

Problemática adhesión de la Comunidad Europea al Convenio de protección de Derechos Humanos

Análisis del dictamen del Tribunal de Justicia de la CE.

El día 26 de abril de 1994, ante la Secretaría del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, TJCE, el Consejo de la Unión Europea, con arreglo al apartado 6 del artículo 228 del Tratado CE, elevó la siguiente consulta: «La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, ¿sería compatible con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea?» Tal interrogante plantea dos problemas jurídicos complementarios, a saber, por un lado, la competencia de la Comunidad Europea para celebrar un acuerdo de esta naturaleza y, por otro, su compatibilidad con las disposiciones del Tratado, en especial, las relativas a las competencias del TJCE.

A primera vista podría pensarse que estamos sólo ante dos problemas técnico-jurídicos muy precisos: el primero, relacionado con los límites del ámbito competencia! de una organización internacional de naturaleza *sui generis* (la CE); el segundo, el eventual conflicto de competencias que podría suscitarse entre dos Cortes Internacionales: el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal de Estrasburgo. Sin embargo, lo cierto es que se trata de una *problématique* que linda con la *ulti-*

ma ratio de la organización supranacional: los derechos inherentes al ser humano. Así mismo, estamos frente a un debate en el que están de por medio los intereses de los Estados Partes, especialmente en lo que se refiere a la ampliación de la protección de los derechos humanos al pilar intergubernamental que comprende la cooperación en asuntos de justicia y del interior, así como la defensa que de sus competencias hacen algunas de las instituciones comunitarias, frente a la "amenaza" que representa para éstas la asignación de nuevas competencias —por efecto de la adhesión de la CE al Convenio— a las instituciones creadas en el seno del Consejo de Europa, especialmente, la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Estrasburgo.

Históricamente, el debate sobre la competencia de la Comunidad Europea (en aquella época CEE) para adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo: el Convenio), así como la compatibilidad de las disposiciones del Convenio con el ordenamiento jurídico comunitario, encuentra sus orígenes remotos en una resolución del Parlamento Europeo fechada 4 de abril de 1974, intitulada: "Relative à la sauvegarde des droits fondamentaux des citoyens

des Etats membres dans l'élaboration du droit communautaire".² La idea de la adhesión fue planteada de nuevo en 1979 por la Comisión Europea, sin que se alcanzase, en esta oportunidad, un mayor éxito. Algunos años más tarde, el 19 de noviembre de 1990, la Comisión retoma tal iniciativa y decide enviarle una comunicación en tal sentido al Consejo de las Comunidades Europeas. Sensiblemente dividido sobre la oportunidad de aquella *démarché*, el Consejo de las CEE decide solicitarle, con base en el artículo 228, apartado 6 del Tratado CE y previa la apertura de cualquier negociación diplomática con el Consejo de Europa, un dictamen consultivo al TJCE sobre la compatibilidad del convenio con el ordenamiento jurídico comunitario. De conformidad con el apartado 1 del artículo 107 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, la solicitud de dictamen fue notificada a la Comisión, a los Estados miembros y al Parlamento Europeo. En el curso de la audiencia que se llevó a cabo el 7 de noviembre de 1995 fueron escuchados los representantes del Consejo, de la Comisión, del Parlamento, de los Estados que habían presentado observaciones por escrito (excepto Austria), así como los de los gobiernos italiano e irlandés".

Desde un punto de vista material, el debate sobre la adhesión de la CE al Convenio ha venido siendo alimentado por un conjunto de críticas, formuladas desde distintos sectores de la doctrina y de las instituciones comunitarias -en especial la Comisión y el Parlamento europeos- a las lagunas que presenta un sistema comunitario de protección de los derechos humanos basado en una construcción pretoriana, que ha intentado hacer frente a las insuficiencias que presenta el

