

COMUNIDAD EUROPEA Y CONVENIO EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS:
¿EL FIN DE UNA VIEJA POLEMICA?
(Comentario al Dictamen 2/94 del TJCE,
de 28 de marzo de 1996)

Por CONCEPCION ESCOBAR HERNANDEZ (*)

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.—I. LA CUESTIÓN DE LA ADMISIBILIDAD.—II. LA CUESTIÓN DE LA COMPETENCIA: 1. *La competencia general en materia de derechos humanos*. 2. *El artículo 235 como base habilitante de la competencia*: 2.1. Los derechos humanos en el sistema comunitario; 2.2. Las consecuencias «constitucionales» de la adhesión; 2.3. La necesidad de la adhesión.—CONSIDERACIONES FINALES.

INTRODUCCION

El TJCE ha emitido el pasado 28 de marzo su Dictamen 2/94, relativo a la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante Convenio Europeo de Derechos Humanos o CEDH) (1).

El Dictamen representa el último eslabón del debate iniciado en la década de los 70 sobre la adhesión de las Comunidades Europeas al CEDH.

(*) Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cantabria. Cátedra «Jean Monnet» de Derecho Comunitario.

(1) *Rec.* 1-1996/3, pp. 1759-1790. Puede consultarse igualmente en esta *Revista*, vol. 1996/2, pp. 583-594.

Este debate, que puede afirmarse que se inicia oficialmente con el *Memorandum* elaborado por la Comisión en 1979 (2), ha constituido una constante, más o menos latente, en la doctrina (3) y en las instituciones comunitarias. No obstante, hay que esperar a la *Comunicación de la*

(2) *Memorandum sobre la adhesión de las Comunidades europeas a la Convención sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, adoptado el 4 de abril de 1979. *Boletín de las Comunidades Europeas*, Suplemento 2/79. Con este *Memorandum* la Comisión define su posición favorable a la adhesión, modificando así su postura inicialmente contraria que se contenía en el Informe de 4 de febrero de 1976 (*Boletín de las Comunidades Europeas*, Suplemento 5/76).

(3) Vid., entre otros, los siguientes trabajos: CAPOTORTI, F.: «Sull'eventuale adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo», en *Rivista di Diritto internazionale*, 1980, pp. 27 y ss.; CASADO RAIGÓN, R.: «La actualidad de los derechos humanos en la Comunidad Europea y la pendiente adhesión al Convenio Europeo de 1950», en PELÁEZ MARÓN, J. M. (Coor.): *Cuestiones actuales de Derecho Comunitario Europeo*, Córdoba, 1992, pp. 73 y ss.; ID.: «Unión Europea, Derechos Humanos y Convenio de 1950», en PELÁEZ MARÓN, J. M.: *Cuestiones actuales de Derecho Comunitario Europeo II*, Córdoba, 1993, pp. 77 y ss.; COHEN-JONATHAN, G.: «La problématique de l'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme», en *Mélanges offerts à Pierre-Henri Tietgen*, París, 1984, pp. 81 y ss.; EHLERMANN, C. D.: «L'adhésion des Communautés européennes à la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Les difficultés. Les justifications», en *L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, 1981, pp. 57 y ss.; FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: «La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (CEDH): un intento de solución al problema de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario», en *RIE*, 1985/3, pp. 33 y ss.; JACQUE, J. P.: «L'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: aspects juridiques et techniques», en *La protection des droits de l'homme dans le cadre européen*, Baden-Baden, 1993, pp. 302 y ss.; *L'Adhesion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, 1981; LEUPRECHT, P.: «L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme: le point de vue du Conseil de l'Europe», en *La protection des droits de l'homme dans le cadre européen*, op. cit., pp. 373 y ss.; PIPKORN, J.: «La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme», en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1993, n.º 14, pp. 221 y ss.; SPERDUTI, G.: «Le rattachement des Communautés européennes à la Convention de Rome sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», en *Revue du Marché commun*, 1980, pp. 173 y ss.; ZANGHÌ, C.: «Unione Europea e diritti dell'uomo. Un protocollo di adesione alla convenzione europea», en *Rivista di Diritto europeo*, 1994/2, pp. 213 y ss.

Comisión de 1990 (4), en la que la Comisión insta formalmente al Consejo a autorizar las negociaciones (5), para que éste se plantee seriamente la posibilidad de la adhesión. Esta iniciativa ha puesto nuevamente de manifiesto las opiniones divergentes que al respecto mantienen los Estados miembros, resucitándose la polémica sobre la adhesión en sus distintos planos: competencia de la Comunidad, base jurídica de la adhesión y problemas técnicos que de la misma se derivarían, tanto de índole procesal como sustantiva, incluido el tema relativo a las relaciones del nuevo sistema de control con el sistema de protección pretoriana de protección de los derechos humanos ya consolidado en el ámbito comunitario (6).

Aunque se trata de problemas que no son nuevos y sobre los que ya se había desarrollado un amplio y profundo debate, el Consejo ha optado por solicitar al TJCE un dictamen vinculante sobre la base del artículo 228.6 del TCE, cuyo objeto se define de la forma siguiente:

«La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Funda-

(4) *Communication de la Commission concernant l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi qu'à certains de ses protocoles*, de 19 de noviembre de 1990. Doc. SEC (90) 2087 final. La citada comunicación fue completada en 1993 por un documento de trabajo de la Comisión. La *Comunicación* ha sido analizada por el Parlamento Europeo, que adoptó el 18 de enero de 1994 una Resolución igualmente favorable a la adhesión (DO n.º C 44/32, de 14 de febrero de 1994). Dicha Resolución fue aprobada sobre la base del *Informe sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio europeo de Derechos Humanos* elaborado por la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos (ponente Sr. Bontempi) (Doc. A3-0421/93). Al mismo se incorporan sendas opiniones de la Comisión institucional y de la Comisión de Libertades Públicas y Asuntos de Interior).

(5) En la misma «la Commission demande au Conseil:

- de marquer son accord sur la demande d'adhésion de la Communauté à la CEDH;
- d'autoriser la Commission à négocier les modalités de cette adhesión conformément aux directives figurant en annexe I visant à apporter les aménagements nécessaires à la Convention en vue de cette adhésion (et notamment à prévoir la représentation de la Communauté au sein de la Commission et de la Cour européenne des Droits de l'Homme)» (Doc. SEC (90) 2087, final, párrafo 6).

