

MIGUEL ÁNGEL CAAMAÑO ANIDO

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de La Coruña*

Extracto:

COMO señalábamos en la Revista anterior, la doctrina de los tribunales comunitarios (TJCE y TPI) ha sido la que ha operado en la práctica como una segunda fuente de Derecho Comunitario, construyendo –en su propósito de armonizar aquellos puntos negros de la legislación de los Estados miembros que obstaculizan el buen funcionamiento de los principios y libertades comunitarias– un catálogo de exigencias y principios rectores del Derecho Tributario sancionador. También señalábamos que estas exigencias y principios rectores centran el objeto de nuestro estudio. En esta **parte II** veremos: el derecho a la no autoinculpación en materia tributaria y la teoría de los frutos del árbol envenenado, ya que en la **parte I** se analizó: la exigencia de motivación de los actos sancionatorios; el principio *ne bis in ídem*; el principio del plazo razonable; los criterios de graduación de las sanciones y el principio de igualdad comparativa (no discriminación) en la imposición de sanciones y el carácter efectivo, disuasorio y proporcionado de las mismas.

Sumario:

- VII. El derecho a la no autoinculpación.
1. Introducción. El derecho a la no autoinculpación en materia tributaria.
 2. El derecho a la no autoinculpación desde la perspectiva de nuestro Derecho interno.
 - A) Las posiciones doctrinales.
 - A.1. Defensores de la aplicación del derecho a la no autoinculpación en el procedimiento de liquidación.
 - A.2. Los defensores de la tesis de que la Administración no puede utilizar en un proceso penal o administrativo sancionador los datos aportados coactivamente por el obligado tributario.
 - A.3. Los defensores de la inaplicación del derecho a la no autoinculpación al procedimiento de liquidación.
 - B) La jurisprudencia más relevante de nuestro TC sobre el deber de contribuir y el derecho a no autoincriminarse.
 3. El derecho a la no autoinculpación desde la perspectiva del ordenamiento comunitario.
 - A) Derechos fundamentales y Derecho Comunitario.
 - A.1. Principios generales del Derecho y derechos fundamentales.
 - A.2. Las novedades derivadas de la modificación del artículo 6 del TUE.
 - A.3. La Carta Europea de Derechos Fundamentales.
 - B) La doctrina de la jurisprudencia comunitaria en torno al derecho a la no autoinculpación.
 - B.1. Alegaciones más interesantes empleadas por distintas partes litigantes a favor de que se reconozca el derecho a la no autoinculpación en el ámbito de los procedimientos administrativos de control y comprobación.
 - B.2. Argumentos en contra invocados por la Comisión Europea.
 - B.3. Razonamiento del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia.
- VIII. La teoría de los frutos del árbol envenenado.

VII. EL DERECHO A LA NO AUTOINCUPLICACIÓN

1. Introducción. El derecho a la no autoinculpación en materia tributaria.

Un estudio sobre el Derecho Tributario sancionador desde la perspectiva del ordenamiento comunitario no puede dejar de ocuparse de uno de los derechos fundamentales que ha venido centrando la atención de nuestra doctrina desde principios de los noventa, que ha sido objeto de análisis por parte del Tribunal Constitucional, especialmente intenso a partir de la Sentencia 76/1990, que ha motivado la admisión a trámite y ulterior estimación de diversos recursos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha exigido el pronunciamiento de la Comisión Europea de Derechos Humanos y que, en fin, preocupa a las Instituciones Comunitarias. Nos estamos refiriendo, tal como figura en el título de este apartado, al derecho a no declarar contra uno mismo en materia tributaria ¹.

En las páginas que siguen estudiaremos, pues, el alcance del citado derecho fundamental en el ámbito de los procedimientos tributarios, particularmente del procedimiento sancionador, con especial atención tanto a su incidencia en el ejercicio por parte de la Administración de determinadas potestades coactivas como en la posibilidad de invocar la llamada *teoría de los frutos del árbol envenenado*.

La profusión de trabajos doctrinales publicados en los últimos años en España, así como los sugerentes matices de la evolución jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional exigen que el estudio del derecho a la no autoinculpación comience con un avance del tema desde la perspectiva de nuestro Derecho interno. La modificación del antiguo artículo F del Tratado de la Unión Europea, incorporando una referencia expresa a que el respeto a los derechos fundamentales por parte de la Unión se hará «tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950», los problemas suscitados por los Dictámenes 1/94 y 2/94 del Tribunal de Justicia comunitario, negándole a la Comisión competencia suficiente para adherirse al CEDH, así como la reciente Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, justifican que nuestro análisis se detenga también –y especialmente– desde el ángulo del ordenamiento comunitario.

2. El derecho a la no autoinculpación desde la perspectiva de nuestro Derecho interno.

Para comprender en su justa dimensión el alcance y aplicación del derecho a la no autoinculpación desde la perspectiva del ordenamiento comunitario es necesario conocerlo en primer lugar desde el punto de vista del Derecho interno. A ello dedicaremos las páginas que siguen, exponiendo brevemente las posiciones doctrinales defendidas al respecto, así como la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

A) *Las posiciones doctrinales.*

A.1. Defensores de la aplicación del derecho a la no autoinculpación en el procedimiento de liquidación.

Algunos autores que podríamos situar en esta línea de pensamiento parten de la base de que el procedimiento de inspección con frecuencia encierra la instrucción de un procedimiento sancionador, razón por la cual sostienen –tal es el razonamiento de CASADO OLLERO– que deberán aplicarse a aquél las garantías exigibles en todo proceso penal. El citado autor encontró en su tesis la alianza de la STC 50/1995, sentencia que, tratando de argumentar a favor de aplicar las garantías de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a las entradas y registros domiciliarios derivados de actuaciones inspectoras, admite la semejanza entre la inspección de tributos y los procedimientos sancionadores o penales ².

Otros autores, aunque no llegan a defender que en la mayoría de los casos los procedimientos de liquidación encierran –o participan de– naturaleza sancionadora, cuando no punitiva, sí admiten sin reservas que el derecho de todo ciudadano a no declarar contra sí mismo y a no confesar su culpabilidad debe proyectarse no sólo sobre el procedimiento de liquidación mismo, sino especialmente a lo largo del proceso de colaboración y obtención de información por parte de la Administración.

Los autores que podríamos situar en este grupo (ESCRIBANO LÓPEZ ³, LAGO MONTERO ⁴, TEJERIZO LÓPEZ ⁵, PONT CLEMENT ⁶, FERNÁNDEZ MONTALVO ⁷, LÓPEZ DÍAZ ⁸, HERRERA MOLINA ⁹) encuentran apoyo a su teoría en ciertos pronunciamientos de nuestra jurisprudencia interna (especialmente las Sentencias del TC 36/85 y 37/85, así como los Autos del mismo Tribunal 885/85 y 1164/87), pero especialmente en las Sentencias del Tribunal de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1993, *Funke*, de 24 de febrero de 1994 ¹⁰, en la Sentencia de 24 de febrero de 1994, *Bendenoun* ¹¹, en la Sentencia de 17 de diciembre de 1996, *Saunders* ¹², y más recientemente también les daría apoyo la Sentencia del mismo Tribunal de 3 de mayo de 2001, *JB contra Suiza* ¹³.

Téngase en cuenta que esta última sentencia del TEDH (*JB contra Suiza*, de 3 de mayo de 2001, con n.º recurso 31.827/96), estimó el recurso interpuesto por la parte, admitiendo que se había producido un supuesto de violación del derecho a no autoinculparse consagrado en el artículo 6.1.º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, como consecuencia de las sanciones impuestas por la Administración suiza al recurrente por no haber atendido éste los sucesivos requerimientos de información que aquella había dictado en el curso de un procedimiento de comprobación tributaria.

Como apunta AGUALLO ¹⁴, todos estos autores llegan, expresa o implícitamente, a la misma conclusión, que puede sintetizarse en estos puntos:

- El derecho a no declarar contra sí mismo debe aplicarse en el marco del procedimiento inspector, en la medida en que en el curso del mismo pueden aparecer pruebas conducentes a la apertura de un procedimiento sancionador administrativo o penal.

- Como consecuencia del anterior punto de partida, el obligado tributario está en disposición, ante el deber de colaborar con la Administración tributaria facilitándole información que pudiera tener trascendencia incriminatoria, de declinar la colaboración, siendo legítima la negativa a suministrar aquella. Consiguientemente, en la colisión entre el deber de contribuir *ex* artículo 31.1 y el derecho a la no autoinculpación *ex* artículo 24.2 de nuestra Constitución, habrá que conceder prioridad al segundo cuando el cumplimiento de deber de colaborar con la Administración encierre la aportación de información eventualmente constitutiva de pruebas de cargo que sirvan de soporte a un procedimiento sancionador, administrativo o penal. En definitiva, cuando el obligado tributario tenga fundadas sospechas de que, en el ámbito de un procedimiento de comprobación, la información que estaría obligado a aportar podría constituir pruebas incriminatorias en su contra, aquél está *ex* artículo 24.2 CE legitimado para negarse a proporcionar tal información.

A.2. Los defensores de la tesis de que la Administración no puede utilizar en un proceso penal o administrativo sancionador los datos aportados coactivamente por el obligado tributario.

Autores como GARCÍA AÑOVEROS ¹⁵, FALCÓN ¹⁶, SOLER ROCH ¹⁷ y, con matices, PALAO ¹⁸, proponen la siguiente fórmula para solucionar los problemas de colisión entre los citados artículos 24.2 y 31.1 de nuestra Constitución. Para ellos, el problema normativo dejaría de suscitarse si los datos y pruebas aportados por el obligado tributario en el curso de un procedimiento de comprobación, no pudiesen ser utilizados en el ámbito de procedimientos de naturaleza sancionadora, administrativos o penales. Habría, pues, que exigir una cierta impermeabilidad entre los procedimientos de comprobación y liquidación y los procedimientos, ahora ya separados, dirigidos a sancionar, lo que permitiría separar también los documentos que pueden utilizarse en los primeros y aquellos que eventualmente pudiesen constituir pruebas de cargo en los segundos.

Con las debidas reservas, podríamos situar entre los citados autores el meditado planteamiento que hacen AGUALLO y GARCÍA BERRO ¹⁹. Estos autores, tras un detenido estudio de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, llegan a estas conclusiones:

El derecho a no autoincriminarse jamás implica en los procedimientos de gestión tributaria un derecho a *no aportar* información. En consecuencia, frente a lo que ha sostenido buena parte de la doctrina, cuando la Administración reclama del obligado tributario información con trascendencia tributaria y punitiva, no es preciso hacer ponderación alguna de bienes constitucionales, dado que el derecho a no autoincriminarse reconocido en el artículo 24.2 CE y el deber de contribuir establecido en el artículo 31.1 CE confluyen, pero no colisionan. Basta en efecto en estos casos para respetar en su integridad los bienes jurídicos concurrentes, obligar a la aportación de la información a efectos tributarios y no utilizarla en un proceso penal o procedimiento administrativo sancionador contra el sujeto obligado a colaborar.

Así pues, cuando la Administración tributaria exija información en el curso de un procedimiento de gestión tributaria, porque el bien jurídico tutelado en el artículo 24.2 CE no lo reclama y

sin embargo lo exige la protección del interés público constitucionalizado en el artículo 31.1 CE, deberá el obligado tributario colaborar, aunque los elementos de prueba así obtenidos, si resultan autoincriminatorios, no podrán utilizarse contra él en un procedimiento punitivo. Tal es, precisamente, desde el punto de vista de los citados autores, lo que quería decir el Tribunal Constitucional cuando en la STC 76/1990 –que, en este sentido, creen que ha sido mal interpretada– negaba que exista un derecho a la reserva de la información con trascendencia tributaria tutelable en el artículo 24.2 CE.

A.3. Los defensores de la inaplicación del derecho a la no autoinculpación al procedimiento de liquidación.

Algunos autores, tomando como punto de partida el razonamiento de la STC 76/1990, sobre la que más adelante tendremos ocasión de volver, se sitúan en la idea de que como el procedimiento de liquidación carece, en sí mismo, de naturaleza punitiva, debe tomar preponderancia el deber de contribuir sobre otras eventuales garantías del contribuyente, razón por la cual no debe admitirse que el contribuyente invoque en el ámbito de aquel procedimiento el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesar su culpabilidad. Consiguientemente, el ciudadano deberá siempre cumplir el deber que le asiste de aportar todos los datos con trascendencia tributaria, por vía de suministro o de captación, a la Administración tributaria. Los matices diferenciadores de las posiciones de quienes se sitúan en este sector doctrinal (ESSEVERRI MARTÍNEZ ²⁰, RODRÍGUEZ BEREJO ²¹ y ZORNOZA PÉREZ ²²), se centran en torno a si la Administración puede utilizar con o sin límites los datos obtenidos tanto a fin de liquidar el tributo como en el ámbito de un eventual procedimiento sancionador, administrativo o penal.

B) La jurisprudencia más relevante de nuestro TC sobre el deber de contribuir y el derecho a no autoincriminarse.

En la Sentencia 76/1990, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la cuestión de si la previsión que efectúa el artículo 83.3.f) de la LGT acerca de la punibilidad específica de la falta de colaboración del contribuyente en la medida en que no aporte pruebas y documentos contables, o se niegue a su exhibición, resulta contraria o no al artículo 24.2 de la CE. El citado precepto colisiona, en opinión de los recurrentes, con el derecho a la no autoinculpación del ciudadano como medio de protección de la presunción de inocencia, y es un límite, alegan, que no puede traspasarse en aras de la exigencia del deber de colaboración con la Administración Tributaria. De la conexión del derecho a no confesarse culpable y el derecho a la presunción de inocencia deducen aquéllos un derecho genérico del contribuyente a la reserva de sus datos económicos frente a la Administración Tributaria.