proceso de positivización de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario. En efecto, en los preámbulos de los Tratados Constitutivos, debido a los intereses prioritarios de integración económica que se perseguían en ese momento, no se hizo una referencia expresa a los derechos fundamentales. Tan sólo figura allí una breve alusión a «los esfuerzos en favor de la paz» (CECA, CEE y CEEA), y a la «defensa de la libertad» (CEE). De igual manera, el Tratado CE se limitó a consagrar el principio de la «no discriminación por razón de la nacionalidad» (artículo 6), el derecho a «la libre circulación de los trabajadores» (artículo 48), la toma de medidas para asegurar una seguridad social al trabajador inmigrante «y a sus derechohabientes» (artículo 51), así como el principio de la libre circulación de los trabajadores que ejercen una profesión liberal (artículos 52 a 58). Años más tarde, el Acta Única Europea, cuyo texto entró en vigor el 1 de julio de 1987, alude en su Preámbulo al respeto de los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio y en la Carta Social Europea. Recientemente, el Tratado de la Unión Europea dio un paso adelante al disponer en su artículo F.2: «La Unión respetará los derechos humanos tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [...] y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario». Así mismo, el TUE, al crear una ciudadanía europea (artículo 8 del Tratado es), en palabras de la profesora Araceli Mangas", produjo una verdadera novación en los derechos fundamentales consagrados

en el ámbito comunitario, al perder éstos su carácter exclusivamente económico y reforzarse su esencia política.

El establecimiento de una ciudadanía europea implica igualmente el reconocimiento de un conjunto de derechos de naturaleza claramente política, como son: el derecho de participación activa y pasiva en las elecciones europeas y municipales, el derecho a demandar la protección diplomática y consular de cualquier Estado miembro, el derecho de petición ante el Parlamento Europeo y el derecho a dirigir peticiones al defensor del Pueblo de la UE. Esta tenue positivización de derechos fundamentales en el ámbito comunitario, que no constituye de ninguna manera aquello que tradicionalmente se entiende por una Carta de Derechos Humanos, ha sido acompañada por una ingente labor jurisprudencial! Llevada a cabo por el TJCE, a partir del 12 de noviembre de 1969, mediante su fallo *Stauder*, considerado por Petersman como «una histórica decisión»⁶. El citado órgano judicial afirmó en aquella ocasión «que, así interpretada, la disposición litigiosa no revela ningún elemento susceptible de poner en cuestión los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del derecho comunitario, cuyo respeto el Tribunal asegura ...»⁷. A partir de esta fecha, y haciendo una apretada síntesis de la evolución de la jurisprudencia del TJCE, especialmente de los casos *Internationale Handelsgeellschaft* del 17 de diciembre de 1970 y del asunto *Nold* del 14 de mayo de 1974, el órgano judicial ha creado un sistema de protección de los derechos fundamentales apoyándose en los principios generales del derecho comunitario, remitiéndose a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y a los instrumen-

tos internacionales tales como el propio Convenio, la Convención N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo⁸ en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres, incluso el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹, el cual le ha permitido asegurar la protección del derecho a la no autoincriminación.

Así las cosas, nos encontramos frente a una positivización frágil de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario, acompañada por una elaboración jurisprudencial! avanzada, que en parte ha suplido la ausencia de una verdadera Carta de Derechos Humanos a nivel comunitario. Desde esta perspectiva, algunos autores como la profesora Chantiel", así como la mayoría de Estados miembros de la UE, consideran o bien innecesario -jurídicamente- o bien inconveniente -políticamente- la adhesión de la CE al Convenio. Por su parte, el Parlamento Europeo, la Comisión y la minoría de Estados miembros de la UE, sostienen la tesis contraria, con base en cuatro argumentos principales: la inseguridad jurídica en la que se encuentra tanto el ciudadano como los autores de las normas comunitarias al no contar con un catálogo claro de derechos fundamentales; con la entrada en vigor del Protocolo 11 del Convenio, el individuo dispondría de una vía judicial para lograr la tutela judicial efectiva de sus derechos fundamentales en el ámbito comunitario; la incompetencia del TJCE para conocer de asuntos relacionados con el pilar intergubernamental en materia de justicia y del interior; por último, el argumento según el cual las importantes competencias atribuidas a la UE por el Tratado de Maastricht requieren urgentemente ser controladas judicialmente,

so pena de violar los derechos fundamentales.

