

Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma

Capítulo XXI

La protección de los derechos fundamentales en Europa. incidencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia de Estrasburgo y de Luxemburgo

**Antonio Cayón Galiardo, María García Caracuel y Pilar Cubiles
Sánchez-Pobre¹**

1. Introducción

La protección de los derechos fundamentales es una tarea principalmente encomendada a las jurisdicciones internas de cada Estado que, en determinados casos, se complementa con sistemas internacionales.

De hecho, en la actualidad conviven en el marco europeo tres sistemas de protección de los derechos fundamentales, todos de carácter internacional y alcance general, con ámbitos personal y material diferentes, aunque no necesariamente excluyentes: el que es propio de la Organización para la Cooperación y Seguridad en Europa; el correspondiente al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y el atribuido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Este último es considerado como el sistema más elaborado y amplio en Europa. Podríamos hablar, en este sentido, de una jerarquía “de hecho” de éste frente a los dos anteriores.

Por otro lado, el sistema del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH/LF) se caracteriza por su naturaleza subsidiaria respecto de los sistemas nacionales por

¹ Antonio Cayón Galiardo, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad Complutense de Madrid. María García Caracuel, Departamento de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Granada. Pilar Cubiles Sánchez-Pobre, Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Sevilla.

afectar exclusivamente a los derechos que están reconocidos en el CEDH y sus protocolos, y por admitir que los particulares puedan presentar directamente demandas ante el Tribunal.

Aunque las sentencias y pronunciamientos del TEDH carecen de ejecutividad y de efecto directo anulatorio interno, la influencia de su jurisprudencia en los ordenamientos internos tiene generalmente dos vías de penetración: la que se reconozca en las propias normas constitucionales de cada Estado, y la derivada de su reconocimiento como autorizados criterios interpretativos en relación con los derechos fundamentales que son objeto de tutela. Así pues, aunque los diferentes Estados miembros de la Unión Europea adoptan soluciones diferentes en relación con estas dos vías, sin embargo, de forma generalizada, los jueces nacionales asumen los criterios del TEDH cuando, en el ámbito de sus competencias, han de interpretar el Derecho interno referente a los derechos fundamentales.

Por otra parte, y ya en el ámbito del propio Derecho comunitario, también se ha producido un reconocimiento del sistema de protección instaurado por el CEDH que le confiere una nueva dimensión y eficacia, pues sujeta a las instituciones comunes a sus principios y valores, así como también a los Estados miembros en tanto son aplicadores e intérpretes del ordenamiento europeo.

En resumen, la jurisprudencia del TEDH ejerce una clara influencia tanto en los ordenamientos internos como en el ámbito comunitario, y, si bien el hecho de compartir este acervo jurisprudencial no nos conduce a una aproximación de los sistemas fiscales, sin embargo contribuye a la fijación de unos niveles mínimos de protección de los derechos fundamentales que asisten al ciudadano, también en su condición de contribuyente. Como expuso Luzius Wildhaber, Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Madrid, discurso ante el Tribunal Constitucional el 7 junio de 2002):

“El Convenio no pretende imponer una manera uniforme de visualizar los millares de intereses distintos que se presentan en el vasto dominio de la protección de los derechos fundamentales; busca

establecer normas mínimas comunes con el fin de dar a la protección interna de los derechos humanos un marco a escala europea”.

2. Los efectos del CEDHLF en el ámbito tributario

El CEDH contiene disposiciones que son susceptibles de aplicación a los procedimientos tributarios; entre otras, las que garantizan el derecho a la propiedad (artículo 1 del Protocolo adicional número 1), el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia (artículo 8), la libertad de información y de expresión (artículo 10), el derecho a un recurso efectivo (artículo 13) o la prohibición de discriminación (artículo 14).

Además, el artículo 6.1 del Convenio garantiza el acceso a un tribunal y a un proceso equitativo, pero a su vez impone que el procedimiento de dicha causa cumpla una serie de condiciones relacionadas con los sujetos y sus intereses legítimos. Este derecho, por tanto, no es absoluto, sino que contiene limitaciones. Garantiza el derecho a un proceso justo únicamente para las controversias sobre los derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal; de modo que la garantía de los contribuyentes a un proceso justo obedece a un doble criterio, en función de la naturaleza civil o penal del contencioso fiscal.

Esta dualidad sería aceptable si no conllevara una desigualdad de tratamiento entre los contribuyentes, quienes en materia de penas y sanciones tributarias obtienen una cobertura absoluta, mientras que en los contenciosos tributarios restantes son excluidos de su ámbito de aplicación. En la jurisprudencia del TEDH se puede apreciar una evolución progresiva en la aplicación del artículo 6 del Convenio en relación con la materia tributaria en la que, poco a poco, parecía abrirse el campo de aplicación del mismo (*Editions Périscope contra Francia* de 23 de marzo de 1992, *Hentrich c. Francia* de 22 de septiembre de 1995 y *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society y Yorkshire Building Society contra Reino Unido*). En el año 2001, con la sentencia *Ferrazzini*, se

produce un giro en la jurisprudencia que supone una decepción, en la medida en que los contribuyentes, en cuanto tales, se han visto privados de las garantías jurisdiccionales básicas en sus litigios frente a la Hacienda pública. En ella se declara que los contenciosos relativos a la materia tributaria quedan al margen del campo de derechos y obligaciones de carácter civil, a pesar de los efectos patrimoniales que necesariamente existen sobre los contribuyentes.

