporcionalidad". Una de las consecuencias es que este reconocimiento del valor jurídico de estos derechos sociales de la Carta mediante los principios generales del derecho llega paradójicamente a debilitar su protección respecto al derecho nacional de algunos Estados miembros. En efecto, con la exigencia de proporcionalidad de las restricciones a las libertades económicas fundamentales de la Unión, la Corte permite "una admisión creciente de la responsabilidad civil de los sindicatos o de los huelguistas desde que las acciones colectivas atentan a las libertades económicas de modo no proporcionado". Le vuelve entonces al "juez nacional determinar si los fines perseguidos por los sindicatos en el marco de la acción colectiva concierne a la protección de los trabajadores y si son proporcionados"³³. Concretamente, esto pone por lo menos dos dificultades:

- hace posible una apreciación divergente de esta proporcionalidad por los varios Estados miembros con arreglo a su admisión más o menos grande a las acciones colectivas
- hace posible una debilitación de la acción colectiva en Estados donde ésta, hasta ahora, mejor protegida y admitida. En Francia, por ejemplo, no existen responsabilidad civil de los huelguistas o de los sindicalistas. Sólo los abusos o los actos ilícitos son castigados. Si se sigue la lógica de la Corte de Justicia, pasaríamos entonces de la sanción del abuso del ejercicio de un derecho a la acción colectiva a la sanción de su desproporción. Parece que hubiera una diferencia de grado que podría revelarse no despreciable.

Al final, las modalidades de la prueba de proporcionalidad en este modelo "liberal-social" parecen diferir de la proporcionalidad exigida en el marco de la solución "social-liberal". En este último, se trata de asegurarse que ningún atentado desproporcionado se realiza a una de los derechos o libertades en juego, cualquier sea el interés que cada uno justifica. En el marco de la solución

³¹ Sur le contrôle de proportionnalité des restrictions aux libertés fondamentales du marché, voir aussi l'affaire CJCE du 13 novembre 2003, Neri, European school of economic, *A.J.D.A.*, 2004, n° 13, p. 723.

³² Y. Jégouzo, note sous CJCE du 13 novembre 2003, Neri, *A.J.D.A.*, 2004, n° 13, p. 724.

³³ Voir *Actualité Juridique-Droit Administratif*, 2008, p. 243

"liberal-social", la prueba de proporcionalidad se refiere en las medidas derogatorias a las libertades económicas. Pretende contener el ámbito de aplicación y los efectos de tales medidas. Así como lo subraya, F. Jault-Seseke, a propósito de un reciente fallo (CJCE, el 3 de abril de 2008, *Rüffert*, C-346-06) prolongando las problemáticas abiertas por la jurisprudencia *Viking* y *Laval*, "la libertad económica (prestación de servicios libre aquí) y el objetivo de interés general que es la protección de los trabajadores serán en un pie de igualdad sólo cuando se dejará de ver en la primera el principio al cual el segundo puede hacer solo excepción, pero es allí toda la lógica del razonamiento comunitario que sería quebrantada"³⁴.

* * *

La cuestión de la capacidad de los derechos fundamentales concebidos en marco humanista a justificar excepciones a las reglas de la competencia, y de restablecer un reequilibrio cívico, humanista o social en una orden mercante queda entera. Los diseñadores de las políticas públicas tienen un papel esencial en la definición de este equilibrio, como los jueces que disponen, en caso de punto litigioso, un poder importante de articulación de los objetivos mercantiles y no mercantiles. Como lo subraya M. Delmas-Marty, "asegurar la efectividad del conjunto de los derechos fundamentales será la puesta esencial de los próximos años para conseguir conjugar economía y derecho del hombre, y evitar que ambos procesos, la globalización económica y la universalización de los derechos del hombre, se vuelvan conflictiva"³⁵, o, si se considera que esta conflictividad es infranqueable, que acabe en la absorción y la dominación del segundo por la primera.

³⁴ « Le détachement. Au nom de la libre prestation de services, la CJCE limite les moyens de lutte contre le dumping social », *Revue de droit du Travail*, juin 2008, p. 414

³⁵ « La mondialisation du droit : chances et risque », *D.* 99, chr. 47