



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 874/2014, de 27 de enero de 2015

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10711/2014

SUMARIO:

Acumulación de condenas. Doctrina. Sentencias dictadas por Tribunales extranjeros. Tribunales de Estados miembros de la Unión Europea. Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo de Europa, de 24 de julio de 2008. El Supremo ha fijado como criterio general que las condenas cumplidas en Francia o en cualquier otro país de la Unión Europea no deben ser restadas a las impuestas en España, lo que impedirá rebajar a los presos etarras los años pasados en las cárceles francesas al tiempo máximo de sus condenas (30 años efectivos de prisión). La trasposición de la decisión marco mediante la Ley Orgánica 7/2014 altera radicalmente el criterio adoptado en marzo por el Supremo (STS de 13 de marzo de 2014), ya que esa ley, entre otras limitaciones, impide restar el tiempo máximo de cumplimiento las penas impuestas a cualquier condenado en un país de la UE si fueron dictadas antes del 15 de agosto de 2010 (fecha en la que terminaba el plazo de trasposición de la decisión marco 2008/675/JAI, del Consejo de Europa, de 24 de julio de 2008 al ordenamiento interno, teniendo en cuenta la ausencia de efecto directo de las Decisiones Marco no traspuestas al Derecho interno). La sentencia afectará a la situación de todos aquellos que han cumplido penas en el país vecino antes de la entrada en vigor de la ley española que traspone la normativa europea. Votos particulares. [Vid., STS de 13 de marzo de 2014, núm. 186/2014 (NCJ059007), en sentido contrario].

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 2.2, 22.8, 66.6, 76, 81.1, 88, 136.2, 190, 318 bis, 375, 388, 570 ter y 580.

Código Penal de 1973, art. 70.2.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 503, 531, 852 y 988.

Constitución Española, arts. 14, 15, 24 y 25.

Ley 23/2014 (reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea), art. 83.

Decisión marco 675/2008 (Consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal), arts. 1 y 3.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 23.4 y 65.2.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, art. 47.

Tratado de 25 de marzo de 1957 de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), art. 267.

Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos de 1950 (CEDH), arts. 6.1 y 7.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 15.1.

Ley Orgánica 7/2014 (sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea), arts. 1, 14, 15 y disp. final tercera.

PONENTE:

Don José Ramón Soriano Soriano.



www.civil-mercantil.com

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Enero de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación del acusado Jose Antonio , contra Auto dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el que se acordó no haber lugar a incluir en el auto de acumulación de penas de 13 de septiembre de 2007 la condena por sentencia de 26 de mayo de 1997 del Tribunal de Gran Instancia de París, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador Sr. Orteu Del Real.

I. ANTECEDENTES

Primero.

La Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en la ejecutoria nº 14/05, dimanante del sumario nº 90/80 del Juzgado Central de Instrucción nº 4 dictó Auto con fecha 4 de septiembre de 2014, que contiene los siguientes Antecedentes de Hecho: PRIMERO.- Jose Antonio fue condenado en la presente causa (hoy Ejecutoria 14/05) por sentencia de 17 de octubre de 2003 a dos penas de veintisiete años de reclusión por delitos de asesinato, fijándose como límite máximo de cumplimiento (art. 70.2 C° Penal de 1973) treinta años de privación de libertad según auto de 10 de octubre de 2005. SEGUNDO.- Según auto de 13 de septiembre de 2007 (confirmado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 11.3.09) a dicha condena y considerando el límite de treinta años de efectivo cumplimiento se acumularon las impuestas por la Sección 1ª de esta Audiencia Nacional en Ejecutoria 6/85 (veintisiete años de reclusión por asesinato), 9/96 (treinta años por atentado y dos de veintidós años por sendos asesinatos frustrados) y 140/80 (veintisiete años por asesinato y dieciocho años por asesinato en tentativa), siendo todo beneficio sobre la suma aritmética de todas las condenas. Efectuada la correspondiente liquidación de condena de 6.11.07 iniciando el 22 de noviembre de 2001, fecha de su extradición desde Francia, extinguiría el 14 de noviembre de 2031. TERCERO. - La representación del condenado en 13 de junio de 2013 interesó que se incluyese en la acumulación de junio la recaída y ya cumplida en Francia: 10 años por asociación de malhechores y otros según sentencia de 26 de mayo de 1997 , petición que se denegó por esta Sección en auto de 18 de septiembre de 2013 , firme al ser desierto el recurso de casación anunciado el 8 de noviembre de 2013. CUARTO. - Por escrito de 21 de octubre de 2013 la defensa vuelve a solicitar, entre otras peticiones, la acumulación de la sentencia francesa, a la que se ha opuesto el Ministerio Fiscal .

Segundo.

El citado Auto contiene la siguiente Parte Dispositiva: No ha lugar a incluir en el auto de acumulación de penas de 13 de septiembre de 2007 la condena por sentencia de 26 de mayo de 1997 del Tribunal de Gran Instancia de Paris, estando a lo ya resuelto por auto de 18 de septiembre de 2013 .

Tercero.

Notificado el Auto a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado Jose Antonio , que se



www.civil-mercantil.com

tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El recurso interpuesto por la representación del acusado Jose Antonio , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849 L.E.Cr ., consistente en vulneración de los arts. 988.3º L.E.Cr . y antiguo art. 70.2 del C.P. de 1973 (actualmente art. 76 del C. Penal), según los cuales se establecen los límites de cumplimiento de penas privativas de libertad en 30 años; límite que en nuestro caso se ha sobrepasado al infringirse a su vez el art. 76.2º, que se inaplica incorrectamente al no acceder a la acumulación de todas las penas impuestas en procesos que podrían haberse juzgado en uno solo en virtud del momento de comisión de los hechos, todos ellos anteriores a la primera sentencia condenatoria, conforme a la jurisprudencia sentada en la STS 186/2014, de 13 de marzo (Ponente Colmenero), que confirma la jurisprudencia expuesta en las SSTS 1129/2000, de 27 de junio ; Ponente Bacigalupo (condena Tailandia), 926/2005, de 30 de junio; Ponente García Pérez (condenas en Tailandia) y 368/2013, de 17 de abril ; Ponente Saavedra Ruíz (condena del Principado de Andorra), en contra de la única STS en sentido contrario, que era la STS 2117/2002, de 18 de diciembre ; Ponente Delgado (condena en Francia); Segundo.- Por vulneración del precepto constitucional, al amparo del art. 852 L.E.Cr ., del art. 14 C.E ., en el que se consagra el derecho fundamental a la igualdad, en cuanto que se ha producido un tratamiento notoriamente desigual a distintos sujetos por causas análogas respecto a la aplicación del art. 76.2 C.P ., confiriéndose a unos la solicitada acumulación de penas (STS 186/2014, de 14 de abril) (Ponente Colmenero), que confirma la jurisprudencia expuesta en las SSTS 1129/2000, de 27 de junio , 368/2013, de 17 de abril ; Ponente Sr. Saavedra Ruíz (condena del Principado de Andorra) y 926/2005, de 30 de junio; Ponente Sr. García Pérez (condenas en Tailandia), así como respecto a la posibilidad de aplicación a otros presos en la misma situación de cumplimiento que no hubieran tenido resolución judicial firme sobre la acumulación y denegándose sin embargo a mi representado. E igualmente respecto al criterio seguido en la aplicación de la STEDH caso del Río Prado, (véase STS nº 1000/2013, de 7 de febrero de 2014 ; Ponente Jorge Barreiro) conforme al cual la alegada intangibilidad no alcanza a las resoluciones judiciales en el marco del proceso de ejecución de las penas; Tercero.- Por vulneración del precepto constitucional, al amparo del art. 852 L.E.Cr ., del art. 25.2 C.E ., en el que se recoge el principio de legalidad penal, por haber realizado el tribunal a quo una interpretación restrictiva del art. 76 C.P . contraria a la literalidad del mencionado precepto y en contradicción a la interpretación establecida en relación con el criterio de la conexidad; Cuarto.- Por vulneración del precepto constitucional, al amparo del art. 852 L.E.Cr ., del art. 25.1, infracción del principio de legalidad al no haber aplicado retroactivamente a una ejecución de condena la norma más favorable que resulta de la Decisión Marco 675 de 2008 tal como la aplica la STS 186/2014 y por analogía con la vía de aplicación de la STEDH caso del Río Prada tal como establece el Pleno no jurisdiccional del TS que se celebró el 12 de noviembre de 2013 y la STS 1000/2013, de 7 de febrero de 2014 ; Ponente Jorge Barreiro (en esta sentencia se desestimó un recurso del Ministerio Fiscal contra un Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que corregía una liquidación de condena establecida en anterior Auto firme de 5 de junio de 2006 . En este caso no se acogió por la Sección 3ª de la Audiencia Nacional ni por el Tribunal Supremo el criterio de la intangibilidad de un Auto firme más perjudicial para el preso que ahora promueve el Ministerio Fiscal y sí acepta la Sección Tercera); Quinto.- Por vulneración del precepto constitucional, al amparo del art. 852 L.E.Cr ., del art. 17.1 C.E . por cuanto se produce una restricción ilegal y desproporcionada de



www.civil-mercantil.com

la libertad al superarse el límite legal de 30 años para la acumulación de penas que habrían podido juzgarse en un solo proceso en virtud del momento de comisión de los hechos; vulneración del derecho a la libertad que se produce porque el recurrente se encuentra ilegalmente privado de libertad por inaplicación del art. 70.2º C.P. 1973 y se sigue produciendo mientras el recurrente siga en prisión; vulneración que por tanto ha de poder ser corregida por este Tribunal mediante la puesta en libertad del mismo; Sexto.- Por vulneración del precepto constitucional, al amparo del art. 852 L.E.Cr ., del art. 15 C.E ., por cuanto una pena privativa de libertad que sobrepasa los límites máximos legalmente establecidos constituye una pena inhumana y degradante, fundamento éste precisamente de los criterios de acumulación jurídica de las penas, y del art. 25.2 C.E . en cuanto penas tan extensas que superan el límite de acumulación jurídica de las penas, en este caso hasta los 40 años de prisión continuada por hechos conexos, hacen inviable el mandato de orientar las penas a la reinserción social; Séptimo.- Por vulneración del precepto constitucional, al amparo del art. 852 L.E.Cr ., del art. 24 C.E ., por el cual se proscribía la indefensión, en cuanto que la firmeza del Auto de 18 de septiembre de 2013 se produjo porque el entonces procurador (como lo venía siendo de todos los miembros de ETA, pero que no quiso seguir prestando sus servicios a quienes abandonaban ETA) no notificó a la defensa el emplazamiento para formalizar el recurso de casación preparado, produciendo la indefensión material y la ausencia de tutela judicial efectiva (véase Recurso de reposición presentado por esta parte el 28 de noviembre de 2013 contra Diligencia de Ordenación de 25 de noviembre, obrantes en esta Ejecutoria).

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación prevenida el día 16 de diciembre de 2014, mediante Pleno jurisdiccional. En él se acordó suspender la decisión del asunto y dar traslado al recurrente y al Ministerio Fiscal para que alegaran lo que conviniera a su derecho en relación con la LO 7/2014, de 12 de noviembre, habiéndose cumplido el traslado con el resultado que obra en autos. Señalada nueva deliberación para el día 13 de enero de 2015, se llevó a cabo la misma.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Preliminar.

Se recurre en casación ante esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el auto dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 4 de septiembre de 2014, en la Ejecutoria nº 14/05. Dicho auto deniega la petición formulada por la representación de Jose Antonio y declara que no ha lugar a incluir, en el auto de acumulación de penas dictado el 13 de septiembre de 2007, la condena impuesta por sentencia de 26 de mayo de 1997 del Tribunal de Gran Instancia de París, debiendo estarse a lo ya resuelto por auto de 18 de septiembre de 2013. En esta última resolución, que devino firme al quedar desierto el recurso de casación anunciado contra él, ya se había denegado, según se explica en el recurso, la solicitud que en este mismo sentido se había formulado por escrito de 26 de junio de 2013.



www.civil-mercantil.com

Se ponen asimismo de manifiesto en el recurso, como antecedentes relevantes, que el auto citado de 13 de septiembre de 2007, en el que acordaba la acumulación de varias sentencias condenatorias dictadas en España respecto del recurrente, fijó un límite máximo de cumplimiento efectivo de 30 años, determinándose como fecha de extinción, efectuada la correspondiente liquidación de condena la de 14-11-2031. Como consecuencia de la solicitud de 24 de enero de 2014, y raíz de la aplicación de la doctrina establecida por la STEDH Del Río Prada de 21 de octubre de 2103, se aprobó una nueva liquidación de condena, por providencia de fecha 3 de marzo de 2014, fijándose como nueva fecha de extinción el 23-02-2022. Conforme a esta nueva liquidación, si se acumulara, según insta, la sentencia dictada en Francia, y se abonaran los diez años de condena impuestos en ella, el recurrente entiende que habría extinguido su pena en febrero de 2012, por lo que debería ser inmediatamente puesto en libertad.

A la Ejecutoria núm. 14/2005, proveniente del sumario núm. 90/1980, donde se le condenaba a dos penas de veintisiete años de privación de libertad, por delitos de asesinato, fijándose como límite máximo de cumplimiento treinta, se le acumularon en el referido Auto de 13 de septiembre de 2007, las penas privativas de libertad impuestas en:

a) La causa de la Sección 1ª de la Audiencia Nacional, núm. 140/1980, veintisiete años por asesinato y dieciocho por asesinato frustrado.

b) La causa de la Sección 1ª de la Audiencia Nacional, núm. 6/1985, veintisiete años por asesinato.

c) La causa de la Sección 1ª de la Audiencia Nacional, núm. 9/1996, treinta años de prisión por atentado con resultado de muerte y dos penas de veintidós años por sendos asesinatos en grado de tentativa.

En definitiva, las condenas recaídas contra el recurrente estaban integradas por:

a) Dos delitos consumados de asesinato, imponiéndosele 27 años de reclusión mayor por cada uno de ellos.

b) A estas condenas se añadieron a efectos de refundición, siempre bajo el límite de cumplimiento de 30 años:

1) La impuesta por la Sección 1ª de la Audiencia Nacional (Ejecutoria 6/85) de 22 años de reclusión mayor por asesinato.

2) Por la misma Sección (Ejecutoria 9/96) 30 años por atentado y dos condenas más de 22 años por sendos delitos de asesinato frustrado.

3) Y por último también correspondiente a la misma Sección la (Ejecutoria 140/80) a 27 años por asesinato y 18 años por tentativa de asesinato.

c) El recurrente condenado, en 13 de junio de 2013 interesó que se incluyese la acumulación a la impuesta y cumplida en Francia de 10 años por asociación de malhechores y otros, según sentencia de 26 de mayo de 1997.

En el marco expuesto, siete son los motivos de casación que se formulan contra el auto de 4 de septiembre de 2014 dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Primero.

En primer lugar, procede la resolución conjunta de los motivos primero, segundo y quinto.



www.civil-mercantil.com

1. El primer motivo se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECRIM , por vulneración de los artículos 988.3º LECRIM y 70.2 del CP de 1973 . En él se ponen de manifiesto distintas cuestiones destinadas fundamentalmente a impugnar el argumento del Tribunal de instancia, según el cual no se puede estimar la solicitud formulada debido a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, en este caso, el auto de 18 de septiembre de 2013 , en el que se ya se denegó dicha pretensión. Según el recurrente, de conformidad con la propia doctrina de esta Sala de lo Penal, la eficacia de la cosa juzgada no es predicable de los autos de acumulación, que siempre están abiertos a una reconsideración en beneficio del reo. De hecho, en la presente ejecutoria ni el Ministerio Fiscal, ni la Sección Tercera de la Audiencia Provincial, mantuvieron el criterio de la intangibilidad de cualquier resolución firme, cuando en providencia de fecha 3 de marzo de 2014 se aprobó, como ya se ha expuesto, una nueva liquidación de condena. La resolución judicial recurrida, se señala, vulnera el derecho a la legalidad penal y el derecho a la libertad, vulneraciones que no pueden mantenerse con base en esta intangibilidad, debiendo habilitarse en consecuencia un cauce procesal para rectificarla.

En el motivo segundo, al amparo del artículo 852 de la LECRIM y denunciándose la infracción del artículo 14 de la Constitución , se insiste en que la alegada intangibilidad no alcanza a las resoluciones judiciales en el marco del proceso de ejecución de la penas. Una alegación que se reitera igualmente en el motivo quinto, también ex artículo 852 de la LECRIM , pero desde la perspectiva de la vulneración del derecho a la libertad, que se estaría produciendo como consecuencia del criterio mantenido en este sentido por la resolución recurrida.

2. El auto recurrido no ha considerado el fondo de la cuestión solicitada por el recurrente, cual es que se le acumule la condena que le fue impuesta, el 26 de mayo de 1997, por el Tribunal de Gran Instancia de Paris, por considerar que esta pretensión ya había sido formulada y rechazada en una resolución anterior, el auto de 18 de septiembre de 2013 , que había devenido firme, por consentimiento de la parte, y como tal era inmodificable. Así lo exigía el principio de seguridad jurídica, al margen de que se hubiera producido un cambio jurisprudencial que afectara al criterio sostenido en dicha resolución.

3. No se comparte íntegramente este argumento. Varias son las cuestiones que al respecto han de tenerse en cuenta.

En primer lugar, ha de valorarse, la doctrina reiterada de esta Sala, según la cual, los autos de acumulación de condena no producen efectos de cosa juzgada, de manera que, como decíamos en la STS 502/2014, de 20 de junio , la existencia de acumulaciones anteriores no impide un nuevo examen de la situación cuando se conozcan nuevas condenas que pudieran ser susceptibles asimismo de acumulación. En estos casos, decíamos en la STS 388/2014, de 7 de mayo , no cabe hablar de eficacia de cosa juzgada que pudiera impedir una reconsideración del caso en beneficio del reo. Si aparecieran nuevas condenas por delitos no contemplados en la anterior resolución sobre acumulación, dictada conforme al art. 988 LECRIM , habrá de dictarse un nuevo auto para hacer un cómputo que abarque la totalidad de las condenas. Aunque la nueva acumulación que se opere solo será procedente cuando, en su conjunto, resulte favorable al reo, dado que la condena posterior no puede perjudicar retroactivamente la acumulación ya realizada. Y añadíamos, una vez que se entra a revisar una acumulación anterior, la revisión no se limita a las penas efectivamente acumuladas, sino a todas las que fueron objeto de examen en el Auto, sin perjuicio de que entonces su acumulación se considerara improcedente ya que sí podrían ser acumulables con la nueva sentencia.

En segundo lugar, también es reiterada la jurisprudencia de esta Sala sobre la naturaleza no definitiva de las liquidaciones de condenas. En la STS 343/2011, de 3 de mayo ,



www.civil-mercantil.com

decíamos que las resoluciones que aprueban las liquidaciones de condena efectuadas al penado tienen, por su propia naturaleza, carácter provisional, pues pueden verse modificadas por las incidencias del cumplimiento, de mayor alcance cuando se trata de penas impuestas conforme al Código Penal derogado de 1973. En consecuencia, la jurisprudencia no les ha reconocido los efectos propios de la cosa juzgada.

En la misma línea, la sentencia 638/2014, de 30 de septiembre. En esta resolución, con citación, a su vez, de las STS 1076/2009, de 29 de octubre y la STS 1089/2011, de 27 de octubre, declarábamos lo siguiente: «El proceso de ejecución de las distintas penas impuestas a una persona, en una o varias sentencias, y tenga o no establecido un determinado máximo de cumplimiento, se extienda al tiempo preciso desde que comienza la ejecución hasta que se produce el licenciamiento definitivo, y en ese periodo temporal pueden aparecer distintas incidencias que son resueltas con aplicación del criterio que, a través de la interpretación de la ley, se establezca como correcto en cada caso».

A la vista de lo expuesto, concluíamos que las resoluciones que aprueban las liquidaciones de condena efectuadas al penado tienen, por su propia naturaleza, carácter provisional y la jurisprudencia no les ha reconocido los efectos propios de la cosa juzgada.

Asimismo, en tercer lugar, resulta igualmente relevante mencionar que la firmeza de la correspondiente resolución judicial no ha sido un obstáculo para que esta Sala haya confirmado nuevas liquidaciones de condena dictadas tras la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el 21 de Octubre de 2013, en el caso Del Río contra España.

Al respecto, decíamos en la STS 922/2013, de 2 de diciembre: «En segundo lugar, que, como se ha dicho, respecto de condenas todavía en ejecución, no solo nada impide la rectificación del criterio hasta ahora aplicado para sustituirlo por otro más favorable al reo en el sentido que se desprende de la tan mencionada STEDH, sino que resulta obligado en tanto que no es posible mantener una situación de privación de libertad basándose en un criterio que, en circunstancias similares a las contempladas en la referida STEDH, vulnera derechos reconocidos en el Convenio Europeo». En la misma línea, entre otras, la STS 1000/2013, de 7 de febrero.

4. Partiendo de lo expuesto, al recurrente le asiste la razón en este punto.

Ciertamente el auto de 18 de septiembre de 2013 en el que se denegó, por primera vez, la acumulación de la condena dictada por el Tribunal de Gran Instancia de París, es una resolución firme. Pero la nueva petición del recurrente de que se proceda a la acumulación se ampara ahora, sin embargo, según se infiere del recurso, en la interpretación que resulta de la STS 186/2014, de 13 de marzo, en relación con la Decisión marco 2008/675/JAI del Consejo de 24 de julio de 2008, de la que resulta la posibilidad de reconocer efectos a las condenas impuestas en otros Estados miembros de la Unión Europea.

En cuanto que dicha posibilidad, con potencial efecto favorable al reo, deriva de la interpretación de nuestro ordenamiento pero en orden a lograr el efecto pretendido en un instrumento normativo europeo, debemos entender que estamos ante uno de los múltiples avatares, que en materia de acumulación de condenas, aun respecto de resoluciones firmes, pero no intangibles, permite que sean susceptibles de un nuevo pronunciamiento, al margen de cuál sea la conclusión que alcancemos al respecto.

En consecuencia, el recurrente en este punto debe ver reconocida la posibilidad de que se pueda revisar la decisión judicial anteriormente dictada. Ahora bien, sin perjuicio de ello, existen otras razones que expondremos a continuación, que impiden acoger su pretensión de acumular las condenas en el sentido solicitado.

Segundo.

A continuación, abordamos el estudio de los motivos tercero y cuarto del recurso.



www.civil-mercantil.com

1. El motivo tercero se interpone por vulneración de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECRIM , del artículo 25 de la CE , en el que se recoge el principio de legalidad penal, por haber realizado el Tribunal a quo una interpretación restrictiva del artículo 76 del CP , contraria a la literalidad del citado precepto, y en contradicción a la interpretación establecida en relación con el criterio de conexidad.

El recurrente mantiene que no se aplicó el artículo 76 del CP y que se perjudica al reo. Solo cabe el criterio temporal para resolver sobre la acumulación. Por lo tanto, ha de dictarse una nueva resolución judicial que corrija esta situación. Alega el recurrente que la STS 186/2014 estimó contraria a derecho la inaplicación del artículo 70.2 del CP de 1973 a un caso idéntico al presente. En consecuencia, dice que se constata la vulneración del principio de legalidad penal (artículo 25 de la CE), que supone la inaplicación del artículo 70.2 del CP de 1973 y 76 del vigente CP, con base en un criterio inexistente en la ley, como es el que las condenas se dictaran en países distintos, siendo que la ley únicamente atiende para la acumulación de condenas al momento de comisión de los hechos, y al momento del dictado de las sentencias condenatorias, aplicando por lo tanto el auto recurrido un criterio extra legem en contra del reo.

El motivo cuarto del recurso se interpone por vulneración de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECRIM , del artículo 25.1 de la CE , infracción del principio de legalidad al no haber aplicado retroactivamente a una ejecución de condena la norma más favorable que resulta de la Decisión marco 675/2008, tal como la aplica la STS 186/2014 , y por analogía con la vía de aplicación de la STEDH, caso Del Rio Prada, tal como establece el Pleno no jurisdiccional de esta Sala que se celebró el día 12 de noviembre de 2013, y la STS 1000/2013, de 7 de febrero de 2014 .

El recurrente procede, en este caso, a un análisis de la STS 186/2014, de 13 de marzo , y de la interpretación que la misma realiza del artículo 76.2 del CP , en relación con la Decisión marco 675/2008, y concretamente de su artículo 3 , relativo a la eficacia de las sentencias anteriores dictadas en otros Estados. Entiende el recurrente que el artículo 3 de la citada Decisión marco establece que las condenas impuestas en el extranjero han de tener la misma eficacia jurídica que las nacionales, también en fase de ejecución y acumulación. Así lo interpretó la STS 186/2014 , y sin embargo este criterio no se ha aplicado en el presente caso.

En cuanto a la Decisión marco 675/2008, alega el recurrente que su integración en el ordenamiento español a través de la interpretación del artículo 76 del CP efectuada por la STS 186/2014 , debería tener efecto retroactivo, como si se tratara de una norma interna, abriendo la vía a la revisión de una resolución judicial firme en ejecución de pena, al ser más favorable para el penado, la legalmente obligada conforme al tenor del artículo 76 del CP y por razones de justicia material. Para la STS 186/2014 , el principio de legalidad exige la acumulación de condenas por hechos temporalmente conexos, aunque se hubieran cometido en territorios soberanos distintos.

Considera que la orientación de la Decisión marco (respecto de la cual se ha superado el plazo de transposición a los ordenamientos jurídicos internos, que finalizaba el 15 de agosto de 2010) no puede ser más clara: que se tengan en cuenta condenas por hechos anteriores en otros países miembros, a efectos, entre otras cosas, de acumulación de penas.

A la vista de las alegaciones del recurrente y el objeto de su recurso, hemos de tener presente que pretende la aplicación de la Decisión marco 675/2008/JAI del Consejo de 24 de julio de 2008 relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal . Dicha Decisión marco ha sido incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea. Esta norma fue publicada en el B.O.E. de 13 de



noviembre de 2014 y entró en vigor a los veinte días de su publicación (Disposición final cuarta). Por tanto, es Derecho vigente en el momento de dictar esta resolución, aunque no lo era cuando el recurrente presentó su recurso. Por tal motivo, esta Sala reunida en Pleno el día 13 de diciembre de 2014, acordó suspender la decisión del asunto y dar traslado tanto al recurrente como al Ministerio Fiscal para que alegaran lo que conviniera a su derecho en relación con la citada ley, con el fin de evitar una posible indefensión, habiendo cumplido el traslado con el resultado que obra en autos.

2. El recurrente invoca a favor de su pretensión, por un lado, la Decisión marco 675/2008/JAI del Consejo de 24 de julio de 2008 relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal; y, por otro lado, la STS 186/2014, de 13 de marzo .

La STS 186/2014, de 13 de marzo , se refiere a un supuesto en el que, en el trámite de acumulación de condenas, se acepta la posibilidad de la inclusión de una condena impuesta en Francia. Como señala esta resolución, el recurrente, condenado en numerosas causas por delitos de terrorismo, solicitó al órgano de instancia que se incluyera en la acumulación de condenas, y dentro del límite máximo de cumplimiento, la condena de seis años de prisión impuesta y cumplida en Francia. La Sala a quo denegó la acumulación, argumentando, entre otras razones, que al tratarse de hechos ocurridos en Francia y España no pudieron ser objeto del mismo proceso al ocurrir en territorios nacionales distintos, sometidos a la soberanía de diferentes países. Esta era la solución por la que había optado esta propia Sala en la STS 2117/2002, de 18 diciembre .

La STS 186/2014, de 13 de marzo , estima el recurso interpuesto y niega que constituya un límite a la posibilidad de acumulación el que la sentencia haya sido dictada por un tribunal de otro Estado de la Unión Europea. A tal efecto, cita la STS 2117/2002, de 18 diciembre , así como la STS 1129/2000, de 27 junio y entiende que la posición mantenida en esta última resolución «(...) en cuanto no suprimía la posibilidad de acumular sentencias dictadas por un Tribunal no español, resulta más conforme con la existencia de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, que implica, de alguna forma, una distinta consideración de algunos aspectos relacionados con el ejercicio de la soberanía. En ese sentido, la Decisión marco 2008/675/JAI, del Consejo de Europa, de 24 de julio de 2008, posterior, por lo tanto, a nuestra sentencia de 18 de diciembre de 2002 , señalaba que su objetivo era establecer una obligación mínima para los Estados miembros al objeto de tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados miembros» , transcribiendo a continuación el contenido del artículo 3 de la citada Decisión marco.

