CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. L.A. GEELHOED

presentadas el 13 de diciembre de 2001 [1]

I. Introducción

1. En el presente procedimiento prejudicial, el Tribunal de Justicia debe responde a la cuestión de si una norma nacional que prohíbe la presencia de un microorganismo patógeno —la *Listeria monocytogenes*— en productos de pescado ahumados destinados al consumo humano es compatible con el Derecho comunitario. El Bezirksgericht Innere Stadt Wien ha solicitado la interpretación de la Directiva 91/493/CEE del Consejo, de 22 de julio de 1991, por la que se fijan las normas sanitarias aplicables a la producción y a la puesta en el mercado de los productos pesqueros (en lo sucesivo, «Directiva»). [2] La respuesta a esta cuestión implica apreciar también la compatibilidad de tal nivel de «tolerancia cero» con los artículos 28 CE y 30 CE, relativos a la libre circulación de mercancías.

II. Marco jurídico

A. *Derecho comunitario*

2. La Directiva contiene requisitos esenciales para que exista una higiene correcta durante la manipulación de los productos pesqueros frescos o transformados en todas las fases de la producción, así como durante el almacenamiento y el transporte. [3] En parte, estos requisitos básicos están formulados de forma bastante detallada; en otros aspectos consisten en normas generales que precisan un desarrollo posterior.

3. Conforme al artículo 3, apartado 1, letra d), de la Directiva, para su comercialización los productos pesqueros capturados en su medio natural deberán cumplir el requisito de haber sido sometidos a un control sanitario ajustado a los requisitos fijados en el capítulo V del anexo. La segunda parte de este capítulo establece requisitos especiales para varios controles, entre ellos los microbiológicos. Respecto a estos controles microbiológicos, el

1 — Lengua original: neerlandés.

2 — DO L 268, p. 15.

3 — Véase el cuarto considerando de la exposición de motivos.

capítulo V, parte II, punto 4, establece que, en aplicación del artículo 15 de la Directiva, la Comisión o el Consejo podrán establecer criterios microbiológicos, cuando sea necesario para la protección de la salud pública.

4. El artículo 6, apartado 1, de la Directiva obliga a los Estados miembros a velar por que los responsables de establecimientos o de buques factoría tomen todas las medidas necesarias para que en todas las fases de la producción de los productos pesqueros se cumplan las normas sanitarias, especialmente por lo que se refiere a la identificación de puntos críticos y al establecimiento y puesta en marcha de métodos de vigilancia de control de dichos puntos críticos. Conforme al artículo 6, apartado 3, de la Directiva, las normas de desarrollo de estos principios deben aprobarse con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 15 de la Directiva

5. Basándose fundamentalmente en al artículo 6, apartado 3, de la Directiva, la Comisión adoptó, el 20 de mayo de 1994, la Decisión 94/356/CE, por la que se establecen las disposiciones de aplicación de la Directiva 91/493/CEE del Consejo en lo relativo a los autocontroles sanitarios de los productos pesqueros (en lo sucesivo, «Decisión»).[4]

6. El artículo 2, apartado 1, de la Decisión define el «punto crítico» a efectos del primer guión del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva, como «todo punto, etapa o procedimiento en el que pueda evitarse, eliminarse o reducirse a un nivel aceptable cualquier peligro para la seguridad alimentaria mediante un control adecuado». Para la identificación de estos puntos críticos, serán aplicables las disposiciones que figuran en el capítulo I del anexo de la Decisión.

7. El punto 6 del capítulo I se refiere a la elaboración de la lista de peligros y medidas necesarias para controlarlos. El punto 6, letra a), del capítulo I establece que, por «peligro» se entenderá «todo lo que pueda resultar perjudicial para la salud y esté incluido en los objetivos higiénicos de la Directiva 91/493/CEE». Más concretamente, se puede tratar de «índices inaceptables de contaminación» de tipo biológico, incluso la causada por microorganismos, y de la pervivencia o la multiplicación de «índices inaceptables» de microorganismos patógenos. Conforme al punto 6, letra b), del capítulo I, las medidas de control corresponderán a tareas que puedan utilizarse para prevenir un peligro, eliminar o reducir a un «nivel aceptable» sus efectos o la probabilidad de su aparición. Además, varios peligros pueden controlarse con una sola medida de control. Se menciona como ejemplo que la «pasteurización o la cocción controlada pueden proporcionar garantías de una reducción suficiente del nivel tanto de las salmonellas como de las listerias».

4 — DO L 156, p. 50.

B. *Normativa nacional*

8. Conforme al artículo 51 de la Lebensmittelgesetz 1975 (en lo sucesivo, «LMG»), [5] el Bundesminister für Gesundheit und Umweltschutz (Ministro federal de Sanidad y Protección del Medio Ambiente) establecerá el *Codex Alimentarius Austriacus* (Código Alimentario Austriaco). Dicho Código contiene especificaciones técnicas, definiciones, métodos de análisis y principios de valoración, así como directrices para la comercialización de las mercancías sujetas a dicha Ley federal. La jurisprudencia nacional ha establecido que el Código Alimentario no tiene carácter reglamentario, sino que ofrece un marco de control, de aplicación general, para la protección de consumidores.

