

El Derecho constitucional comunitario *in the age of balancing* Control de constitucionalidad y principio de proporcionalidad

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini

SUMARIO: I. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. 1. *Caracterización general del principio de proporcionalidad.* 2. *El principio de proporcionalidad como principio general del Derecho comunitario.* – II. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ÁMBITO DE LA GARANTÍA DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS. – III. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ECONÓMICOS. 1. *Los derechos fundamentales reconocidos en el Derecho comunitario como límite a la actuación de los poderes públicos.* 2. *La aplicación del principio de proporcionalidad para determinar la conformidad de las regulaciones públicas con los derechos fundamentales económicos.* – IV. EL SOMETIMIENTO DE LA ACTUACIÓN DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD RECOGIDO EN EL ARTÍCULO 5 DEL TRATADO CE. – V. CONCLUSIÓN.

Hace ya algunos años que el ilustre constitucionalista norteamericano Alexander ALEINIKOFF advirtió de los peligros que podían derivarse de la irresistible expansión del *balancing* como instrumento jurídico general para determinar la constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos en el sistema jurídico norteamericano¹.

Estas páginas pretenden ser un análisis de la aparente expansión que se habría producido en el sistema jurídico comunitario del uso del *balancing*

¹ ALEINIKOFF, A. «Constitutional Law in the Age of Balancing», 96 *Yale Law Journal* 943 (1987).

como instrumento jurídico a disposición del juez comunitario para determinar la «constitucionalidad» de la actuación de los poderes públicos.

Sin embargo, del estudio que sigue se puede concluir que si bien aparentemente parecería que se ha producido una generalización teórica del uso del *balancing* por el juez comunitario como instrumento jurídico de control de la actuación de los poderes públicos, en la práctica tal generalización no ha ocurrido puesto que a la hora de su aplicación efectiva el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha mostrado reacio a utilizar dicho instrumento².

Con el fin de comprobar cómo la aparente expansión del *balancing* como instrumento general de control de los poderes públicos no ha sido en realidad tal, analizaremos el uso del *balancing* en tres esferas muy concretas.

En primer lugar, observaremos la interpretación que ha realizado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de los límites que, se imponen a los poderes públicos como consecuencia de la afirmación de la garantía de la libre circulación de mercancías en el artículo 28 del Tratado CE. Límites que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se determinan aplicando el principio de proporcionalidad en toda su extensión y por tanto, también, a través de una de las comprobaciones que compondrían tal principio, el *balancing*.

En segundo lugar, analizaremos la interpretación judicial de los límites que se imponen a los poderes públicos como consecuencia del reconocimiento de los derechos fundamentales de carácter económico en los principios generales del Derecho comunitario. La determinación de tales límites también aparentemente se realiza aplicando el principio de proporcionalidad en toda su extensión y por tanto a través de la utilización del *balancing*.

En tercer lugar, analizaremos la interpretación que ha realizado el Tribunal de Justicia del principio de proporcionalidad recogido en el artículo 5 del Tratado CE como límite a la actuación de los poderes comunitarios. Principio de proporcionalidad que parece haber sido interpretado, en ocasiones, por el Tribunal como conteniendo el *balancing*.

Antes de entrar a analizar el supuesto uso del *balancing* como instrumento jurídico para determinar la conformidad de la actuación de los poderes públicos con el texto fundamental comunitario en los tres ámbitos señalados³ es necesario precisar a que nos referimos cuando hablamos del *balancing*.

² Para GALETTA, el Tribunal de Justicia se limita a alimentar la ilusión de que el principio de proporcionalidad existe y ha de respetarse, para después afirmar que no puede fiscalizar su aplicación efectiva. D. GALETTA, «El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comunitario» en «El Principio de Proporcionalidad». *Cuadernos de Derecho Público* n° 5 sept.-dic. INAP. 1998, pág. 100. El *balancing* es una de las comprobaciones que componen tal principio de proporcionalidad.

³ La doctrina ha señalado cómo el Derecho comunitario conocería dos facetas en que puede desenvolverse el principio de proporcionalidad: como escudo de protección de los derechos subjetivos y como parámetro de ejercicio de competencias comunitarias, último supuesto éste que se habría explícitamente constitucionalizado en el artículo 5 del Tratado CE. J. BARNES, «La distribución de competencias entre la Unión Europea y los Estados» en Constitución Europea, Constituciones Internas e Integración. *Cuadernos de Derecho Público* n° 13. 2001. En estas páginas añadimos el análisis del principio de proporcionalidad

De acuerdo con la definición que da ALEINIKOFF del *balancing*, una decisión judicial que utilice tal instrumento será aquella que analiza una cuestión constitucional a través de la identificación de los intereses implicados en el caso y llega a una decisión o construye una regla constitucional a través de una asignación explícita o implícita de valores a tales intereses implicados⁴.

Consideramos que el concepto de *balancing* es perfectamente reconducible a lo que en la dogmática de los diversos sistemas europeos representa una de las tres comprobaciones que forma parte del denominado principio de proporcionalidad, la comprobación de la proporcionalidad en sentido propio o ponderación costes/beneficios.

Es pues necesario referirse brevemente a la caracterización del principio de proporcionalidad como instrumento de control jurídico que ha realizado la dogmática de los países europeos.

I. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. Caracterización general del principio de proporcionalidad

El sometimiento de las medidas de los poderes públicos al control de los órganos jurisdiccionales tomando como instrumento para realizar tal control la aplicación del principio de proporcionalidad se fundamenta originariamente en la idea desarrollada por Francisco SUÁREZ en el siglo XVII de que «el Estado sólo está legitimado para limitar la libertad individual en la medida en que ello sea necesario para asegurar la libertad y seguridad de todos», en la idea de que los derechos fundamentales sólo pueden ser limitados en la medida en que ello sea necesario para la promoción genuina de un interés público legítimo.

Fue, esencialmente en el ámbito de los derechos fundamentales, y su protección frente al poder ejecutivo, donde se desarrolla inicialmente por la doctrina la caracterización del principio de proporcionalidad. Sin embargo, tal principio se ha acabado utilizando como instrumento para controlar también a los legislativos y no sólo en el ámbito de los derechos fundamentales sino también en otros ámbitos. La aplicación de la proporcionalidad se habría convertido en un principio general del Derecho público, constituyendo un instrumento eficaz para la ponderación de intereses concurrentes en cada situación concreta⁵.

como parámetro de control del ejercicio de las competencias de los poderes públicos en el ámbito del precepto que garantiza la libre circulación de mercancías que frente a lo que se ha considerado en ocasiones no supone el reconocimiento de derechos o libertades fundamentales.

⁴ A. ALEINIKOFF. «Constitutional Law in the Age of Balancing», 96 *Yale Law Journal* 943, pág. 945 (1987).

⁵ José Ignacio LÓPEZ GONZÁLEZ: *El principio general de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*. Ediciones del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, núm. 52 (1988), págs. 11-15.

La aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito del control jurisdiccional de los poderes públicos se realiza para juzgar si una regulación o reglamentación pública cuyo propósito es promover un interés público restringe de tal forma un derecho o bien constitucionalmente protegido que la regulación deviene contraria al texto fundamental.

Por ello, previamente a la aplicación de lo que es propiamente el principio de proporcionalidad es necesario examinar la legitimidad de los intereses, bienes o derechos en presencia. Es, por tanto, necesario comprobar tanto la existencia de un bien o derecho restringido como la existencia de un interés que es pretendido con la regulación y que debe ser legítimo. Sólo una vez que se ha considerado que el interés u objetivo que se dice promover con la regulación es legítimo, debe entrar en juego el principio de proporcionalidad para considerar si el bien o derecho restringido por la regulación pública lo ha sido proporcionalmente. La comprobación de la legitimidad del fin u objetivo que se pretende promover se considera, por tanto, previa a la aplicación de principio de proporcionalidad, pues si nos encontramos ante una regulación que pretende promover un objetivo que no es considerado legítimo por el ordenamiento la misma será directamente contraria al mismo sin necesidad de someterla al principio de proporcionalidad.

Una vez comprobado que el objetivo o fin de la regulación es legítimo, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que para aplicar el principio de proporcionalidad se deben realizar tres test, controles o comprobaciones sucesivas con el fin de determinar la conformidad de una regulación pública con tal principio⁶.

Tales comprobaciones a realizar por el órgano judicial son consecutivas, considerándose que si no se supera una de ellas, no es necesario realizar la siguiente pues la medida ya habría vulnerado el principio de proporcionalidad.

La primera comprobación sería la verificación de la *adecuación* o idoneidad de la medida; comprobación que busca determinar que una medida restrictiva de un derecho o bien jurídico no sea inidónea, inadecuada o inútil para alcanzar el objetivo legítimo que dice perseguir.

La segunda comprobación sería la verificación de la *necesidad* de la intervención, verificación a través de la cual se busca determinar que no se imponga un sacrificio innecesario del bien o derecho restringido por existir alternativas menos gravosas susceptibles de satisfacer el objetivo legítimo pretendido *con igual efectividad*.

La tercera comprobación sería la verificación de la *proporcionalidad en sentido propio* que busca determinar que la medida no genere más perjuicios que beneficios al conjunto de bienes, derechos e intereses presentes.

La aplicación de esta tercera comprobación se produce una vez superados los dos primeros tests o comprobaciones, por ser la medida adecuada para pro-

⁶ J. BARNES, «Estudio Preliminar» en «El Principio de Proporcionalidad». *Cuadernos de Derecho Público* n° 5 sept.- dic. INAP. 1998.

mover un fin legítimo y necesaria por no existir alternativas menos restrictivas que promuevan el fin legítimo con la misma efectividad, y busca determinar si, pese a todo, la medida tiene unos costes superiores a sus beneficios⁷. Tal comprobación supone la ponderación de los intereses en presencia con el fin de determinar cuál prevalece en el caso concreto⁸.

Esta construcción del principio de proporcionalidad ha sido recogida, por ejemplo, por nuestro Tribunal Constitucional en el ámbito de los derechos fundamentales al afirmar:

«Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: Si la medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto..., si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era proporcionada en sentido propio, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto»⁹.

Es a la tercera comprobación que conforma el principio de proporcionalidad, la ponderación costes/beneficios o ponderación en sentido propio, a la que nos referimos cuando hablamos del *balancing* como instrumento de control de la actividad de los poderes públicos, puesto que para realizar esta tercera comprobación se debe asignar valor a los intereses implicados con el fin de determinar cuál es el preponderante.

Es precisamente esta tercera comprobación la que más problemas teóricos plantea, pues supone la atribución a un órgano jurisdiccional de la capacidad de realizar una asignación de valor a los intereses en conflicto que desemboca en la determinación de cuál es el preponderante.

⁷ La determinación de qué costes y qué beneficios deben compararse en cada caso dependerá del ámbito concreto en el que se esté aplicando el principio de proporcionalidad. Así, cuando se aplique el *balancing* para comprobar si una regulación pública vulnera un derecho fundamental por ser desproporcionada, los costes que se tendrían en cuenta serían únicamente aquellos que se imponen sobre el concreto derecho fundamental. Al ponderarse los costes con los beneficios en el ámbito del precepto que garantiza la libre circulación de mercancías los costes que se tendrían en cuenta serían únicamente aquellos que se imponen sobre la libre circulación de mercancías. Por el contrario, en el ámbito de la aplicación del principio de proporcionalidad como principio general del Derecho comunitario, los costes que se tendrían en cuenta serían todos los que impone la medida comunitaria sobre cualquier bien o derecho.

⁸ En estas páginas al referirnos a esta tercera comprobación utilizamos indistintamente tres términos que se refieren a un mismo concepto: la proporcionalidad en sentido propio, la ponderación de costes y beneficios o el *balancing*.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1995, fundamento jurídico 5.

Igualmente ha sido adoptado tal principio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ver por ejemplo *Sunday Times v. Reino Unido* A/30 (1979).

Asimismo, se ha reconocido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán al establecerse que «de acuerdo con las exigencias de la prohibición de exceso, la limitación del derecho fundamental debe ser idónea para la protección eficaz del bien jurídico. Esa limitación debe ser además necesaria, lo que no sucederá cuando existan alternativas de actuación más suaves. Finalmente, la limitación debe ser proporcionada en sentido estricto, lo que significa que se encuentre en una relación razonable con la importancia y el significado del derecho fundamental». BverfGE 67, 157 (173).

Sería posible realizar esencialmente dos críticas al *balancing* como instrumento de control jurisdiccional de los poderes públicos.