La STS 186/2014, de 13 de marzo , añade:

«Con independencia de que el Estado español, como Estado miembro de la UE, haya sido más o menos diligente en dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 5.1 de la referida Decisión marco ("1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión marco a más tardar el 15 de agosto de 2010"), lo cierto es que en ausencia de normas que regulen expresamente la materia de una forma terminante, la interpretación de las vigentes debería realizarse de la manera más conforme posible con el contenido de una normativa europea, cuya incorporación al ordenamiento interno es una obligación contraída por el Estado español como miembro de la Unión Europea.

En consecuencia, nada impide considerar la sentencia dictada en Francia a los efectos de la acumulación» .

Lo cierto es que esta Sala ha tratado la cuestión de la acumulación de condenas en el extranjero en diversas resoluciones, como son las ya citadas STS 186/2014, de 13 de marzo ;



www.civil-mercantil.com

STS 2117/2002, de 18 diciembre ; y STS 1129/2000, de 27 junio . A las que podemos añadir la STS 368/2013, de 17 de abril ; y STS 926/2005, de 30 de junio .

Por orden cronológico, la primera resolución es la STS 1129/2000, de 27 junio . En este caso, a los efectos que nos ocupan, acepta la acumulación de condenas impuestas por tribunales extranjeros, cuyo cumplimiento tiene lugar en España en virtud de un tratado internacional sobre cooperación en materia de ejecución de sentencias penales. Por ello, indica:

«3. La primera cuestión, concerniente a la admisibilidad de la refundición de penas impuestas por tribunales extranjeros con penas de tribunales nacionales, debe ser decidida sobre la base de lo establecido en la ley española aplicable, dado que en el Tratado no existe norma alguna al respecto. Se trata, en consecuencia de si los arts. 70.2 CP 1973 o 76 CP son aplicables en dichos supuestos. La respuesta debe ser positiva. En efecto, el texto de estos artículos no contiene ninguna exclusión. Su fundamento, por otra parte, tampoco determina exclusiones. La reglas que limitan la acumulación aritmética de las penas en los casos de concurso real, sobre todo en un sistema como el nuestro, que excluye las penas perpetuas privativas de la libertad, tienen la finalidad de no eliminar el carácter temporal de la pena así como la de unificar la reprobación del hecho mediante un símbolo único del reproche, como sostienen autores modernos. Ninguna de estas finalidades deja de tener sentido cuando una de las penas ha sido impuesta por un tribunal extranjero. Por lo tanto las reglas contenidas en los arts. 70 CP. 1973 y 76 CP . pueden en principio ser aplicadas tanto a sentencias nacionales como extranjeras.

4. La cuestión, sin embargo depende de lo establecido en el Tratado sobre cooperación en materia de ejecución de sentencias, que es también aplicable. El Tratado Hispano-Thaiandés contiene dos normas que conciernen a este caso. El art. 4, que reserva a la jurisdicción del Estado trasladante "decidir sobre cualquier petición destinada a revisar la sentencia y pueda por tanto modificarla conmutando la pena o reduciéndola". El art. 5, por su parte, establece que "la ejecución de la pena de un delincuente trasladado se llevará a cabo según las leyes y reglamentos del Estado receptor, incluso en lo que afecta a (...) cuantas disposiciones afecten la reducción de la duración de la detención o de la pena privativa de la libertad por medio de la libertad condicional o de cualquier otro modo".

La misma Sección de la Audiencia Nacional que dictó el auto ahora recurrido, es decir el de 7-10- 99, había considerado al dictar el auto de 7-5-97, en el que aplicó el art. 76 CP a la pena impuesta por el Tribunal thailandés, que la cuestión de los límites de la pena privativa de la libertad estaba regida por el art. 5 del Tratado. Sin embargo, sin expresar las razones del cambio, en el auto recurrido entendió que la aplicación del art. 70 CP. 1973 o 76 CP . quedaba excluida por lo dispuesto en el art. 4 del mismo Tratado. Esta Sala entiende que las disposiciones referentes a la limitación de la ejecución de las penas de los artículos mencionados son normas que regulan la reducción de la duración de la pena privativa de la libertad, en el sentido del art. 5 del Tratado y que no implican una revisión de la sentencia en el sentido del art. 4 del mismo. En efecto, la sentencia se mantiene en sus términos originales y la pena impuesta no es conmutada por otra, sino limitada según reglas previamente establecidas por el legislador para la ejecución» .

En definitiva, admite la acumulación de una condena impuesta por un Tribunal extranjero, pero cuyo cumplimiento no se ha producido en el extranjero, sino en nuestro país en virtud de un tratado internacional, que remite su ejecución a España. Por tanto, proclama que las reglas contenidas en los arts. 70 CP de 1973 y 76 CP de 1995 pueden ser aplicadas tanto a sentencias nacionales como extranjeras, pero ello no es un principio absoluto, sino que se



www.civil-mercantil.com

procederá así "en principio" y añade que ello dependerá de lo establecido en el Tratado sobre cooperación en materia de ejecución de sentencias, que es también aplicable.

En segundo lugar, la STS 2117/2002, de 18 diciembre, resuelve un supuesto similar al presente: acumulación de una pena de siete años de reclusión impuestos por sentencia de la jurisdicción francesa, que ya ha sido cumplida en Francia antes de que el recurrente fuera extraditado a España. En este caso, se niega tal posibilidad, con los siguientes argumentos:

«Quiere el recurrente, como acabamos de decir, que la pena de siete años de prisión impuesta por la jurisdicción francesa se integre con esas otras de los diferentes procesos seguidos en España para formar un todo al que se aplique ese máximo de treinta años que se estableció con relación a las acordadas por los tribunales españoles.

Esta petición fue rechazada en la instancia y nosotros ahora en casación hemos de considerar conforme a derecho lo allí resuelto, simplemente porque esos distintos hechos, los realizados en España y los de Francia, en modo alguno pudieron ser objeto del mismo proceso, por haber ocurrido en territorios nacionales distintos, es decir, sometidos a la soberanía de diferentes estados y por tanto, enjuiciados por jurisdicciones nacionales diferentes.

No se trata de un simple obstáculo procesal, como ocurre cuando en tribunales de la misma jurisdicción nacional no se celebra un solo juicio sino varios para conocer de los diferentes delitos que podrían haber sido objeto de un solo procedimiento. Es que el hecho de haberse cometido las diferentes infracciones penales en territorios sometidos a soberanías estatales distintas cuando el enjuiciamiento se produjo en Francia y allí se ha cumplido la pena, hace que la jurisdicción española tenga que considerarse ajena a lo enjuiciado en este otro país, incluso a los efectos de acumulación de condenas que ahora nos interesa.

El estado francés ejerció su soberanía en este caso sometiendo a juicio y castigando a quien había cometido unos delitos en Francia. Es precisamente en materia de Derecho Penal donde la soberanía de los estados nacionales se muestra especialmente celosa de su ejercicio. No existe un Derecho Penal transnacional, aunque haya normas en convenios internacionales sobre cooperación procesal y policial, concretamente en el ámbito de Europa (Eurojust, Euroorden y entrega temporal, como bien cita el escrito de recurso). Y aunque haya proyectos de unificación para determinados delitos, esto no impide ni limita el ejercicio de las propias jurisdicciones nacionales respecto de los cometidos en el propio territorio, como una manifestación, repetimos, del principio de soberanía nacional de cada estado. Principio que ahora tenemos que aplicar nosotros en España para excluir eficacia a la condena francesa, al no existir ningún acuerdo internacional ni norma interna que nos obligue a otra cosa.

Caso distinto es el examinado en nuestra anterior sentencia de 27.6.2000 que contempla un supuesto en el que sí había un convenio entre Tailandia y España en virtud del cual se entregó a un súbdito español que había delinquido en aquel país para cumplir aquí la pena allí impuesta. Por virtud de un acuerdo internacional hubo una voluntaria limitación de los derechos de soberanía de aquel país extranjero en favor de la soberanía de España, que se consideró razón suficiente para integrar la condena penal extranjera en una refundición de penas junto con las condenas españolas. En el caso presente los poderes del estado español quedaron totalmente ajenos a la mencionada condena en Francia» .

En tercer lugar, la STS 926/2005, de 30 de junio, aborda el siguiente supuesto: el órgano a quo deniega la acumulación, en una sola, de la condena privativa de libertad impuesta al penado en sentencia dictada por la jurisdicción española con la impuesta por un tribunal de Tailandia, que dio lugar a un expediente de cumplimiento de condena ante la Audiencia Nacional. La resolución de esta Sala, estima el recurso «[a]tendiendo a que todos los hechos ocurrieron en 1997 y a que la primera sentencia no fue dictada sino años después, debe afirmarse que, además de existir conexión temporal, no se puede entender aplicable la



www.civil-mercantil.com

restricción a la que nos venimos refiriendo. Conviniendo hacer referencia a que, con arreglo al art. 23.4 f. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incluso el hecho cometido en Tailandia pudo haber sido enjuiciado en España». Por lo que revoca la resolución que denegó la acumulación de las condenas.

Pero, ya por tratarse de ejecutoria española, obviamente, ya por remisión del Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino de Tailandia, sobre cooperación en materia de ejecución de sentencias penales, hecho en Bangkok el 7 de diciembre de 1983, ambas condenas se ejecutaban en nuestro Estado, con atribución jurisdiccional de origen, al tratarse de sentencia española o por remisión expresa de la ejecutoria extranjera de conformidad a la normativa convencional.

Posteriormente, la STS 368/2013, de 17 de abril, trata de una acumulación de condenas, en la que se incluye una impuesta por un Tribunal extranjero. En tal sentido, indica:

«Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, debe llamarse la atención sobre la circunstancia de que la ejecutoria núm. 21/2007 proceda de una sentencia dictada por el Tribunal de Corts del Principado de Andorra, que condenó al ahora recurrente como autor de un delito de agresión sexual. Como con acierto expone el Fiscal en su informe ante esta Sala, apoyando expresamente el recurso, ningún obstáculo existe para que, concurriendo semejante circunstancia, dicha ejecutoria no haya de entrar en el objeto de la acumulación, pues opera sobre ella el Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas firmado en Estrasburgo el 21/03/1983, que España ratificó mediante Instrumento de 18/02/1985 y publicó en el Boletín Oficial del Estado núm. 138, de 10/06/1985, al igual que lo ratificó Andorra con fecha 04/11/1999. A su tenor, en aras de facilitar la cooperación y colaboración de los Estados firmantes, se autoriza el traslado desde el Estado de condena al Estado de cumplimiento de aquel penado que sea nacional del segundo, siempre que la sentencia dictada en el primero sea firme y concurren los demás presupuestos del art. 1. Se seguirán a partir del traslado las reglas de ejecución imperantes en el Estado de cumplimiento (art. 9.3). Plenamente operativo, pues, el Convenio, nada impide que la Audiencia Nacional haya asumido su competencia sobre la ejecución, ex art. 65.2 LOPJ, lo que tampoco se cuestiona en ningún momento por el recurrente. Nada impide tampoco que le sean de aplicación las reglas del arts. 76 CP que hemos de examinar».

Es decir, la atribución jurisdiccional para ejecutar esa sentencia en España provenía de otro Convenio, en este caso del Consejo de Europa. Como se observa, todas las resoluciones indicadas que permiten la acumulación, tienen en común que se trata de una acumulación de condenas en la que concurren condenas impuestas en España con condenas impuestas en el extranjero; en virtud de una norma convencional que así lo permite. Es el caso de las SSTs 1129/2000, 926/2005 y 368/2013.

Mientras que, cuando esas condenas impuestas en el extranjero ya han sido cumplidas en el extranjero, la acumulación se deniega; es el caso de la STS 2117/2002, en relación con una ejecutoria francesa.

El caso de la STS 186/2014, de 13 de marzo, también contempla una ejecutoria francesa ya cumplida, pero en la misma se admite la posibilidad de acumulación, siendo el hecho diferencial entre ambas la publicación entre tanto de la Decisión marco 675/2008/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal.

3. La Decisión afirma en su primer considerando la necesidad de poder tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados Miembros para desarrollar un espacio de libertad, seguridad justicia, tanto para prevenir nuevas infracciones como con motivo de un nuevo proceso penal.



www.civil-mercantil.com

Pero delimita el ámbito de estos efectos, de modo que la propia Decisión precisa que no aborda:

- ni la cuestión del non bis in idem ,
- ni la ejecución de una condena en otro Estado Miembro diverso del que pronuncia la pena,
- ni la armonización de los efectos atribuidos a las condenas anteriores en cada Estado Miembro;
- ni conlleva influencia en la ejecución de condenas previas.

Es decir, en esta ocasión la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, simplemente supone reconocer a las condenas pronunciadas por otros Estados Miembros de la Unión Europea, el mismo valor y asignarle los mismos efectos que una condena nacional anterior. En definitiva impone un "principio de asimilación" o equivalencia de la condena de otro Estado Miembro a la condena nacional, dejando a las legislaciones nacionales que obtengan las consecuencias de este principio.

En definitiva, tiene como objeto declarado, en su artículo 1, establecer las condiciones en que los Estados miembros considerarán, con motivo de un nuevo proceso penal las condenas pronunciadas en otro Estado Miembro por hechos diferentes. El enunciado principal de equivalencia, se contiene en el art. 3.1: « Cada Estado miembro garantizará que se tomen en consideración, con motivo de un proceso penal contra una persona, las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros contra la misma persona por hechos diferentes (...) en la medida en que se tomen en consideración las condenas nacionales anteriores y se atribuyan a aquellas condenas los mismos efectos jurídicos que a las condenas nacionales anteriores, de conformidad con el Derecho nacional .

Y se especifica que tal ponderación debe aplicarse « en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena, en particular por lo que respecta a las normas de procedimiento aplicables, incluidas las relativas a la detención provisional, la calificación de la infracción, el tipo y el nivel de la pena impuesta, e incluso las normas que rigen la ejecución de la resolución» (art. 3.2).

Pero a su vez, impide que la Decisión influya o interfiera en las condenas anteriores (o en la ejecución), de los otros Estados Miembros (art. 3.3); ni que interfiera en las condenas anteriores pronunciadas por el Estado Miembro donde se desarrolla el nuevo proceso (art. 3.4).

A la vez que excluye la obligatoriedad de la consideración de la condena de otro Estado Miembro, cuando el efecto sea el de la acumulación de condenas, en los términos expresados en el artículo 3.5:

«Si la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo, los apartados 1 y 2 no tendrán por efecto el de exigir a los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones, si la aplicación de dichas normas a las condenas extranjeras limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso».

4. En este intervalo temporal, cuando la Decisión marco, publicada en el DOUE desde el 15 de agosto de 2008, con mandato expreso de su incorporación al ordenamiento nacional en dos años, pero transcurría el año 2014 sin haberse implementado, fue dictada nuestra Sentencia 186/2014, de 13 de marzo .

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tras la doctrina Pupino , obligaba a la denominada "interpretación conforme" de nuestro ordenamiento para lograr la finalidad prevista en la norma comunitaria, incluso praeter legem ; en este caso, la consecución de la asimilación



www.civil-mercantil.com

de las condenas de otros Estados Miembros a las condenas nacionales, cuando tuvieran eficacia en un nuevo proceso.

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 16 de junio de 2005 (asunto C-105/03, caso Pupino), decía, en síntesis, lo siguiente:

a) El carácter vinculante de las decisiones marco, formulado en términos idénticos a los del artículo 249 CE , párrafo tercero, supone para las autoridades nacionales y, en particular, para los órganos jurisdiccionales nacionales, la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional (apartado 34 de la Sentencia).

b) Ha de reconocerse a los particulares el derecho a invocar las decisiones marco a fin de obtener una interpretación conforme del Derecho nacional ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (apartado 38 de la Sentencia).

c) El principio de interpretación conforme se impone respecto de las decisiones marco, por lo que al aplicar el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Decisión marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Decisión marco y de esta forma atenerse al artículo 34 UE, apartado 2, letra b) (apartado 43 de la Sentencia).

d) Sin embargo, la obligación del juez nacional tiene límites, que son:

d.1) Los límites impuestos por los principios generales del Derecho y, en particular, en los de seguridad jurídica y no retroactividad (apartado 44 de la Sentencia). Dichos principios se oponen, concretamente, a que la referida obligación pueda tener por efecto determinar o agravar, basándose en la Decisión marco y con independencia de una ley adoptada para la ejecución de ésta, la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones (apartado 45 de la Sentencia).

d.2) La obligación del juez nacional de tener presente el contenido de una Decisión marco en la interpretación de las correspondientes normas de su Derecho nacional cesa cuando éste no puede ser objeto de una aplicación que lleve a un resultado compatible con el que pretende alcanzar dicha Decisión marco. En otros términos, el principio de interpretación conforme no puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional. Sin embargo, dicho principio requiere que el órgano jurisdiccional nacional tome en consideración, en su caso, todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida puede éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la Decisión marco (apartado 47 de la Sentencia).

En consecuencia, corresponde al juez nacional verificar si, en el asunto concreto, es posible una interpretación conforme de su Derecho nacional (apartado 48 de la Sentencia).

Por ello, la sentencia del Tribunal de Justicia concluye, contestando a la cuestión prejudicial planteada, que el órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Decisión marco.

Estas consideraciones no sólo se predicen de las Decisiones marco, sino también de las Directivas. En efecto, el principio de «interpretación conforme» se formuló por el Tribunal de Justicia en relación con las Directivas, ya en la Sentencia de 10 de abril de 1984 (asunto 14/83, caso Von Colson y Kamann). Como aplicación más reciente, contamos con la Sentencia de 4 de julio de 2006 (asunto C-212/04, caso Adeneler y otros), en la que se indica que la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una Directiva, cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho nacional, tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede



www.civil-mercantil.com

servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional (apartado 110); que esta obligación general nace únicamente a partir de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a dicha directiva (apartado 115); y que durante el plazo de adaptación del Derecho interno a una Directiva, los Estados miembros destinatarios de la misma deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por ésta (apartado 121).

Tercero.

Respecto a la Decisión marco 2008/675/JAI, a expensas de la ulterior concreción en la incorporación que finalmente fuera objeto de aprobación, sus consecuencias resultaban potencialmente ponderables en nuestro ordenamiento, no sólo para delimitar el problema de la eficacia de las condenas a efectos de acumulación, sino en otros fenómenos jurídicos, como:

a) Posibilitar la situación de prisión provisional, en delitos sancionados con penas privativas de libertad inferiores a dos años (cifr. 503.1.1 LECrim).

b) Determinar la calidad y cantidad de la fianza mediante la que eludir la situación de prisión provisional (art. 531 LECrim).

c) Aplicar la agravante de reincidencia, si el anterior delito fuera de igual naturaleza y así se declarara positivamente la equivalencia de su ubicación normativa (artículo 22.8ª). Se trata de la reincidencia internacional específicamente contemplada en el Código Penal español en los siguientes supuestos: art. 190, delitos de prostitución y corrupción de menores; art. 375, delitos de tráfico de drogas; art. 388, falsificación de moneda; y art. 580, delitos de terrorismo. En todos estos casos, cualquier país del mundo que mantenga relaciones diplomáticas con España que acrediten las circunstancias de una condena sobre los delitos enumerados opera en nuestro país como reincidencia, si no se hubiera el penado rehabilitado.

d) Individualizar judicialmente la pena, al integrar un elemento relevante de su personalidad (artículo 66.6ª CP).

e) Denegar la aplicación de la suspensión de la ejecución de condena (artículo 81.1ª CP).

f) Valorar la concesión de la suspensión de la ejecución de condena cuando hubiere delinquirido por razón de su adicción (artículo 87.2 CP).

g) Limitar la aplicación de la sustitución de la pena, si la condena anterior determina la habitualidad (artículo 88 CP en relación con el art. 94).

h) Cuantificar el límite de cumplimiento efectivo de pena, para no traspasar el triple de la mayor condena o el total de 20, 25, 30 ó 40 años, que fijan los diversos supuestos del artículo 76 CP

i) Determinar el plazo para cancelar los antecedentes penales (art. 136.2.2º).

j) Cómputo de una condena ya cumplida en un país extranjero, en que sobre la base del principio de doble tipicidad, se acredita la comisión de unos mismos hechos punibles en ambos Estados. El principio de "non bis in ídem" o de "cosa juzgada" permitirían tener en cuenta dicha condena para dejar de aplicar el Código Penal español o reducir la impuesta en la parte cumplida en el extranjero.

Debe considerarse como favorable al reo, sin las férreas restricciones para su ponderación, derivada de la legalidad de las penas, la que determinaba el límite de cumplimiento efectivo de la pena; que si bien en la Decisión resultaba excepcionada en los términos del artículo 3.5, tal naturaleza excepcional determinaba su interpretación restrictiva en cuanto contraria a la consecución efectiva del espacio de libertad, seguridad y justicia



www.civil-mercantil.com

proclamado. De ahí, que nuestra sentencia 186/2014, de 13 de marzo, entendiera lógicamente viable la acumulación.

Tanto más cuando el Proyecto de Ley que tras su tramitación parlamentaria, se concretaría (ya con otro texto) en la Ley Orgánica 7/2014, aprobado el día 8 de febrero de 2013, en el correspondiente Consejo de Ministros, incluía la ponderación de la condena extranjera para determinar la pena o límite máximo de cumplimiento:

«La regulación del título II de esta ley supone la consagración del principio de eficacia general o equivalencia de las sentencias dictadas en la Unión Europea mediante su toma en consideración en procesos posteriores derivados de la comisión de nuevos delitos. Ello significa que, al igual que ocurre con las condenas anteriores pronunciadas en España, las que se dicten en otros Estados miembros deberán ser tenidas en cuenta tanto durante el proceso, como en la fase previa al mismo y en la de ejecución de la condena. En este sentido, esas condenas dictadas con anterioridad en otros Estados miembros habrán de ser tenidas en cuenta, entre otros casos posibles, para acordar una prisión provisional o la cantidad y calidad de la fianza a prestar para eludir, para determinar la pena o el límite máximo de cumplimiento, para denegar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad por no ser la primera vez que delinque el condenado, para decretar la suspensión de la pena privativa de libertad si el reo hubiera delinquirido por su adicción a sustancias estupefacientes o para ponderar la condición de reo habitual a los fines de la sustitución de la pena privativa de libertad».

El cambio de contenido por el legislador, obedeció a una tardía enmienda, ya en el Senado (por cierto, aprobada sin votos en contra y con un escaso número de abstenciones - que no sobrepasan la media docena en ninguna de las dos Cámaras-), de forma que, además de privar a los órganos consultivos de informar específicamente sobre este cambio, determina por contra, que las invocaciones del recurrente al Consejo de Estado, en cuanto referidas a un texto tan dispar, no resultan ilustrativas para la resolución específica de este procedimiento.

Cuarto.

El recurrente entiende, a partir de estos antecedentes, que la integración de la Decisión marco 675/2008 en el ordenamiento español, a través de la interpretación del artículo 76 del CP efectuada por la STS 186/2014, debería tener efecto retroactivo, como si se tratara de una norma interna, abriendo la vía a la revisión de una resolución judicial firme en ejecución de pena, al ser más favorable al penado, al ser la legalmente obligada conforme al tenor del artículo 76 del CP y por razones de justicia material.

1. Sin embargo, como indicábamos anteriormente, el panorama normativo ha experimentado una relevante modificación después de dictada la STS 186/2014, de 13 de marzo. Como esta resolución indica, en ese momento operábamos en ausencia de normas internas que «regulen expresamente la materia de una forma terminante», lo que conllevaba una interpretación de las normas vigentes (la sentencia cita en su texto los arts. 988 LECRIM y 76 CP) de la manera más conforme posible con la Decisión marco. Pero en el momento actual ya contamos con legislación nacional que regula expresamente la materia, como es la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea. Esta norma fue publicada en el B.O.E. de 13 de noviembre de 2014 y entró en vigor a los veinte días de su publicación (Disposición final cuarta).



www.civil-mercantil.com

Mediante esta Ley Orgánica se incorporan al Derecho español (Disposición final tercera) la Decisión marco 2008/675/JAI, de 24 de julio de 2008 , relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal; y la Decisión marco 2008/315/JAI, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros.

Su objeto es (art. 1) regular el régimen aplicable al intercambio de información sobre antecedentes penales de las personas físicas entre el Registro Central de Penados y las autoridades responsables de los registros nacionales de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea y la consideración en los procesos penales tramitados en España de resoluciones condenatorias definitivas y firmes dictadas por un órgano jurisdiccional penal por la comisión de un delito con anterioridad contra las mismas personas físicas en otros países Estados miembros de la Unión Europea.

La consideración de resoluciones condenatorias dictadas en otros Estados miembros de la Unión Europea se regula en el Título II de la Ley, compuesto del artículo 14 (efectos jurídicos de las resoluciones condenatorias anteriores sobre el nuevo proceso penal) y artículo 15 (solicitud de antecedentes penales de otros Estados para su consideración en un nuevo proceso penal). Es destacable el contenido del artículo 14, que indica:

«1. Las condenas anteriores firmes dictadas en otros Estados miembros contra la misma persona por distintos hechos surtirán, con motivo de un nuevo proceso penal, los mismos efectos jurídicos que hubieran correspondido a tal condena si hubiera sido dictada en España, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que se hubieran impuesto por hechos que fueran punibles de conformidad con la ley española vigente a la fecha de su comisión.
- b) Que se haya obtenido información suficiente sobre dichas condenas a través de los instrumentos de asistencia judicial aplicables o mediante el intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las condenas firmes dictadas en otros Estados miembros no tendrán ningún efecto, ni tampoco podrán provocar su revocación o revisión:

- a) Sobre las sentencias firmes dictadas con anterioridad a aquéllas por los Jueces o Tribunales españoles, ni sobre las resoluciones adoptadas para la ejecución de las mismas.
- b) Sobre las sentencias de condena que se impongan en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales del otro Estado miembro.
- c) Sobre los autos dictados o que deban dictarse, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que fijen los límites de cumplimiento de penas entre las que se incluya alguna de las condenas a que se refiere la letra b).

3. Los antecedentes penales que consten en el Registro Central se tendrán por cancelados, aunque procedan de condenas dictadas en otros Estados, a efectos de su toma en consideración en España por los Jueces y Tribunales de acuerdo con el Derecho español, a menos que antes se comunique su cancelación por el Estado de condena».

Según el Preámbulo de la norma se consagra el principio de equivalencia de las sentencias dictadas en la Unión Europea, mediante su toma en consideración en procesos



www.civil-mercantil.com

posteriores derivados de la comisión de nuevos delitos; teniendo en cuenta que el reconocimiento de efectos alcanza cualquier fase del procedimiento penal (investigación, imposición de pena y ejecución). Pero, junto a este principio general, con el propósito de reforzar la seguridad jurídica, la Ley enumera, en línea con las previsiones o facultades previstas en la Decisión marco, los supuestos en los que tales condenas no pueden ser tomadas en consideración (art. 14.2).

A ello se añade lo dispuesto -de manera taxativa- en la Disposición adicional única:

«En ningún caso serán tenidas en cuenta para la aplicación de la presente Ley las condenas dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010».

Es decir, la norma interna no reconoce efectos a todas las condenas en el extranjero de manera ilimitada, sin atender a criterios objetivos ni temporales. Sino que, al contrario, limita los supuestos de condenas en el extranjero con efectos en España de dos maneras: atendiendo a criterios objetivos (art. 14.2) así como a un criterio temporal imperativo, referido a las condenas anteriores al 15 de agosto de 2010.

En consecuencia, ya no operamos en un marco en el que existe una norma de la Unión (Decisión marco 2008/675/JAI), pero con ausencia de normas internas que regulen expresamente la materia de una forma terminante, que es el caso de la STS 186/2014, de 13 de marzo . Sino que, partiendo del hecho de la existencia de la norma comunitaria, ya contamos con:

- i) norma interna que la incorpora, que es Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre;
- ii) que regula expresamente la materia, como se deriva de sus artículos 1, 14 y 15 y Disposición adicional única;
- y iii) de una forma terminante, sobre todo en lo referente a los casos en que las condenas en el extranjero no tendrán efectos (art. 14.2) y al establecer un límite temporal a partir del cual se reconocen efectos a las condenas en el extranjero: 15 de agosto de 2010.

2. La pretensión del recurrente de que se aplique la Decisión marco 675/2008 en el ordenamiento español, a través de la interpretación del artículo 76 del CP efectuada por la STS 186/2014 , con efecto retroactivo, como si se tratara de una norma interna, debe ser rechazada.