9. Conforme al artículo 52, apartado 1, de la LMG, debía crearse la llamada Comisión del Código, con la misión de asesorar al Ministro federal en asuntos relacionados con dicha Ley, así como de elaborar el *Codex Alimentarius Austriacus*. Según el artículo 53 de la LMG, la Comisión del Código designa, a su vez, un Comité de Higiene, órgano de consulta en el que están representados diversos grupos de interés.

10. Conforme al artículo 8, letra a), de la LMG, los productos alimenticios y bienes de consumo son perjudiciales para la salud cuando pueden poner en peligro o perjudicar la salud. El artículo 56, apartado 1, número 1, de la LMG establece que el que comercializare productos alimenticios o bienes de consumo perjudiciales para la salud será sancionado. El artículo 57, apartado 1, de la citada Ley sanciona asimismo la conducta negligente a este respecto.

11. El Derecho austriaco se adaptó a la Directiva y a la Decisión mediante la Verordnung der Bundesministerin für Frauenangelegenheiten und Verbraucherschutz über Hygienebestimmungen für das Inverkehrbringen von Fischerzeugnissen (Reglamento de la Ministra federal de Asuntos de la Mujer y Protección de los Consumidores por el que se establecen disposiciones sanitarias para la comercialización de productos pesqueros; en lo sucesivo, «Fischhygieneverordnung»). [6]

III. Hechos, procedimiento y cuestión prejudicial

12. El órgano jurisdiccional remitente describió los hechos y los antecedentes del procedimiento principal de la siguiente forma.

5 — BGBl. 1975, nº 86, modificado.

6 — BGBl. 1997, nº 260.

13. Al Sr. W. Hahn o a los responsables de la empresa Nordsee GmbH se les imputa una presunta negligencia en la comercialización de productos alimenticios perjudiciales para la salud. En concreto, alrededor de finales de 1998 y principios de 1999 se realizó una serie de tomas de muestras en la sede central y en las filiales de Nordsee GmbH, así como en supermercados a los que dicha empresa suministró productos de la pesca. Las muestras se recogieron, en parte, en inspecciones rutinarias de control de productos alimenticios y, en parte, a raíz de denuncias presentadas tras detectarse síntomas de intoxicación alimenticia. Los productos alimenticios rechazados posteriormente eran productos de la pesca ahumados (salmón ahumado de primera, salmón ahumado danés, salmón ahumado del Mar del Norte, en lonchas y rollitos).

14. El examen sensorial de las mercancías (aspecto, olor y sabor) no puso de manifiesto ninguna particularidad llamativa; la fecha de caducidad aún no había expirado. Sin embargo, en el caso de los productos alimenticios de que se trata se detectó contaminación por *Listeria monocytogenes*, en todos los casos en muestras de 25 g cada una. Aparte de este análisis cualitativo, no se llevó a cabo ningún análisis cuantitativo. Los productos alimenticios fueron rechazados y se incoaron diligencias penales.

15. El órgano jurisdiccional nacional indica que el 9 de febrero de 1998 el Comitié de Higiene estableció un procedimiento para la valoración de la *Listeria monocytogenes*. Según este procedimiento, en muestras de un peso neto constante de 25 g del producto, tanto en el caso de productos no transformados pero, por lo demás, estabilizados (por ejemplo, como consecuencia de su ahumado, salazón o envasado al vacío) como en el de productos alimenticios crudos listos para su consumo y también en productos alimenticios tras su calentamiento, sólo puede darse una valoración negativa si la *Listeria monocytogenes* «no es detectada en 25 g» (tolerancia cero). Por tanto, siempre que se detecte *Listeria monocytogenes* el producto alimenticio debe considerarse perjudicial para la salud.

16. Según los resultados de investigaciones científicas, según el órgano jurisdiccional remitente, tal tolerancia cero no está justificada. Ello se debe, en particular, al hecho de que la *Listeria monocytogenes* está extraordinariamente extendida tanto en el medio ambiente como en los productos alimenticios y sólo provoca un número muy reducido de patologías clínicas. Además, es imposible conseguir su total ausencia en la manipulación de productos alimenticios, aun en buenas condiciones de producción.

17. Sin embargo, el 30 de marzo de 1998 el Comité de Higiene competente decidió mantener el nivel de tolerancia cero. Esta decisión fue posteriormente relativizada en el sentido de que en el caso de productos no tratados con calor, pero conservados por medios químicos, un valor máximo de hasta 100 listerias por gramo no se considera perjudicial para la salud.

