



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
PEDRO CRUZ VILLALÓN  
presentadas el 12 de junio de 2012<sup>1</sup>

## Asunto C-617/10

**Åklagare**  
**contra**  
**Hans Åkerberg Fransson**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Haparanda tingsrätt (Suecia)]

«Ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Artículo 51 de la Carta — Aplicación del Derecho de la Unión por los Estados miembros — Régimen sancionador nacional aplicable a los incumplimientos de la normativa del IVA — Artículo 50 de la Carta — Ne bis in idem como principio general del Derecho de la Unión — Acumulación de sanción administrativa y penal — Definición de los “mismos hechos” — Interpretación de la Carta a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos — Artículo 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos — Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos — Determinación de los derechos fundamentales de la Unión a partir de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros»

## Índice

I. Introducción .....	3
II. Marco jurídico .....	4
A. Marco jurídico de la Unión .....	4
B. Convenio Europeo de Derechos Humanos .....	4
C. Marco jurídico nacional .....	4
III. Hechos y procedimiento ante la jurisdicción nacional .....	5
IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia .....	6
V. Competencia del Tribunal de Justicia .....	7
A. Planteamiento general .....	8

<sup>1</sup> — Lengua original: español.

1. Una «situación» abstracta: «aplicación» del Derecho de la Unión por parte de los Estados miembros .....	8
2. Una propuesta de comprensión: una relación de regla y excepción .....	10
3. Un fundamento: un interés específico de la Unión .....	10
4. Un modo de argumentar: el lugar de las categorías y el lugar del casuismo .....	11
B. La respuesta, en el caso, al problema de la competencia .....	11
1. El derecho fundamental en cuestión .....	12
2. Un ámbito singular de ejercicio de la potestad pública: la potestad sancionadora .....	12
3. El alcance del desplazamiento de la garantía del ne bis in idem de los Estados a la Unión ....	12
4. Conclusión: un supuesto no regido por la situación «aplicación del Derecho de la Unión» ....	13
VI. Las cuestiones prejudiciales .....	14
A. La segunda, tercera, cuarta y quinta cuestiones prejudiciales .....	15
1. Reformulación y admisibilidad .....	15
2. Análisis de la segunda, tercera y cuarta cuestiones prejudiciales .....	15
a) El artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH y la jurisprudencia del TEDH al respecto .....	16
i) Firma y ratificación del artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH .....	16
ii) La jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH.....	17
b) El principio ne bis in idem en el Derecho de la Unión: el artículo 50 de la Carta y su interpretación a la luz del artículo 4 del Protocolo 7 CEDH .....	18
i) Una interpretación parcialmente autónoma del artículo 50 de la Carta: límites de una interpretación a la exclusiva luz del CEDH .....	18
ii) El artículo 50 de la Carta y la doble sanción administrativa y penal.....	20
c) El artículo 50 de la Carta aplicado al caso de autos .....	21
B. La primera cuestión prejudicial.....	22
1. La «base clara» como criterio de aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos por el órgano jurisdiccional nacional .....	22
2. La «base clara» como criterio de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea por el órgano jurisdiccional nacional .....	23
VII. Conclusión .....	25

## I. Introducción

1. La presente cuestión prejudicial, tras la aparente simplicidad del caso, la represión del incumplimiento de obligaciones tributarias por parte de un pescador que opera en el golfo de Botnia, nos confronta con dos problemas particularmente delicados, así como a una situación de relativa perplejidad.
2. El primero de estos problemas concierne a su admisibilidad, pues, dado el carácter de situación indubitadamente interna del caso, la estimación de la competencia del Tribunal de Justicia para resolver una cuestión de derechos fundamentales requiere la apreciación del asunto como supuesto de aplicación del Derecho de la Unión por parte del Estado miembro, en el sentido hoy día del apartado 1 del artículo 51 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, «la Carta»).
3. El otro, ya de fondo, concierne a la operatividad del principio *ne bis in idem* en el supuesto de acumulación de la potestad sancionadora administrativa y del *ius puniendi* del Estado miembro en la represión de una misma conducta, lo que en definitiva nos reconduce hoy al artículo 50 de la Carta.
4. La situación de perplejidad deriva de la primera de las preguntas que nos dirige el órgano de reenvío, donde el problema, en sí mismo considerado, aparece como comparativamente más simple que los anteriores. La pregunta concierne al alcance del principio de primacía del derecho de la Unión en su confrontación con una exigencia del órgano nacional de última instancia, cual es la existencia de una base o indicio «claro» para desplazar al derecho nacional. La perplejidad deriva de una situación en la que, por una parte, la «base clara» exigida parece hoy consolidada en la jurisprudencia más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «TEDH»), y, por otra, esta evolución no simplifica, sino que más bien complica, la respuesta al alcance del *ne bis in idem* en el Derecho de la Unión.
5. En lo que al problema de admisibilidad se refiere, propondré que el Tribunal de Justicia aprecie su falta de competencia, por cuanto el Estado miembro no estaría aplicando el Derecho de la Unión en el sentido del apartado 1 del artículo 51 de la Carta. Entiendo, como trataré de exponer, que un atento examen de las circunstancias del caso aconseja alcanzar esta conclusión. Es muy posible, sin embargo, que, a estos efectos, el Tribunal de Justicia deba hacer suyos algunos planteamientos que propongo acerca de esta *vexata quaestio*. Debo admitir que estos planteamientos no se sitúan en la estela de la jurisprudencia dictada hasta la fecha.
6. Subsidiariamente, para el caso de que el Tribunal de Justicia se considere competente para dar una respuesta de fondo, propondré al Tribunal de Justicia un diseño autónomo del principio *ne bis in idem* en el Derecho de la Unión. Como trataré de exponer, la regla contenida en el apartado 3 del artículo 52 de la Carta, la proclamación de que el sentido y alcance de los derechos contenidos en la Carta sean «iguales» a los correspondientes del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «CEDH»), plantea, en el caso del principio que nos ocupa, dificultades singulares.
7. Por fin, por lo que hace a la exigencia de contar con una «base clara» en el CEDH y en el Derecho de la Unión, propondré una interpretación de la misma compatible con el principio de primacía.

## II. Marco jurídico

### A. Marco jurídico de la Unión

8. El principio *ne bis in idem* se encuentra hoy día recogido en el artículo 50 de la Carta, cuyo enunciado dice así:

«Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley.»

9. La Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido,<sup>2</sup> en su artículo 273, declara:

«Los Estados miembros podrán establecer otras obligaciones que estimen necesarias para garantizar la correcta recaudación del IVA y prevenir el fraude, siempre que respete el principio de igualdad de trato de las operaciones interiores y de las operaciones efectuadas entre Estados miembros por sujetos pasivos, a condición [de] que dichas obligaciones no den lugar, en los intercambios entre los Estados miembros, a formalidades relacionadas con el paso de una frontera.

[...]»

### B. Convenio Europeo de Derechos Humanos

10. El artículo 4 del Protocolo 7 al CEDH, bajo la rúbrica «Derecho a no ser juzgado o castigado dos veces», establece lo siguiente:

- «1. Nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado por una infracción por la que hubiera sido ya absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado.
2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la Ley y al procedimiento penal del Estado interesado, conforme a la Ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o revelaciones nuevas o cuando un vicio esencial en ese procedimiento pudieran afectar a la sentencia dictada.
3. No se autorizará excepción alguna del presente artículo a título del artículo 15 del Convenio.»

### C. Marco jurídico nacional

11. Los artículos 1 y 4 del capítulo 5 de la *Taxeringslagen* (Ley sobre liquidaciones tributarias, 1990:324) establecen las disposiciones básicas relativas al régimen de recargos fiscales en Suecia:

#### «Artículo 1

Si durante el procedimiento el sujeto pasivo ha presentado información falsa, de forma no verbal, a efectos de la liquidación tributaria, se impondrá un recargo especial (recargo fiscal). Lo mismo sucederá cuando el sujeto pasivo haya presentado dicha información en un procedimiento judicial en materia de tributación y la información no haya sido aceptada después de un examen sustantivo.

<sup>2</sup> — Directiva del Consejo de 28 de noviembre de 2006 (DO L 347, p. 1).

La información se considerará falsa cuando resulte evidente que la información facilitada por el sujeto pasivo es inexacta o que el sujeto pasivo ha omitido información a efectos de la liquidación tributaria que estaba obligado a presentar. Sin embargo, la información no podrá ser considerada falsa cuando constituya, junto con otra información facilitada, una base suficiente para una decisión correcta. Asimismo, la información no podrá ser considerada falsa cuando sea tan irrazonable que manifiestamente no pueda constituir la base de una decisión.

[...]

#### *Artículo 4*

Cuando se haya presentado información falsa, el recargo fiscal será el 40 % del impuesto previsto en los apartados 1 a 5 del primer apartado del artículo 1 del capítulo 1 que, de haberse aceptado la información falsa, no habría sido exigido al sujeto pasivo o su cónyuge. En el caso del impuesto sobre el valor añadido, el recargo fiscal será el 20 % del impuesto que se habría abonado erróneamente al sujeto pasivo.

El recargo fiscal será calculado al 10 % o, con respecto al impuesto sobre el valor añadido, al 5 %, cuando la información falsa haya sido corregida o podría haber sido corregida con la ayuda de documentos confirmatorios a los que pueda acceder habitualmente el Skatteverket y a los que haya podido acceder el Skatteverket antes del final del mes de noviembre del ejercicio.

[...]»

12. Los artículos 2 y 4 de la Skattebrottslagen (Ley de infracciones fiscales, 1971:69) contienen las disposiciones de carácter penal aplicables al fraude fiscal en los términos siguientes:

#### *«Artículo 2*

Quien, deliberadamente, presente información falsa a las autoridades, de forma no verbal, o no presente a las autoridades declaraciones, cuentas de resultados u otra información preceptiva, creando de este modo el riesgo de que el impuesto no sea ingresado a favor de la comunidad o sea incorrectamente abonado o reembolsado a dicha persona o a un tercero, será condenado a un máximo de prisión de dos años por infracciones fiscales.

[...]

#### *Artículo 4*

Si una infracción en el sentido del artículo 2 debe considerarse grave, la sanción por infracciones fiscales graves será de un mínimo de seis meses y un máximo de seis años.

Para determinar si una infracción es grave, deberá tenerse en cuenta si se refiere a importes muy elevados, si el infractor ha utilizado documentos falsos o contabilidad que induzca a error, y si la conducta formaba parte de un delito cometido sistemáticamente o a gran escala, o era especialmente peligroso por otros motivos.»

### **III. Hechos y procedimiento ante la jurisdicción nacional**

13. El Sr. Fransson es un trabajador por cuenta propia dedicado principalmente a la pesca y venta de pescado blanco (*Coregonus albula*). Su actividad de pesca se realiza en las aguas del río Kalix, aunque sus capturas son puestas en venta tanto en territorio sueco como finlandés.