La primera sería una crítica que podemos considerar interna al propio instrumento de control y que deriva de la dificultad, si no de la imposibilidad jurídica, que se produce a la hora de reducir los intereses en conflicto a una escala de medición común y objetiva que permita una comparación neutral de los intereses enfrentados.

La segunda sería una crítica que ALENIKOFF cataloga como externa pero que se encuentra directamente relacionada con la anterior, pues si asumimos la imposibilidad de someter los intereses en conflicto a una escala objetiva de medición se nos plantea la cuestión de cómo justificar que sea un órgano jurisdiccional el encargado de asignar valor a cada uno de los intereses en conflicto para determinar cuál es el preponderante.

La solidez de ambas críticas ha provocado que los tribunales se hayan mostrado reacios a utilizar la ponderación de los costes y beneficios como instrumento de control jurídico de los poderes públicos¹⁰.

2. *El principio de proporcionalidad como principio general del Derecho comunitario*

En el ámbito comunitario la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha atribuido rango constitucional al principio de proporcionalidad que se encontraría radicado entre los principios generales del Derecho comunitario¹¹.

La caracterización que realiza el Tribunal de Justicia del principio de proporcionalidad como principio general del Derecho supone que el mismo tendría el mismo rango que el Tratado y se situaría como parámetro de control del Derecho comunitario secundario.

En efecto, el Tribunal de Justicia ha afirmado en multitud de ocasiones que «es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el principio de

¹⁰ Evidentemente la ponderación de intereses no es políticamente imposible. Ponderar es lo que realizan continuamente los órganos políticos al adoptar sus decisiones. Sin embargo, no debemos confundir la posibilidad de ponderar políticamente con la posibilidad de ponderar jurídicamente. El juez, a diferencia del legislador, no puede acudir a sus propias concepciones personales o políticas a la hora de determinar cuál es el peso de cada interés sino que debe intentar justificar objetivamente la ponderación que realiza y es en este punto y ante la imposibilidad de reducir los intereses en conflicto a una escala de medición común donde radica la dificultad de ponderar jurídicamente pues se corre el riesgo de que el juez pueda ser acusado de valorar los intereses en presencia de acuerdo a sus propias concepciones personales.

¹¹ La reforma del Tratado CE realizada en Maastricht supuso la constitucionalización explícita del principio de proporcionalidad junto al principio de subsidiariedad como límites al ejercicio de las competencias atribuidas a las instituciones comunitarias. El artículo 5 (antiguo 3B) establece que «Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado». Sin embargo, la jurisprudencia posterior a continuado utilizando y refiriéndose al principio de proporcionalidad como principio general del Derecho comunitario limitador de la acción de los poderes públicos sin vincularlo con el principio de proporcionalidad constitucionalizado en el artículo 5 que apenas ha sido utilizado para impugnar regulaciones comunitarias.

proporcionalidad forma parte de los principios generales del Derecho comunitario»¹². Principio de proporcionalidad que ha sido caracterizado por el Tribunal como límite al ejercicio de las competencias comunitarias al afirmar 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»¹³.

En tal caracterización del principio realizada por el Tribunal de Justicia ya están recogidas las tres comprobaciones en las que es posible descomponer el principio de proporcionalidad. La comprobación de la adecuación consistente en comprobar si la medida es adecuada para promover un objetivo legítimo; la comprobación de la necesidad consistente en comprobar si existe una alternativa menos restrictiva que promueva igual de eficazmente el legítimo objetivo y la comprobación de la proporcionalidad en sentido propio o ponderación costes/beneficios consistente en comprobar, una vez se ha determinado la adecuación y la necesidad, si la medida ocasiona más perjuicios que beneficios.

En lo que se refiere a si la ponderación costes/beneficios, el *balancing*, forma parte de tal principio de proporcionalidad, el Tribunal de Primera Instancia en el asunto *Pfizer* afirmaba rotundamente «que el análisis coste/beneficio constituye una manifestación específica del principio de proporcionalidad» y por tanto consideraba oportuno «examinar las alegaciones relativas a dicho análisis junto con las que se refieren a la violación del principio de proporcionalidad»¹⁴.

Sin embargo, en determinadas ocasiones, el Tribunal de Justicia al caracterizar el principio de proporcionalidad ha parecido olvidarse de la tercera comprobación que teóricamente forma parte de tal principio, la ponderación costes/beneficios o *balancing*.

En este sentido en su sentencia en el asunto *British American Tobacco*¹⁵ el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas caracteriza el principio de proporcionalidad afirmando que «el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que los

¹² Sentencia de 11 de julio de 1989, C-265/87 *Schraeder*. Rec 1989. pág. 2237. En párrafos 21 y 22.

¹³ Sentencias de 13 de noviembre de 1990, *Fedesa y otros*, C-331/88, Rec. p. I-4023, apartado 13. *Fedesa* supone el reconocimiento del principio de proporcionalidad como límite general a la actuación comunitaria aunque también y al mismo tiempo supone la aplicación de tal principio en toda su extensión para determinar si la medida comunitaria vulnera los derechos fundamentales económicos de determinados operadores económicos. Tal aplicación doble del principio de proporcionalidad no es necesariamente una reiteración pues desde el primer punto de vista se estaría comprobando si la medida tiene en general más beneficios que costes mientras que en el caso de la aplicación de la proporcionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales se está comprobando si los beneficios que tiene la medida son superiores a los costes que la misma tiene sobre tales derechos y no se estarían comparando los beneficios con los costes en general.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de septiembre de 2002. T-13/99.

¹⁵ Sentencia de 10 de diciembre de 2002. C-491/01. Rec 2002.

medios que aplica una disposición comunitaria *sean aptos para alcanzar el objetivo perseguido y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo*».

Caracterización que supone reconocer que el juez comunitario debe comprobar la adecuación de la medida comunitaria para alcanzar el objetivo perseguido y la necesidad de la medida por no existir alternativas menos restrictivas que promuevan el objetivo igual de eficazmente. Sin embargo, en tal caracterización del principio de proporcionalidad se echa en falta la inclusión de la comprobación de la proporcionalidad en sentido propio o ponderación costes/beneficios¹⁶.

Es por tanto posible encontrar en la jurisprudencia comunitaria dos caracterizaciones del principio de proporcionalidad, una primera en la que se admite explícitamente que tal principio esta conformado también por el *balancing*¹⁷ y una segunda que ni siquiera considera que el principio de proporcionalidad venga conformado por el *balancing* y por lo tanto ni siquiera se contempla su aplicación práctica.

El propósito de las páginas que siguen es analizar la aplicación jurisprudencial de la tercera comprobación que forma parte del principio de proporcionalidad, la comprobación de la proporcionalidad en sentido propio, ponderación costes/beneficios o *balancing* en tres ámbitos muy concretos, en el ámbito de la aplicación de la garantía de la libre circulación de mercancías, en el ámbito de la aplicación de la garantía de los derechos fundamentales económicos y en el ámbito de la aplicación del principio de proporcionalidad como límite al ejercicio de las competencias comunitarias tal y como se ha constitucionalizado en el artículo 5 del Tratado CE.

En los tres ámbitos analizados es posible comprobar como el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas muestra sus dudas en relación a su propia capacidad de ponderar y establecer cuál es el interés en conflicto que debe preponderar. Dudas que se revelan en la necesidad de reconocer un margen de apreciación a los poderes políticos y que no hacen más que poner de manifiesto que la asignación de valor a los intereses en conflicto debe ser realizada, en general, por órganos con legitimidad democrática y política directa y no por los órganos jurisdiccionales puesto que el propio texto funda-

¹⁶ En esta sentencia, además de no referirse a la comprobación de la proporcionalidad en sentido propio, el Tribunal de Justicia considera que debe aplicar las otras dos comprobaciones que conforman el principio de proporcionalidad, la comprobación de la adecuación y la comprobación de la necesidad, de manera flexible.

En efecto, afirma el Tribunal de Justicia que al aplicar las comprobaciones de la adecuación y de la necesidad «debe reconocerse al legislador comunitario una amplia facultad discrecional en una materia como la del presente caso, en la que ha de tomar decisiones de naturaleza política, económica y social, y realizar apreciaciones complejas. (La Directiva 2001/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001 regula la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco). Por consiguiente, sólo el carácter *manifiestamente inadecuado* de una medida adoptada en este ámbito, en relación con el objetivo que tiene previsto conseguir la institución competente, puede afectar a la legalidad de tal medida».

¹⁷ Aunque a la hora de la aplicación práctica del *balancing* se sea generalmente muy deferente con el poder político comunitario.

mental no ha establecido una clasificación de tales intereses pero tampoco le ha atribuido a los órganos jurisdiccionales la capacidad de realizar por sí mismos tal clasificación.

II. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ÁMBITO DE LA GARANTÍA DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sostenido la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad en toda su extensión a la hora de comprobar si determinadas medidas, esencialmente de los Estados miembros¹⁸, que se considera que son susceptibles de vulnerar el precepto del Tratado que garantiza la libre circulación de mercancías por «obstaculizar el comercio intracomunitario» están, sin embargo, justificadas en la promoción de un objetivo legítimo y no son, por tanto, finalmente consideradas contrarias al Tratado¹⁹.

Así lo afirmaba claramente el Abogado General Van Gerven en el asunto *City of Stoke-on-Trent y Norwich City Council v B & Q*²⁰, o en parecidos términos en el asunto *Grogan*²¹, donde sostuvo que para determinar si una regula-

¹⁸ También son susceptibles de vulnerar la garantía de la libre circulación de mercancías recogida en el artículo 28 del Tratado las regulaciones comunitarias que «obstaculizan el comercio intracomunitario». Al igual que en el caso de las regulaciones nacionales no toda medida comunitaria que obstaculice el comercio intracomunitario es contraria al Derecho comunitario, sino sólo aquellas regulaciones que obstaculicen el comercio intracomunitario y que no respeten el principio de proporcionalidad. Así lo sostiene el Tribunal en Reino Unido v. Comisión. Sentencia de 5 de mayo 1998, C-180/96. Rec. 1998, apartado 63.

¹⁹ La batalla doctrinal en relación a la interpretación del artículo 28 del Tratado se circunscribió durante muchos años a la cuestión relativa al alcance del concepto de «obstaculizar el comercio intracomunitario» como elemento esencial para definir lo prohibido por el Tratado. Así, la discusión giraba en torno a si para que se produzca una «obstaculización del comercio intracomunitario» la medida controlada debe producir un efecto restrictivo más oneroso sobre las importaciones que sobre la comercialización de la producción nacional o bien se debe simplemente producir una restricción de las importaciones, independientemente de si la restricción es menor sobre la producción nacional. La doctrina establecida en la sentencia *Keck* por el Tribunal de Justicia (Sentencia de 24 de noviembre de 1993, asuntos acumulados 267 y 268/91, Rec. 1993, p. 5335) supuso, en cierta manera, la adopción del criterio de los efectos restrictivos más onerosos sobre las importaciones que sobre la comercialización nacional como elemento esencial para determinar la existencia de un «obstáculo al comercio intracomunitario» que es a su vez determinante para entrar a comprobar si pese a obstaculizar la medida puede estar justificada en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo.

Ciertamente en *Keck* el Tribunal habría abandonado cualquier intento de juzgar la proporcionalidad en relación a las regulaciones con efectos indistintos, esto es aquellas que no tienen efectos restrictivos más onerosos sobre las importaciones que sobre la comercialización de la producción nacional, por no caer bajo la definición de «obstáculo al comercio intracomunitario» pero sin embargo habría continuado considerándose competente para juzgar la proporcionalidad de las regulaciones con efectos restrictivos más onerosos sobre las importaciones que sobre la comercialización de la producción nacional con el fin de determinar si tales regulaciones podían no estar finalmente prohibidas por el Tratado. Todo ello desarrollado en T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI. «Unidad Económica y Descentralización Política (Libre circulación de mercancías y control judicial en EEUU y en la Unión Europea)» 2004.

²⁰ Sentencia de 16 de diciembre de 1992, Asunto *Stoke-on-Trent v. B & Q* 169/1991. Rec. 1992, pág. 6635. En el caso se juzgaba la conformidad con el artículo 28 (ex 30) de una regulación inglesa que establecía el cierre dominical.