En ningún momento la Decisión marco ha integrado el ordenamiento español; no supone una norma intertemporal, no cabe hablar de una sucesión temporal de leyes. El propio Tratado europeo, en su redacción de Amsterdam, establecía expresamente que no tenía efecto directo. Integraba un mero criterio interpretativo, aunque efectivamente cualificado, que posibilitaba como hemos descrito una interpretación *praeter legem* , pero nunca *contra legem*. Criterio interpretativo, que por su propia naturaleza debe ser ponderado en el momento de dictar cada resolución. Así como, cuando se acude ocasionalmente a un criterio interpretativo comparado, no significa en modo alguno que se esté aplicando Derecho extranjero.

Ante la Decisión no incorporada, la STS 186/2014, de 13 de marzo , dio cumplimiento a este principio de la interpretación conforme de la normativa interna a la luz del objeto, finalidad y disposiciones de la Decisión marco, en aras de lograr el principio de equivalencia no excepcionado.

Ahora bien, como indicamos, esta interpretación ya no puede ser mantenida ante la modificación legislativa operada con posterioridad, lo que impide mantener la interpretación del citado precedente. Sin perjuicio de que la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, es una norma que se proyecta al futuro, aporta un nuevo ingrediente a la interpretación que deben



www.civil-mercantil.com

hacer los tribunales. Ello porque de seguirse en el momento presente la interpretación que dio la STS 186/2014, de 13 de marzo a los arts. 988 LECRIM y 76 CP de la manera más conforme posible con la Decisión marco, nos encontraríamos con un supuesto de interpretación contra legem del Derecho nacional. Ello por cuanto la interpretación de la STS 186/2014 supone reconocer la acumulación en supuestos excluidos ahora expresamente por el art. 14 de la Ley Orgánica. Por lo tanto, el principio de interpretación conforme no puede operar en el mismo escenario que el existente en el momento de dictarse la resolución citada.

Una de las reglas que rigen en este ámbito es que corresponde al juez nacional verificar si, en el asunto concreto, es posible una interpretación conforme de su Derecho nacional, teniendo en cuenta tal Derecho en su conjunto.

Si consideramos que el resultado perseguido por la Decisión marco es obtener una equivalencia absoluta e ilimitada entre las sentencias nacionales y las extranjeras, no es posible una interpretación conforme, porque la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, establece excepciones al reconocimiento de efectos, que de manera facultativa la propia Decisión permitía incorporar.

3. Excepciones decimos, que se contienen en la propia Decisión marco; cuyo alcance explicitamos, en tanto que acogidas en la Ley Orgánica 7/2014, cuya mera existencia determina el criterio hermenéutico que imposibilita ahora la interpretación conforme de la Decisión. Lo que obliga, cuando menos, a precisar la viabilidad de la exclusión de la ponderación de la sentencia de otro Estado Miembro cuando el efecto pretendido sea la acumulación en los términos referidos.

Así, en la Decisión marco, además de la carencia de efectos sobre la ejecución de la condena anterior del otro Estado Miembro, prevista en el artículo 3.3 y la inaplicación cuando conlleve interferencias en las condenas o en la ejecución de condenas anteriores del Estado donde se desarrolle el nuevo proceso, previstas en el artículo 3.4, resulta relevante para la resolución de este supuesto, la excepción contenida en el artículo 3.5:

a) Si la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo ,

b) los apartados 1 y 2 (donde se establece el principio de equivalencia) no tendrán por efecto el de exigir a los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones ,

c) si la aplicación de dichas normas a las condenas extranjeras limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso

En todo caso, los términos en los que está redactado el precepto de la Decisión, incluso acudiendo a las distintas redacciones en las diversas lenguas oficiales de la Unión, participan de un cierto carácter genérico, que ha permitido a los distintos Estados llevar a cabo una incorporación singularizada, mediante una adaptación a los distintos sistemas que existen en la Unión en materia de ejecución de penas, con los institutos propios (y diversos entre sí) de cada ordenamiento.

En autos, la proyección de esta excepción acogida por la legislación interna española, artículo 14.2.b) y c,) al margen de la concreta redacción de su incorporación, sería: a) el nuevo proceso que se celebra en España, donde recae sentencia de 17 de octubre de 2003 que condena al recurrente a diez años de privación de libertad, deriva de hechos correspondientes a 1980, anteriores por tanto a los que motivan la condena en Francia, de fecha 26 de mayo de 1997, ejecutada allí, antes de su extradición a España; c) de modo que su ponderación conllevaría que el tiempo máximo de cumplimiento en España, por las condenas impuestas en



www.civil-mercantil.com

España, pasaran de treinta a veinte años; b) luego no es exigible la aplicación del principio de equivalencia, ni por tanto el contenido de los artículos 76 LEC y 988 LECRIM .

No solo el tenor literal del precepto, aboga por esta obvia conclusión. De igual modo, el proceso de formación de este instrumento normativo resulta clarificador. La inicial Propuesta de la Comisión [COM(2005)91] de 17 de marzo de 2005, entendía la proyección del principio de equivalencia, también para el efecto de absorciones y acumulaciones de condenas y así lo explicitaba al glosar el artículo 3:

«La existencia de condenas penales anteriores puede surtir efectos en las distintas fases de un nuevo proceso penal:

- durante la fase previa al proceso penal, la existencia de condenas anteriores puede influir, por ejemplo, en las normas de procedimiento aplicables, en la calificación penal de los hechos o en las resoluciones relativas a la detención provisional;

- durante el propio proceso, la existencia de condenas anteriores puede tener consecuencias, por ejemplo, en el tipo de órgano jurisdiccional competente y, con más frecuencia, en la naturaleza y la cuantía de la pena (por ejemplo, exclusión de la remisión condicional o recurso restrictivo a la misma, aumento de la cuantía de la pena impuesta, acumulación o absorción respecto de una pena anterior);

- si se pronuncia una nueva condena, la existencia de condenas anteriores puede tener consecuencias a la hora de determinar las normas que regirán las condiciones de ejecución (por ejemplo, acumulación o absorción respecto de una pena anterior, posibilidad de obtener sustitutivos penales o la puesta en libertad anticipada»).

Tal previsión se contenía en fase del propio proceso y no de ejecución, pues en la determinación de la pena en el caso de varios delitos que, por la fecha, pudieron ser enjuiciados conjuntamente, el criterio mayoritario en Derecho comparado europeo, no es el de acumulación jurídica que nosotros seguimos, sino el de absorción o de exasperación, de modo que con frecuencia al dictar la nueva sentencia se determina la pena a cumplir ponderando las condenas anteriores; siendo el incidente de ejecución de sentencia a estos efectos, conocido como a veces como "concurso de ejecución" o "concurso posterior", subsidiario a su omisión en sentencia.

Pero pronto, diversos Estados Miembros, pese a los deseos de la Comisión objetaron que la Decisión conllevara como consecuencia la obligación de la acumulación de condenas (documento del Consejo núm. 11663/06 COPEN 79, de 18 de julio de 2006), lo que motivó la agregación de dos párrafos más a los iniciales 3.1 y 3.2; al tiempo que la ejemplificación de la absorción y acumulación entre los efectos de la asimilación, desaparecía.

La redacción resultante, aún no era asumible para diversos Estados, ante la preocupación por el hecho de que la valoración de condenas dictadas por otros Estados miembros pudiera limitar, en algunos supuestos, las facultades del Juez nacional para individualizar su propia condena. La ejemplificación parte de la delegación holandesa pues con arreglo a la legislación de ese país, al calcular la pena que puede imponerse en un nuevo proceso, en determinadas circunstancias, se deduce de ella la pena impuesta en una condena anterior. Si, por ejemplo, en el Estado miembro A se ha impuesto un pena de 5 años y Holanda impusiera en un caso posterior, como punto de partida, 5 años, la plena aplicación del principio de equivalencia del artículo 3.1 de la Decisión marco, supondría que, en el nuevo proceso, no se podría imponer ninguna pena. Como consecuencia de esta preocupación y ante el fracaso de la solución de compromiso de la Comisión, se introduce el apartado 5 del artículo 3 de la Decisión que, en consecuencia, responde a la necesidad de limitar los efectos que la valoración de una condena impuesta por otro Estado miembro puede tener en la determinación



www.civil-mercantil.com

de la pena por el juez de otro Estado. De ahí su contenido, según el cual, si el delito por el que se sigue el proceso en un Estado miembro fue cometido antes de que la condena dictada en otro Estado miembro fuera impuesta o ejecutada, los números 1 y 2 del artículo 3 no implicarán que los Estados tengan la obligación de valorar esta última condena, la del otro Estado de la Unión, como si hubiera sido impuesta por un juez nacional (vd. documento del Consejo núm. 1301/06, COPEN 100, de 26 de septiembre).

Ante la posibilidad de que la aplicación de la Decisión marco conllevara para el condenado extranjero mayor pena que si la anterior condena hubiera sido pronunciada en el Estado del nuevo proceso, o por razón de la severidad de la condena anterior, la aplicación de la equivalencia resultara desproporcionada, el considerando 8 establece

(8) Es conveniente evitar, en la medida de lo posible, que el hecho de que, con motivo de un nuevo proceso penal en un Estado miembro, se disponga de información sobre una condena anterior dictada en otro Estado miembro, dé lugar a que el interesado reciba un trato menos favorable que si la condena anterior hubiera sido dictada por un órgano jurisdiccional nacional.

Y de manera concatenada, ante la inexigibilidad de ponderar la sentencia del otro Estado miembro a efectos de su acumulación, establece como remedio en el considerando 9, que al menos se admitiera la posibilidad de acumulación en estas ocasiones:

(9) El artículo 3, apartado 5, debe interpretarse, entre otras cosas, en consonancia con el considerando 8, de tal manera que si el órgano jurisdiccional nacional en que se desarrolla el nuevo proceso penal, al tener en cuenta una sanción impuesta anteriormente en otro Estado miembro, considera que la imposición de un determinado nivel de sanción dentro de los límites del Derecho nacional podría tener una dureza desproporcionada para el delincuente, atendiendo a sus circunstancias, y si la finalidad de la sanción se puede lograr con una condena inferior, el órgano jurisdiccional nacional podrá reducir en consecuencia el nivel de la condena, si ello hubiera sido posible en las causas exclusivamente nacionales.

Si bien, como mera desiderata en la parte expositiva, que no en la dispositiva, de modo que en el informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de los Estados miembros de la Decisión marco, de 2 de junio de 2014 [COM(2014) 312 final], pese al juicio satisfactorio sobre la trasposición realizada por 13 Estados, resulta que de ninguno de los Estados se concreta la proyección de la acumulación sobre las condenas de otro Estado miembro:

En algunos Estados miembros, se tienen en cuenta las condenas anteriores durante la ejecución de la sentencia (DE, HR, NL y SE). Por ejemplo, es posible que las condenas anteriores se tengan en cuenta para la decisión sobre la libertad condicional (DE, SE) o la libertad anticipada condicional (DE), o cuando se revoca la suspensión de la pena o medida privativa de libertad (AT, DE). En algunos países, los tribunales también deben tener en cuenta las condenas anteriores a la hora de decidir si una persona condenada debe ingresar en un módulo de alta seguridad (SE) o un centro de reincidentes notorios (NL). A menudo se afirma que los tribunales revocan la suspensión de la pena o medida privativa de libertad si un individuo comete una infracción durante el período operativo (DE, SE). SE también tiene en cuenta las condenas anteriores en la decisión de conmutar una condena a cadena perpetua por un periodo fijo de privación de libertad".

Y además, explicita la Comisión, que ni siquiera se implementa medida alguna tendente a evitar un trato menos favorable que si la condena anterior hubiera sido dictada por un órgano jurisdiccional nacional; es decir, que ni siquiera se introduce la posibilidad de acumulación o absorción de penas para evitar estos efectos indeseados.



www.civil-mercantil.com

De hecho, ante la inexigibilidad de acumular condenas pronunciadas por otro Estado miembro, el propio Tribunal Supremo holandés, en su sentencia ECLI: NL: HR: 2013: BX9407, de 19 de febrero de 2013, no acumuló una condena de otro Estado miembro, en atención al contenido del artículo 3.5 de la Decisión. Bien es cierto, que dicha facultad de excluir la acumulación, aparece residenciada en los órganos jurisdiccionales, aunque la Decisión marco, en contra de lo que sucede en otros instrumentos de igual signo (p.e, la Decisión marco sobre la orden de detención y entrega europea), alude en su artículo 3.5 a los "Estados".

4. Ahora, en estas condiciones, el principio de interpretación conforme, para alcanzar el resultado a que se refiere la Decisión marco, no puede impedir que se puedan tener en cuenta las excepciones que la Decisión facultativamente posibilita, una vez que se han concretado en la adaptación normativa interna. Ni cabe interpretación conforme que sea contraria al ordenamiento interno. Interpretación que determina que sea ponderada en el momento de dictar cada resolución.

Consecuentemente, corresponde examinar si la normativa interna, sin la interpretación que propiciaba la Decisión marco en este extremo, posibilita la acumulación interesada. Esta normativa, antes de la LO 7/2014 viene dada por los arts. 76 CP y 988 LECRIM. En tal sentido, el art. 70 CP hablaba exclusivamente de penas que se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo (el art. 76 CP 1995 incorporó esa misma redacción). Como complemento procesal de tal norma el art. 988 LECrim regula en consonancia el trámite: la competencia se atribuye al Juez que haya dictado la última de las sentencias y para establecer el listado de condenas se ha de acudir al Registro Central de Penados y Rebledes (el nacional, obviamente). Se habla así pues de la conexión de los hechos y de la posibilidad de haber sido enjuiciados en un solo proceso.

La fórmula dista de ser diáfana, lo que ha determinado una evolución en su aplicación e interpretación muy significativa. Con el mismo texto se han sucedido diversas opciones exegéticas. Sintéticamente se ha pasado de una muy estricta (vinculada al art. 17 LECrim) a otra más flexible (que pone el acento en el criterio cronológico), pasando por otra tercera muy amplia que llegaba incluso a prescindir de esa referencia temporal. Al mismo tiempo, sobre otros puntos secundarios, pero igualmente relevantes, se han sucedido diversas posiciones jurisprudenciales, como si hay que atender para el criterio temporal a la fecha de la sentencia o a la de su firmeza o si la extinción de una condena impedía su ulterior acumulación a otras cuya ejecución se iniciaba con posterioridad (habiendo prevalecido finalmente la opción afirmativa).

La expresión relativa a que pudieran haber sido enjuiciados en un solo proceso por su conexión permite múltiples interpretaciones. En abstracto, si prescindimos de sus circunstancias concretas de lugar y tiempo, de sus coordenadas espacio-temporales y materiales, todos los delitos atribuidos a una misma persona hipotéticamente podrían enjuiciarse en un solo proceso. Pero esa no puede ser la interpretación del art. 70 CP -o actual art. 76 CP - pues es evidente que se quiere establecer una limitación. En el extremo opuesto estaría una interpretación a tenor de la cual si los hechos no se han enjuiciado en un solo proceso es por razones de imposibilidad (distinta competencia territorial, diferencias de trámites procesales, etc.). Entre ambos extremos existe toda una gama posible de concepciones en las que anclar esa posibilidad de enjuiciamiento conjunto.

Al aplicar los arts. 76 CP (o 70 CP de 1973) y 988 LECRIM, esta Sala ha entendido reiteradamente que es preciso que los hechos pudiesen haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento mismo de su comisión, con independencia de que tuviesen analogía o relación entre sí. Lo relevante es que todos ellos podrían haber sido enjuiciados en un solo proceso. Pero esta exigencia de enjuiciamiento conjunto, que se observa desde una perspectiva puramente temporal, engloba un prius lógico jurisdiccional: que todas las condenas se ejecuten por los tribunales españoles. Si no opera la jurisdicción española, no hay



www.civil-mercantil.com

posibilidad de enjuiciamiento conjunto de los hechos. En palabras de la STS 2117/2002, de 18 diciembre, los distintos hechos no pueden ser objeto del mismo proceso si ocurren en territorios nacionales distintos, están sometidos a la soberanía de diferentes estados y, por tanto, son enjuiciados por jurisdicciones nacionales diferentes.

Esta interpretación de los preceptos relacionados con la acumulación es conforme con la Decisión marco, porque es coherente con las excepciones que se recogen en su art. 3, y no da lugar a resultados contra legem en relación con la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre.

En este contexto podemos proponer diversas interpretaciones. La primera es que la LO 7/2014 modifica tácitamente el art. 76 CP: excluye de su ámbito las sentencias procedentes de otros países europeos que no serán acumulables nunca y en los demás supuestos subsistiría lo que se considera por el recurrente la exégesis correcta del art. 76 (acumulabilidad de las sentencias procedentes de otros países no pertenecientes a la Unión Europea). La segunda es que la LO 7/2014 no modifica el art. 76, sino que parte de que tal precepto solo contempla las sentencias dictadas por Tribunales Españoles. Estamos ante una ley que parte de un presupuesto: el art. 76 CP no contempla las sentencias extranjeras. Si fuese otro el punto de partida llegaríamos a una conclusión absurda: la ley por la que se traspone la Decisión Marco lo que hace es suprimir la equivalencia de las sentencias foráneas, a los efectos del art. 76, solo cuando son sentencias de Estados Miembros de la Unión Europea, pues si son de otros países, respecto al art. 76, se mantendría la supuesta interpretación previa.

En este sentido adquiere interés resaltar que no es lo mismo la ejecución en España de una pena impuesta por un tribunal extranjero, que la toma en consideración de una condena dictada por un país extranjero y ya ejecutada. Nótese que en ese segundo caso el enjuiciamiento en España por hechos cometidos en España de quien ha cumplido ya en otro país una pena que alcanza los límites del art. 76 CP (o 70 CP 1973) se convertiría en baldío, porque no podría cumplir ningún período más de privación de libertad.

En definitiva, con la interpretación que ahora se mantiene el principio de interpretación conforme no da lugar a resultados incoherentes, porque la interpretación del Derecho en su conjunto arriba al principio de equivalencia con excepciones, autorizadas por la propia Decisión y ahora incorporadas a nuestro ordenamiento interno.

Evidentemente, esta solución interpretativa es distinta a la que resulta de la STS 186/2014, de 13 de marzo. En ella se aceptaba la acumulación pues la interpretación conforme al resultado expresamente pretendido, la ponderación equivalente de sentencias nacionales y de otros Estados Miembros de la Unión Europea, determinaba la mayor restricción posible de las excepciones previstas con implementación facultativa. Pero ahora, una vez que el legislador ha optado por activar las excepciones que le permite el art. 3 de la Decisión marco, esa conclusión interpretativa ya no cabe, pues resulta contra legem. El cambio en la interpretación jurisprudencial puede operar siempre que sea razonable y razonado y en este caso hay una razón de peso: se basaba en una Decisión marco no incorporada, como referente interpretativo (que no normativo), pero aquella interpretación ya ha perdido su soporte y contradice la voluntad del legislador.

De modo que sin tener atribuida la jurisdicción para ejecutar la sentencia francesa, ni poder ponderarla a efectos de acumulación, dada la interpretación proscrita contra legem de la Decisión marco que, además al contrario que otros instrumentos, esta Decisión marco, conforme explicita su expositivo sexto, no tiene por objeto la ejecución en un Estado miembro de las decisiones judiciales tomadas en otro Estado miembro, no resulta posible estimar el recurso; pues tampoco el artículo 56 del Convenio Europeo de Validez Internacional de Sentencias Penales, del Consejo de Europa, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970, invocado por el recurrente, lo posibilita.



www.civil-mercantil.com

Es cierto que el referido artículo 56 establece:

«Todo Estado Contratante adoptará las medidas legislativas que estime oportunas con el fin de permitir a sus tribunales, al dictar una sentencia, tener en cuenta cualquier sentencia penal europea dictada anteriormente con audiencia del acusado por razón de otra infracción con el fin de dotar a esta sentencia de todos o parte de los efectos que su ley prevea para las sentencias dictadas en su territorio. Determinará las condiciones en que se tendrá en cuenta dicha sentencia».

Así como España lo ha ratificado (BOE núm. 8, de 30 de marzo de 1996), no es el caso de Francia, que no lo ha firmado. Y por otra parte, como refiere el propio Informe Explicativo, además de no resultar obligatorio, la concreta determinación de estos efectos, resta al criterio de interposición legislativa nacional (inexistente con anterioridad a la Ley Orgánica 7/2014), donde no se requiere que la ponderación de la condena del otro Estado europeo sea íntegra, sino que se permite a cada Estado determinar qué efectos desea ponderar; y si exclusivamente, refiere el Informe a modo de ejemplo, sólo se pondera la condena de otro Estado europeo para determinar en su caso la reincidencia, sería suficiente.

5. Ante la modificación de la interpretación jurisprudencial, debemos plantearnos si se ha frustrado una expectativa del condenado -porque no se le reconozca la posibilidad de acumulación-, en los términos en los que se planteó y resolvió la cuestión en un supuesto en el que se podrían ver similitudes con el presente. Nos referimos a la Sentencia TEDH (Sección 3ª), de 10 de julio de 2012, asunto Del Río Prada contra España . En esta resolución, se señalaba que al definir el concepto de «pena» impuesta, había que determinar si el texto de la ley, combinado con la jurisprudencia interpretativa que la acompaña, reunía las condiciones cualitativas de accesibilidad y previsibilidad, teniendo en cuenta el Derecho interno en su conjunto y la forma en que se aplicaba en ese momento (apartado 51).

Tras ese examen, el TEDH entendía (apartado 53) que la jurisprudencia y la práctica interpretativa sobre las disposiciones pertinentes del Código Penal de 1973, daban lugar a que: i) cuando una persona había sido condenada a varias penas de prisión, las autoridades penitenciarias, con la conformidad de las autoridades judiciales, consideraban como fórmula de aplicación general que el límite establecido en el artículo 70.2 CP de 1973 (treinta años de prisión) se transformase en una especie de nueva pena autónoma, sobre la que debían aplicarse los beneficios penitenciarios; ii) las autoridades penitenciarias contemplaban, por tanto, la remisión de las penas por el trabajo sobre esta base de treinta años de prisión; y iii) esa práctica había beneficiado, en casos similares al de la demandante, a numerosas personas condenadas en virtud del Código Penal de 1973, a las cuales se habían aplicado remisiones de penas por el trabajo sobre el límite máximo de treinta años de prisión. Y obtenía tales conclusiones, pese a que reconocía la ambigüedad de las disposiciones aplicables del Código Penal de 1973 y el hecho de que la primera sentencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión no se dictase hasta el año 1994 -se refería a la STS de 8 de marzo de 1994 - (apartado 54).

Por ello, consideraba que sobre la base de esa práctica la demandante podía legítimamente esperar, mientras cumplía su pena de prisión, beneficiarse de las remisiones de penas por el trabajo que había efectuado, partiendo de la hipótesis de que la pena total impuesta era de 30 años (apartado 54). En consecuencia, el TEDH admitía que en el momento en el que la demandante cometió los delitos, así como en el que se dictó la decisión sobre la acumulación de penas, el Derecho español pertinente, globalmente considerado, incluyendo el Derecho jurisprudencial, estaba formulado con suficiente precisión para permitir a la demandante discernir, con un grado razonable de certeza en las circunstancias concurrentes, el alcance de la pena impuesta y sus modalidades de ejecución (apartado 54).



www.civil-mercantil.com

Proseguía el TEDH indicando que la STS 197/2006, de 28 de febrero, supuso que el Tribunal Supremo se apartó, por mayoría, de su precedente jurisprudencial de 1994, introduciendo un nuevo método de cálculo, que conducía a prolongar retroactivamente la pena casi nueve años que la demandante debía cumplir. Por lo que se debía dilucidar si esa interpretación de la jurisdicción interna, llevada a cabo mucho después de que la demandante hubiese cometido los delitos por los que fue condenada e incluso después de la decisión sobre acumulación de penas en su caso, era razonablemente previsible por la interesada. En tal tesitura, el TEDH (apartado 60) considera necesario examinar la cuestión relativa a si la demandante pudo, en su caso tras consultar con un jurista, prever que las jurisdicciones internas mantendrían, una vez que se procedió a la acumulación de penas por el órgano enjuiciador, semejante interpretación del alcance de la pena impuesta, habida cuenta principalmente de la práctica jurisprudencial y administrativa anterior a STS 197/2006, de 28 de febrero. La Sentencia concluye (apartado 63) que era difícil, sino imposible, para la demandante prever el giro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, por tanto, saber, en el momento en que cometió los hechos por los que se le condenó, así como en el que se produjo la acumulación de todas las penas, que la Audiencia Nacional haría un cálculo de las remisiones de penas sobre la base de cada una de las penas individualmente consideradas y no sobre la totalidad de las penas a cumplir, alargando así sustancialmente la duración de su privación de libertad. Por lo que apreció la violación del artículo 7 del Convenio.

En el caso que nos ocupa, las diferencias son sustanciales.

La primera es que difícilmente puede generar expectativas un instrumento jurídico (Decisión marco) que está sometida a la previa necesidad de incorporación y, en su caso, desarrollo por el legislador nacional. Ello sin perjuicio del valor, como criterio hermenéutico, que tal instrumento tiene.

En segundo lugar, sobre la materia que versa este recurso no cabe hablar de una jurisprudencia y una práctica interpretativa de los diversos operadores jurídicos, que considerasen como fórmula de aplicación general la de la acumulación sin límite de las condenas ya cumplidas en el extranjero. Prueba de ello es que esta Sala se ha pronunciado anteriormente sobre esta cuestión en dos ocasiones (SSTS 2117/2002 y 186/2014) y la solución ha sido distinta en cada supuesto.

Son pues esos dos los únicos precedentes jurisprudenciales que abordan un supuesto idéntico al presente. En este punto, no podemos obviar que la interpretación asumida por la STS 2117/2002 era la compartida y comúnmente aceptada en la práctica de nuestros Tribunales. Esa práctica extendida pacíficamente sin controversias ni debate real es lo que explica entre otras cosas este recurso en estos momentos: pese a que la acumulación se efectuó hace ya años el recurrente no protestó de ninguna forma contra aquella decisión por esta circunstancia. Es también esa interpretación extendida la que daría sentido a la escasez de pronunciamientos jurisprudenciales sobre este exacto asunto -acumulación de una pena ya cumplida en el extranjero-. Es notorio que en el órgano de procedencia de este recurso la situación que ahora se analiza no es en absoluto insólita, sino muy repetida. No es por tanto tan evidente que el art. 76 CP -o anterior 70 CP - debiera ser interpretado en la forma postulada por el recurrente. No hay jurisprudencia -puede decirse- porque era una cuestión que no suscitaba controversia y por tanto no accedía a la casación.

En tercer lugar, es palmario que, en tales condiciones, no hay una práctica que haya beneficiado, en casos similares, a numerosas personas condenadas, a las que se haya reconocido con anterioridad el derecho a la acumulación de las condenas ya cumplidas en el extranjero.

Al lado de esos dos pronunciamientos jurisprudenciales, podemos indicar que la praxis judicial era casi uniforme y homogénea en el sentido justamente contrario al que propugna el recurrente. Lo demuestra entre otras cosas las resoluciones que ha aportado en su



www.civil-mercantil.com

documentado escrito presentado en el último trámite de audiencia conferido: todos son casos de condenados con penas cumplidas en Francia que, pese a los muchos años de prisión y pese a contar ya con autos de acumulación hasta fechas muy recientes, no habían reclamado la acumulación de la condena cumplida en Francia.

En cuarto lugar, en ausencia de la práctica citada, el hoy recurrente no podía legítimamente esperar, mientras cumplía su pena de prisión, que al practicarse la acumulación de condenas le fuera a ser reconocido el derecho de acumular una condena impuesta en el extranjero. Sin práctica en los términos indicados por el TEDH (causa) no cabe apreciar expectativa razonable y legítima (consecuencia).

Por tanto, el hecho de que esta resolución adopte un criterio distinto -no cabe acumulación- en relación con el del precedente más reciente de esta Sala (STS 186/2014), pero en consonancia con el inmediatamente anterior sobre el particular (STS 2117/2002), no frustra una expectativa del condenado basada en una razonable previsibilidad. Es más, esa previsibilidad razonable sobre lo que decidirán los tribunales (de la que habla la sentencia Del Río Prada contra España) era manifiestamente imposible que concurriera en el momento de comisión de los hechos, ya que si la condena por ellos se dictó el 26 de mayo de 1997, en tal fecha ni se cita resolución alguna de esta Sala sobre el particular ni existía la propia Decisión marco. Incluso, cuando se dictó el auto de acumulación de condenas de 13 de septiembre de 2007 (acumulación en la que ahora se solicita que se incluya la sentencia impuesta en el extranjero) no existía la Decisión marco y el único precedente jurisprudencial existente (la STS 2117/2002) era de signo contrario a la pretensión que ahora ejerce.

