

LOS ECOLOGISTAS, EL TRÁNSITO DE MERCANCÍAS
Y LA PROTECCIÓN DE DERECHOS
FUNDAMENTALES (ARTÍCULOS 10 Y 11 DEL CEDH).
(A propósito de la sentencia del TJCE en el asunto
«Schmidberger/República de Austria» de 12 de junio de 2003)

Por N. STOFFEL VALLOTTON*

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN.—I. LOS ANTECEDENTES Y LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO: 1) LA SITUACIÓN DEL PASO DEL BRENNER. 2) LA RECLAMACIÓN DE SCHMIDBERGER. 3) LAS ALEGACIONES DE AUSTRIA. 4) LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS POR LA JURISDICCIÓN NACIONAL.—II. LA SENTENCIA: CUESTIONES DE FONDO Y COMENTARIO: 1) EL OBSTÁCULO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS: a) *EN CUANTO AL EFECTO RESTRICTIVO*. a.1) *Un obstáculo al tránsito de mercancías*. a.2) *Un obstáculo no discriminatorio*. a.3) *La regla «de minimis» y la gravedad del obstáculo*. b) *EN CUANTO A LA NATURALEZA ESTATAL DE LA MEDIDA Y LA ATRIBUIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD A AUSTRIA POR ACTOS DE PARTICULARES*. 2) LA JUSTIFICACIÓN DEL OBSTÁCULO Y LA PONDERACIÓN DE LOS INTERESES EN JUEGO: a) *LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO INTERÉS ESTATAL INVOCADO*: a.1) *Más allá de un interés estatal, los Derechos fundamentales son un interés del Derecho comunitario*. a.2.) *La ponderación de los intereses comunitarios en juego*: a') La distinción entre dos clases de Derechos fundamentales. b) *LA PROPORCIONALIDAD DE LA RESTRICCIÓN A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS. LAS MATIZACIONES DE LOS ELEMENTOS FÁCTICOS DEL CASO FRENTE AL ASUNTO «FRESAS»*. 3) EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN DE LOS DAÑOS SUFRIDOS EN FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO MIEMBRO.—CONCLUSIONES

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid y titular de una Acción «Jean Monnet».

INTRODUCCIÓN

En el presente asunto vuelve a plantearse la cuestión de la responsabilidad de un Estado miembro por actos de particulares de los que resulta, esta vez, un obstáculo al libre tránsito de mercancías intracomunitario. En efecto, en la sentencia en el asunto «Schmidberger»¹, el TJCE ha considerado que el bloqueo de la autopista del Brenner durante veintiocho horas por una manifestación de una Asociación de ecologistas, autorizada por las autoridades austríacas, constituía una medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas contraria a los artículos 28 y 29 CE y a la libertad de tránsito así como al art.10 CE, aunque después de sopesar las circunstancias del asunto consideró justificada la medida por razones de protección de los Derechos Humanos (artículos 10 y 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, a partir de ahora CEDH) que por primera vez se invocaban directamente como objetivo de interés estatal (y comunitario) que se estimó que prevalecía, en este caso, sobre el principio fundamental de libre circulación de mercancías.

Esta sentencia presenta diversas facetas de destacable interés, en primer lugar en cuanto al efecto y la naturaleza de la medida y asimismo el TJCE aporta nuevas matizaciones ilustrativas en comparación con los hechos del asunto Comisión/Francia² (a partir de ahora asunto «fresas»). También merece destacarse el razonamiento impecablemente clásico de la evaluación de la proporcionalidad del obstáculo frente a su causa de justificación.

I. LOS ANTECEDENTES Y LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

El 15 de mayo de 1998 la Asociación de ecologistas, «Transitforum Austria Tirol» cuya finalidad es la de «la protección del espacio vital en la región de los Alpes» informó las autoridades públicas austríacas de la circunscripción de Innsbruck, de conformidad con la ley, que organizaría una concentración en la autopista del Brenner desde el viernes 12 de junio a las 11 horas de la mañana hasta el sábado 13 de junio de 1998 a

¹ El asunto C-112/00 de 12/6/03, aún sin publicar.

² Ver sentencia TJCE de 9/12/97, en el as. C-265/95, *Rec.*1997 pp. I-6990 y ss.

las 15 horas lo que supondría el cierre de toda circulación de vehículos entre el descanso del Europabrücke y el peaje de Schönberg.

La Sicherheitsdirektion (Dirección general de Seguridad) a la cual las autoridades tirolesas habían consultado dio orden de no prohibir dicha manifestación puesto que consideraba legal tal concentración, sin percatarse, no obstante, que dicho cierre de la circulación rodada podría ser contrario al Derecho comunitario³.

1) LA SITUACIÓN DEL PASO DEL BRENNER

El Brenner es una de las rutas más importantes de tránsito por los Alpes para desplazarse desde Alemania hacia Italia pasando por Austria y casi la única vía para los vehículos pesados (más de 7,5 toneladas) lo que ha convertido dicha autopista en una fuente de contaminación altamente preocupante para Austria y especialmente para la población local⁴. Por ello, en el Convenio de los Alpes del que es parte la propia Comunidad⁵, se tiene muy en cuenta la importancia medio ambiental de esta región montañosa para la población local a la vez que se señala la importancia económica de pasos tales como el Brenner, eje de comunicación esencial para otras regiones. Se reconoce, por tanto, la necesidad de reparar los daños ecológicos producidos por la contaminación con un esfuerzo de cooperación global, de prevención, conservación y protección, entre otros medios, recurriendo también al tráfico ferroviario alternativo⁶. Ello había permitido a Austria, para luchar contra dicha contaminación, tomar medidas de prohibición general del tráfico para los vehículos de transporte de mercancías de alto tonelaje por la carretera que discurre al lado de la autopista y, durante los fines de semana y festivos, por la propia autopista del Brenner⁷. Para paliar en parte estas travas al tráfico rodado, existe al menos

³ Ver párrafo (párr.) 10 de la citada sentencia en el asunto «Schmidberger»

⁴ Ver las conclusiones del Abogado General Jacobs p. I-1 (policopiado) y nota 2.

⁵ Se trata del Convenio de Salzburgo sobre la protección de los Alpes entre Austria, Alemania e Italia y otros Estados miembros y no miembros de la CE, de 7/11/91 que entró en vigor el 6/3/95 que fue posteriormente ratificado por la Comunidad por decisión del Consejo 96/191 de 26/2/96.

⁶ Ver las conclusiones del Abogado General (AG) Jacobs, p. I-1 y I-2.

⁷ Así la prohibición rige normalmente de 15 h. a 24 h. del sábado y el domingo hasta las 22 h. y durante los días festivos. Asimismo, los vehículos que superan ciertos límites de ruidos, no pueden circular entre las 22 h. y las 5 h. de la madru-

una vía ferroviaria paralela para el transporte multimodal⁸, lo que permite, por tanto, la carga de *containers* por ferrocarriles.

