

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Rafael García Pérez

1. BREVE APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

El principio de proporcionalidad, enraizado en el pensamiento ilustrado, se manifiesta por vez primera en el ámbito del Derecho penal, donde exige la adecuación de la pena a lo estrictamente necesario¹. Desde entonces ha demostrado su fuerza expansiva, alcanzando primero al Derecho administrativo, como control y límite de la actividad de policía, y generalizándose posteriormente en casi todas las esferas jurídicas².

Actualmente opera con vigor en el campo de los derechos fundamentales, aplicándose en una abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³ y del Tribunal Constitucional⁴, que lo considera implícito en la cláusula del Estado de Derecho del artículo 1.1 de la Constitución española⁵.

1 El artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 señala que "la ley no debe establecer más penas que las estrictas y evidentemente necesarias". Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., "Principio de proporcionalidad (Derecho Administrativo)", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, p. 5084.

2 Vid. PERELLO DOMENECH, I., "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional", *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 28, marzo 1997, pp. 69-75, p. 69.

3 A pesar de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no menciona expresamente el principio de proporcionalidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recurrido a él en reiteradas ocasiones, aplicándolo en la protección de los derechos y libertades que el Convenio garantiza. Vid. FASSBENDER, B., "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Público*, nº5, septiembre-diciembre 1998, p. 51 y ss. y PERELLO DOMENECH, I., *op. cit.*, p. 70.

4 Valga como ejemplo el siguiente extracto de la STC de 22 de marzo de 1991, 66/199: "... desde sus primeras resoluciones ha venido a decir el Tribunal que, no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan, y, por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer para la esfera de libertad protegida, un sacrificio menor" (fundamento jurídico 2).

5 No sólo en España, sino también en los países de nuestro entorno jurídico, el principio de proporcionalidad se considera como un elemento integrante de la cláusula del Estado de Derecho. Cfr. MEDINA GUERRERO, M., "El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales", *Cuadernos de Derecho Público*, nº5, septiembre-diciembre 1998, p. 120.

Al margen de su aplicación en el ámbito de los derechos fundamentales, mantiene su vigencia en el Derecho penal, y desempeña un papel relevante en el Derecho administrativo, en el cual ha sido definido como “la exigencia de una relación, de una adecuación, entre los medios empleados por la Administración y el fin que persigue”⁶. Otros ámbitos, por fin, no han dejado de notar su influencia, como el Derecho procesal⁷ o el Derecho comunitario.

En este último el principio de proporcionalidad no halló formulación expresa en los Tratados hasta el TUE, que lo introdujo en el artículo 3 B Tratado CE (párrafo tercero; actualmente, artículo 5 CE), el cual dispone que “ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”⁸. Dicha positivización representa, sin embargo, tan sólo una de las facetas de la proporcionalidad en el ordenamiento comunitario, aquella referida al ejercicio de las competencias comunitarias. El TJCE aplica el principio, a su vez, como un freno a la actividad limitadora de las instituciones comunitarias y de los Estados miembros sobre los derechos garantizados por el ordenamiento comunitario⁹, reconociéndolo como un verdadero principio general del Derecho comunitario¹⁰. En este contexto, suele emplearse el principio para enjuiciar si el impacto de un acto de la Comisión o del Consejo que afecte a un sujeto determinado es excesivo, yendo más allá de lo que es necesario para conseguir un objetivo legítimo según el Tratado¹¹. En relación con los Estados miembros, se aplica para determinar si las medidas restrictivas de la libre circulación de mercancías, personas o servicios, o que discriminan indirectamente por razones de sexo, son necesarias para alcanzar un interés legítimo¹².

Por último, resta completar esta breve aproximación indicando que el principio de proporcionalidad entendido en sentido amplio, está compuesto por tres subprincipios o elementos¹³. En primer lugar, impone que la medida cuestionada sea adecuada para

6 Cfr. DE LA CRUZ FERRER, J., “Una aproximación al control de proporcionalidad del Consejo de Estado francés: el balance costes-beneficios en las declaraciones de utilidad pública de la expropiación forzosa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 45, enero/marzo 1985, pp. 71-83, p. 74.

7 Vid. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”, *Cuadernos de Derecho Público*, n°5, septiembre-diciembre 1998, p. 191 y ss.

8 No debe confundirse con el principio de subsidiariedad (artículo 5 CE, párrafo segundo) que opera en un momento anterior, para determinar la licitud de la intervención de la Comunidad, mientras que la proporcionalidad lo hace en una instancia posterior, para regular la intensidad de la misma. Deberán preferirse, así, las Directivas a los Reglamentos, las normas básicas a las normas de detalle y el acto no vinculante (recomendación, código de conducta, etc.) al obligatorio. Vid. BARNES, J., “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, n°5, septiembre-diciembre 1998, p. 39, y, del mismo autor, “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”, *RAP*, núm. 135, septiembre /diciembre 1994, p. 518. Vid., también, EMILIOU, N., *The principle of proportionality in European Law. A comparative study*, Kluwer Law International, 1996, p. 139 y ss.

9 Vid. BARNES, J., “El principio...”, *op.cit.*, p. 39.

10 Vid. GALETTA, D-U, “El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario”, *Cuadernos de Derecho Público*, n°5, septiembre-diciembre 1998, p. 78, y GRÁINNE DE BÚRCA, “The principle of proportionality and its application in EC law”, *Yearbook of European Law*, núm. 13, 1993, pp. 105-150, p. 114.

11 En el apartado 60 de la sentencia de 5 de mayo de 1998, *The Queen / Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, C-157/96, *Rec.* 1998, p. I-2211, el Tribunal manifiesta que “... el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que los actos de las Instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos”. Vid., en idéntico sentido, la sentencia de 5 de mayo de 1998, *Reino Unido/Comisión*, C- 180/96, *Rec.* 1998, p. I-2265, ap. 96.

12 Cfr. GRÁINNE DE BÚRCA, *op.cit.*, p. 115.

13 Vid. PERELLO DOMENECH, I., *op.cit.*, p. 70; PEDRAZ PENALVA, E., y ORTEGA BENITO, V., “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, *Poder Judicial*, 2ª época, núm. 17, marzo 1990, pp. 69-98, p. 83 y ss, y BARNES, “Introducción...”, *op.cit.*, p. 500.

alcanzar el resultado buscado, útil para lograrlo¹⁴ (subprincipio de la utilidad o adecuación). En segundo término, exige no sólo que la misma sea útil, sino que, de entre todas aquellas que lo sean, resulte la más suave o moderada, es decir, la que incida en menor medida sobre el derecho afectado (subprincipio de la necesidad o indispensabilidad). Por último, la ponderación entre los bienes o intereses en presencia debe arrojar un resultado positivo, siendo mayor el beneficio derivado para el interés general de la adopción de la medida que el sacrificio sufrido por el derecho de que se trate (subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto)¹⁵.

2. PANORAMA GENERAL SOBRE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

El mercado interior europeo aspira a ser un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales esté garantizada (artículo 14.2 CE); es decir, un gran mercado unificado cuyas características se correspondan en la mayor medida posible con las propias de un mercado nacional¹⁶.

Guiados por este objetivo, los redactores del TCE introdujeron una serie de preceptos con la finalidad de establecer los cuatro pilares que harían realidad el mercado interior, y que son conocidos como las cuatro libertades fundamentales de la Comunidad, a saber, libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (Tercera Parte; Políticas de la Comunidad; artículos 23-31 y 39-60).