18. El órgano jurisdiccional nacional considera que, para el procedimiento penal, reviste importancia fundamental la cuestión de si una disposición legal puede imponer un nivel de tolerancia cero en el caso de *Listeria monocytogenes,* o si los riesgos deben reducirse a un «nivel aceptable» conforme a lo establecido en la Directiva. Por ello, el Bezirksgericht Innere Stadt Wien, mediante resolución de 21 de marzo de 2000, recibida en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 30 de marzo de 2000, solicitó al Tribunal de Justicia una decisión prejudicial sobre la siguiente cuestión:

«La Directiva 91/493/CEE del Consejo, de 22 de julio de 1991, por la que se fijan las normas sanitarias aplicables a la producción y a la puesta en el mercado de los productos pesqueros, a la que se adaptó el Derecho interno mediante la Verordnung der Bundesministerin für Frauenangelegenheiten und Verbrauchershutz über Hygienebestimmungen für das Inverkehrbringen von Fischerzeugnissen (Fischhygieneverordnung; BGBl. nº 260/1997), ¿debe interpretarse en su totalidad en el sentido de que se opone a la aplicación de disposiciones nacionales con arreglo a las cuales en el caso de productos de la pesca no conservados por medios químicos (en particular, el salmón ahumado) se establece un nivel de tolerancia cero por lo que respecta a la contaminación de dichos productos alimenticios por *Listeria monocytogenes?*»

19. Presentaron observaciones escritas el Sr. Hahn, la Staatsanwaltschaft (Ministerio Fiscal) Wien, la República de Austria y la Comisión. El 23 de octubre de 2001 se celebró la vista oral, en la que el Sr. Hahn y la Comisión explicaron sus puntos de vista.

IV. Apreciación

A. *Introducción*

20. El núcleo de la cuestión planteada por el Bezirksgericht consiste en si el Derecho comunitario permite a un Estado miembro mantener el nivel de tolerancia cero en relación con la *Listeria monocytogenes* en productos de la pesca no conservados por medios químicos, en especial, en el salmón ahumado.

21. En sus observaciones, el Sr. Hahn, la República de Austria y la Comisión se refirieron tanto al Derecho comunitario derivado como a las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías. El Sr. Hahn sugiere al Tribunal de Justicia interpretar la Directiva y, subsidiariamente, los artículos 28 CE y 30 CE en el sentido de que se oponen a las normas nacionales que imponen el mencionado nivel de tolerancia cero. La República de Austria y la Comisión opinan que dicho nivel de tolerancia cero es compatible con el Derecho comunitario.

22. Como se verá a continuación, comparto el criterio de la República de Austria y de la Comisión. En mi opinión, la aplicación del nivel de tolerancia cero en relación con la *Listeria monocytogenes* en productos de la pesca ahumados, controvertida en el procedimiento principal, está dentro de los límites trazados por la Directiva y también es compatible con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías.

B. *Admisibilidad*

23. En primer lugar, hay que analizar la alegación de la Staatsanwaltschaft Wien en el sentido de que en el Derecho austriaco no existe ningún precepto «sobre la base del cual, en el caso de productos de la pesca no conservados por medios químicos (en especial, el salmón ahumado) se imponga un nivel de tolerancia cero para la contaminación de productos alimenticios por *Listeria monocytogenes*». Según la Staatsanwaltschaft, el Codex indica, en términos generales, cuándo debe considerarse que los productos de la pesca son perjudiciales para la salud pública. Para ello se parte de dictámenes periciales generalmente aceptados, que no vinculan a los jueces ni impiden la libre apreciación de las pruebas. El juez tampoco está vinculado por los dictámenes del Comité Permanente de Higiene. En opinión de la Staatsanwaltschaft, la cuestión planteada por el Bezirksgericht se refiere, por tanto, a una cuestión meramente de hecho.

24. Con ello, la Staatsanwaltschaft intenta de manera implícita que el Tribunal de Justicia se declare incompetente, habida cuenta de que en el procedimiento principal no se suscita ninguna cuestión jurídica. En mi opinión, este argumento es fallido. Para ello, basta con indicar que el Bezirksgericht ha expuesto claramente que la cuestión de la compatibilidad con el Derecho comunitario del nivel de tolerancia cero en el caso de la *Listeria monocytogenes* tiene fundamental importancia para el procedimiento penal, también con independencia del carácter jurídico que las disposiciones controvertidas tengan en Derecho nacional. En la medida en que, desde el punto de vista comunitario, no se permite el nivel de tolerancia cero, en el presente asunto, y según el órgano jurisdiccional nacional, no cabe sancionar al acusado. Por ese motivo, la interpretación del Derecho comunitario que se solicita guarda relación con el objeto del procedimiento principal y se refiere a un litigio real. Consiguientemente, el Tribunal de Justicia es competente para responder a la cuestión prejudicial. [7]

7 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 17 de mayo de 2001, TNT Traco (C-340/99, Rec. p. I-4109), apartados 30 y 31.