El acceso de determinadas causas tributarias al Tribunal europeo ha sido posible gracias a una combinación del artículo 1 del Protocolo adicional número 1 con el artículo 6.1 del Convenio. Dicho artículo 1 reconoce el derecho al respeto de los bienes y la propiedad privada y permite al Tribunal controlar un gran número de derechos relacionados con el patrimonio y, por tanto, ha sido la puerta de entrada para la aplicación a la materia tributaria (las obligaciones tributarias y las medidas fiscales impuestas por la Administración pueden contemplar, en determinadas ocasiones, un atentado contra el patrimonio y los bienes de los contribuyentes). Sin embargo, se ha convertido en un arma de doble filo, pues igualmente ese artículo 1 hace una reserva al poder tributario del Estado. De dicho análisis sistemático el Tribunal deduce que, aunque en términos generales pueda decirse que las causas fiscales siempre afectan en parte a los derechos patrimoniales de los contribuyentes, en determinados contenciosos prevalece la naturaleza de Derecho público, así como el interés general, ya que no es suficiente para demostrar que un litigio tiene naturaleza patrimonial.

De vez en cuando, salta alguna chispa que favorece su extensión a cuestiones tributarias. Como ejemplos exponemos dos de los casos más recientes:

- 1º) *Caso Intersplav contra Ucrania* sobre el retraso en las devoluciones del IVA. Decisión de 31 de marzo de 2005. Sentencia de 9 de enero de 2007. Una empresa hispano-ucraniana interpone demanda contra la República de Ucrania por retrasos sistemáticos en la devolución del IVA correspondiente a su actividad empresarial. La empresa demandante reclamaba que la práctica

del Estado de negarse sin motivo a confirmar su derecho al reembolso del IVA constituía una injerencia en su derecho al pacífico disfrute de sus bienes, vulnerando de este modo el artículo 1 del Protocolo número 1. El Tribunal reconoce efectivamente la existencia de una injerencia considerándola, a su vez, como desproporcionada. De hecho, los retrasos constantes en la devolución del IVA y en la compensación, sumados a la falta de un remedio efectivo para evitar o terminar con dicha práctica administrativa, además del estado de incertidumbre con relación a cuándo se le devolverían dichos fondos, rompían el «equilibrio adecuado» entre las exigencias del interés público y la protección del derecho al disfrute pacífico de sus bienes. Desde el punto de vista del Tribunal, la demandante soportó una carga individual y excesiva, por tanto se ha producido una violación del citado artículo 1.

- 2º) En el Caso *Ravon y otros contra Francia*, de 21 de febrero de 2008, se admite que la actuación de las autoridades francesas contraviene el artículo 6.1 del Convenio, además del 8 y el 13, aunque no ha supuesto un cambio en la línea jurisprudencial. El motivo por el que se admite es la vulneración por las autoridades del derecho del demandante de la inviolabilidad de su domicilio, dejando a un lado que este se produjera en el seno de un procedimiento tributario; por tanto, es el ciudadano y no el contribuyente el considerado sujeto de derecho. Sin embargo, en la propia jurisprudencia del TEDH podemos encontrar los argumentos suficientes para defender la inclusión de la materia tributaria en el ámbito de aplicación del artículo 6.1 del Convenio. Si bien las obligaciones tributarias pertenecen fundamentalmente al Derecho público, éste no puede considerarse de carácter discrecional. En cuanto a la referencia al Protocolo número 1 y a la reserva incluida en el artículo 1 según la cual los Estados tienen derecho a adoptar las medidas destinadas a garantizar el pago de los impuestos, puede considerarse también discutible. Como se

explica en la opinión disidente, la posibilidad de garantizar a los contribuyentes un proceso equitativo en los contenciosos planteados ante la Administración, no supone ninguna restricción al poder tributario del Estado ni a la hora de establecer obligaciones tributarias, ni para articular los mecanismos necesarios que aseguren la aplicación y el pago de los impuestos.

Igualmente puede advertirse que los miembros del Tribunal no han tenido suficientemente en cuenta la voluntad real de los redactores del Convenio. Tradicionalmente se ha entendido que sus redactores pretendían establecer un límite al campo de aplicación del derecho a un proceso equitativo. La jurisprudencia elaborada en materia tributaria por el Tribunal está marcada por una interpretación fundamentalmente restrictiva porque el análisis realizado por el mismo le ha llevado a concluir que los redactores buscaban una exclusión de los procedimientos administrativos. No obstante, un análisis más detallado de los trabajos preparatorios revela efectivamente un deseo de excluir parte del Derecho público, pero únicamente el relativo a las prerrogativas y al poder discrecional del Estado, no del Derecho administrativo sometido al imperio de la ley.