Entre las libertades referidas, la mencionada en primer lugar es la que reclama nuestra atención en el presente artículo. De desarrollo jurisprudencial formidable y atención doctrinal no menos extensa, la libre circulación de mercancías comprende, en sentido amplio, un haz de materias de importancia trascendental para la consecución del mercado interior, entre las que se encuentran, por ejemplo, la fijación de un arancel aduanero común o la prohibición de los derechos de aduana de importación y exportación (artículo 23 CE).

En un sentido más limitado, sin embargo, suele hablarse de libre circulación de mercancías para aludir únicamente a los preceptos del TCE que establecen la prohibición de las restricciones cuantitativas a la importación y exportación y de las medidas de efecto equivalente (artículos 28-30 CE).

Uno de los obstáculos de mayor calado a la supresión de las fronteras entre los Estados miembros consiste en la fijación de cuotas por los mismos, es decir, de limitaciones al volumen de importaciones o exportaciones que se pueden realizar. Para conjurar esta amenaza, el artículo 28 del Tratado prohíbe las denominadas restricciones cuantitativas, que son precisamente limitaciones a la importación o exportación de uno

14 Para Tribunal Constitucional alemán un medio es adecuado cuando mediante él puede lograrse el resultado deseado. Vid. PEDRAZ PENALVA, E., y ORTEGA BENITO, V., *op.cit.*, p. 83.

15 En palabras del TC español (sentencia de 16 de diciembre de 1996, 207/1996, fundamento jurídico 4), "para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: <si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)>". Vid. también STC de 8 de mayo de 1995, 66/1995, fundamento jurídico 5.

16 Vid. SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.A., GONZÁLEZ VEGA, J.A., y FERNÁNDEZ PÉREZ, B., *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Eurolex, 2ª ed., Madrid, 1999, p. 623 y ss.

o más productos de acuerdo con criterios cuantificables (como el número, el peso o el valor), y que comprenden incluso las prohibiciones absolutas¹⁷ de las importaciones o exportaciones, que equivaldrían a una cuota cero¹⁸.

Ahora bien, sería ingenuo considerar que los peligros para la realización del mercado se limitan a las cuotas o contingentes (restricciones cuantitativas). El arsenal de medios con los que cuentan los Estados miembros para restringir el tráfico intracomunitario es mucho más complejo y se ramifica en mil instrumentos capaces de lograrlo. Por este motivo, se introdujo en el TCE un concepto flexible y dinámico, susceptible de abarcar otras formas capaces de producir su mismo efecto pernicioso sobre el mercado interior, pero que no eran calificables como restricciones cuantitativas. Se trata de la noción de medida de efecto equivalente, introducida en el artículo 28¹⁹ CE, y que el TJCE definió en el asunto *Procureur du Roi c. Dassonville*²⁰ como “toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario”.

La faceta examinada hasta el momento constituye sólo uno de los ejes sobre los que se levanta la construcción legal y jurisprudencial de la libre circulación de mercancías, porque comprende únicamente la prohibición de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, mientras que la realidad nos muestra que ésta cuenta con una estructura de bisagra; junto a la cuestión de la prohibición de las medidas restrictivas se erige paralelo el tema de su licitud cuando sean necesarias para proteger un objetivo legítimo.

En efecto, resulta evidente que, por no constituir el mercado interior un valor absoluto, el objetivo de su realización deberá ceder ante otros objetivos loables, legítimos, cuando una medida de un Estado miembro reúna la doble condición de restringir el comercio intracomunitario y ser necesaria para la realización de uno de aquellos objetivos.

Los redactores del Tratado, previsores, insertaron en el artículo 30²¹ una serie de principios que podrían ser invocados por los Estados miembros para salvar de la prohibición establecida por el artículo 28 aquellas medidas tendentes a su consecución.

Ahora bien, aun siendo el artículo 30 reflejo de nobles valores de indispensable protección en cualquier Estado moderno, no contiene, al fin y al cabo, más que unos pocos objetivos de los muchos que son objeto de atención por los legisladores actuales, ya sea porque en el momento de redacción del Tratado se encontraban ensombrecidos

17 En la sentencia de 14 de diciembre de 1979, *Henn et Darby*, 34/79, *Rec.* 1979, p. 3795, el Tribunal consideró una restricción cuantitativa la prohibición de importar materiales pornográficos, a pesar de que la cuestión prejudicial formulada por el órgano jurisdiccional nacional indagaba acerca de la existencia de una medida de efecto equivalente.

18 Vid. MEIJ, A.W.H. y WINTER, J.A., “Measures having an effect equivalent to quantitative restrictions”, *Common Market Law Review*, núm. 13, 1976, pp. 79-104, p. 81, y WHITE, E.L., “In search of the limits of the limits to Article 30 of the EEC Treaty”, *Common Market Law Review*, núm. 26, 1989, pp. 235-280, pp. 241 y 242.

19 “Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente”. El artículo 29 extiende la prohibición a las exportaciones.

20 Sentencia de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, 8/74, *Rec.* 1974 (selección), p. 383. Ap. 5.

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

o en estado aún embrionario (protección del medio ambiente o de los consumidores)²² ya porque se haría inacabable una relación minuciosa de todos ellos²³.

La insuficiencia del artículo 30 llevó al Tribunal a la difícil situación de tener que estudiar la compatibilidad con el TCE de medidas estatales que, aun generando obstáculos a la libre circulación de mercancías, eran necesarias para satisfacer concretos fines no mencionados por el artículo 30. Ante la disyuntiva de primar el mercado interior aún a costa de tales objetivos o tratar de salvar la situación mediante una solución jurisprudencial, el TJCE optó por esta última alternativa, y en la sentencia *Cassis de Dijon*²⁴ admitió que otros valores distintos de los escritos en el artículo 30 (“exigencias imperativas”) pudiesen justificar medidas entorpecedoras del tráfico intracomunitario necesarias para su consecución (la protección de los consumidores, la lealtad de las transacciones comerciales, la protección del medio ambiente, etc.).

La muy breve y muy sencilla introducción que hemos realizado manifiesta que el panorama completo de la libre circulación de mercancías se comprende tan sólo mediante una contraposición de intereses: la realización del mercado interior y el logro de otros objetivos de ineludible atención por los Estados modernos. Nuestra labor a continuación, más precisa y detallada, consistirá en dilucidar cómo ha llevado a cabo la jurisprudencia del TJCE la ponderación de ambos intereses, cómo ha conjugado las exigencias de la creación de un mercado sin fronteras interiores con las medidas de los Estados miembros restrictivas del comercio intracomunitario pero necesarias para la satisfacción de otros valores insoslayables.

3. LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

Pretendemos en este epígrafe dilucidar cuál es la función del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia sobre libre circulación de mercancías, es decir, cuál es el concreto aspecto que reclama su aplicación.

El Tribunal ha manifestado en numerosas ocasiones que el principio de proporcionalidad inspira o sirve de fundamento a la segunda frase del artículo 30²⁵. En este sentido, el principio conformaría un instrumento apropiado para constatar que las medidas estatales restrictivas de la libre circulación no constituyen un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros, es decir, que no establecen trato diferente alguno carente de justificación entre los pro-

22 Vid. CHALMERS, D., y SZYSZCZAK, E., *European Union Law*, Vol II, Ashgate, Dartmouth, 1998, p. 314.

23 En la sentencia de 26 de junio de 1997, *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH/Bauer Verlag*, C-368/95, *Rec.* 1997, p. I-3689, se reconoce como exigencia imperativa el mantenimiento del pluralismo de la prensa, y en la sentencia de 13 de enero de 2000, C-254/98, versión digital, la necesidad de evitar un deterioro de las condiciones de abastecimiento de cercanía en regiones relativamente aisladas de un Estado miembro.