2) LA RECLAMACIÓN DE SCHMIDBERGER

Una empresa alemana de transporte internacional, Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge, esencialmente dedicada al transporte de madera de Alemania a Italia y de acero de Italia a Alemania, se consideró lesionada por dicho bloqueo de la autopista del Brenner y demandó la Administración austríaca ante el Landesgericht de Innsbruck (Tribunal regional) reclamándole 140.000 Chelines austríacos en concepto de daños y perjuicios por haber impedido a cinco de sus camiones utilizar la citada autopista del Brenner durante cuatro días⁹. Schmidberger sostenía que dado que el Brenner era la única vía para que sus vehículos pudieran llegar a su destino y volver, ello suponía un importante perjuicio para su empresa¹⁰. El transportista consideraba, en definitiva, que la falta de intervención de las autoridades austriacas para impedir dicho bloqueo constituía un obstáculo a la libre circulación de mercancías. Además, consideraba que no cabía justificar dicha medida por razones de protección de la libertad de expresión y de reunión de los manifestantes y, por tanto, el obstáculo era de responsabilidad del citado Estado miembro.

gada todas las noches, excepto para el transporte de animales, bienes perecederos y entregas urgentes. También se ha establecido un sistema de «ecopuntos» para controlar y limitar el uso de las carreteras y las emisiones de óxido de nitrógeno de los vehículos pesados de mercancías.

⁸ Ver las conclusiones (policopiadas) p. I-3.

⁹ En efecto, el día 11 de junio era fiesta en Austria, por tanto se cerraba al tráfico de vehículos de más de 7,5 toneladas en la autopista al igual que los fines de semana. Los días 12 y 13 hubo la concentración de ecologistas (hasta las 15:30 h. del sábado) y a partir de entonces y hasta el 14 de junio por la noche transcurría el fin de semana durante el cual, como hemos visto antes, se les prohibía el paso, sumando así cuatro días de inactividad total.

¹⁰ La empresa reclamante desglosaba la cantidad de los 140.000 chelines en 50.000 Chelines por la inmovilización de sus vehículos pesados, 5000 chelines por los gastos fijos relativos a los conductores y 85.000 chelines por el lucro cesante que se derivaba de los descuentos que debió conceder a los clientes por los considerables retrasos en el transporte de las mercancías y del hecho de que seis de los trayectos no se habían llevado a cabo entre Alemania e Italia.

3) LAS ALEGACIONES DE AUSTRIA

Además de plantear dudas sobre la *admisibilidad de la cuestión prejudicial* que desestimó el TJCE en su sentencia¹¹, la República austríaca alegaba que su decisión de no prohibir la concentración convocada por la ya citada asociación de ecologistas había sido fruto de una decisión meditada después de haber examinado minuciosamente la situación; y también alegaba que se había difundido previamente informaciones tanto en Alemania, como en Italia sobre la fecha del cierre de la autopista del Brenner (a fin de minimizar los daños) y este no había dado lugar a atascos importantes ni otros incidentes. Y, como argumento clave, consideraba que el *obstáculo a la libre circulación de mercancías que resulta de una manifestación debía estar autorizado en la medida en que no sea permanente y grave. Por tanto, la apreciación de los intereses controvertidos debía inclinarse a favor de las libertades de expresión y de reunión, puesto que los Derechos fundamentales son intangibles en una sociedad democrática*¹².

4) LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS POR LA JURISDICCIÓN NACIONAL

El Tribunal de primera instancia de Innsbruck había desestimado la demanda por falta de pruebas suficientes respecto al perjuicio ocasionado

¹¹ Austria consideraba que las preguntas del Tribunal nacional eran «puramente hipotéticas e irrelevantes» puesto que el transportista Schmidberger no había demostrado el perjuicio efectivo y concreto sufrido a causa de la violación del Derecho comunitario alegada. El TJCE rechazó los argumentos de Austria estimando relevantes las cuestiones planteadas por el Tribunal de apelación de Innsbruck que responden a una necesidad objetiva para la solución del litigio (ver la sentencia párr. 44). Estimó que teniendo en cuenta los argumentos de Schmidberger y las cuestiones planteadas «*se ha suscitado indiscutiblemente en un litigio real y efectivo entre las partes en el litigio principal*» (párr. 36). Y añadió: «*resulta, asimismo, indiscutible que el órgano jurisdiccional remitente definió de manera suficiente el marco tanto fáctico como jurídico en el que formula su petición de interpretación del Derecho comunitario y que proporcionó al Tribunal toda la información necesaria para que este pudiera responder eficazmente a dicha petición*» (párr. 40).

¹² Ver el párr. 17 de la sentencia (la letra en cursiva es nuestra). Austria añadía además, que no se había demostrado por Schmidberger que los camiones debían utilizar el paso del Brenner los días 12 y 13 de junio de 1998, ni que le hubiera sido imposible modificar los itinerarios de los camiones una vez enterado de la concentración.

a la empresa. Pero en apelación el Tribunal regional superior, el Oberlandesgericht de Innsbruck, consideró necesario pedir al TJCE que se pronunciara sobre diversas cuestiones que en lo esencial resumimos aquí:

En primer lugar, pedía al TJCE que determinara si el principio de libre circulación de mercancías en relación con el art. 5 del T.CE (art.10 CE) obliga a un Estado miembro a garantizar el libre acceso a las principales vías de tránsito y si dicha obligación prevalece sobre los derechos fundamentales tales como la libertad de expresión y la libertad de reunión garantizados por los artículos 10 y 11 del CEDH. Por tanto se cuestionaba sobre la interpretación de los artículos 5, 30, 34 y 36 TCE(hoy artículos 10, 28, 29 y 30 CE)¹³ en relación con los citados Derechos reconocidos en el CEDH.

En segundo lugar, en el caso de constituir un incumplimiento del Derecho comunitario planteaba si puede considerarse una infracción suficientemente caracterizada para generar la responsabilidad del Estado infractor. En caso afirmativo, si debía considerarse que existe un daño que genera un derecho a indemnización (y cual sería este) por responsabilidad del Estado cuando la persona perjudicada puede probar que se daban todas las condiciones para la obtención de un beneficio por la realización de los transportes que en principio podía haber llevado a cabo, sin embargo, no puede demostrar que con el bloqueo de la autopista del Brenner perdiera un porte concreto.

II. LA SENTENCIA: CUESTIONES DE FONDO Y COMENTARIO

1) EL OBSTÁCULO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

a) *EN CUANTO AL EFECTO RESTRICTIVO*

Como es sabido, la jurisprudencia del TJCE en materia de libre circulación de mercancías es muy abundante¹⁴ y, en el caso presente, el alto

¹³ Ver párr. 20-21 de la sentencia.

¹⁴ Sobre esta cuestión, en la doctrina, puede verse OLIVER, P. (y JARVIS, M.): *Free Movement of Goods in the EC*, 4.^a ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2003; GON-

Tribunal recordó en primer lugar la importancia del principio de libre circulación de mercancías como principio fundamental del Derecho comunitario enmarcado en la noción de mercado interior consagrada en el actual art. 14 CE, principio, que encuentra especialmente su manifestación más amplia y residual en los artículos 30 y 34 del T.CE (arts. 28 y 29 CE) en la noción de la prohibición entre Estados miembros de las restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente tanto a la importación como a la exportación de mercancías¹⁵. Asimismo, recordó su tantas veces citada definición genérica de dichas medidas en el asunto «Dassonville» que abarca todo tipo de obstáculos al comercio intracomunitario, sean directos o indirectos, potenciales o reales, por tanto, el concepto más amplio que puede deducirse de la noción de los artículos 28 a 30 CE¹⁶.

a.1) *Un obstáculo al tránsito de mercancías*

No es habitual que se detecte un obstáculo al libre tránsito de mercancías. En efecto, el propio Tratado CE se ha preocupado esencialmente de prohibir los obstáculos a la importación y exportación de mercancías entre Estados miembros pero tan sólo aparece mencionado el término «tránsito» en el art. 30 CE (ex art. 36 T.CE) al hacer referencia a las excepciones a la prohibición de los arts. 28 y 29 CE. Ello no ha impedido que

ZÁLEZ VAQUÉ, L.: «La jurisprudencia relativa al artículo 28 CE (antiguo artículo 30 TCE) sobre la libre circulación de mercancías después de «Keck y Mithouad», *GJCE*, 2000, n.º 206, pp. 32 y ss.; LÓPEZ ESCUDERO, M.: «La jurisprudencia sobre la prohibición de las medidas de efecto equivalente tras la sentencia “Keck y Mithouard”», *GJCE*, 1997, n.º D-28, pp. 47-94; MATTERA, A.: *El Mercado Unico, sus reglas su funcionamiento*, (traducción del francés por Cora Zapico), Civitas, Madrid, 1991; y STOFFEL VALLOTTON, N.: *La prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea. Evolución del principio en la práctica de los Estados miembros y en la jurisprudencia comunitaria*, Dykinson, Madrid, 2000.