Sin embargo, otros de sus preceptos sí tienen efectos en el ámbito tributario. Así, en relación con el derecho tributario sancionador, el TEDH considera las sanciones tributarias como materia penal basándose en su carácter punitivo-represivo y no indemnizatorio o reparador. Por ejemplo, desde la sentencia *Janosevic* contra *Suecia* de 23 de julio de 2002, se han incluido en el concepto penal, a efectos del artículo 6.1 del Convenio, los recargos tributarios, utilizando el mismo argumento, ya que en opinión del Tribunal tienen un fin verdaderamente sancionatorio y pueden considerarse, al mismo tiempo, disuasivos y represivos. Igualmente pueden vulnerar el artículo 1 y su Protocolo adicional relativo a la protección del derecho de propiedad. Al efecto en el caso *Mamidakis* contra *Grecia*, Sentencia de 11/04/2007, el Tribunal reitera sus criterios ya manifestados previamente sobre esta materia señalando en lo sustancial:

- La gravedad de la sanción es el criterio determinante de su calificación como sanción de naturaleza penal, con independencia de su consideración en el derecho interno.
- La calificación de una obligación (recargo) como sanción penal por tratarse de una medida que causa una grave privación de sus derechos a un sujeto por la realización de un ilícito, con finalidad represiva o preventiva, impuesta por los tribunales de conformidad con el ordenamiento interno (*Bendenoun* contra *Francia*, 24 de febrero de 1999, *Janosevic* contra *Suecia*, de 23 de julio de 2002).
- Que son aplicables, por lo tanto, los principios ordenadores del derecho sancionador: presunción de inocencia, *non bis in ídem*, etc.
- Que para valorar su necesidad como medida de protección de los intereses de la Hacienda pública debe acudir al principio de proporcionalidad.

"En consecuencia, la obligación financiera nacida del pago de una sanción puede lesionar la garantía consagrada por esta disposición, si impone a la persona encausada una carga excesiva o causa fundamentalmente un daño a su situación financiera."

En el mismo sentido, puede verse la Sentencia *Orion-Břeclav S.R.O.* contra *República Checa* de 13 enero 2004.

También en el ámbito del derecho sancionador, y en defensa del derecho a la libertad y seguridad, reconocidos en el CEDH (artículos 5 a 7), el Tribunal ha extendido su ámbito de protección a cuestiones de naturaleza tributaria, como las siguientes:

- La reserva de Ley. Exigiendo determinados requisitos referidos a la "calidad de la Ley" para entender satisfechas las exigencias de este principio (accesibilidad y previsibilidad).
- *Non bis in ídem*. Entendiendo que tal principio no excluye que hechos que ya han sido objeto de una sanción administrativa puedan ser perseguidos en vía penal, a condición de que difieran en sus "elementos esenciales" (Sentencias *Stedh W.F.*

contra *Austria*, de 30 de mayo de 2002 y *Saider* contra *Austria*, de 6 de junio de 2002).

- La presunción de inocencia. Exigiéndose sentencia firme para romper los efectos de esta presunción (Decisión de 8 de mayo de 1987 *S. M.* contra *Austria*).
- La necesaria proporcionalidad de las garantías exigibles para asegurar la comparecencia del interesado (caso *Neumeister* contra *Austria*. Sentencia de 27 de junio de 1968).

En el ámbito de las garantías procesales (artículo 6 y Protocolo número 7), ha de destacarse la extensión en materia tributaria de algunos de los concretos derechos allí reconocidos, como los siguientes:

- El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Aunque este derecho venga matizado en su eficacia en materia tributaria debido a la consideración prestada por el Tribunal a la "complejidad del asunto" como factor justificativo de una duración excesiva (Sentencia de 8 de febrero de 2000 contra República Eslovena en Demanda nº 28400/1995), sin embargo (Sentencia de 8 de marzo de 1982, *Andorfer Tonwerke* y Sentencia de 9 diciembre 2004, *Rega* contra *Francia*) el Tribunal ha reconocido que en el plazo razonable de duración de un proceso deben computarse los procedimientos administrativos previos a la vía judicial.
- El derecho a no autoinculparse. Reconocido en los casos *Funke* contra *Francia* y *Saunders* contra *Reino Unido*, Sentencia de 17 de diciembre de 1996, como parte del contenido del derecho a un proceso justo aunque no venga recogido expresamente en el Convenio; en el mismo se concluyó que la utilización en un proceso penal de las pruebas obtenidas de forma coercitiva en un previo procedimiento inspector de carácter administrativo, puede vulnerar el derecho a un juicio justo consagrado en el artículo 6.1 del Convenio; y, más recientemente, en la Sentencia de 4 octubre 2005 del caso *Shannon* contra *Reino Unido*, si bien admitiendo que se exija información bajo amenaza de sanción, como en las declaraciones fiscales (*Allen* contra *Reino Unido*; algunos autores opinan que

admitirlo en el procedimiento de gestión conllevaría su judicialización, aunque el Tribunal de Estrasburgo lo admita en el de inspección). En la sentencia *Bendenoum* contra *Francia*, de 24 de febrero de 1994 y por lo que a nuestra materia se refiere, el Tribunal determinó que el derecho a no declarar no es sólo aplicable en un proceso penal, sino también en los procedimientos en los que se impongan sanciones tributarias por tratarse de procedimientos administrativos que concluyen con la imposición de una multa o sanción, sanción que por reunir las características de generalidad, cuantía y severidad, está dotada de naturaleza penal. De este pronunciamiento se deduce también que el derecho a no declarar debe salvaguardarse en el procedimiento inspector cuando de éste pudiera derivarse la imposición de sanciones.