Por otra parte, en lo que se refiere al canon de contraste que indica el TEDH: si el recurrente pudo, en su caso tras consultar con un jurista, prever la posible interpretación sobre la pretensión que ahora ejerce, hemos de decir que no existe un criterio jurisprudencial uniforme (recordemos nuevamente las SSTs 2117/2002 y 186/2014) ni una práctica jurisprudencial ni administrativa, por lo que el margen de incertidumbre que ex ante se vislumbraba es incompatible con una oportunidad de discernir, con un grado razonable de certeza en las circunstancias concurrentes, el alcance de la pena impuesta.

Al momento de ejercer la pretensión no se puede hablar de una expectativa razonable sobre la decisión, sino de una hipótesis sobre cuál de las alternativas -ambas con sustento jurisprudencial- se podía adoptar. Pero especialmente, el jurista experto, sabría indicar, que la necesidad de implementar la Decisión marco, ineludible y sometida su omisión desde el 1 de diciembre de 2014 a la posibilidad de fiscalización europea por incumplimiento, sería la que determinaría el contenido del alcance de la viabilidad de la acumulación de condenas dictadas en otro Estado Miembro; el alcance que el Estado español, ante las excepciones que facultativamente posibilitaba la Decisión marco (más especialmente la prevista en el art. 3.5) decidía acoger o no. No se trata solo, como indica el TEDH, en S.W. contra Reino Unido que la evolución jurisprudencial fuera un paso razonablemente previsible en la Ley, sino que inexcusablemente, como obligación derivada de la pertenencia a la Unión Europea, el legislador español, debía precisar, bajo amenaza de sanción, la concreción de esa posibilidad y que además, la normativa comunitaria, permitía al Estado español, en este apartado concreto, excluir la ponderación de la condena de otro Estado miembro en el concreto particular de la acumulación de las penas.

Como en Kafkaris c. Chipre , en modo alguno la legislación española en su conjunto, incluida la jurisprudencia al respecto, había sido formulada con precisión suficiente para permitir entender la interpretación del recurrente como asentada e inequívoca, cuando la doctrina jurisprudencial contenía dos ejemplos contrarios y el que posibilitaba su aplicación derivada de la fuente europea, conllevaba la existencia de un ordenamiento ontológicamente incompleto, a expensas de la necesaria implementación de la Decisión marco, con la previsión de la excepción explicitada.



www.civil-mercantil.com

Quinto.

Dado que la existencia de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, influye a la hora de invocar como criterio interpretativo el contenido de la Decisión marco 2008/675/JAI, conviene analizar si resulta necesario, para la estricta resolución del caso, la disipación de alguna duda por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de la correspondiente cuestión prejudicial.

1. Es de sobra conocido que las relaciones entre el Derecho de la Unión y los ordenamientos internos se rige por tres principios:

1) El Derecho de la Unión forma parte del ordenamiento interno de cada uno de los Estados (integración).

2) Las normas comunitarias son directamente aplicables en el ordenamiento interno, sin necesidad de que se dicte una norma estatal que las adapte o incorpore al mismo (efecto directo). Ahora bien, este efecto no se predica por igual de todos los instrumentos normativos de la Unión. Así, en cuanto a las Directivas, carecen del mismo hasta que su contenido se incorpore a cada ordenamiento nacional; si bien, excepcionalmente, pueden contar con tal efecto directo en los casos de tardía transposición o de transposición incorrecta. En lo que se refiere a las Decisiones marco, ya hemos indicado que el Tratado de Amsterdam les negaba expresamente este efecto.

3) Si una norma nacional es contraria a las normas de Derecho de la Unión, los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar estas últimas (primacía).

Sobre la relación entre ambos ordenamientos, contamos con dos pronunciamientos recientes y relevantes del Tribunal de Justicia.

El primero es la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013 (asunto C- 399/11, caso Melloni), que señala que: en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado (apartado 59); así como que es cierto que el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión (apartado 60).

La segunda es la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014 (asunto C- 112/13), que, al contestar a la cuestión prejudicial planteada, señala que:

«El Derecho de la Unión, y en particular el artículo 267 TFUE , debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual los tribunales ordinarios que resuelven en apelación o en última instancia están obligados, cuando consideren que una ley nacional es contraria al artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a solicitar al Tribunal Constitucional, durante el procedimiento, la anulación con carácter general de la ley en lugar de limitarse a dejar de aplicarla en el caso concreto, en la medida en que el carácter prioritario de ese procedimiento tenga como efecto impedir, tanto antes de la presentación de la referida solicitud al órgano jurisdiccional nacional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes como, en su caso, después de la resolución del citado órgano sobre esa solicitud, que los



www.civil-mercantil.com

tribunales ordinarios ejerzan su facultad o cumplan su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. En cambio, el Derecho de la Unión, y en particular el artículo 267 TFUE , debe interpretarse en el sentido de que no se opone a tal normativa nacional cuando los tribunales ordinarios sigan estando facultados

- para plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que consideren necesaria, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado, e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental de control general de las leyes,
- para adoptar toda medida necesaria a fin de garantizar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, y
- para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, la disposición legislativa nacional controvertida si la consideran contraria al Derecho de la Unión.

Incumbe al tribunal remitente verificar si la normativa nacional controvertida en el litigio principal puede interpretarse conforme a estas exigencias del Derecho de la Unión».

A todo ello se añade que los tribunales nacionales tienen la obligación de conocer y aplicar el Derecho de la Unión, y en caso de duda sobre su interpretación deben acudir al mecanismo de la cuestión prejudicial, de la que deriva una sentencia que tiene efectos erga omnes . Concretamente, el artículo 267 TFUE (antiguo artículo 234 TCE), señala:

"El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación de los Tratados;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad".

Este precepto distingue dos tipos de cuestiones prejudiciales: de validez y de interpretación. Mediante la primera se pone en duda la legalidad de la norma comunitaria. Sin embargo, en el caso de la segunda se plantea una duda sobre la exégesis de la norma (si bien no existen dudas sobre su validez), por lo que su finalidad es aclarar las dudas sobre su interpretación. Se diseña de este modo la forma de garantizar la uniformidad en la interpretación del Derecho de la Unión, ya que el Tribunal de Justicia ostenta la cualidad de intérprete último y supremo de las normas de tal Derecho.

Conforme al art. 267 TFUE , cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Este sería el caso de esta Sala de lo Penal, cuyas decisiones no son susceptibles de posterior recurso en el ámbito jurisdiccional. Ahora bien, el fundamento de la cuestión prejudicial y, por tanto, de la obligación de plantearla no es que el órgano jurisdiccional deba



www.civil-mercantil.com

aplicar una norma del Derecho de la Unión, sino que el órgano jurisdiccional tenga una duda sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión que deba aplicar en el litigio concreto.

La aplicación de una norma comunitaria no impone al Tribunal la obligación de dudar en su interpretación. Sólo si, al aplicarla, tal duda surge, entonces tiene la obligación de plantear la cuestión prejudicial.

Como indica la STJUE de 18 de julio de 2013 (asunto C-136/2012) el sistema instaurado por el artículo 267 TFUE se basa en la cooperación entre órganos jurisdiccionales, conforme a un procedimiento ajeno a toda iniciativa de las partes; sin perjuicio, además, de que la decisión de no plantear una cuestión prejudicial, porque el Tribunal estima que no alberga dudas interpretativas, no supone sin más una lesión del art. 24 CE . Así, nuestro Tribunal Constitucional en STC 58/2004, de 19 de abril y STC 212/2014, de 18 de diciembre , ha indicado que la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio, por lo que, ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el art. 24.1 CE cuando el Juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuicables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita. En consecuencia la decisión de no plantear una cuestión prejudicial, al igual que ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad no implica per se la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE , ni de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento.

Por otra parte, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia dictada el 8 de abril de 2014, en el caso Dhahbi v. Italia , ha reiterado su doctrina sobre cuándo la negativa de un Tribunal nacional a plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial puede vulnerar el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , que garantiza, entre otros extremos, el derecho de toda persona a que los litigios sobre sus derechos y obligaciones sean examinados equitativamente por un Tribunal independiente e imparcial. Concretamente, según expone el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, remitiéndose, a su vez, a la decisión tomada el 10 de abril de 2012, en el caso Vergauwen y otros v. Bélgica , esta doctrina puede resumirse en cuatro puntos fundamentales:

1) El artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos exige que los Tribunales nacionales expliquen, de conformidad con el Derecho aplicable, su decisión de no plantear una cuestión prejudicial.

2) Si, como consecuencia de esta decisión, la parte que instó su planteamiento, acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, alegando, precisamente, la vulneración del artículo 6.1 del Convenio, este Tribunal se limitará a comprobar si la decisión fue debidamente motivada.

3) Sin perjuicio de que esta comprobación deba ser detallada y completa, no corresponde al Tribunal examinar los posibles errores que, al interpretar o aplicar el Derecho pertinente al caso pudieran haber cometido los Tribunales nacionales.

4) En el supuesto del actual párrafo tercero del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , los principios anteriores suponen que, cuando los Tribunales nacionales contra cuyas decisiones no quepa recurso según su Derecho interno, rehúsen plantear una cuestión prejudicial relacionada con la interpretación del Derecho europeo, deberán motivar esta decisión de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La aplicación de este último principio fue la que condujo, en el caso examinado (Dhahbi v. Italia), a la estimación de la demanda en este extremo -que era uno de los



www.civil-mercantil.com

planteados- y a la declaración de que había vulnerado el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos . Al examinar la negativa del Tribunal de Casación Italiano a plantear la cuestión prejudicial instada en su momento por el demandante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye que esta decisión no contenía referencia alguna a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, por tanto, se había producido la vulneración denunciada.

2. La Sentencia del Tribunal de Justicia, en el asunto CILFIT de 6 de octubre de 1982 precisó que « la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión planteada, aunque precise esta sentencia que antes de llegar a tal conclusión, el órgano jurisdiccional nacional debe estar convencido de que la misma evidencia se impondrá igualmente a los órganos jurisdiccionales de los otros Estados Miembros y al Tribunal de Justicia, de forma que sólo si se cumplen estos requisitos, el órgano jurisdiccional nacional podrá abstenerse de someter la cuestión al Tribunal y resolverla bajo su propia responsabilidad».

Doctrina del acto claro, que ahora predicamos, no en relación con el íntegro contenido de la ley de trasposición, ni con el alcance exacto de la Decisión marco, sino con el ámbito específico de la cuestión precisa para resolver la cuestión que debemos resolver; cual es si la Decisión marco, permite excepcionar a los Estados Miembros la ponderación de las sentencias de otros Estados, en nuevo proceso a los efectos de acumulación de penas, como consecuencia de las previsiones del artículo 3.5 de la Decisión marco, cuando los hechos del nuevo proceso en España, son anteriores a la condena del otro Estado miembro en cuanto determina una limitación en la pena a cumplir.

El criterio de la pertinencia, es destacado por la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia; y así el apartado 33 de su Sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto C-206/08 :

«A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado, en el marco de la cooperación del Tribunal de Justicia con los órganos jurisdiccionales nacionales establecida en el artículo 234 CE , que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (véase, en particular, la sentencia de 23 de abril de 2009, Ruffler, C-544/07 , Rec. p. I-0000, apartado 36 y la jurisprudencia citada).

El Tribunal de Justicia también ha declarado que, en supuestos excepcionales, le corresponde examinar las circunstancias en las que el órgano jurisdiccional nacional se dirige a él con objeto de verificar su propia competencia. La negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (véase, en particular, la sentencia Ruffler, antes citada, apartados 37 y 38, así como la jurisprudencia citada)».

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia 23/2014, de 11 de febrero , establece que no atenta al derecho de una tutela judicial efectiva, la inaplicación de



www.civil-mercantil.com

una norma española, por aplicación del derecho comunitario, sin planteamiento de la cuestión prejudicial, si la resolución está debidamente motivada.

En autos, no se trata de inaplicar una norma nacional, sino simplemente de afirmar la existencia de una excepción facultativa en la Decisión marco, que posibilita no tener en consideración una condena de otro Estado miembro a efectos de acumulación, cuando suponga una reducción en la limitación efectiva de la pena a imponer en el nuevo proceso, cuyos hechos sean anteriores a la condena francesa; requisitos todos ellos concurrentes en el supuesto de autos.

Tal claridad del contenido literal de la norma excepciona, concorde reiterada jurisprudencia, la obligación de la formulación de la cuestión prejudicial. De igual modo, que cuando dictamos la STS 186/2014, de 13 de marzo, no precisamos plantear cuestión prejudicial para determinar cuál era la finalidad de la Decisión marco y cuál era su finalidad pretendida.

Además de la interpretación literal de la norma, coincide la existencia de la excepción para las acumulaciones en los términos antes desarrollados con el análisis del proceso de formación del instrumento comunitario, con la jurisprudencia de otros Tribunales de casación y el propio informe de la Comisión sobre el Estado de implementación, en los términos antes referenciados.

3. Es cierto, que extraña y no complace, que la consecuencia práctica, con frecuencia sean sólo consideraciones peyorativas para el reo, como prisión provisional, reincidencia, ponderación de la pena, etc. En idéntico sentido, es de lamentar, que se haya incluido en la parte expositiva y no en la normativa, la conveniencia de evitar, en la medida de lo posible, que el hecho de que, con motivo de un nuevo proceso penal en un Estado miembro, se disponga de información sobre una condena anterior dictada en otro Estado miembro, dé lugar a que el interesado reciba un trato menos favorable que si la condena anterior hubiera sido dictada por un órgano jurisdiccional nacional; al igual que las limitaciones al principio de proporcionalidad se incorporen por vía expositiva y no en el propio articulado.

Si bien, la implementación realizada en nuestro ordenamiento determina que en aquellos supuestos donde no fuere posible la acumulación (14.2.c) tampoco la condena anterior del otro Estado miembro puede conllevar efecto alguno en el nuevo proceso, por tanto, tampoco peyorativos (14.2.b).

En definitiva, siendo evidente la subsunción del supuesto de autos en el contenido del artículo 3.5 de la Decisión marco y en consecuencia, la posibilidad de no ponderar la anterior sentencia francesa del recurrente a efectos de su acumulación, tal como el legislador español implementa, cualquier cuestión adicional interpretativa, no resulta determinante ni necesaria para la resolución de este recurso, con signo desestimatorio.

Ello no supone una validación absoluta e incondicional por este Tribunal de casación del contenido íntegro de la Ley Orgánica 7/2014, pero en los términos que el recurso es sometido a nuestro conocimiento, ninguna interpretación complementaria resulta ahora precisa, derivada de una claridad del artículo 3.5 :

a) en el contenido literal de su redacción y la íntegra subsunción en la misma del caso de autos;

b) del proceso de formación de esa redacción, conforme a la modificaciones del Proyecto de la Comisión, que originó la oposición de diversos Estados miembros al entender exigible la acumulación como un efecto más del principio de asimilación;

c) la interpretación sistemática del artículo 3.5 con los considerados ocho y nueve;

d) la interpretación que realizan de la misma otros Tribunales de Casación;

e) la concreta implementación de otros Estados miembros y el informe al respecto de la Comisión, donde ninguna concreción de efectos referida a supuestos de acumulación o



www.civil-mercantil.com

absorción de penas recoge, ni siquiera para evitar la desproporcionalidad del nivel de pena que por razón de la sanción anterior en comparación con la nacional donde se desarrolle el nuevo proceso, la ponderación a otros efectos, pudiera conllevar; y aún así encuentra satisfactoria la trasposición realizada por trece Estados miembros.

También, aparentemente podría extrañar la exclusión de la aplicación a condenas anteriores al 15 de agosto de 2010, contenida en la Disposición Adicional de la LO 7/2014; pero, ahora, en la medida en que no aplicamos la Ley, que la exclusión de la acumulación al caso de autos resulta acorde a la previsión del artículo 3.5, sea cual fuere el alcance de esta proyección temporal, incluso su inexistencia, en nada afectaría a la resolución desestimatoria del presente recurso.

En todo caso, esta última limitación temporal no puede considerarse ni una extravagancia del legislador español ni una fijación arbitraria de un momento temporal a partir del cual reconocer efectos a las condenas. En otras legislaciones también se han establecido límites temporales a tener en cuenta en la aplicación de los efectos de las condenas en el extranjero (Informe de la Comisión sobre la aplicación por los Estados miembros de la Decisión marco o véase, en el caso de Francia, el apartado III de la Ley 2012-409, de 27 de marzo de 2012, para la programación de la ejecución de las penas). Por otra parte, el legislador ha decidido que los efectos de la Decisión no tendrán carácter retroactivo, sino que surgirían a partir del día en que el Derecho Comunitario le obligaba a alcanzar el resultado previsto, evitando que la mora en la incorporación de la Decisión recaiga sobre los propios condenados por las sentencias objeto de valoración.

En definitiva, interpretada la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, a la luz de la letra y de la finalidad de la Decisión Marco 2008/675/JAI, esta Sala concluye que la aplicación de la indicada Ley Orgánica da lugar a un resultado compatible con el que pretende alcanzar la Decisión.

Si bien, en este supuesto, estaríamos ante un supuesto de acto claro, pues conforme a la doctrina que emana de la Sentencia 26 de febrero de 2013 (asunto C-399/11), caso Melloni, donde se cuestiona la proyección de una Decisión marco *rationae temporis* a procesos anteriores a su vigencia, el Tribunal de Justicia, de conformidad con las conclusiones del Abogado General, recuerda en su apartado 42, la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia según la cual las normas procesales son aplicables a todos los litigios pendientes en el momento en que entran en vigor, a diferencia de las normas sustantivas, que habitualmente se interpretan en el sentido de que no afectan a las situaciones existentes con anterioridad a su entrada en vigor; de modo que es la naturaleza de la norma, la que proyecta su aplicación sobre los procesos anteriores o no. De ahí que era posible aplicar el contenido de la Decisión marco 2009/299/JAI a partir del 28 de marzo de 2011 a procesos anteriores, dado que exclusivamente regulaba "las condiciones en las que no se debe denegar el reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin la comparecencia del imputado", normativa que califica de reglas procesales, pero no sería viable con criterio general cuando la Decisión regula cuestiones sustantivas.

Resta una cuestión por plantearse: el tema de la retroactividad de la ley penal más favorable. El TC es reacio a vincular tal regla (art. 2.2 CP) con el art. 25 CE (STC 21/2008, de 31 de enero, y las que allí se citan), como igualmente lo fue el TEDH en relación al art. 7 CEDH (Asunto G. c. Francia, sentencia de 27 de septiembre de 1995), en posición ya más que modulada (Scoppola c. Italia, sentencia de 17 de septiembre de 2009).

Y en los términos que es recogida por el art. 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (vid. STJUE de 3 de mayo de 2005, asunto Berlusconi y otros) o el artículo 15.1, inciso final, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (« Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve,



www.civil-mercantil.com

el delincuente se beneficiará de ello») se proyecta a una determinada conducta, no al régimen de determinación de penas derivado de plurales infracciones en diversos procesos, donde conlleva aquí como tercera vía, configurar un conjunto normativo con reglas de dos regímenes temporales punitivos diversos.

Si bien, la data no extraña por tardía sino por temprana, cuestión ahora no suscitada, el de la proyección retroactiva de la LO 7/2014, sobre hechos y procesos anteriores a su vigencia.

En todo caso, la necesidad de analizar las consecuencias de la retroactividad o irretroactividad establecida en la Disposición Adicional, vendrán dadas cuando materialmente quepa acumulación de la sentencia dictada por otro Estado miembro, por resultar un supuesto no excepcionado en la Decisión marco, pero la fecha marcada por la Disposición Adicional lo impida.

4. Especialmente ilustrativa es la Sentencia de la Cour de cassation, Chambre criminelle , de 19 de noviembre de 2014 (13- 80.161). En la misma, se desestima el recurso interpuesto por una persona condenada en Francia (nueve años por sentencia de 23 de junio de 2006), Bélgica (ochos años por sentencia de 4 de octubre de 2005) y Alemania (siete años por sentencia de 29 de diciembre de 2003), donde la última sentencia la había pronunciado Francia, ya había sido allí ejecutada y cuando solicita la confusión (sistema de determinación de la pena en el caso de condena por varias infracciones que conlleva absorción total o parcial por la pena más grave de las recaídas en los otros procesos) de las penas impuestas, se encuentra cumpliendo en Bélgica. La sentencia de instancia niega la solicitud haciendo referencia explícita al artículo 3.3 de la Decisión marco y al artículo 132-23-1 del Código Penal francés (que establece un principio general de equivalencia), declarando que los tribunales franceses no tienen poder para acordar la confusión de las condenas extranjeras con las penas impuestas y ejecutadas en Francia. La Sentencia del Tribunal de casación dice, en sucinta motivación, que lo acordado es la aplicación exacta del artículo 132-23-1 del Código Penal , mediante su interpretación a la luz de la Decisión marco, por lo que desestima el recurso. De especial relevancia, pues al margen de ser las condenas anteriores a la entrada en vigor de la Decisión marco, explicita la obviedad de que este instrumento no atribuye la ejecución de la sentencia dictada por otro Estado Miembro, de modo que no cabe acumulación (confusión) si la anterior sentencia del otro Estado Miembro no está ejecutada, pues se imposibilitaría, con clara interferencia que fuere ejecutada por el Estado que la dictó; a la par que no formula la cuestión prejudicial que interesaba el recurrente, al no presentarle dudas la interpretación del artículo 3 de la Decisión, a pesar de haber incorporado a su Código penal una proclamación del principio de asimilación, sin excepción alguna, en su artículo 132-23-1, donde establece que para la aplicación del Código Penal y del Código Procesal Penal las condenas impuestas por las jurisdicciones penales de un Estado miembro son tomadas en cuenta en las mismas condiciones que las impuestas por las jurisdicciones penales francesas y producen los mismos efectos.

5. Por tanto, no procede plantear la cuestión prejudicial. Como decíamos anteriormente, la aplicación de una norma comunitaria no impone al Tribunal la obligación de dudar en su interpretación. Sin ánimo de exhaustividad, podemos citar una serie de ejemplos, como en la STS 186/2014 , en los que esta Sala no ha sido ajena a la aplicación del Derecho de la Unión y a la interpretación de la ley interna conforme al mismo. Si no hay duda, no es precisa la cuestión prejudicial y en los casos que citamos no existió duda, porque se resolvieron sin necesidad de la cuestión. Son los siguientes:

1) STS 795/2014, de 20 de noviembre .

Trata sobre la aplicación e interpretación, entre otras normas, de la Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos



www.civil-mercantil.com

personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial, en materia penal, respecto de la que afirma que "(...) no ha sido objeto de implementación en nuestro ordenamiento interno; y si bien ya ha transcurrido con creces el tiempo fijado de transposición, su contenido no puede ser objeto de aplicación, por cuanto la doctrina sobre la "interpretación conforme" del TJUE, plasmada en el asunto María Pupino , no permite un resultado contra legem del ordenamiento interno (& 47 STJUE 16 de junio 2005) y dado el contenido del reiterado artículo 2 de la Ley de Protección de Datos , la investigación de un delito de tráfico de drogas en cantidad de notoria importancia, con relaciones en el extranjero que determinan el aviso de las autoridades francesas, excluye su eficacia en esta concreta cuestión hasta que medie su incorporación a nuestro ordenamiento interno" .

2) STS 774/2014, de 11 de noviembre .

En la misma, se trata de la solicitud de una persona condenada por la Justicia italiana, que solicita la adaptación de la pena al ordenamiento español. La Sentencia considera que los criterios contenidos en la Decisión marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008 , relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, han de ser tenidos en cuenta en relación con la aplicación de nuestro propio ordenamiento. A la vista de lo dispuesto en el art. 8 de la Decisión considera que no procede la adaptación y como argumento que refuerza esta solución, indica que "semejante criterio es el recogido en el proyecto de Ley de transposición de la aludida Decisión marco a nuestro ordenamiento nacional, hoy en avanzado proceso de tramitación parlamentaria (BOCG núm. 86-6, de 06/11/2014)" , del que cita su art. 83. El citado proyecto es hoy la Ley 23/2014, de 20 de noviembre , de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (B.O.E. de 21 de noviembre de 2014), cuyo artículo 83 coincide con el texto citado.

También hace referencia a la Decisión marco citada, como criterio de resolución del supuesto del recurso, la STS 820/2013, de 17 de octubre , relativa a la adaptación al ordenamiento español de una condena impuesta en Estados Unidos.

3) STS 632/2014, de 14 de octubre .

Interpreta y aplica los preceptos legales referidos a las declaraciones de menores de edad a la luz de la Decisión marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, en los términos indicados en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2005 («caso Pupino»). En igual sentido, entre otras muchas, SSTS 48/2014, de 27 de enero ; 940/2013, de 13 de diciembre ; o 1016/2012, de 20 de diciembre .

4) STS 646/2014, de 8 de octubre .

Se trata la figura del grupo criminal del art. 570 ter CP . Sobre el particular indica: "La incorporación de este nuevo tipo penal - decíamos en la STS 289/2014, 8 de abril - es consecuencia de la compartida preocupación internacional por los dañinos efectos inherentes a la delincuencia organizada. Más allá de otros precedentes más tempranos, la Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, 29 de abril, por la que se aprobó la Convención de Naciones Unidas para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional y la Decisión marco 2008/841/JAI, 24 de octubre, abonaron el camino a una tipicidad en la que la delincuencia plural y concertada, adquiriera un significado autónomo. No han faltado voces doctrinales que cuestionan la necesidad de esta reforma abanderada por la LO 5/2010, 22 de



www.civil-mercantil.com

junio. La idea de que los tratamientos históricos de la coautoría y la conspiración para delinquir, ofrecían ya las claves para el adecuado castigo de estos fenómenos, ha sido invocada para negar la necesidad de la reforma. La Sala entiende, sin embargo, que es perfectamente posible justificar el desvalor autónomo, en este caso, del grupo criminal. Un desvalor que puede justificarse sin relación con los delitos principales que hayan sido objeto de comisión. Se trata de hacer frente al reforzado peligro que para determinados bienes jurídicos se deriva de la actuación concertada de varias personas cuya pluralidad, por sí sola, intensifica los efectos asociados a cualquier infracción criminal. Una actuación que, en no pocos casos, estará muy ligada a la profesionalidad que, con uno u otro formato, con mayor o menor estabilidad, puede convertir el delito en una verdadera fuente de recursos, con el consiguiente menoscabo de las reglas de convivencia. La realidad, en cada caso concreto, exigirá la definición de un criterio que, con tributo a los principios que legitiman cualquier sistema punitivo, distinga entre aquellos supuestos de simple concertación ajena a cualquier idea de lesividad y aquellos otros en los que esa acción concertada se hace merecedora de sanción penal".

En esta resolución se interpreta la figura del art. 570 ter CP, con referencia expresa a una norma de la Unión que la fundamenta (Decisión marco 2008/841/JAI, del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada) y afirma la autonomía de la misma. En igual sentido, se pronuncian las SSTS 445/2014, de 29 de mayo, y 289/2014, de 8 de abril.

5) STS 503/2014, de 18 de junio.

Se refiere a la aplicación del tipo atenuado del art. 318 bis CP y señala: "Ya la STS 1025/2012, de 26 de diciembre, establecía al respecto: "La norma penal debe ser interpretada conforme a parámetros de proporcionalidad, sobre todo en tipos tan abiertos como el que figura en el art. 318 bis del Código Penal. Tanto en lo que se refiere a la exclusión de comportamientos que pese a encajar formalmente en la descripción típica no comporten ni afectación actual ni peligro de afectación de los bienes jurídicos que la ley quiere tutelar, careciendo, en consecuencia, de antijuridicidad material, como en lo referente a la proporcionalidad en sentido estricto, que se refiere a la comparación de la gravedad de la pena con la incidencia de la conducta en el bien tutelado".