C. *Apreciación del nivel de tolerancia cero desde el punto de vista del Derecho comunitario derivado*

25. El Sr. Hahn afirma que la tesis de las autoridades austriacas, conforme a la cual la presencia de *Listeria monocytogenes* en 25 g es automáticamente perjudicial para la salud, contradice las disposiciones de la Directiva y las disposiciones de desarrollo contenidas en la Decisión. Si la *Listeria monocytogenes* no puede estar presente, en ningún caso, en productos de la pesca, indudablemente habrá que expresarlo incluyendo en esas normas el nivel de tolerancia cero. El legislador comunitario, continúa el Sr. Hahn, parte efectivamente, por un lado, de un índice «inaceptable» y, por otro lado (especialmente en relación con la *Listeria monocytogenes*), de una disminución hasta un «nivel aceptable». [8] De ello se deduce que la mera presencia de *Listeria monocytogenes* no basta para excluir de la comercialización determinados productos de la pesca. Además, la norma austriaca establece una ficción en materia de productos alimenticios, al equiparar la presencia de *Listeria monocytogenes* en 25 g a un peligro para la salud pública.

26. Sin embargo, considero que la Comisión y el Gobierno austriaco están en lo cierto al afirmar que el Derecho comunitario derivado no prevé una armonización exhaustiva respecto a los valores límite destinados a combatir la contaminación con *Listeria monocytogenes* de los productos de la pesca ahumados. Así cabe deducirlo de la inexistencia de tales límites concretos en la legislación comunitaria, como del tenor literal y de la sistemática de la Directiva.

27. La propia Directiva no establece criterios microbiológicos, pero, en el anexo, capítulo V, parte II, punto 4, atribuye al legislador comunitario la facultad de establecer criterios microbiológicos de acuerdo con el «procedimiento de comitología» a que se refiere el artículo 15. Hasta el presente únicamente se han adoptado según ese procedimiento criterios para crustáceos y moluscos cocidos. [9] El anexo de la Decisión 93/51 establece en el punto 1 («gérmenes patógenos», para la *Salmonella spp.* el límite de «Ausencia en 25 g». Además, el punto 1 también establece que «la presencia de microorganismos patógenos y sus correspondientes toxinas, determinada en función del análisis de riesgo, no debe afectar a la salud de los consumidores». A este respecto, la Comisión ha señalado que la *Listeria monocytogenes* forma parte indudablemente de estos dos grupos. Sin embargo, dichas normas sólo se refieren al grupo relativamente limitado de crustáceos y moluscos cocidos y no se aplican al salón ahumado o a otros productos de la pesca ahumados.

8 — Véase, en especial, el punto 6, letras a) y b), del capítulo I del anexo de la Decisión, citado en el punto 7 de estas conclusiones.

9 — Decisión 93/51/CEE de la Comisión, de 15 de diciembre de 1992, relativa a los criterios microbiológicos aplicables a la producción de crustáceos y moluscos cocidos (DO 1993, L 13, p. 11). Esta Decisión se basa en el capítulo IV, parte IV, punto 7, letra c), del anexo de la Directiva.

28. Por otra parte, parece que, hasta la fecha, el legislador comunitario únicamente ha señalado límites microbiológicos concretos de *Listeria monocytogenes* para determinados productos lácteos. Para queso y queso de pasta dura, el criterio es el de «ausente en 25 g»; para los demás productos lácteos, «ausente en 1 g». [10]

29. Por tanto, si bien el legislador comunitario está facultado para fijar límites específicos, incluido el de tolerancia cero, para la presencia de *Listeria monocytogenes*, sin embargo, en el caso de productos de la pesca ahumados aún no se han adoptado tales normas de desarrollo concretas. Esto también resulta de lo siguiente. En una recomendación reciente relativa al control de los productos alimenticios, la Comisión ha indicado expresamente que a escala comunitaria todavía faltan normas microbiológicas específicas para el pescado ahumado. [11] Además, en sus observaciones escritas la Comisión ha indicado que, basándose en los criterios del «Scientific Committee on Veterinary Measures Relating to Public Health», relativos a la *Listeria monocytogenes* de 23 de septiembre de 1999, al que me referiré más adelante, está preparando entre tanto una propuesta de Decisión que, entre otras, se basa en la Directiva y en la que se toman en consideración límites microbiológicos concretos para el pescado ahumado.

30. Por otra parte, considero manifiestamente errónea la tesis del Sr. Hahn, conforme a la cual, por «aceptable» en el sentido del punto 6, letras a) y b), del capítulo I del anexo de la Decisión no puede entenderse, en ningún caso, un nivel de tolerancia cero. Basándose en estas disposiciones, los Estados miembros están facultados para establecer mecanismos con el fin de limitar los peligros y riesgos hasta índices «aceptables» a través de a fijación de criterios microbiológicos. La medida en que resultan aceptables las impurezas, la contaminación o el peligro guarda relación con el índice máximo tolerable, por encima del cual ya no puede considerarse que el producto es adecuado para el consumo. No obstante, las citadas normas no contienen un régimen que se base en un valor mínimo. Por tanto, la Decisión no impide que, para determinados riesgos, los Estados miembros consideren aceptable únicamente un nivel de tolerancia cero.

