

EL DICTAMEN 2/1994 DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA O COMO NO ABORDAR EL ESPINOSO ASUNTO DE LAS COMPETENCIAS COMUNITARIAS

JOSE M. DE AREILZA CARVAJAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA CE.—III. HECHOS Y ALEGACIONES DE LAS PARTES EN EL DICTAMEN 2/1994.—IV. EL DICTAMEN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.—V. COMENTARIO CRÍTICO: NO ES ESTO, NO ES ESTO.

I. INTRODUCCION

La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea es uno de los rasgos constitucionales más importantes de la incipiente polis europea. Al mismo tiempo, si uno analiza las características específicas de esta protección en su contexto institucional e histórico advierte tanto el espectacular desarrollo político y legal del proyecto de integración europea en las últimas tres décadas como sus notables carencias y los problemas jurídico-políticos aún por abordar.

El reciente Dictamen 2/1994 del Tribunal de Justicia negando la competencia comunitaria para eventual adhesión de la Comunidad al Convenio de Protección de Derechos Humanos de 1950 es un magnífico ejemplo de la confluencia de dos grandes temas pendientes en la vida constitucional europea, la cuestión de la delimitación de las competencias comunitarias y la de la superación del método casuístico en la protección de Derechos Fundamentales en el plano europeo. Este Dictamen también ilustra, a mi juicio, una enorme preocupación del Tribunal de Justicia por conservar su propia legitimidad y una desesperante ceguera a la hora de hacer lo que debe hacer, con un coste aún mayor para su *auctoritas* y su capacidad de decir la última palabra en la interpretación de reglas europeas e indirectamente nacionales.

En este breve comentario al Dictamen, primero resumo los rasgos principales de la protección de Derechos Fundamentales por el Tribunal de Justicia. A continuación, analizo la solicitud de Dictamen y las alegaciones de las partes sobre admisibilidad y sobre el fondo del asunto. Después, estudio el contenido mismo del Dictamen y hago un comentario crítico, intentando situar en su contexto histórico y político la decisión del Tribunal y señalando rutas alternativas por las que podía haber transitado el órgano jurisdiccional.

II. LA PROTECCION DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA CE

No hay en los Tratados, ni creo que habrá por mucho tiempo, un catálogo de Derechos Fundamentales protegidos por la Comunidad. Su elaboración sería demasiado polémica, tanto a la hora de ponerse de acuerdo en el contenido como al buscar la aceptación unánime de todos los Estados miembros de esta positividad.

No obstante, es bien sabido que el Tribunal de Justicia a partir de los años setenta comenzó a garantizar caso por caso el respeto a los Derechos Fundamentales en el plano europeo, interpretando que este límite a la acción comunitaria formaba parte de los principios generales del Derecho comunitario.

A pesar de esta falta de mandato de los Tratados y de catálogo de referencia, los gobiernos nacionales y las instituciones políticas comunitarias felicitaron al Tribunal por su activismo judicial (1) y, lo que fue más importante, también fue congratulado por los tribunales supremos y constitucionales de los Estados miembros. Esta reacción se debió, por lo menos, a tres razones: la protección de Derechos Fundamentales en el plano europeo contribuía a colmar el déficit democrático; era una manera de limitar a la Comunidad (en principio) y; sobre todo, permitía la aceptación por los órganos jurisdiccionales nacionales del efecto directo y la primacía del Derecho comunitario, doctrinas que revolucionaban la validez y eficacia del Derecho Comunitario y habían sido creadas también *ex nihilo* por el Tribunal europeo.

La metodología seguida por el Tribunal era proteger caso por caso distintos derechos. Para establecer el contenido de la protección, el Tribunal examinaba la supuesta tradición constitucional común de los Estados miembros (cuando existía y no sin cierta superficialidad), así como atendía a la protección inter-

(1) Cfr. la Declaración Común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión sobre los Derechos Fundamentales de 5 de abril de 1977 (Recopilación de los Tratados 1995, pág. 877).

nacional de Derechos Fundamentales, especialmente la garantizada por el Convenio de 1950 del Consejo de Europa. En ningún momento, sin embargo, el Tribunal se ataba a distintos *standard* nacionales o internacionales, simplemente se «obligaba a inspirarse» (2) en los mismos. Por ejemplo, al tomar una y otra vez como referencia el Convenio de 1950, lo hacía sin tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. El Tribunal de Justicia de la Comunidad quería hacer y hacía su propia protección, invocando una sensibilidad específicamente europea para ello.