En el curso de este debate político-jurídico, que a partir de la entrada en vigor del TVE se hizo más complejo debido al no reconocimiento de personalidad jurídica internacional a la Unión Europea, el TJCE fue llamado a pronunciarse sobre la competencia de una de las tres comunidades que integran la que –la Comunidad Europea– para adherirse al Convenio, así como sobre la compatibilidad de este último con las competencias atribuidas al rrcs. Su dictamen concluyó afirmando: «En el estado actual del derecho comunitario, la Comunidad no tiene competencia para adherir a la Convención de Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales». Aquello significa que, si en el futuro los Estados miembros de la CE deciden la adhesión de la Comunidad al Convenio, será necesaria la previa revisión de este Tratado, en los términos del artículo N del TUE.

Para llegar a tal conclusión, el TJCE hizo el siguiente razonamiento jurídico: en primer lugar, a la luz del artículo 228 apartado 6 del Tratado CE, analizó la admisión de la petición de dictamen (I); a continuación, estudió la base jurídica de la adhesión prevista por el Consejo de las CCEE (II); por último, el Tribunal de Luxemburgo eludió el análisis de la cuestión de la compatibilidad de la futura adhesión con los artículos 164 y 219 del Tratado Constitutivo de la CE (III).

I. LA ADMISIÓN DE LA PETICIÓN DE DICTAMEN PREVIO POR PARTE DEL TJCE

El artículo 228 apartado 6 del Tratado Constitutivo de la CE faculta al Consejo, a la Comisión o a cualquier Estado miembro

a: «solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de cualquier acuerdo previsto con las disposiciones del presente Tratado». A renglón seguido, el artículo precisa que en caso de dictamen negativo por parte del TJCE, «el acuerdo sólo podrá entrar en vigor en las condiciones establecidas en el artículo N del Tratado de la Unión Europea».

Esta disposición del Tratado constitutivo de la CE sienta las bases de un verdadero *control de conventionnalité* sobre los acuerdos internacionales que la Comunidad pretenda ratificar o, dado el caso, adherirse. Se trata, por lo esencial, de un control *a priori*, esto es, según el dictamen 3/94 de 13 de diciembre de 1995 del TJCE, un control jurisdiccional «antes de que la Comunidad haya expresado definitivamente su consentimiento en quedar vinculada por el acuerdo»¹³. De allí su semejanza con el control de constitucionalidad que ejercen las cortes constitucionales de algunos Estados miembros de la UE (Constitución francesa de 1958, artículo 54; Constitución portuguesa de 1976, artículo 278 y Constitución española, artículo 95). Así mismo, de la lectura del dictamen 1/78 del 4 de octubre de 1979 proferido por el TJCE¹⁴, se infiere una segunda característica de este control: su integridad. El Tribunal de Luxemburgo es, por tanto, llamado a examinar tantos aspectos de forma como de fondo del acuerdo objeto de control.

En el caso *in examine* el Consejo de las Comunidades Europeas solicitó un dictamen al Tribunal de Justicia sobre la adhesión de la CE al Convenio, con anterioridad a la apertura de las negociaciones con el Consejo de Europa y sin que se hubiese aún determinado el contenido concreto del futuro acuerdo. Igualmente, al momento de emitir el correspondiente

dictamen, las negociaciones no se habían abierto.

Esta situación de hecho, en opinión de los gobiernos de Irlanda y del Reino Unido, así como de los gobiernos danés y sueco, debería haber conducido al TJCE a inadmitir la solicitud del dictamen, máxime cuando el propio Consejo de las CCEE «ni siquiera ha adoptado aún una decisión de principio sobre la apertura de las negociaciones de dicho acuerdo»¹⁵.