31. A falta de un régimen comunitario exhaustivo, los Estados miembros pueden seguir aplicando su propia normativa, observando, no obstante, las disposiciones generales del Tratado. En consecuencia, procede examinar una normativa como la controvertida en el procedimiento principal a la luz de los artículos 28 CE y 30 CE. [12]

10 — Anexo C, capítulo II, parte a), punto 1, de la Directiva 92/46/CEE del Consejo, de 16 de junio de 1992, por la que se establecen las normas sanitarias aplicables a la producción y comercialización de leche cruda, leche tratada térmicamente y productos lácteos (DO L 268, p.1)

11 — Véase el punto 6.1 de la Recomendación de la Comisión, de 18 de abril de 2001, relativa a un programa coordinado de control oficial de los productos alimenticios para 2001 (DO L 120, p. 41).

12 — En un sentido similar, véanse, por ejemplo, la sentencia de 6 de mayo de 1986, Claude Muller y otros (304/84, Rec. p. 1511), apartado 14, y, más recientemente, la de 3 de diciembre de 1998, Bluhme (C-67/97, Rec. p. I-8033), apartados 11 a 13.

D. *Apreciación del nivel de tolerancia cero a la luz de los artículos 28 CE y 30 CE*

32. A este respecto, es incontestable que la amenaza de una pena, de conformidad con el artículo 56, apartado 1, de la LMG, en relación con el concepto de nocividad para la salud contenido en la misma Ley y la consecución del nivel de tolerancia cero fijado por el Comité de Higiene, prohíbe de hecho la comercialización de productos de la pesca como el salmón ahumado, en los que se haya detectado la presencia de *Listeria monocytogenes*. La prohibición constituye una restricción del comercio contemplada en el artículo 28 CE. Efectivamente, puede obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, la importación en Austria de productos que se fabrican y comercializan legalmente en otros Estados miembros. [13] A este respecto, la resolución de remisión indica que los productos de pescado rechazados siempre procedían, en parte, de Dinamarca y del Mar del Norte. [14]

33. Habida cuenta de que la armonización comunitaria de los valores límite de tolerancia de *Listeria monocytogenes* en los productos de la pesca aún no es completa, se suscita la cuestión de si una medida de estas características puede estar justificada, con arreglo al artículo 30 CE, por razones relacionadas con la protección de la salud de las personas.

34. Según jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, entre los bienes o intereses protegidos por el artículo 30 CE, la salud y la vida de las personas ocupan el primer lugar y 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 los requisitos de la libre circulación de mercancías. En concreto, 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. [15] El Tribunal de Justicia deduce este principio de proporcionalidad de la última frase del artículo 30 CE, conforme al cual las medidas restrictivas basadas en el interés general «no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros». [16]

35. El Tribunal de Justicia ha aclarado estos principios generales especialmente al apreciar normas nacionales relativas al empleo de aditivos en productos alimenticios. Las partes se han referido ampliamente a esta jurisprudencia en sus observaciones escritas y en la vista. [17] Además, en sus observaciones escritas el Gobierno austriaco se refirió brevemente a las sen-

13 — Sentencia de 11 de julio de 1974, Dassonville (8/74, Rec. p. 837), apartado 5. Véase también la sentencia de 6 de junio de 1984, Melkunie (97/83, Rec. p. 2367), apartado 11.

14 — Se desconoce si los productos importados también se comercializaron legalmente en otro Estado miembro. Por lo que se deduce de la resolución de remisión, esta cuestión no se suscita en el procedimiento principal.

15 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 16 de abril de 1991, Eurim-Pharm (C-347/89, Rec. p. I-1747), apartados 26 y 27, y de 19 de marzo de 1991, Comisión/Grecia (C-205/89, Rec. p. I-1361), apartado 8.

16 — Sentencia de 14 de julio de 1983, Sandoz (174/82, Rec. p. 2445), apartado 18.

17 — Por ejemplo, sentencia de 4 de junio de 1992, Debus (asuntos acumulados C-13/91 y C-113/91, Rec. p. I-3617), apartados 13 a 18.

tencias Melkunie [18] y Heijn. [19] Considero que estas sentencias proporcionan, antes que la llamada «jurisprudencia sobre aditivos», la clave para responder al Bezirksgericht.