(6) Para un catálogo de los principales problemas apuntados, ver el *Memorandum* de la Comisión de 1979, en especial pp. 11-21. De una manera menos detallada estas cuestiones se abordan igualmente en la *Comunicación* de 1990 y en el ya mencionado *Informe Bontempi* del Parlamento Europeo.

mentales de 4 de noviembre de 1950 (...), ¿sería compatible con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea?».

Se trataba, sin duda, de una buena oportunidad para que el TJCE dilucidara cuestiones siempre pendientes sobre las relaciones entre el sistema jurídico comunitario y el mecanismo de control establecido por el CEDH. No es de extrañar, por tanto, el interés que este Dictamen ha suscitado en el propio seno de la Comunidad, que se pone de manifiesto en la amplia participación en el procedimiento tanto de las Instituciones comunitarias como de los Estados miembros, llegando incluso a presentar observaciones los nuevos Estados incorporados a la Unión en 1995 (7).

Sin embargo, a pesar de las expectativas que la solicitud de dictamen había generado, el TJCE ha optado por resolver la cuestión en el plano de la competencia y no pronunciarse expresamente sobre los restantes temas, siguiendo de este modo el planteamiento mantenido por algunos Estados, entre ellos España (8). Y así, en la parte dispositiva del Dictamen concluye que

«En el estado actual del Derecho comunitario, la Comunidad no tiene competencia para adherirse al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales».

Nos encontramos de esta manera ante un pronunciamiento del Tribunal con el que se cerraría la polémica sobre la adhesión al CEDH. Sin embargo, esta conclusión es más aparente que real, ya que se trata de un «cierre en falso» con el que, lejos de resolver de forma definitiva e indubitada los problemas apuntados por los Estados y las Instituciones, el TJCE, recurriendo a una línea argumental reduccionista, ofrece nuevos frentes de debate e incluso introduce, a mi entender, algunas fisuras en la congruencia global del dictamen.

La presente nota no persigue el objeto, aquí imposible, de abordar en su totalidad los problemas que suscita la adhesión al CEDH, sino simple-

(7) En efecto, además del Consejo, tanto la Comisión como el Parlamento Europeo han presentado observaciones. Igualmente lo han hecho los Gobiernos de Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda, Italia, Portugal, Reino Unido y Suecia.

(8) Ver en particular el párrafo 3 del Apartado V de la Exposición de la solicitud, contenida en el Dictamen.

mente formular algunas reflexiones que la lectura del Dictamen 2/94 ha suscitado en su autora. Dichas reflexiones se centran fundamentalmente en torno a la idea de congruencia que antes he mencionado y no afectan, sin embargo, a la valoración en general positiva que, desde un punto de vista sustantivo, merecería la conclusión final a que llega el TJCE. Se trata de un conjunto de cuestiones que están relacionadas fundamentalmente con el método y el argumento seguidos por el TJCE para abordar el dictamen, y que tienen su origen en el planteamiento inicial mantenido por el Tribunal respecto de la cuestión de la admisibilidad. Por ello, dedicaré unas primeras consideraciones a dicha problemática y a la cuestionable distinción que el Tribunal realiza entre la *competencia* de la Comunidad para proceder a la adhesión y la *compatibilidad* de la misma con el Convenio Europeo, para analizar posteriormente la argumentación que permite al Tribunal de Justicia concluir la falta de base competencial para celebrar dicho tratado.

I. LA CUESTION DE LA ADMISIBILIDAD

1. Como el propio Consejo señala en su solicitud, la misma se presenta antes de que exista un instrumento de adhesión negociado y antes, incluso, de que la decisión de iniciar las negociaciones haya sido adoptada. Ello ha motivado que varios Estados miembros argumenten en contra de la admisibilidad de la solicitud (9), a la que otros califican de prematura (10). Se trata, sin embargo, de un argumento formalista que ha sido correctamente descartado por el TJCE, al menos en parte. Y así, aplicando su jurisprudencia anterior (11) y reforzando la definición del mecanismo previsto en el artículo 228.6 como una forma de control previo de constitucionalidad de los tratados que ha de responder al principio del «efecto útil» (12), el Tribunal ha concluido la admisibilidad parcial de la

(9) Se trata de Irlanda y el Reino Unido. Para los argumentos mantenidos por los gobiernos de ambos países, ver *Dictamen 2/94*, Exposición de la solicitud, apartado IV, párrafo 1.

(10) El carácter prematuro de la solicitud ha sido mantenido, aunque con distinto énfasis, por Dinamarca, Finlandia y Suecia. Vid. *ibidem*.

(11) La posibilidad de solicitar un dictamen antes de la existencia de un texto negociado había sido ya admitida por el Tribunal en su Dictamen 1/78, de 4 de octubre de 1979 (Rec. 1979, p. 2871, FJ 35).

(12) La calificación del mecanismo del actual artículo 228.6 como un sistema de control previo de la constitucionalidad de los tratados ha sido mantenida con carácter general por la doctrina. Así, a título de ejemplo, véase entre la doctrina

solicitud por lo que se refiere a la *competencia* de la Comunidad para adherirse al CEDH, al tiempo que declara inadmisibile la solicitud por lo que se refiere a la *compatibilidad* de dicho Convenio con el TCE.

Adopta así una solución salomónica que le permite pronunciarse sobre el tema que, a su juicio, constituye el objeto real de la pregunta que se le formula, que está motivada por el «interés legítimo del Consejo en conocer la amplitud de sus competencias antes de adoptar una decisión sobre la apertura de negociaciones» (FJ 14). Se trata, pues, de una respuesta basada en la aplicación del principio del «efecto útil» (13), cuyo

española, DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: «La competencia consultiva del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y LIÑÁN NOGUERAS, J. D. (Dir.): *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 592; y RODRÍGUEZ IGLESIAS, J. C.: «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Ibidem*, p. 396.

Este carácter del procedimiento en cuestión queda claramente de manifiesto en la siguiente definición que del mismo ofrece el TJCE en el Dictamen 2/94: «Se trata de un procedimiento especial de colaboración entre el Tribunal de Justicia, por una parte, y las demás Instituciones comunitarias y los Estados miembros, por otra, en el cual el papel del Tribunal de Justicia consiste en garantizar, conforme al artículo 164 del Tratado, el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado, en una fase anterior a la celebración de un acuerdo que pueda dar lugar a litigios sobre la legalidad de un acto comunitario de celebración, de ejecución o de aplicación» (FJ 6).