Esta metodología casuística tiene virtudes y defectos evidentes que aquí no vamos a examinar (3). Lo que sí es importante resaltar es que, con el tiempo, los casos ante el Tribunal son cada vez sobre cuestiones más polémicas (4), lo cual somete al Tribunal a un mayor escrutinio por parte de la opinión pública y de la política europea y nacional y que cada vez el Tribunal de Justicia se siente más tentado a enjuiciar la legalidad de medidas nacionales, y no sólo comunitarias, a la luz de los Derechos Fundamentales protegidos por la Comunidad (5), lo cual añade también tensión y dificultades para lograr la aceptación de su labor judicial en favor de los Derechos Humanos.

Entre otras propuestas que se suelen hacer para ayudar al Tribunal de Justicia de la CE a seguir protegiendo con una cierta eficacia los Derechos Fundamentales en el plano europeo se incluye, desde finales de los setenta, la de conseguir la adhesión de la Comunidad al Convenio de 1950, de tal modo que exista un sometimiento a una protección internacional de Derechos Humanos que, por otra parte, es aceptada por todos los Estados miembros. Sería una manera de suplir la falta en el Tratado de ese catálogo escrito de Derechos Humanos y de completar el carácter programático del artículo F del Tratado de la Unión Europea, que consagra la protección de Derechos Humanos, pero no es invocable como tal ante el Tribunal de Justicia. Esta vieja aspiración de conseguir la adhesión de la Comunidad al Convenio de 1950 fue renovada en 1990 por la Comisión y, con las tormentas de la ratificación de Maastricht, hubo que esperar hasta 1994 para que el Consejo accediera a solicitar el dictamen del Tribunal sobre el particular. Esto no significa que todos los Estados miembros

(2) Cfr. caso Hauer, Sentencia de 13 de diciembre de 1979, asunto 44/79, ECR 499, 1979.

(3) Cfr. para un análisis en profundidad, RICARDO ALONSO GARCÍA: *Derecho Comunitario*, CEURA, 1994, págs. 600 y sigs.

(4) Cfr. caso Grogan, sentencia de 4 de octubre de 1991, C-159/90, ECR 4733, 1991.

(5) Cfr. el reciente artículo de JOSEPH WEILER: «Fundamental Rights and Fundamental Boundaries», examinando estos desafíos en *The European Union and Human Rights (International Studies in Human Rights)*, ed. Neuwahl & Rosas, Kluwer Law International, 1995, págs. 51-76.

estaban a favor de la adhesión al Convenio, como veremos más adelante, pero sí que consideraron oportuno preguntar al Tribunal al respecto.

III. HECHOS Y ALEGACIONES DE LAS PARTES EN EL DICTAMEN 2/1994

El Consejo de la Unión Europea presentó el 26 de abril de 1994 una solicitud de dictamen ante el Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con el Tratado de la Comunidad Europea de una eventual adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. La solicitud se hizo con arreglo al párrafo 6 del artículo 228 del Tratado, que faculta al Consejo, a la Comisión y a los Estados miembros a pedir al Tribunal de Justicia que examine con carácter previo la legalidad de un proyecto de acuerdo internacional en el que la Comunidad tiene previsto participar.

Aun sin que existiese un texto que recogiese el proyecto de acuerdo, el Consejo creyó que los problemas jurídicos e institucionales de fondo de una eventual adhesión eran suficientemente importantes y precisos como para solicitar este dictamen vinculante. El Consejo explicó al Tribunal que la propia negociación internacional resolvería algunas cuestiones clave de la adhesión, por ejemplo el alcance de la misma, el respeto de las adhesiones previas de los Estados miembros, la participación de la Comunidad en los órganos de control y las necesarias modificaciones del Convenio y sus Protocolos para permitir que se adhiriera la Comunidad. Sin embargo, el Consejo pidió al Tribunal de Justicia que entrase a decidir él mismo dos cuestiones básicas sin las cuales no se podría ir adelante. Primero, la existencia de competencia material por parte de la Comunidad para celebrar el acuerdo, que el Consejo fundamentaba a partir de una interpretación ya consagrada de la protección de Derechos Humanos como parte integrante de los objetivos de la Comunidad y la utilización como base jurídica del acuerdo el artículo 235, la cláusula de poderes subsidiarios del Tratado. Segundo, la compatibilidad del sistema jurisdiccional del Convenio con la competencia jurisdiccional del Tribunal y con la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario.