¹⁵ En este sentido ver la sentencia «Schmidberger» párr. 51-55.

¹⁶ Ver *Ibidem*, párr. 56, y ver sentencia Procureur du Roi/Dassonville, as. 8/74 de 11/7/74, *Rec.* 1974, pp. 837 y ss.; en particular p. 852, su párr. 5 que textualmente considera MEE: «Cualquier reglamentación comercial de los Estados miembros apta para obstaculizar directa o indirectamente, actual o potencialmente el comercio intracomunitario debe considerarse medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas». Hemos considerado que esta definición en cuanto al efecto restrictivo es tan amplia y genérica que es meramente orientativa. Sobre esta definición puede verse STOFFEL, N., *op. cit.*, pp. 368-371.

el TJCE remedie esta laguna con su interpretación jurisprudencial que ha permitido la aplicación de los artículos 28-30 CE a dicha clase de obstáculo y la principal característica que ha resaltado el TJCE recientemente es que en el territorio del Estado miembro donde transita la mercancía, ésta no es objeto de comercialización¹⁷. En el presente caso, las mercancías debían transportarse por Schmidberger desde Alemania a Italia y viceversa, y *no se comercializaban* en territorio austríaco, por tanto, no hacían más que *transitar* por dicho país. El obstáculo producido por el bloqueo de la autopista afectaba, por tanto, la libertad de tránsito de mercancías en el presente caso. El TJCE se pronunció de forma muy genérica considerando simplemente que se *subsume* en la obligación que tienen los Estados miembros de garantizar la libre circulación de mercancías en su territorio mediante la adopción de las medidas apropiadas para impedir cualquier obstáculo y añadió: «...*se impone* (esta obligación) *sin que sea preciso distinguir según si tales actos afectan a los flujos de importación o exportación o bien al mero tránsito de mercancías*»¹⁸. En este sentido, el TJCE se limita a resaltar que no hace *distingos* en cuanto al

¹⁷ Respecto a la noción de tránsito de mercancías puede verse STOFFEL, N., *op. cit. supra*, pp. 117-123. La jurisprudencia al respecto es muy escasa: as. SIOT, as. 266/81, de 16/3/83, as. Comisión/Italia, as. 121/84 de 15/1/86; as. A.Richardt, de 4/10/91; y as. «Dubois et General Cargo Service/Garonor» de 11/8/95. Sin embargo, la reciente sentencia Comisión/Francia («piezas de recambio»), as.23/99 de 26/9/00 viene a confirmar definitivamente la aplicabilidad de los arts. 30 a 36 T.CE (hoy arts. 28-30 CE) a tales obstáculos al tránsito. En este caso, Francia retenía en sus aduanas por falsificación, en virtud de la ley francesa sobre la propiedad intelectual, piezas de recambio de automóviles en tránsito por Francia (procedentes y fabricados en España y con destino a Italia). Estos dos últimos países no prevén en su legislación interna ninguna protección semejante, por tanto, tales mercancías están legalmente fabricadas y comercializadas en España y legalmente comercializadas en Italia. El TJCE consideró la medida francesa contraria al art. 30 (art. 28 CE). En el párr. 22 el TJCE considera que la retención en aduanas «*retrasa la circulación de mercancías y puede conducir a su bloqueo completo...tiene por efecto restringir la libre circulación de mercancías*». En el párr. 23 estima que tal retención... tiene un efecto restrictivo sobre el comercio entre los Estados miembros y es contrario al art. 30 T.CE (art. 28 CE). En su párr. 44 el TJCE precisa que «...*el producto no se comercializa en el territorio francés, por el que se limita a transitar...*»

¹⁸ Ver la sentencia «Schmidberger», en su párr. 60. En el párr. 61 (hemos añadido el paréntesis), el TJCE recuerda que en la sentencia «fresas» ya citado (párr. 53) el obstáculo derivado de las actuaciones de particulares (los agricultores) concernía no sólo la importación sino también el tránsito de productos por el territorio francés.

alcance de la obligación de libre circulación de mercancías según la operación llevada a cabo¹⁹.

a.2) *Un obstáculo no discriminatorio*

En cuanto al efecto concreto de la medida, podemos constatar que se trata de un obstáculo que no implica ninguna discriminación sea esta de *iure* o de *facto*. En efecto, no se puede deducir que la medida tienda a favorecer de alguna manera los productos nacionales correspondientes frente a los productos en tránsito, (sean estos alemanes, austríacos o italianos). En este sentido la medida austríaca no responde ni a los criterios diferenciadores de la jurisprudencia de la línea «Cassis de Dijon»²⁰ ni a los del asunto «Keck y Mithouard»²¹. En efecto, no se trata de una medida que se refiera ni a las características de los productos ni a las modalidades de comercialización o venta de los productos, no hay ninguna distinción por razón del producto ni por su calidad, procedencia etc. sino simplemente un impedimento momentáneo pero total al transporte y, por tanto, a la circulación de mercancías por razones que no tienen ninguna relación con el comercio sino más bien, al menos indirectamente, con la lucha contra la contaminación producida por el transporte rodado por carreteras. En definitiva, se trata de una auténtica «*medida indistintamente aplicable*».

¹⁹ Ver *Ibidem*, párr. 62. En efecto, el Tribunal resaltó que el hecho de que sólo afecte el tránsito de mercancías hacia Alemania o Italia, implicaba la misma obligación de garantizar la libre circulación de mercancías para el Estado miembro donde transita.

²⁰ Ver la sentencia del TJCE as. Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, as.120/78 de 20/2/79, *Rec.* pp. 649 y ss. Se trata de una de las sentencias más paradigmáticas en cuanto a la prohibición de MEE. Ver un comentario, por ejemplo, en STOFFEL, N., *op. cit.*, pp. 403 y ss. y MATTERA, A., *op. cit.* pp. 283 y ss.