Su propia existencia se justifica, además, por la finalidad de «evitar las complicaciones que surgirían de litigios relativos a la compatibilidad con el Tratado de acuerdos internacionales que obligaran a la Comunidad» (FJ 3), que en caso de dar lugar a un pronunciamiento favorable a la incompatibilidad generarían «no sólo en el plano comunitario, sino también en el de las relaciones internacionales, serias dificultades y podría perjudicar a todas las partes interesadas, incluidos los países terceros» (FJ 4. Ver también el FJ 5). Idéntico planteamiento había sido mantenido con anterioridad por el Tribunal en su Dictamen 3/94, de 13 de diciembre de 1995, aunque para llegar a una solución distinta respecto de la admisibilidad (Rec. 1995-I-1, pp. 4577-4598). Este elemento teleológico del procedimiento consultivo obliga, además, a interpretarlo de conformidad con el principio de «efecto útil», que «exige que exista la posibilidad de solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad no sólo una vez abiertas las negociaciones (dictamen 1/78, apartado 35), sino también antes de que se hayan iniciado formalmente las mismas» (FJ 16).

(13) En efecto, el propio Tribunal afirma que «(...) al haberse planteado con carácter previo en la esfera del Consejo la cuestión de la competencia de la Comunidad para proceder a la adhesión, tanto la Comunidad como los Estados miembros y los demás Estados Partes en el Convenio tienen interés en saber a qué atenerse sobre esta cuestión antes de la apertura de las negociaciones» (FJ 17). Ver también el FJ 10.

único límite radica en el conocimiento adecuado que el Tribunal pueda tener del objeto del Tratado que se pretende celebrar (14) y del alcance de las obligaciones que del mismo se derivarían para la Comunidad. Sobre ambos extremos se fundamentarían, por su parte, las declaraciones del TJCE sobre la competencia comunitaria para celebrarlo y sobre la compatibilidad de sus contenidos con el TCE.

Es precisamente este elemento cognoscitivo el argumento decisivo al que recurre el Tribunal para esclarecer la cuestión de la admisibilidad (15) y para diferenciar al respecto entre cuestiones de competencia y de compatibilidad.

Así, por lo que se refiere al primero de los problemas, entiende que «el alcance de la solicitud de dictamen, en la medida en que se refiere a la cuestión de la competencia de la Comunidad, es suficientemente claro y que una decisión formal de apertura de negociaciones por parte del Consejo no era indispensable para precisar más dicho objeto» (FJ 15). Para llegar a dicha conclusión se apoya en que «(...) no cabe duda de que, en la presente solicitud de dictamen, se conoce el objeto del acuerdo previsto. En efecto, con independencia de las modalidades de la adhesión de la Comunidad al Convenio, el objeto general de dicho Convenio, la materia que regula y el alcance institucional de dicha adhesión para la Comunidad son perfectamente conocidos» (FJ 12). A lo que añade que «aunque no se haya adoptado aún dicha decisión [de iniciar las negociaciones], la adhesión de la Comunidad al Convenio ha sido objeto de diversos estudios y propuestas de la Comisión» (FJ 14). Argumentos todos ellos que le permiten concluir la admisibilidad de la solicitud de dictamen respecto de la competencia de la Comunidad para celebrar un acuerdo de adhesión al CEDH.

Frente a ello, y por lo que se refiere a la problemática de la *compatibilidad*, el TJCE entiende que «(...) para dar respuesta detallada a la cues-

(14) Ver FJ 11.

(15) El carácter esencial de este elemento había sido puesto de manifiesto de forma muy clara por Finlandia en sus observaciones. Para dicho Estado «[e]n el presente caso, la admisibilidad de la solicitud de dictamen depende de si los documentos que acompañan a la solicitud o que se citan en ella, considerados en su conjunto, permiten deducir el contenido del acuerdo previsto con una precisión suficiente para que el Tribunal de Justicia pueda emitir su dictamen. Si la respuesta es afirmativa, el posible carácter prematuro de la solicitud no impediría al Tribunal de Justicia pronunciarse de manera general y en el plano de los principios» (Exposición de la solicitud, apartado IV).

tión de si la adhesión de la Comunidad al Convenio es compatible con las disposiciones del Tratado, y en especial con sus artículos 164 y 219, relativos a la competencia del Tribunal de Justicia, éste último debe disponer de información suficiente sobre el modo en que la Comunidad proyecta someterse a los mecanismos actuales y futuros de control jurisdiccional establecidos por el Convenio» (FJ 20). Y, por consiguiente, dado que «el Tribunal de Justicia no ha recibido precisión alguna sobre las soluciones previstas en lo que respecta a la forma concreta de dicha sumisión de la Comunidad a un órgano jurisdiccional internacional» (FJ 21), concluye que «no se encuentra en condiciones de emitir un dictamen sobre la compatibilidad de la adhesión al Convenio con las normas del Tratado» (FJ 22).

Aunque tanto el argumento empleado como las conclusiones a que llega el Tribunal son desde una perspectiva lógica sostenibles, la lectura del Dictamen suscita, a mi entender, dudas razonables sobre dos cuestiones importantes relativas al tratamiento del problema de la admisibilidad. En primer lugar, la propia distinción entre competencia y compatibilidad y el criterio material de diferenciación empleado. Y, en segundo lugar, el criterio valorativo empleado por el TJCE para concluir respecto de su conocimiento de las cuestiones vinculadas con la competencia y la compatibilidad.

2. Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones apuntadas, es preciso destacar que la propia distinción entre competencia e incompatibilidad utilizada por el Tribunal puede ser objeto de alguna reflexión crítica. No tanto por el recurso a dos categorías ya consolidadas en su jurisprudencia anterior (16), cuanto por la imprecisión en la diferenciación

(16) En efecto, el TJCE había señalado ya en su *Dictamen 1/75* que «la compatibilidad de un acuerdo con las disposiciones del Tratado debe ser determinada teniendo en cuenta el conjunto de las normas del Tratado, esto es, tanto las normas que determinan la extensión de las competencias de las instituciones de la Comunidad como las normas de fondo» (Dictamen 1/75, de 11 de noviembre de 1975, *Rec.* 1975, p. 1360). En la misma línea, en su *Dictamen 1/78* concluyó que «la decisión sobre la compatibilidad de un acuerdo con el Tratado puede depender no sólo de las disposiciones de derecho material, sino también de aquellas relativas a la competencia, el procedimiento o la organización institucional de la Comunidad» (*Rec.* 1979, p. 2907).

El Tribunal se ha pronunciado sobre la base de la competencia en los dictámenes 1/75, de 11 de noviembre de 1975; 1/78, de 4 de octubre de 1979; 2/91, de 19 de marzo de 1993; 1/94, de 15 de noviembre de 1994; y 2/94, de 28 de marzo

nítica de ambos conceptos en el caso concreto y las consecuencias que ello ha tenido posteriormente en el pronunciamiento relativo a la propia competencia.