Especialmente cuando el propio legislador, al desgajar las situaciones más graves de trata, atribuye a este tipo, ahora residual, la tutela de un bien jurídico de menor entidad; la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios como expresa en el apartado XI, de la Exposición de Motivos de la LO 15/2010; pero paradójicamente, mantiene una pena similar para la trata de personas que para la inmigración clandestina, en extensión que excede de las propias exigencias de la Decisión marco 2002/946/JAI, de 22 de noviembre, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, que posibilita sanciones inferiores (art. 1.4), además de comprender un ámbito más restringido de las figuras agravadas respecto de las que se insta la exasperación punitiva, al limitarse a que la infracción sea cometida como parte de las actividades de una organización delictiva o a que se cometa poniendo en peligro la vida de las personas que son objeto de la infracción; que obviamente excede de la simple exigencia de nuestro tipo de que la puesta en peligro de la salud o integridad a las personas, además de omitir el resto de conductas agravadas que conllevan en nuestro ordenamiento la aplicación de la mitad superior de la pena de prisión de cuatro a ocho años".

Por otro lado, la duda que podría fundamentar la cuestión prejudicial no puede construirse sobre la base de que esta misma sentencia, que ahora se dicta, vaya acompañada



www.civil-mercantil.com

de votos particulares. El ejercicio legítimo y fundamentado del derecho de parte de los integrantes de esta Sala a mostrar la discrepancia con el criterio de la mayoría no es muestra de una duda en la interpretación. En otras palabras, la duda interpretativa no concurre en los supuestos en los que el órgano jurisdiccional no alcanza su decisión por unanimidad. De entender lo contrario, en el caso de un órgano jurisdiccional de composición tripartita, si uno de sus integrantes emitiera un voto particular habría que tildar de dudosa la decisión de la Sala, con las consiguientes consecuencias que ello supondría, por ejemplo, en la aplicación del principio in dubio pro reo .

La voluntad de la mayoría conforma la voluntad del órgano, sin perjuicio, reiteramos, de que los integrantes que discrepen de la misma reflejen su postura en sus votos particulares. Esta circunstancia tampoco es ajena a esta Sala, ya que se han dictado resoluciones de importante trascendencia, de cuyo contenido discrepaban diversos integrantes de la misma. Como ejemplos, podemos citar las sentencias siguientes: STS 645/2006, de 20 de junio (que se refería a los límites de la jurisdicción española y, además, a la vinculación con la doctrina del Tribunal Constitucional); STS 798/2007, de 1 de octubre (sobre la interpretación de los delitos de lesa humanidad y de genocidio); STS 1045/2007, de 17 de diciembre , y STS 54/2008, de 8 de abril (ambas sobre el ejercicio de la acción popular); o STS 2/2011, de 15 de febrero (que trata de la conexión de antijuricidad).

En todos estos casos, que la decisión se obtuviera por mayoría no supone que la decisión se hubiera obtenido con dudas.

Sexto.

El motivo sexto del recurso se formula, al amparo del artículo 852 de la LECRIM , por vulneración del artículo 15 de la Constitución , por cuando una pena privativa de libertad que sobrepasa los límites máximos legalmente establecidos constituye una pena inhumana y degradante; y del artículo 25.2 de la CE , en cuanto las penas tan extensas hacen inviable el mandato de orientar las penas a la reinserción social.

El motivo debe ser desestimado.

Al respecto, cabe indicar que la resolución recurrida no vulneraría, en ningún caso, el artículo 15 de la Constitución Española que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes.

De conformidad con una doctrina reiterada de esta Sala, la acumulación de condenas conforme a lo dispuesto en el artículo 988 de la LECRIM tiende a hacer efectivas las previsiones del Código Penal en lo referente a los tiempos máximos de cumplimiento efectivo en los supuestos de condenas diferentes por varios delitos, según los límites que vienen establecidos en el artículo 76 de dicho Código , que consisten, de un lado, en el triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido y, de otro lado, en veinte, veinticinco, treinta o cuarenta años, según los casos. Tales previsiones - STS 472/2009, de 7 de Mayo - se orientan a reconocer la necesidad de evitar con carácter general que una excesiva prolongación de la privación de libertad pueda producir el efecto de desocializar al penado y profundizar su marginación, es decir, justamente lo contrario de lo que señala el artículo 25.2 de la Constitución como fines a los que deben estar orientadas las penas privativas de libertad. Sin embargo, aun cuando la orientación de las penas privativas de libertad ha de ser la reinserción social del delincuente, ello no quiere decir que la pena pierda todo su sentido y razón de ser una vez descartada ésta finalidad, bien, decíamos en la STS 186/2014, de 14 de marzo , por haberse ya obtenido o bien por considerarse, en un pronóstico razonable, de imposible obtención. Pues es admisible reconocer en las penas privativas de libertad otras finalidades no incompatibles con aquella. De otro lado, el reconocimiento de esa finalidad establecida constitucionalmente no impide considerar ajustadas a la Constitución previsiones legales relativas al cumplimiento de las penas, como ocurre con las normas



www.civil-mercantil.com

relativas al establecimiento de límites máximos de cumplimiento y de acumulación de condenas con ese fin.

Conviene precisar que la acumulación de condenas deriva de condenas por siete delitos de asesinato, tres de ellos en grado de tentativa y un delito de atentado con resultado de muerte, enumeradas en el primer fundamento; que extingue el 23 de febrero de 2022, de modo que aún con el cómputo del tiempo de privación de libertad en Francia, como indican las alegaciones del recurrente, dado que se encuentra en prisión ininterrumpidamente desde el 7 de julio de 1994, la condena efectiva no supera los veintiocho años; a la par que su preparación para su vida en sociedad, desde 2011, informa en sus alegaciones, disfruta del cupo semestral de 18 días de permiso.

Séptimo.

Por último, en el motivo séptimo, se alega la vulneración del artículo 24 de la CE, por el cual se proscribe la indefensión. Se sostiene que la firmeza del auto de fecha 18 de septiembre de 2013 se produjo porque el entonces Procurador no notificó a la defensa el emplazamiento para formalizar el recurso de casación preparado, provocando una indefensión material y la ausencia de tutela judicial efectiva.

El motivo debe ser desestimado.

Por medio de este motivo, se denuncia un hecho ajeno a la resolución judicial recurrida que, como tal, no podría dar lugar a que esta hubiera lesionado un derecho fundamental. De conformidad con las propias alegaciones que se formulan no se imputa a los órganos jurisdiccionales ninguna actuación que pudiera haber provocado una indefensión material al recurrente y con ello la vulneración de derecho a la tutela judicial efectiva.

Además, en cuanto estimado su criterio en el fundamento segundo sobre la intangibilidad de las acumulaciones de condena, el análisis de las cuestiones entonces formuladas, han sido ahora examinadas, de modo que el motivo carece de objeto.

Octavo.

Finalmente, hemos de declarar, como ya dijimos en la STS 592/2014 y STS 593/2014, ambas de 24 de julio, que el recurso de casación cumple la misión de determinar el sentido de la interpretación de la ley, por lo que los tribunales deben atenerse a los pronunciamientos de esta Sala Casacional en materia penal. Así como hemos indicado en la reciente STS 768/2014, de 11 de noviembre que la casación tiene un alcance que trasciende el caso concreto: homogeneizar la interpretación de la ley, dado que la función nomofiláctica es una de las funciones genuinas y más clásica del recurso de casación.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación del acusado Jose Antonio, contra Auto dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 4 de septiembre de 2014, por no resultar aplicable a la refundición de condenas la Decisión Marco 2008/675/JAI y la Ley Orgánica 7/2014 de 12 de noviembre de transposición de tal Decisión dictada por el Consejo de Europa el 24 de julio de 2008. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.



www.civil-mercantil.com

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Marchena Gomez Candido Conde-Pumpido Touron Joaquin Gimenez Garcia Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Jose Manuel Maza Martin Miguel Colmenero Menendez de Luarda Francisco Monterde Ferrer Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Jose Ramon Soriano Soriano , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

VOTO PARTICULAR que formula el EXCMO. SR. D. CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON, y al que se adhieren los MAGISTRADOS EXCMOS. SRES. D. JOAQUIN GIMENEZ GARCIA, D. MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, D. LUCIANO VARELA CASTRO, D. ALBERTO JORGE BARREIRO y D^a. ANA MARIA FERRER GARCIA, a la Sentencia recaída en el Recurso de Casación Núm. 10.711/14, contra el Auto de Acumulación de Condenas dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional con fecha 4 de Septiembre de 2014 .

Desde el respeto que nos merece la posición de la mayoría, hemos de discrepar de la sentencia casacional que desestima el recurso, al considerar que la naturaleza de la cuestión planteada impone la necesidad de formular Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea conforme al art 267 del TFUE .

Sin perjuicio de suscribir el voto particular conjunto referente al fondo del asunto, en el que se motiva la procedencia de la estimación del recurso, consideramos necesario justificar de forma expresa las razones en que se fundamentaba la propuesta de planteamiento de una Cuestión Prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, propuesta que fue desestimada por la mayoría del Tribunal de forma previa a la decisión de desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.

Dispone el art 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea que cuando se plantee una cuestión de interpretación de los actos adoptados por las instituciones u organismos de la Unión ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia de la Unión.

La cuestión prejudicial constituye un mecanismo esencial para el buen funcionamiento de la Unión Europea, pues es el procedimiento a través del cual se consigue que la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión sean uniformes en todos los Estados miembros. Para evitar que el Tribunal Supremo de cada Estado miembro desarrolle una interpretación diferente del Derecho de la Unión, fragmentando nuestro ordenamiento jurídico común, el Tratado veta a estos Tribunales la posibilidad de realizar una labor hermenéutica autónoma sobre las cuestiones controvertidas del Derecho de la Unión, reservando el monopolio de dicha labor jurisprudencial a un Tribunal único, sito en la cúspide del sistema, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo.

Y ello es así porque la piedra angular del sistema jurídico de la Unión Europea es una norma interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio



www.civil-mercantil.com

por los Tribunales de todos los Estados miembros, para lo cual es necesario garantizar el principio de unidad de interpretación.

Segundo.

La función del Tribunal de Justicia en el procedimiento prejudicial consiste en garantizar la interpretación uniforme del Derecho de la Unión, y no en aplicar este Derecho a los hechos concretos del procedimiento principal. Por tanto, al Tribunal de Justicia no le corresponde pronunciarse sobre las cuestiones de hecho que se susciten en el procedimiento en el que se plantea la cuestión, ni tampoco resolver sobre la interpretación o la aplicación de las normas del Derecho Nacional. Es el órgano jurisdiccional remitente quien tendrá que deducir las consecuencias que correspondan a la respuesta que proporcione el TJUE a la cuestión de interpretación planteada y, en su caso, declarar inaplicable la norma nacional cuando resulte incompatible con la interpretación del Derecho de la Unión que el Tribunal de Justicia ha declarado correcta (ver art 19 apartado 3º, letra b, del Tratado de la Unión Europea, art 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, arts. 93 a 118 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, publicado en el Diario Oficial de la UE, serie L núm. 265, de 29 de septiembre de 2012 y Recomendaciones del Tribunal de Justicia a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, publicadas en el Diario Oficial de la UE, serie C, núm. 338, de 6 de noviembre de 2012).

Tercero.

En el caso actual el núcleo esencial de la cuestión que se plantea en el recurso de casación formulado consiste en determinar si en el proceso de acumulación o refundición de condenas del recurrente Jose Antonio, para determinar el límite máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad que le han sido impuestas, debe ser computado el período de cumplimiento de la pena de prisión impuesta por una sentencia condenatoria dictada por un Tribunal francés, en la misma medida en que se han tomado en consideración para dicha refundición las condenas nacionales.

Y, en consecuencia, si deben atribuirse a la condena dictada por dicho Estado miembro de la Unión los mismos efectos jurídicos que corresponderían a las condenas nacionales anteriores conforme a nuestro Derecho interno, según se deduce de lo prevenido en el art 3 1º y 2º de la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008.

La cuestión ya ha sido respondida positivamente por este Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 186/2014, de fecha 13 de marzo, referida a un supuesto análogo. Sentencia en la que, sin que se suscitase por ninguno de los miembros del Tribunal duda o conflicto alguno de interpretación que hiciese necesario plantear una Cuestión Prejudicial pues se trata de una resolución dictada por unanimidad, se estimó que " el órgano jurisdiccional competente (la Audiencia Nacional), previa la obtención, por los medios disponibles en derecho, de la documentación necesaria, deberá incluir la sentencia dictada por el Tribunal francés entre las que deben ser examinadas y consideradas a efectos de la acumulación."

Esta decisión se apoyaba en que desde el punto de vista del Derecho interno no se apreciaban obstáculos a dicha aplicación dado que " La doctrina de esta Sala ha establecido que para que proceda la acumulación de condenas sólo se requiere que entre los hechos exista una determinada conexión cronológica, la cual se apreciará siempre que los delitos sancionados hubieran podido ser enjuiciados en un solo proceso, teniendo en cuenta las fechas de las sentencias dictadas y las de comisión de los hechos enjuiciados en las mismas, de manera que no se transforme en una exclusión de la punibilidad abierta para todo delito posterior ".



www.civil-mercantil.com

Y desde el punto de vista del Derecho de la Unión, se invocaba expresamente la Decisión Marco 2008/675/JAI, argumentando que "la Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo, de 24 de julio de 2008, posterior, por lo tanto, a nuestra sentencia de 18 de diciembre de 2002, señalaba que su objetivo era establecer una obligación mínima para los Estados miembros al objeto de tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados miembros. Y en el artículo 3 disponía lo siguiente: " 1. Cada Estado miembro garantizará que se tomen en consideración, con motivo de un proceso penal contra una persona, las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros contra la misma persona por hechos diferentes, sobre las cuales se haya obtenido información a través de los instrumentos de asistencia judicial aplicables o mediante el intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales, en la medida en que se tomen en consideración las condenas nacionales anteriores y se atribuyan a aquellas condenas los mismos efectos jurídicos que a las condenas nacionales anteriores, de conformidad con el Derecho nacional. 2. El apartado 1 se aplicará en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena, en particular por lo que respecta a las normas de procedimiento aplicables, incluidas las relativas a la detención provisional, la calificación de la infracción, el tipo y el nivel de la pena impuesta, e incluso las normas que rigen la ejecución de la resolución".

Con independencia de que el Estado español, como Estado miembro de la UE, haya sido más o menos diligente en dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 5.1 de la referida Decisión Marco, (" 1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión marco a más tardar el 15 de agosto de 2010"), lo cierto es que en ausencia de normas que regulen expresamente la materia de una forma terminante, la interpretación de las vigentes debería realizarse de la manera más conforme posible con el contenido de una normativa europea, cuya incorporación al ordenamiento interno es una obligación contraída por el Estado español como miembro de la Unión Europea. En consecuencia, nada impide considerar la sentencia dictada en Francia a los efectos de la acumulación".

En aplicación de esta doctrina la Audiencia Nacional tomó en consideración en los meses siguientes las sentencias dictadas en Francia en varios procedimientos de acumulación o refundición de condena, atribuyéndoles los mismos efectos que a las sentencias nacionales.

Cuarto.

El hecho nuevo que genera el replanteamiento de la doctrina sentada por este Tribunal Supremo y aplicada pacíficamente durante varios meses por la Audiencia Nacional, consiste en la aprobación de la norma de transposición de la referida Decisión Marco por LO 7/2014, de 12 de noviembre, cuyo art. 14.2 y Disposición Adicional única introducen limitaciones a la toma en consideración de las sentencias europeas en fase de ejecución de sentencias españolas.

Limitaciones que vacían de contenido y privan de efectividad al principio de equivalencia en los procedimientos de refundición o acumulación de condenas.

El art 14 2 c) establece que las condenas firmes dictadas en otros Estados miembros no tendrán ningún efecto... sobre los autos dictados o que deban dictarse, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fijen los límites de cumplimiento de penas entre las que se incluya alguna sentencia de condena impuesta en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales del otro Estado miembro.

Dado que los procedimientos de acumulación de condenas seguidos en España se refieren en todo caso a delitos cometidos antes de la sentencia de condena del otro Estado miembro, ya que las penas por delitos cometidos después de la referida sentencia no son



www.civil-mercantil.com

acumulables, este precepto determina la privación de efectos equivalentes en esta materia en nuestro país a todas las sentencias condenatorias penales dictadas por otros Estados Miembros de la Unión Europea. Es decir la falta de efectividad del objetivo buscado por la Decisión Marco en lo que se refiere a la fase de ejecución (art 3 2º in fine, DM 2008/675), y en concreto en todos los procedimientos de refundición de condenas y establecimiento de un límite máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad.

La Disposición adicional única establece, con carácter general, que en ningún caso serán tenidas en cuenta para la aplicación de la presente Ley las condenas dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010, límite temporal que reduce la efectividad del reconocimiento de efectos de las sentencias de otros Estados Miembros en la jurisdicción española a supuestos muy limitados. Se establece con ello una diferencia muy sustancial en el Derecho aplicable en esta materia entre el territorio español y el de otros países de la Unión Europea en los que no se ha establecido esta limitación, pudiendo afectar de modo muy significativo a la unidad del Derecho de la Unión.

Por ello la parte recurrente cuestiona la compatibilidad de la norma de transposición con las disposiciones de la Decisión Marco, lo que obliga a una labor interpretativa de las estipulaciones de esta Decisión para determinar si las referidas limitaciones están amparadas o no en alguno de los artículos de la propia Decisión Marco.

Quinto.

Esta labor interpretativa de una Decisión de un órgano de la Unión Europea, como es el Consejo JAI, es precisamente la que el art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea nos obliga a remitir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya estableció en 1978 (asunto Simmenthal, Sentencia de 9 de marzo de 1978, 106/77 , y más recientemente asunto Kücükdeveci, resuelto por Sentencia de 19 de enero de 2010, C-555/07), que el Juez Nacional está obligado a inaplicar normas internas por su propia autoridad en el supuesto de considerarlas incompatibles con el Derecho comunitario, sin necesidad de plantear previamente una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

Pero esta posibilidad extrema no resulta procedente en el supuesto de que la incompatibilidad suscite alguna duda interpretativa, en cuyo caso el Juez Nacional carece de competencia para resolver por su propia autoridad la duda, tanto en sentido positivo como negativo, y en lugar de dar preferencia en la aplicación al Derecho de la Unión o al Derecho interno, está obligado a plantear la Cuestión Prejudicial, en los términos establecidos por el propio Tribunal en el asunto CILFIT (Sentencia de 6 de octubre de 1982, 283/81).

Sexto.

Expuesta sucintamente la cuestión esencial suscitada en el recurso, es fácil apreciar que el mismo no puede ser resuelto sin un pronunciamiento sobre la compatibilidad de la norma de transposición con los principios de unidad, primacía y eficacia que caracterizan al Derecho Europeo (sentencias Van Gend & Loss y Flaminio Costa, entre otras muchas), es decir sin realizar una labor hermenéutica sobre la Decisión Marco que pueda determinar si los preceptos de la misma pueden ser interpretados en el sentido de facultar una norma de transposición que reduzca sustancialmente la efectividad de las sentencias de otros Estados Miembros en la fase de ejecución del nuevo proceso, y concretamente en los procedimientos de acumulación de condenas, lo que tiene una gran relevancia en la duración efectiva de las condenas.



www.civil-mercantil.com

En efecto, si el tiempo límite de cumplimiento se computa integrando la totalidad del período de prisión cumplido efectivamente desde el ingreso en un Centro Penitenciario, con independencia de que dicho ingreso se haya realizado en Francia o en España, en cumplimiento de una sentencia francesa o española, el período efectivo de prisión que cumpla el recurrente será el máximo que establece la legislación española. Pero si en dicho período no se cuenta el tiempo de prisión efectivamente cumplido en Francia, al excluirse la equiparación de efectos de las sentencias francesas, en aplicación de los límites establecidos en la LO 7/2014 a la efectividad de la Decisión Marco 2.008/675, entonces el período efectivo de cumplimiento será superior al referido límite máximo.

Septimo.

Como ya hemos expresado el art 267 TFUE solo establece dos requisitos para la imposición de la obligación de formular la Cuestión Prejudicial:

1º) Que el acto que debe interpretarse proceda de una de las instituciones u organismos de la Unión, lo que en el caso actual es manifiesto pues se trata de una Decisión Marco del Consejo, dictada en el ámbito de la política de la Unión Europea dirigida a mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia (Considerando primero de la Decisión Marco 2008/675), en el programa de medidas destinadas a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo (Considerando segundo de la Decisión Marco 2008/675), para lo que se considera conveniente establecer el principio de equivalencia de efectos entre las sentencias dictadas por cada uno de los Estados miembros. Principio que significa que, sin armonizar los efectos que cada legislación reconoce a las sentencias anteriores, lo que se proclama es la obligación de que cada Estado miembro reconozca a las sentencias dictadas por los demás los mismos efectos que a las propias (Considerando quinto de la Decisión Marco 2008/675).

2º) Que el Órgano Jurisdiccional nacional, ante el que se suscite el problema interpretativo sea el superior en el orden jurisdiccional correspondiente, es decir aquel cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial en Derecho interno.

El fundamento de esta obligación consiste en garantizar una interpretación y aplicación del Derecho Europeo que sea uniforme en todo el territorio de la Unión, lo que no resulta posible si dicha interpretación la realizan autónomamente los 28 Tribunales Supremos de los Estados miembros. La unificación interpretativa del Derecho de la Unión es competencia exclusiva del Tribunal de Justicia de la Unión (art 267 TFUE).

Este requisito también concurre de manera manifiesta, pues la decisión adoptada por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, máximo órgano de la jurisdicción penal española conforme establece el art 123 CE , no es susceptible de recurso judicial alguno en Derecho interno. Puede ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pero este recurso no constituye un recurso "judicial", en sentido propio, sino de naturaleza constitucional.

En el caso actual concurren, por tanto, ambos requisitos legales, por lo que a nuestro entender el planteamiento de la Cuestión Prejudicial era imperativo.

Octavo.

El margen de maniobra de los Tribunales Supremos de los Estados miembros en relación con la Cuestión prejudicial, es en consecuencia, muy escaso.



www.civil-mercantil.com

Es cierto que el propio TJUE reconoce algunas excepciones a este rigor (asunto CILFIT, Sentencia de 6 de octubre de 1982, 283/81), pero no son aplicables al caso ahora enjuiciado.

Para concretar estas excepciones podemos acudir a la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional, que en su STC (Pleno) núm. 78/2010, de 20 de octubre , para distinguir los regímenes diferenciados de la Cuestión de Inconstitucionalidad, en Derecho Interno, y la Cuestión Prejudicial, en Derecho Europeo, además de la diferencia esencial de que la primera es siempre de validez y la segunda puede ser de validez o de interpretación, nos dice que la obligación de plantear la Cuestión Prejudicial desaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, cuando la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos Da Costa y acumulados, 28 a 30/62 ; y de 19 de noviembre de 1991 , asunto Francovich y Bonifaci, C-6 y 9/90), y cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit, 283/81).

En el caso actual resulta manifiesto que la primera excepción no concurre pues no consta que la cuestión suscitada sea materialmente idéntica a otra que ya haya sido objeto de una decisión prejudicial por parte del TJUE en un caso análogo, ni que exista jurisprudencia del TJUE que, aun fuera de una cuestión prejudicial, resuelva expresamente la cuestión aquí planteada sobre la compatibilidad de la LO 7/2014, con la Decisión Marco 675/2008. Lo reciente de la LO 7/2014, de 12 de noviembre, que entró en vigor el pasado mes de diciembre, impide que estos pronunciamientos jurisprudenciales puedan haberse producido.

La segunda excepción, cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario se imponga con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión, nos remite a la doctrina del "acto claro".

Resulta manifiesto que en el caso actual no puede ser de aplicación la doctrina del "acto claro". La solución de la cuestión aquí planteada no se impone con tal evidencia que no pueda suscitar posiciones racionales contradictorias, sino que resulta manifiestamente compleja, y buena prueba de ello es la división que se ha suscitado tanto en el seno de la Audiencia Nacional, como en el Pleno de esta misma Sala. La intensa deliberación realizada, en la que se llegaron a utilizar las versiones francesa e inglesa de la Decisión Marco, para intentar esclarecer la confusa redacción del art 3º, párrafos 3º, 4º y 5º de dicha Decisión, se invocaron los trabajos prelegislativos, como la Propuesta inicial de la Comisión de 17 de marzo de 2003, para compararla con el texto final, o se empleó, como apoyo interpretativo, el informe de 2 de junio de 2014 de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Decisión Marco, si algo puso de relieve es que se estaba interpretando el Derecho de la Unión, y que se utilizaron por ambas partes argumentaciones bien articuladas racionalmente para defender interpretaciones contradictorias, lo que impide de modo manifiesto aplicar una excepción que requiere que la correcta aplicación se imponga de un modo absolutamente evidente.

El Tribunal de Justicia, en el apartado 16 del Sentencia Cilfit, exige para que la aplicación de la doctrina del acto claro excuse la formulación de una Cuestión Prejudicial en conflictos interpretativos sobre Derecho de la Unión, no solo que el Juzgador estime que la solución interpretativa se impone con total evidencia, sino que pueda estimar que esta misma interpretación se impondría con la misma evidencia a los órganos de los demás Estados miembros así como al propio Tribunal de Justicia (STJUE, Cilfit y otros, 16). Lo relevante no es la convicción subjetiva o personal del Juez o de la mayoría de los Jueces en un Tribunal colegiado, sino una condición objetiva de la norma a interpretar, cuyo contenido y significado sea tan nítido que permita establecer la exégesis procedente con absoluta evidencia.



www.civil-mercantil.com

En realidad la doctrina del acto claro no exige de plantear la Cuestión Prejudicial para resolver problemas interpretativos del Derecho de la Unión, sino que solo resulta aplicable cuando no existe un verdadero problema interpretativo, porque la norma es tan clara que no admite más que una interpretación.

En consecuencia, concurriendo los dos requisitos legales necesarios para que surja la obligación de plantear la Cuestión Prejudicial, y no concurriendo ninguna de las dos excepciones, lo procedente es plantear la Cuestión.

Noveno.

La resolución mayoritaria niega la procedencia de la formulación de la Cuestión Prejudicial invocando la doctrina del Acto Claro, y afirmando que es evidente que el art 3 5º de la Decisión Marco permite excepcionar a los Estados Miembros la toma en consideración de las sentencias dictadas por otros Estados de la Unión a los efectos de la determinación del límite de cumplimiento de las condenas privativas de libertad, por lo que no se hace necesario ninguna labor adicional interpretativa de la norma europea.

Sin embargo estimamos que en el caso actual es claro que la cuestión planteada exige una labor hermenéutica sobre una norma de Derecho de la Unión, cuya interpretación no es, en absoluto, evidente.

Esta labor de interpretación es la que realiza la propia sentencia mayoritaria, sobre el párrafo quinto del artículo tercero de la Decisión Marco, para llegar a la conclusión, que no compartimos, de que este precepto incluye una excepción facultativa que permite no tomar en consideración a efectos de acumulación las sentencias dictadas por otros Estados Miembros.

Para esta labor hermenéutica la decisión mayoritaria acude a los diversos criterios de interpretación previstos en el art 3º 1 del Código Civil, la interpretación literal (texto de la norma, párrafo quinto del artículo tercero), la sistemática (contexto, considerandos octavo y noveno de la Decisión Marco), la histórica (antecedentes legislativos) o el Derecho comparado (resoluciones de Tribunales de otros Estados miembros), por lo que resulta manifiesto que se está realizando una labor interpretativa sobre una norma cuyo significado no es claro, labor que conforme a los Tratados compete de forma exclusiva y excluyente al Tribunal de Justicia.

En definitiva, el loable y documentado esfuerzo interpretativo realizado por la sentencia mayoritaria sobre el art 3 5º de la Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo, no hace más que ratificar nuestra posición: la obligación de cumplir lo establecido en el art 267 del TFUE, planteando una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Obligación que no puede ser eludida invocando la doctrina del acto claro, cuya aplicación en el presente caso es manifiestamente impropia.

Decimo.

El Tribunal de Justicia de la Unión es el Juez ordinario predeterminado por la Ley para resolver los conflictos de interpretación del Derecho de la Unión. Excluirlo, omitiendo formular la Cuestión Prejudicial, cuando es legalmente procedente, implica una infracción de los Tratados, puede constituir un exceso de jurisdicción y podría también afectar al derecho a la tutela judicial efectiva, como ha estimado el Tribunal Constitucional en determinados supuestos (SSTC 58/2004, 194/2006 o 78/2010).

En la STC 58/2004, de 19 de abril, el Tribunal Constitucional señala que a los efectos de excluir la obligación de plantear una Cuestión Prejudicial de Derecho Europeo, "la existencia o inexistencia de una duda... no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del Juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho Comunitario (una apreciación



www.civil-mercantil.com

subjetiva) sino como inexistencia, clara y terminante de duda alguna en su apreciación. No se trata de que no haya duda razonable, sino simplemente de que no haya duda alguna".