En este orden de ideas, el TJCE es llamado a pronunciarse sobre la competencia de la CE para adherirse al Convenio, sin que se hubiese dado inicio a la fase de negociación con otra organización internacional (el Consejo de Europa) y sin contar con la presencia de un texto de base para orientarla. En el presente dictamen el Tribunal, recurriendo a una interpretación amplia del marco de sus competencias, se consideró competente para emitir el correspondiente dictamen, con base en un principio que había sido sentado en su dictamen 1/78 de 4 de octubre de 1979. En dicha ocasión, estimó el TJCE que cuando se trate de resolver sobre una cuestión que atañe a la competencia de la Comunidad, por tratarse de un asunto que interesa a las instituciones comunitarias y a los Estados, incluidos los terceros Estados, ésta debe quedar aclarada desde la apertura de las negociaciones y «antes incluso que se negocien los puntos esenciales del acuerdo»¹⁶. Razones de seguridad jurídica apoyan, por lo tanto, la decisión de admisión de la petición de dictamen por parte del Tribunal. Sin embargo, como bien lo anota el gobierno del Reino Unido en su escrito, el precedente traído a colación por el TJCE presenta una particularidad que lo aparta del caso *sub examine*. En efecto, si bien es cierto que en el caso del dicta-

men 1/78 de 4 de octubre de 1979, se admitió una solicitud de dictamen a pesar de que las negociaciones no habían comenzado aún, también lo es que en el momento en que se presentó la solicitud, el acuerdo existía ya en forma de proyecto¹¹. Además, mientras se tramitaba el procedimiento ante el TJCE, se celebraron negociaciones y éste fue informado del avance de aquéllas hasta antes de la emisión de su dictamen. Por el contrario, en el presente caso, no existe ningún proyecto de acuerdo. Tampoco se ha previsto negociación alguna. Por tanto, en opinión de los gobiernos de estos cuatro Estados comunitarios, el Tribunal debía inadmitir la petición de dictamen.

El Tribunal no compartió tal razonamiento. Por el contrario, recurriendo una vez más al mencionado dictamen, consideró que el único requisito de admisibilidad consistía en tener un conocimiento previo del objeto del acuerdo. En el caso *sub examine*, con independencia de las modalidades de la adhesión de la CE al Convenio, la materia que éste regula y los efectos que ésta produciría, son perfectamente conocidos. Igualmente, consideró el TJCE que la actitud del Consejo de las cces de solicitarle un dictamen previo sobre el alcance de sus competencias para adelantar tales negociaciones, lejos de constituir un obstáculo para la admisión de la petición de dictamen, parece estar inspirada en un interés legítimo de la institución comunitaria por conocer de antemano el alcance aquéllas.

En este orden de ideas, la apertura de negociaciones por parte del Consejo de las CCEE no es condición para la admisión de una petición de dictamen sobre la competencia de la Comunidad para adherirse a un tratado internacional, a condición de que el objeto del acuerdo previsto sea

lo suficientemente claro y preciso. Por tanto, el TJCE decidió admitir la solicitud de dictamen en la medida en que éste se refiere a la competencia de la CE para concluir un acuerdo de la naturaleza que aquí se contempla.

Por el contrario, el Tribunal se declaró inhibido para emitir un dictamen sobre la compatibilidad de la adhesión al Convenio con las normas del Tratado Constitutivo de la CE. En efecto, en su opinión, para poder entrar a analizar la compatibilidad del Convenio con el Tratado, en especial con sus artículos 164 y 219 relativos a la competencia del Tribunal de Justicia, es necesario conocer previamente las condiciones en las que se proyecta la futura adhesión. Sólo así, será posible analizar la compatibilidad del proyecto de adhesión con las competencias asignadas por el Tratado al Tribunal de Luxemburgo.

11. LA INCOMPETENCIA DE LA COMUNIDAD PARA ADHERIRSE AL CONVENIO

La interpretación amplia a la que recurrió el Tribunal para considerarse competente para admitir la petición de dictamen presentada por el consejo de las CCEE, contrasta con su interpretación restrictiva en torno a la competencia de la CE para adherirse al Convenio. El análisis de tal competencia conduce necesariamente a preguntarse hasta qué punto los derechos humanos son objeto de la construcción comunitaria, o si por el contrario, el mercado, a pesar de los avances del TUE hacia la creación de una ciudadanía comunitaria, sigue estando en el centro de atención de las Comunidades Europeas. En efecto, en la actualidad es

válido reflexionar si la "Europa de los mercaderes" ha dejado verdaderamente paso a la "Europa de los ciudadanos". El dictamen del TJCE, apoyado sobre consideraciones de técnica jurídica —que parecen esconder sus temores frente a las competencias de que podría verse reconocido el Tribunal de Estrasburgo— no parece haberse encaminado en esa dirección.