14. La Administración fiscal sueca acusa al Sr. Fransson de haber incumplido sus obligaciones de información tributaria durante los ejercicios de 2004 y 2005, con la consiguiente pérdida de ingresos fiscales procedentes de varios impuestos. Por lo que respecta a las liquidaciones del IVA correspondientes a los referidos ejercicios, las autoridades suecas calculan que la información suministrada por el Sr. Fransson le supuso al fisco una pérdida de ingresos de un total de 60.000 coronas suecas (SEK) durante el ejercicio de 2004, y de 87.550 SEK durante el ejercicio de 2005.

15. El 24 de mayo de 2007, y en aplicación de la normativa sancionadora fiscal sueca, el Skatteverket impuso al Sr. Fransson una multa, en concepto de recargo, por la comisión de las infracciones fiscales del ejercicio fiscal de 2004, de la cual 4.872 SEK corresponden a la infracción relativa al IVA. En lo que concierne al ejercicio fiscal de 2005, el Skatteverket acordó otra multa, de la cual 3.255 SEK corresponden a la infracción relativa al IVA. Ni la sanción correspondiente al ejercicio de 2004 ni la de 2005 fueron objeto de un recurso, deviniendo firmes el 31 de diciembre de 2010 y el 31 de diciembre de 2011, respectivamente.

16. El 9 de junio de 2009, previa petición del Ministerio Público, el Haparanda tingsrätt incoó un procedimiento penal contra el Sr. Fransson. El Ministerio Público acusa al Sr. Fransson de la comisión de un delito de fraude fiscal, durante los ejercicios fiscales correspondientes a 2004 y 2005. En opinión del Ministerio Público, el incumplimiento de las obligaciones de información tributaria, incluidas las atinentes al IVA, supusieron una pérdida considerable de ingresos al fisco que justificaba la iniciación del proceso penal. Con arreglo a los artículos 2 y 4 de la Skattebrottslagen, el delito que se le imputa al Sr. Fransson está castigado con una pena privativa de libertad de hasta seis años.

17. Según relata el órgano remitente, los hechos que sustentan la acusación del Ministerio Público son los mismos sobre los que se fundamentó la sanción administrativa impuesta por el Skatteverket el 24 de mayo de 2007.

18. El 23 de diciembre de 2010 el Haparanda tingsrätt suspendió el procedimiento penal abierto contra el Sr. Fransson al apreciar la existencia de un vínculo con el Derecho de la Unión y, en concreto, con el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que proclama el derecho fundamental al *ne bis in idem*.

#### **IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia**

19. El 27 de diciembre de 2010 hizo entrada en el Registro del Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial del Haparanda tingsrätt, cuyas preguntas se formulan en los siguientes términos:

- «1) Con arreglo al Derecho sueco debe existir una base clara en el Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) o en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para que un órgano jurisdiccional nacional pueda inaplicar disposiciones nacionales que presuntamente vulneren el principio *ne bis in idem* establecido en el artículo 4 del Protocolo Adicional nº 7 CEDH y, en consecuencia, que presuntamente vulneren el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 (en lo sucesivo, “Carta”). ¿Es este requisito establecido en el Derecho nacional para inaplicar las disposiciones nacionales compatible con el Derecho de la Unión y, en particular, con sus principios generales, entre ellos el de primacía y el de efecto directo?»

- 2) ¿Está comprendida la admisibilidad de una imputación de infracciones fiscales en el ámbito de aplicación del principio *ne bis in idem* establecido en el artículo 4 del Protocolo Adicional nº 7 CEDH y en el artículo 50 de la Carta cuando una determinada sanción económica (recargo fiscal) haya sido previamente impuesta al demandado en un procedimiento administrativo como consecuencia del mismo acto de presentar información falsa?
- 3) ¿Influye en la respuesta a la segunda cuestión prejudicial el hecho de que debe existir una coordinación entre estas sanciones de modo que los órganos jurisdiccionales ordinarios puedan reducir la sanción en el procedimiento penal porque se haya impuesto ya un recargo fiscal al demandado como consecuencia del mismo acto de presentar información falsa?
- 4) En determinadas circunstancias puede estar permitido, en el marco del principio *ne bis in idem* mencionado en la segunda cuestión prejudicial, establecer sanciones adicionales en un nuevo procedimiento por la misma conducta que ha sido examinada y que ha dado lugar a la decisión de imponer sanciones al particular. En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión prejudicial, ¿se cumplen los requisitos establecidos con arreglo al principio *ne bis in idem* para la imposición de varias sanciones en distintos procedimientos cuando en el último procedimiento se produce un examen de las circunstancias del asunto que es nuevo e independiente del procedimiento anterior?
- 5) El sistema sueco de imponer recargos fiscales y examinar la responsabilidad derivada de infracciones fiscales en procedimientos distintos se basa en una serie de razones de interés general, que se describen con mayor detalle más adelante. En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión prejudicial, ¿es un sistema como el sueco compatible con el principio *ne bis in idem* cuando sería posible establecer un sistema que no estaría comprendido en el ámbito de aplicación de dicho principio sin que fuera necesario abstenerse de imponer recargos fiscales o de pronunciarse sobre la responsabilidad derivada de infracciones fiscales transfiriendo, cuando se plantee dicha responsabilidad, la decisión sobre la imposición de recargos fiscales desde el Skatteverket y, en su caso, desde los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos a los órganos jurisdiccionales ordinarios en el marco de su examen de la imputación de infracciones fiscales?»

20. Han presentado observaciones escritas el Reino de Suecia, el Reino de los Países Bajos, el Reino de Dinamarca, la República Checa, la República de Austria y la República de Irlanda, así como la Comisión.

21. La vista ante el Tribunal de Justicia tuvo lugar el 24 de enero de 2012, habiendo presentado observaciones orales los representantes del Sr. Fransson, los agentes de la República Checa, del Reino de Dinamarca, de la República Federal de Alemania, de la República de Irlanda, de la República Helénica, de la República Francesa, del Reino de los Países Bajos y de la Comisión.

## V. Competencia del Tribunal de Justicia

22. Tanto los Estados que han formulado alegaciones escritas (con la excepción de Austria), como quien ha formulado alegaciones sólo orales (Alemania y Francia), como la Comisión, han considerado, al igual que el Ministerio Fiscal en el asunto *a quo*, que la respuesta al problema que suscita la garantía del principio *ne bis in idem* no debe buscarse en el Derecho de la Unión, ni puede solicitarse tal respuesta del Tribunal de Justicia. Dicho más concretamente, el artículo 50 de la Carta no es el que debe regir la cuestión debatida. De ahí que el debate sobre el problema de fondo, es decir, el relativo al contenido y alcance de dicho principio en el Derecho de la Unión haya sido frecuentemente soslayado, con el consiguiente empobrecimiento de aquél.

23. La cuestión debatida con carácter prioritario ha sido sin duda la de la competencia del Tribunal de Justicia, en los referidos términos. De este modo, el Tribunal se ve de nuevo confrontado con una problemática en la que la demanda de criterios claros para determinar el alcance de la expresión «aplicación del Derecho de la Unión por los Estados miembros» sólo encuentra paralelo en la dificultad de satisfacerla.<sup>3</sup>

24. En lo que sigue sólo pretendo someter a la consideración del Tribunal algunos planteamientos adicionales a los varios y plurales ofrecidos, en particular, por los Abogados Generales en los últimos tiempos.<sup>4</sup> Entiendo que el presente asunto ofrece la oportunidad de incorporar argumentos capaces de contribuir a una tarea de construcción jurisprudencial que no va a quedar concluida de la noche a la mañana.

#### A. Planteamiento general

1. Una «situación» abstracta: «aplicación» del Derecho de la Unión por parte de los Estados miembros

25. Como decía, el argumento de base en el que todos estos comparecientes en el proceso vienen a coincidir es que no se da la circunstancia o el requisito hoy día enunciado taxativamente en el apartado 1 del artículo 51 de la Carta, que declara sometidos a los Estados miembros a los contenidos de ésta «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión». La conexión de este enunciado con el hasta entonces exclusivo fundamento jurisprudencial de esta misma regla aparece visible en la correspondiente explicación de la Carta.<sup>5</sup> Las explicaciones, en todo lo que valgan, apuntan pues a una continuidad, más que a una confrontación, en la relación entre dicha jurisprudencia y su plasmación en la Carta. En mi opinión, y con alguna matización, correctamente.

26. Con independencia de ello, desde la original proclamación de la Carta en Niza han abundado los planteamientos que han apuntado a una tensión entre esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ya sea en el estado de la misma a la altura de 2000 que a la de 2007,<sup>6</sup> y el referido enunciado. «Aplicación» (como la categoría de la Carta) y «ámbito de aplicación» (como categoría jurisprudencial) han sido presentados como los términos que resumirían la referida tensión.<sup>7</sup>

3 — Véase, por todos, Groussot, X., Pech, L., y Petursson, G.T., «The Scope of Application of EU Fundamental Rights on Member States' Action: In Search of Certainty in EU Adjudication», *Eric Stein Working Paper* 1/2011.

4 — Véanse, por ejemplo, las conclusiones del Abogado General Bot en el asunto Scattolon (sentencia de 6 de septiembre de 2011, C-108/10, Rec. p. I-7491); las conclusiones de la Abogado General Sharpston en el asunto Ruiz Zambrano (sentencia de 8 de marzo de 2011, C-34/09, Rec. p. I-1177); las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro en el asunto Centro Europa 7 (sentencia de 31 de enero de 2008, C-380/05, Rec. p. I-349); o las del Abogado General Jacobs en el asunto Schmidberger (sentencia de 12 de junio de 2003, C-112/00, Rec. p. I-5659).

5 — Véanse las explicaciones al artículo 51 del Presidium de la Convención que elaboró la Carta, en su versión revisada, a las que se remite el apartado 1, párrafo 3, del artículo 6 TUE.

6 — Véanse, por un lado, las sentencias de 13 de julio de 1989, Wachauf (5/88, Rec. p. 2609); de 24 de marzo de 1994, Bostock (C-2/92, Rec. p. I-955), y Schmidberger, antes citada; por otro, las sentencias de 18 de junio de 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925), y de 26 de junio de 1997, Familiapress (C-368/95, Rec. p. I-3689); y contrastense con las sentencias de 13 de junio de 1996, Maurin (C-144/95, Rec. p. I-2909); de 29 de mayo de 1997, Kremzow (C-299/95, Rec. p. I-2629), y de 18 de diciembre de 1997, Annibaldi (C-309/96, Rec. p. I-7493).

7 — Véase, entre muchos otros, Nusser, J., *Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte*, Ed. Mohr Siebeck, Tübinga, 2011, pp. 54 y ss.; Kokott, J., y Sobotta, C., «The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon», *EU Working Papers*, Academy of European Law, n° 2010/06; Alonso García, R., «The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», n° 8 *European Law Journal*, 2002; Groussot, X., Pech, L., Petursson, G.T., «The Scope of Application...», trabajo antes citado; Eeckhout, P., «The EU Charter of Fundamental Rights and the federal question», 39 *Common Market Law Review*, 2002; Jacqué, J.P., «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: aspects juridiques généraux», REDP, vol. 14, n° 1, 2002; Egger, A., «EU-Fundamental Rights in the National Legal Order: The Obligations of Member States Revisited», *Yearbook of European Law*, vol. 25, 2006; Rosas, A., y Kaila, H., «L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par la Cour de justice – un premier bilan», *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2011, y Weiler, J., y Lockhart, N., «“Taking rights seriously” seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence – Part I» n° 32, *Common Market Law Review*, 1995.