Este último aspecto parecía especialmente importante, porque en el Dictamen 1/1991 (6) sobre el proyecto de acuerdo del Espacio Económico Europeo el Tribunal de Justicia había afirmado que la Comunidad podría some-

(6) Cfr. el Dictamen 1/91 del Tribunal de Justicia de la CE, de 14 de diciembre, ECR 6079, 1991.

terse a un órgano jurisdiccional establecido por un acuerdo internacional, siempre que se cumpliese la 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*, algo tal vez imposible en la práctica y desde luego susceptible de muchas interpretaciones.

El Reino Unido e Irlanda solicitaron que se declarase inadmisibile la solicitud de dictamen y otros Estados plantearon que quizá era prematura, ya que no existía una propuesta específica de acuerdo de adhesión de la CE al Convenio y sí un cúmulo de dificultades jurídicas y políticas para realizar tal adhesión. Entre estas últimas, los británicos, con evidente sentido práctico, señalaron que en el Consejo no había la unanimidad requerida por el artículo 235 para autorizar una hipotética adhesión de la Comunidad, es decir, que en cualquier caso las anunciadas reservas de varios Estados a la adhesión hacía que la pregunta al Tribunal fuera ociosa.

Sin embargo, dicho órgano jurisdiccional se apoyó en las tesis de la Comisión, el Parlamento y de los gobiernos alemán, francés y otros para declarar admisible la petición de dictamen, argumentando básicamente que la nueva redacción del artículo 228 tras las reformas de Maastricht permitía entender que la pertinencia de una solicitud de dictamen no estaba condicionada a la negociación efectiva de un acuerdo internacional y que los elementos en discordia (competencia de la Comunidad y monopolio jurisdiccional del Tribunal de Justicia) eran lo suficientemente abstractos e importantes como para que procediese resolverlos antes de seguir adelante.

Sobre el fondo de la cuestión, la Comisión, el Parlamento y algunos Estados miembros (Austria, Bélgica, Alemania, Grecia, Italia, Finlandia y Suecia), se manifestaron a favor de la competencia de la Comunidad para adherirse al Convenio y aceptaron que el artículo 235 era la base jurídica indicada para permitir la adhesión al Convenio, ya que la protección de derechos fundamentales, incluida su vertiente externa, es un objetivo de la Comunidad y resulta esencial para el buen funcionamiento del mercado común, tal y como lo requiere el artículo 235 para que pueda ser utilizado como base jurídica.

Por el contrario, los gobiernos de España, Francia, Portugal, Reino Unido e Irlanda presentaron con diversos matices la siguiente doble alegación, tan contradictoria como sorprendente: la Comunidad no tiene competencias específicas para proteger derechos humanos, dado el carácter programático del artículo F.2 del Tratado de la Unión Europea y, por lo tanto, carece de base jurídica que pueda servir para la adhesión, *pero el artículo F.2 permite la protección de derechos fundamentales en el ámbito comunitario por el Tribunal a través de los principios generales de Derecho Comunitario, aunque se limita a otorgar rango constitucional al acervo jurisprudencial en materia de derechos humanos.*

Del mismo modo, el primer bloque citado Comisión-Parlamento-ciertos Estados miembros se manifestó a favor de la compatibilidad de la adhesión con los artículos 164 y 219 de Tratado, que protegen la autonomía jurisdiccional al Tribunal de justicia y le reservan el monopolio jurisdiccional en la Comunidad, pero que en ningún modo impiden que la Comunidad participe en el sistema de protección mínima de Derechos Fundamentales del Consejo de Europa, de finalidad muy distinta de la comunitaria.

Los Estados miembros antes citados que negaban la competencia de la Comunidad para participar en el Convenio, también señalaron la incompatibilidad de una hipotética adhesión con los artículos 164 y 219, entre otros motivos porque se sometería la interpretación del Tribunal de Justicia de la legalidad comunitaria a una revisión final por el Tribunal de Estrasburgo, basada en el Convenio de 1950, algo que roza lo tautológico o al menos a mi modo de ver supone una interpretación muy rígida de dichos artículos.