El Tribunal Constitucional afirma que lo que se impone al contribuyente no es la prueba de su inocencia, sino el deber de aportar los datos que puedan ayudar a la investigación. Si no aporta esos datos personales de alcance económico, si no colabora, la labor de la inspección de los tributos que se los requiere va a ser prácticamente imposible de realizarse, salvo que dicha información pueda solicitarse a terceras personas. Esta habilitación de la Administración para exigir sus datos se ha

hecho evidente en la sentencia 110/1984, y en los autos 642 y 982 de 1986. El TC recuerda cómo no hay un derecho absoluto, incondicionado, a la reserva de los datos económicos del contribuyente con relevancia fiscal esgrimible frente a la Administración Tributaria porque de existir se haría prácticamente imposible la labor de comprobación por parte de la Administración Tributaria y privaría de eficacia y garantía al artículo 31.1 CE ²³.

Ultima su argumentación el Tribunal aclarando que la exhibición de los documentos contables que acreditan la situación económica y financiera del contribuyente sólo es un acto de colaboración, no equiparable a una «declaración», que es a lo que se refieren los artículos 17.3 y 24.2 de la CE. Aquí no hay manifestación de voluntad ni emisión de una declaración que exteriorice un contenido de culpabilidad. El 83.3, sostiene el Tribunal con razonamientos que toma prestados del Abogado del Estado, no es más que una garantía del cumplimiento de los deberes formales de los sujetos pasivos que se enuncian en el artículo 35.2 de la LGT. Y cuando el artículo 83.3.f) habla de «pruebas» no lo hace en sentido estricto o técnico jurídico, «sino más bien como concepto equivalente, redundante y sinónimo de la expresión "documentos contables" que la propia norma emplea» ²⁴.

Sobre el alcance del derecho a no declarar contra sí mismo, la Sentencia 197/1995 señala en su Fundamento Jurídico 7.º que no puede suscitar duda que el derecho a no declarar contra sí mismo, en cuanto garantía instrumental del derecho de defensa al que presta cobertura en su manifestación pasiva, rige y ha de ser respetado, en principio, en la imposición de cualesquiera sanciones administrativas, sin perjuicio de las modulaciones que pudiera experimentar en razón de las diferencias existentes entre el orden penal y el derecho administrativo sancionador, pues los valores esenciales que se encuentran en la base del artículo 24.2 de la CE no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración pudiera compeler u obligar al administrado a confesar la comisión o autoría de los hechos antijurídicos que se le imputan o pudiera imputar o a declarar en tal sentido. El ejercicio del *ius puniendi* del Estado en sus diversas manifestaciones está sometido al juego de la prueba de cargo o inculpativa de la conducta reprochada y a un procedimiento en el que la persona a la que se le imputa o pueda imputar aquélla pueda ejercer su derecho de defensa de modo que, también en el procedimiento administrativo sancionador, la carga de la prueba de los hechos constitutivos en la infracción vincula a la Administración, que concentra las funciones de acusador y decisor, sin que el sujeto pasivo de la actuación sancionadora esté obligado a declarar contra sí mismo.

Ahora bien, los términos en que debe ser entendido el razonamiento del transcrito F.J. 7.º los precisa el TC en su Sentencia 161/97. En ésta aclara aquél que «las garantías frente a la autoincriminación» sólo permiten rechazar la aportación de información que tiene «un contenido *directamente inculpativo*». Señala el TC en su Fundamento jurídico 6.º que «así, en primer lugar, tal garantía no alcanza sin embargo a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias tales como la identificación y reconocimiento de un imputado, a entrada y regis-

tro en un domicilio, o las intervenciones telefónicas o de correspondencia. Los mismos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor justicia, y del entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público, podría tener la extensión de la facultad de no contribución a cualquier actividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter, o la dejación de la calificación de los mismos como directamente inculpativos a la persona a la que se solicita la contribución. *En suma, como indican el prefijo y el sustantivo que expresan la garantía de autoincriminación, la misma se refiere únicamente a las contribuciones de contenido directamente inculpativo».*

Concluye AGUALLO ²⁵ que sentada la conclusión anterior, es preciso decir que, por el contrario, allí donde no concurren las circunstancias que hemos mencionado, esto es, cuando la solicitud de información no tenga el claro y único propósito de condenar o sancionar al requerido, sino que concurre alguna otra finalidad constitucionalmente legítima, no cabe oponer un «derecho a no aportar» dado que el derecho a no autoincriminarse sólo exige que la información suministrada coactivamente no se utilice con fines punitivos. Y esto es, precisamente, lo que sucede en el procedimiento inspector, destinado exclusivamente a cuantificar la cuota dejada de ingresar en plazo y los intereses de demora. En efecto, en los procedimientos de liquidación tributaria *stricto sensu* (esos que pueden tener lugar tras la separación de procedimientos establecida por el art. 34 de la Ley 1/1998), el derecho a no autoincriminarse nunca podrá fundamentar la reserva de datos frente a la Administración: en primer lugar porque aunque la información exigida tenga también utilidad punitiva, el derecho a no autoincriminarse –su contenido constitucional– no integra un derecho a no aportar; en segundo lugar, porque aunque la reclamación coactiva de información afecte a los derechos a la libertad, a la dignidad y a la intimidad del obligado tributario, como ha señalado el Tribunal Constitucional español (SSTC 110/1984 y 76/1990), existe en estos casos un contravalor que autoriza la limitación de los derechos reconocidos en los artículos 1, 10 y 18 CE: el deber a la justa contribución a los gastos públicos establecido en el artículo 31.1 CE. Sin embargo, en el seno del procedimiento sancionador autónomo –el que regula actualmente el RD 1930/1998–, aunque el artículo 24.2 CE no tutele un derecho a la reserva de los datos autoinculpativos, sí existe un derecho del imputado a no aportar la información reclamada. La razón es clara: la exigencia de datos por el poder público sólo tendría como objeto sancionar al afectado –dado que el procedimiento destinado a liquidar cuota e intereses de demora, en la generalidad de los casos, habrá concluido con anterioridad–, y la utilización con fines punitivos de la información así reclamada es ilícita desde la perspectiva del artículo 24.2 CE.

La STC 14/1999, por su parte, reconoce la aplicación del derecho a no declarar contra sí mismo en el procedimiento administrativo sancionador con estas palabras: «Las garantías procesales constitucionalizadas en el artículo 24.2 CE son de aplicación en el ámbito administrativo sancionador, "en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional" (STC 18/1981, F.J. 2 *in fine*) (...) Nuestra jurisprudencia de este principio general ha sido recientemente resumida en el fundamento jurídico 5 de la STC 7/1998 (...), que cita como aplicables, sin ánimo de exhaustividad, el derecho a no declarar contra sí mismo (SSTC 197/1995, 45/1997)».

La STC 161/1999, de 27 de septiembre, en fin, reitera su doctrina sobre la configuración constitucional del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable: «(...) la STC 197/1995, (FJ. 6) (...) señaló que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable... son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable»²⁶. En el mismo sentido se pronunciaron antes las SSTC 36/1983, 127/1992 ó 161/1997.

3. El derecho a la no autoinculpación desde la perspectiva del ordenamiento comunitario.

El análisis del alcance del derecho de cualquier obligado tributario a no autoincriminarse exige inexcusablemente partir de su naturaleza de derecho fundamental. Para justificar esta apreciación baste transcribir el parágrafo 64 de la más arriba citada Sentencia del TEDH de 3 de mayo de 2001, *JB contra Suiza*, a tenor del cual «a pesar de que el artículo 6 del Convenio no lo menciona expresamente, el derecho a guardar silencio y el derecho a no autoincriminarse son normas internacionales admitidas, que se encuentran en la esencia del concepto del proceso justo consagrado en el artículo 6.1 del Convenio. En particular, el derecho a no autoincriminarse presupone que los poderes públicos deberán fundamentar sus pretensiones sin recurrir a medios de prueba obtenidos mediante coacción o presión, en contra de la voluntad del imputado».

Podríamos preguntarnos, sin embargo, por qué el estudio del derecho a la no autoinculpación en materia tributaria debe partir de su naturaleza de derecho fundamental precisamente cuando lo hacemos desde la perspectiva del ordenamiento comunitario. Esta cuestión tiene varias respuestas. Algunas de ellas son las siguientes:

- Los principios generales del Derecho –y el derecho a un proceso justo lo es– constituyen la primera fuente formal de la que se vale el Tribunal de Justicia comunitario para dotar de protección a los derechos fundamentales.
- El derecho fundamental que nos ocupa forma parte también de las «tradiciones constitucionales a los Estados miembros», y tales tradiciones constituyen una de las fuentes de las que más se nutre el Tribunal de Justicia comunitario para configurar el orden de derechos fundamentales a los que brinda protección.
- Hoy dice el apartado 2 del artículo 6 TUE que «la Unión respetará los derechos fundamentales *tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (...)*».

Haremos, pues, referencia al alcance del derecho a la no autoinculpación en su calidad de derecho fundamental desde la perspectiva del ordenamiento comunitario, para luego examinar la jurisprudencia dictada al respecto tanto por el Tribunal de Justicia como por el de Primera Instancia.

A) *Derechos fundamentales y Derecho Comunitario.*

A.1. Principios generales del Derecho y derechos fundamentales.

Coinciden varios autores en datar en el año 1960 la primera referencia expresa del Tribunal de Justicia a apoyar su fallo en los principios generales²⁷. En primera instancia invoca los «principios generales del Tratado», y a continuación los llama «principios generales del Derecho» y «principios generales del Derecho comunitario». A partir de entonces, el Tribunal utiliza no sólo como apoyo argumental en cada causa los «principios generales del Derecho», sino que se consolida su condición de fuente del Derecho comunitario. Hoy no cabe duda de que, como hemos apuntado, los principios generales del Derecho constituyen la primera fuente formal de la que se vale el Tribunal de Justicia comunitario para dotar de protección a los derechos fundamentales²⁸. Antes de hacerlo, y de sentar los esquemas de tutela de los derechos fundamentales, el Tribunal arropa su criterio con una profusa doctrina jurisprudencial relativa a los principios generales del Derecho, en tanto en cuanto que, aunque Derecho no escrito, traen causa y justificación de la aplicación extensiva de ciertas disposiciones de los Tratados²⁹. Con tal modo de proceder, además de dotar a la protección de los derechos fundamentales de la necesaria flexibilidad que le permita resistir las modificaciones de los Tratados e incluso la incorporación de nuevos socios comunitarios, «la participación de estos principios en el derecho originario eleva a los principios generales del Derecho, y a los derechos fundamentales como contenido material de éstos, a una especie de *ley suprema* situada en la cúspide de la pirámide normativa comunitaria, a semejanza de la posición privilegiada que éstos disfrutaban en las Constituciones nacionales. Tales derechos, una vez determinados por el Tribunal, ofrecen la misma certeza jurídica que aquellos derechos fundamentales expresamente mencionados en los Tratados»³⁰.

Una de las fuentes de las que más se nutre el Tribunal de Justicia para configurar el orden de derechos fundamentales a los que brinda protección es la de las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario». Con ello, el Tribunal provoca un intercambio entre las tradiciones constitucionales comunes, de modo que éstas dotan de forma y contenido a un determinado derecho fundamental, el cual, a su vez, se incorpora por vía prejudicial a los ordenamientos de los Estados miembros. Con razón señala RODRÍGUEZ IGLESIAS³¹ que el Tribunal de Justicia asume la responsabilidad de conciliar las tradiciones constitucionales comunes de todos los Estados miembros, aunque matiza que habida cuenta la comunidad de valores que comparten los Estados miembros de la Comunidad, el problema de la definición del parámetro comunitario no afecta tanto a la identificación de los derechos tutelados como a la determinación del estándar concreto de su protección. Dicho parámetro no se construye sobre la base de un estándar mínimo común, sino que la definición del estándar comunitario de protección se realiza sobre la base de una comparación crítica y valorativa de los sistemas jurídicos nacionales, y cul-

mina con una opción jurisprudencial en la que, naturalmente, no está necesariamente ausente un elemento de creatividad del propio Tribunal de Justicia, que se gesta en el proceso dialéctico de la deliberación.

En el asunto *Grogan*³², el Abogado General, Sr. Van Gerven, hizo una síntesis muy precisa del estado de la cuestión a principios de los noventa. En opinión del mismo, en referencia a la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia como consecuencia de la invocación de la vulneración de un derecho fundamental, «lo que caracteriza a esta jurisprudencia es que sin atribuir un efecto directo en el ordenamiento jurídico comunitario a las disposiciones de los tratados internacionales antes mencionados, estima no obstante que estos tratados así como las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros determinan también el contenido de los principios generales del Derecho comunitario. Esta actitud permite al Tribunal de Justicia, cuando precisa estos principios generales en el contexto (socioeconómico) propio del Derecho comunitario, tener en cuenta los imperativos de las libertades fundamentales tendentes a la unificación del mercado y los imperativos de las organizaciones comunes de mercados. No obstante, ello no impide al Tribunal de Justicia observar escrupulosamente, como si se tratase de disposiciones precisas, estos derechos y libertades fundamentales introducidos en el Derecho comunitario en forma de principios generales, cuando se trata de verificar si los actos de las Instituciones comunitarias se atienen a dichos principios y anularlos o invalidarlos cuando resulten incompatibles con éstos».