²¹ Ver la sentencia del TJCE as. C-267/91 y 268/91 de 24/11/93, *Rec.* 1993, pp. I-6097 y ss. Dicha sentencia ha marcado un importante punto de inflexión distinguiéndose entre medidas que, según ciertas características (sobre modalidades de venta), pueden excluirse a priori del concepto si no suponen ni una discriminación de *iure* ni de *facto*, por tanto gozan en cierta medida de una presunción de legitimidad. Mientras que las medidas que se refieren a las características de los productos se les aplica la línea jurisprudencial de «Cassis de Dijon» por la cual el TJCE será más severo partiendo de una presunción de ilegitimidad.

a.3) *La regla «de minimis» y la gravedad del obstáculo*

El Abogado General (a partir de ahora AG) Jacobs en sus conclusiones ha analizado si a la medida en cuestión se le podía aplicar una regla «*de minimis*» que permitiera excluir a priori el obstáculo por su irrelevancia o insignificancia, en relación con el concepto de medidas de efecto equivalente²². En efecto, varios asuntos han sido resueltos por el TJCE en este sentido²³ y también tiene su manifestación, a nuestro entender, después de Keck y Mithouard en un *tercium genus* que hemos destacado como categoría de medidas cuyos efectos el propio TJCE ha estimado «demasiado aleatorios e indirectos» para que pueda obstaculizar el comercio entre Estados miembros²⁴. Por tanto, se planteó si podía considerarse como una medida insignificante que excluiría el obstáculo del artículo 28 CE. En este sentido, el AG Jacobs estimó que un breve retraso del tráfico en una carretera utilizada ocasionalmente para el transporte intracomunitario no podría estar comprendido dentro del ámbito de aplicación del art. 28 CE²⁵. Lo mismo podría suceder, a nuestro entender, si se paralizase el tráfico durante unas horas por la realización de obras.

Sin embargo, según apuntó Jacobs, «una interrupción más prolongada de una ruta de tránsito importante podría dar lugar a una apreciación

²² Ver RIGAUX, A. y SIMON, D.: «L'arrêt "fraises" revisité: y-a-t'il une entrave de nature à engager la responsabilité d'un Etat membre du fait du blocage de l'autoroute du Brenner par des manifestations écologistes?» en *Juris-Classeur: Europe*, 2003 (août-septembre) pp. 15-16 en p. 15 estiman que la motivación del TJCE ha sido contaminada en cierta medida por las conclusiones militantes del AG Jacobs a favor de la utilización del «test *de minimis*» como criterio operacional en la calificación de medidas indistintamente aplicables.

²³ En diversos asuntos, el TJCE había aplicado este criterio dando lugar a la exclusión del concepto de MEE a priori. Así en la sentencia en el asunto «S. Oebel», as. 155/80 de 14/7/81, *Rec.* 1981, pp. 1993 y ss.; asunto «Blegesen», as. 75/81, de 31/3/82, *Rec.* pp. 1211 y ss. Se ha considerado por la doctrina que el asunto «Van Haar y Kaveka de Meern», as. 177 y 178/82 de 5/4/84, *Rec.* 1797 y ss. marcaba un punto de inflexión descartando la aplicación de la regla «*de minimis*» (ver su párr. 13, p. 1812), pero esta reaparece esporádicamente en la jurisprudencia (ej. asunto «Forest», as. 148/85, sentencia de 21/11/85, *Rec.* pp. 3449 y ss.). Y así mismo, a nuestro entender, en la jurisprudencia después del asunto «Keck y Mithouard», por ej. ver el asunto Matteo Peralta as. C-379/92 de 14/7/94, *Rec.*, pp. I-3453 y ss.; ver sobre esta cuestión STOFFEL, N., *op. cit.*, pp. 467-477, ver también pp. 494-497 y pp. 734-736.

²⁴ Ver STOFFEL, N., *op. cit.*, pp. 734-735.

²⁵ Ver sus conclusiones, punto 65.

diferente»²⁶. Por tanto, aquí la duración del obstáculo resulta relevante para medir la gravedad del mismo.

Resultaba difícil para Jacobs evaluar el alcance del obstáculo puesto que Schmidberger no había demostrado los daños producidos por el bloqueo de la autopista. Por tanto, el Abogado General intentó deducir dicho alcance a través de otros medios²⁷ y concluyó que la paralización del tráfico durante 28 horas *en que normalmente permanecería abierto el tráfico*, tiene un considerable efecto restrictivo: *un bloqueo como el controvertido en el presente caso, constituye, en su opinión un obstáculo a la libre circulación de mercancías demasiado importante para poder ampararse en dicha regla de mínimos*»²⁸. Poniendo en relación el presente obstáculo con el Reglamento 2679/98²⁹ adoptado a raíz del ya citado asunto «fresas» nos recuerda que ya se había acuñado en el mismo la noción de *obstáculo grave* que presupone, según el art. 1 de dicho Reglamento: 1) una *grave perturbación* de la libre circulación de mercancías y del mercado interior «impidiendo, retrasando o desviando físicamente o por otros medios su importación, exportación o su transporte, desde un Estado miembro o a través de éste»³⁰; 2) supone, además, que ocasione una grave pérdida a los particulares perjudicados; 3) que exija una acción inmediata para evitar la prolongación, extensión o agravamiento de la perturbación y la pérdida (ver párrafos a, b y c del art. 1). A nuestro entender, si el obs-

²⁶ Ver las conclusiones de Jacobs *Ibidem*.

²⁷ Ver sus conclusiones, punto 66. Jacobs partía de la considerable densidad de tráfico en el paso del Brenner (33 millones de toneladas de mercancías por año), y teniendo en cuenta que ya existen restricciones del tráfico en fines de semana y en horarios nocturnos, y que la casi totalidad del tráfico terrestre de Italia con el resto de la Comunidad debe pasar por escasas carreteras como esta que atraviesan los Alpes, el efecto restrictivo podía ser importante.

²⁸ Ver sus conclusiones, punto 67. Transcribimos dicho punto salvo las tres últimas palabras que añadimos para su mejor comprensión.

²⁹ Fue adoptado el 7 de diciembre de 1998, ver DOCE L n.º 337 de 12/12/98, pp. 8 y ss. Sobre la interpretación de dicho Reglamento puede verse N. STOFFEL, *op. cit.*, pp. 81-82; en cuanto a la génesis de este reglamento puede verse MATTERA, A.: «Un instrument d'intervention rapide pour sauvegarder l'unicité du Marché intérieur: le règlement 2679/98. De nouveaux pouvoirs pour la "Commission Prodi"», en *RMUE* 1999, n.º 2, pp. 9-33.

³⁰ Como pone de relieve MATTERA, A., *Ibidem*, en p. 26 «L'adjectif «grave» implique que l'entrave constitue une violation dont le poids, l'ampleur ou les conséquences dépassent le cadre normal de la généralité des violations commises dans ce domaine».

táculo que nos ocupa puede responder a estas condiciones que se consideran cumulativas³¹, no obstante, el segundo requisito (ocasionar una grave pérdida a los particulares) no parece demostrado en el presente caso. Ahora bien, en el Informe de la Comisión al Consejo y el Parlamento Europeo de marzo 2001 viene a confirmarnos la relevancia de dicho obstáculo, puesto que figura en la lista de los ejemplos de la práctica de obstáculos graves a la libre circulación de mercancías previstos por el ya citado Reglamento³² y en este sentido se ha pronunciado ahora el TJCE en el presente caso: *«una concentración que supone el bloqueo total durante cerca de treinta horas sin interrupción de una vía de comunicación importante como la autopista del Brenner puede restringir el comercio intracomunitario de mercancías y, por consiguiente es calificable de medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas en principio incompatible con las obligaciones de Derecho comunitario que se derivan de los arts. 30 y 34 del Tratado en relación con el art.5 del mismo, a menos que estuviera «objetivamente» justificado»*³³.

b) *EN CUANTO A LA NATURALEZA ESTATAL DE LA MEDIDA Y LA ATRIBUIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD A ÁUSTRIA POR ACTOS DE PARTICULARES*

La tendencia extensiva de la noción de medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas ha dado lugar a una noción que abarca un amplio elenco de medidas, incluyéndose las «prácticas» de la Administración y hasta las «incitaciones» eventualmente contrarias a la libre circulación³⁴ siempre que se pueda conectar directa o indirectamente la actua-

³¹ Ver *Ibidem*. El mismo autor considera que estas condiciones son cumulativas.