El análisis de los considerandos del dictamen del TJCE sobre la competencia de la CE para adherirse al Convenio, puede seguir la tipología elaborada por el profesor Liñán, sobre las competencias comunitarias exteriores que, a lo largo de los años, han sido conformadas mediante tres procedimientos distintos: la atribución expresa de competencias previstas por los Tratados, el reconocimiento de los poderes implícitos por parte del Tribunal y las competencias basadas en el artículo 235 del Tratado ^{CE}¹⁸.

En relación con la existencia de una competencia explícita de la Comunidad para adoptar normas en materia de derechos humanos o celebrar convenios internacionales en este ámbito, el Tribunal llega a la conclusión de que ninguna disposición convencional que regule la acción interna como internacional de la Comunidad le confiere a ésta tal competencia. Esta argumentación es reforzada por el recurso del Tribunal al principio de las competencias de atribución que regula las relaciones entre los Estados miembros y las comunidades Europeas. A la luz de tal principio, las comunidades sólo disponen, tanto en el marco de su acción interna como internacional, de las competencias cuyo ejercicio le haya sido expresamente atribuido por los Estados miembros. La facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos

o de celebrar convenios internacionales en este ámbito, no habría sido una competencia cuyo ejercicio haya sido atribuido a las Comunidades Europeas. El debate debe, por tanto, focalizarse en los otros dos procedimientos que han contribuido a extender el marco restrictivo y asistemático de las competencias exteriores comunitarias: la teoría de los poderes implícitos y el recurso al artículo 235 del Tratado CE.

La teoría de los poderes implícitos de las organizaciones internacionales remonta sus orígenes a una jurisprudencia elaborada en 1819 por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el asunto *McCulloch vs. Maryland*, con ocasión del reparto de competencias entre el Estado Federal y los Estados Federados ¹⁹. El Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en su dictamen consultivo del 23 de julio de 1923, a propósito de las competencias de la OIT, transpuso este método de interpretación al ámbito internacional". Posteriormente, el Tribunal Internacional de Justicia de la Haya, en un dictamen del 11 de abril de 1949 sobre la reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, considera que: «según el derecho internacional, la Organización debe ser considerada como poseedora de los poderes que, no estando expresamente enunciados en la Carta, son, por una consecuencia necesaria, conferidos a la Organización, como esenciales al ejercicio de sus funciones ...»²¹. La teoría de los poderes implícitos es retomada por el TJCE, en su sentencia del 31 de marzo de 1971 (asunto *AETR*), para efectos de determinar el contenido de las competencias exteriores comunitarias. En este fallo, el Tribunal sostiene que las competencias de las Comunidades Europeas podrían encontrar su fundamento no sólo en

disposiciones convencionales expresas sino, además, en el sistema general del Tratado y «en el marco de esas disposiciones por las instituciones de la Comunidad»²². De igual manera, el TJCE, en su dictamen del 19 de marzo de 1993, declaró que siempre que el derecho comunitario hubiera atribuido a las instituciones de la Comunidad competencias en el ámbito interno con el fin de alcanzar un objetivo determinado, la Comunidad estaba facultada para contraer las obligaciones internacionales necesarias para la consecución de este objetivo, aun cuando no existiera una disposición expresa al respecto²³. Sin embargo, en el caso *sub examine*, el Tribunal, recurriendo una vez más a una interpretación restrictiva, consideró que no existía ninguna competencia, explícita, en el ordenamiento comunitario que le permitiese a la CE adherirse al Convenio. Así las cosas, sólo quedaba abierta la puerta al tercer procedimiento que ha permitido la ampliación de las competencias exteriores de la Comunidad: el artículo 235 de la CE.