24 Sentencia de 20 de febrero de 1979, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 120/78, *Rec.* 1979, p. 649.

25 Vid. sentencia de 6 de mayo de 1986, *Ministère public/Muller*, 304/84, *Rec.* 1986, p. 1511, ap. 23; sentencia de 12 de marzo de 1987, *Comisión/Alemania*, 178/84, *Rec.* 1987, p. 1227, ap. 44; sentencia de 12 de marzo de 1987, *Comisión/Grecia*, 176/84, *Rec.* 1987, p. 1193, ap. 38; sentencia de 13 de diciembre de 1990, *Bellon*, C-42/90, *Rec.* 1990, p. I-4863, ap. 14; sentencia de 4 de junio de 1992, *Debus*, C-13 y 113/91, *Rec.* 1992, p. I-3617, ap. 16; sentencia de 17 de septiembre de 1998, *Harpegnies*, C-400/96, *Rec.* 1998, p. I-5121, ap. 34, y sentencia de 14 de diciembre de 2000, *Comisión/Francia*, C-55/99, versión digital, ap. 29.

ductos importados y los nacionales y que no persiguen realmente, bajo el manto de legitimidad que proporciona la tutela de uno de los objetivos enunciados por el artículo 30, restringir el tráfico intracomunitario. O, visto de otra manera, al igual que el principio de proporcionalidad prohíbe el exceso, la segunda frase del artículo 30 veda toda restricción que vaya más allá de lo necesario, toda traba superflua al comercio intracomunitario (discriminación arbitraria, restricción encubierta).

El artículo 30, al fin y al cabo, “al constituir una excepción a un principio fundamental del Tratado, debe interpretarse de manera que no extienda sus efectos más allá de lo necesario para la protección de los intereses que pretende garantizar”²⁶, objetivo para el cual el principio de proporcionalidad se halla perfectamente diseñado.

Determinar la función del principio en relación con las exigencias imperativas parece más complicado, principalmente por la dispar forma de comprender la propia naturaleza de estos motivos de justificación. Es así que parte de la doctrina considera que constituyen el criterio para constatar “en el marco del artículo 30/CEE (y no del artículo 36/CEE) [actualmente artículos 28 y 30 CE, tras su modificación]... si los <efectos restrictivos> de una reglamentación nacional le son propios e inherentes y por tanto legítimos, o bien si son excesivos por lo que se refiere a la exigencia perseguida y por tanto contrarios al artículo 30/CEE [actualmente artículo 28, tras su modificación] en tanto que <efectos restrictivos> equivalentes a aquellos derivados de las restricciones cuantitativas”²⁷.

La función del principio de proporcionalidad en esta teoría parece muy clara: estaría llamado a precisar si los Estados miembros han ejercido sus competencias de forma correcta o, por el contrario, se han extralimitado, adoptando una medida de efecto equivalente. El artículo 3 de la Directiva 70/50/CEE, de 22 de diciembre de 1969, relativa a la supresión de las medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a la importación no contempladas por otras disposiciones adoptadas en virtud del Tratado CEE²⁸, ejemplifica a la perfección este uso del principio de proporcionalidad:

“Quedan igualmente contempladas por la presente directiva las medidas que rigen la comercialización de los productos, relativas en particular a la forma, la dimensión, el peso, la composición, la presentación, la identificación, el embalaje, que son aplicables indistintamente a los productos nacionales y a los productos importados, cuyos efectos restrictivos sobre la libre circulación de mercancías rebasan los límites propios de una reglamentación comercial.

Este es, en particular, el caso:

- cuando estos efectos restrictivos sobre la libre circulación de mercancías no guardan proporción con el resultado buscado;
- cuando este mismo objetivo puede ser alcanzado por otro medio que obstaculiza en menor medida los intercambios.”

Otra postura doctrinal defiende que las exigencias imperativas son la manifestación de la *rule of reason*, técnica jurisprudencial de origen norteamericano que permite

26 Sentencia de 4 de octubre de 1991, *Aimé Richardt y “Les Accessoires Scientifiques” SNC*, C-367/89, *Rec.* 1991, p. I-4621, ap. 20.

27 Cfr. MATTERA, A., “La libre circulación de mercancías. Artículos 30 a 36 del Tratado CEE”, *Información Comercial Española*, núm. 627-628, noviembre-diciembre 1985, pp. 31-53, p. 41.

28 JOCE núm. L 13, de 19 de enero de 1970, pp. 29-31. La eficacia de la Directiva se constreñía al período transitorio, que finalizaba el 1 de enero de 1970. Sus disposiciones, por lo tanto, no vinculan al TJCE, que se basó directamente en el Tratado para construir su jurisprudencia sobre el artículo 28 CE. Cfr. MARTÍNEZ LAGE, S., en VV. AA., *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 715 y 716.

interpretar de modo razonable reglas excesivamente prohibitivas y rigurosas²⁹, adaptando un principio general a lo que sea razonable en cada caso concreto³⁰.

Según esta segunda teoría el Tribunal examina en primer lugar si existe una medida de efecto equivalente, y, de ser así, no la prohíbe automáticamente, sino que indaga si la medida puede justificarse con arreglo a una exigencia imperativa, examinando su proporcionalidad³¹. El principio de proporcionalidad desempeña, por lo tanto, un papel trascendental en la segunda fase de aplicación de la *rule of reason*. Resulta lógico que una medida restrictiva del comercio no sea prohibida si persigue un objetivo legítimo que en otro caso quedaría desatendido, aun no encontrándose dicho objetivo reconocido por el artículo 30; pero también parece sensato que la Corte de Justicia emplee un tamiz para lograr que las restricciones a la libre circulación no vayan más allá de lo imprescindible, provocando obstáculos inútiles o innecesarios.

4. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

La jurisprudencia sobre libre circulación de mercancías, ya sea por su magnitud, ya por su imprecisión, resulta de complicado análisis, siendo muy difícil extraer conclusiones generales y válidas para toda ella. La aplicación del principio de proporcionalidad no constituye una excepción, por lo que debe ser estudiada con obligada cautela, partiendo de una premisa: el TJCE parece más interesado en encontrar soluciones adecuadas a los casos concretos que en fijar un modelo de actuación seguido sistemáticamente en todos sus fallos.

Las motivaciones de esta forma de proceder son variadas, pero en el caso del principio de proporcionalidad se nos ocurren dos inicialmente. La primera, que el TJCE no quiera ceñirse a la construcción dogmática del principio elaborada en un determinado Estado miembro, con preferencia sobre los demás³². La segunda, que la libertad de no verse sometido a un esquema invariable de actuación le otorgue una flexibilidad muy facilitadora de la labor de aplicación del examen de proporcionalidad (en detrimento, eso sí, de la seguridad jurídica). La aplicación del tercer subprincipio de la proporcionalidad, en concreto, puede resultar muy complicada, comprometiendo al Tribunal en numerosas ocasiones en el caso de ser empleado metódicamente en sus sentencias.

Formuladas ya las anteriores consideraciones, el punto de partida es claro: se desprende con meridiana claridad de la jurisprudencia del TJCE que no es suficiente, para evitar la prohibición de una medida restrictiva del tráfico intracomunitario, que el Estado miembro del cual haya emanado alegue que la misma protege un objetivo legít-

29 Vid. STOFFEL VALLOTTON, N., "¿Interpretación <estricta> o <restrictiva> del artículo 36 del TCE? La problemática de las <exigencias imperativas>", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 23, núm. 2, año 1996, pp. 415-454, p. 429.

30 Vid. MARTÍNEZ LAGE, S., "La libre circulación de las mercancías: las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas", *Gaceta Jurídica de la CEE*, núm. 12, D-2, marzo 1986, pp. 269-328, p. 310.