Ahora bien, una de las primeras reservas que hay que hacer al plano en el que se situó la tutela de los derechos fundamentales hasta los primeros años de la década de los noventa, más concretamente, hasta el Tratado de Maastricht, es la de que no hay cauce procesal idóneo para impugnar un acto dictado por la autoridad nacional, presuntamente contrario a un derecho fundamental (pensemos, *v.gr.*, la vulneración del derecho a un juicio justo o del derecho a la no autoincriminación), cuando dicho derecho fundamental no tiene conexión directa con un precepto del ordenamiento comunitario. En otras palabras, no se puede obtener la tutela de los derechos fundamentales a través del ordenamiento y del juez comunitarios, cuando la incidencia en la esfera amparada por el derecho fundamental es meramente interna, sin que dicha incidencia –ya sea a través de un acto normativo, ya a través de una resolución jurisdiccional, ya mediante la actuación de la Administración– no guarde conexión con el Derecho comunitario.

Por otra parte, tal como se deduce de la jurisprudencia de entonces, tampoco el Tribunal de Justicia ha abusado de la invocación de la Convención Europea de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas en sus pronunciamientos a fin de resolver la impugnación de un acto, una actuación o una resolución dictada en la esfera interna por los poderes públicos de un Estado miembro, con arreglo al Derecho comunitario. Más bien, las citas a la Convención las ha arropado siempre con decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o de la Comisión Europea de Derechos Humanos³³.

Sin perjuicio del comentario que haremos en el epígrafe siguiente a propósito del análisis de lo que ha significado la incorporación de una referencia expresa a la Convención Europea en el Tratado de Maastricht (actual art. 6.2.º TUE), no podemos obviar la referencia ahora al cambio de criterio

jurisprudencial que ha supuesto la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 1998 ³⁴, *Grant*, en la que, en el propósito de definir qué se entiende por discriminación por razón de sexo, cita aquél profusa jurisprudencia del Tribunal Europeo y de la Comisión Europea de Derechos Humanos, así como la Sentencia *Levy*, de las cuales extrae BASSELINK ³⁵ estas dos interesantes conclusiones:

- a) Como quiera que muchos Estados miembros son Estados partes de la CEDH antes que de los Tratados constitutivos, podría ser ésta una línea de argumentación a favor de la prevalencia de la CEDH sobre los Tratados constitutivos si de proteger los derechos fundamentales se tratase;
- b) Otro elemento que milita a favor del carácter vinculante de la CEDH en el sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales lo constituiría el artículo 60 de la Convención, que define a ésta como un estándar mínimo de protección, lo que interpretado desde un doble punto de vista significa no sólo que cualquier norma nacional o internacional que ofrezca una protección más elevada debe ser de aplicación, sino que cualquier norma nacional o comunitaria que proteja menos debe ser obviada a favor de la aplicación de la propia Convención.

A.2. Las novedades derivadas de la modificación del artículo 6 del TUE.

Como hemos apuntado ya, dice el apartado 2 del artículo 6 TUE que «la Unión respetará los derechos fundamentales *tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de 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». Se ha introducido, pues, una referencia expresa al Convenio, de manera que éste debe operar como estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario.

No podemos menos que coincidir, con CARRILLO SALCEDO ³⁶ y D. EVRIGENIS ³⁷, en que en tanto que tratado internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece obligaciones internacionales para los Estados, mientras que, en la medida en que ésta ejerce alguna influencia sobre el ordenamiento jurídico interno, puede moldear las normas internas sobre derechos fundamentales, actuando incluso de modo muy parecido al de las normas constitucionales.

Pues bien, la cuestión que es necesario poner sobre la mesa es la de cómo ha incidido en la protección de los derechos fundamentales que deben dispensar tanto el ordenamiento como los Tribunales comunitarios la modificación introducida en el antiguo artículo F del Tratado de la Unión, esto es, cómo ha incidido la remisión expresa por parte de éste a la Convención Europea de Derechos Humanos.

Antes de abordar la cuestión planteada, cabe apuntar que el texto definitivamente aprobado ha sido, sin embargo, decepcionante para cierto sector de la doctrina. Predomina la tesis doctrinal ³⁸ en virtud de la cual el TUE fue más una labor de codificación que de verdadera reforma, optándose por seguir una línea conservadora, en lugar de la introducción de verdaderas innovaciones, lo que

no era negativo *per se*, siempre que hubiese estado acompañado de un avance y profundización importantes en este proceso y la simplificación y eliminación de aquellas disposiciones que hubiesen devenido superfluas por desuso. Es éste precisamente otro de los rasgos del artículo F.2 TUE (actual art. 6). Como de su tenor literal se desprende, el artículo procedía a una mera consagración formal del acervo jurisprudencial elaborado al respecto, y no parece haber duda de que una buena dosis de prudencia y de moderación estuvieron presentes en la redacción definitiva del precepto.

Por otra parte, hay que decir también del meritado artículo 6 del TUE que en lo que se refiere a los medios no jurisdiccionales de tutela de los derechos fundamentales, la inclusión del derecho de petición ante el Parlamento Europeo presentado como novedad del Tratado, no es más que la constitucionalización de una práctica existente desde los años setenta, expresamente contemplada en su Reglamento interno.

Estamos, pues, ante una labor de codificación más que de reforma, labor que deja pendientes temas tan importantes en materia de derechos fundamentales como el de las relaciones entre el sistema comunitario de protección y el esquema procesal establecido en la Convención. Coincidimos con SALINAS DE FRÍAS³⁹ en que el TUE fracasaba como solución definitiva al menos a tres problemas en relación con esta materia:

- En primer lugar, no aclaraba si habría de producirse o no una adhesión a la Convención, pues no sólo este artículo, sino el propio Tratado no incorporó siquiera, tal y como proponía la delegación belga, una declaración final al respecto.
- En segundo lugar, al no aclarar dichas relaciones, subsiste el problema de una potencial colisión de jurisprudencias. Lo más que podía extraerse del tenor literal del artículo F.2 era un reenvío a la parte sustantiva de la Convención, de manera que el TUE compondría implícitamente un catálogo propio de derechos fundamentales, merced a la inclusión de éstos o de aquéllos derivados de las tradiciones constitucionales comunes, pero nada diría, ni explícita ni implícitamente, respecto del mecanismo procesal de garantía desarrollado por este Convenio. Nada obstaría, pues, para que los nacionales comunitarios, vencidos ante las instancias de Luxemburgo, acudiesen a la Comisión y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como han venido haciendo hasta entonces, con el consiguiente riesgo de colisión de la doctrina jurisprudencial.
- En tercer lugar, el TUE no amplía el *ius standi* de los particulares ante el Tribunal, sino que el derecho de recurso ante éste no ha cambiado, dando la espalda a reiteradas demandas en tal sentido desde el Informe Tindemans de 1975. Sí se han ampliado, en efecto, las vías extrajudiciales de protección (*v.gr.* el citado de derecho de petición ante el Parlamento Europeo o la instancia ante el Defensor del Pueblo europeo), pero en absoluto se ha ampliado la tutela jurisdiccional.

Ahora bien, sin perjuicio de las cuestiones que hemos apuntado, todavía pendientes, del esquema procesal de tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos comunitarios, a la hora de evaluar la intensidad con que la Unión se compromete a tutelar los derechos fundamentales no cabe

duda de que es importante la incorporación expresa al Tratado de la Unión del mensaje en virtud del cual el respeto a los derechos fundamentales se hará «tal y como se garantiza 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 también son ilustrativos estos otros extremos: el 49 del mismo Tratado de la Unión, que establece como requisito para solicitar el ingreso en la Unión Europea el respeto, entre otros, a los derechos humanos y libertades fundamentales; y, en segundo lugar, el sistema sancionatorio establecido por el Tratado de Amsterdam para aquellos casos en que un Estado miembro viole de manera «grave y persistente» los principios contemplados en el artículo 6.1.º del TUE y, por tanto, entre ellos los derechos y libertades fundamentales entre los que se encuentra el derecho a la no autoinculpación.

Pues bien, si bien modesta, como hemos dicho, no debemos despreciar la importancia, tanto política como jurídicamente, que hoy debemos conceder a estas remisiones de la normativa comunitaria –y la jurisprudencia, como más tarde veremos–, a la protección de los derechos y libertades fundamentales, en general, y al Convenio Europeo de 1950, en particular. Téngase en cuenta a este respecto que, desde una perspectiva histórica, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas carecían de la menor referencia a este extremo. Tal vez el objetivo primero y último de transitar desde la unión aduanera hacia la integración económica postergaba otros fines, entonces considerados no prioritarios. Y, en coherencia con ello, tampoco el Tribunal de Justicia se mostró receptivo a las alegaciones de las partes en conflicto que en defensa de sus causas invocaban la referencia expresa a la citada Convención. A partir de los años setenta, sin embargo, la invocación de estos derechos empieza a ganar terreno en vía jurisprudencial, a la vez que normativamente se les abre camino en el derecho positivo, tal como sucede en las modificaciones del TCE a través del Acta Única Europea en 1987, del Tratado de Maastricht de 1992 y, finalmente, a través del Tratado de Amsterdam en 1997⁴⁰. La explícita remisión de aquél a la Convención de Roma en su artículo 6 (antiguo art. F), así como la cláusula sancionatoria y la del artículo 49 a que hemos hecho referencia, son fiel ejemplo, sino de que «los derechos fundamentales hayan sido constitucionalizados», sí de que deben encontrar protección en el sistema comunitario general.

La incidencia de estas novedades en el Derecho comunitario en materia de protección de los derechos fundamentales tiene, a nuestro modo de ver, estas proyecciones:

- a) Desde un primer punto de vista, la Convención Europea podría ser aplicada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para prevenir y evitar una restricción de los derechos fundamentales por parte de la Unión Europea. Como señaló J.C. BONICHOT⁴¹, hasta fechas recientes la complementariedad entre el ordenamiento comunitario y la Convención Europea era una complementariedad «en un único sentido», de modo que sólo era perceptible la incidencia de éste en aquél, pero no viceversa. La conclusión que se extraía de ello, tal como señalan RODRÍGUEZ IGLESIAS y A. VALLE⁴², es que en el caso de que se produjese una vulneración de cualquiera de los derechos fundamentales consagrados por la Convención por parte del ordenamiento comunitario, podría aquélla ser fiscalizada y resuelta por el Tribunal de Justicia comunitario, pero no por el TEDH, por carecer de competencia expresa. Tal situación ha cambiado de una forma clara tras la Sentencia del TJCE de 18 de febrero de 1999, *Matthews*.

b) Desde una segunda perspectiva, como señala Ángel RODRÍGUEZ ⁴³, cuando se plantearon ante el TJCE los primeros casos en los que se cuestionaba el respeto de los derechos fundamentales por la Comunidad, éste acudió a la CEDH y a la jurisprudencia del TEDH para resolver la ausencia de una declaración de derechos de los Tratados, mencionando a estos efectos la CEDH. Podría pensarse, así, que puesto que el estándar de protección de los derechos fundamentales establecido por el TJCE derivaba de los principios generales del Derecho comunitario, que se encontraban, entre otras fuentes, en la CEDH, la protección dispensada por el ordenamiento comunitario era, en todo caso, equivalente a ésta. Sin embargo, concluye el autor citado, no siempre ha sido así. El TJCE tomaba la CEDH sólo como un primer escalón para construir sobre él el estándar comunitario de protección, cuya definición precisa podía, por lo tanto, diferir de la dispensada por la Convención. Es cierto que, a diferencia de la otra fuente de inspiración del TJCE, los principios constitucionales comunes a los Estados miembros, la CEDH, tal como era interpretada por el TEDH, aportaba un estándar preciso de protección para cada derecho que contempla. Sin embargo, el TJCE, aun teniéndola en cuenta, no aplicaba directamente la jurisprudencia del TEDH sin antes construir, en base al principio general del derecho comunitario, un estándar de protección específicamente comunitario para cuya aplicación definía, atendiendo en exclusiva a las normas de este ordenamiento, cuáles eran las restricciones que podían aplicarse a un derecho fundamental sin llegar por ello a vulnerarlo. El particular uso de la Convención en la jurisprudencia del TJCE suponía que éste no se atendería a la jurisprudencia que la interpretaba con carácter final, la del TEDH, a la hora de insertarla en el contexto comunitario, cuando, una vez identificado el derecho a proteger como uno de los principios generales del ordenamiento comunitario, ponderaba las restricciones que podían aplicarse y cuáles no para construir un estándar específicamente comunitario de protección.

A partir de las sentencias, ya citadas, *Stauder* ⁴⁴, *International Handelsgesellschaft* ⁴⁵ y *Nold* ⁴⁶, tanto la invocación expresa de los derechos fundamentales en las causas, como la remisión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos viene siendo profusa. En particular, en el ámbito del reconocimiento del derecho a la no autoincriminación son especialmente relevantes las Sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 1989, *Orkem* ⁴⁷, y de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe* ⁴⁸, y del Tribunal de Primera Instancia las Sentencias de 8 de marzo de 1995, *Société générale* ⁴⁹, y, más recientemente, la de 20 de febrero de 2001, *Werke* ⁵⁰.

Pues bien, todo lo anterior le permite a la doctrina mayoritaria sostener que, si bien no sería exacto afirmar que se ha «constitucionalizado» la protección de los derechos fundamentales, no cabe duda de que su protección ha sido incorporada jurídicamente a los fines de la Unión Europea. En particular, el artículo 6.2 del Tratado de la Unión supone, cuanto menos, como señalan MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS ⁵¹, el reconocimiento no sólo político sino especialmente desde un punto de vista jurídico de los derechos y libertades fundamentales.

Por otra parte, también la competencia del Tribunal de Justicia comunitario se ha visto normativamente alterada por este proceso de tutela y reconocimiento de los derechos fundamentales. En efecto, el

artículo 46 del Tratado de la Unión, tal como fue modificado por el artículo 1.13 del Tratado de Amsterdam, que se refiere a la competencia del Tribunal de Justicia, señala expresamente que tal competencia alcanza al apartado 2 del artículo 6 con respecto a la actuación de las Instituciones y, por consiguiente, a tutelar el respeto por parte de la Unión de los derechos fundamentales garantizados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.