Finalmente, la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 ha dado lugar al reconocimiento del derecho de un padre soltero a deducir las cantidades pagadas en concepto de pensión de alimentos a su hija, como partidas deducibles en su declaración por el Impuesto sobre la Renta, por no existir un fundamento objetivo y razonable que justificase un tratamiento diferente, respecto del casado que se hallase ahora divorciado o separado (Sentencia de 19 de julio de 2005 del Asunto *P. M.* contra *Reino Unido*).

3. Los problemas de protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJCE

Por su parte, el TJCE también ha destacado en su labor por la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea aunque inicialmente no se creyera que ello formara parte de su misión. En efecto, la Unión Europea fue creada para lograr objetivos puramente económicos, como indicaba el artículo 2 TCE:

“la comunidad tiene por misión, mediante el establecimiento de un mercado común y la aproximación progresiva de las políticas económicas de los estados miembros, promover un desarrollo

armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y de las relaciones más estrechas entre los estados que reúne”.

Parecía claro que la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de los Estados miembros no figuraba entre las prioridades de los redactores de los Tratados y, sin embargo, tal protección fue absolutamente necesaria para consolidar la construcción europea. Así, el TJCE, desde las Sentencias *Stauder* de 12 de noviembre de 1969, *Internationale Handelsgesellschaft* de 17 de diciembre de 1970 y *Nold* de 14 de mayo de 1974, ha dejado claro que está firmemente comprometido a defender los derechos fundamentales en el seno de la Unión.

A partir de esas emblemáticas sentencias, el TJCE ha ido creando una red de derechos cada vez más completa. Sin embargo, es necesario admitir que, a pesar de que se haya avanzado mucho en los últimos treinta años, el sistema de protección dentro de la Unión dista de ser perfecto por varios motivos.

En primer lugar, el Derecho comunitario en este campo era un derecho pretoriano que carecía de textos que explícitamente reconocieran los derechos en juego. Era el juez el que poco a poco formaba un catálogo de derechos fundamentándose en principios generales de Derecho comunitario, con grave perjuicio para la seguridad jurídica de los ciudadanos, que no sabían a qué atenerse. Este problema parece haberse resuelto en parte con la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales que recoge un elenco de derechos que deberán ser respetados pues el artículo 6 del Tratado de Lisboa (pendiente de ratificación a la hora de escribir estas líneas) establece que la Carta tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Incluso antes de tener valor vinculante, el Tribunal de Primera Instancia ha invocado la Carta para proteger determinados derechos; y es que, nada mejor que la Carta para apreciar un consenso sobre los principios comunes de Derecho Comunitario.

En segundo lugar, los ciudadanos no tienen fácil acceso al TJCE. Las sentencias de este Tribunal suelen resolver cuestiones prejudiciales en las

que el juez nacional es el único con poder para decidir si consulta al TJCE o no.

En tercer lugar, el TJCE sólo es competente para dirimir casos en los que el Derecho comunitario esté en juego por lo que un ciudadano se encuentra con niveles de protección distintos según sea de aplicación el Derecho comunitario o no.

4. La imposibilidad de que el TEDH colme algunas de las lagunas del sistema comunitario

Los países de la Unión que han ratificado el Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos están sujetos al control del TEDH; no así la Unión o sus instituciones pues ésta no es miembro del Convenio. Esto ha provocado que el TEDH no pudiera entrar a conocer de eventuales violaciones de derechos por ser inadmisibles *rationae personae*, al ser demandada las Comunidades Europeas y subsidiariamente, sus Estados miembros conjuntamente, como ocurrió en el caso *CFDT* con la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 10 de julio de 1978 o en el caso *Dufay* con la Decisión de esa misma Comisión de 19 de enero de 1989.

La doctrina ha querido ver un giro radical en la sentencia *Matthews*, en la que el TEDH entra a conocer y condena a Reino Unido por haber excluido a los habitantes de Gibraltar del derecho de voto en las elecciones al Parlamento Europeo. Esa decisión fue incluida en el Acta Electoral Europea de 20 de septiembre de 1976. El gobierno británico se escudaba en ese hecho pero el TEDH estimó que Reino Unido era responsable por haber firmado un instrumento internacional que violaba los derechos de sus ciudadanos. En nuestra opinión, esta decisión no supone que el TEDH vaya a modificar su postura de declarar inadmisibles los actos de la Unión. Por el contrario, queda muy claro que condena al Estado demandado por su responsabilidad individual al firmar un Tratado internacional. Ciertamente, el Tratado se refería a aspectos importantes de Derecho comunitario pero

se establecía mediante un instrumento internacional cuya firma era libre para Reino Unido.