A la luz del Dictamen, puede concluirse que el Tribunal identifica *competencia* con «objeto» del CEDH, concretándolo en particular en las cuestiones relativas «al objeto general de dicho Convenio, la materia que regula y el alcance institucional de dicha adhesión para la Comunidad» (FJ 11 y 12); cuestiones todas ellas sobre las que declara tener información suficiente para poder pronunciarse. Por otro lado, reduce la cuestión de la *compatibilidad* a la existente entre el CEDH y los artículos 164 y 219 del Tratado CE, relativos a la competencia del TJCE. De tal manera que la vincula «al modo en que la Comunidad proyecta someterse a los mecanismos actuales y futuros de control jurisdiccional establecidos en el Convenio» (FJ 20).

Esta vinculación de la compatibilidad con la existencia en el tratado que se pretende celebrar de un sistema jurisdiccional propio no es nueva. Piénsese, especialmente, en los Dictámenes 1/91 y 1/92 relativos al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuyo objeto lo constituye precisamente este supuesto de posible incompatibilidad (17).

De la misma manera, la reconducción al ámbito de la competencia de los temas relativos al objeto general del CEDH y la materia que regula, tampoco suscita problema alguno. Más cuestionable es, sin embargo, la referencia al «alcance institucional de dicha adhesión para la Comunidad», que, a mi entender, se sitúa en una zona próxima a la de la compatibilidad a que antes se ha hecho referencia.

No obstante, esta posible indefinición no tendría, por lo que ahora nos interesa, una gran relevancia si los efectos que de la misma se pueden derivar quedasen reducidos al plano de la admisibilidad. Sin embargo, la principal crítica que cabe formular al respecto se refiere a la proyección de esta indefinición al plano del pronunciamiento sustantivo sobre la competencia de la Comunidad para adherirse al CEDH. Ya que, como anali-

de 1996. Por su parte, la dimensión de la compatibilidad en sentido estricto constituye la base del pronunciamiento del Tribunal en los dictámenes 1/76, de 26 de septiembre de 1977; 1/91, de 14 de diciembre de 1991, y 1/92, de 10 de abril de 1992.

(17) Vid. *Rec.* 1991-10, pp. 6079-6112, y 1992-4, pp. 2821-2846. El texto de los mismos puede consultarse también en esta *Revista*, vols. 1992/1, pp. 213-259, y 1992/2, pp. 597-631.

zaremos más adelante, el pronunciamiento en cuestión parece fundarse, en parte, en elementos que se sitúan en el plano de la compatibilidad y no en el de la competencia.

3. Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones, es preciso admitir la diferencia evidente que existe entre el conocimiento del objeto del CEDH y las obligaciones básicas que del mismo se derivarían para la Comunidad, por un lado, y el conocimiento concreto de la forma en que se procederá a la adhesión, por otro. Especialmente por lo que se refiere al sometimiento concreto de la Comunidad al mecanismo de control instaurado por el CEDH. Mientras que en el primero de los planos el margen de discrecionalidad de la Comunidad Europea en el proceso negociador es mínimo, en el segundo de ellos corresponderá a la Comunidad decidir, entre otras cuestiones, en qué términos aceptará el sistema de recursos definidos en el Convenio Europeo y en qué términos reconocerá jurisdicción a los órganos de Estrasburgo. Desde esta perspectiva, es cierto que el conocimiento previo de un instrumento de adhesión sería irrelevante respecto de la primera de las cuestiones, mientras que podría tener gran incidencia en relación con la respuesta a dar al problema de la compatibilidad.

Sin embargo, este argumento en el que se apoya el TJCE precisa de una reflexión más matizada, que ha de vincularse con el conocimiento «real» que de tales extremos pueda tener el Tribunal, al margen de la existencia de un texto de adhesión que le sea formalmente sometido. Desde esta perspectiva, que por otro lado parece ser la seguida con carácter general por el Tribunal de Justicia, las conclusiones del TJCE resultan más discutibles.

En efecto, el propio Tribunal remite en su argumentación a la información que proporcionan los documentos e informes elaborados por la Comisión respecto de la adhesión (18), a los que han de añadirse el alcance de las observaciones presentadas por las instituciones y los Estados miembros con ocasión de la solicitud de dictamen (19). Dichos elementos se convierten, pues, en una buena fuente de conocimiento respecto de los problemas que plantea el objeto y las obligaciones que se derivarían del CEDH; extremos ambos en los que el TJCE dispone -además- de un conocimiento directo por el recurso ya consolidado en su jurisprudencia al CEDH como fuente material inspiradora de su propio sistema judicial de protección de los derechos humanos en el ordenamiento comunitario.

(18) Ver FJ 14.

(19) Ver *Dictamen 2/94*, Exposición de la solicitud, apartados V y VI.

Sin embargo, no puede olvidarse que en los mismos documentos de la Comisión, en el informe Bontempi del Parlamento Europeo y en las observaciones formuladas ante el TJCE por los Estados, se han debatido igualmente las cuestiones relativas a la compatibilidad del CEDH con el TCE, especialmente respecto de la problemática concreta de la incidencia que la adhesión tendría sobre la autonomía del ordenamiento comunitario y el carácter exclusivo de la función jurisdiccional atribuida en su seno al Tribunal de Justicia. Cuestiones ambas que se derivan de los artículos 164 y 219 del Tratado, a los que explícitamente se refiere el Tribunal para excluir la admisibilidad parcial de la solicitud de dictamen (20).

Por consiguiente, resulta difícil comprender las razones que el TJCE utiliza para concluir la inadmisibilidad, por falta de conocimiento, de la forma en que los problemas relativos a la compatibilidad podrían plantearse. Entre dichas razones se encontraría, lógicamente, la duda razonable sobre la posición que adoptaría el Consejo al respecto, ya que podría optar por una solución distinta a la propuesta por la Comisión en su *Memorandum* y en su *Comunicación*. Sin embargo, dicha razón puede ser excluida en buena medida por la posición expresada por el Consejo al solicitar el Dictamen, que es recogida por el Tribunal en la exposición de la solicitud que precede a éste (21). De la misma se deduce claramente que el Consejo se ha planteado la problemática en cuestión, ofreciendo soluciones a algunos temas (22) y formulando interrogantes respecto de

(20) Respecto de la posición de la Comisión, ver: *Memorandum*, párrafos 23-42, pp. 15-20; *Comunicación*, Anexo II, y el documento de trabajo de 1993. En relación con el Parlamento, ver, en especial, el *Informe Bontempi*, Apartado III. Respecto de la posición de los Estados, ver la Exposición que precede al Dictamen, en especial su apartado VI.