IV. EL DICTAMEN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El Tribunal de Justicia resolvió afirmativamente la cuestión de la admisibilidad de la solicitud de dictamen y a la vez limitó las dos preguntas a una, la referente a la competencia de la Comunidad para adherirse al Convenio.

Para justificar esta admisión limitada recurrió primero a la finalidad del 228.6, que no es otra que evitar litigios sobre la legalidad de un acto comunitario de celebración, ejecución o de aplicación de un acuerdo internacional mediante su examen anterior por el Tribunal. En segundo lugar, el Tribunal aludió, a la situación concreta del caso, en el que no existían negociaciones ni se había determinado el contenido concreto del acuerdo.

El Tribunal decidió que podía responder a la cuestión de la competencia, pues en este aspecto el objeto del acuerdo previsto se conoce de manera suficientemente clara antes de iniciar las negociaciones y «la solicitud de dictamen parece pues inspirada por el interés legítimo del Consejo en conocer la amplitud de sus competencias antes de adoptar una decisión sobre la apertura de las negociaciones». El Tribunal también apeló al efecto útil del párrafo 6 del artículo 228 y a la protección de los intereses de las posibles partes en el Convenio para reforzar su decisión de resolver sobre la competencia de la Comunidad para adherirse al Convenio.

Por el contrario, el Tribunal estimó que no podía pronunciarse sobre la cuestión de la compatibilidad del acuerdo previsto con el Tratado, en especial con sus artículos 164 y 219, ya que para poder hacerlo «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».

Entrando ya en su razonamiento sobre la competencia o no de la Comunidad para adherirse al Convenio, una vez convertida esta cuestión en el asunto único del que se ocupa el fondo del dictamen, el Tribunal siguió varios pasos para denegar la competencia de la Comunidad.

En primer lugar, el Tribunal citó el párrafo primero del artículo 3B, incluido en la reforma de Maastricht para codificar el principio de atribución de competencias en el ámbito comunitario, o lo que es lo mismo, recordar a las instituciones comunitarias que según este principio la Comunidad *debe tener* competencias limitadas, lo cual afecta tanto a la acción interior como a la acción internacional de la Comunidad.

A continuación, el Tribunal aclaró que ello no implica que se renuncie a interpretar los Tratados como textos que conceden ciertos poderes implícitos de la Comunidad y que, por lo tanto, si la Comunidad tiene en el ámbito interno poderes para alcanzar un objetivo determinado, también sigue estando facultada en el ámbito externo para actuar si lo necesita para conseguir dicho objetivo.

Sin embargo, el Tribunal afirmó 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». Por ello, la Comunidad no tiene competencias expresas o implícitas al respecto y sólo puede adherirse al Convenio de 1950 utilizando el artículo 235 o cláusula de poderes subsidiarios, que sirve en estos casos.

Aunque lo comentaremos en el siguiente apartado más a fondo, estamos ante una manera nueva de razonar por parte del Tribunal, restrictiva en cuanto a la delimitación de los poderes de la Comunidad por el Tribunal. Merece la pena observar un momento el esqueleto del nuevo hilo argumentativo:

1. *Para que haya poderes implícitos, tiene que haber un poder expreso del cual derivar la competencia y no sólo un objetivo comunitario.*
2. *Además, interpretamos el ámbito material de dicho poder expreso de modo restrictivo.*
3. *El artículo 235 sólo se utiliza cuando no hay tales poderes expresos o implícitos, y «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» (nueva interpretación restrictiva).*

El Tribunal examinó finalmente si el artículo 235 podía servir de base jurídica para la adhesión. Lo hizo a partir de un enfoque asimismo novedoso, sin

dar importancia a la literalidad del artículo 235 y a su propia jurisprudencia de los últimos treinta años. Este enfoque nuevo consiste en recordar que la Comunidad tiene (en realidad, *debe tener*) competencias limitadas y estas son sólo las que le han delegado los Estados Miembros, por lo que no debe utilizarse el artículo 235 para ampliar el contenido material del Tratado sin pasar por el procedimiento de reforma de los Tratados.