²¹ Sentencia de 4 de octubre de 1991. Asunto 159/90. Rec. 1991. Pág. 4685.

ción estatal que obstaculiza el comercio intracomunitario es conforme finalmente con el artículo 28 del Tratado no es suficiente con que el objetivo pretendido por la norma pueda ser considerado legítimo por tratarse de una exigencia imperativa sino que además la regulación debe ser conforme con el principio de proporcionalidad. Principio que para el Abogado General viene conformado por dos aspectos:

– El primer aspecto es que la norma debe ser necesaria²² para conseguir el objetivo pretendido, lo que significa que debe ser *adecuada e indispensable*²³.

En lo que se refiere a la *adecuación* el Abogado General considera que la medida debe ser de tal naturaleza que otorgue una protección efectiva al interés público pretendido.

En lo que se refiere a la *indispensabilidad* considera Van Gerven que ello implica la inexistencia de una alternativa igualmente eficaz pero con efectos menos restrictivos sobre la libre circulación de mercancías.

Tales determinaciones que conforman este primer aspecto coinciden exactamente con las dos primeras comprobaciones que conforman el principio de proporcionalidad, la adecuación y la necesidad, tal como ha sido definido por la dogmática europea.

– El segundo aspecto al que se refiere el Abogado General Van Gerven es que incluso siendo la norma adecuada e indispensable «el Estado miembro debe suprimir la norma, o sustituirla por una menos onerosa, si la restricción causada sobre el comercio intracomunitario es desproporcionada», esto es, si la restricción causada por la norma no es proporcionada con los beneficios promovidos por la medida nacional²⁴.

En este sentido el Tribunal de Justicia confirmará en *City of Stoke-on-Trent y Norwich City Council v B & Q* que «el control de la proporcionalidad de una normativa nacional que persigue un objetivo legítimo respecto al Derecho comunitario sopesa el interés nacional por la consecución de dicho objetivo y el interés comunitario de la libre circulación de mercancías»²⁵. Tal ponderación de intereses no es otra cosa que la caracterización que venimos realizando del *balancing* o tercera comprobación que conforma el principio de proporcionalidad, la ponderación costes/beneficios. A través de tal comprobación el Tribunal debe determinar si los beneficios que tiene una medida en relación

²² Para Van Gerven, la necesidad incluye lo que venimos denominando la comprobación de la adecuación y la comprobación de la necesidad que el Abogado General denomina adecuación e indispensabilidad.

²³ Para Van Gerven, este primer aspecto vendría a coincidir con el criterio establecido por la Directiva de la Comisión 70/50 de 1969 cuando establecía en su artículo 3 la necesidad de comprobar que el objetivo del que se trate no puede ser alcanzado de modo igualmente eficaz por otros medios que sean menos obstaculizadores del comercio.

²⁴ Para Van Gerven, este segundo aspecto vendría a coincidir con el criterio establecido por la Directiva de la Comisión 70/50 de 1969 cuando establecía en su artículo 3 la necesidad de comprobar que los efectos restrictivos de las medidas sobre la libre circulación de mercancías no fuesen desproporcionados respecto del propósito del objetivo.

²⁵ Sentencia de 16 de diciembre de 1992, Asunto *City of Stoke C-169/91*. Rec. 1992 página I-06635. apartado 15.

con el objetivo legítimo promovido, son superiores a los costes que la misma medida tiene sobre el comercio intracomunitario. Si la respuesta es afirmativa, y evidentemente se han superado las otras dos comprobaciones que conforman el principio de proporcionalidad, la adecuación y la necesidad, la medida no será, pese a obstaculizar el comercio intracomunitario, contraria al artículo 28 del Tratado. Si por el contrario los costes sobre el comercio intracomunitario son superiores a los beneficios que la medida produce entonces la regulación será contraria al Tratado²⁶.

Parece, por tanto, que es posible interpretar que el Tribunal de Justicia ha aceptado la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad en toda su extensión para determinar la conformidad con el artículo 28 del Tratado de las regulaciones que «obstaculizan el comercio intracomunitario».

Sin embargo, en la práctica es posible distinguir dos líneas jurisprudenciales claramente diferenciadas. La primera parece utilizar la ponderación costes/beneficios con cierta normalidad a la hora de determinar la conformidad de las regulaciones públicas con el precepto comunitario que garantiza la libre circulación de mercancías (1), la segunda parece rechazar tal utilización de la ponderación (2).

1) Del análisis de la jurisprudencia comunitaria en el ámbito del artículo 28 del Tratado se desprende que el juez comunitario ha utilizado la ponderación costes/beneficios, por ejemplo, para declarar la desconformidad con el Tratado de determinadas regulaciones nacionales que tienen como objetivo la protección del consumidor frente a la confusión derivada de la falta de estandarización de los productos²⁷.

²⁶ Bajo la ponderación costes/beneficios subyace un conflicto o tensión entre dos principios esenciales en los Estados compuestos: la unidad económica y la autonomía política. Lo que supondría que considerar, por ejemplo, que el medio ambiente promovido adecuada y necesariamente por una medida estatal prima sobre el interés comunitario en la libre circulación de mercancías que se ve restringida por la regulación no es sino aceptar que las subdivisiones territoriales pueden en ejercicio de sus competencias restringir la libre circulación de mercancías y por tanto la unidad económica europea; lo que supone que el principio de unidad debe ceder frente al principio de descentralización política.

Por el contrario, considerar que los costes sobre el interés comunitario en la libre circulación de mercancías son superiores a los beneficios que se derivan de promover un objetivo legítimo a través de una medida estatal, supone considerar que la descentralización política debe ceder ante el principio de unidad.

La utilización del *balancing* por parte del Tribunal de Justicia supone que ante la decisión de optar entre dos principios en presencia, la unidad del mercado comunitario y la descentralización política, el juez comunitario, ya sea el propio Tribunal de Justicia ya sean los jueces nacionales al aplicar el Derecho comunitario, está legitimado para determinar cuál es el preponderante.

²⁷ Sin embargo, la utilización del *balancing* para declarar la desconformidad de determinadas regulaciones estatales con el artículo 28 del Tratado no sólo se ha producido en el ámbito de la protección al consumidor sino que también se ha utilizado, por ejemplo, para considerar contraria al Tratado una regulación sobre protección del medio ambiente o una regulación sobre protección de los animales.

Así, en el asunto *Comisión v. Dinamarca* el Tribunal de Justicia consideró que una regulación danesa que tenía como propósito la protección del medio ambiente era contraria al Tratado por existir alternativas menos restrictivas que aunque no promovían igual de eficazmente el objetivo perseguido, obstaculizaban en menor medida el comercio intracomunitario. Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1988, asunto C-302/86. Rec. 1988, pag 4607.

Igualmente en el asunto *Monsees* considera el Tribunal de Justicia una medida austriaca contraria al Tratado por existir alternativas menos restrictivas aunque no promoviesen igual de eficazmente el objetivo

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia viene considerando contrarias al artículo 28 del Tratado determinadas regulaciones estatales que establecen las características que tienen que tener los productos para poder ser comercializados dentro del Estado y que tendrían como objetivo la protección al consumidor. La jurisprudencia considera que son medidas que «obstaculizan el comercio intracomunitario» y no superan el escrutinio del Tribunal para determinar su justificación, pues, pese a ser adecuadas, se consideran innecesarias al existir medidas alternativas menos obstaculizadoras del comercio intracomunitario.

Aparentemente estas medidas son consideradas contrarias al artículo 28 tras la aplicación de la segunda comprobación que conforma el principio de proporcionalidad, la comprobación de la necesidad. Su declaración de disconformidad con el artículo 28 del Tratado no implicaría, por tanto, la utilización de la tercera comprobación que conforma el principio de proporcionalidad, la ponderación costes/beneficios, que es la que estamos analizando.

Sin embargo, en ocasiones, las medidas alternativas que el Tribunal de Justicia considera que son menos obstaculizadoras del comercio intracomunitario que la sometida a control *no* establecen realmente un nivel de protección al consumidor equivalente al que establece la medida controlada. Ello supondría que el Tribunal no estaría simplemente aplicando el control de la existencia de alternativas menos restrictivas que *promueven igual de eficazmente el objetivo querido*, sino que en el fondo estaría desliziándose hacia la aplicación de la tercera comprobación que conforma el principio de proporcionalidad, la ponderación costes/beneficios.

En efecto, la aplicación de la comprobación de la necesidad de la medida, segundo paso que conforma el principio de proporcionalidad, debe suponer la demostración ante el Tribunal de que no existe una medida alternativa a la sometida a escrutinio que promueva *igual de eficazmente* el legítimo objetivo propuesto.

Ello supone que en la realización de la comprobación de la necesidad no sería posible afirmar que una regulación que disminuye el nivel de protección logrado por la medida sometida a escrutinio, es alternativa a esta última por obstaculizar menos onerosamente el comercio intracomunitario, pues no promueve el legítimo fin *igual de eficazmente*. En puridad, en la aplicación de la necesidad no le sería posible al Tribunal considerar si la obtención de menos frutos traería consigo una menor restricción del bien constitucionalmente protegido²⁸.

Si el Tribunal afirma que una regulación que disminuye el nivel de protección de los consumidores puede considerarse una medida alternativa a aquella que sometía a escrutinio significa que no estaría aplicando solamente la comprobación de la necesidad.

perseguido, en el caso la protección de los animales, Sentencia de 11 de mayo de 1999. Asunto 350/97. Rec. 1999, pág. I-02921.

²⁸ J. BARNES, «Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario». 135 *RAP* 495. 1994. pág. 506.

En efecto, la explicación para suponer que una medida menos eficaz es alternativa a otra por ser menos restrictiva, es que se está incorporando la tercera comprobación que conforma el principio de proporcionalidad, *el balancing*, a la segunda, la comprobación de la necesidad.

Si el Tribunal de Justicia considera que una regulación que promueve un objetivo legítimo de manera adecuada, sin que existan alternativas menos restrictivas *igual de eficaces*, no supera sin embargo el control del Tribunal, por existir alternativas que restringen menos el comercio intracomunitario aunque al mismo tiempo protejan menos el objetivo legítimo, significa que considera que los beneficios de la medida eran inferiores a sus costes y que sólo se podrá alcanzar un equilibrio disminuyendo los costes sobre el comercio intracomunitario aunque ello suponga disminuir al tiempo los beneficios de la medida.

Así, por lo tanto, si afirmamos que es contraria al Tratado una regulación estatal por considerar que existen alternativas menos restrictivas aunque éstas no tengan el mismo nivel de eficacia estaremos, en realidad, evidenciando que la regulación no supera la tercera comprobación que conforma el principio de proporcionalidad, la ponderación de costes y beneficios.

En este sentido son innumerables los asuntos en los que el Tribunal ha considerado que no se puede alegar la protección al consumidor para obstaculizar la importación de, por ejemplo, un alimento que ha sido producido en otro Estado miembro conforme a sus propios estándares y que no coinciden con los estándares adoptados por el Estado miembro de importación²⁹. Por lo general, para el Tribunal de Justicia la protección al consumidor frente al error o la confusión en estos casos queda suficientemente garantizada a través del establecimiento de obligaciones de etiquetado³⁰ donde se informe al consumidor de la naturaleza del producto³¹.

²⁹ En el caso de las normas sobre composición de los productos alimenticios la doctrina viene diferenciando entre las normas que por un lado prohíben la comercialización de un producto si no se adecua al estándar, como fue el caso de la prohibición de la comercialización de vinagre no procedente de la uva, asunto 788/79 o de la carne mezclada con soja, asunto 274/87, y las normas que permiten la comercialización del producto pero lo obstaculizan al reservar el nombre del producto para el producto que se adecue al estándar establecido en el Estado como fue el caso de la reserva del nombre yogurt para los productos que contuviesen determinada cantidad de bacterias vivas Asunto 298/87. En este segundo grupo también encontramos las normas que prohíben o prescriben la utilización de un determinado envase para la comercialización de determinados alimentos como fue el caso de obligar a que la margarina se comercializase en envases cúbicos Asunto 26/81. VON HEYDEBRAND u. d. Lasa, «Free Movement of Foodstuffs, Consumer Protection and Food Standards in the European Community: Has the Court of Justice got it Wrong?». 16 *European Law Review*. 1991.

³⁰ Las normas sobre etiquetado están en buena medida armonizadas en la Comunidad a través de Directivas.