Por tanto, actualmente, los ciudadanos de la Unión no obtendrán la protección del TEDH si sus derechos son violados por las instituciones comunitarias. Es necesario que la Unión entre como miembro en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya que esta laguna de protección es inadmisibile.

5. La acogida del CEDH en el ordenamiento comunitario

Una vez que, tras iniciales vacilaciones (así, la Sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Stauder contra la ciudad de Ulm*) el TJCE había aceptado que los derechos fundamentales formaban parte de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y, por ello, del Derecho comunitario, se plantearon dos alternativas como forma de solventar el problema de la indefinición de sus contenidos y el conflicto suscitado con algunos Tribunales Constitucionales: a) dotar al ordenamiento comunitario de una declaración de derechos fundamentales propia; b) la adhesión misma de la Unión Europea al CEDH. Aunque cabe precisar que el objetivo buscado no consistía en crear o innovar en materia de derechos humanos, sino más bien de incorporarlos de manera visible para los ciudadanos europeos, con la intención de marcar una nueva fase, la fase política.

Ambos caminos no se han considerado excluyentes. Así, el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, firmado en Maastricht (versión consolidada) declaró en su artículo 6 (antiguo artículo F):

"1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.

2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en

Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario."

Posteriormente, la Carta Europea de Derechos Fundamentales enunciaba en su preámbulo:

"La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos."

Otro paso decisivo en este proceso lo encontramos en el Proyecto de Constitución Europea en el que ya se acoge el sistema de dotar a la UE de una declaración de Derechos Fundamentales propia (la contenida en la Carta Europea de Derechos Fundamentales), si bien en forma imperfecta al crearse una especie de Tratado dentro del Tratado, que, tras su fracaso en los procesos de aprobación por parte de los Estados, nos ha conducido a la situación actual, reflejada en el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007.

El Tratado de Lisboa afronta la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario en dos vertientes. En primer lugar, mediante reconocimiento, por parte de la UE, de los derechos reconocidos en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en cuya virtud, y con el mismo rango que los propios Tratados, se asegura el respeto a estos derechos en la producción de normas comunitarias y a los actos de ejecución del Derecho de la Unión. En segundo término, el Tratado mantiene la cláusula que permite la adhesión de la UE al CEDH, extendiendo con ello la jurisdicción del TEDH al ámbito de las instituciones comunitarias, hasta ahora excluidas al no ser la Unión parte firmante de dicho Convenio.

Ahora bien, este doble reconocimiento viene acompañado de dos precisiones. Por un lado, se garantiza que este paso en ningún caso modificará el reparto de competencias entre los Estados miembros y la Unión Europea. Y por otro, se han elaborado unos protocolos que contienen las exigencias de algunos países como Polonia y Reino Unido y las modalidades de la futura adhesión a la Convención.

El primer obstáculo se ha encontrado en las reticencias de algunos Estados, como Reino Unido y Polonia, que han impedido la inclusión del texto de la Carta Europea de derechos fundamentales en el Tratado sin la previa elaboración de un Protocolo sobre la aplicación de la Carta. Dicho Protocolo para la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales declara que lo anterior no amplía la competencia del TJCE, ni de ninguno de sus tribunales, para apreciar si sus disposiciones normativas o sus actos de ejecución son, o no, compatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales de la Carta, salvo que se hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional. En este sentido, una vez publicada la Carta en el Diario Oficial de la Unión Europea el 14 de diciembre de 2007, podemos leer en su Preámbulo:

"La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea".

En cuanto a la posibilidad de adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, consideramos que ésta sería muy positiva en cuanto a la defensa y protección de tales derechos a nivel europeo. Ahora bien, la adhesión debe superar ciertos obstáculos jurídicos así como las reticencias de algunas instituciones comunitarias. Además, se debe resolver la cuestión de la coordinación entre los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo en su labor de protección de los derechos fundamentales.

No todas las instituciones de la Unión se han mostrado favorables a una hipotética adhesión al Convenio. De hecho, consultado sobre la posibilidad de la adhesión, el TJCE consideró, en su Opinión 2/1994 de 28 de marzo de 1996, que la adhesión era imposible sin modificar los Tratados. Se ha especulado mucho acerca de los motivos de esta Opinión y se afirma que más allá de motivaciones jurídicas, el Tribunal de Luxemburgo temía verse subordinado a otro Tribunal que podría poner sus actuaciones en entredicho.

En cualquier caso, las circunstancias han cambiado y los obstáculos jurídicos que imposibilitaban la adhesión han sido abordados tanto desde dentro de la Unión como desde el propio Consejo de Europa.

En el seno de la Unión, el Tratado de Lisboa ha conferido a la Unión Europea personalidad jurídica en su artículo 47, algo imprescindible para proceder a la adhesión. Además, el apartado 2 del artículo 6 del Tratado no podía ser más claro en cuanto a la voluntad de efectuar dicha adhesión. No se utiliza una fórmula ambigua que deje en el aire tal posibilidad sino que textualmente se establece:

"La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales".