27. Llegados a este punto, creo que sería positivo ver a las distintas formulaciones utilizadas como expresiones no cualitativamente distintas. Es claro que pueden reconocerse matices entre unas y otras. Pero los contornos son siempre imprecisos. En particular, las dos formulaciones señaladas apuntan, tal como lo entiendo, a una situación en la que, existiendo siempre un margen de apreciación por parte de los Estados, de tal modo que la eventual vulneración del derecho no podría fundadamente ser imputada a la Unión, la *presencia* del Derecho de la Unión en la situación dada posee una intensidad suficiente como para encontrarse justificado su contraste con el Derecho de la Unión y por tanto por su Tribunal de Justicia.

28. Quiere esto decir, ante todo, que la legitimidad del control en la hipótesis de ausencia de margen de discrecionalidad (situación «Bosphorus», para entendernos)<sup>8</sup> no es, por supuesto, discutida. Son situaciones más de *reproducción* que de *aplicación*.

29. En todo caso, la situación «aplicación» plantea por sí misma un horizonte, en lo que a la distribución de responsabilidades en la garantía de los derechos fundamentales se refiere, esencialmente fluida. Una vez afirmado el principio, es decir, el de que, en determinados supuestos, las manifestaciones en mayor o menor medida *autónomas* del poder público de los Estados miembros deben ser contrastadas con los derechos fundamentales tal como rigen en la Unión y por el intérprete supremo de los mismos, el Tribunal de Justicia, la cuestión que inmediatamente se plantea es la del alcance de este principio.

30. En mi opinión, esta cuestión, la de estos supuestos en los que corresponde llevar a cabo un control «centralizado» de la actuación de los Estados miembros por lo que hace al respeto de los derechos fundamentales, ha sido respondida en términos inicialmente singularizados por el Tribunal de Justicia, lo que ha permitido identificar un corto número de «situaciones», perfectamente conocidas, repetidamente comentadas y diversamente valoradas.<sup>9</sup>

31. En todo caso, debido quizá a este origen puntual de la doctrina, nunca hubo una argumentación verdaderamente potente, en el sentido de dotada del suficiente grado de abstracción a la hora de explicarla. Las razones pueden ser varias, y no parece el momento de entrar en ellas.

32. Como tampoco hubo mayor explicación en la sentencia ERT, antes citada, que aparece como el pivote entre la identificación de una «situación» más o menos definida (derogación de libertades), y el paso al supuesto genérico que terminaría afianzándose: «ámbito», «ámbito de aplicación», «aplicación», siempre del Derecho de la Unión.

33. Una descripción abstracta del fenómeno que nos ocupa me llevaría a sostener que un rasgo común a las diversas formulaciones empleadas es la exigencia de una *presencia* del Derecho de la Unión en el origen del ejercicio de la potestad pública: presencia, debe añadirse, en cuanto Derecho, es decir, con capacidad para determinar o influir en mayor o menor medida en el contenido de dichas manifestaciones de la potestad pública en el Estado miembro. «Presencia» no llega sin embargo a ser nunca «predeterminación», en la medida en que esta última situación no debe plantear problema.<sup>10</sup>

34. En fin, ninguna de las formulaciones referidas («ámbito», «ámbito de aplicación», «aplicación») tienen por sí solas capacidad para constreñir el alcance de esta afirmación de principio. Si se quiere ver así, tienen poco que ver con la idea de *lex stricta*, en el supuesto de que tal requisito les resultara aplicable. Por el contrario, tienen todas las ventajas e inconvenientes de toda formulación

8 — Sentencia del TEDH, de 30 de junio de 2005, Bosphorus c. Irlanda (asunto 45036/98).

9 — Véanse, entre otras muchas, las «situaciones» de los asuntos paradigmáticos Wachauf y ERT, antes citados, así como los numerosos ejemplos expuestos por Kaila, H., «The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the Member States», en Cardonnel, P., Rosas, A., y Wahl, N., *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Hart Publishers, Oxford-Portland, 2012.

10 — Véase Nusser, J., *Die Bindung der Mitgliedstaaten...*, op. cit.

esencialmente abierta. La misma discutida partícula «únicamente» del apartado 1 del artículo 51 de la Carta tampoco lleva muy lejos: Acaso incorpore una cierta prevención frente a una comprensión expansiva hacia el futuro, acaso exprese una convicción optimista acerca de la capacidad semántica del verbo «aplicar».

## 2. Una propuesta de comprensión: una relación de regla y excepción

35. En mi criterio, en una comprensión correcta de la estructura constitucional básica del complejo integrado por la Unión y los Estados, lo que se ha calificado como el «Verfassungsverbund» europeo,<sup>11</sup> como regla, el control de los actos de los poderes públicos de los Estados miembros con margen de apreciación corresponde a los propios Estados en el contexto de su ordenamiento constitucional y de las obligaciones internacionales contraídas.

36. Esta regla, sin embargo, va acompañada de una excepción que ha adquirido innegable alcance, la de los supuestos en los que los poderes públicos nacionales estén haciendo aplicación del Derecho europeo, tal como hoy se encuentra formulada en la Carta. La percepción de la relación dialéctica entre ambos escenarios en términos de regla y excepción sigue estando en mi criterio, a día de hoy, justificada.

37. La consecuencia es que la asunción por parte de la Unión de la garantía de los derechos fundamentales en el ejercicio de la potestad pública de los Estados en estos supuestos debe examinarse en términos de *desplazamiento*, en el sentido de traslación de la responsabilidad original de los Estados a la responsabilidad de la Unión, en lo que a dicha garantía se refiere.

38. Ciertamente, el Derecho de la Unión es, en su contenido, una realidad variable a través del tiempo, y esa variación determinará inexorable y legítimamente el alcance de la excepción. Pero el principio, en cuanto tal y mientras el término «Verfassungsverbund» tenga sentido para describir constitucionalmente a la Unión, configura estructuralmente una excepción a una regla. Una comprensión de esta excepción que encierre la potencialidad de convertirla en regla, entiendo que no responde a la idea básica que acabo de exponer.

39. Siendo así, considero que la idea básica, pero indeterminada, de que los Estados miembros están sometidos a la Carta «cuando apliquen el Derecho de la Unión» requiere en estos momentos un esfuerzo complementario de racionalización por parte de la jurisdicción de la Unión. Este esfuerzo viene siendo reclamado desde antiguo, sin que falten sugerencias por parte de la doctrina científica.<sup>12</sup>

## 3. Un fundamento: un interés específico de la Unión

40. En mi criterio, la competencia de la Unión para asumir la garantía de los derechos fundamentales respecto de las manifestaciones de poder de los Estados miembros cuando aplican su Derecho debe explicarse a partir de un interés específico de la Unión en que ese ejercicio de poder se acomode a la comprensión de los derechos fundamentales por parte de la Unión. La sola circunstancia de que ese ejercicio tenga un origen último en el Derecho de la Unión no es por sí misma suficiente para entender que concurre una situación de «aplicación».

11 — Pernice, I., «Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung», en Bieber, R., y Widmer, P. (eds.), *L'espace constitutionnel européen. Der europäische Verfassungsraum. The European constitutional area*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zúrich, 1995, pp. 261 y ss.; y más recientemente, del mismo autor, *Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund*, Ed. de Gruyter, Berlín, 2006, pp. 17 y ss.

12 — Por todos, véase, Nusser, J., *Die Bindung der Mitgliedstaaten...*, op. cit.

41. Creo que, en último término, es legítimo que, en ocasiones difícilmente precisables de antemano, cuente el interés de la Unión en dejar su impronta, su concepción del derecho fundamental, con prioridad respecto de la de cada uno de los Estados miembros, como vengo indicando. Este interés de la Unión encuentra su principal fundamento en la presencia o incluso el protagonismo del Derecho de la Unión en el Derecho nacional en cada caso configurado. En definitiva, se trata de supuestos en los que la legitimidad de la *res publica* europea puede estar en juego, y esta consideración debe encontrar adecuada respuesta.

4. Un modo de argumentar: el lugar de las categorías y el lugar del casuismo

42. Esencialmente corresponde al Tribunal de Justicia una tarea prioritaria de motivación, y en particular de propuesta de pautas que redunden en beneficio de la legitimidad de toda actividad jurisdiccional.

43. Dicho de otra manera, la categoría «aplicación del Derecho de la Unión» como fundamento de la atracción del control *iusfundamental* de la actividad de los poderes públicos nacionales está en mi opinión necesitada de una jurisprudencia que complemente y en definitiva ordene un enunciado de carácter proteico como el que nos ocupa.

44. Más en concreto, si la sola invocación o declaración escueta de una determinada situación jurídica como de «aplicación del Derecho de la Unión» no parece satisfactoria, ello es, en mi opinión, porque detrás de la misma se acusa la falta de un elemento o factor que *cualifique* una situación así identificada. En definitiva, la consideración anterior equivale a un llamamiento a una motivación expresa, en todo caso mayor de la que hasta ahora se ha llevado a cabo, de los supuestos en los que el desplazamiento de la función y la responsabilidad en la garantía de los derechos fundamentales desde los Estados hacia la Unión deban producirse.

45. Al mismo tiempo, y aunque parezca paradójico, creo que procede un refuerzo paralelo del examen de las características del caso, del casuismo, en definitiva, correctamente entendido. En concreto, la determinación de si un supuesto dado debe ser comprendido como de aplicación del Derecho de la Unión debe ser con frecuencia el resultado de la ponderación de una serie de factores que configuren el caso. En este sentido, cuanto más escasa sea la tipificación jurisprudencial de los supuestos de desplazamiento de la responsabilidad, mayor atención judicial corresponderá prestar a las circunstancias del caso.

46. Entiendo, en resumen, que una cláusula característicamente abierta como es la que hoy se recoge en el apartado 1 del artículo 51 de la Carta necesita de una determinación básica de su sentido. Ello debe tener lugar, en primer lugar, mediante la determinación de las diversas situaciones en las que el desplazamiento de la garantía de los derechos fundamentales desde los Estados hacia la Unión puede encontrarse, en línea de principio, justificado. En segundo lugar, considero que una ponderación de las circunstancias concretas de cada caso debe permitir un juicio final y definitivo respecto de la adscripción de la responsabilidad de la garantía ya sea a la Unión, ya sea a los Estados.

B. *La respuesta, en el caso, al problema de la competencia*

47. En un intento de proyección de las anteriores propuestas al caso debatido, creo que corresponde comenzar prestando atención al derecho fundamental de la Unión concernido y a la actuación de los poderes públicos estatales que correspondería contrastar con aquél, antes de pasar al grado de conexión entre los mismos.