36. En la sentencia Melkunie el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la compatibilidad con los artículos 28 CE y 30 CE de disposiciones nacionales que limitaban la admisibilidad de microorganismos patógenos en productos alimenticios. El núcleo de aquel procedimiento lo constituían dos requisitos que la normativa neerlandesa vigente a la sazón exigía en el caso de productos lácteos pasteurizados. En primer lugar, prohibía la presencia en 1 ml de productos lácteos pasteurizados de bacterias coliformes cultivables. Sin más ambages, el Tribunal de Justicia declaró que este nivel de tolerancia cero debía considerarse justificado desde el punto de vista del artículo 30 CE. De los autos se deduce que la presencia de bacterias coliformes cultivables en un producto lácteo era indicio de la posibilidad real de que hubiera microorganismos patógenos. Esta presencia constituía además un indicio directo de que el producto podía representar un riesgo real para la salud de las personas. [20]

37. En segundo lugar, la normativa neerlandesa permitía una proporción de microorganismos cultivables de, únicamente, 50.000 por ml (200.000 en el caso de nata para montar). A este respecto, el Tribunal de Justicia declaró que, habida cuenta del estado de las investigaciones científicas, no era posible precisar con certidumbre el número preciso de microorganismos por encima del cual un producto lácteo pasteurizado constituye un peligro para la salud. Por ese motivo, corresponde a los Estados miembros decidir el nivel al que desean garantizar la protección de la salud y de la vida de las personas, teniendo en cuenta, no obstante, las exigencias de la libre circulación de mercancías. Partiendo de esta premisa, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que una norma nacional, destinada a evitar que un determinado producto lácteo no contenga, en el momento de ser consumido, cierta cantidad de microorganismos no patógenos que puedan poner en peligro la salud de algunos consumidores particularmente sensibles, debe ser considerada compatible con las exigencias del artículo 30 CE. [21]

38. La sentencia Heijn confirma que los Estados miembros disponen de una amplia facultad de apreciación en la medida en que, a falta de normas comunitarias en la materia, pueden adoptar normas que sean manifiestamente necesarias para proteger la salud pública en el sentido del artículo 30 CE. En aquel asunto, el Tribunal de Justicia consideró justificada una normativa neerlandesa que prohibía la comercialización de manzanas comercializadas legalmente en Italia por contener 1 mg/kg de vinchlozolina, un residuo de un pesticida. Como es sabido, los pesticidas pueden ser dañinos para la salud de las personas y de los animales. Habida cuenta

18 — Citada en la nota 13.

19 — Sentencia de 19 de septiembre de 1984 (94/83, Rec. p. 3263).

20 — Sentencia Melkunie, citada en la nota 13, apartado 15.

21 — Sentencia Melkunie, citada en la nota 13, apartado 18.

de que las cantidades absorbidas por el consumidor, especialmente en forma de residuos en alimentos y bebidas, son imprevisibles e incontrolables, el Tribunal de Justicia declaró que ello «justifica la necesidad de medidas rigurosas con objeto de limitar los riesgos para el consumidor». Así, los Estados miembros pueden regular la presencia de residuos de estos pesticidas en los productos alimenticios de una manera que puede variar de un país al otro, en función de las circunstancias nacionales, y pueden asimismo diferenciar, para el mismo pesticida, el contenido permitido en cada uno de los distintos alimentos. [22]

39. Por ese motivo hay que comprobar, teniendo en cuenta los resultados de la investigación científica internacional reconocida, si la ausencia de *Listeria monocytogenes* en los productos de la pesca ahumados es objetivamente necesaria para proteger la salud pública. Aunque en las sentencias Melkunie y Heijn el Tribunal de Justicia no lo mencionara expresamente, las medidas adoptadas basándose en el artículo 30 CE, segunda frase, también deben superar el control de proporcionalidad. [23]

40. En el estado actual de la ciencia, la presencia de *Listeria monocytogenes* en productos alimenticios puede representar un peligro real para la salud pública. En los autos se encuentran informaciones al respecto. El órgano jurisdiccional nacional indica que la *Listeria monocytogenes* es un organismo patógeno que puede ocasionar a personas y animales una infección, la listeriosis. Así sucede sobre todo en los niños, personas mayores y personas con un sistema inmunitario débil. A menudo, esta enfermedad se manifiesta en forma de septicemia (infección de la sangre), pero también en forma de meningitis (inflamación de las meninges con carácter de epidemia aguda). En las embarazadas puede provocar contracciones precoces y el aborto.

41. Tanto uno como lo otro se deduce de una investigación internacional reciente, como se indica en el dictamen del «Scientific Committee on Veterinary Measures Relating to Public Health» sobre *Listeria monocytogenes* de 23 de septiembre de 1999, que la Comisión ha aportado como anexo de sus observaciones escritas. [24] Este informe contiene una serie de constataciones y recomendaciones relevantes, basadas en un amplio análisis de la doctrina. Aunque la extensión de la enfermedad es relativamente pequeña (de 2 a 15 casos por millón de habitantes), la cifra de mortandad oscila, al parecer, entre el 20 y el 40 % y alcanza incluso el 75 % en el caso de personas con un sistema inmunitario débil. Esta conclusión, conforme a la cual la *Listeria monocytogenes* es una bacteria que produce esporádicamente enfermedades, pero que puede tener consecuencias graves especialmente en el caso de

22 — Sentencia Heijn, citada en la nota 19, apartados 15 y 16.

23 — En sus respectivas conclusiones presentadas en los asuntos Melkunie y Heijn, los Abogados Generales Sres. VerLoren van Themaat y Lenz sí se referían expresamente al principio de proporcionalidad.