A.3. La Carta Europea de Derechos Fundamentales.

El grupo de trabajo Spiros Simitis entregó en febrero de 2001 su informe relativo a los derechos fundamentales en la Unión Europea. En el mismo se dice que «los derechos fundamentales sólo pueden cumplir su función si los ciudadanos conocen su existencia y son conscientes de la posibilidad de hacerlos aplicar, por lo que resulta esencial expresar y presentar los derechos fundamentales de forma que todos los individuos puedan conocerlos y tener acceso a ellos; dicho de otro modo, los derechos fundamentales deben ser «visibles»... Deben encontrarse los medios para conseguir la máxima visibilidad de los derechos, lo que implica su enumeración expresa, a riesgo de repetirse, en lugar de una simple referencia general a otros convenios en los que figuran». En su recomendación final, el citado informe señala lo siguiente: «Todos los derechos deberían figurar en un texto único. Sería conveniente abandonar tanto la actual dispersión de los Tratados como las amplias referencias a diversas fuentes internacionales y supranacionales, a fin de garantizar la claridad que exige el carácter fundamental de estos derechos. En consecuencia, cuando en un documento concreto, como es el caso de CEDH, se incluyan un gran número de derechos, éstos deberán citarse expresamente. El texto en el que se enumeren los derechos debería introducirse en una parte especial o en un título particular de los Tratados. El lugar elegido debería ilustrar claramente la importancia primordial de los derechos fundamentales e indicar sin lugar a dudas que las actividades de la Unión Europea deben guiarse siempre, y en cualquier circunstancia, por el respeto a estos derechos».

Pero para entonces ya estaba tomada la decisión de elaborar una carta de Derechos Fundamentales, que debía recoger de una manera clara y precisa los derechos fundamentales de los ciudadanos, que hiciera referencia expresa al alcance de éstos, y que no dejase lugar a dudas sobre su estatuto jurídico⁵². Tal decisión fue adoptada en virtud de Acuerdo en el Consejo Europeo de Colonia, celebrado los días 3 y 4 de junio de 1999. El 2 de octubre de 2000 fue aprobado por la Convención el texto de lo que sería el proyecto de Carta de Derechos Fundamentales, que se remitiría para su aprobación al Consejo, y que se la dio en el que se celebró en Biarritz los días 13 y 14 de octubre, sin la admisión de enmienda alguna.

En el ámbito del trabajo que estamos desarrollando, cabe destacar el Capítulo VI de la Carta (arts. 47 a 50), que recoge los siguientes derechos fundamentales: a. El derecho a la tutela judicial efectiva y a un tribunal independiente e imparcial; b. El derecho a la presunción de inocencia y a la defensa; c. El principio de legalidad y de proporcionalidad en las penas; d. El derecho a no ser juzgado y castigado penalmente dos veces por el mismo delito (*ne bis in ídem*). Los derechos, como apunta el apartado 2.º de su artículo 52, reconocidos por la presente Carta tienen su fundamento en los Tratados comunitarios o en el Tratado de la Unión Europea, y se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos.

Ahora bien, debe tenerse bien en cuenta que como expresamente se dice en el Capítulo VII, la Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados ⁵³.

Por otra parte, las disposiciones de la Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros, pero éstos sólo en aquellos casos en que apliquen el Derecho de la Unión ⁵⁴. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, pero siempre con arreglo a sus respectivas competencias.

¿Cuál es, finalmente, el valor y fuerza jurídica que hay que reconocer a la Carta?

Antes de conocer la resolución del Consejo Europeo de Niza que ha pretendido dar respuesta a la pregunta que nos hemos formulado, debemos tener en cuenta estos pronunciamientos del Parlamento y de la Comisión:

El Parlamento Europeo aprobó el 16 de marzo de 2000 una Resolución con el mensaje de que «una Carta de Derechos Fundamentales que se redujera a una proclamación no vinculante y que, además, se limitara a una enumeración de derechos vigentes, defraudaría las legítimas expectativas de los ciudadanos», concluye «manifestando con toda claridad que subordinaría en un grado muy elevado su aprobación definitiva de una Carta de los Derechos Fundamentales al cumplimiento de la condición de que adquiriera pleno carácter vinculante mediante su inclusión en el Tratado de la Unión Europea».

Unos meses más tarde, en octubre, aprobó el Parlamento otra Resolución relativa a la Carta, en la que se pide expresamente que ésta sea incorporada a los Tratados. Propone aquél expresamente que, «de conformidad con la posición que aprobó con ocasión del inicio de los trabajos de la Convención, que el Consejo Europeo, reunido en Biarritz, pida a la Conferencia Intergubernamental que examine el texto de la Carta adoptada por la Convención y los medios para integrarla en los Tratados, con objeto de que el Consejo Europeo de Niza pueda tomar una decisión al respecto».

La Comisión, en fin, dictó el día 11 del mismo mes de octubre una clara Comunicación sobre la naturaleza y alcance jurídico de la Carta, proponiendo que se le dote de eficacia jurídica vinculante, así como también que sea incorporada a los Tratados, vaticinando que «la Carta producirá sus efectos, también en el plano jurídico, sea cual fuese la naturaleza que se le atribuya» y que el Consejo y la Comisión «difícilmente podrán ignorar en el futuro, cuando actúan como legisladores, un texto que ha sido preparado a petición del Consejo Europeo por todas las fuentes de legitimidad nacionales y europeas reunidas en un mismo foro»; «del mismo modo, parece lógico que, a su vez, el Tribunal de Justicia se inspire en la Carta como ya la hiciera en otros textos sobre derechos fundamentales».

El Consejo Europeo de Niza, que proclamó solemnemente la Carta, sin embargo no se pronunció en relación con la reiterada demanda de que fuese incorporada al Tratado de la Unión. Simplemente se remitió a la Conferencia Intergubernamental de 2004 la decisión relativa al «*estatuto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en Niza de conformidad con las conclusiones del Consejo Europeo de Colonia*».

Así las cosas, ¿qué dimensión jurídica hay que concederle hoy a la Carta de Derechos Fundamentales? ⁵⁵

Señala BEREJO ⁵⁶ al respecto que es cierto que el carácter no vinculante de su texto parece reenviar a la Carta –por el momento–, al ámbito del «*no Derecho*», o a lo más a una peculiar situación de quiescencia, a una especie de limbo jurídico del que espera ser rescatada por la Conferencia Intergubernamental 2004, cuando su estatus sea revisado y, en su caso, sea integrada en los Tratados. Ahora bien, para el citado profesor, la Carta es algo distinto. «Es algo más, un texto jurídico oficial en la Unión Europea adoptado conjuntamente por las tres instituciones políticas básicas de su organización política (Consejo, Comisión y Parlamento) de indudable valor jurídico interpretativo y directivo o de principios. Su estatus de acuerdo interinstitucional, que compromete a las tres instituciones que la han adoptado, le otorga una cualificada relevancia jurídico-política, aunque no sea vinculante y carezca de efecto, en tanto Derecho ejercitable, sobre los ciudadanos europeos (*Soft law*). Ello hace de la Carta una forma prefiguradora de derechos y «fuente de inspiración» privilegiada, como ha dicho el Comisario Europeo Antonio Vitorino, en la tarea de dilucidar jurisdiccionalmente la existencia y el contenido declarado de un derecho fundamental como principio general del Derecho comunitario, en los términos del artículo 6.2 del TUE, cuya vulneración sea imputable a una disposición o acto de las instituciones comunitarias. Así como también está llamada a ejercer una función directiva general para el Consejo, la Comisión y el Parlamento europeos en todo el proceso de creación del Derecho Comunitario cuando se refiera o afecte a los derechos fundamentales. Esta virtualidad jurídica de la Carta, no obstante su carácter no vinculante, ha dejado sentirse ya y se manifiesta en la cita o invocación que de su texto ha empezado a hacerse en diferentes instancias, tanto políticas como jurisdiccionales, sea de la Unión Europea o de los Estados miembros».

B) La doctrina de la jurisprudencia comunitaria en torno al derecho a la no autoinculpación.

Como hemos apuntado páginas atrás, desde su Sentencia de 18 de octubre de 1989, *Orkem* ⁵⁷, hasta la más reciente de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe* ⁵⁸, el Tribunal de Justicia comunitario, y especialmente en sus sentencias de 8 de marzo de 1995, *Société générale* ⁵⁹, y, más recientemente, la de 20 de febrero de 2001, *Werke* ⁶⁰, el Tribunal de Primera Instancia, han tenido ocasión de depurar su doctrina en torno al alcance y efectos de un eventual derecho a la no autoinculpación, invocable no sólo ante los Tribunales de justicia, sino especialmente ante un órgano de la Administración. La evolución de la jurisprudencia es buena muestra de la impronta que dejó el hecho de haber incorporado a los fines de la Unión Europea la protección de los derechos fundamentales y, en particular, lo que para ciertos autores ha sido la «constitucionalización» de los derechos reconocidos en la Convención Europea firmada en Roma en 1950.

Téngase en cuenta, antes de abordar el estudio de la doctrina de los Tribunales de Justicia y de Primera Instancia en torno al alcance de este derecho fundamental, que la mayoría de los pronunciamientos dictados por uno y otro órganos al respecto derivan de discrepancias entre la Comisión europea y los distintos afectados, personas físicas y jurídicas, en relación con la obligación de aportar datos y con la utilización que éstos puedan recibir, en el seno de expedientes de control de acti-

vidades que eventualmente pudiesen vulnerar el derecho de libre competencia. Sin perjuicio de ciertos pronunciamientos dictados en materia tributaria, ha sido en el seno de los procedimientos colucorios donde los citados Tribunales han hechos sus más valiosas apreciaciones sobre el derecho que nos ocupa.

A continuación trataremos de exponer las líneas más relevantes de la doctrina de los citados órganos, pero antes de ello haremos una síntesis de los argumentos más interesantes utilizados por las partes en conflicto en las distintas causas, a favor y en contra de la posibilidad de invocar en derecho a la no autoinculpación en el seno de los procedimientos no penales.

B.1. Alegaciones más interesantes empleadas por distintas partes litigantes a favor de que se reconozca el derecho a la no autoinculpación en el ámbito de los procedimientos administrativos de control y comprobación.

Las alegaciones más interesantes empleadas por distintas partes litigantes a favor de que se reconozca el derecho a la no autoinculpación en el ámbito de los procedimientos administrativos de control y comprobación son las siguientes:

En primer lugar, de las sentencias del Tribunal de Justicia de 29 de mayo de 1997, *Kremzow* (C-299/95 Rec. p. I-2629 apartado 14), de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe/Comisión* (C-185/95, Rec. p. I-8417), resulta que no pueden admitirse en la Comunidad Europea medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos y garantizados por el CEDH.

En segundo lugar, tanto el Tribunal Europeo, en las sentencias *Funke* y *Oztürk*, como la Comisión Europea de Derechos Humanos, en su dictamen emitido el 30 de mayo de 1991, han reconocido el derecho a no autoinculparse en un procedimiento nacional o de Derecho comunitario. En la sentencia *Baustahlgewebe/Comisión*, antes citada, el Tribunal de Justicia admitió que el artículo 6 del CEDH es aplicable en el marco de procedimientos administrativos que pueden llevar a la imposición de una sanción.

En tercer lugar, el derecho a no autoinculparse en un procedimiento de Derecho comunitario se desprende de la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 1993, *Otto*⁶¹, y de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de marzo de 1995, *Société générale*⁶².

En cuarto lugar, hay que recordar que, como declaró el Tribunal de Justicia en las sentencias *Orkem* (apartado 30) y *Baustahlgewebe/Comisión* (apartado 21), la aplicación de los derechos garantizados por el CEDH no depende de la distinción entre personas físicas y personas jurídicas. Se aplican indistintamente, por consiguiente, tanto a unas como a otras.

En quinto lugar, en Derecho europeo no existe un «ámbito muy limitado para el Derecho penal en sentido estricto», como el invocado por la Comisión, con derechos y obligaciones particulares.

La apreciación de la cuestión de si el concepto de «acusación en materia penal» en el sentido del CEDH incluye también las sanciones administrativas y las multas depende solamente de su naturaleza sancionatoria. El Tribunal Europeo y la Comisión Europea de Derechos Humanos (Tribunal Eur. D.H., sentencia *Neumeister* de 27 de junio de 1968, Serie A n. 8, §18, y sentencia *Oztürk*, antes citada, § 50) entienden e interpretan este concepto de forma autónoma. Así pues, la alegación de la Comisión, según la cual no dispone de ninguna competencia en materia penal, no es pertinente para la interpretación del artículo 6, apartado 1, del CEDH. De las consideraciones anteriores resulta que el Derecho administrativo sancionador europeo y su aplicación también forman parte del Derecho «penal» a los efectos del CEDH.

Por último, se viene alegando que la Comisión –y la Administración, podríamos añadir nosotros, en el Derecho interno– ha de ser considerada como un «tribunal» en el sentido del artículo 6, apartado 1, del CEDH.

Tal ha sido, pues, el esquema argumental sobre el cual los recurrentes han apoyado sus pretensiones de invocar ante los Tribunales comunitarios el derecho a la no autoinculpación en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionadores.

B.2. Argumentos en contra invocados por la Comisión Europea.

En primer lugar, la Comisión suele comenzar señalando que el Tribunal Europeo aún no ha declarado que el derecho a no declarar contra sí mismo pueda aplicarse a las personas jurídicas.

Sostiene, asimismo, aquélla, que el derecho del interesado a negarse a proporcionar información que le exponga al riesgo de declarar contra sí mismo sólo ha sido admitido por el Tribunal Europeo en el ámbito muy limitado del Derecho penal en sentido estricto y tradicional, a saber, en el marco de procedimientos en los que podía imponerse una pena privativa de libertad y que, debido a la especial naturaleza de la posible sanción, podían manifiestamente ser calificados de acusaciones en materia penal en el sentido del artículo 6, apartado 1, del CEDH.