Conviene también recordar, para poner de manifiesto la necesidad de respetar los Tratados de la Unión, la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, según la cual "producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos".

Y asimismo el Tribunal Constitucional ha rechazado que posea competencia para controlar la validez del Derecho de la Unión, por lo que en principio serían inadmisibles los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad frente a normas de Derecho derivado. De manera reiterada ha afirmado que el control del derecho derivado corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STC 64/1991, de 22 de marzo, luego reiterada en la STC 58/2004, de 19 de abril, en relación con los recursos de amparo).

Undécimo.

Con esta argumentación podríamos dar por terminado este voto particular, justificando la necesidad de plantear Cuestión Prejudicial.

Ahora bien las Recomendaciones del Tribunal de Justicia a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, que no tienen carácter obligatorio pero complementan lo dispuesto en el art 94 del Reglamento del Tribunal, aconsejan identificar con claridad las cuestiones prejudiciales, que deben ser comprensibles por sí mismas, sin necesidad de referirse a los fundamentos de la petición. Y también interesan que el órgano jurisdiccional indique de modo sucinto su punto de vista sobre la respuesta que deben recibir las cuestiones planteadas con carácter prejudicial.

El problema planteado en esta causa consiste, como ya se ha expresado, en que el art 14 2 c) de la LO 7/2014 determina la ineficacia práctica del principio de efectos equivalentes entre sentencias de la Unión Europea, es decir la falta de efectividad del objetivo buscado por la Decisión Marco, en lo que se refiere a la fase de ejecución, y en concreto a los procedimientos de refundición de condenas y establecimiento de un límite máximo de cumplimiento.

Y que la Disposición adicional única, al establecer que en ningún caso serán tenidas en cuenta las condenas dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010, reduce la efectividad del reconocimiento de efectos de las sentencias europeas a supuestos muy limitados, estableciendo una diferencia muy sustancial en el Derecho aplicable en esta materia entre el territorio español y el de otros países de la Unión Europea en los que no se ha establecido esta radical limitación, pudiendo afectar de modo muy significativo a la unidad del Derecho de la Unión.

Para situar la cuestión desde la perspectiva del Derecho Interno conviene recordar que la doctrina de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo (SSTS 98/2012, de 24 de febrero y 634/2014, de 3 de octubre, entre otras muchas) ha adoptado un criterio favorable al reo en la interpretación del requisito de conexidad que exigen los arts. 988 de la Lecrim. y 76 del Código Penal para la acumulación jurídica de penas al estimar que, más que la analogía o relación entre sí, lo relevante es la conexidad "temporal", es decir que los hechos pudiesen haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión.

Así pues, deben únicamente excluirse: 1º) Los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia el período de acumulación contemplado, es decir, cuando se comete el delito enjuiciado en la sentencia que determina la acumulación; y 2º) Los hechos posteriores a la



www.civil-mercantil.com

sentencia que determina la acumulación. Y ello porque ni unos ni otros podrían haber sido enjuiciados en el mismo proceso.

La primera cuestión prejudicial a plantear sería: ¿Los preceptos de la Decisión Marco 2008/675 JAI pueden interpretarse en el sentido de que un Estado miembro está facultado para excluir en la norma de transposición el efecto equivalente, que constituye el objetivo de la Decisión, para todas las sentencias condenatorias de los Tribunales del resto de los Estados miembros de la Unión Europea anteriores al 15 de agosto de 2010?

En síntesis, las razones que podrían justificar una respuesta negativa son dos.

En primer lugar, desde la perspectiva de la efectividad del Derecho de la Unión, esta limitación reduce de modo muy relevante el efecto buscado por la Decisión Marco, pues solo un número limitado de sentencias recientes del resto de los Estados miembros producirían un efecto equivalente a los atribuidos a las condenas dictadas por los órganos jurisdiccionales nacionales.

En segundo lugar, desde la perspectiva de la igualdad en la aplicación del Derecho de la Unión, esta limitación introduce importantes diferencias en el principio de equivalencia entre unos Estados miembros y otros. Por ejemplo, una sentencia condenatoria penal dictada por un Tribunal español en el año 2.009 podría surtir en Francia, en beneficio del reo, los mismos efectos que una sentencia francesa, dado que la norma de transposición francesa (art 132- 23-1 del Código Penal francés, reformado por la Ley núm. 2010-242 de 10 de marzo) no incluye limitaciones en el reconocimiento del efecto equivalente en función de la fecha de las sentencias. En cambio, una sentencia francesa de la misma fecha no tendría en España efecto alguno.

En realidad la transposición francesa de la Decisión Marco 2008/675 es muy sencilla, en comparación con la realizada por nuestra Ley Orgánica 7/2014. En síntesis se limita establecer, con claridad y concisión, que " las condenas pronunciadas por las jurisdicciones penales de un Estado miembro de la Unión Europea se tomaran en consideración en las mismas condiciones que las condenas pronunciadas por las jurisdicciones penales francesas y producirán los mismos efectos jurídicos que estas condenas" (art 132-23-1 del Código Penal francés, reformado), sin exclusiones ni restricciones.

Esta desigualdad podría ser generalizada, pues, analizando el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación por los Estados miembros de la Decisión Marco 2008/675/JAI, de 24 de julio de 2008, no se aprecia, salvo error u omisión, que se haya detectado que otros Estados miembros hayan limitado en sus normas de transposición el efecto equivalente de las sentencias de los demás Estados miembros, en función de la fecha de la sentencia condenatoria, con independencia del establecimiento de plazos para la entrada en vigor de las normas correspondientes, lo que constituye una cuestión diferente.

Decimosegundo.

La segunda cuestión a plantear podría ser: ¿El artículo 3º párrafo 5º de la Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo , de 24 de julio, puede interpretarse en el sentido de que un Estado miembro está facultado para utilizar la norma de transposición para excluir el efecto equivalente en la fase de ejecución de sentencia en relación con los límites de cumplimiento de las penas, y en perjuicio del reo, en todas aquellas sentencias condenatorias dictadas en otros Estados miembros que sean de fecha posterior a la comisión de los delitos objeto de los procesos nacionales?

El párrafo quinto del art 3º de la Decisión Marco establece que "Si la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo, los apartados 1 y 2 no tendrán por efecto el de exigir a los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones, si la



www.civil-mercantil.com

aplicación de dichas normas a las condenas extranjeras limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso".

El hecho de que en este apartado se haga referencia a supuestos en los que la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se hubiese dictado o ejecutado por completo, lleva a la mayoría de la Sala a interpretar que este artículo sirve de cobertura para la excepción prevista en el art 14 2 c) de la LO 7/2014, que excluye en los procedimientos de acumulación de condenas las sentencias europeas posteriores a los delitos por los que se siguieron los procesos nacionales objeto de la acumulación.

Las razones para estimar que la respuesta a esta segunda cuestión también debería ser afirmativa son, en síntesis, otras dos.

En primer lugar la oscuridad de la norma, que no se refiere en momento alguno a la exclusión de los efectos equivalentes en la ejecución de las sentencias, sino en la "imposición de sanciones", no permite atribuirle un efecto tan relevante en perjuicio de los condenados, que prive de efecto alguno el tiempo de privación de libertad cumplido de modo efectivo en Francia u otro Estado miembro, y no permita tomarlo en consideración al evaluar la totalidad del tiempo pasado en prisión de modo continuado a los efectos de determinar si alcanza, o no, el límite máximo legalmente establecido.

En la práctica, con esta exclusión se prolonga el tiempo efectivo de cumplimiento más allá del límite legal. Y ha de tenerse en cuenta que esta exclusión se aplicará en el futuro a toda clase de penados, incluso por delitos menores cometidos a uno y otro lado de la frontera en las zonas fronterizas, prolongando de forma relevante el tiempo privativo de libertad que les correspondería cumplir si las sentencias de uno y otro Estado miembro tuviesen efectivamente un efecto equivalente.

Una interpretación sistemática, acudiendo a otros preceptos de la propia Decisión Marco, para situar este párrafo quinto en su contexto, nos permite apreciar que el considerando 9 de la Decisión Marco nos dice expresamente como debe interpretarse este párrafo quinto del art 3º, y sin hacer referencia alguna a la ejecución de sentencias, expresa claramente una vocación favorable al reo, al dirigirse al objetivo de evitar que la aplicación de la Decisión pueda determinar en esos casos de delitos anteriores, una "dureza desproporcionada para el delincuente".

En efecto el considerando noveno dispone expresamente que "El artículo 3, apartado 5, debe interpretarse, entre otras cosas, en consonancia con el considerando 8, de tal manera que si el órgano jurisdiccional nacional en que se desarrolla el nuevo proceso penal, al tener en cuenta una sanción impuesta anteriormente en otro Estado miembro, considera que la imposición de un determinado nivel de sanción dentro de los límites del Derecho nacional podría tener una dureza desproporcionada para el delincuente, atendiendo a sus circunstancias, y si la finalidad de la sanción se puede lograr con una condena inferior, el órgano jurisdiccional nacional podrá reducir en consecuencia el nivel de la condena, si ello hubiera sido posible en las causas exclusivamente nacionales".

Resulta contradictorio que una norma que la propia Decisión Marco nos dice que debe interpretarse para evitar supuestos de dureza desproporcionada para el delincuente, pueda ser empleada como cobertura de una disposición de transposición al Derecho Interno que perjudica al condenado, privando de efectividad alguna el tiempo de privación de libertad cumplido en el extranjero.

Y, en segundo lugar, desde la perspectiva de la unidad, primacía y eficacia del Derecho de la Unión, esta interpretación vaciaría de contenido exclusivamente en España el efecto de equivalencia buscado por la Decisión Marco en una materia que afecta precisamente a la duración del cumplimiento de las penas privativas de libertad, un derecho fundamental,



www.civil-mercantil.com

alargando el plazo máximo al no permitir el cómputo de un tiempo de prisión efectivamente cumplido.

Los procedimientos de acumulación de condenas se refieren a sentencias dictadas por delitos cometidos antes de la sentencia de condena del otro Estado miembro, pues una vez dictada dicha sentencia el penado no puede seguir delinquir ya que pasa a cumplir la condena impuesta. Por otra parte, como se ha expresado, nuestra doctrina jurisprudencial excluye de la acumulación los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se comete el delito enjuiciado en la sentencia que determina la acumulación. En consecuencia este precepto determina la ineficacia absoluta en un Estado miembro del principio de efectos equivalentes entre sentencias de la Unión Europea, en lo que se refiere a la fase de ejecución, y en concreto a los procedimientos de refundición de condenas y establecimiento de un límite máximo de cumplimiento.

En efecto, dado que nuestra doctrina jurisprudencial excluye de la acumulación los hechos delictivos que ya estuviesen sentenciados cuando se comete el delito enjuiciado en la sentencia que determina la acumulación, el art 14 2º de la LO 7/2014 al excluir también los que no estuviesen sentenciados, en realidad vacía de contenido el proceso de acumulación para todas las sentencias dictadas en otros Estados miembros, que no podrán tener en ningún caso efectos equivalentes a las nacionales.

E insistimos en que esta exclusión no es aplicable exclusivamente a supuestos extraordinariamente graves, como son los de terrorismo a los que se refiere este recurso, sino que se aplicará a cualquier ciudadano europeo que haya sido condenado en sentencias de varios Estados miembros por delitos de cualquier naturaleza y que interese en un incidente de refundición de sentencias tramitado en España que se le apliquen a dichas sentencias los mismos efectos que a las dictadas en España. Con el efecto consiguiente, en caso de denegación, de alargar el período de privación efectiva de libertad respecto del que le correspondería cumplir si todas las sentencias se hubiesen dictado en España.

En consecuencia procede concluir que no solo es procedente plantear las Cuestiones Prejudiciales expresadas, sino que su resolución debería conducir a un resultado contrario a la desestimación del recurso acordada en la sentencia mayoritaria.

Decimotercero.

En cualquier caso conviene insistir en que nuestra interpretación del párrafo quinto del art. tercero de la Decisión marco no coincide con la adoptada en la sentencia mayoritaria.

Desde la perspectiva de la interpretación literal debemos recordar el tenor de la norma: "Si la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo, los apartados 1 y 2 no tendrán por efecto el de exigir a los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones, si la aplicación de dichas normas a las condenas extranjeras limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso".

La sentencia mayoritaria estima que la claridad del contenido literal de esta norma excepciona la obligación de formular una cuestión prejudicial. Para la resolución mayoritaria esta norma afirma de modo evidente la existencia de una excepción facultativa que permite excluir a efectos de acumulación de condenas las sentencias de otros Estados miembros posteriores a los hechos a que se refiere la ejecución de la sentencia nacional en la que se solicita la acumulación.

Por el contrario, estimamos que el tenor literal de la norma no se refiere en absoluto ni al proceso de acumulación o refundición de sentencias para determinar un límite de cumplimiento efectivo, ni a la fase de ejecución en la que tiene lugar el procedimiento de acumulación. El precepto se refiere de modo expreso a la " imposición de sanciones ", que es



www.civil-mercantil.com

una operación completamente distinta y que se realiza en el momento del enjuiciamiento, con una naturaleza y contenido diferente al proceso de acumulación.

La exclusión se refiere expresamente a supuestos en los que la aplicación de la legislación nacional relativa a la imposición de sanciones a las condenas extranjeras "limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso", por lo que de la interpretación lingüística o gramatical de la norma no se deduce en absoluto que este precepto establezca una excepción facultativa para excluir el principio de equivalencia de sentencias en el procedimiento de acumulación realizado en fase de ejecución del proceso para determinar el límite máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad. Cuestión, esta última, que el tenor literal de la norma no menciona en absoluto.

Decimocuarto.

Por lo que se refiere a la interpretación sistemática la resolución mayoritaria se apoya en los considerandos octavo y noveno de la Decisión Marco.

Ninguno de dichos considerandos se refiere expresamente al proceso de determinación del máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad, para excluir, en perjuicio del reo, el efecto equivalente de las sentencias europeas. Por el contrario, en ambos se aprecia una orientación favorable al reo, que no es compatible con la interpretación adoptada por la resolución mayoritaria.

El considerando octavo señala, en síntesis, que hay que evitar que el interesado reciba un tratamiento menos favorable que si la condena anterior hubiese sido dictada por un órgano jurisdiccional nacional. Y lo cierto es que la interpretación mayoritaria no solo no evita esta consecuencia peyorativa, sino que la provoca, pues precisamente el excluir el efecto equivalente de la sentencia europea para limitar el tiempo máximo de cumplimiento, el interesado recibe un trato más desfavorable que si la sentencia hubiese sido dictada por un Tribunal nacional.

El considerando noveno, al que ya nos hemos referido, dispone expresamente que " El artículo 3, apartado 5, debe interpretarse, entre otras cosas, en consonancia con el considerando 8, de tal manera que si el órgano jurisdiccional nacional en que se desarrolla el nuevo proceso penal, al tener en cuenta una sanción impuesta anteriormente en otro Estado miembro, considera que la imposición de un determinado nivel de sanción dentro de los límites del Derecho nacional podría tener una dureza desproporcionada para el delincuente, atendiendo a sus circunstancias, y si la finalidad de la sanción se puede lograr con una condena inferior, el órgano jurisdiccional nacional podrá reducir en consecuencia el nivel de la condena, si ello hubiera sido posible en las causas exclusivamente nacionales".

Estimamos que tampoco puede utilizarse este considerando para dotar al art 3 5º de un sentido que resulta manifiestamente perjudicial para el reo, al excluir el efecto equivalente en la acumulación de condenas. Ni se refiere el considerando noveno expresamente a esta materia, ni se puede deducir de una norma que expresamente pretende evitar una dureza desproporcionada de la condena, una interpretación que, en la práctica, alarga el tiempo de cumplimiento de dicha condena.

Debemos insistir en que lo que se está debatiendo en esta causa es una interpretación que determina que cualquier ciudadano europeo que solicite en nuestro país una refundición de condenas que incluya sentencias dictadas, por ejemplo, en Oporto o en Burdeos, deberá cumplir una condena más larga que si esas sentencias se hubiesen dictado, por hechos similares cometidos en la misma época, en Zamora o en Orense.

Pongamos un ejemplo sencillo para esclarecer la relevancia futura de la interpretación cuestionada. Un joven comete entre los 18 y los 21 años una serie de delitos menores en el sur de Galicia y norte de Portugal. Detenido en Portugal, y condenado en varios procedimientos,



www.civil-mercantil.com

cumple cinco años de prisión. Terminada su condena es entregado a España, donde es juzgado en varios procedimientos por los delitos pendientes, anteriores a sus condenas portuguesas. En la refundición de condenas, aplicando la norma del triple de la pena mas grave (art. 76 CP 95), le corresponde un máximo de cumplimiento de nueve años de prisión. Pues bien, aplicando el principio de equivalencia las sentencias portuguesas producirán los mismos efectos que las españolas, y el condenado cumplirá efectivamente nueve años, cinco en Portugal y cuatro en España. Si se deniega la equivalencia, conforme al art. 14 2º de la LO 7/2014 , cumplirá catorce.

Esta discriminación, a nuestro juicio injustificada, fragmenta el espacio judicial europeo y resulta incongruente con el principio de reconocimiento mutuo, por lo que no debería establecerse con carácter jurisprudencial a partir de una interpretación muy cuestionable de disposiciones que no contienen ninguna referencia expresa ni a la ejecución de sentencias, ni al procedimiento de acumulación de condenas ni a la limitación del tiempo máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad.

Decimoquinto.

El criterio mayoritario también se apoya en una labor hermenéutica del art 3º 5º de la Decisión marco 2008/675/JAI , a partir de sus antecedentes legislativos y de resoluciones dictadas por otros Órganos de la Unión, o por Tribunales de otros Estados miembros.

No entraremos a fondo en esta labor hermenéutica, pues precisamente nuestra posición es que conforme al art 267 la competencia para ello le pertenece al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sin embargo podríamos señalar, brevemente, que el análisis de la inicial propuesta de la Comisión, de 17 de marzo de 2.005, no nos aporta nada en relación con la interpretación del art 3 5º de la Decisión Marco, pues este precepto se introduce con posterioridad. La resolución mayoritaria realiza un análisis minucioso y muy particular del proceso prelegislativo en el ámbito de la Comisión Europea y del Consejo, reseñando las posiciones mantenidas por diversos Estados miembros, como Holanda, lo que no hace más que ratificarnos en nuestra posición: 1º) que la aplicación del citado art 3 5º de la Decisión Marco requiere una compleja labor de interpretación, 2º) que su significado no es, en absoluto, evidente, y 3º) que la competencia para realizar esta interpretación, incluido el análisis del proceso prelegislativo en el ámbito de las Instituciones de la Unión Europea, no es nuestra, según los Tratados, sino del Tribunal de Justicia.

En cualquier caso, es necesario precisar que el análisis de proceso prelegislativo realizado en la resolución mayoritaria, no es correcto. Examinando el Documento del Consejo que invoca, de 26 de septiembre de 2006, (cuya numeración correcta es 13.101, de 2006), puede apreciarse que la única cuestión planteada por los Países Bajos sobre el art 3 5º de la Decisión Marco 2008/675/JAI , se resolvió con una propuesta de la Presidencia que " supone que la pena debe tenerse en cuenta únicamente hasta el nivel que se habría aplicado de haber sido dictada la condena anterior por un órgano jurisdiccional nacional ". Es decir, que no solo no se pretende excluir en el art 3 5º de la Decisión el efecto equivalente, sino que se ratifica: la pena no podrá superar la que correspondería de haberse dictado la condena anterior por un órgano jurisdiccional nacional.

Decimosexto.

Tampoco estimamos que el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación por los Estados miembros de la Decisión marco 2008/675/JAI, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los



www.civil-mercantil.com

Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, avale la interpretación mayoritaria.

Y ello, en una síntesis muy breve, por tres razones:

En primer lugar, por su propia naturaleza, dado que este Documento de la Comisión no tiene una función interpretativa de la Decisión Marco del Consejo. Como se indica expresamente en el mismo su finalidad es ofrecer una evaluación preliminar de las legislaciones nacionales de transposición ya recibidas por la Comisión.

En segundo lugar, porque el citado Documento no se refiere expresamente a la cuestión aquí planteada: si el art 3 5º de la Decisión Marco incluye, o no, una autorización para excluir el efecto equivalente en el proceso de determinación del máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad. Esta cuestión no aparece mencionada en párrafo alguno del Documento de Evaluación.

Y, en tercer lugar, porque el análisis del Documento nos permite constatar que en la evaluación de la aplicación de las Leyes de transposición de la Decisión Marco recibidas de los Estados miembros, entre los que no se encuentra España, no se menciona ningún supuesto en que las Leyes de transposición exceptúen el efecto equivalente en función de la fecha de las sentencias, como hace la LO 7/2014, ni tampoco en el que se haya hecho uso de la supuesta autorización facultativa que la resolución mayoritaria aprecia en el párrafo quinto del art 3º de la Decisión.

Decimoséptimo.

Por lo que se refiere a las resoluciones de otros Tribunales Supremos Europeos citadas en la resolución mayoritaria, tampoco se aprecia que tengan incidencia alguna en la cuestión aquí controvertida, ni que avalen la interpretación acogida en dicha resolución.

En concreto, y para no alargar excesivamente esta exposición, ha de señalarse que la Sentencia de la Corte de Casación de París, de 19 de noviembre de 2014, que la resolución mayoritaria considera especialmente significativa, se refiere a un supuesto en el que un preso que se encuentra cumpliendo condena en Courtrai (Bélgica), se dirige a la jurisdicción francesa para que realice un procedimiento similar a la acumulación de condenas ("requête en confusion de peines"), por el hecho de que con anterioridad había cumplido otra condena en Francia. El Tribunal de Casación, con buen criterio y como es evidente, ante la petición realizada por un preso que se encontraba cumpliendo condena en Bélgica, confirmó la decisión de la Jurisdicción de Instrucción que había declarado inadmisibile la solicitud. Como habría hecho igualmente, con toda seguridad, el Tribunal de Casación de París si el recurrente actual en nuestro procedimiento, que está cumpliendo condena en España después de haberla cumplido en Francia, se hubiese dirigido a la Jurisdicción francesa para solicitar la refundición de condenas, en lugar de solicitarla ante la jurisdicción de cumplimiento. En consecuencia, esta decisión de inadmisión ("irrecevable") del Tribunal de Casación francés no aporta nada a la resolución de la cuestión aquí planteada.

Decimoctavo.

Por otra parte, a la vista de la utilización por la resolución mayoritaria de los diversos criterios interpretativos previstos en nuestro art 3º 1 del Código Civil, es procedente señalar que se ha omitido el más relevante: las normas se interpretarán... "atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad".

Y, en el caso actual, el espíritu y finalidad de la norma, como se deduce de su parte expositiva, es el de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, lo que supone que la información relativa a las resoluciones condenatorias



www.civil-mercantil.com

pronunciadas en los Estados miembros pueda tenerse en cuenta fuera del Estado miembro de condena, tanto para prevenir nuevas infracciones como con motivo de un nuevo proceso penal. Para lo cual se estima conveniente establecer el principio en virtud del cual todo Estado miembro ha de atribuir a una condena pronunciada en otro Estado miembro efectos equivalentes a los atribuidos a las condenas dictadas por sus órganos jurisdiccionales nacionales con arreglo al Derecho nacional, ya se trate de efectos de hecho o de derecho procesal o sustantivo según el Derecho nacional (Considerandos primero y quinto de la Decisión Marco).

En consecuencia, una interpretación de la norma acorde a su espíritu y finalidad sería, en principio, la que promoviese una aplicación de la norma que atribuyese con la mayor amplitud a las condenas pronunciadas en otro Estado miembro efectos equivalentes a los atribuidos a las condenas dictadas por los órganos jurisdiccionales nacionales. Y ello sin exclusiones que determinen que esta equivalencia se aplique únicamente en los supuestos en que pueda perjudicar al reo (apreciación de reincidencia, prisión provisional, etc.) pero quede excluida en aquellos casos que le resulte favorable (establecimiento del límite máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad).

En definitiva, la interpretación que realiza la resolución mayoritaria del art 3 5º de la Decisión marco no es correcta, ni compatible con el espíritu y finalidad de la Decisión. Y puede llevar a la paradoja de que las sentencias dictadas por los Estados Miembros de la Unión Europea, acaben teniendo en nuestro ordenamiento en materia de refundición de condenas una efectividad inferior a las de los terceros Estados, pues la doctrina de esta Sala acepta ordinariamente la acumulación de las condenas impuestas por Tribunales extranjeros cuyo cumplimiento tiene lugar en España en virtud de Convenios Internacionales (por ejemplo STS 1129/2000, de 27 de junio, referida a una sentencia dictada en Tailandia; STS 926/2005, de 30 de junio, referida también a una sentencia de Tailandia o STS 368/2013, de 17 de abril, acumulación de una sentencia dictada en Andorra).

Y debe también discreparse de la consideración de la resolución mayoritaria en el sentido de que nuestra doctrina jurisprudencial en esta materia debe venir determinada, como referencia principal, por la STS 2.117/2002, de 18 de diciembre, que denegó la acumulación de condenas interesada respecto de una sentencia dictada en Francia, acogiéndose al principio de soberanía nacional. Con ello corremos el riesgo de anclar nuestra doctrina jurisprudencial en esta materia a un momento anterior al desarrollo del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en el ámbito de la Unión Europea y a los avances en la construcción del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

Decimonoveno.

En relación con la valoración a efectos interpretativos del Derecho de la Unión de instrumentos emanados de otros organismos de la Unión Europea, o decisiones de otros Tribunales de los Estados miembros, ha de recordarse que la dificultad de disponer de una información completa de dichos documentos o decisiones por parte de los Tribunales Supremos de cada uno de los 28 Estados miembros justifica adicionalmente la necesidad de remitir las cuestiones de interpretación de las normas de Derecho de la Unión al Tribunal de Justicia.

En la sentencia CILFIT se señala expresamente que el planteamiento de la Cuestión Prejudicial debe ser apreciada en función de las características del Derecho comunitario (hoy Derecho de la Unión) y de las dificultades particulares que presenta su interpretación.

Debe, en primer lugar, tenerse en cuenta que los textos de Derecho de la Unión están redactados en varias lenguas y que las diversas versiones lingüísticas son auténticas por igual;



www.civil-mercantil.com

por tanto, la interpretación de una disposición de Derecho de la Unión supone una comparación de las versiones lingüísticas.

Debe observarse a continuación que, incluso en caso de exacta concordancia de las versiones lingüísticas, el Derecho de la Unión utiliza una terminología propia. Por lo demás, ha de subrayarse que los conceptos jurídicos no tienen necesariamente el mismo contenido en el Derecho de la Unión y en los diferentes Derechos nacionales.

Finalmente, cada disposición de Derecho de la Unión debe ser situada en su contexto e interpretada a la luz del conjunto de las disposiciones de ese Derecho, de sus finalidades y de su grado de evolución en la fecha en la que debe hacerse aplicación de la disposición de que se trata (Sentencia Cilfit, de 6 de octubre de 1982 - Asunto 283/81 , párrafos 16, 17, 18, 19 y 20).

La excepción al obligado planteamiento de la Cuestión para los Tribunales Supremos, que se apoya en el denominado acto claro, solo se produce en supuestos en los que, en realidad, no ha de realizarse interpretación alguna ("in claris non fit interpretatio").

Como hemos señalado con anterioridad, se trata de supuestos en los que la correcta aplicación del Derecho comunitario se imponga con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada.

Ahora bien, antes de concluir que se da tal situación, el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia.

Tan solo si estas condiciones se reúnen puede abstenerse el órgano jurisdiccional nacional de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolver bajo su propia responsabilidad.

Pues bien, difícilmente puede afirmarse en el caso actual que la interpretación del art 3 5º de la Decisión Marco como una autorización facultativa para excluir el efecto equivalente de las sentencias europeas en la determinación del plazo máximo de cumplimiento de las condenas privativas de libertad, se impone con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada, cuando como hemos expuesto la norma no dice eso y la interpretación del precepto ha requerido a la mayoría un considerable esfuerzo interpretativo, fundado en una argumentación muy cuestionable.

Y, en absoluto, puede llegarse a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia, cuando en el propio seno de la Sala Penal del Tribunal Supremo español, esa supuesta evidencia no es compartida por un número relevante de Magistrados (un 40% del Pleno de la Sala), que han aportado una argumentación razonada y razonable en contra del criterio interpretativo sostenido por la mayoría.