31 Vid. STEINER, J., "Drawing the line: uses and abuses of Article 30 EEC", *Common Market Law Review*, núm. 29, 1992, pp. 749-774, p. 754, y GORMLEY, L., "Recent case law on the free movement of goods: some hot potatoes", *Common Market Law Review*, núm. 27, 1990, pp. 825-857, p. 149.

32 Sobre las dificultades con las que se topa el Tribunal para diseñar los principios generales del Derecho comunitario ante la diversidad de tradiciones jurídicas de los Estados miembros, vid. EMILIOU, *op.cit.*, p. 126 y ss.

timo³³. Muy al contrario, deberá probar³⁴ que dicha medida es proporcionada, no bastando a tal efecto una mera declaración de las intenciones o de los fines de la medida estatal (una ley, un reglamento, etc.).

El Tribunal actúa por lo tanto en dos fases. En una primera comprueba que la finalidad que aparentemente persigue la medida constituye un objetivo legítimo desde el punto de vista comunitario, esto es, que se alberga entre aquellos fines contemplados por el artículo 30 o que constituye una exigencia imperativa reconocida por la jurisprudencia del propio Tribunal³⁵; y, a continuación, se cerciora de que la misma es proporcionada en relación con tal objetivo.

La formulación certera del modo de proceder del TJCE en esta segunda fase no resulta sencilla, principalmente por dos motivos. En el plano formal, por la reticencia de la institución comunitaria a utilizar un enunciado uniforme para definir el principio de proporcionalidad; y en el plano material, por una cierta irregularidad en su aplicación al caso concreto, de tal forma que no se atiene a un esquema rigurosamente respetado en cada uno de sus fallos.

Ahondando en el primer aspecto, podemos partir sin riesgo de una afirmación: el Tribunal examina las medidas restrictivas de la libre circulación a la luz de un principio general del Derecho comunitario denominado principio de proporcionalidad³⁶. La defi-

33 Hablamos de objetivos legítimos, y no de exigencias imperativas o motivos del artículo 30, porque, como señala BUENDÍA SIERRA ("Las secuelas del caso <Cassis de Dijon>. Libre circulación de productos alimenticios y reglamentaciones nacionales", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 16, núm. 1, 1989, pp. 135-171, p. 147, n. 53) no se aprecia diferencia en la aplicación del test de proporcionalidad en unos y otros casos.

34 La carga de la prueba de la proporcionalidad de la medida recae claramente en el Estado miembro responsable de la misma. En la sentencia de 13 de marzo de 1998, *Morellato*, C-358/95, *Rec.* 1997, p. I-1431, ap. 14, el Tribunal declara que "Es jurisprudencia reiterada que una excepción al principio de la libre circulación de mercancías puede estar justificada en virtud del artículo 36 [actualmente artículo 30 CE, tras su modificación] sólo en el caso de que las autoridades nacionales demuestren que esa excepción es necesaria para conseguir uno o varios objetivos mencionados en dicha disposición ... y que es conforme al principio de proporcionalidad." Vid. también: sentencia de 6 de mayo de 1986, *Ministère public/Muller*, 304/84, *Rec.* 1986, p. 1511, ap. 26; sentencia de 12 de marzo de 1987, *Comisión/Grecia*, 176/84, *Rec.* 1987, p. 1193, ap. 40; sentencia de 13 de febrero de 1990, *Comisión/Grecia*, C-347/88, *Rec.* 1990, p. I-4791, aps. 49 y 60; sentencia de 12 de julio de 1990, *Comisión/Italia*, C-128/89, *Rec.* 1990, p. I-3239, ap. 23; sentencia de 19 de marzo de 1991, *Comisión/Grecia*, C-205/89, *Rec.* 1991, p. I-1361, ap. 9; sentencia de 4 de junio de 1992, *Debus*, C-13 y 113/91, *Rec.* 1992, p. I-3617, ap. 18; sentencia de 25 de mayo de 1993, *Comisión/Italia*, asunto C-228/91, *Rec.* 1993, p. I-2701, ap. 27; sentencia de 14 de julio de 1994, *Van der Veldt*, C-17/93, *Rec.* 1994, p. I-3537, ap. 15, y sentencia de 23 de octubre de 1997, *Franzén*, C-189/95, *Rec.* 1997, ap. 76.

Ahora bien, en el marco de un procedimiento por incumplimiento, corresponde a la Comisión probar el carácter desproporcionado de la medida. Vid. sentencia de 27 de abril de 1993, *Comisión/Grecia*, C-375/90, *Rec.* 1993, p. I-2055, ap. 25, y sentencia de 14 de diciembre de 2000, C-55/99, versión digital, aps. 30 y 39.

35 En la sentencia de 28 de marzo de 1995, *Evans Medical y Macfarlan Smith*, C-324/93, *Rec.* 1995, p. I-563, el Tribunal sostiene que no puede justificarse una medida restrictiva de los intercambios intracomunitarios por el deseo de un Estado miembro de justificar la supervivencia de una empresa, porque el artículo 30 se refiere a medidas de naturaleza no económica. A continuación, sin embargo, procede a estudiar si la medida está justificada por motivos de protección de la salud y la vida de las personas. El control de proporcionalidad sólo se aplica, por lo tanto, si existe un objetivo que el Tribunal considere lo bastante importante como para prevalecer frente a un obstáculo a la libre circulación de mercancías.

36 La Corte de Justicia ha empleado el término "principio de proporcionalidad" como tal en numerosas sentencias. Vid. sentencia de 6 de mayo de 1986, *Ministère public/Muller*, 304/84, *Rec.* 1986, p. 1511; sentencia de 12 de marzo de 1987, *Comisión/Alemania*, 178/84, *Rec.* 1987, p. 1227, aps. 44, 45 y 53; sentencia de 12 de marzo de 1987, *Comisión/Grecia*, 176/84, *Rec.* 1987, p. 1193, aps. 38, 39 y 46; sentencia de 14 de julio de 1988, 407/85, 3 *Glocken y otros/USL Centro-Sud y otros*, 407/85, *Rec.* 1988, p. 4233, ap. 14; sentencia de 11 de mayo de 1989, *Wurmser*, 25/88, *Rec.* 1989, p. 1105, aps. 13 y 16; sentencia de 13 de diciembre de 1990, *Bellon*, C-42/90, *Rec.* 1990, p. I-4863, aps. 14 y 15; sentencia de 4 de octubre de 1991, *Aimé Richardt y "Les Accessoires Scientifiques" SNC*, C-367/89, *Rec.* 1991, p. I-4621, ap. 25; sentencia de

nición o significado de tal principio no es ya un tema tan pacífico, habiendo recurrido el TJCE a varios enunciados, uno de los cuales, bastante frecuente, reza así: "... los obstáculos a la libre circulación intracomunitaria derivados de disparidades de las normativas nacionales deberán aceptarse en la medida en que tales normativas ... puedan estar justificadas por resultar necesarias para satisfacer exigencias imperativas ... Aunque es preciso, también, que tales normativas guarden proporción con los objetivos perseguidos. Si un Estado miembro dispone de la posibilidad de elegir entre diferentes medidas adecuadas para alcanzar el mismo fin, deberá escoger el medio que presente menos obstáculos a la libertad de los intercambios"³⁷.

Otro enunciado más sencillo indica que "Para que una norma nacional que pueda tener un efecto restrictivo sobre las importaciones pueda justificarse en virtud del artículo 36 del Tratado o por las ... exigencias imperativas, debe ... ser necesaria a efectos de una protección eficaz del interés general que se pretende garantizar y dicho objetivo no debe poder alcanzarse mediante medidas menos restrictivas de los intercambios comunitarios. Procede, pues, examinar si una disposición nacional como la considerada en el procedimiento principal responde al principio de proporcionalidad así expresado"^{38 39}.