Argumenta también, en tercer lugar, que la Administración no es un «tribunal» y que, por tanto, los principios derivados del artículo 6, apartado 1, del CEDH no se aplican en el caso de autos⁶³. La falta de competencia jurisdiccional de la Comisión implica que un procedimiento administrativo sancionador no tiene carácter penal. Por consiguiente, los principios derivados del artículo 6 del CEDH no son aplicables al procedimiento de investigación previa llevado a cabo por la Administración, interna o comunitaria.

En fin, aporta también la Comisión argumentos serios como el de que sería prácticamente imposible aplicar el Derecho comunitario en materia de prácticas colusorias –y tal razonamiento sería fácilmente extrapolable al Derecho tributario– sin la obligación de las empresas de colaborar activamente en las investigaciones sobre los hechos. Así pues, es necesario que pueda exigirse a las empresas que proporcionen, en un procedimiento de investigación previa, información que permita

su inculpación. Afirma que esta necesidad ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia ⁶⁴. Según la Comisión, el procedimiento administrativo ya no podría alcanzar su objetivo si se reconociera a la empresa afectada el derecho a negarse a hacer declaraciones o a presentar documentos en caso de que éstos pudieran ser utilizados para probar la ilegalidad de su comportamiento.

B.3. Razonamiento del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia.

La doctrina de los citados Tribunales sobre el tema que nos ocupa se puede extraer de las siguientes afirmaciones:

- Según jurisprudencia reiterada, dice el Tribunal de Primera Instancia en su Sentencia de 20 de febrero de 2001, *Werke* ⁶⁵, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantizan los órganos jurisdiccionales comunitarios ⁶⁶. A este respecto, el Tribunal de Justicia y el de Primera Instancia se inspiran en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. Dentro de este contexto, el CEDH reviste un significado particular ⁶⁷. Por otra parte, a tenor del artículo F, apartado 2 (actual art. 6.2.º) del Tratado de la Unión Europea, «la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».
- En cualquier caso, en la sentencia de 18 de octubre de 1989, *Orkem/Comisión* ⁶⁸, el Tribunal de Justicia declaró, en primera instancia, que ni el análisis comparativo de los Derechos nacionales, ni el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, ni el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 ⁶⁹ permiten llegar a la conclusión de que exista un principio general de Derecho comunitario que consagre el derecho a no declarar contra sí mismo en favor de las personas jurídicas y en el ámbito de las infracciones de naturaleza económica.

Sin embargo, el Tribunal matizó tal afirmación a renglón seguido, señalando en dicha sentencia que el respeto del derecho de defensa, principio fundamental del ordenamiento jurídico comunitario, excluía la posibilidad de que la Comisión impusiera a una empresa, mediante una Decisión de solicitud de información adoptada con arreglo al apartado 5 del artículo 11 del Reglamento n.º 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/0 1, p. 22), la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión.

- El Abogado General, Sr. Gulmann, en sus Conclusiones a la Sentencia de 10 de noviembre de 1993, *Otto*, asunto C-60/92, Rec.p. I-5683, señaló lo siguiente: De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no se desprende que los Tribunales nacionales, cuando aplican normas comunitarias directamente aplicables, deban aplicar automáticamente los principios generales no escritos que forman parte integrante del Derecho comunitario. En particular, no se puede deducir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia una obligación general de los Jueces nacionales de aplicar los principios procesales del Derecho comunitario, cuando aplican normas comunitarias directamente aplicables (ap. 22) ⁷⁰.
- En la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de marzo de 1995, *Société générale* ⁷¹ dice aquél, en relación con la obligación de facilitar información y datos, que los obligados sólo lo están a dar respuestas relativas únicamente a «cuestiones de hecho». Por el contrario, no están obligados a facilitar información cuando lo que se han pedido son opiniones, juicios de valor, o le han instado a emitir suposiciones o extraer conclusiones. Sólo los hechos son, pues, en su caso, de obligada comunicación a las autoridades.
- En la misma Sentencia, dice el Tribunal que la obligación se extiende también a documentos, pero sólo es exigible la presentación de los preexistentes, no de aquellos que sea necesario confeccionar de nuevo.
- Del dictamen de la Comisión Europea de Derechos Humanos emitido el 30 de mayo de 1991, anexo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia *Société Stenuit* de 27 de febrero de 1992 ⁷², se desprende que cuando se protege el derecho de toda persona a la tutela y garantías del artículo 6 del CEDH, la expresión «toda persona» va referida tanto a personas físicas como personas jurídicas. El TJCE se pronunció en tal sentido en la Sentencia *Orkem*, al reconocer expresamente que no sólo las personas físicas, sino también las empresas (personas jurídicas) respecto de las cuales se lleva a cabo una investigación, pueden invocar los derechos fundamentales garantizados por el artículo 6.1 CEDH.
- El reconocimiento de un derecho absoluto a guardar silencio vulneraría el principio de proporcionalidad, en el sentido de que excedería de lo que es necesario para preservar los derechos de defensa de las empresas y constituiría un obstáculo injustificado para el cumplimiento, por parte de la Administración, de la misión de velar por el respeto del Derecho comunitario, que le asigna el artículo 89 del Tratado CE –actual art. 85– (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de febrero de 2001, *Werke* ⁷³).
- El derecho a guardar silencio sólo puede reconocerse a una empresa destinataria de una decisión de solicitud de información en la medida en que se viera obligada a dar respuestas que implicaran admitir la existencia de la infracción cuya prueba corresponde a la Comisión. Es necesario, pues, examinar cada caso concreto a fin de verificar cuándo se dan las circunstancias indicadas (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de febrero de 2001, *Werke*).
- El Derecho comunitario, dice el Tribunal de Primera Instancia en la Sentencia anteriormente citada, reconoce el principio fundamental del respeto a los derechos de defensa, así como el del derecho a un juicio justo (véanse Sentencias del TJCE *Baustahlgewebe/Comisión*, ap. 21, y de 28 de marzo de 2000, *Krombach* ⁷⁴). De conformidad con estos principios, que

ofrecen una protección equivalente a la garantizada por el artículo 6 del CEDH, el Tribunal de Justicia y el de Primera Instancia han reconocido, según jurisprudencia reiterada, a los destinatarios de las solicitudes dirigidas por la Comisión, los derechos siguientes a

1. Limitarse a responder preguntas únicamente relativas a hechos;
 2. A comunicar sólo los documentos y escritos preexistentes; y
 3. Que este derecho se reconoce desde la primera fase de una investigación comenzada por la Comisión.
- «El hecho de verse obligado a responder a las preguntas relativas únicamente a los hechos planteadas por la Comisión y satisfacer sus peticiones de presentación de documentos preexistentes no puede violar el principio de respeto a los derechos de defensa o el derecho a un juicio justo. En efecto, nada impide que el destinatario demuestre posteriormente, en el marco de un procedimiento administrativo o durante un procedimiento ante el juez comunitario, en el ejercicio de sus derechos de defensa, que los hechos expuestos en sus respuestas o los documentos comunicados tienen un significado distinto al que les ha dado la Comisión» (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de febrero de 2001, *Werke*, T-112/98).
 - Por lo que respecta a la alegación de una de las partes según la cual existe un riesgo de que las informaciones obtenidas por la Comisión y transmitidas a las autoridades nacionales sean utilizadas en su contra por estas últimas, dice el Tribunal que basta con remitirse a la sentencia *AEB y otros*, antes citada (apartado 42), en la que, tras recordar que las informaciones recogidas por la Comisión deben ser transmitidas a las autoridades nacionales, el Tribunal de Justicia declaró claramente: «Las autoridades de los Estados miembros no pueden invocar estas informaciones ni durante un procedimiento de instrucción preliminar ni para justificar una decisión adoptada con arreglo a las disposiciones del Derecho de la competencia –en nuestro caso sería Derecho Tributario–, ya sea éste nacional o comunitario. Dichas informaciones deben permanecer en la esfera interna de estas autoridades ...». Por consiguiente, añade el Tribunal, «si las autoridades internas de un Estado miembro consideran que las informaciones obtenidas en tales circunstancias por la Comisión pueden hacer que se inicie un procedimiento sobre los mismos hechos, deben realizar su propia solicitud de información en relación con dichos hechos».
 - Sin perjuicio del respeto al Derecho comunitario y, en particular, de sus principios fundamentales, incumbe al Derecho nacional definir las modalidades procesales apropiadas para garantizar el derecho de defensa de los interesados. Estas garantías pueden diferir de las que se aplican en los procedimientos comunitarios (Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 1993, *Otto* ⁷⁵).
 - «Ciertamente, las informaciones obtenidas en el marco de un cierto procedimiento nacional pueden ser puestas en conocimiento de la Comisión, en particular por una parte interesada. Sin embargo, de la citada sentencia *Orkem/Comisión* se desprende que esta Institución, lo mismo que una autoridad nacional, no puede utilizar dichas informaciones como medio de prueba de una infracción, en el marco de un procedimiento que pueda dar lugar a sanciones o como indicio que justifique la apertura de una investigación previa a tal procedimiento» (Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 1993, *Otto* ⁷⁶).

VIII. LA TEORÍA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO

Básicamente, la idea central de esta teoría radica en que todas las pruebas obtenidas lícitamente, pero como consecuencia de una prueba obtenida de forma ilícita se ven «alcanzadas» (contaminadas) por tal ilicitud y devienen igualmente nulas. Estamos ante lo que se ha denominado en la doctrina anglosajona la «teoría de los frutos del árbol envenenado» (*fruit of the poisonous tree doctrine*)⁷⁷.

En el ámbito de los procedimientos que conducen a la determinación de la deuda tributaria mediante la correspondiente liquidación, sería invocable precisamente el principio contrario, el de conservación de los actos administrativos contemplado en el artículo 66 de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común, de acuerdo con el cual el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción. Y en la misma línea se sitúa la redacción de los artículos 242 y 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁷⁸, el primero de los cuales hace referencia a que la nulidad de un acto administrativo no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél, ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad, así como que la nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo que sean independientes de aquélla.

En el ámbito del Derecho sancionador pudiera admitirse, sin embargo, siempre que concurren determinadas circunstancias, la invocación de la llamada teoría de los frutos del árbol envenenado. Como decimos, la aplicación de esta doctrina exige la concurrencia de determinadas condiciones: en primer lugar, el que la ilicitud de la prueba debe obedecer a la vulneración de un derecho fundamental sustantivo o de una «regla básica predicable de todos los procedimientos de la democracia»⁷⁹; en segundo término, la «contaminación» de las pruebas obtenidas a partir de la actuación probatoria ilícita únicamente se produce cuando entre éstas y las pruebas lícitas obtenidas a partir de tal momento medie un nexo tal que en ausencia de las primeras difícilmente se hubieran obtenido las segundas (conexión de antijuridicidad)⁸⁰.

La doctrina que defiende la posibilidad de invocar la teoría de los frutos del árbol envenenado en los procedimientos sancionadores y procesos penales en España encuentra apoyo en el artículo 11.1 LOPJ, a cuyo tenor «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales». Sobre esta base, se viene considerando que la ineficacia de una prueba ilícitamente obtenida debe alcanzar, también, a aquellas otras pruebas que si bien son en sí mismas lícitas se basan, derivan o tienen su origen en informaciones o datos conseguidos por aquella prueba ilegal, traducándose en que estas pruebas lícitas tampoco puedan ser admitidas o valoradas⁸¹.

En opinión de MIRANDA ESTRAMPES⁸², aunque pueda discutirse si la verdadera intención de nuestro legislador al utilizar en el artículo 11.1 LOPJ el término «indirectamente», fue la incorporación o no en nuestro ordenamiento jurídico de la doctrina norteamericana de los frutos del árbol

envenenado, creemos que no existe obstáculo alguno en admitir los efectos reflejos de la prueba ilícita. Incluso si nuestro legislador no hubiese utilizado expresamente el término «indirectamente» estimamos que el reconocimiento de efectos reflejos es una consecuencia lógica y necesaria que viene impuesta por la propia «inutilizabilidad» de las pruebas ilícitas. Por tanto, concluye la citada autora, la ineficacia de la prueba ilícita se extenderá, también, a todos aquellos elementos probatorios obtenidos de forma lícita, pero que han sido descubiertos gracias a los resultados obtenidos con una prueba ilícita. Asimismo, nuestro Tribunal Supremo ha invocado expresamente la doctrina que nos ocupa en Sentencia de 4 de marzo de 1998 al referirse a la prohibición de una prueba constitucionalmente ilícita ⁸³.

Esta teoría tiene su origen y ámbito de aplicación natural en la esfera penal; no obstante, algunos tribunales norteamericanos la han aplicado, aunque con muchos matices, en el ámbito administrativo, en el seno de procedimientos fiscales, llegando a declarar la nulidad de las actuaciones tributarias basadas en evidencias ilícitamente obtenidas por autoridades policiales y de otro orden. En nuestro país ni conocemos pronunciamiento jurisprudencial alguno, ni tampoco nos parece seriamente defendible, la aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado en el ámbito, en sentido amplio, del procedimiento de gestión. Ya hemos hecho referencia anteriormente a la *vis atractiva* de los citados artículos 66 de la Ley 30/1992 y 242 de la LOPJ. Y más remota nos parece todavía la aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado en el orden de la gestión de los tributos, tras la separación procedimental, al menos formal, del procedimiento de comprobación y liquidación y el sancionador.