³¹ En este punto es necesario señalar que dentro del ámbito de lo que se denomina protección al consumidor sí que es posible encontrar una excepción a la anterior jurisprudencia que considera en general al etiquetado como una medida alternativa a las normas que establecen las características que han de tener los productos alimenticios. En efecto, el Tribunal sí que permite «obstaculizaciones» a la importación de alimentos que *se fundamentan en la protección de la salud del consumidor*, no considerando que en estos casos el etiquetado produzca un suficiente nivel de protección. Por ejemplo Asunto *Sandoz*, C-174/82, sentencia de 14 de julio de 1983, Rec 1983, Asunto *Motte*, C-247/84 sentencia de 10 de diciembre de 1985. Rec 1985 pág. 3887. Por el contrario, es en los casos en los que las regulaciones estatales lo que pretenden es proteger al

Sin embargo, desde determinadas posiciones doctrinales se ha señalado que el etiquetado de los productos no siempre sería una garantía suficiente y sobre todo equivalente a la estandarización de los productos para proteger al consumidor de la confusión³².

Si el etiquetado no protege igual de eficazmente al consumidor frente al error y la confusión que lo que le protege la fijación de un estándar, la consideración judicial de que la medida estatal es contraria al Tratado se estaría fundamentando en la mayor importancia que el juez comunitario otorga a la integración económica frente a la propia protección al consumidor frente al error lo cual supone una utilización del *balancing*, una ponderación de los costes y los beneficios.

Sin embargo, en muchos de estos casos siempre nos queda la duda de si el Tribunal realmente está entendiendo que el etiquetado es una alternativa igual de eficaz que la estandarización nacional de los productos para proteger a los consumidores frente al error o confusión; pues por lo general no se produce un reconocimiento explícito por parte del Tribunal de que la medida alternativa propuesta, el etiquetado, sea en realidad menos eficaz para proteger al consumidor que la estandarización nacional. Muy por el contrario el Tribunal suele sostener, frente a lo mantenido por un sector doctrinal, que el etiquetado es una medida equivalente igual de eficaz que la estandarización nacional para proteger al consumidor por lo que no reconocería estar ponderando.

El reconocimiento de que está aplicando la ponderación costes/beneficios como instrumento para determinar la inconstitucionalidad de una regulación que obstaculiza el comercio intracomunitario sí ha quedado, sin embargo, suficientemente exteriorizado en determinados asuntos donde el propio Tribunal de Justicia sí que ha admitido explícitamente que las medidas alternativas sugeridas no eran igual de eficaces para promover la protección al consumidor que la medida sometida a control. Pero, sin embargo, y pese a ello consideraba que la medida controlada restringía desproporcionadamente la libre

consumidor frente a confusiones o errores que en sí mismos no son peligrosos para la salud donde el Tribunal viene aceptando sistemáticamente como alternativa menos restrictiva el etiquetado.

³² Para VON HEYDEBRAND el establecimiento por los poderes públicos de estándares alimenticios es necesario para evitar que el consumidor sea inducido a error o sea engañado. Los estándares le ahorran al consumidor el tiempo de tener que informarse de la composición de cada producto antes de cada elección. Los estándares protegen a los consumidores más débiles, o menos informados, garantizando que aquello que compren bajo un determinado nombre tendrá unas características determinadas. Para este autor el etiquetado de los productos no es siempre una garantía equivalente a la estandarización de los productos para proteger al consumidor de la confusión. VON HEYDEBRAND u. d. Lasa, «Free Movement of Foodstuffs, Consumer Protection and Food Standards in the European Community: Has the Court of Justice got it Wrong?», 16 *European Law Review*. 1991.

En el mismo sentido Weiler considera que el etiquetado no siempre es una alternativa igual de eficaz pues algunos consumidores incluso con un etiquetado adecuado se verán confundidos, unos porque no pueden leer otros porque no leen. Para el profesor norteamericano la capacidad comunicativa de las etiquetas es limitada. J.H.H. WEILER, «The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of Free Movement of Goods» en «*The Evolution of EU Law*. P. Craig & G. de Búrca. 1999, pág. 308.

circulación de mercancías porque existían alternativas que aunque no establecían un nivel de protección equivalente eran menos restrictivas.

Así, por ejemplo, en el asunto *Mars*³³ se juzgaba la conformidad con el artículo 28 de una medida alemana que prohibía la comercialización de un producto por considerar que el envoltorio inducía a error. En efecto, las barras de helado comercializadas por la compañía Mars se presentaban con un envoltorio que llevaba la indicación «+ 10 %» pues cada producto había sido aumentado en un 10 %. Sin embargo la franja coloreada que indica «+ 10 %» ocupaba en el envoltorio una superficie superior al 10 % de la superficie total. Para las autoridades alemanas una parte no desdeñable de consumidores podría suponer que el aumento del volumen o del peso del producto es más importante que el anunciado y prohíbe, por tanto, la comercialización del producto con tal envoltorio por inducir a engaño a los consumidores.

Para el Tribunal de Justicia, sin embargo, la medida de las autoridades alemanas es contraria al artículo 28 del Tratado, pues, en su opinión, los *consumidores razonablemente informados* deben saber que no existe necesariamente un nexo entre el tamaño de las menciones publicitarias relativas a un aumento de la cantidad del producto y la importancia real de dicho aumento.

Algunos autores han considerado que la sentencia del Tribunal esta aplicando el sentido común pues «los consumidores no son todos tan idiotas». Sin embargo, algunos de estos autores reconocen que no es posible negar que «algunos lo son»³⁴.

La interpretación del Tribunal de Justicia supone optar por un modelo de protección al consumidor que favorece a los «consumidores razonablemente informados» que no necesitan una protección tan paternalista y que indudablemente se pueden ver beneficiados por la existencia de una mayor oferta en el mercado derivada de la supresión de los obstáculos al comercio intracomunitario frente a un modelo de protección de los consumidores crédulos que puede, sin embargo, tener como efecto obstaculizar demasiado los intercambios y la integración.

La decisión del Tribunal supondría que a través del *balancing*, de la ponderación, se estaría primando la bondad de los mercados abiertos, la competencia y la libre elección de los consumidores sobre la protección de los consumidores más crédulos.

La consideración por el Tribunal de que determinadas medidas son contrarias al Tratado por existir medidas alternativas que restringen menos onerosamente el comercio intracomunitario aunque no sean, sin embargo, igual de eficaces a la hora de promover la protección de los consumidores que la medida sometida a escrutinio supone la realización de una ponderación en toda regla de los costes y los beneficios de una regulación estatal a la hora de decla-

³³ Sentencia de 6 de julio de 1995, asunto 470/93, Rec. 1995, pág. I-1923

³⁴ S. WEATHERILL, «Recent case law concerning the free movement of goods: mapping the frontiers of market deregulation». 36 *Common Market Law Review*. 1999, pág. 57.

rarla contraria al artículo 28 del Tratado. Ello supone la posibilidad de que el juez comunitario, y no sólo el Tribunal de Justicia, sino cualquier tribunal nacional, pueda decidir si la restricción del comercio intracomunitario es un coste más importante que aquellos beneficios que se derivan de las medidas que adoptan los poderes públicos³⁵.

2) Sin embargo, en múltiples ocasiones el Tribunal de Justicia se ha pronunciado implícitamente en contra de la utilización de la ponderación costes/beneficios para determinar la conformidad con el artículo 28 de las regulaciones que obstaculizan el comercio intracomunitario e intentan justificarse en la promoción de un objetivo legítimo.

Ello se ha producido esencialmente en aquellos supuestos en los que el objetivo promovido no era la protección al consumidor frente a la confusión o el error sino que el objetivo promovido era, por ejemplo, la salud.

Así, en el asunto *Comisión v. Alemania* el Tribunal consideró que «puesto que la vida humana y la salud se encuentran entre las materias protegidas por el artículo 30 corresponde a los Estados miembros decidir dentro de los límites establecidos por el Tratado el nivel de protección que desean asegurar»³⁶.

Tal pronunciamiento supondría que no correspondería al juez comunitario la ponderación de los beneficios que tiene una regulación que promueve la salud con los costes que la misma impone sobre la libre circulación de mercancías pues la determinación del nivel de protección de tal objetivo correspondería fijarlo a los poderes políticos estatales³⁷.

Tal doctrina ya había sido establecida en el asunto *De Peijper*³⁸, donde el Tribunal había ya considerado que la salud y vida humana se encuentran en el primer puesto entre los intereses protegidos por el artículo 30 y por lo tanto corresponde a los Estados miembros decidir que grado de protección quieren garantizar

En el caso concreto el Tribunal consideró que las reglas nacionales que restringen las importaciones de productos farmacéuticos sólo serán compatibles con el Tratado mientras sean necesarias para proteger efectivamente la salud y vida humana. Lo cual supone que las medidas nacionales sólo serán contrarias al artículo 28 del Tratado si la salud y la vida humana pueden ser protegidas de manera igualmente efectiva por medidas que no restrinjan tanto el comercio intracomunitario.

³⁵ En otras ocasiones, a pesar de no realizar el propio Tribunal la ponderación costes/beneficios, reenvía el asunto a los tribunales nacionales para que la hagan indicándoles que «un riesgo de engaño a los consumidores sólo puede prevalecer sobre las exigencias de la libre circulación de mercancías y, por tanto, justificar unos obstáculos a los intercambios si es suficientemente grave». Por ejemplo en el asunto *Graffione*. Sentencia de 26 de noviembre de 1996. Asunto 313/94, Rec. 1996 pág. I-6039, apartado 24.

³⁶ Sentencia de 2 de febrero de 1989, *Asunto Comisión v. Alemania* C-274/87, Rec. 1989, pág. 229, apartado 6.

³⁷ A salvo siempre de la posibilidad de que la materia sea armonizada a través de la adopción de una regulación comunitaria común en virtud del ejercicio de las competencias comunitarias.

³⁸ Sentencia de 20 de mayo de 1976. Asunto C-104/75. Rec. 1976, pág. 00613.

El criterio de control de las regulaciones obstaculizadoras del comercio intracomunitario que promueven como objetivo la salud humana sería, por tanto, el de la comprobación de la adecuación de la comprobación de la existencia de alternativas menos restrictivas igual de eficaces sin que en ningún caso se haya planteado la utilización de la ponderación costes/beneficios³⁹.

La renuncia a utilizar la ponderación costes/beneficios como instrumento de control para determinar la conformidad de una regulación estatal con la libre circulación de mercancías no se ha circunscrito al ámbito de las regulaciones que promovían la salud sino que tal renuncia también parece haberse producido, aunque sin tanta claridad como en el ámbito de la salud, cuando se trataba de la promoción de otros objetivos legítimos.

Así, por ejemplo, el Abogado General Fennelly en sus conclusiones en el asunto *Bluhme*⁴⁰ afirmaba que al igual que es necesario reconocer en el ámbito de la salud humana a los Estados miembros la capacidad de determinar el nivel de protección que desean asegurar, sería necesario reconocer un margen de apreciación a los Estados miembros en relación al nivel de protección de la vida animal y la protección del medio ambiente. Lo cual va en la línea de limitar los instrumentos de control jurisdiccional a las comprobaciones de la adecuación y de la necesidad, dejando sin aplicar la ponderación de los costes con los beneficios⁴¹.

En el propio caso *Bluhme* el Tribunal de Justicia a pesar de que se refiera a la necesidad de comprobar si la medida concreta es proporcionada en relación con el objetivo pretendido⁴², lo que parecería ser una aceptación de la ponderación costes/beneficios, caracteriza tal comprobación a través del criterio de la

³⁹ El Abogado General Geelhoed, en sus conclusiones en el asunto *British American Tobacco* tras afirmar que puesto que «entre los bienes o intereses protegidos por el artículo 30 CE, la salud y la vida de las personas ocupan el primer lugar», afirma que «corresponde a los Estados miembros, a falta de una armonización completa, decidir el nivel de protección que pretenden garantizar. Para ello disponen de un amplio margen de apreciación, pero deben tener en cuenta las exigencias de la libre circulación de mercancías». Para el Abogado General se tienen en cuenta tales exigencias comprobando la posible existencia de alternativas menos restrictivas. Así se deduce cuando afirma que «una normativa o práctica nacional no puede acogerse a la excepción del artículo 30 CE cuando la salud y la vida de las personas puedan ser protegidas de manera igualmente eficaz con medidas menos restrictivas de los intercambios comunitarios». Negando por tanto la posibilidad de aplicar el *balancing* ante la imposibilidad de encontrar un supuesto en el que los costes sobre la libre circulación de mercancías que impone una medida que promueve la salud puedan ser superiores a sus beneficios. En efecto, para el Abogado General Geelhoed «la protección de la salud pública es un interés público que el legislador debe poder proteger en su totalidad. El valor de este interés público es tan elevado que en el razonamiento del legislador otros intereses como la libertad de los operadores económicos deben estar subordinados al primero». Conclusiones en el asunto *British American Tobacco v. Secretary of State for Health* presentadas el 10 de septiembre de 2002, C-491/01.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 3 de diciembre de 1998. Asunto *Bluhme* C-67/97 *Rec 1998 página I-8033*. Se juzgaba la conformidad con el artículo 28 del Tratado de una medida danesa que establecía la prohibición de introducir determinadas subespecies de abejas en un territorio del país con el fin de preservar la abeja autóctona.