La argumentación de la resolución mayoritaria en el sentido de que la Cuestión Prejudicial no es necesaria, porque la duda no depende de que un relevante sector del Tribunal sostenga razonadamente una interpretación jurídica diferenciada, responde a nuestro entender a un defectuoso entendimiento de la naturaleza de la Cuestión Prejudicial en el Derecho de la Unión, y su confusión con el planteamiento de una Cuestión de Inconstitucionalidad en el Derecho Interno. En efecto el art 267 del TFUE no se refiere en absoluto a una duda, sino a la concurrencia de una cuestión de interpretación sobre el Derecho de la Unión. Y, en el caso actual, la concurrencia de una cuestión de interpretación viene avalada por la relevante labor de interpretación realizada en la propia resolución mayoritaria, para sostener su posición, y por la posición contraria, también argumentada exhaustivamente, sostenida por la parte recurrente y por un sector numéricamente relevante del Pleno de la Sala.

Lo importante para que pueda eludirse la obligación de plantear la Cuestión Prejudicial ante el TJUE no es la convicción subjetiva o personal del Juez o de la mayoría de los Jueces en un Tribunal colegiado, sino una condición objetiva de la norma a interpretar, cuyo contenido



www.civil-mercantil.com

y significado sea tan nítido que permita establecer la exégesis procedente con absoluta evidencia.

En consecuencia, reiteramos que en el supuesto actual resulta imperativo, conforme a lo establecido en el art 267 TFUE , el planteamiento de la Cuestión Prejudicial.

Vigésimo.

La resolución mayoritaria argumenta que esta Sala no ha planteado cuestión prejudicial en otros supuestos de aplicación del Derecho de la Unión, citando una serie de resoluciones de la misma.

Analizadas las resoluciones invocadas puede comprobarse que en ninguna de ellas concurren las condiciones que imponen el planteamiento de Cuestión Prejudicial en el caso actual, pues se trata de supuestos muy diferentes, en los que no se ha planteado una cuestión de interpretación en sentido propio, sino que se limitan a la aplicación o inaplicación de la norma transpuesta o de la norma de transposición.

Lo que caracteriza el supuesto actual, y no concurre en ninguno de los casos invocados en la sentencia mayoritaria, es en primer lugar que se plantea directamente la incompatibilidad de la norma de transposición con la norma transpuesta, lo que obligaría a su inaplicación.

En segundo lugar, que dicha incompatibilidad es apoyada por una interpretación razonadamente sostenida por un sector relevante del Pleno de la Sala (un 40 % de sus Magistrados), planteando una situación en la que no puede afirmarse que la interpretación mayoritaria sea evidente por si misma.

Y, en tercer lugar, que esa interpretación va a desplegar su efecto sobre un número relevante de procedimientos futuros, y de ciudadanos europeos afectados, en relación con un derecho fundamental como es la prolongación del cumplimiento de penas privativas de libertad.

Situación inédita en la Sala, sin precedente alguno, que justifica en el caso actual el planteamiento de las Cuestiones de Interpretación anteriormente referidas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conforme a lo prevenido en el art 267 TFUE .

Vigésimo primero.

En el supuesto de que la respuesta correcta a las anteriores cuestiones fuese favorable a la compatibilidad de la LO 7/2014 con la Decisión Marco, restaría una nueva cuestión que plantear.

¿La aplicación retroactiva de las restricciones de la LO 7/2014, de 12 de Noviembre a los supuestos planteados y resueltos con anterioridad a su entrada en vigor, constituye una vulneración del principio de irretroactividad de la Ley Penal garantizado en el art 49 de la Carta de Derechos Fundamentales, interpretado en relación con los principios generales sobre la irretroactividad de las normas desfavorables que se deducen del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, conforme al art 6 3º del TUE ?

Es sabido que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 ha supuesto el otorgamiento de eficacia jurídica a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; catálogo propio de derechos fundamentales que desde entonces vincula a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión.



www.civil-mercantil.com

La Carta es aplicable cuando un Estado Miembro actúa en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (doctrina ERT, confirmada por la STJUE Pflieger, 30 abril 2014), pues los Estados miembros en sus actuaciones ligadas al ordenamiento europeo se encuentran vinculados por los derechos fundamentales comunitarios.

El Tribunal de Justicia se ha referido esencialmente a dos supuestos o situaciones en las que un acto de un Estado miembro puede someterse al control del juez comunitario tomando como parámetro de control su conformidad con los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión. El primer supuesto o situación es aquel en el que los Estados miembros actúan en calidad de «agentes de la Unión» al adoptar las disposiciones nacionales exigidas por una normativa europea (STJUE de 13 de julio de 1989, 5/88, asunto Wachauf). El segundo es aquel en el que un Estado Miembro no actúa como aplicador del derecho europeo sino en el ámbito de aplicación del derecho europeo, bien por que adopte una normativa nacional que exceptúa una libertad de circulación reconocida por el Tratado (STJE de 18 de junio de 1991, C-260/89, asunto Elliniki Radiophonia Tiléorassi, doctrina ERT) o bien de forma más amplia si se propone lograr el objetivo pretendido por una normativa comunitaria mediante las disposiciones nacionales que le parecen necesarias para ello (STJE de 10 de julio de 2003, C.20/00 y C.64/00, asunto Booker Aquaculture e Hydro Seafood).

Esta doctrina ha sido ratificada en la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 51 dispone que "las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión".

En sentencias posteriores a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y por consiguiente a la entrada en vigor del artículo 51 de la Carta, el propio Tribunal de Justicia ha subrayado que la normativa nacional incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión debe cumplir la Carta y que «la aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta » (STJUE de 26 de febrero de 2013, C.617/10 , asunto Åkerberg Fransson, apartado 21 y STJUE de 30 de abril de 2014, C.390/12, asunto Pflieger).

En el caso actual, encontrándonos ante actuaciones de un Estado miembro como aplicador del Derecho de la Unión, tanto al aprobar la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de Noviembre, como norma de transposición de la Decisión Marco 2008/675 JAI, como al aplicar retroactivamente las restricciones de la referida LO 7/2014 a los supuestos planteados y resueltos con anterioridad a su entrada en vigor, es claro que nos encontramos ante actos de un Estado miembro que pueden someterse al control del Juez Comunitario tomando como parámetro de control su conformidad con los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión.

Vigésimo segundo.

Por su parte, el artículo 52, apartado 3º, de la Carta hace del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales un estándar mínimo por debajo del cual no puede descender el Derecho de la Unión.

En la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia en el asunto Melloni (STJ de 26 de febrero de 2013, C-399/11, asunto Melloni) la finalidad del artículo 53 de la Carta sería delimitar el ámbito de aplicación respectivo de la Carta y de las Constituciones de los Estados miembros, reiterando que en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión el estándar de protección que se debe aplicar es el derivado de la Carta, y desplazando con ello los estándares constitucionales nacionales conforme a la doctrina de la primacía incondicional del Derecho de la Unión, pero manteniendo el suelo mínimo del Convenio Europeo para la



www.civil-mercantil.com

Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de acuerdo con el art 6 3º del TUE .

El propio Tribunal Constitucional español ha reconocido que España, como Estado miembro de la Unión, se encuentra sujeta a las normas del ordenamiento de la Unión Europea, normas " que poseen efecto directo para los ciudadanos y tienen primacía sobre las disposiciones internas " (SSTC 28/1991 ; 64/1991 , 130/1995 o 58/2004).

En lo que se refiere al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales resulta obligado reconocer su consideración de estándar mínimo para la aplicación del Derecho de la Unión.

El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido al Derecho de la Unión Europea una presunción general de conformidad con el Convenio en su Sentencia Bosporus (2005).

Asimismo el Tribunal de Justicia ha recordado que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 52, apartado 3, precisa que, en la medida en que dicha Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos , su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere este Convenio.

Según la explicación de esta disposición, el sentido y alcance de los derechos garantizados no quedarán determinados únicamente por el texto del CEDH. También, en particular, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Vigésimo tercero.

En consecuencia, si el principio de irretroactividad de la norma penal debe interpretarse en la Carta conforme a la doctrina jurisprudencial del TEDH, la tercera cuestión planteada debería responderse afirmativamente.

En efecto, la doctrina del TEDH sobre esta cuestión ha sido establecida con fecha 21 de octubre de 2013, en la sentencia dictada en el caso Del Río Prada c. España (Gran Sala), considerando que la aplicación de una nueva doctrina en materia de límites máximos de ejecución de las penas de prisión (en nuestro caso en los procedimientos de acumulación o refundición de penas para aplicar dichos límites máximos) no afecta solo a la forma de ejecución de la pena, sino que supone una redefinición del alcance de la misma.

El TEDH toma en consideración que el criterio jurisprudencial establecido en nuestra STS 197/2006 (doctrina Parot) era coincidente sustancialmente con el incorporado en las disposiciones del nuevo Código Penal de 1995, que no podía ser aplicado retroactivamente por no resultar más favorable.

Por lo tanto, el TEDH establece, en síntesis, en la STEDH de 21 de octubre de 2013 , que no es conforme al Convenio ni aplicar retroactivamente una ley penal posterior más desfavorable de forma directa, ni aplicar retroactivamente los aspectos desfavorables de la nueva Ley por el procedimiento de modificar la interpretación jurisprudencial anterior.

Estimamos, en consecuencia, que habida cuenta de la existencia de una doctrina jurisprudencial aplicativa de la decisión marco 2.008/675/JAI, establecida por unanimidad en la STS núm. 186/2014, de fecha 13 de marzo , y aplicada pacíficamente por la Audiencia Nacional en varias resoluciones hasta la aprobación de la LO 7/2014, de 22 de noviembre, constituye una aplicación retroactiva desfavorable al reo, vedada por la doctrina del TEDH, imponer las restricciones establecidas por dicha norma al recurso actual, que revisa una decisión adoptada antes de la publicación de la Ley, tanto si se aplica la nueva norma directamente como si se aplica para modificar por vía interpretativa la doctrina jurisprudencial anterior.



www.civil-mercantil.com

Y estimamos que no puede justificarse este cambio interpretativo perjudicial para el reo alegando que la interpretación anterior del Derecho interno conforme a la Decisión Marco es ahora una interpretación "contra legem", porque no puede considerarse como Ley interna que impida la aplicación conforme de una Decisión Marco, precisamente a la norma de transposición de dicha Decisión Marco que, por definición, debería ser conforme con la misma.

La doctrina del TEDH puede, en consecuencia, tomarse en consideración para estimar la tercera Cuestión Prejudicial que deberíamos haber planteado, dado que el sentido y alcance de los derechos fundamentales garantizados en el Derecho de la Unión no quedan determinados únicamente por el texto del CEDH. También, en particular, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Vigésimo cuarto.

Todo ello, naturalmente, con independencia de que la cuestión de la retroactividad en la aplicación de una norma penal desfavorable pudiese también ser revisada por nuestro Tribunal Constitucional, en el ámbito del derecho interno.

En efecto, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional español " en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo (STC 64/1991)."

Asimismo, si bien es cierto que el Tribunal Constitucional ha considerado que la decisión de no plantear una cuestión prejudicial no implica per se la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión, también lo es que el Tribunal Constitucional igualmente ha considerado que " la anterior conclusión no es óbice para que, en determinados supuestos, esa falta de planteamiento pueda llevar aparejada irremediablemente la lesión del citado derecho fundamental ", como podría suceder si un órgano judicial decide no plantear la cuestión prejudicial, cuando es legalmente procedente, de una manera insuficientemente fundada.

Vigésimo quinto.

La Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea conforme al art 267 del TFUE , debería haber incluido, por tanto y a nuestro entender, las siguientes preguntas:

1ª.- ¿Los preceptos de la Decisión Marco 2008/675 JAI pueden interpretarse en el sentido de que un Estado miembro está facultado para excluir en la norma de transposición el efecto equivalente, que constituye el objetivo de la Decisión, para todas las sentencias condenatorias de los Tribunales del resto de los Estados miembros de la Unión Europea anteriores al 15 de agosto de 2010?

2ª.- ¿El artículo 3º párrafo 5 de la Decisión Marco 2008/675 puede interpretarse en el sentido de que un Estado miembro está facultado para utilizar la norma de transposición con el fin de excluir el efecto equivalente en la fase de ejecución de sentencia en relación con los límites de cumplimiento de las penas, y en perjuicio del reo, para todas aquellas sentencias condenatorias dictadas en otros Estados miembros que sean de fecha posterior a la comisión de los delitos objeto de los procesos nacionales?

3ª.- ¿La aplicación retroactiva de las restricciones de la LO 7/2014, de 12 de Noviembre, a los supuestos planteados y resueltos con anterioridad a su entrada en vigor, constituye una vulneración del principio de irretroactividad de la Ley Penal garantizado en el art



www.civil-mercantil.com

49 de la Carta de Derechos Fundamentales, interpretado en relación con los principios generales sobre la irretroactividad de las normas desfavorables que se deducen del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, conforme al art 6 3º del TUE ?

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 del Reglamento de Procedimiento del TJUE la Cuestión debería ir acompañada de una solicitud para su tramitación por el procedimiento de urgencia. Este procedimiento se aplica a las materias objeto del Título V de la tercera parte del TFUE, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia, y está justificado en supuestos contemplados en el artículo 267 TFUE , párrafo cuarto, de personas privadas de libertad, cuando la respuesta a la cuestión planteada sea determinante para la apreciación de la situación jurídica de esa persona, presupuesto que concurre en el caso actual. (Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, publicado en el Diario Oficial de la UE, serie L núm. 265, de 29 de septiembre de 2012 y Recomendaciones del Tribunal de Justicia a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, publicadas en el Diario Oficial de la UE, serie C, núm. 338, de 6 de noviembre de 2012).

Vigesimosexto.

En definitiva, en un auténtico espacio de justicia basado en la confianza mutua, como es la Unión Europea, donde además las personas pueden desplazarse y establecerse libremente, y donde han desaparecido las fronteras, el objetivo de mantener y desarrollar un auténtico espacio europeo de justicia exige que las condenas contra las personas juzgadas en un Estado miembro se tengan en cuenta en otro Estado miembro como si hubiesen sido dictadas por su propia jurisdicción, tanto en lo que se refiere a los efectos desfavorables para el reo, como a los efectos favorables.

Y la aplicación de estos criterios requiere una normativa europea interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados miembros, para lo cual es necesario garantizar el principio de unidad de interpretación a través del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, finalidad que inspira lo dispuesto en el art 267 del TFUE .

La interpretación que la resolución mayoritaria realiza del art 3 5º de la Decisión Marco 2008/675 no solo no es evidente, sino que es manifiestamente incorrecta. Si conseguimos liberar el debate de la acumulación de materiales de interpretación que se incorporan en la referida resolución, que no nos dicen nada concreto sobre el precepto y solo aportan distracción y confusión, para centrarnos en lo que realmente dice la norma, podemos comprobar fácilmente que el párrafo quinto del art. 3º de la DM no puede incorporar una autorización facultativa para excluir el efecto equivalente en la acumulación de condenas, porque no se refiere en absoluto a la determinación del tiempo máximo de cumplimiento de las penas, una operación que se realiza en ejecución de sentencia, sino que se refiere expresamente a la imposición de la pena, una actividad diferente que tiene lugar en la fase previa de individualización que se realiza en la sentencia de condena.

Procede, por todo ello, suscribir el presente voto particular.

Candido Conde-Pumpido
Joaquín Giménez García
Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar
Luciano Varela Castro
Alberto Jorge Barreiro Ana María Ferrer García



www.civil-mercantil.com

VOTO PARTICULAR que formula EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. JOAQUIN GIMENEZ GARCIA, al que se adhieren los MAGISTRADOS EXCMOS. SRES. D. CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON, D. MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, D. LUCIANO VARELA CASTRO, D. ALBERTO JORGE BARREIRO y EXCMA. SRA. D^a ANA MARIA FERRER GARCIA, respecto de la Sentencia nº 874/2014 de fecha 27 de Enero de 2015, recaída en el Recurso de Casación nº 10.711/2014P, interpuesto por JOSE ANTONIO , contra el Auto dictado por la Sección III de la Audiencia Nacional, de fecha 4 de Septiembre de 2014 .

Mi discrepancia con la doble decisión de la sentencia de la mayoría es doble.

En primer lugar , discrepo de la decisión de no haber aceptado el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia conforme al art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea --TFUE -- sobre la fidelidad de la L.O. 7/2014 que traspuso la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo de 24 de Julio de 2008 relativa al principio de equivalencia de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros y que hubiera supuesto, de haberse admitido, suspender la decisión de fondo y esperar al pronunciamiento de Tribunal de Justicia.

En segundo lugar , discrepo, igualmente, de la decisión adoptada en cuanto al fondo de rechazar la petición de acumulación de la condena impuesta en Francia --y ya cumplida-- del solicitante, Jose Antonio , a la acumulación ya efectuada de las condenas impuestas por los Tribunales españoles.

Obviamente, me adhiero al voto particular que en relación a la primera cuestión ha formalizado el Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron que desarrolla in extenso esa cuestión, y, asimismo, me adhiero a los votos que en relación a la segunda cuestión han formalizado los Excmos. Sres. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca y D. Luciano Varela Castro.

Primero.

El Tratado de Lisboa que modificó el Tratado de la Unión Europea y el constitutivo de la Comunidad Europea, que fue ratificado por España --BOE 27 de Noviembre 2009-- en el Capítulo 1, art. 61 define la Unión como "un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros" , y, asimismo se reconoce en el párrafo 3 ° de dicho artículo que "...la Unión se esforzará por garantizar..... medidas de coordinación y cooperación entre las autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal...." .

Consecuencia de la construcción de la Unión Europea, es que el ordenamiento jurídico comunitario, tiene una naturaleza vinculante que se impone, si fuera preciso, a las legislaciones nacionales, por ello, las notas del derecho comunitario son las de primacía y de interpretación conforme de la legislación nacional a la legislación comunitaria y ello, debe predicarse tanto respecto de las Directivas como de las Decisiones Marco --en adelante DM--.

La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de la Unión de 16 de Junio de 2005 en el "caso Pupino" , no deja lugar a dudas por su claridad y contundencia.

Retengo dos párrafos :

Párrafo 34

"El carácter vinculante de las decisiones marco supone para las autoridades nacionales y en particular para los órganos jurisdiccionales nacionales, la obligación de interpretación conforme del derecho nacional" .



www.civil-mercantil.com

Párrafo 41

"Al aplicar el derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la decisión marco".

La decisión de la mayoría del Tribunal rechazó la posibilidad de plantear la cuestión de prejudicialidad acerca de la fundamental cuestión de si, la L.O. 7/2014 ha sido respetuosa con la confesada finalidad de la DM 2008/675/JAI de hacer equivalentes las resoluciones dictadas por los Tribunales de la Unión con los dictados por los Tribunales españoles.

Retengo los considerandos tercero y cuarto que preceden al articulado de la propia Decisión Marco.

Considerando tercero

"...El objetivo de la presente decisión marco es definir una obligación mínima para los Estados miembros de tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados miembros....".

Considerando séptimo

"...Los efectos atribuidos a las resoluciones condenatorias pronunciadas en otros Estados miembros deberían ser equivalentes a las atribuidas a las resoluciones nacionales, ya se trate de la fase previa al proceso penal, del propio proceso penal y de la fase de ejecución de condena....".

La propia Exposición de Motivos de la L.O. 7/2014 hace expresa referencia al "carácter instrumental" de esta Ley, lo que, a mi juicio quiere decir que solo se trataba de introducir --esto es trasponer-- al derecho interno español el corpus jurídico de la DM. Luego se verá que no ha sido así el resultado final aunque sí era así en la fase del proyecto de Ley .

Ciertamente la DM establece en el art. 3 la posibilidad de excepciones al principio de equivalencia. La decisión de la mayoría del Tribunal ha entendido que en base a tal posibilidad, la L.O. 7/2014 ha hecho un uso que quedaba legitimado en la propia DM, y que por tanto se estaba ante un "acto claro" que justificaba la no presentación de la cuestión prejudicial.

Dice la sentencia de la mayoría en el f.jdco. quinto, párrafo 1º que el Tribunal no tiene obligación de dudar de la interpretación que se efectúa de la DM "...solo si al aplicarla tal duda surge, entonces tiene la obligación de plantear la cuestión prejudicial....".

A mi juicio, la duda no debe estar referida a la interpretación de la DM, sino a la Ley nacional que la traspone a la legislación interna.

Las certezas, en clave jurídica, no son certezas matemáticas urbi et orbe , sino certezas razonadas. Es el razonamiento que lleva a la conclusión concernida el que las hace asumibles, y en tal sentido, la cuestión de si la L.O. 7/2014 resulta compatible con la DM no nos debe reenviar al resultado de la votación entre los miembros del Tribunal --nueve a seis como se sabe--, sino si se debió dudar a la vista de la existencia de una minoría que expresó y razonó sus dudas en el sentido de que las excepciones previstas en la L.O. 7/2014, de hecho vaciaban de contenido el principio de equivalencia que es el alma y razón de ser de la DM .

El Tribunal de Justicia es el intérprete supremo del Ordenamiento Comunitario, este tiene un valor vinculante superior a las legislaciones nacionales pero en la medida que la aplicación del mismo lo es de forma descentralizada , por los órganos correspondientes de los Estados miembros, es preciso garantizar que la norma comunitaria --en este caso la DM-- sea



aplicada por los Tribunales de los Estados miembros de la misma manera , por ello, para salvar el principio de interpretación conforme e igual en toda la Unión Europea evitando rupturas con la interpretación, se arbitra el planteamiento de la cuestión prejudicial, que sin duda, debió ser admitida.

Segundo.

Abordo ya la cuestión de fondo, en concreto la situación jurisprudencial existente anterior a la L.O. 7/2014.

Tanto la sentencia como en los Votos Particulares se citan los precedentes jurisprudenciales existentes :

- 1- STS 1129/2000 de 27 de Junio .
- 2- STS 2117/2002 .
- 3- STS 926/2005 .
- 4- STS 368/2013 .
- 5- STS 186/2014 .

Unas breves reflexiones sobre estos precedentes jurisprudenciales.

En las SSTs 1129/2000 y 926/2005 , esta Sala del Tribunal Supremo aceptó la acumulación de las condenas impuestas por los Tribunales de Tailandia a ciudadano español que, en virtud del Tratado existente entre ambos países, cumplió la condena en España y esta Sala aceptó la acumulación de la condena impuesta en Tailandia con las que tenía en España.

La STS 2117/2002 denegó la acumulación solicitada por español condenado en Francia de siete años de prisión que solicitó que tal condena se acumulara a las que tenía en España.

En esta ocasión la decisión de esta Sala fue negativa con el argumento de que "....en modo alguno pudieran ser objeto del mismo proceso, por haber ocurrido en territorios nacionales distintos, es decir, sometidos a la soberanía de diferentes Estados y por tanto, enjuiciados por jurisdicciones nacionales diferentes...." .

Hay que situar tal argumentación en el tiempo en que fue efectuada --año 2002-- donde el espacio común de justicia, seguridad y libertad de la Unión Europea por lo que se refería a la justicia debía recorrer un largo camino hasta la realidad actual, por ello, a mi juicio tal precedente jurisprudencial carece totalmente de valor . La argumentación responde a las reticencias a abandonar el viejo concepto de soberanía que ya, en ese año 2002 había quedado muy debilitado porque concretas materias definitivas de la soberanía nacional, tales como la existencia de fronteras, moneda, fuerzas armadas y de policía, titulación académica, y política exterior ya habían tenido un importante proceso de comunitarización salvo el sistema judicial, que de este modo tenía el valor simbólico del núcleo "duro" de la soberanía , ciudadela de lo que quedaba de la vieja soberanía de los Estados.

Tal planteamiento hoy es claramente obsoleto e incompatible con el concepto de Unión Europea porque es claro que siendo las democracias que la integran, unas democracias judicializadas, porque los inevitables conflictos en proporción creciente van a resolverse en clave jurisdiccional, la homogeneización de los sistemas jurídicos y judiciales nacionales, en definitiva, el principio de equivalencia en todo lo referente a las resoluciones singularmente penales, es el presupuesto necesario de la Unión y exigencia del concepto de ciudadanía europea que se contiene la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ratificado por España.

Obviamente se trata de una unión que respeta la diversidad de tradiciones y culturas de los países miembros, pero lo que es incompatible con esta realidad sería la existencia de



www.civil-mercantil.com

islotes , representativos del viejo concepto de soberanía frente a otros países singularmente, en materia tan sensible como los referentes a derechos y garantías de orden penal y procesal penal .

Por ello, a mi juicio, la STS 2117/2002 es un precedente a descartar totalmente y en tal sentido discrepo del énfasis que la sentencia de la mayoría pone en dicha sentencia --f.jdco. cuarto--.

La STS 368/2013 ofrece bastantes similitudes con las dos primeras. Aquí se trata de sentencia dictada por Andorra y cuya pena se cumple en España.

Sin duda, el precedente jurisprudencial más relevante, y más próximo temporalmente, está constituido por la STS 186/2014 de fecha 13 de Marzo , cuando ya se había publicado la DM 2008/675/JAI de la Unión --que lo fue el 24 de Julio de 2008--, pero que, a pesar de haber fijado como límite para la trasposición a las legislaciones nacionales la fecha de 15 de Agosto de 2010, el legislador español había dejado pasar tal plazo, con creces .

En dicha sentencia la petición que le efectuó el recurrente fue la de acumular la condena impuesta en Francia, y ya cumplida, a las otras sentencias dictadas por los Tribunales españoles, y citó como norma habilitante para tal solicitud, la DM 2008/675/JAI no traspuesta al derecho español.

La decisión de la Sala fue positiva , accediendo a lo solicitado siempre que se cumplieran los requisitos exigidos para la acumulación a las condenas españolas por lo que se solicitaron los datos necesarios.

Retengo el siguiente párrafo del f.jdco. primero in fine:

"Con independencia de que el Estado español, como Estado miembro de la UE, haya sido más o menos diligente en dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 5.1 de la referida Decisión Marco, ("1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión marco a más tardar el 15 de agosto de 2010"), lo cierto es que en ausencia de normas que regulen expresamente la materia de una forma terminante, la interpretación de las vigentes debería realizarse de la manera más conforme posible con el contenido de una normativa europea, cuya incorporación al ordenamiento interno es una obligación contraída por el Estado español como miembro de la Unión Europea.

En consecuencia, nada impide considerar la sentencia dictada en Francia a los efectos de la acumulación.

4. Sin embargo, no es posible resolver en este momento acerca de la pertinencia de la acumulación concretamente solicitada, dado que no se dispone ahora de testimonio de la sentencia ni por tanto de los datos relativos a su contenido, ni tampoco de los términos de su ejecución, concretamente atinentes al cumplimiento de la pena en ella impuesta, de manera que el órgano jurisdiccional competente, previa la obtención, por los medios disponibles en derecho, de la documentación necesaria, deberá incluir la sentencia dictada por el Tribunal francés entre las que deben ser examinadas y consideradas a efectos de la acumulación y, previo examen de las condiciones concurrente, decidir en consecuencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 988 de la LECrim y con la jurisprudencia que lo interpreta, sin que constituya un límite a la posibilidad de acumulación el que la sentencia haya sido dictada por un tribunal de otro Estado de la Unión Europea".

Fue precisamente esta sentencia la que sirvió de precedente jurisprudencial para los autos dictados por la Sección III de la Audiencia Nacional ante las peticiones de los recurrentes Pedro y Palmira a quienes por auto de 19 de Diciembre y 21 de Octubre, respectivamente, se les acumuló las sentencias condenatorias impuestas en Francia, y ya cumplidas, a las ejecutorias de las sentencias españolas con los efectos de computarlas en el plazo máximo de



www.civil-mercantil.com

prisión a cumplir, resoluciones, las dos, que significativamente no fueron recurridas por el Ministerio Fiscal .

En conclusión , la decisión de esta Sala en ausencia de transposición de la DM, ha sido, como se observa en la STS 186/2014 , la total equiparación , y por tanto en fase de ejecución acceder a la acumulación de la condena impuesta en Francia en las mismas condiciones que las condenas dictadas por los Tribunales españoles.

Equiparación que, obvio es decirlo, afecta tanto a los aspectos positivos: acumulación de la condena, como a los negativos: tales como reincidencia, entre otros.

Tercero.

La L.O. 7/2014 que traspuso la DM tantas veces citada, ha supuesto un cambio radical en relación a la situación anterior a la trasposición. El cambio de rumbo se perfeccionó y esto es muy significativo, durante la tramitación del proyecto de Ley.