Ahora bien, sí nos parece invocable la citada doctrina en el ámbito de los procedimientos administrativos –además de los jurisdiccionales– sancionadores. Sin que haya hecho referencia expresa a la doctrina que nos ocupa, sin embargo parece haberle llevado a tal conclusión a MARTÍN QUERALT ⁸⁴ la Sentencia del Tribunal Constitucional 228/1997, de 16 de diciembre. En ella, después de pronunciarse sobre la invalidez de los registros llevados a cabo en almacenes, locales comerciales y fábricas, en la fase de instrucción judicial en causa seguida por delitos de falsedad y contrabando, el Tribunal Constitucional estima la demanda de amparo, reconociendo el derecho del actor a la presunción de inocencia y la necesidad de que sea restablecido en tal derecho, mediante la anulación de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo y la consiguiente firmeza del pronunciamiento absolutorio contenido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. Pues bien, en opinión del citado autor, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional es trasladable al ámbito del Derecho tributario sancionador, de modo que corresponderá a la Administración probar y motivar la existencia de una infracción tributaria y su imputabilidad a un determinado sujeto, «y en el instituto probatorio –insuprimible para desvirtuar la presunción de inocencia– deberá atenerse a las exigencias que nuestro más Alto Tribunal viene imponiendo para que la prueba pueda jurídicamente erigirse en prueba de cargo (...) El artículo 81 de la Ley 30/1992 pone en la pista de las exigencias para la práctica de las pruebas. Y, tratándose de procedimientos sancionadores, habrá que acudir al artículo 137 de la propia Ley 30. Es evidente que las exigencias para la validez de las pruebas en el ámbito sancionador administrativo no son de la misma entidad que las exigibles en el ámbito penal, pero no lo es menos que existen ciertas exigencias sin cuyo cumplimiento el procedimiento administrativo sancionador está llamado al fracaso» ⁸⁵.

Y cabe citar a este respecto también otro pronunciamiento, relevante por los hechos en los que se sitúa la causa. Se trata de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de abril de 1997⁸⁶ relativa a un caso en el que como consecuencia de la entrada y registro acordada por un Juez de Instrucción, la Inspección de los Tributos que asiste a la misma se incauta de datos del obligado tributario sin que ello haya sido ordenado por el juez; el TSJ de Cataluña consideró que la Administración actuó en fraude de ley, en la medida que, al abrigo de la diligencia judicial de entrada y registro acordada para el esclarecimiento de un presunto delito que se imputaba a una persona jurídica, requisó datos con trascendencia tributaria para el control de las obligaciones tributarias de una persona distinta; consecuentemente, el Tribunal acordó la nulidad de las actuaciones inspectoras, negando la posibilidad de emplear tales pruebas en el marco de un procedimiento tributario como el que se incoó más tarde por la Inspección de los Tributos. Nótese, en todo caso, que en este asunto existía un derecho fundamental afectado, dado que las pruebas fueron recabadas en el marco de una entrada y registro del domicilio de una entidad, aunque tal registro había sido legalmente autorizado por el juez.

NOTAS

¹ Sobre la actualidad del tema que abordamos hacíamos la siguiente consideración en nuestro trabajo «Separación de procedimientos –de liquidación y sancionador– sin separación de órganos», *Impuestos*, n.º 15-16, agosto de 2000, lo siguiente: «tampoco deja de ser curioso que si bien la frontera entre el deber de aportar datos a la Administración Tributaria y los derechos del obligado tributario a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, además de no estar clara es un tema de indiscutible actualidad en España desde que la Ley 1/1998 separó los procedimientos de liquidación y sancionatorio, lo cierto es que se trata de una vieja cuestión doctrinal en los Estados Unidos, donde desde el año 1933 con ocasión del caso *Murdock II* (United States v. Murdock, 290, US 389) se sentaron las bases tanto del alcance del deber de declarar como del derecho a la no autoincriminación. Transcurridos más de sesenta años desde el citado pronunciamiento doctrinal, actualmente la cuestión en el Derecho norteamericano se ha ido depurando por vía jurisprudencial, y cuyas coordenadas se pueden sintetizar del siguiente modo:

Los tribunales norteamericanos han seguido tradicionalmente el criterio de que el privilegio del contribuyente a no autoinculparse podría ser esgrimido frente al deber de presentar su declaración y hacer el ingreso correspondiente, cuando el cumplimiento de ambos deberes sea «inherently suspect of criminal activities». Así, en el caso *Marchetti and Grosso* (Marchetti v. United States, 390, US 39, 1968), sendos requerimientos dirigidos a quienes habían obtenido pingües beneficios en juegos ilícitos, tenían la consecuencia directa de exigir información incriminatoria para los perceptores de rentas, supuesto en el cual la Tax Court admitió que era legítimo esgrimir el derecho a la no incriminación para negarse a facilitar la información requerida; el Tribunal consideró que había un «riesgo real y apreciable de autoincriminación».

Pero el criterio anterior ha sufrido, sin embargo, una cierta evolución, no sólo de matiz. El obligado tributario hoy no puede esgrimir con carácter general un derecho a no autoincriminarse para eludir su deber de declarar, deber que en USA supone facilitar al *Internal Revenue Service* todos los datos que, por suministro o por captación, le sean exigibles al contribuyente, de tal manera que la omisión de cualquiera de ellos supone que la declaración se tiene por no presentada. El derecho a la no incriminación no puede servirle de cobertura (*blanket privilege*) para negarse a facilitar datos a la Administración. En el caso de que el contribuyente sospeche que la respuesta a alguna pregunta en concreto pudiese suponer su autoincriminación, sí podría esgrimir el derecho constitucional que le asiste para omitir los datos solicitados, siempre que: 1. Se trate de datos concretos y determinados; 2. Aporte prueba suficiente de que la respuesta a aquellos datos serviría de soporte a una acción criminal de los poderes públicos contra el contribuyente, convenciendo al IRS de que la negativa a facilitar datos, presentar declaraciones o aportar libros y registros contables no debe ser interpretada como una expresión de obstrucción o negativa del contribuyente a colaborar con la Administración Tributaria; y 3. Someta a la consideración del juez el carácter reservado y potencialmente incriminatorio de datos concretos y determinados que pretenda silenciar.

- ² Señala la citada Sentencia 50/1995 que «La entrada en el domicilio y su registro se ha concedido para el desarrollo de la actividad inspectora de la Hacienda pública. El procedimiento de la inspección tributaria tiene una naturaleza inquisitiva y cumple, en su ámbito, la función de investigar y documentar el resultado de las pesquisas o averiguaciones, como medio de prueba de un procedimiento posterior, que normalmente será el de liquidación pero que muy bien pudiera desembocar en otro sancionador e incluso penal por delito fiscal. No es arbitraria sino muy razonable a la extensión analógica del único precepto legal existente al respecto, ante el silencio de la Constitución, si se repara en las características de tal actuación administrativa, muy cercana en más de uno de sus eventuales aspectos a la jurisdicción penal como consecuencia de la equiparación del injusto de tal naturaleza y del administrativo, a efectos precisamente de garantía, que contiene el artículo 25.1 de la Constitución española y había reconocido ya la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Engel*, Sentencia de 8 de junio de 1976) y la de nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de 9 de febrero de 1972 y muchas más)».
- ³ ESCRIBANO LÓPEZ: «El procedimiento tributario tras la reforma de la LGT», *Quincena Fiscal*, n.º 10, 1996, p. 11.
- ⁴ LAGO MONTERO: «Procedimiento sancionador separado del procedimiento de liquidación tributario. Reflexiones sobre el derecho a no autoinculparse», en *XIX Jornadas-Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Lisboa, 1998, pp. 153 y 154.
- ⁵ TEJERIZO LÓPEZ: «El principio de tutela judicial efectiva y los procedimientos tributarios», Civitas, *REDF*, n.º 82, 1994, pp. 278 ss.
- ⁶ PONT CLEMENT: «Separación, en vía de comprobación e investigación por la Inspección Tributaria, del procedimiento de liquidación respecto del procedimiento sancionador», *RTT de la Asociación Española de Asesores Fiscales*, n.º 27, 1994, pp. 75 ss.
- ⁷ FERNÁNDEZ MONTALVO: «Garantías constitucionales del procedimiento tributario», *Revista de Hacienda Local*, n.º 75, 1995, pp. 416 a 418.
- ⁸ LÓPEZ DÍAZ: «El derecho a no autoinculparse y a no declarar contra sí mismo en el procedimiento sancionador en materia tributaria», en la obra colectiva *Temas de Derecho penal tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 60 ss.
- ⁹ HERRERA MOLINA: «Los derechos a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo en el procedimiento inspector», *Impuestos*, n.º 15-16, 1997, pp. 149 y 150.
- ¹⁰ En la Sentencia de 25 de febrero de 1993, *Funke*, el citado Tribunal hizo una interesante interpretación del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y en virtud de la misma se pronunció a favor de la anulación de las sanciones impuestas a un contribuyente que se había negado a facilitar a las autoridades aduaneras información relativa a movimientos de cuentas y depósitos bancarios. En opinión del Tribunal, la exigencia coactiva de tal información encerraba en el caso de autos una lesión del derecho de todo ciudadano a no declarar contra sí mismo y a no confesar su culpabilidad, razón por la cual la negativa de aquél a aportar la información no puede considerarse una conducta sancionable.
- ¹¹ En la Sentencia de 24 de febrero de 1994, *Bendenoun*, el Tribunal de Derechos Humanos dice expresamente que el citado artículo 6 es invocable no sólo en el caso de sanciones penales, sino en los procesos dirigidos a imponer sanciones tributarias.
- ¹² Y, en fin, en la Sentencia de 17 de diciembre de 1996, *Saunders*, hace el Tribunal apreciaciones todavía más enjundiosas desde el punto de vista de la conexión entre los procedimientos tributarios de comprobación y liquidación y sancionador. En un caso en que la Administración británica había obtenido datos y pruebas inculpatórias contra un contribuyente en el curso de un procedimiento administrativo de carácter coactivo –carácter que, como sabemos, puede predicarse de los procedimientos de comprobación e inspección en España–, el Tribunal se pronunció en el sentido de que la utilización de aquellas pruebas de cargo en un proceso judicial contra el interesado encerraba la vulneración de su derecho a la no autoinculpación.
- ¹³ El recurrente en el caso de autos obtiene la tutela de sus derechos por parte del TEDH, que declara contrarias al artículo 6.1 del Convenio las sanciones impuestas por la Administración suiza, como consecuencia de que el inspeccionado se negó a justificar el origen de determinadas rentas en el curso de un procedimiento de comprobación tributaria. *Vid.* al respecto SÁNCHEZ AYUSO: *El derecho a no autoinculparse: trascendencia práctica de la sentencia JB contra Suiza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Informe 18/02, de abril de 2002, de la Asociación Española de Asesores Fiscales.
- ¹⁴ AGUALLO AVILÉS y GARCÍA BERRO: «Deber de colaborar con la Administración Tributaria y derecho a no autoinculparse: un conflicto aparente», en la obra colectiva *El Asesor Fiscal ante el nuevo siglo*, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 2000, pp. 85 y 86.
- ¹⁵ GARCÍA AÑOVEROS: «Una nueva Ley General Tributaria. Problemas constitucionales», *REDF*, n.º 90, 1996, p. 222.

- 16 FALCÓN TELLA: «Un giro trascendental en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo con incidencia inmediata en el procedimiento inspector: el derecho a no declarar», Editorial de *Quincena Fiscal*, n.º 22, 1995, pp. 1 y 2; y «El carácter reservado de la información tributaria: La sentencia Saunders y sus consecuencias sobre el ordenamiento interno», Editorial de *Quincena Fiscal*, n.º 12, 1997, p. 6.
- 17 SOLER ROCH: «Deberes tributarios y derechos humanos», *RTT*, n.º 30, 1995, p. 112.
- 18 PALAO TABOADA: «Lo duro y lo blando del Proyecto de Ley de Derechos y Garantías del Contribuyente», *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, n.º 171, junio de 1997, p. 33.
- 19 AGUALLO AVILÉS y GARCÍA BERRO: «Deber de colaborar con la Administración Tributaria y derecho a no autoinculparse: un conflicto aparente», en la obra colectiva *El Asesor Fiscal ante el nuevo siglo*, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 2000, p. 113.
- 20 ESSEVERRI MARTÍNEZ: «Procedimiento de liquidación tributaria y procedimiento sancionador tributario», *RTT*, n.º 28, 1995, p. 76.
- 21 RODRÍGUEZ BEREJO: *Le sanzioni fiscali in Spagna, en Convegno di studi sulle sanzioni tributarie nell'esperienza europea*, Bolonia, 1996, pp. 5 ss.
- 22 ZORNOZA PÉREZ: *El sistema de infracciones y sanciones tributarias (los principios constitucionales del derecho sancionador)*, edit. Civitas, Madrid, 1992, p. 161.
- 23 ALONSO GONZÁLEZ (*Jurisprudencia constitucional tributaria*, IEF-M. Pons, Madrid, 1993, pp. 234 y 235) con PARADA VÁZQUEZ, entiende que, al igual que ha hecho en F.J. anteriores, el Tribunal recurre a una especie de razón de Estado que proviene de la atribución de una primacía indudable al principio de eficacia estatal. Y nos parece tremendamente nocivo superponer los principios por los que se rige la actividad administrativa por encima no sólo de otros principios, sino de los derechos fundamentales de los ciudadanos. No basta, por tanto, con decir que si no se permite esta o aquella situación determinada la actuación administrativa se paraliza y deviene inútil. Dentro del marco de sujeción al Derecho los poderes públicos tienen que hacer un esfuerzo de imaginación por encontrar fórmulas de menos dudosa constitucionalidad con las que llevar a cabo su labor.
- 24 Hay que recordar el reproche que sobre este pronunciamiento del TC hizo el Consejo General de la Abogacía Española, que puso sobre la mesa la contradicción en la que incurre la LGT al conceptualizar la obstrucción a la labor inspectora, por un lado, como infracción autónoma en el supuesto del artículo 83.3.f) que ahora nos ocupa, y, por otro lado, como integradora de otro supuesto adicional de agravación forzada que era en la legislación entonces vigente la presunción de mala fe.
- 25 AGUALLO AVILÉS y GARCÍA BERRO: «Deber de colaborar con la Administración Tributaria y derecho a no autoinculparse: un conflicto aparente», en la obra colectiva *El Asesor Fiscal ante el nuevo siglo*, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 2000, pp. 85 ss.
- 26 Una vez delimitadas las premisas del juicio constitucional, el Tribunal resuelve la cuestión aplicando su doctrina, y señala (STC 161/1999, de 27 de septiembre) que: «De las actuaciones se desprende que sobre el recurrente no se ha ejercido compulsión o constricción alguna, para que declarara en determinado sentido (...); pero el análisis no puede detenerse ahí pues se alega una suerte de error en el que habría incurrido al creer que se iban a utilizar contra él las pruebas derivadas del registro que evidenciaban la tenencia de la droga. Según su razonamiento, de haberse declarado en el primer momento la invalidez de la entrada y registro, sus manifestaciones hubieran sido otras, y otra hubiera sido su estrategia defensiva. Al margen de que no puede este Tribunal reconstruir los hechos a partir de acontecimientos que no sucedieron, lo cierto es que el acusado hizo sus manifestaciones después de haber impugnado el registro de su vivienda, y consciente de que aún podía impugnarlo a través de otros remedios jurídicos (...), por lo que su decisión de admitir la tenencia de la droga fue voluntaria y no el fruto de compulsión alguna. Puede ser tenida por errónea desde el punto de vista de su estrategia defensiva, pero no es un error sobre los hechos que se le imputaban, ni un error inducido por el órgano judicial. El recurrente pudo haber guardado silencio, incluso pudo haber mentido (...) Sus manifestaciones (...) fueron fruto de una estrategia de defensa voluntariamente adoptada a la vista de las circunstancias fácticas y jurídicas concurrentes en ese momento, por ello no puede apreciarse la lesión que se invoca».
- 27 Puede verse al respecto J. A. FROWEIN, S. SCHULHOFER y M. SHAPIRO: «The protection of Fundamental Rights as a vehicle of integration: 1. Introduction y V. Conclusion», en M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE y J. WEILER [eds.] (1986) *Integration through law: Europe and the American federal experience*, Berlin. De Gruyter, vol. I, libro 3. Ver también Konrad LENAERTS: *Le juge et la Constitution aux États Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique Européen*, Bruxelles, Bruylant, 1980; Mauro CAPPELLETTI y David GOLAY: «The judicial branch in the Federal and Transnational Union: his impact on integration» en CAPPELLETTI, SECCOMBE y WEILER [eds.], cit., vol. 1, libro 2, pp. 261-351.