## 1. El derecho fundamental en cuestión

48. En este punto propondría trasladar la atención a una consideración de orden sistemático, pero con capacidad para orientar el razonamiento. Hay que tener en cuenta que, hoy día, la sede del principio *ne bis in idem* ha pasado a ser la Carta, concretamente su artículo 50. La codificación de los derechos fundamentales de la Unión, por más que coexistente con los otros componentes del artículo 6 TUE, tiene consecuencias singulares. En particular, la Carta hace visibles «conexiones de sentido» (*Sinnzusammenhänge*) que, en un sistema de derechos predominantemente jurisdiccional se mantienen en cierta penumbra.

49. El sistema de la Carta, más en concreto aún, complica considerablemente el establecimiento de diferencias de trato entre la garantía reconocida en el artículo 50 y el resto de las numerosas garantías sustantivas y formales establecidas a lo largo de los artículos que integran el título VI de la Carta, es decir, los artículos 47 a 50, enunciados bajo los epígrafes «derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial» (artículo 47), «presunción de inocencia y derechos de la defensa» (artículo 48), «principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas» (artículo 49).

## 2. Un ámbito singular de ejercicio de la potestad pública: la potestad sancionadora

50. Como punto de partida conviene apreciar que el ámbito, tan frecuentemente reconocido como tal, del ejercicio de la potestad sancionadora de los Estados miembros con *causa eficiente* en el Derecho de la Unión, posee títulos no fácilmente discutibles en lo que al interés de la Unión se refiere.

51. Nos encontramos en un contexto de «potestad sancionadora» de los Estados con origen último en el Derecho de la Unión, un supuesto en el que la jurisprudencia ofrece ya no pocas pautas, como se volvió a poner de manifiesto en el transcurso de la vista. Así, el Tribunal de Justicia tiene reiteradamente declarado que el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de los Estados debe llevarse a cabo con respeto a los principios generales del Derecho de la Unión, el alcance de los cuales corresponde lógicamente interpretar al Tribunal de Justicia.<sup>13</sup> Y es difícil no entender que hoy día estos principios generales comprenden a los derechos fundamentales tal como hoy se encuentran recogidos en la Carta.

## 3. El alcance del desplazamiento de la garantía del *ne bis in idem* de los Estados a la Unión

52. En estos términos, la cuestión es: ¿debe entenderse este llamamiento al respeto de dichos principios en el ejercicio de la potestad sancionadora como la proclamación del desplazamiento general hacia la jurisdicción de la Unión de todas las garantías, al principio mencionadas, que junto con el principio *ne bis in idem* configuran el título VI de la Carta?

53. En mi criterio, la actividad sancionadora de los Estados con origen en el Derecho de la Unión configura un principio de legitimación del desplazamiento de la responsabilidad en la garantía de los derechos. Si la sanción de conductas individuales contrarias al Derecho de la Unión ha quedado con tanta frecuencia en manos de los Estados miembros, no por ello puede afirmarse toda ausencia de interés de la propia Unión en que el ejercicio de esa potestad sancionadora tenga lugar en el respeto de los principios básicos que rigen a una comunidad de Derecho como es la Unión.

13 — Véanse, entre muchas otras, las sentencias de 7 de julio de 1976, Watson y Belmann (118/75, Rec. p. 1185); de 14 de julio de 1977, Sagulo y otros (8/77, Rec. p. 1495); de 10 de julio de 1990, Hansen (C-326/88, Rec. p. I-2911); de 2 de octubre de 1991, Vandevenne y otros (C-7/90, Rec. p. I-4371); de 21 de septiembre de 1989, Comisión/Grecia (68/88, Rec. p. 2965); sentencias de 27 de febrero de 1997 Ebony Maritime y Loten Navigation (C-177/95, Rec. p. I-1111); de 31 de marzo de 2011, Aurubis Bulgaria (C-546/09, Rec. p. I-2531), y de 9 de febrero de 2012, Urbán (C-210/10). Más específicamente, respecto de las sanciones nacionales en ejecución de directivas de la Unión, véanse, entre otras, las sentencias de 12 de julio de 2001, Louloudakis (C-262/99, Rec. p. I-5547); de 11 de septiembre de 2003, Safalero (C-13/01, Rec. p. I-8679); de 2 de octubre de 2003, Grilli (C-12/02, Rec. p. I-11585); de 3 de mayo de 2005, Berlusconi y otros (C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec. p. I-3565), y de 5 de julio de 2007, Ntioniok y Pikoulas (C-430/05, Rec. p. I-5835).

54. Dicho esto, el recién enunciado principio de legitimación requiere ineludiblemente ser complementado e integrado por una serie de argumentos extraídos de las circunstancias del caso. En otras palabras, entiendo que la sola apreciación de que un determinado ejercicio de la potestad sancionadora estatal encuentra en su origen último una disposición de Derecho de la Unión no es por sí sola suficiente para desplazar el control de cualesquiera garantías constitucionales aplicables al ejercicio de dicha potestad del ámbito de los Estados al ámbito de la Unión.

55. Las anteriores consideraciones me llevan a apreciar que la determinación de la competencia del Tribunal de Justicia para declarar si el *ne bis in idem* está siendo suficientemente respetado en el caso debe partir de una consideración de la materia afectada, la actividad sancionadora estatal con origen en el Derecho de la Unión, que daría una apoyatura puramente inicial y de principio a una respuesta positiva. No obstante, debe ser el análisis atento tanto del derecho fundamental invocado como de las circunstancias del caso las que deben ofrecer una respuesta definitiva.

#### 4. Conclusión: un supuesto no regido por la situación «aplicación del Derecho de la Unión»

56. Ante todo, no puede menos que inquietar la propia presentación y argumentación de la cuestión prejudicial por parte del órgano de reenvío. Las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión, tal como aparecen en el auto de planteamiento, se agotan en la cita de los artículos 6 TUE y 50 de la Carta, sin el menor intento de identificación del Derecho de la Unión de cuya «aplicación» por el Estado en definitiva se trata. Más perturbador es oír al órgano de reenvío declarar que el Derecho sueco no ha sido dictado en aplicación del Derecho de la Unión o que la respuesta puede ser en todo caso útil para otros supuestos, para los cuales sería muy positivo contar ya con una respuesta del Tribunal de Justicia.<sup>14</sup>

57. Más allá de las propias dubitaciones del órgano de reenvío, la cuestión básica a analizar en el presente asunto es la de la conexión entre el Derecho de la Unión, en este caso sin duda la Directiva IVA, y la situación creada en el Estado miembro como consecuencia de la concepción allí prevaleciente sobre el alcance del principio *ne bis in idem*. No debe, en efecto, olvidarse que es el grado de conexión entre el Derecho de la Unión en principio «aplicado» y el ejercicio de la potestad pública del Estado la premisa de la constatación de un interés de la Unión en asumir la garantía del derecho fundamental en el caso. Esta conexión es, en mi opinión, debilísima, no siendo en todo caso suficiente para fundamentar un interés claramente identificable de la Unión en asumir la garantía de este concreto derecho fundamental hacia la Unión.

58. En la Directiva 2006/112 no cabe identificar sino un mandato a la efectividad en la recaudación del IVA.<sup>15</sup> Es claro que, en nuestras sociedades, la represión de los incumplimientos de las obligaciones tributarias es una condición ineludible de la efectividad del ejercicio de la potestad tributaria. El Estado miembro deberá poner, como lógica consecuencia, al servicio de la recaudación del IVA, su régimen fiscal general, comprendido el sancionador, del mismo modo que deberá poner también al servicio de dicha recaudación su propia Administración de hacienda.

59. Las disposiciones legales que fundan, respectivamente, tanto la potestad sancionadora de la Administración como el *ius puniendi* en sentido propio se insertan nítidamente en esta lógica: se reprime en este caso, de forma general, la falsificación de los datos proporcionados a hacienda por los contribuyentes, y ello como una premisa esencial de dicho régimen sancionador. Es esta pieza del sistema fiscal sueco el que se pone al servicio de la recaudación del IVA.

14 — Véase el punto 17 del auto de planteamiento.

15 — Véase el artículo 273 de la Directiva 2006/112.

60. La cuestión, en estos términos, es si es equiparable el fenómeno de una actividad normativa estatal directamente motivada por el Derecho de la Unión, al fenómeno aquí presente de la puesta del Derecho estatal, al servicio de los objetivos marcados por el Derecho de la Unión. Quiere decirse, si son equiparables ambos supuestos desde la perspectiva del interés cualificado de la Unión en la asunción directa y centralizada de la garantía de ese derecho.

61. Creo que, en el análisis de esta delicada materia, debe ser perceptible la diferencia entre la *causa* más o menos próxima y la pura *ocasio*. El problema, en la medida que exista, con la concepción del alcance del principio *ne bis in idem* en el derecho sueco es un problema general para la arquitectura de su derecho sancionador, y como tal existente con entera autonomía de la recaudación del IVA, en el que el supuesto presente de represión de una conducta de falsificación de datos aparece como una simple *ocasio*.

62. De ser ello así, la cuestión es la de si esta *ocasio* debe tener la consecuencia de que sea en definitiva la jurisdicción de la Unión la que dicte, con consecuencias inevitablemente generales, el alcance del principio *ne bis in idem* en el ordenamiento sueco con prioridad sobre la que resulte de sus estructuras constitucionales y sus obligaciones internacionales.

63. En mi opinión, entiendo que sería desproporcionado extraer de esta *ocasio* un desplazamiento de la distribución de la responsabilidad en la garantía de los derechos fundamentales entre la Unión y los Estados. Del mismo modo que me parecería desproporcionado si lo que se hubiera traído a nuestra consideración hubieran sido cuestiones tales como las de adecuada defensa, suficiencia de la prueba, u otras contenidas en el título VI de la Carta. En definitiva, parece arriesgado afirmar que, por medio de un enunciado como el del artículo 273 de la Directiva 2006/112, se estaba anticipando un desplazamiento de todas las garantías constitucionales que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora de los Estados, estando implicada la recaudación del IVA, de los Estados a la Unión.

64. Entiendo, por todo ello, que la cuestión que el órgano de reenvío, sopesadas todas las circunstancias del caso, plantea al Tribunal de Justicia no debe ser apreciada como un supuesto de aplicación del Derecho de la Unión en el sentido del apartado 1 del artículo 51 de la Carta. Propongo, en consecuencia, al Tribunal de Justicia que declare su falta de competencia para dar respuesta a la presente cuestión.

65. Si, por el contrario, el Tribunal de Justicia entendiéndose que es competente para pronunciarse sobre el fondo del asunto, propongo a continuación, y a título subsidiario, dar respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Haparanda tingsrätt.

## VI. Las cuestiones prejudiciales

66. Las cinco cuestiones prejudiciales remitidas por el órgano jurisdiccional nacional pueden reducirse a dos. Como expondré a continuación, la segunda, tercera, cuarta y quinta cuestiones se centran en la aplicación del principio *ne bis in idem*, recogido en el artículo 50 de la Carta, a situaciones de doble sanción administrativa y penal impuestas por los Estados miembros. La primera cuestión prejudicial, que procede contestar en último lugar, se refiere a las condiciones exigidas por el Tribunal Supremo sueco para aplicar el CEDH y la Carta en los tribunales de dicho país.