El procedimiento para la adhesión se regula en los artículos 216 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dedicados a la regulación de la celebración de acuerdos internacionales. En concreto, el artículo 218 establece que el Consejo adoptará una decisión de celebración de acuerdo previa aprobación del Parlamento Europeo en el caso de la adhesión de la Unión a dicho Convenio. El Consejo deberá pronunciarse por unanimidad. Para entrar en vigor, la decisión deberá ser aprobada por los

Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

El segundo obstáculo se encontraba en el propio texto del Convenio, ya que únicamente se preveía la adhesión por parte de Estados y no de organizaciones internacionales o supranacionales. Para solucionarlo, el Consejo de Europa ha elaborado un Protocolo, el número 14 (falta la ratificación de Rusia), dirigido a reformar el sistema de control del Convenio de Derechos Humanos, que pretende encontrar solución a la sobrecarga de trabajo del TEDH ya que éste podría sucumbir víctima de su propio éxito. En lo que a nosotros interesa, el Protocolo en su artículo 17 reforma el artículo 59 del Convenio, añadiendo un párrafo segundo según el cual la Unión Europea puede adherirse al mismo. Evidentemente hay voluntad de integrar a la Unión como parte del Convenio. La fórmula utilizada podría ser un nuevo Protocolo o bien, un Tratado entre la Unión y los Estados miembros del Convenio.

Así las cosas, hemos de advertir el problema que se plantea ante la posible confluencia en el ámbito de la Unión Europea de tres jurisdicciones para la protección de los derechos fundamentales. Al respecto, y sólo en términos generales, hemos de concluir considerando que, primeramente, se ha producido un cierto avance en cuanto a la concreción del contenido de los derechos protegidos ya que, dejarán de ser meros principios informadores en el ámbito comunitario con un contenido difuso para integrar en este orden el acervo del CEDH/LF. En segundo lugar, que el Tribunal de Estrasburgo ocupará el vértice del sistema de protección, tanto respecto de los Tribunales nacionales, como del Tribunal de Justicia en relación con el control de los procedimientos de creación normativa como en la aplicación del Derecho comunitario, sea por las propias instituciones comunes (ejecución directa) o, indirectamente, por las autoridades nacionales. No obstante, ha de reconocerse que se abren nuevos espacios a los conflictos entre las tres jurisdicciones, pues no siempre el nivel de protección de un determinado derecho es el mismo en el orden interno, comunitario o europeo, ni las disposiciones del Tratado de Lisboa permiten que, con fundamento en la incorporación del Convenio Europeo, se amplíen las

competencias de la Unión en relación con las que tienen encomendadas los Estados miembros.

6. Los posibles conflictos entre las jurisdicciones de Luxemburgo y Estrasburgo

Cuando la adhesión sea efectiva empezarán a surgir múltiples preguntas y cuestiones entre las que se encuentra la existencia de dos sistemas europeos de garantía los derechos humanos, lo que llevará la concurrencia de dos jurisdicciones independientes y competentes, el TEDH y el TJCE. Esta circunstancia puede dar lugar a situaciones tales como que el TEDH tenga potestad para sancionar una medida nacional de aplicación del Derecho comunitario que de alguna manera hubiese vulnerado las estipulaciones del CEDH. Los Estados miembros que estén adheridos al Convenio pueden ver sus actos controlados por el Tribunal de Estrasburgo, independientemente de que consistan o no en la aplicación de Derecho comunitario.

El hecho de que tanto el TEDH como el TJCE tengan jurisdicción sobre los derechos fundamentales plantea la posibilidad nada remota de que puedan surgir conflictos entre ellos. Una divergencia en la interpretación de un derecho determinado sería muy problemática, tanto más si la divergencia se produce en el análisis de un mismo supuesto de hecho, pues un particular podría acudir al TEDH tras un pronunciamiento del TJCE en una cuestión prejudicial sobre su caso. Esto provocaría grandes tensiones en Derecho interno, pues ¿cómo acatar ambas resoluciones si difieren? Sería imposible. Y si hay que elegir ¿cuál prevalecería? En cualquier caso, el Estado incumplidor no quedaría en buena posición. ¿Y qué pensaría la ciudadanía? ¿Qué seguridad jurídica habría? El prestigio de ambos Tribunales podría quedar seriamente mermado.

Forzoso es admitir que históricamente ha habido muy pocos casos en los que los tribunales hayan disentido en la interpretación de un derecho. Es más, ambas jurisdicciones parecen respetarse y en numerosas ocasiones

ha habido referencias recíprocas, en especial del TJCE al TEDH pero también a la inversa.

Así, el TJCE asegura el respeto de los derechos fundamentales inspirándose en las tradiciones comunes de los Estados miembros y en los instrumentos internacionales a los que los Estados miembros se han adherido y entre ellos, destaca particularmente dicho Convenio Europeo, que se reviste de “una significación particular”. El TJCE ha llegado a citar jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en numerosas sentencias y ha aplicado a los casos que examinaba criterios derivados de dicha jurisprudencia.