El artículo 235 dispone: «Cuando una actuación de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes». Esta disposición convencional 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 funcio-

nes con vistas a lograr alguno de los objetivos establecidos por el Tratado»²⁴. Algunos autores como Rabe y Winsing²⁵, describen al artículo 235 del Tratado CE como la institucionalización de la teoría de los poderes implícitos.

Pese a la utilidad que presenta el artículo 235 del Tratado CE como mecanismo para ampliar el ámbito de las competencias exteriores de la Comunidad, lo cierto es que encuentra un límite que es especialmente resaltado en su dictamen por el Tribunal: tal disposición comunitaria no puede servir como vía para *contourner* el procedimiento de revisión del Tratado. El límite entre una simple adaptación o ajuste de las competencias externas comunitarias a las nuevas condiciones *de facto*, y una verdadera modificación al texto del Tratado, no es riguroso. Corresponde al Tribunal determinarlo en el caso en concreto.

En relación con la adhesión de la CE al Convenio, el Tribunal consideró que el recurso al artículo 235 para justificar la competencia de la Comunidad, era excesivo. En palabras del propio Tribunal, tal acto «tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235»²⁶. Al referirse a la envergadura constitucional de la adhesión, el Tribunal está haciendo expresa alusión al 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 ... »²⁷.

En este orden de ideas, el Tribunal sale en defensa del actual sistema comunitario de protección de los derechos humanos, basado en los principios generales del derecho, inspirado en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados

miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos ratificados por los Estados miembros. El respeto de los derechos humanos sigue estando, por lo tanto, garantizado por la jurisprudencia del TJCE, y constituye «un requisito de legalidad de los actos comunitarios»²⁸.

III. EL TJCE ELUDE ANALIZAR LA COMPATIBILIDAD DEL CONVENIO CON LOS ARTÍCULOS 164 Y 219 DEL TRATADO CE.

El TJCE consideró que no disponía de la información suficiente sobre el modo en que la «Comunidad proyectaba someterse a los mecanismos actuales y futuros de control jurisdiccional establecidos por el Convenio». Por tal razón, el Tribunal se inhibe de fallar sobre la compatibilidad del Convenio con las disposiciones del Tratado, y en especial con sus artículos 164 y 219, relativos a la competencia del propio Tribunal de Justicia.

El artículo 164 del Tratado CE dispone: «El Tribunal de Justicia garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado», mientras que el artículo 219 del Tratado CE indica: «Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación del presente Tratado a un procedimiento de solución distinto de los previstos en este mismo Tratado». Se trata, por tanto, de dos disposiciones convencionales tendientes a asegurar el monopolio en la interpretación del derecho comunitario por parte del TJCE. ¿Tal monopolio se vería amenazado por la adhesión de la CE al Convenio? El Tribunal rehusó entrar

en el asunto, a pesar de contar con un precedente muy valioso: el dictamen U 91 del 14 de diciembre de 1991 sobre la creación de un Espacio Económico Europeo (EEE), que agrupaba a los Estados miembros de la Comunidad con los Estados pertenecientes a la Asociación Europea de Libre Comercio (AELCIEFTA), con el propósito de crear entre éstos una zona de libre cambio y de competencia. Con el propósito de asegurar una interpretación uniforme del acuerdo, se pretendía crear un sistema jurisdiccional (Tribunal de Primera Instancia y Tribunal del EEE), sometido sólo a la jurisprudencia elaborada por el TJCE con anterioridad a la entrada en vigor del acuerdo. El TJCE en el mencionado dictamen concluyó que este sistema era contrario a los artículos 164 y 219 del Tratado.

De igual manera, el Tribunal de Justicia rehusó pronunciarse sobre la posible incompatibilidad entre el Convenio y los artículos 164 y 219 del Tratado CE, a pesar de conocer las opiniones enfrentadas que existían al respecto entre las instituciones comunitarias y algunos Estados miembros.