24 — Este dictamen se elaboró por encargo de la Comisión y no tiene número de referencia.

determinados grupos de personas vulnerables, ha sido confirmada por un informe común elaborado en julio de 2000 por encargo de la FAO y de la Organización Mundial de la Salud (OMS). [25]

42. La *Listeria monocytogenes* puede transmitirse a un gran número de productos alimenticios, entre ellos, el pescado. Las experiencias relativas a la calidad bacteriológica del pescado ahumado han servido de base de una reciente Recomendación de la Comisión relativa a un programa coordinado de control oficial de los productos alimenticios. En dicha Recomendación se señala que una proporción considerable de pescado ahumado puede estar contaminada por microorganismos patógenos, como la *Listeria monocytogenes*, y que la adopción de nuevas técnicas de producción y de procesamiento puede aumentar el riesgo de contaminación bacteriológica. Según la Comisión, «se sabe que la *Listeria monocytogenes* provoca brotes de listeriosis humana, transmitida por los alimentos, con consecuencias que pueden ser mortales para los grupos de riesgo. Por consiguiente, se adoptarán medidas para reducir el riesgo de listeriosis humana contraída por la ingestión de [...] pescado ahumado». [26]

43. La necesidad de medidas para prevenir la contaminación con *Listeria monocytogenes* del pescado ahumado y, por tanto, destinadas a proteger la salud pública parece, por tanto, fuera de duda. Las partes discuten, no obstante, sobre la competencia de un Estado miembro para excluir completamente la presencia de *Listeria monocytogenes* en los productos alimenticios de que se trata.

44. El Sr. Hahn afirma que una prohibición absoluta de comercialización de productos de la pesca que contengan *Listeria monocytogenes* no es compatible con el principio de proporcionalidad. En su opinión, no se puede afirmar objetivamente la necesidad de una prohibición y, al parecer, las autoridades austriacas no han adoptado ninguna medida que fije de manera objetiva los límites que harían necesaria una prohibición de comercialización en aras de la protección de la salud pública. En Austria, continúa el demandante, únicamente se sospecha que existe un nexo causal entre la ingestión de los productos de la pesca controvertidos y la aparición de enfermedades.

45. El Sr. Hanh no niega que el principio de cautela cada vez está adquiriendo mayor importancia en la Comunidad. Sin embargo, considera que la *Listeria monocytogenes* únicamente puede constituir un riesgo para la salud de un grupo reducido de personas y que, incluso respecto a ese grupo, existen dudas sobre la peligrosidad de una presencia inferior a 100 *Listerias* por gramo. Por una parte, este grupo de personas de riesgo deben saber que corren

25 — Véase el «Report of the Joint FAO/WTO Expert Consultation on Risk Assessment of Microbiological Hazards in Foods», elaborado en Roma por un grupo de expertos, reunidos *ad hoc*, entre el 17 y el 21 de julio de 2000 (http://www.fao.org/WAICENT/FAOINFO/ECONOMIC/ESN/pagerisk/riskpage.htm; http://www.who.int/fsf/mbriskassess/index.htm).

26 — Véase la Recomendación de la Comisión, de 18 de abril de 2001, citada en la nota 11, punto 6.1.

mayor peligro en caso de ingerir determinados productos. Por otra parte, se les debe proporcionar información específica, instrumento, continúa el Sr. Hahn, que concuerda extraordinariamente con los esfuerzos de la Comunidad para incrementar la información en la lucha contra los riesgos alimentarios.

46. Por el contrario, la Comisión y el Gobierno austriaco llegan a la conclusión de que el nivel de tolerancia cero supera el control de conformidad con el principio de proporcionalidad. La Comisión invoca el actual debate científico sobre los niveles microbiológicos exactos para bacterias patógenas, en especial, la *Listeria monocytogenes,* en distintos productos alimenticios. En su opinión, el examen de la proporcionalidad de la medida no lleva forzosamente a concluir que unos niveles superiores al de tolerancia cero no son necesarios y que los niveles inferiores deben calificarse como medidas de efecto equivalente que restringen en menor medida el tráfico intracomunitario. Mientras los resultados provisionales de la investigación científica en la materia no den lugar a una normativa comunitaria, la Comisión entiende que los Estados miembros siguen estando facultados, en virtud del principio de cautela, para adoptar niveles microbiológicos más estrictos, especialmente los destinados a proteger la salud de los grupos de riesgo.