4 de junio de 1992, *Debus*, C-13 y 113/91, *Rec.* 1992, p. I-3617, ap. 16; sentencia de 25 de mayo de 1993, *Comisión/Italia*, C-228/91, *Rec.* 1993, p. I-2701, aps. 19 y 24; sentencia de 25 de mayo de 1993, *Laboratoire de prothèses oculaires/Union nationale des syndicats d'opticiens de France y otros*, C-271/92, *Rec.* 1993, p. I-2899, aps. 10 y 12; sentencia de 1 de junio de 1994, *Comisión/Alemania*, C-317/92, *Rec.* 1994, p. I-2039, ap. 15; sentencia de 13 de julio de 1994, *Comisión/Alemania*, C-131/93, *Rec.* 1994, p. I-3303, ap. 19; sentencia de 14 de julio de 1994, *Van der Veldt*, C-17/93, *Rec.* 1994, p. I-3537, aps. 15 y 20; sentencia de 5 de junio de 1997, *Celestini*, C-105/94, *Rec.* 1997, p. I-2971, ap. 37; sentencia de 25 de junio de 1997, *Kieffer y Thill*, C-114/96, *Rec.* 1997, p. I-3629, aps. 31 y 33; sentencia de 13 de marzo de 1998, *Morellato*, C-358/95, *Rec.* 1997, p. I-1431, ap. 14; sentencia de 5 de mayo de 1998, *Reino Unido/Comisión*, C-180/96, *Rec.* 1998, p. I-2265, ap. 63; sentencia de 17 de septiembre de 1998, *Harpegnies*, C-400/96, *Rec.* 1998, p. I-5121, ap. 34; sentencia de 28 de enero de 1999, *Unilever*, C-77/97, *Rec.* 1999, p. I-431, ap. 27; sentencia de 13 de enero de 2000, *Estée Lauder*, C-220/98, versión digital, aps. 26 y 28; sentencia de 12 de octubre de 2000, C-3/99, *Ruwet*, versión digital, ap. 31; sentencia de 16 de noviembre de 2000, *Comisión/Bélgica*, C-217/99, versión digital, ap. 28, y sentencia de 14 de diciembre de 2000, C-55/99, *Comisión/Francia*, versión digital, aps. 27 y 29.

37 Sentencia de 12 de marzo de 1987, *Comisión/Grecia*, 176/84, *Rec.* 1987, p. 1193, ap. 25. En un sentido similar, vid. sentencia de 14 de julio de 1988, *Smanor*, 298/87, *Rec.* 1988, p. 4489, ap. 15; sentencia de 20 de septiembre de 1988, *Comisión/Dinamarca*, 302/86, *Rec.* 1988, p. 4607, ap. 6; sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Bonfai*, C-269/89, *Rec.* 1990, p. I-4169, ap. 11; sentencia de 12 de octubre de 2000, *Ruwet*, C-3/99, versión digital, ap. 50, y sentencia de 5 de diciembre de 2000, *Guimont*, C-448/98, versión digital.

38 Sentencia de 11 de mayo de 1989, *Wurmser*, 25/88, *Rec.* 1989, p. 1105, ap. 13. En un sentido muy parecido, vid. sentencia de 4 de febrero de 1988, *Comisión/Reino Unido*, 261/85, *Rec.* 1988, p. 547, ap. 12 y sentencia de 2 de febrero de 1989, *Comisión/Alemania*, 274/87, *Rec.* 1989, p. 229, ap. 6.

39 Otros: a) sentencia de 7 de marzo de 1989, *Schumacher contra Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost*, 215/87, p. 617, ap. 18: "...se deriva del artículo 36 [actualmente artículo 30 CE, tras su modificación] que una normativa o práctica nacional que tenga o pueda tener un efecto restrictivo sobre las importaciones de productos farmacéuticos sólo será compatible con el Tratado en la medida en que sea necesaria para los fines de una protección eficaz de la salud y de la vida de las personas." En sentido parecido, la sentencia de 7 de marzo de 1990, *GB-INNO-BM/Confédération du commerce luxembourgeois*, C-362/88, *Rec.* 1990, p. I-667, ap. 10.

b) sentencia de 18 de mayo de 1993, *Schutzverband gegen Unwesen i.d. Wirtschaft/Rocher*, C-126/91, *Rec.* 1993, p. I-2361, ap. 15: "Por ser la protección de los consumidores contra la publicidad engañosa un objetivo legítimo desde el punto de vista del Derecho comunitario, procede examinar, según una jurisprudencia reiterada, si las disposiciones nacionales son apropiadas para garantizar el objetivo perseguido y no sobrepasan los límites de lo necesario a tal fin".

c) Sentencia de 2 de febrero de 1994, *Verband Sozialer Wettbewerb/Clinique Laboratories y Estée Lauder*, C-315/92, *Rec.* 1994, p. I-317, ap. 16: "...según reiterada jurisprudencia, el contenido de la normativa debe respetar la proporcionalidad con el fin que se pretende alcanzar".

Abandonando ya el terreno de las declaraciones y descendiendo a la propia aplicación del principio en el caso concreto, del examen de la jurisprudencia del Tribunal se desprende que una medida restrictiva de los intercambios, para no resultar contraria al Tratado, debe ser eficaz para lograr un objetivo legítimo y, además, ser, de entre aquellas eficaces, la menos lesiva para el tráfico comunitario.

La construcción del principio de proporcionalidad se muestra así como una aplicación del sentido común. Si una medida que restringe la libre circulación no es útil para conseguir una finalidad determinada, por ejemplo, la salud pública, inaplicable, que ésta quedará incólume y aquélla libre de obstáculos. Pero además, si la salud pública puede ser igualmente protegida y la libre circulación salvaguardada, hágase así, pues por qué limitarse a conseguir un solo objetivo pudiendo preservar los dos.

En definitiva, y recordando ahora el contenido del principio de proporcionalidad antes expuesto, el Tribunal de Justicia maneja los dos primeros componentes del mismo. En ocasiones recurre al primero únicamente⁴⁰, en otras tan sólo al segundo⁴¹ y muy frecuentemente esgrime ambos en una misma sentencia⁴².

40 Sentencia de 26 de enero de 1986, *Comisión/Francia*, 188/84, *Rec.* 1986, p. 419, ap. 15; sentencia de 6 de mayo de 1986, 304/84, *Ministère public/Muller*, *Rec.* 1986, p. 1511, ap. 25; sentencia de 7 de marzo de 1989, *Schumacher contra Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost*, 215/87, p. 617, aps. 18 y ss; sentencia de 19 de marzo de 1991, *Comisión/Grecia*, C-205/89, *Rec.* 1991, p. I-1361, aps. 11 y ss; sentencia de 4 de junio de 1992, *Debus*, C-13 y 113/91, *Rec.* 1992, p. I-3617, ap. 24; sentencia de 8 de julio de 1992, *Comisión/Bélgica*, C-2/90, *Rec.* 1992, p. I-4431, aps. 30 y ss; sentencia de 25 de mayo de 1993, *Laboratoire de prothèses oculaires/Union nationale des syndicats d'opticiens de France y otros*, C-271/92, *Rec.* 1993, p. I-2899, ap. 11; sentencia de 8 de junio de 1993, *Comisión/Bélgica*, C-373/92, *Rec.* 1993, p. I-3107, ap. 9; sentencia de 2 de febrero de 1994, *Verband Sozialer Wettbewerb/Clinique Laboratoires y Estée Lauder*, C-315/92, *Rec.* 1994, p. I-317, aps. 21 y ss; sentencia de 27 de junio de 1996, *Schmit*, C-240/95, *Rec.* 1996, p. I-3179, ap. 24; sentencia de 13 de marzo de 1998, *Morellato*, C-358/95, *Rec.* 1997, p. I-1431, aps. 14 y 15; sentencia de 28 de abril de 1998, *Decker*, C-120/95, *Rec.* 1998, p. I-1831, aps. 40 y ss, y sentencia de 3 de diciembre de 1998, *Ditlev Bluhme*, C-67/97, *Rec.* 1998, p. I-8033, ap. 37.