(21) Ver *Dictamen 2/94*, Exposición de la solicitud, apartado I, párrafo 3: «Al exponer el objeto y las finalidades del acuerdo previsto, el Consejo define su posición sobre el alcance de la adhesión, la participación de la Comunidad en los órganos de control y las modificaciones que deberían introducirse en el Convenio y en sus Protocolos».

(22) Así, por lo que se refiere al sistema de recursos, entiende que «[l]a Comunidad aceptaría someterse al mecanismo de recursos individuales y de recursos entre Estados; sin embargo, habría que excluir la posibilidad de recursos entre la Comunidad y sus Estados miembros, para respetar el monopolio que el artículo 219 del Tratado CE confiere al respecto al Tribunal de Justicia» (*Dictamen 2/94*, Exposición, loc. cit., párrafo 4, *in fine*). Ver también párrafos 5 y 6, éste último en especial por lo que se refiere al establecimiento de «un mecanismo que permitiera a la Comunidad y a sus Estados miembros clarificar la cuestión del reparto de competencias ante los órganos del Convenio».

otros (23). Así pues, incluso en este último plano, es obvio que el Consejo ha planteado la solicitud de dictamen sobre la base de problemas concretos cuyo contenido traslada al Tribunal. Y por consiguiente, aún admitiendo que el Tratado no ha previsto un sistema consultivo de alcance general, cabe preguntarse si, en el caso que ahora nos ocupa, no sería válido pensar que la respuesta a los problemas e interrogantes suscitados por el Consejo —aunque no se plasmen en un texto de adhesión ya negociado— entran dentro de la categoría del «efecto útil» del dictamen al que expresamente hace referencia el Tribunal. En definitiva, a esta conclusión permite llegar el análisis final del dictamen por lo que se refiere a la competencia, tema al que se hará referencia posteriormente.

A la vista de estas cuestiones, creo que es razonable la duda sobre el acierto del TJCE al definir la validez de los elementos cognoscitivos que le permiten concluir la admisibilidad de la solicitud del dictamen tan sólo en relación con la *competencia*.

II. LA CUESTIÓN DE LA COMPETENCIA

Retenida la cuestión en términos de competencia, el TJCE parte en su Dictamen de la aplicación del principio de atribución como regla básica de definición de las competencias comunitarias (24), que interpreta de acuerdo con su jurisprudencia ya clásica al respecto, tanto por lo que se refiere a su dimensión interna y externa como a su naturaleza explícita e implícita (25).

Ello le ha llevado a analizar la hipotética competencia de la CE para adherirse al CEDH en dos planos referidos, respectivamente, a la compe-

(23) Vid. en particular, el párrafo 10 del apartado I de la Exposición que precede al Dictamen: «Según el Consejo, en el dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991 (...) el Tribunal de Justicia ha admitido que la Comunidad se someta a un mecanismo jurisdiccional establecido por un acuerdo internacional, a condición de que el correspondiente órgano jurisdiccional se limite a interpretar y aplicar dicho acuerdo, sin poner en entredicho la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario. El Consejo se pregunta si dicha afirmación se aplica sólo a los supuestos en que las sentencias de dicho órgano jurisdiccional se refieran únicamente al acuerdo internacional o también a los casos en que dichas sentencias puedan referirse a la compatibilidad del Derecho comunitario con el acuerdo».

(24) Ver Dictamen 2/94, FJ 23 y 24.

(25) Ver Dictamen 2/94, FJ 25 y 26.

tencia general de la Comunidad en materia de derechos humanos y a la aplicabilidad del artículo 235 del Tratado como base habilitante de la adhesión.

I. LA COMPETENCIA GENERAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Por lo que se refiere a la existencia de una competencia general de la Comunidad en materia de derechos humanos, el TJCE se ha movido en el plano tradicional de negación de la misma, al afirmar «(...) que ninguna disposición del Tratado confiere a las Instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito» (FJ 27). Razón por la cual tampoco tiene competencia para celebrar un tratado internacional del tipo del Convenio Europeo.

Se trata de una solución que no admite crítica alguna, ni siquiera tras la reforma introducida por los artículos F.2, J.1 y K.2 del Tratado de Maastricht. Y ello no sólo por la discutible naturaleza competencial de dichos preceptos, sino también porque no puede olvidarse que la adhesión se plantea respecto de la CE, en cuyo texto constitutivo no se ha introducido modificación alguna con ocasión del TUE que permita concluir la atribución a la misma de nuevas competencias generales referidas a los derechos humanos.

Por otro lado, esta conclusión es coherente con la anterior jurisprudencia del TJCE que, a pesar de haber establecido un completo y eficaz sistema de protección de los derechos humanos en el ámbito comunitario, lo ha hecho con carácter marcadamente restringido, es decir en tanto en cuanto se produzca un atentado a los derechos fundamentales desde la perspectiva y con una conexión comunitaria; no tratándose, en ningún caso, de un sistema de protección general de los derechos humanos que resultaría inviable a la luz del Tratado CE. El recurso al argumento del artículo 164 y a la categoría de los principios generales del derecho que el TJCE debe proteger y garantizar como base del sistema de protección, pone igualmente de manifiesto que se trata de un mecanismo netamente comunitario que parte del respeto del sistema competencial previamente definido en los Tratados (26).

(26) No es este el momento de analizar en profundidad el sistema pretoriano de protección de los derechos humanos arbitrado por el Tribunal de Justicia y su

2. EL ARTÍCULO 235 COMO BASE HABILITANTE DE LA COMPETENCIA

Ello sitúa, por tanto, la problemática de la adhesión al CEDH en el plano del sistema previsto en el artículo 235 del Tratado CE. Se trata de una fórmula tradicionalmente contemplada como viable por las instituciones comunitarias (27), respecto de la que no ha sido posible obtener la unanimidad requerida en el Consejo y que, de forma inevitable, se plantea ante el TJCE. En definitiva, parecería que la propia presentación de la solicitud de dictamen conduce necesariamente a esta cuestión, habiendo llegado el Consejo a señalar en su solicitud que «a falta de un artículo específico, el artículo 235 del Tratado puede servir de base jurídica a la adhesión, siempre que se cumplan los requisitos fijados en dicho artículo» (28).