47. Por mi parte considero que el principio de proporcionalidad no es un concepto estático y, por el contrario, debe analizarse desde el punto de vista de la finalidad perseguida. De las observaciones escritas del Gobierno austriaco y de la Comisión deduzco que la medida controvertida tiene por objeto, entre otros, la protección de determinados grupos de consumidores vulnerables, como niños, mujeres embarazadas y personas mayores. Este objetivo es legítimo. Como ya se ha señalado anteriormente, del estado actual de la ciencia cabe deducir que el consumo de productos alimenticios contaminados con *Listeria monocytogenes* puede tener consecuencias fatales precisamente para esos grupos de consumidores. Además, en la sentencia Melkunie se reconoce expresamente que están permitidas las medidas sanitarias adoptadas por los Estados miembros destinadas a proteger a «determinados consumidores, especialmente sensibles».[27]

48. Las medidas austriacas que prohíben la contaminación con *Listeria monocytogenes* de productos del pescado no conservados por medios químicos constituyen, en sí, un régimen estricto. Las medidas parten de que, basándose en un examen de su calidad, dichos productos pueden ser considerados nocivos para la salud. La mera presencia de *Listeria monocytogenes* en los productos alimenticios basta para sancionar al operador económico. Precisamente, a consecuencia de lo ambicioso de la finalidad de proteger a los grupos de riesgo considero que el principio de proporcionalidad permite adoptar medidas estrictas con el fin de limitar el peligro que corren determinados consumidores. Si estoy en lo cierto, esta tesis ya sirvió de base a las sentencias Melkunie y Heijn.

49. A ello hay que añadir que la norma austriaca, considerada objetivamente, no es

27 — Véase el punto 37 de estas conclusiones.

inaplicable. En la medida en que el legislador comunitario no ha retirado la competencia nacional en materia de lucha contra la *Listeria monocytogenes,* hay que seguir partiendo de un nivel de tolerancia cero. A este respecto me remito al límite de «ausente en 25 g» fijado para el queso y la pasta de queso dura.[28] Por lo demás, un examen de Derecho comparado muestra que en otros Estados, miembros y no miembros de la Unión Europea, también existe un nivel de tolerancia cero.[29]

50. Actualmente no existen límites internacionalmente vinculantes en materia de contaminación con *Listeria monocytogenes*. Del informe del Comité Científico de 23 de septiembre de 1999 y de las constataciones efectuadas durante la reunión de expertos en el seno de la FAO y de la OMS celebrada en 2000 se deduce que, a diferencia de lo que parecen afirmar el órgano jurisdiccional nacional y el Sr. Hahn, siguen existiendo dudas sobre cuáles son los límites de contaminación con *Listeria monocytogenes* aceptables para los grupos más vulnerables. Al parecer, en general se acepta que el límite de tolerancia fijado en menos de 100 ufc/g[30] supone un riesgo mínimo también para esos grupos de personas, pero no existe seguridad absoluta al respecto. Factores que pueden desempeñar un papel en la génesis de las enfermedades son el tipo de alimento, la forma de preparación y de conservación y, por supuesto, también la cantidad ingerida. Los informes científicos muestran la falta de datos adecuados y fiables.

51. Debido a esta inseguridad, en el marco de la apreciación de la proporcionalidad, el principio de cautela puede justificar el estricto nivel de tolerancia cero, como señala asimismo la Comisión. El hecho de que Austria no aplique a todos los productos alimenticios el nivel de tolerancia cero en el caso de la *Listeria monocytogenes* no menoscaba esa conclusión. Ya en la sentencia Heijn, el Tribunal de Justicia aceptó la existencia de tales diferencias. Las diferenciaciones en este ámbito se unen a las discusiones que mantienen los expertos en el marco de la FAO y de la OMS, y el legislador comunitario tampoco parte de una norma uniforme.

52. Por consiguiente, fomentar la educación y la información del consumidor como medida menos restrictiva, tal como sugiere el Sr. Hahn, no constituye, en mi opinión, una alternativa equivalente a la imposición de límites estrictos destinados a combatir una fuente de contaminación peligrosa, como es la *Listeria monocytogenes*.

53. Considero que una norma nacional que, en el caso de productos de la pesca no conservados por medios químicos, fija un nivel de tolerancia cero para la contaminación de productos alimenticios con *Listeria monocytogenes* también está justificada a efectos del artículo 30 CE.

28 — Véase el punto 28 de estas conclusiones.

29 — En sus observaciones escritas la Comisión indica que Italia y los Estados Unidos mantienen un nivel de tolerancia cero para la contaminación con *Listeria monocytogenes* en productos alimenticios, mientras que países como Dinamarca y Canadá prohíben la presencia de *Listeria monocytogenes* en determinados productos.

30 — Unidades formadoras de colonias por gramo.

V. Conclusión

54. Habida cuenta de los hechos y circunstancias que acabo de exponer, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión del Bezirksgericht Innere Stadt Wien en los siguientes términos:

«1) En su estado actual de aplicación, la Directiva 91/493/CEE del Consejo, de 22 de julio de 1991, por la que se fijan las normas sanitarias aplicables a la producción y a la puesta en el mercado de los productos pesqueros, no se opone a la aplicación de disposiciones nacionales conforme a las cuales, en el caso de productos de la pesca no conservados por medios químicos (especialmente el salmón ahumado) se fija un nivel de tolerancia cero para la contaminación de productos alimenticios con *Listeria monocytogenes*.

2) Estas disposiciones nacionales también cumplen los requisitos del artículo 30 CE.»