Por ello, en este caso el Tribunal no permite la utilización del artículo 235 como base jurídica para la adhesión. El máximo órgano jurisdiccional insiste, sin embargo, en que los Estados miembros y las Instituciones comunitarias han subrayado la importancia del respeto a los Derechos Humanos en el ámbito europeo, que los propios tratados hacen referencia a ello en varios apartados y que los derechos fundamentales «según reiterada jurisprudencia, forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia» y su respeto «constituye un requisito para la legalidad de los actos comunitarios».

Pero todo ello no es suficiente para permitir la utilización del artículo 235 en este caso, porque «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» y ello tendría «una envergadura constitucional y sobrepasaría, pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235».

V. COMENTARIO CRITICO: NO ES ESTO, NO ES ESTO

Como ha destacado hace poco el profesor Joseph Weiler (7), cada vez es más normal que las decisiones del Tribunal de Justicia de la CE se sometan a crítica y debate, no sólo por académicos, sino en medios políticos y por la opinión pública en general. Ha pasado el tiempo en el que el Tribunal gozaba de un «benigno olvido» de la vida pública nacional y los estudiosos de la Comunidad lo veneraban y adulaban sin límite. El propio Weiler afirma que este ejercicio de crítica es muy saludable y sobre todo, es lo normal en una comunidad democrática, basada en la limitación del poder por el poder. Pues bien, este dictamen del Tribunal reclama más de un análisis crítico, por la importancia cons-

(7) Cfr. JOSEPH WEILER: «Journey to an Unknown Destination: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration», *Journal of Common Market Studies*, vol. 31, núm. 4, diciembre 1993, pág. 417.

titucional y simbólica de la protección de Derechos Fundamentales en la incipiente polis europea y por lo urgente que es hoy contribuir desde el Tribunal a limitar las competencias comunitarias, sin renunciar por ello a construir una verdadera comunidad política europea.

Examinemos primero algunos rasgos del contexto histórico y político en el que tiene lugar el dictamen. La Comunidad se encuentra en un momento delicado de su evolución política. La Unión continúa acarreado un peligroso déficit democrático, desde un punto de vista de adquisición de tecnología democrático-liberal y, sobre todo, en cuanto a su legitimación social. Por ahora no existe mucha voluntad ni imaginación para resolver este déficit en la Conferencia Intergubernamental de 1996.

El aspecto externo más importante del déficit democrático, y el que desazona más a muchos ciudadanos y políticos, es el de la falta de límites claros a los poderes de la Unión, tanto en el plano jurídico como en el político. La Comunidad puede entrar hoy en día en casi todas las áreas de la vida económica y social de los pueblos europeos y legisla en muchas de ellas, con frecuencia siguiendo la regla de la mayoría cualificada en el Consejo. La interpretación de los Tratados hasta ahora consagrada es tal que no cabe invocar la garantía jurídica presente en los primeros años del proyecto comunitario, según la cual la Comunidad tenía competencias limitadas o tasadas. La hermenéutica al uso es la contraria (o era hasta este dictamen): la Comunidad tiene muchos poderes implícitos y estos se interpretan de manera generosa y finalista.

En la negociación de Maastricht se intentó abordar este apremiante asunto de la falta de límites competenciales, pero la cacofonía reinante produjo resultados modestos, como la prohibición de legislar en nuevas áreas competenciales europeas como sanidad, cultura o educación, el establecimiento de la unanimidad como regla general para tomar decisiones en los dos «pilares» fuera de los Tratados, lo cual evitaba un desarrollo competencial acelerado o la codificación del principio de subsidiariedad en el artículo 3B, de extraordinaria ambigüedad y que en seguida se ha convertido en principio multiuso y arma arrojada al servicio de cualquier contrincante (8).

El Tribunal de Justicia de la CE ha observado con atención a lo largo de la última década los intentos fallidos del proceso político comunitario de establecer límites a la acción de la Unión sin mermar su capacidad de actuar cuando sea necesario. Como todo Tribunal máximo de una comunidad política

(8) Cfr. mi artículo «El Principio de Subsidiariedad en la Construcción de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 15, núm. 45, sept.-dic. 1995, págs. 53-93 y la bibliografía citada en el mismo.

en la que existe una separación de poderes vertical, el órgano jurisdiccional europeo ha decidido intervenir para restaurar cierto equilibrio en la distribución de competencias sólo cuando ha constatado la incapacidad del proceso político de hacerlo por él mismo. Como ejemplos de este activismo, que también tiene algo de *mea culpa* por el excesivo celo pro integracionista en el pasado del propio Tribunal en cuestiones competenciales, podríamos citar la nueva jurisprudencia, aún por consolidar, reduciendo el ámbito material de la prohibición del artículo 30 y, por lo tanto, limitando la competencia original de la Comunidad para armonizar vía artículo 100A.