³² Ver dicho Informe sobre la aplicación del Reglamento (CE) n.º 2679/98 *Doc. COM* (2001) 160 final de 22/3/2001. En p. 4 citaba entre los ejemplos de obstáculos de esta índole el del asunto C-112/00 Schmidberger, Int.Transporte/Austria que ya se había introducido ante el TJCE. Y ver el Anexo 2 del mismo Informe en el que se enumeran 22 obstáculos a la libre circulación de mercancías que caben incluir en la práctica de esta clase de obstáculos (ver p. 17 del Informe, Anexo 2, párr. 7). Se puede señalar que la propia Comisión se quejó de la falta de indicaciones del Reglamento sobre las medidas que un Estado miembro debía tomar para garantizar la libre circulación de mercancías (párr. 5.1 del mismo Documento).

³³ Ver la sentencia «Schmidberger» en su párr. 64.

³⁴ La noción de la Directiva 70/50 (DOCE L n.º 13 de 19/1/70, p. 29), ya proporcionaba un elenco muy amplio de medidas inclusive las prácticas y las incitaciones de los Estados miembros.

ción o medida con el Estado miembro³⁵. Pero en el caso que nos ocupa, los autores materiales del obstáculo son particulares, en efecto, es el grupo de ecologistas que habían convocado la concentración, e impidieron directamente el paso de la circulación de vehículos en el Brenner, si bien, con el beneplácito de las autoridades austríacas. Como es sabido, en el ámbito del Derecho internacional público los Estados no responden en principio de los hechos de los particulares³⁶ sin embargo, tomando por modelo la figura de la omisión del deber de vigilancia³⁷ las actuaciones de particulares pueden atribuirse a un Estado cuando éste no ejerce su obligación de mantener el orden público, y, en el presente caso, su obligación de garantizar la libre circulación de mercancías. Así lo había considerado ya el TJCE en el asunto «fresas». En efecto, como lo ha recordado el TJCE: «...el artículo 30 no prohíbe sólo las medidas de origen estatal que en sí mismas creen restricciones al comercio entre los Estados miembros, sino que también puede aplicarse cuando un Estado miembro se abstenga de adoptar las medidas necesarias para hacer frente a obstáculos a la libre circulación de mercancías debidos a causas que no sean de origen estatal... puede obstaculizar los intercambios intracomunitarios tanto como un acto positivo»³⁸.

Recordemos que, en el asunto «fresas», el TJCE consideró que la falta de actuación reiterada y constante de las autoridades francesas respec-

³⁵ Ver por ejemplo la sentencia en el as. 249/81 «Buy Irish» o Commission/Irlande de 24/11/82 Rec.1982, pp. 4005 y ss., ver párr. 28, p. 4023; la sentencia Delhaise et frères/ Promalvin y AGE Bodegas «vino de Rioja» as. C-47/90 de 9/6/92; la sentencia en el asunto «Bulk Oil», as. 174/84 de 18/2/86 mostraba que las incitaciones del Gobierno inglés había impulsado los operadores económicos ingleses a restringir la destinación de las exportaciones de petróleo, aunque en este último caso no se trataba de un obstáculo intracomunitario.

³⁶ Ver, por ejemplo PÉREZ GONZÁLEZ, M. en Díez de Velasco, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 14ª ed., Madrid 2003, p. 754.

³⁷ Ver en este sentido GARZÓN CLARIANA, G.: Hechos de los particulares y responsabilidad del Estado: el artículo 169 del Tratado CEE» en *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho internacional Público y derecho Internacional Privado* (XIII Jornadas de la Asociación de Derecho internacional y Relaciones internacionales, 1989, ed. a cargo de C.Jimenez Piernas), Alicante, 1990, pp. 331-338, en p. 334; STOFFEL VALLOTTON, N., *op. cit.*, pp. 260-265 y JIMÉNEZ PIERNAS, C.: «El incumplimiento del Derecho Comunitario por los Estados miembros cuando median actos de particulares: una aportación al debate sobre la interdependencia entre Derecho Comunitario y Derecho Internacional», *RDCE*, 2000, n.º 8, pp. 15-48.

³⁸ Ver la presente sentencia en su párr. 57 y 58 que reproduce los párr. 30 y 31 de la ya citada sentencia en el asunto «fresas».

to a las actuaciones de los agricultores volcando camiones procedentes de España cargados de frutas y hortalizas y amenazando las grandes superficies de boicot de la compra de tales productos (así los fresones) de importación durante la temporada de producción francesa eran tan flagrantes y reiteradas que el TJCE ha considerado que era claramente una infracción del art. 30 (art. 28 CE) a la vez que una infracción del art. 5 (hoy art. 10 CE) porque en virtud de dicha disposición: *«esta obligado el Estado miembro a tomar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado y a abstenerse de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines de dicho Tratado»*³⁹.

Corroborra en este sentido el ya citado Reglamento 2679/98 que establece que puede constituir un incumplimiento de los artículos 30 a 36 (28 a 30 CE) *tanto una acción como una omisión imputable a un Estado miembro.*

2) LA JUSTIFICACIÓN DEL OBSTÁCULO Y LA PONDERACIÓN DE LOS INTERESES EN JUEGO

Una vez determinado por el TJCE que había una medida restrictiva que podía ser contraria a los arts. 28 y 29 CE, el Tribunal procedió a un examen de la justificación del obstáculo de forma altamente clásica (en su *modus operandi*).

Como es sabido, las causas de justificación de obstáculos a la libre circulación de mercancías se encuentran genéricamente enumeradas en el artículo 30 CE a estos intereses estatales la jurisprudencia comunitaria ha añadido otros intereses, las «exigencias imperativas»⁴⁰. Dichos intereses estatales pueden eventualmente primar sobre el principio fundamental de libre circulación de mercancías en la medida en que respondan a ciertas condiciones⁴¹.

³⁹ Ver la presente sentencia «Schmidberger», en su pár. 59.

⁴⁰ A partir de la sentencia en el asunto «Cassis de Dijon» as. 120/78 de 20/2/79.

⁴¹ El segundo párrafo del art. 30 CE establece los límites de las causas de justificación enumeradas: no podrá ser ni una «discriminación arbitraria ni una restricción encubierta». Son los límites del no abuso del derecho. Ello se ha interpretado generalmente por el TJCE en el examen de la legitimidad y la adecuación de los objetivos de interés estatal y la proporcionalidad de la medida para alcanzar dichos objetivos, es decir que no quepa otra medida menos restrictiva para alcanzar dicho fin.

a) *LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
COMO INTERÉS ESTATAL INVOCADO*

Como hemos visto anteriormente, la protección del medio ambiente era la causa subyacente de la manifestación organizada por el grupo de ecologistas y dicho interés estatal sirve con frecuencia de causa de justificación de obstáculos a la libre circulación de mercancías⁴², de hecho, es de suponer que esa es la razón esencial por la cual Austria había podido cerrar el tráfico de vehículos de alto tonelaje durante los fines de semana. Sin embargo, en el caso presente, como recalcó el propio TJCE, Austria no podía invocar los objetivos de los particulares sino, como Estado responsable, tan sólo podía invocar sus propios objetivos⁴³ que le habían inducido a no prohibir la concentración es decir, en el presente caso, el respeto de los Derechos fundamentales de los manifestantes a la libertad de expresión y de reunión que deben ser reconocidos y garantizados tanto por el CEDH como por la constitución austríaca⁴⁴.