## A. La segunda, tercera, cuarta y quinta cuestiones prejudiciales

### 1. Reformulación y admisibilidad

67. Como se acaba de decir, la segunda, tercera, cuarta y quinta cuestiones prejudiciales formuladas por el Haparanda tingsrätt se refieren a la interpretación del artículo 50 de la Carta. En particular, la segunda pregunta hace referencia a la calificación de los mismos hechos a los efectos del principio *ne bis in idem*, es decir, a la constatación de que se están juzgando las mismas conductas de forma reiterada. La tercera y cuarta pregunta se centran en la vertiente procesal del principio *ne bis in idem*, consistente en la prohibición del doble proceso. La quinta pregunta se formula en términos más bien hipotéticos, pues alude, como parámetro de referencia, a una regulación nacional alternativa a la vigente en Suecia.

68. En mi criterio, la segunda, tercera y cuarta cuestiones prejudiciales pueden contestarse de forma conjunta. Las tres preguntas se refieren a distintos componentes de un mismo derecho fundamental, sobre los cuales me detendré a continuación, pero siempre como parte integrante del principio *ne bis in idem*. En definitiva, el órgano remitente desea saber si dicho principio, tal como aparece recogido en el artículo 50 de la Carta, se opone a que un Estado, cuando aplica Derecho de la Unión, imponga una doble sanción administrativa y penal por unos mismos hechos.

69. Por el contrario, la quinta cuestión es inadmisibile. El órgano de reenvío pregunta si el régimen sueco es compatible con el artículo 50 de la Carta, a la vista de un hipotético régimen alternativo (que actualmente no existe en Suecia) de prejudicialidad penal. Contestar a este interrogante llevaría al Tribunal de Justicia a pronunciarse indirectamente sobre una medida nacional inexistente en el ordenamiento sueco. El carácter hipotético de la pregunta daría pie a una resolución de nuestra jurisdicción más cercana a una opinión consultiva que a una decisión de interpretación prejudicial, algo que la jurisprudencia ha descartado en numerosas ocasiones.<sup>16</sup> Por tanto, propongo al Tribunal de Justicia que declare la quinta cuestión inadmisibile.

### 2. Análisis de la segunda, tercera y cuarta cuestiones prejudiciales

70. La pregunta que nos plantea el Haparanda tingsrätt reviste una especial complejidad y resulta no menos delicada que la cuestión que se acaba de tratar. Por un lado, la doble sanción administrativa y penal es una práctica muy extendida en los Estados miembros, sobre todo en ámbitos como los de la fiscalidad, las políticas medioambientales o la seguridad pública. Sin embargo, la manera en que se efectúa la acumulación de sanciones varía enormemente entre ordenamientos y muestra peculiaridades específicas y propias de cada Estado miembro. En la mayoría de los casos, tales especificidades se adoptan con el propósito de moderar las consecuencias de una doble reacción punitiva por parte del poder público. Por otro lado, como veremos en seguida, el TEDH se ha pronunciado recientemente al respecto y ha confirmado que tales prácticas, en contra de lo que inicialmente pudo parecer, infringen el derecho fundamental al *ne bis in idem* recogido en el artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH. Sin embargo, ocurre que no todos los Estados miembros han ratificado esta disposición, habiendo introducido en otros supuestos reservas o declaraciones interpretativas a la misma. El resultado de esta situación es que el mandato de interpretación de la Carta a la luz del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH (apartado 3 del artículo 52 de la Carta) se vuelve, por así decir, asimétrico, planteando notables problemas al aplicarlo al caso.

16 — Véase, entre otras, las sentencias de 12 de junio de 2003, Schmidberger (C-112/00, Rec. p. I-5659), apartado 32; de 8 de septiembre de 2009, Budějovický Budvar (C-478/07, Rec. p. I-7721), apartado 64, y de 11 de marzo de 2010, Attanasio Group (C-384/08, Rec. p. I-2055), apartado 28.

a) El artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH y la jurisprudencia del TEDH al respecto

i) Firma y ratificación del artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH

71. El principio *ne bis in idem* no formó parte expresa del CEDH desde el primer momento. Su incorporación al mismo se produjo, como es conocido, por medio de su Protocolo 7, abierto a la firma el 22 de noviembre de 1984 y en vigor desde el 1 de noviembre de 1988. Entre otros derechos, el artículo 4 recoge la garantía del *ne bis in idem*, con el propósito, según las explicaciones del Protocolo realizadas por el Consejo de Europa, de dar expresión al principio en virtud del cual nadie debe ser juzgado en un proceso penal a raíz de un delito por el que ya sido condenado o absuelto previamente y mediante sentencia firme.

72. A diferencia de otros derechos recogidos en el CEDH, el derecho previsto en el artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH no ha sido unánimemente aceptado por los Estados firmantes del Convenio, entre los que se incluyen varios Estados miembros de la Unión. A la fecha de lectura de estas conclusiones, el Protocolo 7 aún no ha sido ratificado por Alemania, Bélgica, Países Bajos y Reino Unido. Entre los Estados que sí lo han ratificado, Francia ha formulado una reserva al artículo 4 del citado Protocolo, limitando su aplicación únicamente a las infracciones de naturaleza penal.<sup>17</sup> Asimismo, con ocasión de la firma, Alemania, Austria, Italia y Portugal han formulado varias declaraciones apuntando a la misma circunstancia: el alcance limitado del artículo 4 del Protocolo 7, cuya protección únicamente alcanza a la doble sanción «penal», en el sentido contemplado por el ordenamiento interno.<sup>18</sup>

73. Lo anterior muestra con claridad y expresividad cómo los problemas suscitados por la doble sanción administrativa y penal adolecen de una considerable falta de consenso entre los Estados miembros de la Unión. El carácter problemático del cuadro se reafirma si atendemos a las negociaciones sobre la futura adhesión de la Unión al CEDH, en las que los Estados y la Unión han decidido excluir, de momento, a los Protocolos del CEDH, incluido el que aquí nos concierne.<sup>19</sup>

74. Esta falta de consenso puede reconducirse en su origen a la importancia que revisten los instrumentos de represión administrativa en un buen número de Estados miembros, así como el singular relieve otorgado a la vez en estos Estados miembros al proceso y la sanción penales. Por un lado, los Estados no desean renunciar a la eficacia que caracteriza a la sanción administrativa, particularmente en sectores en los que el poder público se interesa por asegurar un escrupuloso cumplimiento de la legalidad, como el Derecho fiscal o el Derecho de la seguridad pública. Por otro lado, la excepcionalidad de la intervención penal, así como las garantías que rodean al acusado durante el proceso, inclinan a los Estados a reservarse un margen de decisión respecto de qué conductas son merecedoras del reproche penal. Este doble interés por mantener una potestad punitiva dual, administrativa y penal, explica que en estos momentos un número elevado de Estados miembros rechacen, por una u otra vía, someterse a la jurisprudencia del TEDH, que, como paso ahora a examinar, ha evolucionado en un sentido que prácticamente excluye esta dualidad.

17 — La reserva depositada el 17 de febrero de 1986 declara: «Le Gouvernement de la République française déclare que seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent Protocole.»

18 — La redacción de estas declaraciones es prácticamente la misma que la de la reserva francesa, con algunas variantes. No obstante, téngase en cuenta que el TEDH, en el asunto *Gradinger c. Austria*, declaró la invalidez de la declaración austriaca relativa al artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH (apartados 49 a 51), aunque por motivos formales y con arreglo a la jurisprudencia iniciada en el conocido asunto *Belilos c. Suiza*. Al respecto, véase Cameron I, y Horn, F., «Reservations to the European Convention on Human Rights: The *Belilos Case*», *German Yearbook of International Law*, 33, 1990, y Cohen-Jonathan, G., «Les réserves à la Convention Européenne des Droits de l'Homme», *Revue Générale de Droit International Public*, T. XCIII, 1989.

19 — Véase el Informe del Comité de Ministros sobre la elaboración de instrumentos jurídicos con vistas a la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 14 de octubre de 2011, CDDH(2011)009, p. 17, puntos 19 y siguientes.

ii) La jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH

75. El tratamiento que han recibido los supuestos de doble sanción administrativa y penal en el sistema CEDH ha evolucionado notablemente desde que entrara en vigor el Protocolo 7 y se compone de tres elementos que paso ahora a examinar: la definición de un procedimiento penal, la identidad de conductas típicas y la doble acusación.

76. En primer lugar, el TEDH interpretó tempranamente el término «procedimiento penal» sirviéndose de los llamados «criterios Engel», a fin de extender las garantías de los artículos 6 y 7 del CEDH a sanciones del poder público calificadas formalmente como administrativas.<sup>20</sup> Como es sabido, desde la sentencia que lleva dicho nombre el TEDH utiliza tres criterios para apreciar si una determinada sanción tiene carácter penal a los efectos de los artículos 6 y 7 del CEDH: la calificación de la infracción en el Derecho nacional, la naturaleza de la infracción y la intensidad de la sanción que recae sobre el infractor.<sup>21</sup> Estos requisitos se han aplicado a los recargos fiscales, incluido el recargo previsto en el Derecho sueco aquí cuestionado,<sup>22</sup> y el TEDH ha confirmado que este tipo de medidas entran bajo la rúbrica de una sanción de carácter «penal» en el sentido de los artículos 6 y 7 del CEDH y, por extensión, del artículo 4 de su Protocolo 7.<sup>23</sup>

77. En segundo lugar, y ya referida directamente al principio *ne bis in idem*, la jurisprudencia del TEDH, tras algunas vacilaciones iniciales, ha confirmado que la prohibición del doble castigo se refiere a aquel que recae sobre los mismos hechos, y no sobre una conducta calificada de la misma manera por las normas que definen las infracciones. Mientras este segundo enfoque, claramente formalista y reductor del alcance del artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH, se percibe en varias sentencias adoptadas después de su entrada en vigor,<sup>24</sup> en el año 2009 la Gran Sala del TEDH confirmó el primer planteamiento en la sentencia dictada en el asunto Zolotoukhine c. Rusia.<sup>25</sup> En dicho asunto el TEDH constató con rotundidad que el artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH debe entenderse en el sentido de que prohíbe toda acusación a raíz de una segunda infracción cuando ésta tenga su fundamento en hechos idénticos o sustancialmente iguales a los que sirven de fundamento a otra infracción.<sup>26</sup> Así, el TEDH hace suyo un entendimiento del doble reproche acorde con el que ha desarrollado nuestra jurisdicción en su jurisprudencia relativa al artículo 54 del Convenio Schengen.<sup>27</sup>

78. En tercer y último lugar, por lo que respecta a la dimensión procesal del *ne bis in idem*, o lo que también suele calificarse como la prohibición de la doble acusación, el TEDH constata que una vez verificada la existencia de una sanción a raíz de unos mismos hechos, se prohíbe todo nuevo procedimiento siempre y cuando la primera sanción haya devenido firme.<sup>28</sup> Esta conclusión se aplica a aquellos supuestos en los que la primera sanción es de carácter administrativo y la segunda es penal,<sup>29</sup>

20 — Sentencia Engel y otros c. Países Bajos, de 8 de junio de 1976 (Serie A n° 22, § 82).