Entendido el artículo 235 como un instrumento que «tiene por objeto suplir la inexistencia de poderes de acción conferidos expresa o implícitamente a las Instituciones comunitarias por disposiciones específicas del Tratado, en la medida en que dichos poderes resulten no obstante necesarios para que la Comunidad pueda ejercer sus funciones con vistas a lograr alguno de los objetivos establecidos por el Tratado» (FJ 29), el propio TJCE señala que su utilización está sometida a requisitos y límites objetivos. Así, «no puede servir de base para ampliar el ámbito de competencias de la Comunidad más allá del marco general que resulta del conjunto de las disposiciones del Tratado, y en particular de las que definen las misiones y acciones de la Comunidad», no pudiendo «[e]n cualquier caso, (...) servir de fundamento para la adopción de disposiciones que, en definitiva, tuviesen por resultado una modificación del Tratado efectuada sin respetar el procedimiento de modificación previsto en el mismo» (FJ 30).

Partiendo de este planteamiento, el TJCE, tras referirse de forma imprecisa a la posición que los derechos humanos ocupan en el ordenamiento ámbito de aplicación. En relación con este tema vid., por todos, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: «La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, 1993, pp. 201-224, en particular pp. 215-219.

(27) En relación con la posición de la Comisión, vid. *Memorándum*, párrafo 44, p. 21; y *Communication*, Anexo II, párrafo 7. Respecto del Parlamento Europeo, vid. su Resolución de 18 de enero de 1994, párrafo 8.

(28) Ver *Dictamen 2/94*, Exposición, apartado I, párrafo 8.

comunitario, concluye la imposibilidad de recurrir al sistema del artículo 235 ya que la adhesión se situaría en el plano de la reforma constitucional de los tratados. De este modo, al ser inviable la utilización del artículo 235, la incompetencia de la Comunidad para proceder a la adhesión resulta absoluta, lo que cerraría por tanto la posibilidad de proceder a la adhesión salvo que se produzca una reforma previa del Tratado.

Al margen de la valoración global de este pronunciamiento y de las consecuencias que del mismo se puedan producir, tema del que me ocupare más adelante, la forma en que el TJCE aborda el problema de la aplicabilidad del artículo 235 al caso en cuestión, suscita diversas cuestiones que precisan de un análisis más detallado. A saber: la definición del lugar que a los derechos humanos corresponde en el sistema jurídico comunitario; la identificación de cuales sean las consecuencias constitucionales que para la CE tendría la adhesión al CEDH; y, por último, un tema no analizado explícitamente por el Tribunal y que, sin embargo, reviste a mi entender un gran interés: el carácter necesario de la adhesión.

2.1. *Los derechos humanos en el sistema comunitario.*

La exigencia de que la aplicación del artículo 235 haya de contar necesariamente con la existencia de un *objetivo comunitario previo*, nos sitúa ante la cuestión central del papel que a los derechos humanos corresponde en el sistema comunitario. Y, en su caso, su posible configuración como un auténtico objetivo a los efectos del artículo 235.

Se trata, sin lugar a dudas, de un tema controvertido al que tanto las Instituciones como los Estados se han referido en relación con la adhesión de la Comunidad al CEDH, y respecto del cual no es posible dar una respuesta positiva sobre la base literal del Tratado. En efecto, como algunos Estados han afirmado (entre ellos España), la protección de los derechos humanos no aparece recogida entre los objetivos formalmente enumerados en los artículos 2 y 3 del Tratado CE, ni tampoco es posible deducirlo —con carácter general— de ninguna otra disposición del Tratado (29). Sin embargo, el papel que a los mismos se ha asignado en el ordenamiento comunitario, sobre todo a partir de la jurisprudencia del

(29) Si se exceptúa el artículo 130 U, referido a la política común de cooperación al desarrollo que, sin embargo, responde a parámetros específicos que dificultan su utilización a los efectos del presente argumento.

Tribunal de Justicia, es esencial, y se ha visto reforzado por la inclusión en el Tratado de Maastricht de diversas disposiciones referidas a los derechos humanos como elemento legitimador del proceso de integración.

No es de extrañar, por tanto, que la propia Comisión haya llegado a afirmar en su *Comunicación* de 1990 que la protección de los derechos humanos es un objetivo horizontal que se proyecta sobre toda la actividad comunitaria (30). Posición que ha sido igualmente avalada por el Parlamento Europeo (31), y que viene a coincidir en lo sustancial con la mantenida por el Consejo, que al fijar su posición con ocasión de la solicitud de dictamen afirma que «la protección de los derechos humanos es el resultado de un principio horizontal que es parte integrante de los objetivos de la Comunidad» (32).

Por su parte, la opinión manifestada por los Estados con ocasión del Dictamen varía desde la posición negativa arriba mencionada (33) hasta la de aquellos Estados que consideran la protección de los derechos humanos como un objetivo comunitario en sentido estricto o, de forma más matizada, como un principio que ha de respetarse en el desarrollo de toda actividad tendente al logro de un objetivo comunitario (34).

Por lo que se refiere al TJCE, es de destacar, que el mismo no ha realizado un pronunciamiento general sobre el tema ni sobre el alcance que al respecto puedan tener las nuevas disposiciones incorporadas en el Tratado de Maastricht. Por el contrario, se ha limitado a mencionar su existencia y a vincularla, en segundo lugar, con su jurisprudencia reiterada sobre la protección de los derechos humanos en tanto que principios generales del derecho cuya garantía corresponde al TJCE (FJ 33). Lo que le permite concluir que «el respeto de los derechos humanos constituye, por consiguiente, un requisito para la legalidad de los actos comunitarios» (FJ 34).

Así pues, si bien no apoya explícitamente la calificación del respeto de los derechos humanos como un «objetivo» comunitario, reafirma de forma incuestionable su calificación como límite de legalidad de la actua-

(30) Ver *Communication*, Anexo II, párrafo 7.

(31) Ver *Informe Bontempi*, Parte II, Apartado B, párrafo 1, p. 14.

(32) Ver *Dictamen 2/94*, Exposición de la solicitud, apartado 1, párrafo 8.

(33) En este sentido se han manifestado España, Francia, Irlanda, Portugal y el Reino Unido.

(34) En este sentido se sitúa la posición de Alemania, Austria, Bélgica, Grecia, Finlandia y Suecia.

ción de las instituciones, lo que obliga a establecer mecanismos que garanticen el respeto de este límite. Desde esta perspectiva, y aunque el TJCE no lo afirme expresamente, de su argumentación se puede deducir la posibilidad de recurrir al artículo 235 en relación con dicha materia, siempre que se cumplan los restantes requisitos materiales y formales previstos al respecto.