Sin ser la primera vez que se relacionan los Derechos fundamentales con la libre circulación de mercancías, hasta ahora, siempre había sido de forma indirecta o incidental⁴⁵. Pero en el presente caso, se estaban invo-

⁴² Ver por ejemplo el asunto Comisión /Reino de Bélgica as. C-2/90 de 9/7/92, Rec. pp. I-4431 y ss. de 1992 (la prohibición de importaciones de residuos no reciclables en Valonia se justificó por razones de protección del medio ambiente).

⁴³ Ver la sentencia «Schmidberger» párr. 67 y 68.

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 69.

⁴⁵ Ver por ejemplo el asunto «Cinéthèque», as. 60 y 61/84 de 11/7/85 en el que los demandantes del litigio principal habían sostenido que, además de ser contraria al Derecho comunitario, la legislación francesa que protegía la difusión de obras cinematográficas en sala (se justificó por la protección de la cultura) era también contraria al Derecho de expresión del art. 10 del CEDH. El TJCE contestó que si le correspondía garantizar el respeto de los Derechos fundamentales en el ámbito propio del Derecho comunitario, no le correspondía, en cambio, pronunciarse sobre la compatibilidad de una ley nacional en relación con el CEDH. En el asunto «Familiapress» as. C-368/95 de 26/6/97, se cuestionaba la compatibilidad de la ley austríaca que prohibía la venta de periódicos con juegos y premios, que el TJCE consideró una MEE. Pero Austria invocó la exigencia imperativa del mantenimiento del «pluralismo de la prensa», que admitió el TJCE estimando que contribuye a la salvaguardia de la libertad de expresión del art. 10 CEDH. En efecto, dicho artículo admite que se establezcan excepciones a esta libertad con objeto de mantener el pluralismo de la prensa en la medida en que sean necesarias en una sociedad democrática.

cando por primera vez *directamente* la protección de los Derechos Humanos como causa de justificación frente al principio fundamental de libre circulación de mercancías⁴⁶. Ello se explica por la propia peculiaridad de la medida. En efecto, no es habitual tampoco que sean particulares cuyos Derechos fundamentales están en juego los que provoquen un obstáculo a la libre circulación de mercancías⁴⁷.

El TJCE recordó que el propio TUE en su artículo F.2 (art. 6.2 UE) se refiere a la obligación de garantizar el respeto del CEDH. Además, puede resaltarse el propio Reglamento 2679/98, que en su art. 2, al establecer que el Estado miembro afectado debía adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la libre circulación de mercancías, era con la salvedad de que esta obligación «no deberá interpretarse en el sentido que afecte en modo alguno al ejercicio de los Derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros, incluido el derecho o la libertad de huelga».

El TJCE examinó si estos Derechos fundamentales podían o no ser invocados y si podían constituir un interés estatal (y comunitario) preferente frente al principio de libre circulación de mercancías.

Sin entrar en polémica sobre si este nuevo interés preferente pertenecía a la categoría de las «exigencias imperativas»⁴⁸ o son causas de justificación del art. 30 CE⁴⁹, se puede constatar que el TJCE permanece neu-

⁴⁶ Ver en este sentido RIGAUX, A. et SIMON, D., *op. cit.*, p. 16 y GONZÁLEZ VAQUÉ, L.: «El difícil equilibrio entre la libre circulación de mercancías y los Derechos fundamentales en materia de libertad de expresión y de reunión: la sentencia “Schmidberger”», *GJUE*, 2003, n.º 227, pp. 61-76, en p. 62.

⁴⁷ Ver en este sentido las conclusiones del AG, punto 89. Añade: «...es previsible que este tipo de asuntos se haga más frecuentes en el futuro: muchas justificaciones que reconoce actualmente el TJCE también podrían formularse de tal modo que estuvieran basadas en consideraciones relativas a los derechos fundamentales.»

⁴⁸ En este sentido se pronuncian RIGAUX, A. et SIMON, D. en su comentario de esta sentencia, *op. cit.*, *supra* nota (22), pp. 15-16, en p.16 los autores se refieren a «les exigences imperatives de protection des droits fondamentaux». En este sentido se puede añadir la sentencia del TJCE en el asunto «ERT», as.C-260/89 de 18/6/91, que dijo que los Derechos fundamentales, en particular el art. 10 CEDH eran «exigencias imperativas» que podían constituir una excepción al incumplimiento de la libre prestación de servicios.

⁴⁹ Sobre esta cuestión puede verse nuestro artículo: «¿Interpretación «estricta o restrictiva» del art. 36 del T. CE. La problemática de las exigencias imperativas» en *R.I.E.*, 1996, n.º 2, pp. 415-454. En este estimamos que la enumeración de los intereses estatales comprendidos en el art. 36 T.CE (hoy art. 30 CE) deben considerarse *numerus apertus*, pese a que el TJCE haya declarado que esta disposición era de interpretación «estricta», por tanto cabía una extensión de las causas de justifi-

tro al respecto en el presente caso⁵⁰, en cualquier caso, considera estos Derechos fundamentales como: «un *interés legítimo que permite justificar*, en principio, una restricción de las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado tal como la libre circulación de mercancías»⁵¹. En este sentido, a nuestro entender, la protección de los Derechos fundamentales puede pertenecer a la noción genérica de orden público⁵² contemplada en el art.30 CE. Ello sin descartar tampoco la posibilidad de tratarse de una nueva categoría justificativa «*sui generis*» que la propia jurisprudencia podría aclarar en el futuro.

El TJCE reiteró su ya conocida jurisprudencia en materia de Derechos fundamentales que hace referencia explícita al CEDH y a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros⁵³.

Podemos destacar otras dos cuestiones que subraya el TJCE:

a.1) *Más allá de un interés estatal, los Derechos fundamentales son un interés del Derecho comunitario*

En efecto, el TJCE declaró que los Derechos fundamentales *se imponen tanto a la Comunidad como a los Estados miembros*, por tanto, más allá de los intereses estatales estos Derechos pertenecen a la categoría superior de los intereses comunitarios. Lo que da lugar a pensar que hay una presunción de legitimidad a favor del interés comunitario en este sentido. El TJCE no recogió el razonamiento más amplio de Jacobs respecto

cación de las MEE, tal como lo ha admitido el TJCE en ámbitos como la protección de la propiedad intelectual. Y por otra parte, la distinción con las «exigencias imperativas» es meramente formal ya que el TJCE utiliza en la mayoría de los casos exactamente el mismo razonamiento que en los arts. 30-36.

⁵⁰ Ver la sentencia «Schmidberger», párr. 78.

⁵¹ Ver *Ibidem*, párr. 74.

⁵² Ver en este sentido las conclusiones del AG, punto 95 que aconseja al TJCE seguir el mismo planteamiento utilizado para analizar las justificaciones tradicionales como el orden público y la seguridad pública.

⁵³ Ver sentencia «Schmidberger» párr. 71 que recuerda su anterior jurisprudencia en la sentencia «ERT», *cit supra*, párr. 41; así como su más reciente sentencia en el asunto «Connolly/Comisión, as. 274/99 P de 6/3/01, párr. 37 y 38 y recuerda que los principios elaborados por dicha jurisprudencia se han reafirmado a través del art. F.2 del TUE (actual art. 6.2 UE) que hace referencia explícita al CEDH y a las tradiciones constitucionales.

al examen de la legitimidad del objetivo del respeto de los Derechos fundamentales en un Estado miembro⁵⁴, sino que zanjó esta cuestión estimando legítimo el objetivo alegado⁵⁵.

a.2) *La ponderación de los intereses comunitarios en juego*

Dados los intereses comunitarios en presencia, el TJCE estimó que el asunto planteaba «*la necesaria conciliación de las exigencias de la protección de los Derechos fundamentales en la Comunidad con los que se derivan de una libertad fundamental consagrada por el Tratado....*»⁵⁶.