Varios autores han animado al Tribunal a seguir actuando en esta dirección, y le han aconsejado que haga un control sobre elección de bases jurídicas que favorezca en más ocasiones la toma de decisiones por unanimidad o que para crear este límite utilice el segundo párrafo del artículo 3B, en el que se define el principio de subsidiariedad. Esta última senda no ha sido transitada todavía por el Tribunal, sin duda consciente del contenido eminentemente político del principio y la dificultad de hacer una interpretación «objetiva» de la subsidiariedad.

Sin embargo, las ventajas de utilizar el principio de subsidiariedad para limitar la acción comunitaria son más que sus inconvenientes. Es bueno que la Comunidad, en nombre del principio, conserve su flexibilidad a la hora de entrar directa o indirectamente en nuevas áreas de la vida económica y social de los Estados. Así ocurre en todos los sistemas de gobierno contemporáneos con división de poderes verticales, que responden más a modelos de federalismo cooperativo que a rígidas divisiones de poderes entre el centro y la periferia. Esto se debe a que en nuestras polis postindustriales la intervención pública para ordenar la sociedad es todavía muy grande y los esfuerzos y conflictos más que delimitación son de coordinación y financiación (9).

En el dictamen que comentamos el Tribunal utiliza el párrafo 1 del artículo 3B para apoyar su interpretación limitando las competencias comunitarias en vez del párrafo 2, que define la subsidiariedad. El párrafo 1 codifica el principio de delegación o de atribución, hace mucho superado por la Comunidad en la práctica. Tal vez por eso, en este artículo 3B el principio de delegación se enuncia de una manera deliberadamente ambigua, que permite una interpretación amplia de los poderes comunitarios, al subordinar la delimitación de competencias a los objetivos de la Comunidad, numerosos y muy generales. Sin embargo, el Tribunal decide hacer una interpretación restrictiva de los po-

(9) Cfr. R. DEHOUSSE: «Community Competences: are there limits to growth?», en *Europe after Maastricht: an ever closer Union?*, ed. Dehousse, Law Books in Europe, 1994.

deres comunitarios a partir de este párrafo 1, y nada menos que en el área de protección de Derechos Fundamentales.

El Tribunal no tenía por qué haber esperado a la inclusión del artículo 3B, párrafo 1, en Maastricht para delimitar las competencias comunitarias, ya que el artículo 173 desde el principio de la andadura comunitaria le permitía anular una medida comunitaria por falta de competencia material, lo cual nunca se ha hecho. En último caso, el Tribunal podía haber hecho un control a partir de la utilización en este caso concreto del artículo 235, sin arriesgarse a inaugurar una interpretación nueva, general y restrictiva de los poderes comunitarios.

Igualmente los artículos 164 y el 219 se podrían haber interpretado extensivamente para entender que la Comunidad ha encargado a su Tribunal proteger los Derechos Fundamentales, rasgo sin el cual no existe una Comunidad de Derecho o que dicha protección se derivaba no sólo de poderes expresos, sino también de objetivos de la Comunidad aceptados por todos. A partir de esta rígida y anacrónica visión de los poderes comunitarios como tasados, apoyada en una lectura algo simplista del artículo 3B, párrafo 1, el Tribunal modifica su tradicional visión generosa de los poderes implícitos comunitarios.

El Tribunal limita el uso del artículo 235 a situaciones en las que no hay poderes expresos o implícitos para que la Comunidad actúe e interpreta también restrictivamente la posibilidad de uso del 235, subrayando la prueba de la necesidad de la acción como un paso previo difícil de dar antes de lograr luz verde para usar esta cláusula de competencias subsidiarias.