De esta forma, la vía de la adhesión al Convenio de Roma queda abierta, si bien su alcance tendría una limitación obvia, referida a la aplicabilidad del sistema protector del Convenio exclusivamente en el marco competencial comunitario *stricto sensu*. Se trata de una consecuencia lógica de la aplicación del principio de atribución y que se encuentra en la base de las propuestas de adhesión de la Comisión y en los informes elaborados al respecto por el Parlamento Europeo, que han insistido reiteradamente en que la adhesión al CEDH no puede entenderse como una atribución a la Comunidad Europea de competencias generales en materia de derechos humanos (35).

2.2. *Las consecuencias «constitucionales» de la adhesión.*

No obstante, esta posibilidad de recurso al artículo 235, que aparece implícita en el Dictamen, es inmediatamente descartada por el Tribunal al afirmar que «(...) sin embargo, (...) la adhesión al Convenio entrañaría un cambio sustancial del actual régimen comunitario de protección de los derechos humanos, en la medida en que implicaría la inserción de la Comunidad en un sistema institucional internacional distinto y la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario» (FJ 34). Y añade: «[u]na modificación semejante del régimen de protección de los derechos humanos en la Comunidad, cuyas implicaciones institucionales serían asimismo fundamentales tanto para la Comunidad como para los Estados miembros, tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235». De tal forma que «[d]icha modificación únicamente puede realizarse a través de una modificación del Tratado» (FJ 35).

Nótese, pues, que la inviabilidad de recurrir al artículo 235 se susten-

(35) En relación con la Comisión, vid: *Memorandum*, párrafo 8, *in fine*, p. 9; y *Communication*, párrafo 3, apartado b.3). Respecto del Parlamento, vid. *Informe Bontempi*, parte III, B, apartado 5.

ta no en la falta de los requisitos sustantivos y procesales exigidos por dicho precepto, sino —al contrario— en las consecuencias jurídicas que de la aplicación del mismo se deducirían.

Si dichas consecuencias jurídicas se identifican, siguiendo el argumento del Tribunal, con una alteración del sistema de protección de los derechos humanos vigente en el ámbito comunitario, que se derivaría del sometimiento al sistema de control establecido por el CEDH, la polémica se desliza desde el plano de la competencia al plano de lo que el propio TJCE ha calificado bajo la categoría de compatibilidad. A dicha conclusión han de conducirnos, a mi entender, las referencias explícitas a la «inserción de la Comunidad en un sistema institucional internacional distinto», a «la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario» o a las «implicaciones institucionales que de la modificación en cuestión se deducirían». Cuestiones, todas ellas, claramente alejadas de la problemática de la competencia en sentido estricto. Salvo, claro está, que incluyamos en el ámbito de la competencia cualquier tema relacionado con la aplicación o consecuencias derivadas del artículo 235, independientemente de su naturaleza.

En último extremo, dichas modificaciones y la propia referencia al cambio introducido en el sistema de protección, tan sólo pueden comprenderse —a mi juicio— en relación con el sometimiento de la Comunidad a la jurisdicción de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y, en particular, en relación con la problemática de las consecuencias que ello tendría sobre el carácter exclusivo de la competencia del Tribunal de Justicia en la interpretación y aplicación del Derecho Comunitario, así como sobre el principio de autonomía de dicho ordenamiento jurídico. Si ello es así, el TJCE, sin pronunciarse expresamente al respecto, se estaría apoyando en dichos argumentos para concluir la incompetencia de la Comunidad en el caso que nos ocupa. Lo que, a la luz de la declaración de inadmisibilidad de la solicitud por lo que se refiere a la compatibilidad del CEDH con los artículos 164 y 219 del Tratado CE, genera —cuanto menos— ciertas dudas sobre la congruencia global del Dictamen. Y pone de manifiesto, por otro lado, la artificialidad que, en este caso concreto, tiene la distinción radical entre competencia y compatibilidad, ya que aunque ambas cuestiones se separan a efectos de la admisibilidad, con posterioridad se entremezclan —aunque sea en forma implícita— para fundamentar el pronunciamiento del TJCE sobre el fondo de la consulta.

En cualquier caso, aún dejando a un lado esta crítica esencialmente metodológica, lo cierto es que el argumento del TJCE suscita, además, otra duda razonable respecto de la calificación como de «envergadura constitucional» de los cambios en cuestión. A este respecto, cabe recordar que el sometimiento del sistema comunitario a un órgano jurisdiccional externo ha sido expresamente declarado por el Tribunal como compatible con el Tratado en los dictámenes 1/91 y 1/92 (36). Por consiguiente, los cambios generados por dicho sometimiento no serían en sí mismos contrarios al sistema «constitucional» comunitario. Siempre, claro está, que se cumplan los requisitos expresamente definidos en dichos dictámenes. En especial, que la existencia de dicho órgano jurisdiccional externo no altere las funciones ni la «posición» institucional del TJCE, lo que exigiría —en particular— que las decisiones de dichos órganos no puedan incidir en la aplicación e interpretación del Derecho comunitario, garantizándose por tanto la autonomía de dicho ordenamiento (37).

¿Cómo interpretar, entonces, el dictamen? Es cierto que el Tribunal no se pronuncia explícitamente al respecto, en buena medida por su planteamiento previo sobre la admisibilidad. Sin embargo, ¿cabría entender que las referencias a las reformas de envergadura constitucional derivadas de la modificación del sistema de protección podrían interpretarse en el sentido de que el Tribunal considera que la Comisión y el Tribunal de Derechos Humanos pueden alterar dicho principio a través de sus decisiones?

Una interpretación en tal sentido me parecería, cuanto menos, arriesgada, ya que la respuesta a esta concreta pregunta es, sobre la base literal del dictamen, prácticamente imposible. En cualquier caso y sea como fuere, las cuestiones apuntadas ponen de manifiesto la debilidad de la estructura argumental seguida por el Tribunal de Justicia, que tiene como efecto, a mi entender, el suscitar un número de interrogantes mayor al de las cuestiones que efectivamente resuelve.

2.3. *La necesidad de la adhesión*

La mencionada debilidad de la estructura argumental del Dictamen por lo que se refiere al artículo 235, se pone —además— de manifiesto en una última cuestión a la que deseo referirme muy brevemente: el silencio

(36) Vid., en particular, Dictamen 1/91, FJ 40, 59 y 70.

(37) Vid. Dictamen 1/91, FJ 71; y Dictamen 2/91, FJ 17-29.

que en el mismo guarda el TJCE respecto del requisito de la *necesidad* de la adhesión.