21 — Véanse, entre otras, las sentencias Öztürk c. Alemania, de 21 de febrero de 1984 (Serie A n° 73); Lauko c. Eslovaquia, de 2 de septiembre de 1998 (Rep. 1998-VI) y Jussila c. Finlandia, de 23 de noviembre de 2006 (n° 73053/01, ECHR 2006-XIV). Los dos últimos criterios son alternativos, pero el TEDH puede, en función de las circunstancias del caso, apreciarlos de forma acumulativa.

22 — Véanse las sentencias Västberga Taxi Aktiebolag y Vulic c. Suecia, de 23 de julio 2002 (n° 36985/97) y Janosevic c. Suecia, de 23 de julio de 2002 (ECHR 2002-VII).

23 — Véase la sentencia Zolotoukhine c. Rusia, de 10 de febrero de 2009 (n° 14939/03, ECHR 2009).

24 — Véanse las sentencias Oliveira c. Suiza, de 30 de julio de 1998 (Rep. 1998-V; fasc. 83); Franz Fischer c. Austria, de 29 de mayo de 2001 (n° 37950/97); Sailer c. Austria, de 6 de junio de 2002 (n° 38237/97), y Ongun c. Turquía, de 23 de junio de 2009 (n° 15737/02).

25 — Sentencia citada en la nota 23.

26 — Sentencia Zolotoukhine c. Rusia, antes citada, apartados 82 a 84.

27 — Véanse, entre otras, las sentencias de 11 de febrero de 2003, Gözütok y Brüggel (C-187/01 y C-385/01, Rec. p. I-1345), de 10 de marzo de 2005, Miraglia (C-469/03, Rec. p. I-2009); de 9 de marzo de 2006, Van Esbroeck (C-436/04, Rec. p. I-2333); de 28 de septiembre de 2006, Van Straaten (C-150/05, Rec. p. I-9327); de 28 de septiembre de 2006, Gasparini y otros (C-467/04, Rec. p. I-9199), y de 11 de diciembre de 2008, Bourquain (C-297/07, Rec. p. I-9425).

28 — Véanse las sentencias Franz Fischer c. Austria, antes citada, apartado 22; Gradinger c. Austria, antes citada, apartado 53, y Nitikin c. Rusia, de 2 de noviembre de 2006 (n° 15969/02) apartado 37.

29 — Sentencia Zolotoukhine c. Rusia, antes citada.

pero también a casos en los que los acontecimientos se suceden al revés.<sup>30</sup> Finalmente, con posterioridad al planteamiento de la presente cuestión prejudicial, el TEDH ha declarado la irrelevancia de que la primera de las sanciones haya sido descontada de la segunda con el fin de atenuar la doble sanción.<sup>31</sup>

79. A modo de recapitulación, la evolución de la jurisprudencia del TEDH muestra que, en estos momentos, el artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH se opone a medidas de doble sanción administrativa y penal dictadas a raíz de unos mismos hechos, impidiendo así la iniciación de un segundo procedimiento, sea administrativo o penal, cuando ya la primera sanción ha devenido firme. La situación actual de la jurisprudencia, especialmente tras los pronunciamientos del TEDH a partir de la sentencia *Zolotoukhine c. Rusia*, constata la existencia de una doctrina concluyente desde Estrasburgo. En principio, esta doctrina debiera proporcionar al órgano de reenvío elementos más que suficientes, desde la perspectiva del CEDH, para resolver el litigio suscitado entre el Sr. Fransson y el Estado sueco.

80. Los problemas del caso sometido a nuestra consideración no concluyen sin embargo aquí, sino que más bien podría decirse que comienzan. Pues la equiparación que el órgano de reenvío parece dar por supuesta entre el artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH y la Carta plantea serios problemas, como venimos anunciando.

b) El principio *ne bis in idem* en el Derecho de la Unión: el artículo 50 de la Carta y su interpretación a la luz del artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH

i) Una interpretación parcialmente autónoma del artículo 50 de la Carta: límites de una interpretación a la exclusiva luz del CEDH

81. El apartado 3 del artículo 52 de la Carta establece que los derechos previstos en la misma, cuando se correspondan con los garantizados por el CEDH, tendrán un «sentido y alcance [...] iguales a los que les confiere dicho Convenio».

82. Como ahora se expondrá, el presente asunto suscita una cuestión inédita que condiciona tanto el alcance del mandato del apartado 3 del artículo 52 de la Carta, como la proclamación de los derechos del CEDH como principios generales de Derecho de la Unión. A pesar de que el artículo 50 de la Carta proclama un derecho que se corresponde con el derecho previsto en el artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH,<sup>32</sup> lo cierto es que la vertiente del *ne bis in idem* suscitada en este procedimiento está lejos de encontrarse extendida y consolidada en los Estados firmantes del CEDH. Como he expuesto en el punto 72 de estas conclusiones, un número significativo de Estados miembros no ha ratificado el Protocolo 7 del CEDH, o han introducido reservas o declaraciones específicamente a su artículo 4 para evitar su extensión a las sanciones administrativas.

83. Como ya señalé, los Estados de la Unión contemplan invariablemente, aunque en diverso grado, la facultad de la Administración de imponer sanciones. En un número elevado de Estados miembros, esta facultad es compatible con el *ius puniendi* y puede desembocar en una doble sanción administrativa y penal. Sin embargo, ello no quiere decir en modo alguno que los Estados miembros que admiten la doble sanción lo hagan con absoluta discrecionalidad. Por el contrario, en la mayoría de los casos los

30 — Sentencia *Ruotsalainen c. Finlandia*, de 16 de junio de 2009 (n° 13079/03).

31 — Sentencia *Tomasovic c. Croacia*, de 18 de octubre de 2011 (n° 53785/09) en contra de lo inicialmente dispuesto en la sentencia *Oliveira c. Suiza*, cuya solución, objeto de fuertes críticas, parece ahora abandonada. Al respecto, véase Carpio Briz, D., «Europeización y reconstitución del *non bis in idem*», *Revista General de Derecho Penal*, n° 14, 2010, Ed. Iustel, Madrid.

32 — Así lo confirman las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta, que deben ser tenidas en cuenta por todos los órganos jurisdiccionales, tal como exige el artículo 52, apartado 7, de la misma. La explicación al artículo 50 termina añadiendo: «En lo que se refiere a las situaciones contempladas por el artículo 4 del Protocolo 7 [del CEDH], es decir, la aplicación del principio en el interior de un mismo Estado miembro, el derecho garantizado tiene el mismo sentido y el mismo alcance que el derecho correspondiente del CEDH.»

Estados que cuentan con instrumentos de doble sanción han previsto alguna fórmula que evite un resultado sancionador excesivo.<sup>33</sup> Así, en Francia el Consejo Constitucional ha establecido que la suma de las dos sanciones no puede superar a la sanción más elevada prevista para cada una de las infracciones.<sup>34</sup> La jurisprudencia alemana aplica un criterio de proporcionalidad, caso por caso, con vistas a evitar una suma de sanciones que devenga excesiva.<sup>35</sup> Otros Estados han previsto una regla de prejudicialidad penal que obliga a la jurisdicción administrativa a suspender el procedimiento a la espera de la resolución final del orden penal.<sup>36</sup> El Derecho de la Unión también prevé una solución de este tipo, por ejemplo, en el artículo 6 del Reglamento financiero relativo a la protección de los intereses financieros de la Unión.<sup>37</sup> En otros ordenamientos, como parece ser el caso sueco, el tribunal penal que conoce del segundo procedimiento puede deducir la sanción administrativa del importe de la sanción penal.

84. En estas circunstancias, entiendo que la proclamación del apartado 3 del artículo 52 de la Carta adquiere necesariamente perfiles propios a la hora de proyectarla sobre el principio *ne bis in idem*. Y es que, utilizando la expresión del apartado 3 del artículo 6 TUE, el CEDH no «garantiza» efectivamente el principio *ne bis in idem* del mismo modo que garantiza los contenidos nucleares del CEDH, que se imponen a todos los Estados que son parte en el citado CEDH. Considero que el CEDH, al que se remite el Derecho primario de la Unión, es el Convenio *tal cual es*, es decir, en su combinación de contenidos imperativos y contenidos hasta cierto punto aleatorios. La interpretación de las referencias al CEDH contenidos en el Derecho primario de la Unión no pueden prescindir de este dato.

85. A la vista de todo lo anterior, estimo que el mandato de interpretación de la Carta a la luz del CEDH debe matizarse cuando el derecho fundamental en cuestión, o una vertiente del mismo (como es el caso de la aplicabilidad del artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH a la doble sanción administrativa y penal), no ha sido interiorizado plenamente por los Estados miembros. Y aunque en tales circunstancias el derecho y la jurisprudencia del TEDH sobre el mismo constituyen un valor inspirador para el Derecho de la Unión, considero que la obligación de equiparar el nivel de protección de la Carta con el del CEDH carece de la misma efectividad.

86. En definitiva, el presente asunto pone de relieve la situación en la que una ausencia de consenso respecto de un derecho del sistema del Convenio choca con la amplia presencia y arraigo de los sistemas de doble sanción administrativa y penal en los Estados miembros. Una presencia y arraigo, en el caso de la doble sanción administrativa y penal, cuya amplitud podría incluso calificarse como una tradición constitucional común de los Estados miembros.

33 — Véase el análisis comparado de Moderne, F., «La sanction administrative. Elements d'analyse comparative», *Revue Française de Droit Administratif*, n° 3, 2002.

34 — Véanse las sentencias del Consejo Constitucional de 28 de julio de 1989, n° 89-260 DC, Loi relative à la sécurité et à la transparence des marchés financiers, considerando 16; de 30 de diciembre de 1997, n° 97-395 DC, Loi des finances pour 1998, considerando 41. Sobre esta jurisprudencia, véase Gutmann, D., «Sanctions fiscales et Constitution», *Les nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 33, 2011.

35 — Véase, por ejemplo, la sentencia del OLG Celle, de 6 de agosto de 1970, 1Ss 164/70,

36 — Éste es, por ejemplo el caso de España, cuyo Real Decreto 1398/1993, regulador de la potestad sancionadora de las administraciones públicas, impone en su artículo 7 la prioridad del proceso penal frente al procedimiento sancionador administrativo. Al respecto, véase Queralt Jiménez, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 263 y ss., y Beltrán de Felipe, M., y Puerta Seguido, F., «Perplejidades acerca de los vaivenes en la jurisprudencia constitucional sobre el “ne bis in idem”», *Revista española de derecho constitucional*, n° 71, 2004.