En favor de la tesis de la compatibilidad figuran la Comisión, el Parlamento y los gobiernos belga, danés, alemán, helénico, italiano, austriaco, finlandés y sueco, que consideraban el sometimiento de la comunidad al sistema jurisdiccional del Convenio no contrario al espíritu de los mencionados artículos. En opinión de la Comisión, la adhesión de la Comunidad al Convenio, no atenta contra el principio de la autonomía del derecho comunitario en la medida en que el control del Tribunal de Estrasburgo no tendría efecto directo en el ordenamiento jurídico comunitario. Además, la Comisión considera que si no es posible afir-

mar que el Convenio sea contrario a los principios constitucionales de los Estados miembros, difícilmente puede considerarse incompatible con los principios del derecho comunitario²⁹. El Parlamento Europeo, por su parte, considera que el sometimiento de la Comunidad a un órgano jurisdiccional competente en materia de derechos humanos resulta «coherente con la evolución del sistema comunitario, que ya no se dirige al operador económico sino al ciudadano de la Unión». Por su parte, el gobierno danés subraya las diferencias existentes entre el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y el Convenio, poniendo de relieve la incidencia que ha tenido la jurisprudencia de los órganos del consejo de Europa sobre las decisiones adoptadas por el TJCE.

Sostienen la tesis de la incompatibilidad del Convenio con los artículos 164 y 219 del Tratado CE los gobiernos español, francés, irlandés, portugués y del Reino Unido. Básicamente, argumentan que la adhesión prevista pone en entredicho la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario y el monopolio jurisdiccional del Tribunal de Justicia. El gobierno francés hace hincapié en el riesgo de que «litigios relacionados con el Derecho comunitario se vean sometidos a órganos del Convenio integrados por nacionales de Estados miembros del Consejo de Europa pero que no son miembros de la Comunidad»³⁰. Los gobiernos español y francés mencionan además los efectos jurídicos de los fallos del Tribunal de Estrasburgo y del futuro Tribunal Único creado por el Protocolo 11 y la correspondiente pérdida del monopolio en la interpretación del derecho comunitario por parte del TJCE.

En pocas palabras, podemos afirmar que el dictamen 2/94 del 28 de marzo de

1996 emitido por el TJCE zanja un antiguo debate sobre la competencia de la Comunidad Europea para adherirse al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, al considerar que en el estado actual del derecho comunitario, la única vía jurídica posible para lograr tal adhesión, pasa por la revisión del Tratado CE. Sin embargo, el dictamen del Tribunal deja la puerta abierta a un interesante debate sobre las posibles colisiones de competencias que podrían presentarse, con ocasión de la adhesión, entre dos Cortes Internacionales, inspiradas por dos filosofías divergentes y con una diferente visión sobre los derechos fundamentales.

ALEJANDRO RAMELLI

Abogado de la Universidad Externado de Colombia
Candidato al Doctorado en Derecho,
Universidad de Salamanca

1. TJCE, Dictamen 2/94 del 28 de marzo de 1966, «Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», p. 1763.
2. PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del 4 de abril de 1973 "Relative à la sauvegarde des droits fondamentaux des citoyens des Etats membres dans l'élaboration du droit communautaire", JOCE, C. 26, 1973.
3. Cfr. P. WASCHSMANN, "L'avis 2/94 de la Cour de Justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales", RTDE, 1996, N° 32, p. 467.
4. TJCE, Dictamen 2/94 del 28 de marzo de 1996, *Cit.*, p. 1766.
5. ARACELI MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. Madrid: McGraw Hill, 1966, p. 604.
6. Cfr. P.U. PETERSMAN, "The protection of fundamental rights in the European Communities". *European Yearbook*, 1975, p. 50.
7. TJCE, Sentencia del 11 de noviembre de 1969,

asunto *Stauder*, Causa 29/69, Rec. 1969, p. 425.

8. TJCE, Sentencia del 17 de diciembre de 1970, asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, Causa 11/70, 1970.

9. TJCE, Sentencia del 14 de mayo de 1974, asunto *Nold*, Causa 4/73, 1974.

10. TJCE, Sentencia del 7 de junio de 1972, asunto *Bertoni y Bandhuin*, Causa 32/71, Rec. 1972, p. 345.

11. TJCE, Sentencia del 18 de octubre de 1989, asunto *Orkem*, Causa 374/87, Rec. 1989, p. 3285.

12. F. CHANTIEL, "L'Union Européenne doit-elle adhérer à la Convention Européenne des Droits de l'Homme?", *RMC*, 1997 (janvier), pp. 34-50.