⁴¹ Conclusiones del Abogado General Fennelly remitidas el 16 de junio de 1998 en el Asunto *Bluhme* C-67/97, apartados 30 y ss.

⁴² Para el Tribunal debe comprobarse si la normativa nacional es necesaria a la luz de su objetivo de protección y proporcionada en relación con éste, o si se habría podido llegar al mismo resultado con medidas menos rigurosas.

sustituibilidad, esto es, refiriéndose a si se «habría podido llegar *al mismo resultado* con medidas menos rigurosas»⁴³.

Parece por tanto que es posible afirmar que pese a la teórica admisión del *balancing* como instrumento para determinar la conformidad de las regulaciones públicas con el precepto del Tratado que garantiza la libre circulación de mercancías, en muchas ocasiones el Tribunal de Justicia se muestra reacio a su utilización práctica. Incluso en determinados supuestos el Tribunal al caracterizar el principio de proporcionalidad se «olvida» del *balancing*⁴⁴.

La jurisprudencia comunitaria aplicando el artículo 28 parece seguir, por tanto, una línea divergente dependiendo de cuál sea el objetivo legítimo que se pretenda promover con las regulaciones obstaculizadoras del comercio intracomunitario. En determinados supuestos donde el objetivo que se pretendía promover era la protección del consumidor frente a errores o confusiones el Tribunal de Justicia parece admitir la posibilidad de utilizar el *balancing* para determinar la conformidad de tales regulaciones con el Tratado⁴⁵. Por el contrario, en los supuestos en los que el objetivo promovido es, por ejemplo, la salud no cabe que se utilice el *balancing* para determinar la conformidad de la regulación con el Tratado pues corresponde al poder político establecer el nivel de protección⁴⁶.

Tal divergencia parecería basarse en una categorización jurisprudencial de la importancia de los objetivos que los Estados miembros pueden legítimamente promover, incluso a través de la obstaculización del comercio intracomunitario. Así mientras que, por ejemplo, en el caso de la protección de la

⁴³ Apartado 41. No ocurrió sin embargo lo mismo en el asunto *Monsees* donde el Tribunal de Justicia consideró que una medida austriaca de protección de los animales era contraria al Tratado por existir alternativas menos restrictivas del comercio intracomunitario, aunque en la práctica tales alternativas no eran igual de eficaces para proteger a los animales Sentencia de 11 de mayo de 1999. Asunto 350/97. Rec. 1999, pág. I-02921.

⁴⁴ Excepto en el concreto ámbito de la protección al consumidor frente a la confusión donde es doctrina reiterada la posibilidad de ponderar. Igualmente han existido supuestos donde el Tribunal ha anulado una regulación de un Estado miembro utilizando la ponderación fuera de los casos de protección al consumidor frente a la confusión. Así, en el asunto *Comisión v. Dinamarca* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1988, asunto C-302/86. Rec 1988, pag 4607) donde el objetivo promovido era la protección del medio ambiente o en el asunto *Monsees* (Sentencia de 11 de mayo de 1999. Asunto 350/97. Rec 1999, pag I-02921) donde el objetivo promovido era la protección de los animales.

⁴⁵ Ver nota anterior.

⁴⁶ Igualmente se ha pronunciado el Tribunal en contra de utilizar el *balancing* al aplicar el precepto del Tratado que garantiza la libre prestación de servicios, el artículo 59. Así en la sentencia *Schindler* –Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo de 1994, *Schindler* (C-275/92, Rec. p. I-1039) – el Tribunal de Justicia destacó que las consideraciones de orden moral, religioso o cultural que rodean tanto a las loterías como a los demás juegos en todos los Estados miembros justifican que las autoridades nacionales dispongan de una facultad de apreciación suficiente para determinar las exigencias que implican la protección de los jugadores y, más en general, habida cuenta de las particularidades socioculturales de cada Estado miembro, la protección del orden social. Ello supone considerar que pese a que una medida obstaculice el comercio intracomunitario no le corresponde al juez comunitario determinar su proporcionalidad a través del *balancing*. Esta concepción lleva a considerar que, por un lado, un Estado miembro tiene un margen de apreciación para establecer el nivel de protección de sus jugadores que hace que no le corresponda al juez comunitario ponderar los costes con los beneficios de la medida; pero sin embargo, por otro lado, la determinación del nivel de protección de sus consumidores más crédulos frente al error o la confusión sí que puede ser revisado por el juez comunitario a través de la ponderación.

salud la importancia del objetivo promovido produce que baste con comprobar que la medida es adecuada y necesaria por no existir alternativas menos restrictivas igual de eficaces, en el caso de la protección de los consumidores frente a la confusión además de estas dos comprobaciones es necesario ponderar los beneficios que produce tal protección con los beneficios que se derivarían del mantenimiento de la libre circulación de las mercancías en el mercado comunitario.

Sin embargo, de la literalidad del texto fundamental comunitario no se desprende la posibilidad de que el juez comunitario pueda realizar tal distinción categorial en función del objetivo promovido. No parece que del Tratado sea posible extraer la posibilidad de aplicar un escrutinio más estricto, cuando el objetivo promovido por las regulaciones nacionales sea la protección de los consumidores frente al error y la confusión, y un escrutinio más laxo, cuando el objetivo promovido por las regulaciones nacionales sea la salud.

Parece que sería jurídicamente más correcto que el Tribunal de Justicia aplicase un mismo escrutinio en todos los casos en los que un poder público promoviese un objetivo que se considera legítimo.

Si hay que elegir entre la aplicación de un estricto escrutinio que incluya la capacidad de los órganos jurisdiccionales de ponderar o un escrutinio más laxo que implique la renuncia de los órganos jurisdiccionales a la ponderación, debiendo dejar un margen de apreciación a los poderes públicos en la determinación del nivel de protección, debemos inclinarnos por esta segunda opción, la renuncia a la ponderación por ser más respetuosa con la función atribuida constitucionalmente a los tribunales.

Ciertamente, las regulaciones nacionales realizadas con la finalidad de promover un objetivo legítimo pueden restringir la libre circulación de mercancías, pero si tales regulaciones son adecuadas y necesarias debería corresponder a las instituciones políticas comunitarias a través de su competencia para armonizar el funcionamiento del mercado único decidir si debe primar la unidad económica sobre determinados objetivos promovidos por los Estados miembros. En ausencia de decisión centralizada no le corresponde al juez comunitario revisar a través de la ponderación costes/beneficios la decisión adoptada por los poderes públicos estatales pues el propio Tratado al reconocer a las instituciones comunitarias la competencia de armonizar ya ha atribuido a las instituciones políticas comunitarias, y sólo a ellas, la capacidad de asignar valor a los intereses en conflicto con el fin de determinar cual es el preponderante⁴⁷.

⁴⁷ Ciertamente, la ponderación judicial podría tener unas consecuencias prácticas políticamente deseables pues permite que se pueda promover la integración económica y garantizar la unidad sin tener que acudir a los complejos mecanismos de negociación y toma de decisiones que se requieren para que las instituciones políticas comunitarias ejerzan sus competencias armonizadoras. Ahora bien, que la integración y armonización sea política y económicamente deseable, incluso aunque pueda tener algún coste que políticamente sea posible asumir, no significa que sea correcto que el Tribunal de Justicia promueva tal integración jurídicamente.

El Tratado, verdadero texto fundamental comunitario, no ha establecido que la integración o la unidad económica se deban anteponer *jurídicamente* a, por ejemplo, la protección por los Estados miembros de

La admisión de la ponderación judicial de los costes con los beneficios para determinar la constitucionalidad de las medidas que obstaculizan el comercio intracomunitario supone reconocer al juez comunitario la capacidad de decidir cuando debe primar el principio de unidad económica sobre el de descentralización política⁴⁸ y ello es algo que el texto fundamental ha querido que sea decidido por los órganos políticos comunitarios a través del ejercicio de sus competencias armonizadoras y la posibilidad que se produzca un desplazamiento (*preemption*) de las regulaciones estatales⁴⁹.

En este sentido de evitar la utilización del *balancing* a la hora de comprobar la conformidad de las regulaciones de los poderes públicos con el precepto que garantiza la libre circulación de mercancías parece que se habría pronunciado, implícitamente, uno de los jueces del propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, René Joliet, para quién el principio de proporcionalidad como instrumento de determinación de la justificación de las medidas obstaculizadoras del comercio intracomunitario se debe realizar a través de tres pasos sucesivos. En primer lugar, el objetivo perseguido por la regulación nacional debe ser reconocido como legítimo por el Derecho comunitario, en segundo lugar la regulación debe ser capaz de promover tal objetivo, en tercer lugar el objetivo en cuestión no debe poder alcanzarse a través de medidas menos restrictivas del comercio intracomunitario⁵⁰.

La caracterización que realiza el Juez Joliet del control a realizar por el juez comunitario al tener que determinar la justificación de una medida obstaculizadora del comercio intracomunitario carecería de la última comprobación que conforma el principio de proporcionalidad, la ponderación costes/beneficios⁵¹.

los consumidores más inocentes. Ello podrá ser lógico desde una concepción política de los beneficios de la integración pero no es una deducción jurídica que pueda ser realizada por el juez comunitario.

⁴⁸ Bajo la ponderación costes/beneficios realizada en el ámbito de la Cláusula constitucional que garantiza la libre circulación de mercancías subyace el conflicto o tensión entre dos principios esenciales presentes en todo Estado compuesto: el principio de unidad económica y el principio de autonomía política.

⁴⁹ Todo ello desarrollado en T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *Unidad Económica y Descentralización Política (Libre circulación de mercancías y control judicial en EEUU y en la Unión Europea)*, 2004.

⁵⁰ R. JOLIET, «The Free Circulation of Goods: The Keck and Mithouard Decision and the New Directions in the Case Law». 1 *Columbia Journal of European Law*. 1994, pág. 439.

⁵¹ En el mismo sentido para el Profesor ALBERTÍ, al aplicar el precepto que garantiza la libre circulación de mercancías en el ordenamiento español, el artículo 139.2, se debe comprobar *si el efecto restrictivo de una medida obstaculizadora del comercio intercomunitario guarda la necesaria relación de proporcionalidad con el fin legítimo de la normativa* a efectos de determinar su conformidad con la Constitución. Si realizamos una lectura poco atenta parecería estarse aceptando la utilización de la ponderación costes/beneficios al determinar la justificación de una medida obstaculizadora del comercio interautonómico. Sin embargo, a la hora de determinar la manera de aplicar la ponderación entre ambos intereses en presencia considera ALBERTÍ que tal valoración sólo puede realizarse recurriendo al criterio de sustituibilidad, esto es, examinando si el fin legítimo puede ser alcanzado a través de una medida menos gravosa para la libre circulación, a través de la posibilidad de sustitución por otra medida que consiga *sin merma el mismo objetivo*. E. ALBERTÍ ROVIRA, *Autonomía Política y Unidad Económica*. Madrid. 1995, pág. 292.

Tal interpretación de la ponderación no supone sino la negación de que realmente ésta se deba realizar pues si existen alternativas menos restrictivas que promuevan *igual de eficazmente* el legítimo objetivo no hay ponderación alguna de costes con beneficios, pues los costes se disminuyen manteniendo los beneficios de la medida. En realidad la tercera comprobación que conforma el principio de proporcionalidad se trans-

A pesar de que en la gran mayoría de los casos donde se juzga la compatibilidad de las regulaciones públicas con el precepto que garantiza la libre circulación de mercancías, el *balancing*, en la práctica, no se ha utilizado al reconocerse un amplio margen de apreciación al poder público en la determinación de sus políticas, consideramos que sería conveniente que el Tribunal de Justicia pronunciase inequívocamente su renuncia a la utilización del *balancing* como instrumento jurídico para controlar la conformidad de las regulaciones públicas con los preceptos que garantizan la libre circulación de mercancías. De esta manera daría pautas más claras a los tribunales nacionales que están en última instancia capacitados para declarar la disconformidad de las regulaciones públicas con el Derecho comunitario.

III. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ECONÓMICOS

En el ámbito de los derechos fundamentales económicos también parece que se ha admitido en la jurisprudencia la necesidad teórica de utilizar el *balancing* como instrumento para determinar la conformidad con el Derecho comunitario de las regulaciones públicas que restringen tales derechos fundamentales.

Sin embargo, previamente fue necesario reconocer que los derechos fundamentales, que no se encontraban explícitamente reconocidos en los Tratados, imponían límites a la actuación de los poderes públicos.

1. *Los derechos fundamentales reconocidos en el Derecho comunitario como límite a la actuación de los poderes públicos*

El Tratado de Roma carece de una explícita declaración de derechos que limite la actuación tanto de las instituciones comunitarias como de los Estados miembros.

Ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la que ha desarrollado la idea de la existencia en el ordenamiento jurídico comunitario de una tabla implícita de derechos limitadora tanto de la actuación de las instituciones comunitarias como de determinadas actuaciones de los poderes estatales ligadas al ordenamiento comunitario al considerar los derechos fundamentales parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario⁵².

formaría en la segunda, la comprobación de la necesidad y por tanto se estaría negando la competencia del órgano jurisdiccional para realizar la ponderación costes/beneficios.

⁵² Para un importante sector doctrinal tal jurisprudencia habría sido forzada por el Tribunal Constitucional Alemán y el Tribunal Constitucional Italiano, MANCINI, «A Constitution for Europe». *26 Common Market Law Review* 595. 1989, pág. 611.

El sometimiento de los poderes comunitarios a los límites derivados del reconocimiento de los derechos fundamentales habría sido inevitable tras la afirmación por el Tribunal de Justicia de los principios de supremacía y de eficacia directa del Derecho comunitario y tras la amplia interpretación dada de la doctrina de los poderes implícitos.

El mensaje que enviaba el Tribunal de Justicia al considerar a los derechos fundamentales como límite de la actuación de los poderes comunitarios era que la acumulación de poder en la Comunidad a la que llevaba la doctrina del propio Tribunal al afirmar la supremacía del Derecho comunitario o al interpretar ampliamente la cláusula de los poderes implícitos, no quedaría desprovista de control⁵³. En efecto, habría sido necesario, en una situación de falta de legitimidad democrática directa de las instituciones comunitarias, y tras haberse reconocido la preeminencia del derecho comunitario sobre el derecho interno, el sometimiento de la actividad comunitaria a los límites derivados de los derechos fundamentales. Sometimiento que sólo podría ser fiscalizado por el Tribunal de Justicia⁵⁴.

Así, la legitimidad del proceso de integración requería la protección de los derechos individuales frente a la actuación de un nuevo poder, el comunitario, que se afirmaba que se imponía al Derecho interno y que estaba además aquejado de un importante déficit democrático. El reconocimiento de la existencia de límites al poder comunitario derivados de la aplicación jurisdiccional de los derechos fundamentales contribuiría a otorgar legitimidad a todo el proceso de integración⁵⁵.

El paso siguiente será la afirmación de que los derechos fundamentales reconocidos en los principios generales del Derecho comunitario constituyen

⁵³ J.H.H. WEILER, *Europa, fin de siglo*. Madrid, 1995, págs. 32 y ss.

⁵⁴ FROWEIN, SCHULHOFER & SHAPIRO, «The Protection of Fundamental Human Rights as a Vehicle of Integration» en *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, vol. I. M. Cappeletti, M. Seccombe & J. Weiler eds. 1986.

⁵⁵ En la sentencia *Stauder* (Sentencia de 12 de noviembre de 1969, Asunto 29/69) el Tribunal de Justicia afirmó que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho comunitario cuyo respeto debía asegurar el propio Tribunal de Justicia. Esta jurisprudencia sería reafirmada en *International Handelsgesellschaft* (Sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70), donde el Tribunal consideró que el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario. Para el Tribunal de Justicia la protección de estos derechos corresponde al juez comunitario, el cual debe inspirarse en «las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros». Sin embargo, a pesar del reconocimiento de los derechos fundamentales como límite de la actividad de las instituciones comunitarias en *Stauder* y en *Handelsgesellschaft* los Tribunales Constitucionales italiano y alemán cuestionaron en un primer momento el principio de supremacía del Derecho comunitario si éste vulneraba los derechos fundamentales garantizados en las constituciones nacionales y dedujeron su competencia para controlar la constitucionalidad del Derecho comunitario mientras no existiese una certeza jurídica más fuerte de la protección de los derechos fundamentales que la derivada de las sentencias del Tribunal de Justicia. Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano *Frontini* de 27 de diciembre de 1973 y Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán *Solange* de 29 de mayo de 1974.

Los principios elaborados por la jurisprudencia comunitaria han sido reafirmados por la exposición de motivos del Acta Única Europea y posteriormente se han recogido en el artículo 6, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea (antiguo artículo F, apartado 2) que afirma que «la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [...] y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

un parámetro de control de la conformidad de determinadas actuaciones de los Estados miembros con el Derecho comunitario.

En efecto, el Tribunal de Justicia afirmará que determinadas actuaciones de los poderes públicos estatales *ligadas al ordenamiento europeo* van a poder ser sometidas al control del juez comunitario tomando como parámetro los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento comunitario⁵⁶.

Tal jurisprudencia no sería sino la consecuencia lógica de haber considerado los derechos fundamentales como límite de la actuación comunitaria. En efecto, para WEILER no es posible considerar a la Comunidad como un ente enteramente distinto de los Estados miembros⁵⁷. En el ordenamiento comunitario a menudo los Estados miembros actúan como brazos ejecutivos e incluso legislativos de la Comunidad, sería absurdo considerar que los derechos fundamentales derivados de los principios generales del Derecho comunitario sólo limitan a las instituciones comunitarias y no limitan a los Estados miembros actuando como «órganos comunitarios».

Asimismo, además de constituir un límite a la actuación de los poderes públicos estatales cuando apliquen el Derecho de la Unión, los derechos fundamentales contenidos en los principios generales del Derecho comunitario constituyen un límite a la actuación de los Estados miembros cuando se acogen a una de las excepciones que permiten la no aplicación de las denominadas libertades fundamentales establecidas en el Tratado. En efecto, cuando un Estado miembro se acoge a una de las excepciones permitidas en el ámbito de las cuatro libertades se supone que estaría actuando dentro del ámbito del Derecho comunitario y por ello se podría someter su regulación al control del juez comunitario tomando también como parámetro los derechos fundamentales⁵⁸.

⁵⁶ En el asunto *Wachauf* (Sentencia de 13 de julio de 1989. Asunto 5/88. Rec. 1989, pág. 2609) el Tribunal consideró que «las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario(...) vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria, de lo que resulta que estos últimos están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no menoscaben tales exigencias». Ver en R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*. Madrid. 1994, págs. 648 y ss. WEILER & LOCKHART, «Taking Rights Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence». 32 *Common Market Law Review*. 1995, pág. 51, primera parte y pág. 579 segunda parte. CRAIG & DE BÚRCA, *The Evolution of EU Law 2002* (3 ed.) 337-349.

⁵⁷ WEILER & LOCKHART, «Taking Rights Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence». 32 *Common Market Law Review*. 1995, pág. 73.

⁵⁸ Así lo afirmó el Tribunal de Justicia en el asunto *Elliniki Radiophonia Tiléorassi (ERT)* (Sentencia de 18 de junio de 1991. Asunto 260/89. Rec. 1991, pág. I-2925). En efecto, para el Tribunal de Justicia «cuando un Estado miembro invoca los artículos 56 y 66 del Tratado para justificar una normativa que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación, prevista por el Derecho comunitario, debe interpretarse a la luz de los principios generales del derecho y especialmente de los derechos fundamentales. De este modo la normativa nacional de que se trata no podrá acogerse a las excepciones establecidas por los artículos 56 y 66 más que si es conforme con los derechos fundamentales, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia».

La misma jurisprudencia se aplicará en el caso del resto de libertades fundamentales, tal y como se confirmó en el asunto *Familiapress* (Sentencia de 26 de junio de 1997, asunto 308/95. Rec. 1997, pág. I 3089) en donde se juzgaba la conformidad con el artículo 28 del Tratado de una regulación austriaca que prohibía la venta de publicaciones periódicas que contenían juegos-concursos dotados de premios. La razón alegada era la protección de los pequeños editores en un campo tan sensible como la libertad de expresión de la com-

2. *La aplicación del principio de proporcionalidad para determinar la conformidad de las regulaciones públicas con los derechos fundamentales económicos*

En el ámbito de la interpretación de los derechos fundamentales económicos como límite a la actuación de los poderes públicos, tanto los comunitarios como los estatales «cuando apliquen el Derecho de la Unión», el Tribunal de Justicia parece venir admitiendo el uso del principio de proporcionalidad en toda su extensión como instrumento para determinar cuándo una regulación vulnera un derecho fundamental.

Así, por ejemplo, en *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*⁵⁹ el Tribunal de Justicia consideró que a la hora de determinar si una regulación comunitaria vulnera el derecho de propiedad era necesario examinar «si las restricciones establecidas por la reglamentación objeto de litigio responden efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad, y *no constituyen, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable* en las prerrogativas del propietario, lo que supondría un atentado a la esencia del derecho de propiedad»⁶⁰.

En el asunto *Fedesa*⁶¹ los recurrentes ante el tribunal nacional, las compañías farmacéuticas, los granjeros y los veterinarios, alegaban que la prohibición de utilizar hormonas para el engorde del ganado vulneraba sus derechos económicos individuales pues les impone excesivos costes. Más en concreto la prohibición de la utilización de hormonas, que no se habían demostrado dañinas para la salud humana, imponía unas pérdidas financieras considerables sobre determinados operadores económicos que no se verían compensadas por los beneficios para el interés general que se derivarían de la medida de prohibición. No se alega sino que la medida tiene unos costes sobre los derechos económicos de los sectores perjudicados que no se ven compensados por los beneficios que la misma reporta.

petencia realizada por los grandes periódicos a través del ofrecimiento de premios. La medida se consideró que obstaculizaba la libre circulación de mercancías pero se consideró justificada por una nueva exigencia imperativa, el mantenimiento del pluralismo en la prensa. Además de someterse la medida al control del Tribunal tomando como parámetro el artículo 28, el Tribunal afirmó que procedía señalar que, cuando un Estado miembro invoca exigencias imperativas para justificar una legislación que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación debe interpretarse también a la luz de los principios generales del Derecho y especialmente de los derechos fundamentales tal como ya había establecido el Tribunal en el asunto *ERT*.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 1979 C- 44/79. Rec. 1979, pág. 3727.

⁶⁰ Apartado 23.

⁶¹ Sentencia de 13 de noviembre de 1990, asunto 331/88. Rec. 1990, pág. I-4023. Más recientemente en el asunto *Booker Aquaculture* (Sentencia de 10 de julio de 2003, asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00) el Tribunal de Justicia afirmaba refiriéndose al derecho de propiedad que «los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas absolutas, sino que deben tomarse en consideración atendiendo a su función dentro de la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio de tales derechos, en particular, en el ámbito de una organización común de mercados, siempre que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que lesione la propia esencia de esos derechos».

En este sentido el Tribunal de Justicia admite que además de tener que ser la medida adecuada y necesaria, las desventajas que causa la medida no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos que persigue⁶².

Sin embargo, en la práctica el Tribunal de Justicia se ha mostrado deferente con las instituciones comunitarias al controlar sus regulaciones adoptando como parámetro los derechos económicos que estarían reconocidos en los principios generales del derecho comunitario. El Tribunal no suele aplicar, en la práctica, la ponderación costes/beneficios, tercera comprobación que conforma el principio de proporcionalidad, para declarar la disconformidad con el ordenamiento comunitario de una medida comunitaria que afecte a un derecho fundamental económico reconocido en los principios generales del Derecho.

Es por ello por lo que es posible afirmar que el Tribunal de Justicia, en cierta manera ha asumido una doctrina que podemos denominar de neutralidad relativa del Tratado en lo que se refiere al modelo económico en cuanto parece otorgar un cierto margen de apreciación a los poderes comunitarios a la hora de afectar a los derechos fundamentales económicos⁶³.