²⁸ Ahora bien, no siempre, en efecto, es fácil identificar y dotar de contornos precisos a los principios generales del Derecho, ya que no todos se obtienen, por decantación, del conjunto de los sistemas jurídicos, ni todos se extraen a través del mismo proceso de deducción hermenéutica, ni tampoco todos cumplen las mismas funciones. Por ello, la doctrina (SALINAS DE FRÍAS: *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2000, p. 64) ha distinguido entre dos grupos de principios generales, atendiendo a la fuente de la que emanan:

En primer lugar, encontramos los principios que se extraen del conjunto del ordenamiento comunitario, y que se utilizan para determinar el significado y alcance de una disposición de un Tratado constitutivo. La trascendencia de este tipo de principios es tal que, como ha señalado el Tribunal de Justicia, cuando alguno de ellos colisione de una forma clara y terminante con una disposición expresa de un Tratado, ésta deberá inaplicarse. Tal como se desprende de los asuntos *Glucoséries*, *Marcelo Sgarlatta y otros* y *Henri Danvin*, en el caso específico de la interpretación del TCECA, los principios generales han servido al Tribunal para especificar el alcance de unas disposiciones esenciales como los artículos 2, 3 y 5, más amplios en sus términos pero a la vez muy importantes, por contener los objetivos fundamentales de la Comunidad, y hasta el punto de que a los artículos homónimos de los otros dos tratados ya se los situará bajo la rúbrica específica de «Principios».

Habría, en segundo lugar, otro grupo de principios que el Tribunal obtiene a partir tanto del Derecho Internacional público como de los Derechos nacionales de los Estados miembros. Encontramos profusamente en la jurisprudencia de aquél referencias a los principios comunes a los ordenamientos de los Estados miembros, referencias que encajan en la sencilla técnica del Derecho comparado.

En tercer lugar, cabría agrupar ciertos principios sobre la base de los valores que protegen. Existen, señala SALINAS DE FRÍAS, una serie de principios que se derivan de la naturaleza económica de la Comunidad Europea, llamados principios jurídico-materiales del Mercado Común. Junto a éstos, otros principios se encuentran ligados a la peculiar idiosincrasia del ordenamiento comunitario, no tienen carácter económico, giran en torno al concepto de supranacionalidad y se concretan en los llamados principios estructurales o constitucionales del Derecho comunitario. Por último, dice la citada autora, tenemos una serie de principios, plasmación del modelo axiológico-material del Estado de Derecho, o valores socio-políticos comunes a la historia y tradición cultural de los Estados miembros. Entre ellos se encuentran el respeto de los derechos fundamentales y principios tales como el de no discriminación o el de irretroactividad. Se corresponden con el esquema conceptual tradicional que de esta figura se tiene tanto a nivel nacional como en el plano internacional, y son los que hemos llamado principios generales propiamente dichos. Sostiene el Tribunal de Primera Instancia en sus Sentencias de 22 de octubre de 1997, *SCK y FNK*, Asuntos acumulados T-213/95 y T-18/96, Rec.p. II-1739 (ap. 53), y de 20 de febrero de 2001, *Werke*, Asunto T-112/98, que según jurisprudencia reiterada los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantizan los órganos jurisdiccionales comunitarios (*v.gr.*, dictamen del Tribunal de Justicia 2/94, de 28 de marzo de 1996, Rec.p. I-1759, ap. 33, y la Sentencia *Kremzow*, ap. 14).

²⁹ En opinión de CHUECA SANCHO (*Los principios generales del Derecho en el ordenamiento comunitario*, 10 RIE, 1983, p. 1.870), el Tribunal sigue una doble operación en la aplicación de los principios generales como fuente formal. Primero identifica el principio en cuestión, bien sea en los Tratados constitutivos, bien sea en los ordenamientos jurídicos nacionales. A continuación, antes de proceder a su incorporación al ordenamiento comunitario, valora las necesidades de la integración, de manera que el principio será aplicado en la medida en que no se oponga a la integración y en la medida en que dicha aplicación contribuya a la integración, cumpliendo, por tanto, dos condiciones sucesivas, una de signo negativo y otra de carácter positivo.

³⁰ SALINAS DE FRÍAS: *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2000, p. 72.

³¹ RODRÍGUEZ IGLESIAS: «La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Universidad Carlos III, Madrid, 1992, pp. 208 y 209.

³² STJCE de 4 de octubre de 1991, *Grogan*, C-159/90, Rec.p. I-4685.

³³ Como fuentes genéricas sobre la Convención y sus órganos de control pueden consultarse, entre otros, F. O. JACOBS: *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975; Clovis E. MORRISON: *The Dynamic of development in the European Human Rights System*, The Hague, M. Nijhoff, 1981; P. VAN DIJK y G.J. VAN HOOF: *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, Deventer, Kluwer, 1984; y J. E. S. FAWCETT: *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1987. En español, GARCÍA DE ENTERRÍA [cd.]: *El sistema europeo de protección de los Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1983.

³⁴ Asunto C-249/96, Rec.p. I-621.

³⁵ BESSELINK, L.F.M.: *Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism an subsidiarity in the EU*, Common Market Law Review, 1998, pp. 659 ss.

- ³⁶ CARRILLO SALCEDO: *Actes du cinquième colloque international sur la Convention des Droits de l'Homme*, Conseil de l'Europe Paris, A. Pedone, 1982, p. 218.
- ³⁷ DEMETRIOS EVRIGENIS: Reflections on the national dimension of the European Convention on Human Rights, en *Proceedings of the Colloquy about the European Convention on Human Rights in relation to other International Instruments for the protection of Human Rights*, Conceil of Europe, Strasbourg, 1979, pp. 65 a 80.
- ³⁸ Vid. MANGAS MARTÍN: «La dinámica de las revisiones de los Tratados y los déficit estructurales de la Unión Europea: reflexiones generales críticas», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*, Homenaje al profesor Díez de Velasco, Madrid, 1993, pp. 1055 ss. En la misma línea se sitúa CONSTANTINESCO: *La structure du traité instituant l'Union européenne*, CDE, 1994, p. 272. También puede consultarse en el mismo sentido PÉREZ VERA: *La protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea*, ed. Sistema, 1993, pp. 139 ss.
- ³⁹ SALINAS DE FRÍAS, A.: *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2000, pp. 209 ss.
- ⁴⁰ Ya muy temprano el cambio de orientación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario hacia la tutela de los derechos fundamentales se desprende de estas tres sentencias, muy próximas en el tiempo, cada una de las cuales trata de encontrarle fundamento:
- En la Sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Stauder* (asunto C- 29/69, Rec.p. 419) señaló el TJCE que «los derechos fundamentales de la persona están comprendidos dentro de los principios generales del Derecho comunitario».
 - En la Sentencia de 17 de diciembre de 1970, *International Handelsgesellschaft* (asunto C-17/70, Rec.p. 1135) el TJCE afirmó que la protección de los derechos fundamentales «está inspirada en los principios constitucionales comunes a los Estados miembros».
 - Y en la Sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold* (asunto C-4/73, Rec.p. 491) el TJCE indica también que «los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, pueden facilitar, asimismo, indicaciones que es preciso tener en cuenta en el marco del Derecho Comunitario».
- ⁴¹ La feliz expresión «complémentarité á sens unique» ha sido acuñada por J.C. BONICHOT, citado por RODRÍGUEZ IGLESIAS Y VALLE: «El Derecho comunitario y las relaciones entre el TJCE, el TEDH y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2, 1997, p. 345.
- ⁴² RODRÍGUEZ IGLESIAS Y VALLE: «El Derecho comunitario y las relaciones entre el TJCE, el TEDH y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2, 1997, p. 357.
- ⁴³ Ángel RODRÍGUEZ: *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 318 y 319.
- ⁴⁴ Sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, asunto C- 29/69, Rec.p. 419.
- ⁴⁵ Sentencia de 17 de diciembre de 1970, *International Handelsgesellschaft*, asunto C-17/70, Rec.p. 1135.
- ⁴⁶ Sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold*, asunto C-4/73, Rec.p. 491.
- ⁴⁷ Asunto C-374/87, Rec.p. I-3283.
- ⁴⁸ Asunto C-185/95, Rec.p. I-8417.
- ⁴⁹ Asunto T-34/93, Rec.p. II-545.
- ⁵⁰ Asunto T-112/98.
- ⁵¹ MANGAS MARTÍN/LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 299.
- ⁵² Ver al respecto P. ALSTON/J. WEILER: *The European Union and Human Rights: Final Project Report on an Agenda for the Year 2000*, Florence, European University Institute, 1998. Sobre este informe, el Comité de Sabios compuesto por A. CASSESE, U. LAWMIÉRE, P. LEUPRECHT y M. ROBINSON presentó sus propuestas al Consejo bajo los auspicios de la presidencia austriaca, ver *Leading By Example: A Human Rights. Agenda for the European Union for the Year 2000*. Ver también los diversos trabajos que sirvieron de base para el informe ALSTON-WEILER en P. ALSTON [cd.]: *The European Union and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999. Ver S. SIMITIS, U. BELL, L. BETTEN, J. A. FROWEIN, P. K. KOSKINEN, L. MARTÍN-RETORTILLO, A. PIZZORUSSO y J. ROSETTO: *Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea: ha llegado el momento de actuar*, Comisión Europea, Bruselas, 1999.
- ⁵³ Señala a este respecto Ángel RODRÍGUEZ (*Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 232 y 233) que «tres son los criterios que la doctrina maneja generalmente para dilucidar la naturaleza de los derechos fundamentales: deben tratarse de derechos subjetivos, indisponibles para los poderes constituidos y que gocen de unos meca-