37 — El apartado 1 del artículo 6 prevé la posibilidad de suspensión del procedimiento administrativo como consecuencia de la iniciación de un procedimiento penal en relación con los mismos hechos. A continuación, el apartado 3 añade que «cuando finalice el procedimiento penal, el procedimiento administrativo que se haya suspendido se reanudará *siempre que los principios generales del Derecho no lo impidan*» (cursiva añadida).

87. En estas circunstancias, opino que el artículo 50 de la Carta exige una interpretación parcialmente autónoma.<sup>38</sup> Evidentemente ha de tomarse en consideración el estado actual de la jurisprudencia del TEDH, pero el umbral protector al que ha de estar nuestra jurisdicción debe ser fruto de una interpretación independiente y fundada exclusivamente en el tenor y alcance del referido artículo 50.

ii) El artículo 50 de la Carta y la doble sanción administrativa y penal

88. El principio *ne bis in idem* cuenta con un amplio arraigo en el Derecho de la Unión. Antes de que el Convenio Schengen y la Decisión marco sobre la orden de detención europea lo consagraran como límite al ejercicio del *ius puniendi* de los Estados miembros, antes incluso de la entrada en vigor del Protocolo 7 del CEDH, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia operaba con el principio en el terreno del Derecho de la competencia y en la jurisprudencia sobre función pública de la Unión.<sup>39</sup> En sus conclusiones presentadas en el asunto Gözütok y Brügge, el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer daba cuenta pormenorizadamente del principio en la evolución histórica del Derecho de la Unión,<sup>40</sup> al igual que lo ha hecho más recientemente la Abogado General Kokott en sus conclusiones presentadas en el asunto Toshiba.<sup>41</sup> No me detendré sobre esta cuestión y me limitaré, por tanto, a remitirme a ambos textos.

89. En el estadio actual de la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia otorga al principio *ne bis in idem* un tratamiento más bien uniforme, con algunas salvedades que a continuación destacaré.<sup>42</sup>

90. Como punto de partida, la jurisprudencia ha adoptado una noción amplia del concepto de «sanción», en línea con la doctrina Engel del TEDH, antes citada, con el propósito de ubicar bajo la órbita de dicha jurisprudencia a las sanciones que impone la Comisión en materia de competencia.<sup>43</sup> Desde este punto de vista, y en línea con la jurisprudencia del TEDH, un recargo fiscal adoptado con vistas a asegurar la ejecución del Derecho de la Unión debe considerarse como una sanción materialmente «penal».

91. A continuación, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aunque con alguna excepción, también ha realizado una lectura muy protectora al definir los elementos que fundamentan la doble sanción. Al interpretar el artículo 54 del Convenio Schengen, así como la Decisión marco reguladora de la orden de detención europea, el Tribunal de Justicia ha considerado que la identidad que exige el principio *ne bis in idem* se refiere a unos «mismos hechos» y no a los mismos tipos infractores, ni a los mismos bienes jurídicos protegidos.<sup>44</sup> El contexto del presente asunto afecta a la ejecución

38 — En este sentido, Burgorgue-Larsen, L., «Les interactions normatives en matière de droits fondamentaux», en Burgorgue-Larsen, L., Dubout, E., Maitrot de la Motte, A., y Touzé, S., *Les interactions normatives. Droit de l'Union Européenne et Droit International*, Ed. Pedone, 2012, París, pp. 372 y 373.

39 — Véanse las tempranas sentencias de 5 de mayo de 1966, Gutmann/Comisión CEEA (18/65 y 35/65, Rec. p. 149), en materia de función pública, y de 15 de julio de 1970, Boehringer Mannheim/Comisión (45/69, Rec. p. 769), en el terreno de la competencia.

40 — Conclusiones presentadas el 19 de septiembre de 2002, en el asunto Gözütok y Brügge, antes citado, puntos 47 y siguientes.

41 — Conclusiones presentadas el 8 de septiembre de 2011, Toshiba Corporation (sentencia de 14 de febrero de 2012, C-17/10), puntos 96 y siguientes.

42 — Por todos, véase van Bockel, B., *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*, Ed. Kluwer, La Haya, 2010, pp. 205 y ss.

43 — A este respecto, véase el detallado análisis realizado por la Abogado General Kokott de esta cuestión en sus conclusiones de 15 de diciembre de 2011, Bonda (sentencia de 5 de junio de 2012, C-489/10), puntos 32 y siguientes. Asimismo, véanse las conclusiones de la Abogado General Sharpston presentadas el 10 de febrero de 2011, KME Germany/Comisión (sentencia de 8 de diciembre de 2011, C-272/09 P, Rec. p. I-12789), punto 64; las conclusiones del Abogado General Bot presentadas el 26 de octubre de 2010, ArcelorMittal Luxembourg/Comisión y otros (sentencia de 29 de marzo de 2011, C-201/09 P y C-216/09 P; Rec. p. I-2239), punto 41, y ThyssenKrupp Nirosta/Comisión (C-352/09 P; Rec. p. I-2359), punto 49; así como las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas el 3 de julio de 2007, ETI y otros (sentencia de 11 de diciembre de 2007, C-280/06, Rec. p. I-10893), punto 71.

44 — Véase las sentencias Van Esbroeck, antes citada, apartados 27, 32 y 36; Van Straaten, antes citada, apartados 41, 47 y 48, y de 16 de noviembre de 2010, Mantello (C-261/09, Rec. p. I-11477), apartado 39. Ahora bien, este planteamiento se aparta del aplicado en materia de competencia, donde el Tribunal de Justicia sigue exigiendo un triple requisito de identidad de hechos, unidad de infractor y unidad del interés jurídico protegido. Véanse, entre otras, las sentencias de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123), apartado 338, y Toshiba Corporation, antes citada, apartados 97 y 98. Al respecto, véase también la crítica de la Abogado General Kokott a este régimen especial aplicable a la materia de competencia en sus conclusiones presentadas en el asunto Toshiba Corporation, citadas en nota 41.

nacional del Derecho de la Unión, precisamente la dimensión en la que se despliega la concepción más amplia del *ne bis in idem*. Por tanto, entiendo que éste debe ser también el tratamiento que merece un supuesto como el de autos, que es, a su vez, por el que se ha decantado el TEDH desde la sentencia *Zolotoukhine c. Rusia*, ya citada.

92. Finalmente, la única cuestión que queda por resolver es si la previa existencia de un procedimiento administrativo sancionador con sentencia condenatoria firme precluye o no la apertura de un procedimiento penal, así como una eventual condena penal, por parte de los Estados miembros.

93. Así reducida la cuestión, y con la esencial puntualización que añadiré, entiendo que el artículo 50 de la Carta no implica, en estos momentos, que la previa existencia de una sanción administrativa firme cierre definitivamente el paso a la apertura de un procedimiento ante la jurisdicción penal, eventualmente de condena. La puntualización que realizaré es que el principio de interdicción de arbitrariedad, inescindible del principio de Estado de Derecho (artículo 2 TUE), obliga a que el ordenamiento nacional haga posible que el juez penal tenga la facultad de tomar en cuenta, de un modo u otro, la previa existencia de una sanción administrativa, a los efectos de suavizar la sanción penal.

94. Por una parte, nada hay en el enunciado del artículo 50 de la Carta, en sí mismo considerado, que lleve a concluir que se haya querido proscribir todo supuesto de confluencia de la potestad sancionadora de la Administración y de la jurisdicción penal por una misma conducta. Cabe, en este sentido, llamar la atención sobre la insistencia del lenguaje del artículo 50 de la Carta en el adjetivo «penal», por contraste con el lenguaje del artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH. Así ocurre tanto en el título que encabeza los respectivos preceptos como a la hora de referirse a la sentencia firme, calificada de «penal» en el primero, pero no así en el segundo de los preceptos citados. Esta diferencia puede considerarse como no irrelevante tratándose de un precepto, el de la Carta, redactado años después que el del citado Protocolo.

95. Ahora bien, por otra parte, el principio de proporcionalidad y, en todo caso el de interdicción de la arbitrariedad, tal como se deriva de los contenidos de la cláusula de Estado de Derecho tal como resulta de las tradiciones constitucionales comunes,<sup>45</sup> impiden un ejercicio de la jurisdicción penal que hiciera completa abstracción de la circunstancia de que los hechos traídos ante la misma han sido ya objeto de una sanción administrativa.

96. Por tanto, opino que el artículo 50 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que no impide a los Estados miembros el procesamiento ante la jurisdicción penal por unos mismos hechos ya sancionados de manera firme, en vía administrativa, siempre que el juez penal se encuentre en situación de tomar en consideración la previa existencia de una sanción administrativa, a efectos de mitigar la pena a imponer por dicha jurisdicción penal.

c) El artículo 50 de la Carta aplicado al caso de autos

97. Llegados a este punto y en coherencia con lo que hasta el momento propongo, entiendo que lo único que, en la actual situación del Derecho de la Unión, corresponde examinar es si el Derecho nacional permite al juez penal tomar en consideración la previa imposición de una sanción administrativa firme con el objetivo de no incurrir en un resultado final desproporcionado y en todo caso desconocedor del principio de interdicción de la arbitrariedad consustancial al Estado de Derecho.

45 — Véase Bingham, T., *The Rule of Law*, Ed. Allen Lane, Londres, 2010, pp. 66 y ss.

98. Consta en autos que el Sr. Fransson ha realizado el pago de las sanciones pecuniarias administrativas que le impuso en su momento el Skatteverket, y que estas decisiones han devenido firmes.

99. Asimismo, y como ha explicado el representante del Sr. Fransson durante la vista, su mandante se enfrenta en estos momentos a un proceso penal, castigado en los artículos 2 y 4 de la Skattebrottslagen cuyas penas alcanzan hasta los seis años de prisión.

100. No consta en autos que la legislación sueca prevea explícitamente un sistema de compensación, pero el auto de planteamiento indica que los tribunales suecos deben «tener en cuenta» el recargo anteriormente impuesto «al determinar la sanción por infracción fiscal».

101. Por tanto, corresponde al órgano remitente, y no a este Tribunal de Justicia, apreciar las características específicas del sistema de compensación previsto en el Derecho sueco, sea en el plano legislativo o sea en la práctica jurisprudencial de los tribunales de dicho país. Si estuviéramos ante un mecanismo de compensación que permitiera tomar en consideración la primera sanción con consecuencias paliativas sobre la segunda, entiendo que la realización de un segundo procedimiento no sería contrario al artículo 50 de la Carta. Por el contrario, si el criterio utilizado en el ordenamiento sueco no permitiera una compensación en los términos antes expuestos, dejando así abierta la posibilidad de que el Sr. Fransson quede expuesto a una segunda sanción, opino que se habría contravenido el referido artículo 50 de la Carta.

#### B. *La primera cuestión prejudicial*

102. Mediante la primera cuestión prejudicial, el Haparanda tingsrätt eleva al Tribunal de Justicia sus dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión de un criterio previsto en el Derecho sueco, concretamente en la jurisprudencia de su Tribunal Supremo, en virtud del cual la inaplicación de una norma sueca contraria a los derechos previstos en la Carta y en el CEDH exige, como condición, la existencia de una «base clara» en el articulado de la Carta, del CEDH y en la jurisprudencia del TEDH.