Ciertamente al realizar el control de las regulaciones comunitarias tomando como parámetro los derechos fundamentales económicos el Tribunal parece aplicar el principio de proporcionalidad en toda su extensión pero del análisis de los casos concretos se desprende que no realiza una estricta aplicación de las comprobaciones que lo conforman siendo el escrutinio que realiza el Tribunal en la práctica bastante parecido al escrutinio que realizan los tribunales constitucionales nacionales al adoptar como parámetro los derechos fundamentales económicos, un mero test de razonabilidad⁶⁴.

Así, en *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*⁶⁵ se alegaba que la política agrícola comunitaria que impedía el cultivo de viñas vulneraba el derecho de propiedad y de libre empresa. El Tribunal reconoció estos derechos como parte del Derecho comunitario y consideró que de la medida se derivaba una afeción de tales derechos, pero consideró que la restricción impuesta no era excesiva en relación a los objetivos de la política comunitaria en materia agrícola. Para determinar la inexistencia de desproporción el Tribunal considera necesario identificar el objetivo perseguido por la regulación para comprobar su legiti-

⁶² Apartado 13.

⁶³ La neutralidad no puede ser absoluta puesto que el Tratado garantiza la economía de mercado. Ver M. ARAGÓN REYES, *Libertades Económicas y Estado Social*. Madrid. 1995. Sin embargo, sí que es posible afirmar lo que podemos denominar que es una neutralidad relativa que producirá la necesidad de otorgar un margen de apreciación al poder público que supondría la inaplicación de la ponderación costes/beneficios.

⁶⁴ En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha considerado que le corresponde al propio Tribunal determinar si las medidas de reglamentación del uso de los bienes vulneran el artículo 1, del Protocolo adicional n. 1 por no respetar el principio de proporcionalidad. Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo ha considerado que en trance de controlar si se respeta la proporcionalidad únicamente le corresponde «el control de la legalidad y de la finalidad de la restricción que impone la medida estatal al derecho de propiedad». En *Handyside c. Reino Unido* de 7 de diciembre de 1976. Esto es, sólo le correspondería al Tribunal comprobar que la medida de reglamentación del uso de un bien esta prevista en la ley y que la restricción que impone sobre el derecho de propiedad tiene una finalidad o un objetivo legítimo.

⁶⁵ Sentencia 13 de diciembre de 1979. Asunto 44/79. Rec. 1979, pág. 3727.

midad y determinar si existe una relación razonable entre las medidas adoptadas y el objetivo pretendido⁶⁶. Esto no es sino la aplicación de una comprobación de la legitimidad del fin y un mero test de razonabilidad o adecuación para determinar la conformidad de la medida con los derechos fundamentales.

El Tribunal estableció que el objetivo era legítimo en cuanto la regulación comunitaria persigue estabilizar los precios y mejorar la calidad de los vinos y la medida promovía razonablemente los objetivos pretendidos.

En el asunto *Fedesa*⁶⁷ se juzgaba la compatibilidad con los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho comunitario de una normativa europea que prohibía la utilización de hormonas para el engorde del ganado. La utilización de hormonas para el engorde del ganado no se había demostrado científicamente perjudicial para la salud pero existía un rechazo generalizado a su uso por parte de las asociaciones de consumidores. El objetivo del Consejo al prohibir su uso era armonizar la materia estableciendo condiciones iguales en todo el territorio comunitario. Los grupos perjudicados por la regulación comunitaria (las compañías farmacéuticas, los granjeros y los veterinarios) consideraban que la medida comunitaria restringía desproporcionadamente sus derechos económicos individuales.

El Abogado general Mischo en sus conclusiones aplicaba de manera estricta los tres pasos que conforman el principio de proporcionalidad para concluir que la medida no era desproporcionada.

En primer lugar consideraba el Abogado General que la medida era adecuada para calmar la ansiedad, estuviese o no justificada, de los consumidores.

En relación con la posibilidad de alcanzar el objetivo a través de medidas alternativas menos restrictivas de sus derechos de propiedad la parte perjudicada por la medida había sugerido la posibilidad de realizar un etiquetado adecuado de la carne y de mejorar la información del consumidor. El abogado general Mischo, sin embargo, consideró que estas alternativas menos restrictivas no eran tan efectivas como una prohibición total de utilizar hormonas.

En lo que se refiere a la aplicación de la proporcionalidad en sentido propio, el *balancing* propiamente dicho, el Abogado General Mischo afirmaba que se debían ponderar los daños que la prohibición de hormonas causaba a los derechos individuales (económicos) de los perjudicados frente a los beneficios que se derivaban de la medida para el interés general⁶⁸.

⁶⁶ Apartado 23.

⁶⁷ Sentencia de 13 de noviembre de 1990, asunto 331/88. Rec. 1990, pág. I-4023

⁶⁸ El Abogado General consideraba que la preservación de la salud pública debía primar sobre cualquier otra consideración y consideraba que la medida era proporcionada. Sin embargo, no era realmente la salud pública el interés promovido por la medida pues precisamente no existían pruebas de que las hormonas prohibidas fuesen perjudiciales para la salud, sino que existía más bien un rechazo a su uso por los consumidores. La Directiva tal como había sido aprobada por el Consejo, tenía como finalidad explicitada armonizar la materia prohibiendo el uso de hormonas en toda la Comunidad más que la protección de la salud. Realmente lo que se debería ponderar sería si los beneficios que se derivan de la medida, como pueden ser los que se derivan de la propia armonización que la regulación produce o los que se derivan del apaciguamiento de los temores de los consumidores, superan los costes que se producen sobre los derechos económicos de los perjudicados por la medida.

El Tribunal de Justicia, sin embargo, no aplica un escrutinio tan estricto como el sugerido por el Abogado General Mischo que afirmaba la necesidad de ponderar los costes sobre los derechos fundamentales económicos con los beneficios y afirmará que el control de proporcionalidad cuando se trata de una materia en la que el Tribunal ha reconocido discrecionalidad al legislativo comunitario se debe limitar a comprobar si la medida es *manifiestamente inadecuada* para promover el objetivo pretendido⁶⁹. Rechaza así el Tribunal la estricta aplicación del escrutinio sugerida por el Abogado General pues en ningún caso realiza una ponderación de los costes con los beneficios ya que se le debe reconocer un ámbito de discrecionalidad al poder político comunitario.

En el asunto *Reino Unido v. Consejo*⁷⁰ el Reino Unido pedía la anulación de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y que se había aprobado tomando como fundamento el artículo 118 A, que permite al Consejo la adopción de Directivas para promover «la seguridad y la salud de los trabajadores».

El Reino Unido solicitaba que se anulasen las medidas referentes, en particular, a la duración semanal del tiempo de trabajo, las vacaciones anuales retribuidas y los períodos de descanso por considerarlas contrarias al principio de proporcionalidad ya que el nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, que establece la Directiva, puede alcanzarse con medidas menos restrictivas y que impliquen menos obstáculos para la competitividad de la industria y la capacidad de lucro de los particulares. En cierta manera se esta resolviendo si una regulación que limita la jornada laboral restringe la libertad de empresa y de contratación de los operadores económicos de manera desproporcionada.

El Tribunal considera que para determinar si una disposición del Derecho comunitario está de acuerdo con el principio de proporcionalidad aplicado en el caso en el ámbito de los derechos fundamentales, es necesario verificar si los medios elegidos son aptos para la realización del objetivo pretendido –que no es sino la comprobación de la adecuación– y si no van más allá de lo que es necesario para lograrlo –que no es sino la comprobación de la necesidad–. No refiriéndose en ningún momento a si una vez superados los pasos anteriores se debe realizar una ponderación de los costes con los beneficios.

Respecto al control jurisdiccional de los requisitos explicitados, el Tribunal considera que debe reconocerse, sin embargo, al Consejo una amplia facultad de apreciación, por tratarse de un ámbito que implica que el legislador se pronuncie sobre opciones de política social y realice valoraciones complejas.

Así, en lo que se refiere al control de la adecuación el Tribunal afirmará que las medidas relativas a la ordenación del tiempo de trabajo que constitu-

⁶⁹ Apartado 13.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1996, Asunto C-84/94. Rec. 1996 pág. I-05755.

yen el objeto de la Directiva contribuyen directamente a la mejora de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y, por consiguiente, no pueden considerarse inadecuadas para la consecución del objetivo pretendido.

En lo que se refiere al control de la necesidad considera el Tribunal que el Consejo no ha incurrido en un error manifiesto al considerar que las medidas controvertidas eran necesarias para alcanzar el objetivo de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores⁷¹.

No se produce en ningún momento una ponderación costes/beneficios; para el Tribunal de Justicia una regulación susceptible de restringir determinados derechos y libertades de las partes que establecen una relación laboral es conforme con el Derecho comunitario si es adecuada y necesaria para promover un legítimo objetivo.

Del análisis de la jurisprudencia comunitaria se desprendería que en la práctica no se produce *balancing* alguno a la hora de comprobar si una regulación pública vulnera un derecho fundamental económico. El Tribunal de Justicia bien no admite que el *balancing* constituya un instrumento de control bien admitiéndolo teóricamente, parece luego ser plenamente deferente en la práctica con la ponderación realizada por los poderes públicos en virtud de la necesidad de otorgar a los poderes políticos un margen de apreciación en la adopción de decisiones que implican valoraciones complejas.

IV. EL SOMETIMIENTO DE LA ACTUACIÓN DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD RECOGIDO EN EL ARTÍCULO 5 DEL TRATADO CE

El Tratado de Maastricht de 1992 introdujo en el Tratado CE los principios de subsidiariedad y proporcionalidad como límites generales al ejercicio de las competencias comunitarias. La decisión de limitar el ejercicio de las competencias comunitarias a través de tales principios se produce tras el debate que se ocasiona en los Estados miembros con el establecimiento, en el Acta Única Europea, del principio de mayoría para la adopción de decisiones en el Consejo en determinadas materias entre las que podríamos destacar las medidas relacionadas con la realización del mercado interior (art. 95 TCE). Hasta el Acta Única el «Compromiso de Luxemburgo» de 1966 había impuesto la una-

⁷¹ El Reino Unido consideraba que la disposición recurrida no puede considerarse una «disposición mínima» pues en su opinión el nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, que establece, puede alcanzarse con medidas menos restrictivas y que impliquen menos obstáculos para la competitividad de la industria y la capacidad de lucro de los particulares.

Sin embargo, sólo se anuló el precepto que establecía como día de descanso el domingo porque el Consejo no logró explicar porqué el domingo, como día de descanso semanal, tiene una relación más importante con la salud y la seguridad de los trabajadores que otro día de la semana. Pero ello se hizo por considerar al Consejo incompetente tomando como base el artículo 118 para determinar el día concreto y no por considerar la decisión de establecer un día de descanso como desproporcionada.

nimidad para la adopción de las decisiones comunitarias. Sin embargo, la adopción de la regla de la mayoría en el Acta Única supone un terremoto político resultado de la imposibilidad de que cada Estado pueda controlar políticamente, a partir de entonces, las decisiones comunitarias.

Como respuesta a la pérdida de la capacidad de veto de cada uno de los Estados miembros, lo que constituye una pérdida de importancia de las garantías políticas de la descentralización, se introducen en el Tratado una serie de garantías jurídicas de la descentralización: el principio de subsidiariedad y el principio de proporcionalidad⁷².

En el artículo 5 (antiguo 3B) párrafo 3 del Tratado CE se establece el principio de proporcionalidad al afirmar que «ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado»

Tal caracterización del principio de proporcionalidad se ha considerado por la doctrina que carecería de la tercera comprobación que conforma, de acuerdo con la caracterización de la dogmática, el principio de proporcionalidad, el *balancing* o ponderación costes/beneficios⁷³. En efecto, la literalidad del precepto parece estar acogiendo un mutilado principio de proporcionalidad conformado por la comprobación de la adecuación y la de la necesidad puesto que estaría permitiendo que las instituciones comunitarias adopten medidas tendentes a alcanzar determinados objetivos mientras no excedan de lo necesario para alcanzarlos, lo cual no es otra cosa sino la comprobación de la existencia de alternativas menos restrictivas.

A partir de 1992 es posible encontrar en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la alusión al principio de proporcionalidad desde dos perspectivas como principio general del derecho comunitario sin necesidad de vincularlo con artículo alguno del Tratado y como principio general del Derecho explícitamente constitucionalizado en el artículo 5.