41 Sentencia de 16 de diciembre de 1986, *Comisión/Grecia*, 124/85, p. 3935, aps. 13 y 14; sentencia de 11 de junio de 1987, *Procureur de la République/Gofette y Gilliard*, 406/85, p. 2525, ap. 12; sentencia de 4 de febrero de 1988, *Comisión/Reino Unido*, 261/85, *Rec.* 1988, p. 547, ap. 15; sentencia de 11 de mayo de 1989, *Comisión/Alemania*, 76/86, *Rec.* 1989, p. 1021, ap. 16; sentencia de 13 de julio de 1994, *Comisión/Alemania*, C-131/93, *Rec.* 1994, p. I-3303, ap. 26; sentencia de 11 de mayo de 1999, *Monsees*, C-350/97, *Rec.* 1999, p. I-2921, ap. 30; sentencia de 13 de enero de 2000, *TK-Heimdienst*, C-254/98, versión digital, aps. 34 y ss., y sentencia de 5 de diciembre de 2000, *Guimont*, C-448/98, versión digital, ap. 33.

42 Sentencia de 27 de mayo de 1986, 87 y 88/85, *Rec.* 1986, p.1707, ap. 19; sentencia de 12 de junio de 1986, 50/85, *Bernhard Schloh/SPRL Auto contrôle technique*, *Rec.* 1986, p. 1855, aps. 13 y 18; sentencia de 12 de marzo de 1987, *Comisión/Alemania*, 178/84, *Rec.* 1987, p. 1227, aps. 31 y 35; sentencia de 12 de marzo de 1987, *Comisión/Grecia*, 176/84, *Rec.* 1987, p. 1193, aps. 28, 29 y 47; sentencia de 17 de junio de 1987, *Comisión/Italia*, 154/85, *Rec.* 1987, p. 2717, ap. 14; sentencia de 23 de febrero de 1988, *Comisión/Francia*, 216/84, *Rec.* 1988, p. 793, aps. 10, 15 y 16; sentencia de 14 de julio de 1988, 407/85, 3 *Glocken y otros/USL Centro-Sud y otros*, *Rec.* 1988, 407/85, p. 4233, aps. 16 y ss; sentencia de 14 de julio de 1988, *Zoni*, 90/86, p. 4285, aps. 16 y ss; sentencia de 2 de febrero de 1989, *Comisión/Alemania*, 274/87, *Rec.* 1989, p. 229, aps.6 y ss; sentencia de 16 de mayo de 1989, *Buet y otros/Ministère Public*, 382/87, *Rec.* 1989, p. 1235, aps. 11 y ss; sentencia de 5 de julio de 1990, *Comisión/Bélgica*, C-304/88, *Rec.* 1990, p. I-2801, aps. 11 y 14; sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Bonfai*, C-269/89, *Rec.* 1990, p. I-4169, aps. 11 y ss; sentencia de 27 de noviembre de 1990, *Comisión/Italia*, C-67/88, *Rec.* 1990, p. I-4285, aps. 6 y ss; sentencia de 30 de abril de 1991, *Boscher*, C-239/90, *Rec.* 1991, p. I-2023, aps. 20 y ss; sentencia de 20 de junio de 1991, *Denkavit*, C-39/90, *Rec.* 1991, p. I-3069, aps. 23 y ss; sentencia de 4 de octubre de 1991, *Aimé Richardt y "Les Accessoires Scientifiques" SNC*, C-367/89, *Rec.* 1991, p. I-4621, aps. 22 y ss; sentencia de 11 de octubre de 1990, *Nespoli y Crippa*, C-196/89, *Rec.* 1990, p. I-3647, aps. 19 y ss; sentencia de 18 de mayo de 1993, *Schutzverband gegen Unwesen i.d. Wirtschaft/Rocher*, C-126/91, *Rec.* 1993, p. I-2361, aps. 16 y ss; sentencia de 14 de julio de 1994, *Van der Veldt*, C-17/93, *Rec.* 1994, p. I-3537, aps. 17 y ss; sentencia de 9 de agosto de 1994, *Meyhui*, C-51/93, *Rec.* 1994, p. I-3893, aps. 14 y ss; sentencia de 28 de enero de 1999, *Unilever*, C-77/97, *Rec.* 1999, p. I-431, aps. 32 y ss; sentencia de 9 de febrero de 1999, *Van der Laan*, C-383/97, *Rec.* 1999, p. I-731, aps. 24 y ss; sentencia de 16 de mayo de 2000, *Bélgica/España*, C-388/95, versión digital, ap. 73 y ss.; sentencia de 11 de julio de 2000, *Toolex*, C-473/98, versión digital, aps. 39 y ss., y sentencia de 16 de noviembre de 2000, *Comisión/Bélgica*, C-217/99, versión digital, aps. 25 y ss.

El primer subprincipio se pone de manifiesto en la sentencia de 8 de junio de 1993⁴³, en la que el Tribunal declara que es innecesaria una normativa belga que exige someter el instrumental médico esterilizado procedente de otros Estados miembros a pruebas o análisis de laboratorio ya efectuados en dichos Estados y cuyos resultados pueden ser comunicados a las autoridades belgas. En la misma línea, en la sentencia de 4 de junio de 1992⁴⁴, la Corte de Justicia falla que los artículos 28 y 30 del Tratado se oponen a una normativa nacional que prohíbe la comercialización de cervezas importadas de otro Estado miembro en el que se comercializan legalmente, cuando contienen una cantidad de anhídrido sulfuroso superior a 20 miligramos por litro. La argumentación del Tribunal es contundente: “24. No se ha demostrado que una prohibición de estas características sea necesaria para la protección de la salud. Muy por el contrario, las afirmaciones no impugnadas de la Comisión han mostrado que la absorción de anhídrido sulfuroso debida al consumo de una cerveza que contenga 36,8 mg/l de dicho aditivo no implica ningún riesgo serio de superar los límites de la dosis diaria máxima de anhídrido sulfuroso admitida por la FAO y la OMS. 25. El carácter desproporcionado de dicha prohibición general y absoluta en lo que respecta a las cervezas de importación resulta evidente también por la circunstancia de que la normativa del propio Estado miembro admite la utilización del anhídrido sulfuroso en proporciones mucho más altas para otras bebidas, especialmente para el vino, cuyo consumo en el Estado miembro de que se trata parece mucho mayor que el de la cerveza”.