103. La pregunta, tal como está formulada por el órgano remitente, se refiere a dos situaciones distintas: en primer lugar, a la compatibilidad con el Derecho de la Unión de un criterio de aplicación del CEDH, en tanto que acuerdo internacional cuyos derechos *forman parte* del ordenamiento jurídico de la Unión (artículo 6 TUE, apartado 3). En segundo lugar, el juez nos interroga sobre la compatibilidad de ese mismo criterio al extenderse a la aplicación de la Carta y, por tanto, al Derecho de la Unión.

##### 1. La «base clara» como criterio de aplicación del CEDH por el órgano jurisdiccional nacional

104. El Haparanda tingsrätt ha dado cuenta de una jurisprudencia del Tribunal Supremo sueco, según la cual es necesario, con carácter previo a la inaplicación de una norma sueca incompatible con el CEDH, contar con una «base clara», ya sea en el referido Convenio o sea en la jurisprudencia del TEDH. Esta condición ha sido aplicada por el Tribunal Supremo sueco en varios asuntos que versaban sobre la problemática del presente caso, y en todos ellos llegó a la conclusión de que la jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH no proporcionaba una «base clara». No obstante, la jurisprudencia más reciente del TEDH confirma, tal como he expuesto en los puntos 75 a 79 de estas conclusiones, que la pretensión del Sr. Fransson encuentra actualmente una «base clara» en su favor.

105. La reforma operada por el Tratado de Lisboa explica el fundamento de esta cuestión por parte del Haparanda tingsrätt. Como es sabido, el artículo 6 TUE, apartado 3, no coincide con el tenor del antiguo artículo 6 TUE, apartado 2. Con anterioridad al 1 de diciembre de 2009, el citado artículo declaraba que la Unión «*respetará* los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el [CEDH]», mientras que la redacción vigente destaca cómo los derechos fundamentales que garantiza el CEDH «*formarán* parte del Derecho de la Unión como principios generales». <sup>46</sup> Por tanto, los derechos fundamentales garantizados por el CEDH han pasado de ser *respetados por la Unión* a *formar parte* de su ordenamiento. El cambio no es irrelevante, y el órgano remitente parece considerar que el CEDH, con independencia de una futura adhesión de la Unión al mismo, ha adquirido desde 2009 un estatus nuevo en el Derecho de la Unión.

106. A la vista de lo anterior, y si los derechos del CEDH *forman parte del Derecho de la Unión*, es legítimo que el órgano remitente se pregunte si el Derecho de la Unión se opone a un criterio como el desarrollado por el Tribunal Supremo sueco, que exige la existencia de una «base clara» a fin de poder inaplicar una norma nacional contraria al CEDH.

107. La respuesta a este interrogante se deduce de la sentencia Kamberaj, dictada recientemente por el Tribunal de Justicia. <sup>47</sup> En dicho asunto, se preguntaba si, en caso de conflicto entre una norma de Derecho nacional y el CEDH, el artículo 6 TUE, apartado 3, obliga al juez nacional a aplicar directamente las disposiciones del CEDH y a inaplicar una norma de Derecho nacional incompatible con aquél.

108. Tras destacar que el artículo 6 TUE, apartado 3, en su versión modificada por el Tratado de Lisboa, se limita a reproducir una jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, nuestra jurisdicción consideró que la nueva redacción del precepto no modificaba el estatus del CEDH en el Derecho de la Unión y, por tanto, tampoco en los ordenamientos de los Estados miembros. <sup>48</sup> De la misma manera, continúa el Tribunal de Justicia, el artículo 6 TUE, apartado 3, no establece «las conclusiones que debe sacar un juez nacional en caso de conflicto entre los derechos que garantiza dicho Convenio y una norma de Derecho nacional». <sup>49</sup>

109. En definitiva, el CEDH, aunque sus derechos formen parte del Derecho de la Unión en tanto que principios generales, no constituye como tal un instrumento jurídico formalmente integrado en el ordenamiento europeo. La situación cambiará cuando se culmine el mandato previsto en el artículo 6 TUE, apartado 2, que prescribe la adhesión de la Unión al CEDH. Sin embargo, en el estadio presente del proceso de integración, los criterios de aplicación del Derecho de la Unión, en concreto los principios de efecto directo y de primacía, no son extensibles al CEDH cuando éste se aplique por los tribunales de los Estados miembros. Así, y de acuerdo con lo asentado recientemente en la sentencia Kamberaj, el criterio de la «base clara», tal como lo ha aplicado el Tribunal Supremo sueco a supuestos referidos exclusivamente a la interpretación y aplicación del CEDH, no puede ser objeto de apreciación por nuestra jurisdicción.

## 2. La «base clara» como criterio de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea por el órgano jurisdiccional nacional

110. El Haparanda tingsrätt también se refiere a la extensión del criterio de la «base clara» a los derechos protegidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en particular a su artículo 50. En este caso, la pregunta ya no concierne a las relaciones entre el CEDH y el Derecho de la Unión, sino exclusivamente a este último.

46 — Cursiva añadida.

47 — Sentencia de 24 de abril de 2012 (C-571/10).

48 — Sentencia Kamberaj, citada en la nota anterior, apartado 61.

49 — *Ibid.*, apartado 62.

111. Por tanto, cabe preguntarse, tal como hace el órgano de reenvío, si un requisito impuesto por el Tribunal Supremo sueco como el de la «base clara», al aplicar el Derecho de la Unión, condiciona la función jurisdiccional de los tribunales de instancia suecos, como es el caso del Haparanda tingsrätt.

112. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión, están obligados a garantizar la plena eficacia de estas disposiciones dejando inaplicada en caso de necesidad, por su propia iniciativa, cualquier disposición nacional contraria, sin solicitar o esperar la derogación previa de dicha disposición nacional por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional.<sup>50</sup> Este mismo razonamiento se extiende igualmente a una jurisprudencia nacional de un tribunal superior que impida u obstaculice la plena eficacia de las disposiciones del Derecho de la Unión, como es, en el presente caso, el requisito de existencia de una «base clara» previsto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sueco, a fin de inaplicar una norma nacional incompatible con la Carta.

113. En mi criterio, el requisito de la «base clara» no constituye, *a priori*, un obstáculo que impida o dificulte en exceso la inaplicación de una norma nacional incompatible con la Carta. Tal como está formulado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sueco, la declaración de incompatibilidad de una norma interna debe ir precedida de un derecho fundamental suficientemente concluyente, al objeto de que el órgano jurisdiccional pueda pronunciarse al respecto. En definitiva, la exigencia de la «base clara» interviene así como un requisito de mínima cognoscibilidad del enunciado normativo, pues en caso contrario el órgano jurisdiccional carecería de los elementos necesarios para enjuiciar la norma nacional cuestionada. No es polémico afirmar que la jurisprudencia del TEDH con anterioridad a la sentencia *Zolotoukhine c. Rusia* adolecía de una significativa falta de «claridad», y máxime al aplicarla a un supuesto como el sueco, que aún no había sido objeto de análisis por el TEDH ni encontraba paralelismos con otros casos resueltos por el TEDH.

114. Lo que en ningún caso puede admitirse es que el requisito de la «base clara» se convierta en una condición que afecte a la intensidad del control que realizan normalmente los órganos jurisdiccionales nacionales al aplicar el Derecho de la Unión. Exigir que la norma que sirve de parámetro de enjuiciamiento sea «clara» no puede convertirse en un requisito según el cual la ilegalidad de la norma nacional deba ser «manifiesta». Dicho en otras palabras: un requisito de claridad en el enunciado de una norma de Derecho de la Unión no puede servir de excusa para disminuir la intensidad del control jurisdiccional que efectúan los tribunales nacionales cuando aplican dicho ordenamiento. De lo contrario se estaría introduciendo una carga probatoria excesiva sobre las partes que invocan la incompatibilidad de una norma nacional con una norma de la Unión, lo cual constituiría un obstáculo a la plena eficacia de las normas del Derecho de la Unión directamente aplicables. Esta conclusión se refuerza aún más cuando el requisito de la «claridad» disminuye la intensidad del control jurisdiccional únicamente respecto del Derecho de la Unión, pero no respecto de casos puramente internos. En tal supuesto, no sólo se produciría una quiebra de la efectividad del Derecho de la Unión, sino también una lesión del principio de equivalencia, tal como ha sido desarrollado en una extensa jurisprudencia por el Tribunal de Justicia.<sup>51</sup>

115. En definitiva, considero que el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional aprecie, con carácter previo a la inaplicación de una norma nacional, si una disposición de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es «clara», siempre y cuando este requisito no dificulte el ejercicio de las facultades de interpretación e inaplicación que el Derecho de la Unión atribuye a los órganos jurisdiccionales nacionales.

50 — Sentencias de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal* (106/77, Rec. p. 629), apartado 24, y de 19 de noviembre de 2009, *Filipiak* (C-314/08, Rec. p. I-11049), apartado 81.

51 — Véanse, entre otras, las sentencias de 15 de septiembre de 1998, *Edis* (C-231/96, Rec. p. I-4951), apartado 36; de 1 de diciembre de 1998, *Levez* (C-326/96, Rec. p. I-7835), apartado 41; de 16 de mayo de 2000, *Preston y otros* (C-78/98, Rec. p. I-3201), apartado 55, y de 19 de septiembre de 2006, *i-21 Germany y Arcor* (C-392/04 y C-422/04, Rec. p. I-8559), apartado 62.

## VII. Conclusión

116. En vista de los argumentos expuestos en los puntos 48 a 64 de estas conclusiones, propongo al Tribunal de Justicia que se declare incompetente para responder a las cuestiones planteadas por el Haparanda tingsrätt.

117. De forma subsidiaria, en el caso de que el Tribunal de Justicia se considere competente para pronunciarse sobre el fondo, propongo dar una respuesta a las referidas cuestiones prejudiciales en el siguiente sentido:

- «1) En el estado actual del proceso de integración europea, el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que no impide a los Estados miembros el procesamiento ante la jurisdicción penal por unos mismos hechos ya sancionados de manera firme, en vía administrativa, siempre que el juez penal se encuentre en situación de tomar en consideración la previa existencia de una sanción administrativa, a efectos de mitigar la pena a imponer por dicha jurisdicción penal.

Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si en el presente asunto, y a la luz de las normas nacionales que rigen la materia, cabe realizar una toma en consideración de la previa sanción administrativa que mitigue la resolución dictada por la jurisdicción penal.

- 2) El Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de un requisito de Derecho sueco que exige la existencia de una «base clara» a fin de que los órganos jurisdiccionales nacionales inapliquen una norma interna.

El Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional aprecie, con carácter previo a la inaplicación de una norma nacional, si una disposición de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es «clara», siempre y cuando este requisito no dificulte el ejercicio de las facultades de interpretación e inaplicación que el Derecho de la Unión atribuye a los órganos jurisdiccionales nacionales.»