⁵⁴ El AG partía del hecho de que los Estados miembros al invocar su legislación interna en materia de Derechos Humanos no coinciden necesariamente con los Derechos fundamentales reconocidos a nivel comunitario, aunque en el presente caso sí coinciden. En efecto, Jacobs pone de relieve: «...no puede excluirse de manera automática que un Estado miembro que invoque la necesidad de proteger un derecho reconocido por su legislación nacional como un derecho fundamental persiga, sin embargo, un objetivo que, con arreglo al Derecho comunitario, deba considerarse ilegítimo».

Citando la reiterada jurisprudencia del TJCE en materia de Derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza inspirándose en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en los instrumentos internacionales relativos a la protección de los Derechos Humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, destacando que el CEDH reviste a este respecto un significado particular (ver sentencia ERT párr. 41). Destaca, además, que el art.10 del CEDH garantiza la libertad de expresión, «incluida la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber ingerencias de autoridades públicas y sin consideración de fronteras (sentencia Montecatini/Comisión de 8/7/99, as. C-235/92 P, Rec. p. 4539, párr. 137). Y de manera análoga destaca que el art. 11 CEDH garantiza la libertad de reunión pacífica y la libertad de asociación (ver sentencia Connolly/Comisión as. 274/99 P de 6/3/01, párr. 37 y 38.). Jacobs añade también en el punto 102 de sus conclusiones: «En mi opinión, cuando un Estado miembro pretende proteger derechos fundamentales reconocidos en el Derecho comunitario, ese Estado miembro persigue necesariamente un objetivo legítimo. El Derecho comunitario no puede prohibir a los Estados miembros perseguir objetivos que la propia Comunidad esta obligada a perseguir». De lo que deduce que Austria persigue un objetivo legítimo de interés público capaz de justificar una restricción a una libertad fundamental.

⁵⁵ Ver la sentencia «Schmidberger», párr. 74, citado ya en el texto de la página anterior del presente comentario: «...constituye un interés legítimo...».

⁵⁶ Ver *Ibidem*, párr. 77.

Debe determinarse si se ha observado un justo equilibrio entre los intereses en presencia. Por ello el TJCE pone de relieve que tanto el principio fundamental de libre circulación de mercancías como los arts. 10 y 11 del CEDH pueden ser objeto de limitaciones⁵⁷.

a') La distinción entre dos clases de Derechos fundamentales:

En relación con la posibilidad de limitación de los derechos consagrados en los arts. 10 y 11 del CEDH, el TJCE corrobora este dato más allá determinando que la libertad de expresión y la libertad de reunión pacífica «no constituyen prerrogativas absolutas» resaltando la distinción entre dos categorías de Derechos Humanos. En efecto el TJCE pone de relieve que como se deduce del apartado 2 de los arts. 10 y 11 CEDH, estos derechos, a diferencia de otros puede ser objeto de determinadas limitaciones justificadas por objetivos de interés general⁵⁸, por tanto, pueden imponerse restricciones al ejercicio de esos derechos a diferencia de otros Derechos fundamentales como el derecho a la vida o a la prohibición de la tortura que no toleran ninguna restricción⁵⁹. De ello deducimos que mientras estos últimos prevalecerían automáticamente sobre el principio fundamental de libre circulación de mercancías, no es el caso de los Derechos fundamentales que nos ocupan que pueden ser restringidos al igual que el principio fundamental de libre circulación de mercancías, lo que da lugar a que el TJCE tenga que buscar otros criterios adicionales para *ponderar los intereses en juego*, de allí que recurre al criterio habitual en el ámbito de los arts. 28 a 30, el de verificar la proporcionalidad de las restricciones impuestas a los intercambios intracomunitarios con el objetivo legítimo perseguido que es el de la protección de esos Derechos fundamentales⁶⁰.

⁵⁷ Ibidem párr. 78 y 79

⁵⁸ Ver Ibidem párr. 79. Ver también la sentencia «Familiapress» ya citada anteriormente, *Rec.* 1997, p. I-3689, párr. 26, también sentencia en el asunto «Carpenter», as. C-60/00 de 11/7/02, *Rec.* pp. I-6279, párr. 42. Ver también sentencia del TEDH as. «Steel y otros/Reino Unido», de 23/9/98, *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-VII, párr. 101. Puede verse en la doctrina, por ejemplo, LECLERC, H.: «La liberté d'expression», en TEITGEN-COLLY, C. (ed.), Bruxelles, 2002, pp. 191-205 y ÚBEDA DE TORRES, A.: «Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights: A Comparison with the Inter-American system of Protection of Human Rights» en *Human Rights Brief*, vol. 10, 2003, n.º 2, pp. 6-9 y 12. Asimismo, ver SUDRE, F.: *Droit international et européen des droits de l'homme*, 6.ª ed., Paris, 2003, pp. 416-431.

⁵⁹ Ver la sentencia «Schmidberger», párr. 79 y 80.

⁶⁰ Ver *Ibidem*, párr. 82.

En efecto, en cuanto se refiere a la garantía del respeto de los Derechos Humanos el TJCE no parte de criterios preexistentes a nivel comunitario sino que reconoce (como el TEDH) que las *autoridades nacionales* en su evaluación de las restricciones a la libertad de expresión y de reunión, «*disponen de un amplio poder (margen) de apreciación*»⁶¹, recurre, por tanto, para verificar la legitimidad superior de dicha protección de Derechos Humanos frente al principio fundamental de libre circulación de mercancías, al examen clásico de los objetivos y la proporcionalidad de los medios y la medidas adoptadas por el Estado miembros.

b) *LA PROPORCIONALIDAD DE LA RESTRICCIÓN A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. LAS MATIZACIONES DE LOS ELEMENTOS FÁCTICOS DEL CASO FRENTE A LA SENTENCIA «FRESAS»*

Para examinar si las autoridades austríacas se habían excedido o no de su poder de apreciación y si el obstáculo a la libre circulación de mercancías respondía al objetivo perseguido, el TJCE examinó detenidamente la proporcionalidad de la medida y su distinción con el asunto «fresas» destacando que:

1) La concentración tuvo lugar después de una solicitud de autorización para su celebración, y las autoridades decidieran no prohibirla, a diferencia de los hechos acontecidos en Francia⁶².

2) *No hubo una repetición de los hechos* ni estos tuvieron el alcance ni la gravedad de los problemas ocurridos en Francia. El impedimento de la circulación en la autopista del Brenner fue puntual, en una única ocasión y durante un tiempo limitado a 28 horas⁶³.

3) La finalidad de la manifestación pública *no tenía por objeto obstaculizar los intercambios de mercancías* de naturaleza u origen concretos y los manifestantes ejercían sus Derechos fundamentales. Mientras que en el caso de Francia, los manifestantes pretendían claramente impedir la circulación de determinados productos procedentes de otros Estados miembros poniendo obstáculo no sólo al transporte de las mercancías aludidas

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Ver la sentencia «Schmidberger» en su párr. 84. En cambio, los agricultores franceses organizaban sus actuaciones sin autorización alguna.