13. TJCE, Dictamen del 13 de diciembre de 1995, Causa 3/94, Rec. 1995.

14. TJCE, Dictamen del 4 de octubre de 1979, Causa 1/78, Rec. 1979, p. 2907.

15. TJCE, Dictamen 2/94 del 28 de marzo de 1996, p. 1783.

16. *Ibid.*, p. 1785.

17. *Ibid.*, p. 1770.

18. A. MANGAS MARTÍN y D. LIÑÁN NOGUERAS, *Op. Cit.*, p. 634.

19. P. DAILLIER y A. PELLET, *Droit Public International*. Paris: LGDI, 1992, p. 574.

20. TPJI, Dictamen consultivo del 23 de julio de 1923, competencias de la OIT, Serie B, N° 13, p. 18.

21. TIJ, Dictamen consultivo del 11 de abril de 1949, sobre la reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, Rec., 1949, p. 182.

22. A. MANGAS MARTÍN, y D. LIÑÁN NOGUERAS, *Op. Cit.*, p. 638.

23. TJCE, Dictamen del 19 de marzo de 1993, Causa 2/91, Rec. p. 1-1069, apartado 7.

24. TJCE, Dictamen 2/94 del 28 de marzo de 1996, p. 1788.

25. RABE y WIRSING, citados por LESGUILLONS, "L'extension des compétences de la CEE par l'article 235 du Traité de Rome", *AFDI* (1974), p. 886.

26. TJCE, Dictamen 2/94 del 28 de marzo de 1996, p. 1789.

27. *Ibidem*.

28. *Ibidem*.

29. *Ibid.*, p. 1777.

30. *Ibidem*.

31. *Ibid.*, p. 1781.

La regulación de la financiación de los partidos y movimientos políticos en Colombia ¿Financiación de la democracia o la perpetuidad en el ejercicio del poder?

MARCO AXIOLÓGICO DE LA
REGULACIÓN DE LA FINANCIACIÓN DE
PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS

La Constitución Política y Jurídica de 1991, consagra, entre otros, los principios de democracia, pluralismo y participación ciudadana². Esta decisión política fundamental, según la conocida categorías de Schmitt³, es prueba contundente de la seria pretensión constitucional de consolidar el régimen democrático colombiano. Pero además, implica novedosos propósitos: permitir el acceso de todos los sectores de la sociedad al sistema político e infundirle dinamismo, mediante el fomento del concurso activo y directo de los interesados en la toma y ejecución de las decisiones que los afectan.

Estos objetivos son consonantes, La realización de cada uno de ellos contribuye a la consecución de los demás. En efecto, en la medida en que todos los grupos sociales participen activamente en la toma de decisiones, sus demandas tendrán mejores respuestas. El sistema político se tornará más eficaz y más efectivo. Eficacia y efectividad redundarán en legitimidad y ésta a su vez en estabilidad para el régimen⁴. Con lo cual, habrá más

posibilidades de que la democracia se consolide, al llegar a ser "the only game in the town":

En este marco axiológico se incardina la tutela constitucional de los derechos políticos de las personas (artículo 40), en general; y de los partidos y movimientos políticos (artículos 107 y siguientes), en particular.

La especial protección que la Constitución brinda a los partidos políticos se justifica mediante argumentos que tienden a poner de relieve el papel esencial que desempeñan en la democracia. Se suele aludir, por ejemplo, a las funciones de reclutamiento de las élites, movilización de los ciudadanos, socialización y promoción de la cultura política⁶, agregación y representación de intereses de los grupos que conforman las complejas y plurales sociedades modernas⁷, y articulación de tales intereses en la formación de consensos para la acción, cuyos contenidos se refieren a ideas como las de interés general o voluntad popular⁸.

Además la tutela constitucional se extiende a los movimientos políticos. Esta innovación en el constitucionalismo colombiano radica en las contundentes críticas que de vieja data habían sido formuladas contra los partidos políticos