La sentencia de 5 de diciembre de 2000⁴⁵ constituye un buen ejemplo del empleo del segundo componente del principio de proporcionalidad. En ella el Tribunal dispone que para garantizar la lealtad de las transacciones comerciales y asegurar la defensa de los consumidores, los Estados miembros pueden exigir la modificación de la denominación de un producto alimenticio cuando un producto presentado con una determinada denominación sea tan distinto, desde el punto de vista de su composición o fabricación, de las mercancías generalmente conocidas bajo esa misma denominación en la Comunidad, que no se pueda considerar que pertenece a la misma categoría. Ahora bien, cuando la diferencia sea de mínima importancia, un etiquetado adecuado debe ser suficiente para proporcionar la información necesaria al comprador o al consumidor. Siendo este último el caso en el presente asunto, la Corte de Justicia falla que el artículo 28 del Tratado se opone a que un Estado miembro aplique a los productos importados de otro Estado miembro, en el que se producen y comercializan legalmente, una normativa nacional que prohíbe, en ese Estado miembro, la comercialización con la denominación “emmental” de un queso desprovisto de corteza.

La sentencia que acaba de relatarse enlaza con otras muchas en las que se pone de manifiesto que el etiquetado constituye uno de los medios menos lesivos para la libre circulación de mercancías⁴⁶, de tal forma que “*es jurisprudencia reiterada de este*

43 *Comisión/Bélgica*, C-373/92, *Rec.* 1993, p. I-3107.

44 *Debus*, C-13 y 113/91, *Rec.* 1992, p. I-3617, ap. 24.

45 C-448/98, versión digital.

46 Vid. sentencia de 12 de marzo de 1987, *Comisión/Alemania*, 178/84, p. 1227, ap. 35; sentencia de 23 de febrero de 1988, *Comisión/Francia*, 216/84, *Rec.* 1988, p. 793, ap. 10; sentencia de 14 de julio de 1988, 407/85, 3 *Glocken y otros/USL Centro-Sud y otros*, *Rec.* 1988, 407/85, p. 4233, ap. 16; sentencia de 14 de julio de 1988, *Zoni*, 90/86, *Rec.* 1988, p. 4285, ap. 16; sentencia de 14 de julio de 1988, *Smanor*, 298/87, *Rec.* 1988, p. 4489, ap. 19; sentencia de 2 de febrero de 1989, *Comisión/Alemania*, 274/87, *Rec.* 1989, p. 229, ap. 13; sentencia de 11 de mayo de 1989, *Comisión/Alemania*, 76/86, *Rec.* 1989, p. 1021, ap. 16; sentencia de 11 de octubre de 1990, *Nespoli y Crippa*, C-196/89, *Rec.* 1990, p. I-3647, ap. 19; sentencia de 11 de octubre de 1990, *Comisión/Italia*, C-210/89, *Rec.* 1990, p. I-3697, ap. 17; sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Bonfait*, C-269/89, *Rec.* 1990, p. I-4169, ap. 15; sentencia de 14 de julio de 1994, *Van der Veldt*, C-17/93, *Rec.* 1994, p. I-3537, ap. 19; sentencia de 22 de octubre de 1998, *Comisión/Francia*, C-184/96, *Rec.* 1998, p. I-6197, ap. 22; sentencia de 9 de febrero de 1999, *Van der Laan*, C-383/97, *Rec.* 1999, p. I-731, ap. 24; sentencia de 16 de noviembre de 2000, *Comisión/Bélgica*, C-217/99, versión digital, ap. 29, y sentencia de 5 de diciembre de 2000, *Guimont*, C-448/98, versión digital, ap. 33.

*Tribunal de Justicia que una prohibición de importar determinados productos en un Estado miembro infringe el artículo 30 cuando el objetivo perseguido por la misma pueda alcanzarse igualmente mediante un etiquetado del producto de que se trate capaz de proporcionar al consumidor la información necesaria, permitiéndole elegir con pleno conocimiento de causa.*⁴⁷.

Como ya señalamos, existe un tercer grupo de casos en los que los dos primeros elementos del principio de proporcionalidad se aplican de manera conjunta. En la sentencia de 16 de mayo de 2000⁴⁸ se cuestionaba la compatibilidad con el Tratado de una normativa española que establece la obligación de embotellar el vino en su zona de producción para poder utilizar la denominación de origen “Rioja”, de tal forma que el vino embotellado fuera de la zona se vería privado de tal denominación. El Tribunal estudia en primer lugar si la medida es eficaz para la protección de la denominación de origen Rioja: “73. Así pues, resulta que, para los vinos de Rioja transportados y embotellados en la zona de producción, los controles son profundos y sistemáticos, son responsabilidad de la colectividad de los propios productores, que tienen un interés primordial en la conservación de la reputación adquirida, y sólo los lotes que hayan sido sometidos a tales controles pueden llevar la denominación de origen calificada. [...] 75. Por consiguiente, ha de admitirse que el requisito controvertido... está justificado por ser una medida que protege la denominación de origen calificada...”

A continuación, la institución comunitaria examina si existen alternativas menos restrictivas para alcanzar el objetivo perseguido. Llega a la conclusión de que otras medidas, como por ejemplo un etiquetado advirtiendo de que el embotellamiento se ha realizado fuera de la zona de producción, no suponen una garantía suficiente, porque un menoscabo de la calidad de esos vinos podría afectar también a la reputación de los embotellados en la zona de producción. Además, el simple hecho de “la mera coexistencia de dos procesos de embotellado diferentes, dentro o fuera de la zona de producción, con o sin el control sistemático efectuado por dicha colectividad, podría reducir el crédito de confianza de que goza la denominación entre los consumidores...”⁴⁹

Llegados a este punto el lector puede preguntarse si el Tribunal de Justicia ha recurrido en alguna ocasión al tercer subprincipio de la proporcionalidad, pues hasta el momento hemos incidido tan sólo en los dos primeros. Pues bien, si bien el recurso al mismo es escaso, sobre todo en comparación con los otros, la jurisprudencia no lo ha ignorado, habiéndose deslizado en algunas sentencias⁵⁰. La reticencia a emplearlo puede deberse a que es el más escurridizo de los tres componentes del examen de proporcionalidad, y es aquel en el que, en nuestra opinión, la libertad del juzgador se manifiesta al máximo, y correlativa a ella la dificultad en su aplicación. En efecto, realizar una ponderación entre el objetivo de la libre circulación y la finalidad legítima que la medida pretende alcanzar puede no ser tarea fácil. Aun así, existen sentencias en las que puede observarse su incidencia y merece la pena reseñar algunas de ellas.

En la sentencia de 15 de septiembre de 1994⁵¹ se cuestionaba la compatibilidad con el Tratado de una normativa que exigía, en lo que a nosotros interesa, que los obje-

47 Sentencia de 7 de marzo de 1990, *GB-INNO-BM/Confédération du commerce luxembourgeois*, C-362/88, *Rec.* 1990, p. I-667, ap. 17.

48 C-388/95, versión digital.

49 Ap. 77.

50 Vid. sentencia de 13 de diciembre de 1990, *Pall Corp/P. J. Dahlhausen & Co.*, C-238/89, *Rec.* 1990, p. I-4827, ap. 18; sentencia de 6 de julio de 1995, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln/Mars*, C-470/93, *Rec.* 1995, p. I-1923, ap. 19, y sentencia de 22 de octubre de 1998, *Comisión/Francia*, C-184/96, *Rec.* 1998, p. I-6197, ap. 26.

51 *Ludomira Neeltje Barbara Houtwipper*, C-293/93, *Rec.* 1994, p. I-4249.

tos fabricados con metales preciosos se marcasen con una letra indicativa de la fecha de fabricación. El Tribunal admite que los consumidores (“o algunos de ellos”) deseen conocer el año de fabricación de los objetos, pero opina que “*dicho interés no puede justificar un obstáculo tan grave a la libre circulación de mercancías*” como el que se derivaría de la prohibición de la comercialización de los productos no marcados⁵². En definitiva, sopesando la gravedad de las restricciones a la libre circulación de mercancías y la entidad del interés legítimo protegido, el Tribunal llega a la conclusión de que debe prevalecer el libre tránsito por su mayor peso en el caso concreto.