En efecto, si el Tribunal parte de la existencia de un sistema propio de protección de los derechos humanos, las dudas sobre el carácter necesario de la adhesión y el consiguiente sometimiento a un control externo podrían estar razonablemente fundadas. Se trata de un problema que ha sido objeto de atención por parte de la doctrina y en las instituciones, planteándose en buena medida en términos de opción entre el sometimiento al sistema del CEDH y el establecimiento de un catálogo comunitario de derechos que fuese seguido de un sistema de protección también comunitario pero más formalizado (38).

Por ello, llama la atención el silencio del Tribunal sobre un tema que, sin duda alguna, contribuiría a aclarar la problemática de la aplicabilidad del artículo 235. Sobre todo si se tiene en cuenta que la garantía adecuada de los derechos humanos en el ámbito comunitario es ya objeto de un reconocimiento generalizado en la actualidad. Y que el procedimiento pretoriano establecido por el TJCE ha sido aceptado como eficaz tanto por los Estados miembros (39), como por la propia Comisión Europea de Derechos Humanos (40).

(38) Este planteamiento se ha reflejado incluso en los documentos elaborados por la Comisión y el Parlamento a los que me he venido refiriendo. Así, ver *Communication* de la Comisión, Anexo II, párrafo 8; y la Resolución ya citada del Parlamento Europeo, párrafo 13. Téngase en cuenta, sin embargo, que la *Declaración de los derechos y libertades fundamentales*, aprobada por el Parlamento Europeo mediante su Resolución de 12 de abril de 1989 (DO n.º C 120/51), que podría constituir el embrión de un sistema comunitario formalizado de protección de los derechos humanos, no ha tenido proyección en acto normativo alguno. No obstante, esta relación entre lo alternativo y lo complementario se mantiene en el seno de la Conferencia Intergubernamental, sin que hasta la fecha se haya adoptado una posición al respecto. En relación con este tema ver, en particular, el *Briefing on Fundamental Rights* elaborado por la «Task Force on the Intergovernmental Conference» del Parlamento Europeo (Luxemburgo, 9 de octubre de 1995).

(39) Recuérdese al respecto la polémica suscitada por los Tribunales constitucionales alemán e italiano. En relación con este tema, vid. RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y WÖLKER, U.: «Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: la Decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986», en *RIE*, 1987/3, pp. 667 y ss. Para una evolución ulterior ver el trabajo de RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: «Tribunales constitucionales y Derecho Comunitario», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 1175 y ss, en especial 1191-1197.

(40) Vid. Decisión de 9 de febrero de 1990, asunto 13258/87.

CONSIDERACIONES FINALES

Tras el comentario del Dictamen 2/94 que se ha hecho en las páginas precedentes, las consideraciones finales que se pueden formular al respecto han sido ya apuntadas casi todas. Sin embargo, quizás sea la rotundidad del pronunciamiento final del Tribunal y la ambigüedad que, por el contrario, se aprecia en alguno de los fundamentos jurídicos que le sirven de base, el elemento que de forma más destacada llama la atención.

En efecto, el Tribunal ha desaprovechado una buena oportunidad para entrar en el fondo de importantísimos problemas técnicos que, sin duda, habrían aportado luz a la polémica sobre la adhesión. Frente a ello, ha optado por una fórmula controvertida, con la que, pronunciándose aparentemente de forma única sobre la competencia, ha proyectado sombras sobre cuestiones esenciales. Y ello a pesar de su proclamación explícita del papel central que a los derechos fundamentales les compete jugar como límite de la legalidad comunitaria.

De esta forma cierra en falso el debate sobre la adhesión, sobre la base de un argumento competencial que, sin embargo, deja abierto el problema real que subyace al mismo: la conveniencia de someter a las instituciones comunitarias —incluido el Tribunal de Justicia— a un control externo, que garantice el respecto efectivo de los derechos humanos en el desempeño de sus respectivas funciones. Conveniencia que, por otro lado, no está tan alejada de la realidad si se tiene en cuenta que dicho control externo ha sido ya admitido por la totalidad de los Estados miembros.

Es cierto, no obstante, que esta observación se sitúa —al menos en una primera aproximación— en el plano de la oportunidad y no en el del control jurisdiccional, aunque sea de orden constitucional, que se atribuye al Tribunal de Justicia. Sin embargo, se trata de un elemento que no puede ser soslayado, puesto que en relación con el mismo se pueden suscitarse las principales críticas de orden sustantivo que cabría formular respecto del Dictamen 2/94 del TJCE. Críticas que, por otro lado, pueden verse reforzadas por la debilidad de ciertos argumentos del Dictamen a los que ya me he referido con anterioridad.

Sin embargo, a pesar de lo señalado hasta ahora, es preciso hacer una llamada de atención sobre la necesidad de situar las consecuencias del Dictamen en sus justos términos. Así, del mismo no pueden deducirse, a mi entender, ni una alteración del valor esencial que los derechos huma-

nos tienen en el sistema jurídico comunitario, ni una posible minoración de las garantías derivadas del sistema pretoriano de protección puesto en marcha por el Tribunal. Muy al contrario, ambos elementos salen reforzados del Dictamen, aunque sólo sea porque ambos elementos ocupan un lugar muy destacado en la fundamentación jurídica seguida por el Tribunal.

Por el contrario, el alcance del Dictamen ha de situarse, como señalaba el propio Tribunal, en el marco del «estado actual del Derecho Comunitario» y por referencia exclusivamente al sometimiento de dicho sistema jurídico a una instancia externa de control. Otra interpretación me parecería, a todas luces, desmedida.

No obstante, hechas estas matizaciones, no se puede olvidar tampoco que la protección de los derechos humanos se convierte en una exigencia irrenunciable del proceso integrador en el que se inserta el ordenamiento jurídico comunitario. Y que dicha exigencia adquiere un significado especial en el marco de una integración de contenido cada vez más político. Desde esta perspectiva, cabe preguntarse si no sería preciso introducir modificaciones que permitan establecer un sistema general de protección de los derechos humanos y someterlo, según la tradición de los Estados miembros, a sistemas de control externos del tipo de los establecidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Se trata, pues, de un tema conceptual de mayor alcance que, sin duda, se ha de plantear en una u otra medida en el seno de la Conferencia Intergubernamental. En dicho sentido, y con independencia de los resultados finales, resulta esperanzador el mantenimiento en los trabajos de la Conferencia del debate sobre la protección de los derechos humanos en la Unión y en la Comunidad Europea, incluida la problemática específica de la adhesión al Convenio Europeo. El debate, pues, sigue abierto.