- nismos de protección y tutela específicos. No todos estos requisitos se encuentran igualmente presentes en la Carta. En cuanto a los mecanismos de protección y tutela, la Carta sencillamente no contiene ninguna norma que los establezca con carácter general. Generalmente, la salvaguarda de los derechos fundamentales implica la existencia de mecanismos de garantía que podríamos llamar estructurales, como la reserva de ley para su desarrollo, y de mecanismos de protección directa, como la tutela jurisdiccional, que puede ser, en ocasiones, reforzada. Pero en la Carta sólo encontramos disposiciones aisladas que establecen mecanismos específicos destinados a la protección de algunos derechos concretos, como la autoridad independiente en materia de protección de datos personales (art. 8 CDFUE) o la tutela del derecho a la buena administración (art. 41 CDFUE) por el Defensor del Pueblo europeo (art. 43 CDFUE).
- ⁵⁴ Vid. al respecto, Andrew DUFF: «Towards a definition of subsidiarity» en A. DUFF [ed.] *Subsidiarity within the European Community. A Federal Trust Report*, London, 1993, pp. 7-32. Para el análisis de la introducción en los tratados del principio de subsidiariedad y de su significado, ver Renaud DEHOUSSE: «Does Subsidiarity really matter?», *FUI Workingpapers, law series*, 1992, 92/32; e ídem: «Community competences: are there limits tu growth?» en R. DEHOUSSE [ed.] *Europe after Maastricht. An ever closer Union?*, München, Law books in Europe, 1994, pp. 103-112; ver también R. ALONSO en la misma obra, pp. 544 y ss. y las diversas contribuciones en *Subsidiarity: the Challenge of Change. Proceedings of the Jacques Delors Colloquium 1991*, Maastricht, European Institute of Public Administration, 1991. Un análisis más genérico sobre el sentido del término en I. CAVERO: «El principio de subsidiariedad en el marco de la Unión Europea», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico 18, 1993.
- ⁵⁵ Puede consultarse al respecto ALONSO GARCÍA, R. «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 209, septiembre-octubre de 2000, pp. 3 ss.; BERING LÜSBERG, J.: «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the supremacy of Community Law?», *Harvard Jean Monnet Working*, Paper 04/01, Harvard Law School, Massachusetts, 2001, p. 6; CARRILLO SALCEDO: «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 9, 2001, pp. 7 y 22; MELCHIOR WATHELET: «La Charte de Droits Fondamentaux: un bon pas dans une course qui reste longue», *Cahiers de Droit Européen*, n.º 36, vol. 5-6, 2000; OLIVIER DE SCHUTTER: «Background Papers» en *Workshop on the Charter of Rights as a Constitution - Making Vehicle*, Arena, Oslo, 2001; RODRÍGUEZ BEREJO: *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Lección Inaugural del Curso Académico 2000-2001 en la Universidad Autónoma de Madrid, también publicado en *Noticias de la Unión Europea*, enero de 2001, pp. 9-20.
- ⁵⁶ RODRÍGUEZ BEREJO: «El valor jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea después del Tratado de Niza», *Actualidad Jurídica*, Uría & Menéndez, 2002, pp. 19 y 20.
- ⁵⁷ Asunto C-374/87, Rec.p. I-3283.
- ⁵⁸ Asunto C-185/95, Rec.p. I-8417.
- ⁵⁹ Asunto T-34/93, Rec.p. II-545.
- ⁶⁰ Asunto T-112/98.
- ⁶¹ Asunto C-60/92, Rec. p. I-5683.
- ⁶² Asunto T-34/93, Rec.p. II-545.
- ⁶³ Véase, en particular, a este respecto la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, *Enso española/Comisión*, T-348/94, Rec.p. II-1875, apartado 56.
- ⁶⁴ Sentencia *Société générale*, apartados 71 y siguientes, y conclusiones del Abogado General Sr. Warner en el asunto en que se dictó la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1982, *AIM & SL/Comisión*, 155/79, Rec. p. 1575.
- ⁶⁵ Asunto T-112/98.
- ⁶⁶ V.gr. dictamen del Tribunal de Justicia 2/94, de 28 de marzo de 1996, Rec.p. I-1759, ap. 33, y la Sentencia *Kremzow*, ap. 14.
- ⁶⁷ Sentencias del TJCE de 15 de mayo de 1986, *Johnston*, C-222/84, Rec.p. I-1651, ap. 18, y *Kremzow*, ap. 14.
- ⁶⁸ Asunto C-374/87, Rec. p. 3283.
- ⁶⁹ Recopilación de Tratados, volumen 999, p. 171.
- ⁷⁰ Generalmente, se parte del principio de que las normas comunitarias de fondo que son directamente aplicables son puestas en ejecución y su observancia está garantizada por las administraciones y órganos jurisdiccionales nacionales de conformidad con las normas administrativas y procesales establecidas por el Derecho nacional. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que las administraciones y los órganos jurisdiccionales nacionales sólo tienen la obligación de aplicar los principios particulares de Derecho administrativo y de Derecho procesal en vigor en Derecho comunitario cuando haya razones particulares para ello.

Así, el Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones que «a falta de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades procesales de los recursos judiciales que hayan de procurar la salvaguarda de los derechos que en favor del justiciable se deducen del efecto directo del Derecho comunitario» (Sentencia del Tribunal de Justicia, de 25 de julio de 1991, *Emmott* (C-208/91, Rec. p. 1-4269), apartado 16). Esta declaración de principio queda completada por la exigencia general establecida por el Derecho comunitario en cuanto al contenido de las normas procesales nacionales, a saber, que normalmente las normas nacionales «no pueden ser menos favorables que las correspondientes a recursos similares de carácter interno, ni pueden estar redactadas de tal manera que hagan imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario».

Este principio, sentado en procedimientos en los que una empresa pretende, en el marco del ordenamiento jurídico nacional, que se garantice el respeto de los derechos que le confiere el Derecho comunitario, debe aplicarse por lo menos en la misma medida cuando una empresa invoca un principio general no escrito del Derecho comunitario para obtener la protección de su derecho a un trato «equitativo» en un procedimiento en el que se ha opuesto a la empresa una obligación derivada de una norma comunitaria (ap. 23).

⁷¹ Asunto T-34/93, Rec.p. II-545.

⁷² Serie A, n.º 232-A.

⁷³ Asunto T-112/98.

⁷⁴ Asunto C-7/98, Rec.p. I-1935, ap. 26.

⁷⁵ Asunto C-60/92, Rec.p. I-5683, ap. 14.

⁷⁶ Asunto C-60/92, Rec.p. I-5683, ap. 20.

⁷⁷ Para un estudio de doctrina y de la jurisprudencia norteamericana sobre la teoría de los frutos del árbol envenenado, *vid.*, HERRMANN, J.: «Nuevas orientaciones sobre la justicia penal norteamericana», *Justicia*, n.º II, 1987, pp. 696 ss.; DÍAZ CABIALE, J.A.: «La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal», *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, n.º 20, pp. 122 ss.; FERNÁNDEZ ENTRALGO: «Las reglas del juego. Prohibición de hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida, en la obra colectiva *La prueba en el proceso penal (II)*», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 161 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegítimamente obtenida*, edit. Akal, Madrid, 1989, pp. 114 ss.; PICÓ JUNOY, J.: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 355 ss.; GUARIGLIA, F.: «Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal», *Revista Jueces para la democracia*, n.º 25, marzo de 1996, pp. 78-79; VELASCO NÚÑEZ, E.: «Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EEUU y España)», *Revista General del Derecho*, n.º 624, 1996, pp. 149 ss. Para los autores que han estudiado dicha doctrina, su origen se sitúa en el caso *Silversthorne Lumber Co. v. U.S.*, en el año 1920, aunque la expresión *fruit of poisonous tree doctrine* fue acuñada años después por el Juez Frankfurter al fallar el caso *Nardone* en 1939, en un supuesto de intervenciones telefónicas realizadas sin mandamiento judicial. Sin embargo, la propia jurisprudencia norteamericana ha venido reconociendo la existencia de excepciones o límites a dicha doctrina que introducen matizaciones a la regla general de exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas. Así, en aquellos casos en que falte la necesaria relación de causalidad directa entre la prueba inicialmente lograda de modo ilícito y la prueba derivada lícita, de tal forma que pueda afirmarse que la prueba ha sido obtenida de forma independiente (*independent source* o fuente independiente). Esta primera excepción ha sido aplicada en los casos *Wang Sun v. U.S.*, en 1963, en donde la persona acusada había sido arrestada ilícitamente, pero después de ser puesta en libertad se presentó voluntariamente en el departamento de narcóticos donde fue interrogada realizando afirmaciones autoincriminatorias que fueron empleadas para proceder contra él; *State v. O'Bremski*, en 1967, en el que se aceptó la validez y eficacia de una declaración incriminatoria de una menor, utilizada en una causa de estupro, que había sido localizada durante una entrada y registro ilegal en un apartamento, pues la noticia de su presencia en dicho domicilio se conocía por la policía con anterioridad al mencionado acto ilícito por otras fuentes de información, al haber denunciado la familia su ausencia y haber alertado un informante a la policía del paradero de la menor; y *United States v. Ceccolini*, en 1978, en donde un testigo había sido localizado siguiendo una información obtenida en un registro ilícito practicado en una floristería, aceptándose al testigo (dueña de la floristería) sobre la base de su espontánea decisión de cooperar, incriminando a su dependiente. Consecuencia de la anterior doctrina se elaboró, en 1984, la teoría de la *inevitable discovery* (inevitable descubrimiento), en virtud de la cual no se reconocen efectos reflejos a la prueba ilícita en aquellos supuestos en que los datos obtenidos con la misma se hubieran descubierto inevitablemente por otros medios legales durante la investigación en curso. En el caso *Nx vs. Williams*, en 1984, se dio validez a una declaración del detenido obtenida ilícitamente, en la que revelaba dónde se encontraban los restos de la víctima asesinada, al entenderse que tales restos se hubieran inevitablemente descubrier-

to por los numerosos voluntarios que estaban rastreando la zona en donde se encontraron. Otra limitación al reconocimiento de efectos reflejos de la prueba ilícita deriva de la doctrina conocida como *good faith exception*, mediante la cual se legitima y da validez a las pruebas obtenidas ilícitamente cuando los funcionarios policiales actuaron de buena fe, es decir, en la creencia objetivamente razonable de que su actuación se ajustaba a la ley. Esta excepción se aplicó, entre otros, en el caso *Massachusetts vs. Sheppard*, 1984, en donde si bien la autorización judicial concedida para aprehender determinados efectos era nula, al no especificar los objetos que debían ser buscados, se dio validez al registro domiciliario por considerar que los policías actuaron de buena fe, en la creencia de estar legitimados por un mandamiento judicial; y en *United States vs. Leon*, de 1984, en un supuesto de mandamiento judicial de registro domiciliario nulo por carecer de una razón suficiente que lo motivara (*probable cause*). En ambos casos se concedió eficacia probatoria al registro domiciliario por considerar que los funcionarios policiales actuaron de buena fe, en la creencia de estar legitimados por un mandamiento judicial. El examen de la jurisprudencia norteamericana nos revela que la *fruit of the poisonous tree doctrine* ha venido sufriendo una paulatina aplicación restrictiva, esencialmente por razones de política criminal y defensa social. La historia de esta doctrina es la historia de una constante reducción y limitación de su ámbito de aplicación.

- ⁷⁸ La regulación del llamado principio de conservación de los actos administrativos en la Ley Orgánica del Poder Judicial constituye, en opinión de PARADA VÁZQUEZ (*Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 272), «una prueba más de la condición cuasi judicial de los actos administrativos».
- ⁷⁹ En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español en la STC 81/1998, de 2 de abril (fj. 2 y 3), así como en otras sentencias posteriores, como las SSTC 238/1999 y 239/1999. A una conclusión similar llegó el Juzgado de lo Penal de Palma de Mallorca, en la Sentencia de 21 de diciembre de 1992 (*Recopilación de Jurisprudencia del CEF*, Tomo III, núm. 810); este juzgado consideró que las graves irregularidades cometidas por la Inspección de los Tributos en el procedimiento administrativo en el que se obtuvieron las principales pruebas incriminatorias aportadas al juicio oral impedirían que fueran tomadas en cuenta por el juez, con arreglo al artículo II de la LOPJ.
- ⁸⁰ SSTC 85/1994, fj. 5, 86/1996, fj. 3; 181/1995, fj. 4; 49/1996, fj. 5; y 81/1998, fj. 3 y 4. SSTS de 9 de octubre de 1992, de 20 de mayo de 1994, y de 5 de junio de 1995.
- ⁸¹ En torno al significado y alcance del citado artículo 11.1 LOPJ, así como de su proyección sobre la doctrina de los frutos del árbol envenenado, consúltese ASENSIO MELLADO, J.M.: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Edit. Trivium, Madrid, 1989, pp. 88-89; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, edit. Akal, Madrid, 1989, pp. 147-148; CLIMENT DURÁN, C.: «Sobre la prueba prohibida: invalidez de la prueba lícitamente realizada a partir de una anterior prueba ilícitamente obtenida», en *Revista General de Derecho*, n.º 559, abril 1991, p. 2.552; DÍAZ CABIALE, J.A.: «La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal», *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, n.º 20, pp. 121-122; GÓNZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *Proporcionalidad y derechos fundamentales*, Edit. Colex, Madrid, 1990, p. 334, nota, 59; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T.: «Las intervenciones telefónicas en el proceso penal», *Rev. Colex*, n.º 2, 1992, p. 98; también, del mismo autor «Nulidad de las fuentes de prueba...», cit., p. 36; TOMÉ GARCÍA, J.A.: *Derecho Procesal Penal*, edit. Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 468-469; GIMENO SENDRA, V.: «Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo», *La Ley*, n.º 4.024, 1996, p. 15; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: «Las reglas del juego...», cit., p. 170; HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*, EDESA, Madrid, 1996, p. 170. En esta misma línea, la STS 29 marzo 1990 (R.Ar. 2647) declaraba, en su f.j. 7.º que «la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental es radicalmente nula no sólo en sí misma... sino también en sus efectos sobre otras pruebas distintas en cuanto pudiera servir para que éstas pudieran ser valoradas en un determinado sentido... (así lo exige la llamada doctrina de los frutos del árbol envenenado y así debe entenderse la expresión "directa o indirectamente" que utiliza el antes citado artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)...».
- ⁸² MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 108 ss.
- ⁸³ El Tribunal Supremo afirma lo siguiente: «La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior ("directa o indirectamente"), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar, y están (art. 11.1 de la LOPJ), jurídicamente contaminados. El efecto expansivo prevenido en el artículo 11.1 de la LOPJ únicamente faculta

para valorar pruebas independientes, es decir, que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir "prueba diferente" (pero derivada), con "prueba independiente" (sin conexión causal)...

- ⁸⁴ MARTÍN QUERALT: «Los registros de almacenes, locales comerciales y fábricas en el proceso tributario-penal», *Tribuna Fiscal*, n.º 89, marzo 1998, pp. 3 ss.
- ⁸⁵ MARTÍN QUERALT: *op. cit.*, pp. 5 y 6.
- ⁸⁶ Publicada en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*. 1997, Tomo 1, Ar. 617.