La interpretación en ambos casos de los elementos que conforman tales principios es esencialmente la misma. En este apartado analizaremos la apli-

⁷² Sin embargo, la doctrina ha señalado cómo en la aplicación de tales principios las instituciones comunitarias gozan de un amplio margen de apreciación siendo así que la afirmación de su carácter justificable raramente podrá traducirse en la anulación de un acto comunitario como consecuencia de su violación. De acuerdo con ciertas interpretaciones doctrinales de la jurisprudencia comunitaria sobre la aplicación de la subsidiariedad, el principio no operaría como un estricto escrutinio sustantivo sino más bien como un elemento esencial en la motivación de los actos comunitarios. J. DIEZ HOCHLEITNER, «El Futuro del Sistema Competencial Comunitario: Algunas propuestas de Reforma» en *La Encrucijada Constitucional de la Unión Europea*. (dir. García de Enterría), 2002, pág. 90 y ss.

⁷³ Así lo sostiene GALETTA cuando afirma que «el principio de proporcionalidad –aunque limitado al aspecto relativo a la necesidad– ha sido directamente incluido en el Tratado» en Maastricht en el artículo 3B. D. GALETTA, «El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comunitario» en «El Principio de Proporcionalidad». *Cuadernos de Derecho Público* nº 5 sept.-dic. INAP. 1998, pág. 78. En el mismo sentido BARNES que considera que el principio de proporcionalidad constitucionalizado en el artículo 5 se habría limitado a contener uno de los subprincipios que lo integran, el de la necesidad de la intervención. Si bien reconoce que el principio de necesidad presupone el de idoneidad y por tanto el único subprincipio del que carecería el principio constitucionalizado en el artículo 5 sería el de proporcionalidad en sentido propio, es decir el *balancing*. J. BARNES, «La distribución de competencias entre la Unión Europea y los Estados» en *Constitución Europea, Constituciones Internas e Integración*. *Cuadernos de Derecho Público* nº 13. 2001, pág. 69 y ss.

cación que se ha realizado en la jurisprudencia del principio de proporcionalidad recogido en el artículo 5 del Tratado.

En una primera línea jurisprudencial se habría considerado que el principio de proporcionalidad constitucionalizado en el artículo 5 del Tratado CE se compone de las tres tradicionales comprobaciones, incluida la ponderación costes/beneficios 1).

Sin embargo, en una segunda línea jurisprudencial se habría caracterizado el principio de proporcionalidad recogido en el artículo 5 omitiéndose la tercera comprobación, la ponderación costes/beneficios 2)⁷⁴.

1) Así, en el asunto *Reino Unido v. Consejo*⁷⁵ el Tribunal de Justicia consideró que el principio de proporcionalidad recogido en el artículo 5 «exige que, cuando se adopte una medida para prohibir o limitar el ejercicio de una actividad económica, dicha medida sea adecuada y necesaria para la consecución de los objetivos perseguidos; que, cuando deba optarse entre varias medidas, se elija la menos restrictiva y, por último, que los inconvenientes que resulten de ella no sean desmesurados en relación con los objetivos perseguidos»⁷⁶.

Tal caracterización contiene los sucesivos pasos que de acuerdo con la dogmática conforman el principio de proporcionalidad en toda su extensión.

Sin embargo, a la hora de realizar la aplicación práctica de tal principio el Tribunal afirmará que «en el caso de ejercicio legislativo de una facultad discrecional, la medida adoptada no debe ser *manifiestamente inadecuada* en relación con los objetivos perseguidos»⁷⁷.

Se adopta así el criterio de «la manifiesta inadecuación», criterio que supone una laxa aplicación de las dos primeras comprobaciones que conforman el principio de proporcionalidad y una desaparición práctica de la tercera comprobación, el *balancing*.

La laxa aplicación de las dos primeras comprobaciones se manifiesta cuando el Tribunal afirma que «si bien no puede descartarse que se hubieran podido considerar otros medios menos gravosos para alcanzar el resultado perseguido, este Tribunal no puede sustituir la apreciación del Consejo sobre el carácter más o menos adecuado de las medidas escogidas por el legislador comunitario, por su propia apreciación, en la medida en que no se ha aportado la prueba de que dichas medidas fueran manifiestamente inadecuadas para alcanzar el objetivo perseguido»⁷⁸.

Para el Tribunal de Justicia las Instituciones comunitarias disponen de una amplia facultad de apreciación, únicamente el carácter manifiestamente

⁷⁴ Recordemos que de la literalidad del artículo 5 del Tratado parece desprenderse que la comprobación de la proporcionalidad en sentido propio o ponderación de los costes y los beneficios no forma parte del principio de proporcionalidad allí constitucionalizado.

⁷⁵ Sentencia de 19 de noviembre de 1998, C-150/94. Rec. 1998.

⁷⁶ Apartado 74.

⁷⁷ Apartado 74.

⁷⁸ Apartado 83.

inadecuado de una medida con respecto al objetivo que la Institución competente pretende alcanzar, puede afectar a la legalidad de ésta.

Tan laxa aplicación se justificaría en que el Consejo se ve obligado a actuar como árbitro entre intereses divergentes y a escoger determinadas alternativas en el marco de las opciones políticas de su propia responsabilidad⁷⁹.

Junto a la adopción del criterio de la manifiesta inadecuación también se ha expresado esta flexible aplicación de los sucesivos pasos que conforman el principio de proporcionalidad recogido en el artículo 5 del Tratado CE cuando el Tribunal de Justicia ha precisado que, «tratándose de la evaluación de una situación compleja las Instituciones comunitarias gozan de una amplia facultad de apreciación. Al controlar la legalidad del ejercicio de tal competencia, el Juez debe limitarse a examinar si adolece de error manifiesto o de desviación de poder o si la Institución ha sobrepasado manifiestamente los límites de su facultad de apreciación» Hecho este último que se produciría si la medida fuese manifiestamente inadecuada para alcanzar los objetivos perseguidos⁸⁰.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que aunque en un primer momento parezca caracterizarse el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 5 del Tratado de manera que contiene también la ponderación costes/beneficios; en un segundo momento se considera que el juez comunitario debe otorgar a las instituciones comunitarias un margen de apreciación que en la práctica no supone sino la práctica desaparición del *balancing*.

2) En una segunda línea jurisprudencial interpretando el artículo 5 del Tratado, el Tribunal de Justicia, al caracterizar las sucesivas comprobaciones que componen el principio de proporcionalidad, omite la tercera, la ponderación de los costes con los beneficios.

Así, por ejemplo, en el asunto *Hilmar Kellinghusen*⁸¹ afirmaba el Tribunal respecto a la supuesta violación del principio de proporcionalidad contenido en el artículo 5 del Tratado que «procede recordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual, para determinar si una disposición del Derecho comunitario está de acuerdo con dicho principio, es necesario verificar si los medios elegidos son aptos para la realización del objetivo pretendido y no van más allá de lo que es necesario para lograrlo»⁸².

Caracterización que no parece incluir la tercera comprobación, la ponderación costes/beneficios.

Se produce por tanto en la aplicación por el Tribunal de Justicia del principio de proporcionalidad recogido en el artículo 5 párrafo tercero del Tratado como

⁷⁹ Apartado 87.

⁸⁰ Véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de febrero de 1996, *Francia e Irlanda v. Comisión*, asuntos acumulados C-296/93 y C-307/93, Rec. pág. I-795, apartado 31.

⁸¹ Sentencia de 22 de octubre de 1998, asuntos acumulados C-36/97 y C-37/97. Rec. 1998.

⁸² Apartado 33.

parámetro de control de las regulaciones comunitarias bien un reconocimiento de la necesidad de conceder un margen de apreciación a las instituciones políticas comunitarias que supone *de facto* la desaparición del *balancing*, bien una omisión de tal *balancing* en la caracterización del principio de proporcionalidad constitucionalizado en el artículo 5 del Tratado CE.

V. CONCLUSIÓN

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los tres ámbitos analizados se desprende una cierta contradicción entre la adopción teórica del *balancing* como instrumento fundamental para determinar la constitucionalidad de las regulaciones de los poderes públicos y la aplicación práctica de tal instrumento.

Si exceptuamos el caso de las regulaciones de los Estados miembros que promueven la protección al consumidor frente al riesgo de confusión que se vienen considerando susceptibles de vulnerar el precepto que garantiza la libre circulación de mercancías a través de una verdadera aplicación del *balancing*⁸³, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es difícil encontrar supuestos en los que realmente se produzca una verdadera utilización de tal instrumento jurídico para controlar la conformidad de la actuación de los poderes públicos con el texto fundamental comunitario.

Tal contradicción no es sino la manifestación de los problemas que se derivarían de la utilización del *balancing* como instrumento de control del poder político por parte de los órganos jurisdiccionales. Problemas derivados de la dificultad, por no decir imposibilidad, de reducir los intereses en conflicto a una escala de medición común que nos permita considerar que la ponderación costes/beneficios es jurídica y objetivamente posible.

En los tres ámbitos analizados, con la excepción señalada de la aplicación del *balancing* para fiscalizar, en determinados supuestos, la vulneración de la garantía de la libre circulación de mercancías, es posible mantener que el Tribunal de Justicia habría asumido, al reconocer la necesidad de otorgar un margen de apreciación a los poderes públicos, que no le corresponde al órgano jurisdiccional ponderar entre los intereses en conflicto pues tal ponderación en ausencia de criterios objetivos en el propio texto fundamental no supondría sino una determinación discrecional. Determinación que en ausencia de una atribución constitucional explícita de tal capacidad discrecional a un órgano jurisdiccional debería corresponder a los órganos políticos⁸⁴.

⁸³ Aunque el hecho de que se haya aplicado el *balancing* en algunos otros supuestos como los señalados en la nota 27 es ciertamente preocupante.

⁸⁴ Quizás sea en el ámbito de los derechos fundamentales civiles, en terminología norteamericana y por oposición a los derechos económicos, donde podría tener sentido atribuir tal capacidad discrecional –que justificaría la utilización del *balancing*– a un órgano jurisdiccional; precisamente como consecuencia del reconocimiento a tal órgano jurisdiccional de una función contramayoritaria que supondría que le corresponde garantizar tales derechos frente a las mayorías políticas incluso a través de la utilización del

Sin embargo, el Tribunal se muestra reacio a realizar un pronunciamiento claro en la línea de negar su capacidad general de ponderar y así, aunque en la práctica no pondere, parece seguir manteniendo su capacidad teórica de hacerlo.

La falta de un pronunciamiento claro entraña asimismo su peligro en un sistema jurídico como el comunitario, donde teóricamente cualquier juez nacional en virtud de la declarada supremacía del Derecho comunitario podría inaplicar una norma estatal por considerarla contraria al mismo, pues supone que cualquier juez puede someter la actividad de los poderes públicos estatales ligada al ordenamiento europeo o que pueda restringir cualquiera de las libertades comunitarias al principio de proporcionalidad en toda su extensión y por tanto a la ponderación de los costes con los beneficios. Sería más didáctico que el Tribunal de Justicia declarase su incapacidad general de ponderar de forma que se diesen pautas más claras de interpretación a los tribunales nacionales actuando como jueces comunitarios.

balancing. En la línea de lo sostenido por el Juez Jackson en *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943) en 638 el propósito de los derechos fundamentales constitucionales fue apartar ciertas materias del ámbito de la controversia política, de manera que tales materias quedasen fuera del alcance de las mayorías y se estableciesen como principios legales para ser aplicados por los tribunales. Para Jackson, «los derechos a la vida, la libertad y propiedad, la libertad de expresión, la libertad religiosa y de reunión entre otros derechos fundamentales no pueden someterse a los resultados electorales». Parece que algunos jueces del Tribunal Supremo de los Estados Unidos habrían considerado legítima la utilización del *balancing* en este concreto campo aunque hayan negado la legitimidad del uso de tal instrumento, por ejemplo, en el ámbito de los preceptos que garantizan la libre circulación. En este sentido, considera Scalia que en el ámbito de los derechos fundamentales, el *balancing* es la esencia de la función jurisdiccional como poder no político aunque propugna el abandono del *balancing* en el ámbito de la Cláusula de Comercio durmiente *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises*, 486 U.S. 888 (1988). Es necesario señalar, sin embargo, que dentro de los derechos fundamentales, los derechos económicos constituirían un caso especial pues el reconocimiento del valor que tiene en la conformación de la economía el pluralismo político y la inexistencia de un modelo constitucional económico cerrado habría producido que en este concreto ámbito se le haya reconocido al poder político un margen de apreciación que excluiría la posibilidad de controlar la constitucionalidad a través del *balancing*. Ello no supone que tales derechos económicos quedan desprotegidos pues sería posible acudir a otros instrumentos jurídicos como son en nuestro sistema la garantía del contenido esencial o de la garantía institucional.