Sin embargo, ha habido lugar para conflictos. El caso prototípico se refiere a la inviolabilidad de domicilio. Según el TJCE en el asunto *Hoeschst*, tal derecho no abarcaba la inviolabilidad de los locales comerciales mientras que el TEDH en el caso *Chappell* (Sentencia de 30 de marzo de 1989) consideraba que en ciertas circunstancias estos podían estar protegidos. Finalmente, en el caso *Roquettes Frères* (Sentencia de 22 de octubre de 2002), el TJCE ha dado un giro para plegarse al criterio del Tribunal de Estrasburgo.

Por otro lado, el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la labor del TJCE en su protección de derechos fundamentales y la ha considerado suficiente. Es más, en el caso *Goodwin* (Sentencia de 11 de julio de 2002), el TEDH hace referencia a una decisión del TJCE anterior para llegar a la conclusión de que los derechos de los transexuales debían ser equiparados a los de una persona no transexual. A su vez, el TJCE citó la sentencia *Goodwin* para apoyar su resolución del caso *K.B.* (Sentencia de 7 de enero de 2004).

En definitiva, los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo son competentes para conocer casos en los que se alegue vulneración de derechos fundamentales. Es cierto que los campos de aplicación no son completamente coincidentes pues el TEDH está limitado por los derechos reconocidos en la Convención Europea mientras que el TJCE puede llegar a ser más creativo al no estar coartado por una fuente delimitada de derechos. Por otro lado, el TJCE sólo puede entrar a conocer casos en los que el Derecho comunitario entre en juego. Aún así, los dos tribunales

pueden ser llamados a resolver el mismo caso o casos formalmente distintos pero con el mismo fondo. Si las resoluciones adoptadas por ambos tribunales fueran distintas se produciría una crisis del sistema europeo de protección de los derechos humanos. Las consecuencias serían nefastas para la imagen de los tribunales ante la opinión pública y los Estados tendrían dificultades en el orden internacional pues, obedecieran una u otra resolución, serían responsables del incumplimiento de los Tratados de los que son parte.

¿Ha solucionado la Carta Europea de Derechos Fundamentales esta cuestión? La Carta presenta numerosas ventajas y merece una valoración positiva por múltiples motivos. Primeramente, da mayor seguridad jurídica a los ciudadanos, que disponen de un texto que recoge los derechos que les amparan. Además, al ser reciente, el texto se adapta más a la realidad actual. Desde un punto de vista político-sociológico, la Carta ayuda a hacer realidad el proyecto de integración europea pues no hay duda de que el ciudadano se inclinará más a apoyar un sistema que vela por la protección de sus derechos. Ahora bien, para lograr estos efectos la Carta debe ser vinculante. El Tratado de Lisboa ha dado un gran paso en ese sentido al otorgar a la Carta el mismo valor que a los Tratados.

En cuanto al problema que estamos tratando, la necesidad de que las resoluciones de los Tribunales no diverjan, el artículo 52 de la Carta aborda las relaciones entre la Carta y el Convenio Europeo. Establece:

"En la medida en que la presente Carta contiene derechos correspondientes a derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, su sentido y alcance son los mismos que los conferidos por dicho Convenio. Esta disposición no impide a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa."

Además, el artículo 53 dispone que ninguna disposición de la Carta puede ser usada para rebajar el nivel de protección alcanzado por el Derecho de la Unión y de los Tratados Internacionales, especialmente del CEDH/LF. Es decir, la Carta puede ampliar pero no reducir los derechos fundamentales. En caso de que los derechos contemplados figuren en el Convenio, deberán interpretarse en el mismo sentido que en éste.

Como puede observarse, la solución ofrecida para coordinar la aplicación de la Carta y el Convenio no es satisfactoria y deja en el aire la principal cuestión que precisaba ser resuelta. Estos artículos pretenden coordinar textos pero no aluden a la jurisprudencia del TEDH, la cual es trascendental a la hora de determinar el sentido y alcance de los derechos contemplados en el Convenio. Esto es más grave si se observa que en los trabajos de preparación de la Carta se había sugerido que tal jurisprudencia se mencionara en el artículo 52. La exclusión de tal mención no fue por tanto casual y no carece de relevancia. Hubiera sido deseable que se hubiera explicitado en la Carta que los derechos contemplados en la misma deben interpretarse conforme la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ya que ésta se ha mostrado más ambiciosa en su protección que el texto del Convenio en sí. No contemplar esta jurisprudencia merma la protección ofrecida en la Carta.

Por tanto, parece que no bastará con las estipulaciones de los artículos 52.3 y 53 de la Carta para resolver la antinomia existente entre el principio de autonomía del Derecho comunitario y la jerarquía que *de facto* existe entre la Convención y la Carta. Dichas disposiciones no cubrirán todas las dificultades y contradicciones que puedan surgir entre el Derecho de la Convención interpretado en Estrasburgo y el Derecho de la Unión interpretado en Luxemburgo.

7. ¿Soluciona los problemas pendientes la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos?

Si la Unión Europea se adhiriese al CEDH es evidente que algunos de los déficits de protección que sufren los ciudadanos europeos quedarían salvados, ya que el TEDH podría entrar a conocer aquellos casos en los que son las instituciones comunitarias las sospechosas de haber vulnerado un derecho fundamental. No hay que olvidar que el acceso de los particulares al TEDH es directo por lo que la protección de sus derechos frente a los actos de las instituciones comunitarias estaría garantizada.