Puestos a negar la competencia de la Comunidad para adherirse al Convenio de 1950, hubiera sido menos dañino que el Tribunal hubiera negado sólo la competencia externa de la Comunidad para la protección de Derechos Fundamentales. Pero en vez de separar claramente la competencia interna y la externa, el Tribunal no quiere abandonar el paralelismo automático establecido en su famoso dictamen 22/1970 o caso AETR (10), en el que puso los cimientos de la clásica teoría de poderes implícitos comunitarios. Sin embargo, la ironía es que en este dictamen 2/1994 está reformando seriamente lo dicho en el caso AETR sobre competencias comunitarias y, por otra parte, no tiene mucho sentido que el Tribunal se empeñe en salvar su jurisprudencia «in foro interno, in foro externo» cuando hoy en día la práctica de los acuerdos mixtos ha erosionado enormemente su virtualidad.

De este modo, el Tribunal acaba poniendo en tela de juicio toda competencia de la Comunidad para proteger Derechos Fundamentales, sea interna o externa, aunque afirme que sería la inclusión en un sistema internacional de

(10) Caso AETR, dictamen 22/70, ECR 263, 1971.

protección de derechos humanos lo que haría a la Comunidad excederse en sus competencias, que en el plano interno el respeto a los derechos fundamentales sigue siendo requisito de legalidad comunitaria y que él se encarga de dicha protección a través de la aplicación de los principios generales del Derecho Comunitario.

Las razones que han llevado al Tribunal a emitir este dictamen son muy variadas y sólo nos interesa especular sobre ellas en la medida en la que contribuyen a entender el contexto jurídico y político de la Europa de fin de siglo.

La razón más obvia detrás de esta desafortunada opinión es que el Tribunal de Luxemburgo no quiere someterse al de Estrasburgo. Es humanamente comprensible, pero no una razón de peso, porque son ordenamientos jurídicos de naturaleza y eficacia distinta, y una protección internacional de Derechos Fundamentales suplementaria a la comunitaria a la larga normalizaría y asentaría el papel del Tribunal de Luxemburgo como Tribunal Supremo o Constitucional de la *polis* europea.

Otra razón de fondo para dictaminar en este sentido podría haber sido la oportunidad de hacer un guiño al Tribunal Constitucional alemán y demostrar un nuevo talante a la hora de interpretar las competencias comunitarias, haciendo caso a la petición implícita del Karlsruhe en su famosa sentencia Maastricht de 12 de octubre de 1993, en la que permitió la ratificación por Alemania del Tratado de la Unión Europea, pero somete esta autorización a ciertas condiciones, entre otras la limitación de las competencias y acciones comunitarias. Sin embargo, el gobierno alemán estaba a favor de la adhesión al Convenio de 1950 y, por tanto, de la competencia europea en este ámbito. Una de las preocupaciones alemanas serias y condiciones para seguir adelante es que la Comunidad proteja eficazmente Derechos Fundamentales, lo cual sigue siendo posible después del Dictamen es a pesar de los razonamientos endebles utilizados en el mismo.

Por último, cabría interpretar el dictamen como un intento del Tribunal de apaciguar a los Estados miembros (el Reino Unido el primero) más interesados en limitar los poderes del Tribunal en la Conferencia Intergubernamental en curso. Sin embargo, sería un cálculo mal hecho, porque se necesitaría la unanimidad de los Estados miembros tanto para dar nuevos poderes al Tribunal (lo cual no va a ocurrir en esta reforma), como para quitarle de modo significativo los que ya tiene.

Hay poquísimas posibilidades desde un punto de vista político de que la Conferencia reforme el Tratado y atribuya competencia a la Comunidad para que pueda plantear su adhesión al Convenio de 1950. Y, sin embargo, la adhesión al Convenio mejoraría sobre todo la legitimación de fondo del Tribunal de Justicia, al estar sometido a una instancia superior y responder ante ella y no

afectaría tanto, ni para bien ni para mal, a la protección efectiva de Derechos Fundamentales, ya que la protección del Convenio de 1950 y sus Protocolos se basa en mínimos. El daño que hace este dictamen a la Unión Europea es que el Tribunal renuncia a entenderla como una comunidad política de finalidades generales y agranda por lo tanto el déficit constitucional de la integración europea. Al fin y al cabo, gracias al respeto a los Derechos Fundamentales un poder es legítimo y este respeto no depende sólo de que se proclame, como lo hace el dictamen, sino de que se articule de modo convincente y homologable con otras instancias democráticas.