En la sentencia de 26 de octubre de 1995⁵³ se cuestionaba la compatibilidad con el artículo 28 del Tratado de una normativa alemana que exigía que los productos alimenticios en cuya composición se encontrase un ingrediente no conforme con una receta alemana llevasen, para poder ser comercializados, una denominación de venta completada con una mención que indicase la utilización de dicha sustancia, aun cuando la misma ya figurase en la lista de ingredientes. La Corte de Justicia dispone que “... *hay que suponer que los consumidores, cuya decisión de adquirir un producto está determinada por la composición de éste, leen previamente la lista de ingredientes... Aunque en algunos casos los consumidores pueden ser inducidos a error, este riesgo es mínimo y, por tanto, no puede justificar el obstáculo a la libre circulación de mercancías a que dan lugar los requisitos controvertidos*”⁵⁴. En definitiva, si bien la normativa alemana podía contribuir a proteger a algunos consumidores, el sacrificio a la libre circulación que exigía a cambio sobrepasaba con creces los beneficios que de ella se obtenían.

Una lectura general de la jurisprudencia sobre libre circulación muestra, en lo concerniente a la aplicación del principio de proporcionalidad, una estimable habilidad del Tribunal para suprimir muchos obstáculos al tráfico intracomunitario que hubieran resistido un examen menos comprometido. Escójanse varias sentencias al azar y en la mayoría se manifestará este rigor en los fallos del Tribunal, que salva de la prohibición del artículo 28 más bien pocas medidas restrictivas de los intercambios.

Ahora bien, no se puede contemplar el objetivo de la consecución del mercado interior de forma aislada, sino que debemos contrastarlo con la otra cara de la moneda: el Tribunal de Justicia ha venido a lo largo de los años examinando la proporcionalidad de, pongamos por caso, leyes que se aprueban por órganos democráticos en los que se reflejan una pluralidad de intereses, que experimentan procesos largos de gestación y que recogen particularidades de los distintos Estados miembros que pueden ser muy dispares entre sí.

En definitiva, la legitimidad de los jueces para llevar a cabo el examen de proporcionalidad se ha visto cuestionada, y se recoge de forma absolutamente clara en las palabras de un magistrado del Tribunal: “La ampliación de la jurisprudencia *Cassis de Dijon* más allá de la normativa relativa a las características de los productos condujo al TJCE a controlar las reglamentaciones nacionales más diversas, sin vínculo alguno con las importaciones, y a adoptar decisiones sobre criterios puramente políticos. De este modo, ¿por qué razón el TJCE habría de preferir una concepción liberal del derecho de la competencia desleal, como la auspiciada por la doctrina alemana, en lugar de una concepción más orientada por una política económica destinada a proteger ciertas categorías de operadores económicos, como la que sostienen los ordenamientos francés y belga? ¿Acaso estamos en disposición, nosotros trece, de pretender encontrarnos dotados de mayor sabiduría e inteligencia que todos los gobiernos y parlamentos nacionales

52 Aps. 24 y 25.

53 *Comisión/Alemania*, C-51/94, *Rec.* 1995, p. I-3599.

54 Ap. 34.

de la Comunidad? Perfectamente puede ocurrir que algunas de dichas normativas resulten irracionales o vejatorias ... Corresponde a los operadores económicos que no pueden adecuarse a tales disposiciones presionar a sus gobiernos y a sus parlamentos nacionales para que las modifiquen o las deroguen”⁵⁵.

No sólo éste, sino también otros problemas que exceden de las intenciones de este estudio, llevaron al Tribunal a reformular su jurisprudencia en la sentencia *Keck*⁵⁶. Básicamente, en ella se excluyen del test de proporcionalidad⁵⁷ las denominadas regulaciones sobre modalidades de venta siempre que “se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros”⁵⁸. Es decir, que en el caso de aquellas normativas que regulan cuestiones como por ejemplo el dónde, el cuándo o el por quién se comercializan los productos, no se procede ya a analizar su proporcionalidad, sino que, en el caso de cumplir los requisitos anteriormente expuestos, se consideran a salvo de la prohibición establecida por el artículo 28 CE sin ulteriores indagaciones.

Paralelamente se observa en los últimos años un recurso creciente a la remisión del control de proporcionalidad a los órganos jurisdiccionales nacionales⁵⁹. Al respecto, el Tribunal ha señalado en la sentencia *Gut Springenheide*⁶⁰ que cuando el Tribunal “ha tenido que analizar ... la cuestión del eventual carácter engañoso de una denominación, marca o mención publicitaria” ha basculado entre dos opciones: cuando “los datos de los autos que obraban en su poder eran suficientes y ... la solución se imponía, ha resuelto por sí mismo este aspecto, en lugar de declinar la apreciación final en favor del Juez nacional ... En otros asuntos en los cuales no contaba con los datos necesarios o no le parecía que la solución se impusiera a la vista de los autos que obraban en su poder, el Tribunal de justicia declinó en favor del órgano jurisdiccional nacional la tarea de resolver si la denominación, marca o mención publicitaria objeto del litigio era engañosa”. Tras esta consideración, que pensamos puede hacerse extensiva a otros casos no referidos a actos de engaño, podrían ocultarse los problemas de legitimidad a los que hemos hecho referencia. La sentencia *Keck* y la remisión al órgano jurisdiccional nacional habrían contribuido así a encauzar una situación que empezaba a escapársele de las manos a la Corte de Justicia; el artículo 28 “parece haberse convertido ... en el último refugio de los recurrentes con dificultades”⁶¹, clamaba JOLIET en una conocida apología del giro jurisprudencial llevado a cabo con la sentencia *Keck*.

55 Cfr. JOLIET, R., “La libre circulación de mercancías: la sentencia *Keck* y *Mithouard* y las nuevas orientaciones de la jurisprudencia”, *Gaceta Jurídica de la CE*, D-23, 1995, pp. 7-38, p. 27.

56 Sentencia de 24 de noviembre de 1993, *Keck y Mithouard*, C-267 y 268/91, *Rec.* 1993, p. I-6097.

57 Vid. JOLIET, R., *op.cit.*, p. 25; LÓPEZ ESCUDERO, -“Modalidades de venta y libre circulación de mercancías: la aplicación de la jurisprudencia *Keck*”, en VV. AA, *Derecho comunitario. Análisis jurisprudencial*, CGPJ, 1997, pp. 111-141, p. 133; STADLMEIER, S., “<Contrary to what has previously been decided... > The search for the rule goes on”, *Legal Issues of European Integration*, 1995/2, pp. 9-33, p. 30; MARTÍNEZ LAGE, S., “Revisión jurisprudencial sobre la libre circulación de mercancías”, *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, B-90, diciembre 1993, pp. 1-3, p. 3.

58 Ap. 16.

59 Vid. sentencia de 25 de febrero de 1992, *Gutshof-Ei/Stadt Bühl*, C-203/90, *Rec.* 1992, p. I-1003; sentencia de 16 de enero de 1992, *Proceso penal contra X*, C-373/90, *Rec.* 1992, p. I-131; sentencia de 26 de noviembre de 1996, *Graffione / Ditta Fransa*, C-313/94, *Rec.* 1996, p. I-6039, y sentencia de 13 de enero de 2000, *Estée/Lauder*, C-220/98, versión digital.

60 Sentencia de 16 de julio de 1998, C-210/96, *Gut Springenheide y Tusky/Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*, *Rec.* 1998, p. I-4657, ap. 30 y ss.

61 Cfr. JOLIET, *op.cit.*, p. 14.