Por otro lado, la adhesión no perjudicaría en nada a los ciudadanos europeos ya que, ante alegaciones de que el Convenio pueda estar un poco desfasado dada su antigüedad, es necesario realizar dos observaciones. En primer lugar, el Convenio no se ha quedado anquilosado, sino que mediante la interpretación dinámica y teleológica que el Tribunal de Estrasburgo lleva a cabo, se ha logrado adaptar su texto a muchas de las nuevas necesidades de la sociedad actual. En segundo lugar, nada impide al TJCE ampliar el elenco de derechos protegidos acudiendo como hasta ahora a las tradiciones comunes de los Estados miembros y a la Carta de Derechos Fundamentales cuando tenga valor vinculante o incluso antes, utilizándola como constatación del consenso de los Estados miembros en la necesidad de defensa de tales derechos. El Convenio establece un *standard mínimo* de protección pero admitiendo y valorando niveles superiores.

La adhesión al Convenio no soluciona todos los problemas si no se hace adecuadamente. Las posibilidades de conflicto entre el TJCE y el TEDH se mantienen pues nada impediría que los particulares consiguieran pronunciamientos distintos sobre casos idénticos. Si la solución ofrecida por los Tribunales fuera diferente, permanecerían los problemas a los que hemos aludido en el punto anterior. Por ello, abogamos por una adhesión de la Unión al Convenio Europeo que contemple las relaciones entre ambos tribunales con el fin de evitar discrepancias entre los mismos.

8. Aspectos que deben ser tratados al efectuar la adhesión

Los Estados miembros de la Unión han elaborado un Protocolo (el número 8) anejo al Tratado de Lisboa en el que se plasman los puntos que a juicio de los mismos han de contemplarse en el acuerdo de adhesión. En primer lugar deben preservarse las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión en lo que se refiere a su posible participación en las instancias de control del Convenio Europeo así como en los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos, según el caso. Por otro lado, la adhesión no afectará a las

competencias de la Unión, a las atribuciones a sus instituciones ni a la situación particular de los Estados miembros en cuanto a las medidas que adopten de excepción al Convenio basándose en su artículo 15 o las reservas que hayan formulado con arreglo al artículo 57. Por supuesto, la adhesión tampoco afectará al artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, el cual dispone que los Estados miembros no someterán las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos.

Siendo los puntos anteriores relevantes, en nuestra opinión el acuerdo de adhesión debe contemplar otros muchos aspectos igualmente importantes.

Hay que tener en cuenta que mediante la adhesión se dota a los ciudadanos de la Unión de protección frente a posibles vulneraciones de sus derechos por parte de las propias instituciones de la Unión. Pues bien, dado que el Convenio basa su sistema en el principio de subsidiariedad, sería conveniente que se especificase qué vías debieran agotarse previamente a acudir al TEDH.

Es absolutamente imprescindible que se articulen las vías de relación entre los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo. Ciertamente, ambos Tribunales se han mostrado hasta ahora un respeto mutuo pero a partir de la adhesión la armonía en sus resoluciones ha de ser total. Se debe trabajar para que exista un clima de cooperación entre ambas instituciones, ya que ambas deben velar por el respeto de los derechos humanos.

Podemos empezar a explorar otras pistas que permitan un diálogo fluido entre los jueces europeos tras la adhesión. Por ejemplo, un mecanismo de reenvío prejudicial (cuestión prejudicial) del TJCE al TEDH podría ser una solución en la medida en que el TEDH es la jurisdicción especializada en derechos fundamentales en Europa. Una segunda solución consistiría en un reenvío prejudicial de doble sentido: ambos tribunales podrían plantearlos mutuamente. Y en tercer lugar, podría considerarse un diálogo necesario entre los Tribunales Supremos de los Estados miembros y el TEDH. En la medida en que el mecanismo de la cuestión prejudicial es conocido en Derecho comunitario, podría traspasarse al sistema del TEDH.

La forma de acatar las sentencias del TEDH se deja a las normas de Derecho interno, no siendo éstas satisfactorias en muchas ocasiones. Se debe impedir que ello ocurra en el seno de la Unión. Ésta debe dar ejemplo y establecer los mecanismos necesarios para que las sentencias del TEDH se cumplan en toda su extensión.

En definitiva, consideramos que la adhesión de la Unión al CEDH debe realizarse cuanto antes. Las partes implicadas tendrían que analizar exhaustivamente cada uno de los problemas planteados para conseguir una regulación detallada que dote de seguridad jurídica al sistema. Estimamos que la adhesión en sí es muy positiva desde todos los puntos de vista. Ganarán los ciudadanos, que verán ampliada la protección de la que gozan, ganará la Unión, que verá reforzado su papel internacional y recibirá mayor apoyo de la ciudadanía y ganará la sociedad internacional en su conjunto pues será un ejemplo de cómo los objetivos económicos no están reñidos con el máximo respeto a los Derechos Humanos.