⁶³ Ver en este sentido, *Ibidem*, párr. 85.

sino que destruían también las mercancías en tránsito por Francia e, incluso, los productos puestos en venta en los comercios franceses⁶⁴.

4) *Las autoridades austríacas habían tomado una serie de medidas para minimizar los daños provocados por el cierre de la autopista, para garantizar el buen desarrollo de la concentración así como para limitar en lo posible, gracias a un campaña de información, las alteraciones de la circulación rodada*⁶⁵. Lo que no había hecho Francia.

5) Quedó acreditado que esta actuación aislada en Austria *no generó un clima general de inseguridad que tuviera un efecto disuasivo sobre los flujos de intercambios intracomunitarios* en su conjunto, contrariamente al caso francés⁶⁶.

6) La autoridad nacional pudo estimar que una prohibición pura y simple de la manifestación hubiera constituido una interferencia inaceptable en los Derechos fundamentales de los manifestantes⁶⁷. «Si la autoridad nacional competente debe limitar en lo posible los efectos de la manifestación sobre la libertad de circulación, no deja de tener una manifestación en la vía pública, y le corresponde ponderar este interés con el de los manifestantes que pretenden llamar la atención de la opinión pública sobre los objetivos de su actuación»⁶⁸.

7) Otras soluciones factibles de sustitución podrían haber llevado consigo el riesgo de reacciones difíciles de controlar, tendía, por tanto, a evitar alteraciones mucho más graves de los intercambios intracomunitarios, así como del orden público, que podrían llegar a convertirse en «manifestaciones salvajes»⁶⁹. En el caso de las «fresas» Francia había intentado alegar argumentos parecidos pero estos no fueron admitidos por el Tribunal⁷⁰.

El TJCE concluyó que *«la autoridad nacional... pudo considerar razonablemente que el objetivo legítimamente perseguido por dicha concen-*

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 86.

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 87. Colaboraron tanto las autoridades, incluidas las fuerzas policiales, los organizadores de la concentración y asociaciones de automovilistas. Se había hecho un amplia campaña de información y se habían previsto varias rutas alternativas.

⁶⁶ Ver en este sentido, *ibidem* párr. 88.

⁶⁷ Ver *Ibidem*, párr. 89.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 90.

⁶⁹ *Ibidem*, párr. 92.

⁷⁰ Ver la sentencia «fresas», párr. 54 y 55.

tración no podía alcanzarse, en el caso de autos, mediante medidas menos restrictivas de los intercambios comunitarios»⁷¹.

Por tanto, estimó finalmente, que el hecho de no haber prohibido la autoridad competente del Estado miembro una concentración en circunstancias como las del caso principal «*no es incompatible con los artículos 30 y 34 del Tratado en relación con el artículo 5 de éste*»⁷².

3) EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN DE LOS DAÑOS SUFRIDOS EN FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO MIEMBRO

Es de lamentar que el TJCE no se haya pronunciado sobre las interesantes preguntas del Tribunal regional austríaco. En efecto, el TJCE se limitó a responder que al no haber incurrido en violación del Derecho comunitario no podía generarse la responsabilidad del Estado miembro afectado.

Más explícito fue el AG Jacobs que recordó la jurisprudencia del TJCE respecto a la noción de violación suficientemente caracterizada y los requisitos deducidos de la sentencia en el asunto «*Brasseries du pêcheur y Factortame III*» al respecto⁷³ y consideró, en términos generales, que para que se dedujera tal violación las autoridades austríacas tendrían que haberse excedido de forma muy manifiesta y grave en su facultad de apreciación lo que no se podía deducir en el presente caso⁷⁴.

⁷¹ *Ibidem*, párr. 93.

⁷² Ver *Ibidem*, párr. 94.

⁷³ Ver as. C-46/93 y C-48/93 de 5/3/96, recordamos su párr. 51 «...el Derecho comunitario reconoce un derecho de indemnización cuando se cumple tres requisitos, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas.» Si falla alguno de estos requisitos no puede generar un derecho a indemnización. Y párr. 55-57 (y la jurisprudencia posterior en la misma línea). Ver las conclusiones de Jacobs, punto 114.

⁷⁴ Ver sus conclusiones *Ibidem*, puntos 117 y ss. En especial punto 119 en el que pone de relieve que cabe reclamar no sólo los daños emergentes sino el lucro cesante (siempre que existan los demás requisitos de la violación suficientemente caracterizada, pero para ello el perjudicado tiene que demostrar los daños y perjuicios sufridos y la relación de causalidad directa entre estos y la violación del derecho comunitario).

CONCLUSIONES

Pese a la abundancia de la jurisprudencia en el ámbito de las medidas de efecto equivalente, la práctica siempre nos reserva alguna nueva sorpresa. Sin duda, el presente caso es de gran interés y constituye una muestra del amplio alcance y la diversidad de los obstáculos a los que son aplicables los artículos 28 y 29 CE. De nuevo el TJCE ha detectado un obstáculo al tránsito de mercancías lo que no es frecuente y lo que es más insólito todavía es que sea producido por los actos de particulares de los que el TJCE hace responsable Austria e incluso no duda en calificar dicho *obstáculo de grave*, puesto que produce un bloqueo total del transporte de mercancías durante muchas horas en uno de los pasos más esenciales de los Alpes hacia Italia, de lo que se deduce aquí la relevancia de la duración del obstáculo. No obstante, el TJCE omite toda referencia a los requisitos del art. 1 del Reglamento 2769/98 para calificar la gravedad de la violación del principio de libre circulación de mercancías. En efecto, no ha aclarado si estos requisitos son cumulativos o no, ni si la grave pérdida ocasionada a los particulares perjudicados es un elemento realmente importante o meramente genérico puesto que no se ha demostrado en el presente caso el perjuicio producido. En cualquier caso, el TJCE recurre a un razonamiento convincente, al determinar que se trata de un obstáculo al tránsito de mercancías demasiado importante para no condenarlo a la luz de los artículos 28 y 29 CE.

Aunque nos parezca discutible que hagan falta tantas horas para dar publicidad suficiente a una manifestación, era de esperar una solución jurisprudencial que eximiera Austria de responsabilidades tanto por su respeto de los Derechos Humanos como por la forma diligente de actuar para evitar al máximo los daños a los usuarios del paso del Brenner.

Especialmente destacable es el razonamiento impecable del TJCE que se encuentra con una causa de justificación inhabitual en los arts. 28 a 30 CE. Después de considerar la legitimidad del objetivo de la protección de Derecho fundamentales, matiza en la misma línea que el TEDH que los arts 10 y 11 del CEDH pueden ser objeto de limitación y por tanto, tiene que recurrir, en definitiva, al examen clásico de la proporcionalidad del obstáculo para considerar justificada la medida a la luz del art. 30 CE.

Por último, presentan especial interés los múltiples elementos fácticos que distinguen el presente caso del asunto de las «fresas», tanto en la forma

de actuación, la diligencia de las autoridades nacionales, las medidas tomadas para evitar molestias, la ausencia de toda quiebra del orden público o de actividad delictiva de los ecologistas así como el carácter único e incidental de tal obstáculo. Esta sentencia aporta nuevos datos importantes para la interpretación de lo que es una actuación diligente de las autoridades de un Estado miembro frente a los actos de particulares que supongan una violación del Derecho comunitario, que permite eximirle de toda responsabilidad. Lástima que el TJCE no haya tenido ocasión de ahondar un poco más en el derecho de la responsabilidad especialmente en cuanto a los conceptos y formas de computar el monto de la reparación.