En efecto, en el proyecto de Ley que fue informado, como es preceptivo tanto por el Consejo General del Poder Judicial como por el Consejo de Estado, se hacía especial referencia a que el principio de equiparación entre las condenas dictadas por España y en otros Estados miembros, principio de equiparación que operaba tanto en lo positivo -- acumulación-- como en lo negativo --reincidencia y otros efectos--.

Retengo del Informe del Consejo de Estado del 28 de Noviembre de 2013 el siguiente párrafo:

"...En tal sentido, las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros deberán ser tenidas en cuenta, entre otros supuestos señalados por el Consejo General del Poder Judicial --Informe de fecha 11 de Abril de 2013-- para acordar la prisión provisional (art. 503-1-1º LECrim), cantidad y calidad de la fianza que se debe prestar para eludir la (art. 531 LECrim), determinar la pena (art. 66-6º CP), el límite máximo de cumplimiento (art. 76CP), (el subrayado es mío) , la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad por no ser la primera vez que delinque el condenado (arts. 80 , 81-1º CP), decretar la suspensión de la pena privativa de libertad cuando el reo haya delinquido por su adicción a sustancias estupefacientes (art. 87 CP), ponderar la condición de no habitual a los fines de la sustitución de la pena privativa de libertad (art. 88 CP), y fijar el plazo para la cancelación de antecedentes penales (art. 136-2-2º CP)....".

En definitiva, tanto en el Informe del Consejo de Estado como del Consejo General del Poder Judicial, y en lo que aquí interesa, se reconocía expresamente que el principio de equivalencia con las sentencias dictadas por los Tribunales de otros Estados tenía incidencia en la fijación del límite máximo de cumplimiento, en los mismos términos que ocurre con las distintas condenas dictadas por los distintos Tribunales españoles en relación a la misma persona.

En la L.O. 7/2014 se ha excluido precisamente, del principio de equivalencia la posibilidad de acumular la condena dictada por un Tribunal extranjero, a las condenas dictadas por los Tribunales españoles.

El art. 14, apartados b) y c) de la Ley, excluye expresamente , la acumulación de la condena dictada por otro Estado de la Unión cuando, precisamente, se dan requisitos que justificarían tal acumulación de tratarse de condenas dictadas por Tribunales españoles, con lo que en definitiva, nos encontramos con una excepción al principio de equivalencia que a pretexto de la posibilidad de excepcionar que se reconoce en la DM, vacía de contenido el propio principio de equivalencia que se dice trasponer, precisamente en los aspectos positivos



www.civil-mercantil.com

para el condenado. Sin embargo tal equivalencia sí opera en los aspectos negativos como la reincidencia y antecedentes penales y otros.

Pero hay más:

La Disposición adicional única establece que:

"En ningún caso serán tenidas en cuenta para la aplicación de la presente Ley las condenas dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de Agosto de 2010".

Dicha fecha fue la prevista en la DM como fecha límite dada a los Estados miembros de la Unión para efectuar la trasposición de dicha DM, plazo que incumplió el Estado español lo que no ha sido obstáculo para que la Ley 7/2014 con el contenido restrictivo que tiene acuerde su vigencia, con evidente naturaleza retroactiva, al 15 de Agosto de 2010, cuando a mi juicio es obvio que su vigencia, dada la naturaleza restrictiva de tal Disposición adicional solo podía tener valor a partir de su vigencia. Sobre este tema comparto las argumentaciones de los otros Votos Particulares, lo que me permite evitar innecesarias reiteraciones.

Cuarto.

Puede decirse que ha existido una novación peyorativa del Proyecto en relación al texto de la Ley. Basta comparar la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley del Gobierno, con la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2014 .

Texto de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley .

"La regulación del Título II de esta ley supone la consagración del principio de eficacia general o equivalencia de las sentencias dictadas en la Unión Europea mediante su toma en consideración en procesos posteriores derivados de la comisión de nuevos delitos. Ello significa que, al igual que ocurre con las condenas anteriores pronunciadas en España, las que se dicten en otros Estados miembros deberán ser tenidas en cuenta tanto durante el proceso, como en la fase previa al mismo y en la ejecución de la condena. En este sentido, esas condenas dictadas con anterioridad en otros Estados miembros habrán de ser tenidas en cuenta, entre otros casos posibles, para acordar una prisión provisional o la cantidad y calidad de la fianza a prestar para eludirla, para determinar la pena o el límite máximo de cumplimiento , para denegar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad por no ser la primera vez que delinque el condenado, para decretar la suspensión de la pena privativa de libertad si el reo hubiera delinquirido por su adicción a sustancias estupefacientes o para ponderar la condición de reo habitual a los fines de la sustitución de la pena privativa de libertad".

En la Exposición de Motivos de la Ley, tal párrafo ha sido sustituido por el siguiente:

"Junto a este principio general, con el propósito de reforzar la seguridad jurídica, la Ley enumera, en línea con las previsiones o facultades previstas en la Decisión marco, los supuestos en los que tales condenas no pueden ser tomadas en consideración: a efectos de la revisión de las condenas que ya hubieran sido impuestas con anterioridad en España o de las resoluciones dictadas para dar inicio a su ejecución; a efecto de las condenas que eventualmente se impongan con posterioridad en España por delitos que se hubieran cometido antes de que se hubiera impuesto la condena anterior por el otro Estado miembro; así como en



www.civil-mercantil.com

relación con las resoluciones sobre fijación de los límites de cumplimiento de la pena que se dicten conforme al artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando incluyan alguna de esas condenas".

La comparación de los dos textos exige de mayor comentario .

La propia sentencia de la mayoría lo reconoce como no puede ser menos. Dice el último párrafo del f.jdco. tercero:

"...El cambio de contenido del legislador obedeció a una tardía enmienda en el Senado (por cierto, aprobada sin votos en contra en ninguna de las dos Cámaras y con escaso número de abstenciones, que no sobrepasaron la media docena)de forma que, además de privar a los órganos consultivos de informar específicamente sobre este cambio, determina por contra, que las invocaciones del recurrente al Consejo de Estado, en cuanto referidas a un texto tan dispar, no resultan ilustrativas para la resolución específica de este procedimiento....".

En resumen , cambio sustancial del proyecto informado por los órganos consultivos, por la introducción de novedades que alteraban sustancialmente el Proyecto.

Más aún , la propia sentencia de la mayoría se lamenta de que en definitiva, el principio de equivalencia solo opere según la Ley en lo perjudicial al reo, y no en lo positivo.

En el f.jdco. quinto, apartado 3, se lee:

"Es cierto que extraña y no complace, que la consecuencia práctica con frecuencia sea solo consideraciones peyorativas para el reo , como prisión provisional, reincidencia, ponderación de pena...." (el subrayado es mío).

Pero cierra la cuestión estimando que "...siendo evidente la subsunción del supuesto de autos en el contenido del art. 3-5 de la Decisión Marco cualquier cuestión adicional interpretativa, no resulta determinante ni necesaria para la resolución de este recurso, con signo desestimatorio....".

No puedo compartir tal argumentación . Estamos gobernados por principios, no por artículos, y en consecuencia el tímido reconocimiento que hace la sentencia de la mayoría de que el principio de equivalencia entre las resoluciones judiciales de los Estados miembros, ha quedado reducido en la L.O. 7/2014 al principio de equivalencia en lo negativo para el condenado, no puede cerrarse con la afirmación apodictica de que la excepción al reconocimiento de las condenas impuestas por otros Tribunales de la Unión, tiene acogida en el derecho a excepcionar que se recoge en la DM, lo que supone negar el principio de equivalencia.

Trasponer una Decisión Marco, equivale a trasladar la misma e incorporarla al ordenamiento jurídico del Estado correspondiente. En definitiva, trasponer es traducir y no traicionar los principios y finalidad de la DM.

Por ello el argumento de que después de la promulgación de la Ley 7/2014, su cumplimiento viene a ser obligatorio pues caso contrario se incurriría en una interpretación "contra legem" , pone en toda su crudeza la contradicción que supone aceptar que lo que fue posible aplicando directamente la DM, no es posible después de que la L.O. 7/2014, la ha traspuesto al derecho español.

Una última reflexión .

Cualquier lector ya habrá comprendido que la intención de la L.O. 7/2014 ha sido la de cerrar la posibilidad de recortes en las penas de prisión a cumplir por miembros de la organización terrorista ETA, condenados por crímenes gravísimos como es conocido por todos,



www.civil-mercantil.com

a consecuencia de la acumulación de las condenas dictadas por los Tribunales franceses a las dictadas por los Tribunales españoles.

En este sentido, el presente caso, ofrece obvias analogías --que no identidades-- con la llamada doctrina "Parot", iniciada por la Sentencia de esta Sala II, 197/2006 de 28 de Julio, que fue desautorización por la Sentencia del Pleno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -- Gran Sala-- de 21 de Octubre de 2013 .

No es descartable, en modo alguno, un desenlace semejante.

Concluyo :

Debió admitirse la proposición de la cuestión de prejudicialidad ante el Tribunal de Justicia de la trasposición reduccionista en lo favorable al condenado que ha efectuado el legislador español en la mencionada Ley 7/2014.

En otro caso, debió admitirse el recurso y acordar la acumulación de la condena al recurrente dictada por el Tribunal francés, una vez se tuvieran los datos necesarios para verificar si procedía tal acumulación en los mismos términos que se admiten para las condenas de los Tribunales españoles.

Joaquín Giménez García Candido Conde-Pumpido Touron
Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar Luciano Varela Castro
Alberto Jorge Barreiro Ana María Ferrer García

VOTO PARTICULAR formulado por el EXCMO. SR. MAGISTRADO D. MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, y al que se adhieren los MAGISTRADOS EXCMOS. SRES. D. CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON, D. JOAQUINGIMENEZ GARCIA, D. LUCIANO VARELA CASTRO, D. ALBERTO JORGE BARREIRO y EXCMA. SRA. D^a ANA MARIA FERRER GARCIA, respecto de la sentencia nº 874/2014, de 27 de enero de 2015, dictada en el Recurso nº 2/10711/2014.

Mi respetuosa discrepancia con la decisión de la mayoría se centra, en primer lugar, en la aplicación que se hace en la sentencia mayoritaria de las previsiones contenidas en la LO 7/2014 a supuestos de acumulación de condenas respecto de las dictadas por Tribunales españoles con anterioridad a su entrada en vigor, pues entiendo que se trata de la aplicación retroactiva de una norma de carácter desfavorable respecto del marco normativo anteriormente aplicable. Y, en segundo lugar, una vez que fue rechazada esa tesis, en la necesidad de plantear una cuestión prejudicial de interpretación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, con el objeto de precisar si la Decisión Marco 2008/675/JAI puede ser interpretada de forma que ampare las exclusiones del principio de equivalencia contenidas en la citada ley orgánica, lo cual entiendo que no resulta del texto de la referida Decisión, acogiéndose en la sentencia mayoritaria una interpretación notoriamente forzada de sus disposiciones con resultados en contra del reo, y que resulta contraria igualmente a la finalidad de la norma europea orientada al desarrollo de la construcción de un espacio común de libertad, seguridad y justicia.

I. El tema de fondo que se plantea en el recurso es la consideración que haya de darse en el trámite previsto en el artículo 988 de la LECrim a las sentencias dictadas por Tribunales de Estados miembros de la Unión Europea. No se trata de examinar los requisitos hasta ahora exigidos o de establecer nuevos requisitos; o de modificar o reinterpretar las exigencias hasta ahora establecidas por la ley e interpretadas por la jurisprudencia; sino de decidir si en la acumulación de condenas para determinar el límite máximo de cumplimiento conforme al artículo 76 del CP vigente o al artículo 70 del CP derogado deben considerarse y tenerse en



www.civil-mercantil.com

cuenta las condenas dictadas, contra las mismas personas y por hechos diferentes, por los Tribunales de cualquier Estado de la Unión Europea, en las mismas condiciones y con los mismos efectos que hasta ahora habían sido consideradas y tenidas en cuenta las dictadas por Tribunales españoles.

Es posible prescindir de consideraciones relativas a los requerimientos legales relativos a la información, a su calidad y a la forma de obtenerla, pues sobre esos aspectos no se ha planteado cuestión. De todos modos, es claro que la equiparación solo es procedente cuando la información haya sido obtenida en la forma legalmente prevista.

Tampoco es necesario examinar aquí si es posible la acumulación en el caso concreto al que se refiere el recurso, pues no se dispone de todos los datos necesarios para adoptar una decisión sobre el fondo. La estimación del recurso solamente supondría la reiteración del criterio ya plasmado en precedentes anteriores, especialmente en la STS nº 186/2014, de forma que el Tribunal responsable de la acumulación tuviera que tener en cuenta en el momento de decidir sobre el alcance de la misma, tanto las sentencias dictadas por Tribunales españoles como las dictadas por Tribunales de otros Estados de la Unión Europea, una vez que dispusiera de los datos necesarios, y sin perjuicio del sentido de su decisión en el caso concreto.

II. En lo que se refiere al primer aspecto, la Decisión Marco 2008/675/JAI, en tanto que los Estados miembros están obligados a la interpretación del Derecho nacional de manera conforme a aquella, con la finalidad de obtener el mismo resultado pretendido, constituía, junto con la legislación española vigente en ese momento, una expectativa jurídica más favorable para los condenados que la que luego resulta de la LO 7/2014.

Así, la jurisprudencia, ya con anterioridad, y junto a ella, al menos desde el transcurso del plazo de transposición, la misma Decisión Marco, habían dado lugar a una situación legal en la que las expectativas jurídicas correspondientes al sujeto condenado a varias penas en sentencias dictadas por Tribunales de distintos Estados miembros de la Unión, incluían la posibilidad de acumulación de todas esas penas para el señalamiento del límite máximo de cumplimiento, cuando resultara aplicable la normativa interna sobre el particular, es decir, los artículos 76 del Código Penal y 988 de la LECrim en la forma en la que venían siendo interpretados. No se trata, pues, del valor normativo de la jurisprudencia, sino de la interpretación jurisprudencial pacífica de la ley vigente en ese momento.

La LO 7/2014, desde esa perspectiva, en tanto que excluye de la posible acumulación todas las sentencias dictadas por Tribunales de otros Estados miembros de la Unión anteriores al 15 de agosto de 2010, así como otros casos, en relación con sentencias dictadas en España en procesos posteriores seguidos por delitos cometidos antes de la condena extranjera, es decir, prácticamente la inmensa mayoría de los casos susceptibles de acumulación, supone una regulación menos favorable que la contenida en la Decisión Marco, que de aplicarse tal como previene la misma norma interna, implicaría una posible retroactividad de norma más desfavorable, contraria al artículo 9.3 CE.

No puede entenderse que se trate de normas de tipo procesal, aplicables desde el momento de entrada en vigor a los actos aún por realizar, cuando ello fuera posible, pues, en definitiva afectan a la extensión temporal de la pena a cumplir. (En sentido análogo, aunque referido a la aplicación de las redenciones de penas por el trabajo, STEDH de 21 de octubre de 2013, Gran Cámara, en el caso Del Río Prada contra España, que entendió que afectaban al alcance real de la pena).

III. La situación, en mi opinión, era la siguiente. Hasta la aprobación de la Decisión Marco 2008/675/JAI, cuando se imponían diversas condenas a una misma persona, la legalidad vigente contemplaba la necesidad de determinar si procedía establecer un límite



www.civil-mercantil.com

máximo de cumplimiento conforme al artículo 76 del CP , sustituto del artículo 70 del CP derogado, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 988 de la LECrim . La jurisprudencia había venido entendiendo de forma prácticamente unánime que para que proceda la acumulación de condenas sólo se requiere que entre los hechos exista una determinada conexión cronológica, la cual se apreciará siempre que los delitos sancionados hubieran podido ser enjuiciados en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión (artículo 76.2 CP). Así se decía en la STS nº 742/2014, de 13 de noviembre , que la "... doctrina de esta Sala (SSTS 1249/1997 , 11/1998 , 109/1998 , 328/1998 , 1159/2000 , 649/2004 , SSTS 192/2010 y 253/2010 , 1169/2011 y 207/2014 , entre otras muchas, y Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 29 de noviembre 2005), ha adoptado un criterio favorable al reo en la interpretación del requisito de la conexidad que se exige en los artículos 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 76 del Código Penal para la acumulación jurídica de penas al estimar que, más que la analogía o relación entre sí, lo relevante es la conexidad "temporal", es decir que los hechos pudiesen haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión. Como destaca la STS 30/2014 de 29 de enero , se trata de ajustar la respuesta punitiva en fase penitenciaria, a módulos temporales aceptables que no impidan el objetivo final de la vocación de reinserción a que por imperativo constitucional están llamadas la penas de prisión (Art. 25 de la Constitución). De esta manera los únicos supuestos excluidos de la acumulación son los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia el período de acumulación contemplado, es decir, cuando se comete el delito enjuiciado en esa sentencia que determina la acumulación; y los cometidos con posterioridad a tal sentencia ".

En consecuencia, las consideraciones posibles acerca de la competencia territorial u objetiva de los distintos órganos jurisdiccionales que habían dictado las diferentes sentencias, no suponían un obstáculo, en ningún caso, para la acumulación.

Nada se decía expresamente en la legislación aplicable acerca de la consideración de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros. No se contemplaba expresamente, pero tampoco se excluía. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se había planteado la cuestión en algunas ocasiones, aunque no con frecuencia.

En la STS nº 1129/2000 se planteaba la acumulación de una pena impuesta por un Tribunal español y de otra pena impuesta por un Tribunal de Tailandia, que, en virtud del Tratado firmado por ambos Estados, debía ser cumplida en España. El Ministerio Fiscal apoyó, entonces, el motivo.

En cuanto al primer aspecto, es decir, si era posible la refundición o acumulación de penas impuestas por Tribunales extranjeros con penas de Tribunales nacionales, el Tribunal entendió que efectivamente era posible. Y razonó lo siguiente: " Se trata, en consecuencia de si los arts. 70.2 CP/1973 ó 76 CP son aplicables en dichos supuestos. La respuesta debe ser positiva. En efecto, el texto de estos artículos no contiene ninguna exclusión. Su fundamento, por otra parte, tampoco determina exclusiones. La reglas que limitan la acumulación aritmética de las penas en los casos de concurso real, sobre todo en un sistema como el nuestro, que excluye las penas perpetuas privativas de la libertad, tienen la finalidad de no eliminar el carácter temporal de la pena así como la de unificar la reprobación del hecho mediante un símbolo único del reproche, como sostienen autores modernos. Ninguna de estas finalidades deja de tener sentido cuando una de las penas ha sido impuesta por un Tribunal extranjero. Por lo tanto las reglas contenidas en los arts. 70 CP/1973 y 76 CP pueden en principio ser aplicadas tanto a sentencias nacionales como extranjeras ". Ha de recordarse que en relación a los requisitos aplicables, sin perjuicio de mencionar que los Tribunales españoles hubieran tenido jurisdicción para enjuiciar los hechos en virtud de las disposiciones de la LOPJ sobre extraterritorialidad, solamente había que atender a la fecha de los hechos y a la de las sentencias condenatorias. Pero lo que resulta relevante es que este Tribunal Supremo entendió



www.civil-mercantil.com

que ni el Código Penal ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal contenían ninguna norma que impidiera la toma en consideración de las sentencias dictadas por Tribunales de otros países en el momento de la acumulación

Además, en esa sentencia se resolvían cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 4 y 5 del Tratado, que no es preciso recordar aquí, pues se referían a si el establecimiento del límite máximo de cumplimiento que se realizaba con la acumulación suponía una revisión de la pena por el Estado de ejecución, excluida por el Tratado. En definitiva, tras aquella primera afirmación, se trataba de examinar si las normas del Tratado vigente contenían alguna precisión que pudiera impedir la acumulación.

En la STS nº 2117/2002 , se planteaba la acumulación de una pena impuesta en Francia y de varias penas impuestas en sentencias dictadas por Tribunales españoles. El Ministerio Fiscal se opuso al recurso y el Tribunal Supremo resolvió en sentido contrario al que se desprendía de la Sentencia antes aludida del año 2000, denegando la acumulación pretendida. Entendió el Tribunal que " esos distintos hechos, los realizados en España y los de Francia, en modo alguno pudieron ser objeto del mismo proceso, por haber ocurrido en territorios nacionales distintos, es decir, sometidos a la soberanía de diferentes estados y por tanto, enjuiciados por jurisdicciones nacionales diferentes ". Y que " El estado francés ejerció su soberanía en este caso sometiendo a juicio y castigando a quien había cometido unos delitos en Francia. Es precisamente en materia de Derecho Penal donde la soberanía de los estados nacionales se muestra especialmente celosa de su ejercicio. No existe un Derecho Penal transnacional, aunque haya normas en convenios internacionales sobre cooperación procesal y policial, concretamente en el ámbito de Europa (Eurojust, Euroorden y entrega temporal, como bien cita el escrito de recurso). Y aunque haya proyectos de unificación para determinados delitos, esto no impide ni limita el ejercicio de las propias jurisdicciones nacionales respecto de los cometidos en el propio territorio, como una manifestación, repetimos, del principio de soberanía nacional de cada estado. Principio que ahora tenemos que aplicar nosotros en España para excluir eficacia a la condena francesa, al no existir ningún acuerdo internacional ni norma interna que nos obligue a otra cosa ".

Dejando a un lado que serían pertinentes consideraciones relativas a la posibilidad de enjuiciamiento en España de conformidad con lo dispuesto en aquella fecha en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , lo cierto es que, a los efectos de la actualidad de aquellos argumentos, no deberían omitirse en la fecha actual consideraciones relativas al desarrollo de la construcción de un espacio europeo común de libertad, seguridad y justicia, que, como en otros ámbitos del proceso de construcción de la Unión Europea, suponen una cesión de soberanía particular en atención a una soberanía compartida por todos los Estados miembros en las materias que son propias de aquella.

Con posterioridad, pero aún antes de 2008, en la STS nº 926/2005, de 30 de junio , esta Sala entendió acumulables una condena impuesta por un Tribunal español y otra impuesta por un Tribunal de Tailandia, argumentando que conforme al artículo 23.4.f de la LOPJ también los hechos enjuiciados en esta última sentencia podrían haberlo sido en España y atendiendo nada más que al criterio cronológico generalmente tenido en cuenta en cualquier supuesto de acumulación.

También se entendió lo mismo en la STS nº 368/2013 . En ésta se razonaba como sigue: " Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, debe llamarse la atención sobre la circunstancia de que la ejecutoria núm. 21/2007 proceda de una sentencia dictada por el Tribunal de Corts del Principado de Andorra, que condenó al ahora recurrente como autor de un delito de agresión sexual. Como con acierto expone el Fiscal en su informe ante esta Sala, apoyando expresamente el recurso, ningún obstáculo existe para que, concurriendo semejante circunstancia, dicha ejecutoria no haya de entrar en el objeto de la acumulación, pues opera sobre ella el Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas firmado en Estrasburgo el



www.civil-mercantil.com

21/03/1983, que España ratificó mediante Instrumento de 18/02/1985 y publicó en el Boletín Oficial del Estado núm. 138, de 10/06/1985, al igual que lo ratificó Andorra con fecha 04/11/1999. A su tenor, en aras de facilitar la cooperación y colaboración de los Estados firmantes, se autoriza el traslado desde el Estado de condena al Estado de cumplimiento de aquel penado que sea nacional del segundo, siempre que la sentencia dictada en el primero sea firme y concurren los demás presupuestos del art. 1. Se seguirán a partir del traslado las reglas de ejecución imperantes en el Estado de cumplimiento (art. 9.3). Plenamente operativo, pues, el Convenio, nada impide que la Audiencia Nacional haya asumido su competencia sobre la ejecución, ex art. 65.2 LOPJ , lo que tampoco se cuestiona en ningún momento por el recurrente. Nada impide tampoco que le sean de aplicación las reglas del arts. 76 CP que hemos de examinar ". Se trataba, pues, de un supuesto similar al examinado en la STS nº 1129/2000 , antes mencionada y se resolvió siguiendo el mismo criterio. En otras palabras, la sentencia dictada en Andorra puede ser ejecutada en España en virtud del Tratado, y el artículo 76 del Código Penal no contiene ninguna norma que impida la acumulación.

Importa señalar, por lo tanto, que existía ya en el año 2008, una corriente jurisprudencial que, en la interpretación de los artículos 76 del Código Penal y 988 de la LECrim , no encontraba dificultades insuperables en el hecho de que alguna de las condenas cuya acumulación se pretendía hubiesen sido dictadas por Tribunales extranjeros. Y, si no existían otros obstáculos, entendía procedente su toma en consideración.

IV. El 24 de julio de 2008 se dicta por el Consejo de la Unión Europea la Decisión Marco 2008/675/JAI, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión con motivo de un nuevo proceso penal. En ella se recordaba que la Unión Europea se ha fijado el propósito de mantener y desarrollar un espacio común de libertad, seguridad y justicia, objetivo que supone que la información relativa a las resoluciones condenatorias pronunciadas en los Estados miembros pueda tenerse en cuenta fuera del Estado miembro de condena, tanto para prevenir nuevas infracciones como con motivo de un nuevo proceso penal. Añade que el objetivo de la Decisión es definir "una obligación mínima" para los Estados miembros de tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados miembros.

Y establece, en el artículo 3.1 que los Estados garantizarán que se tomen en consideración, con motivo de un proceso penal contra una persona, las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros contra la misma persona por hechos diferentes en la medida en que se tomen en consideración las condenas nacionales anteriores y se atribuyan a aquellas condenas los mismos efectos jurídicos que a las condenas nacionales anteriores, de conformidad con el Derecho nacional. Se precisa en el apartado segundo del mismo artículo que lo anterior se aplicará en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena.

No se unifican ni se establecen los efectos que en cada caso deberán producir tales condenas anteriores, sino que solamente se consagra un principio general de equivalencia de las condenas dictadas por los Tribunales del Estado de que se trate y las dictadas por los Tribunales de cualquier otro Estado miembro, de forma que sus efectos sean los mismos según las normas del Derecho interno de cada Estado. Dicho de otra forma, cada Estado deberá reconocer a las sentencias dictadas por Tribunales de otros Estados miembros de la Unión Europea los mismos efectos jurídicos que, según su Derecho nacional, reconoce a las sentencias dictadas por sus propios Tribunales.

En los apartados tres y cuatro de ese artículo se exceptiona la aplicación de la regla general, de forma que la toma en consideración de las sentencias dictadas por Tribunales de otros Estados miembros no supondrá la revisión o la revocación de sentencias anteriores



www.civil-mercantil.com

dictadas por los Tribunal del Estado en el que tiene lugar el nuevo proceso, o una interferencia en la condena anterior o en cualquier resolución relativa a su ejecución.

Además, en el apartado cinco del artículo 3 se dispone que si la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo, los apartados uno y dos no tendrán por efecto el de exigir a los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones, si la aplicación de dichas normas a las condenas extranjeras limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso. La propia Decisión Marco contiene una aclaración interpretativa a esta disposición, cuando en los considerandos iniciales, concretamente en el número 9, señala que el artículo 3, apartado 5, debe interpretarse, entre otras cosas, en consonancia con el considerando 8, (según el cual, es conveniente evitar, en la medida de lo posible, que el que se disponga de información sobre una condena anterior dictada en otro Estado miembro, de lugar a que el interesado reciba un trato menos favorable que si la condena anterior hubiera sido dictada por un órgano jurisdiccional nacional) de tal manera que si el órgano jurisdiccional nacional en que se desarrolla el nuevo proceso, al tener en cuenta una sanción impuesta anteriormente en otro Estado miembro, considera que un determinado nivel de sanción dentro de los límites del Derecho nacional es de una dureza desproporcionada para el delincuente, y si la finalidad de la pena se puede lograr con una condena inferior, el órgano jurisdiccional nacional podrá reducir en consecuencia el nivel de la condena, si ello hubiera sido posible en las causas exclusivamente nacionales.

No se contiene en la Decisión ninguna referencia expresa a la posibilidad de excepcionar la aplicación del principio general de equivalencia cuando se trate de sistemas como el español, en el que se procede a una acumulación de condenas con la finalidad de establecer un límite máximo de cumplimiento en determinados casos.

No es seguro que el artículo 3.5 de la misma se refiera a estos casos, y su examen conduce más bien a la conclusión contraria. Pues, en primer lugar, no los menciona de forma expresa; en segundo lugar, se refiere expresamente a la legislación nacional relativa a la imposición de sanciones, lo cual tiene lugar en la sentencia de condena y no en el momento de establecer los límites máximos de cumplimiento; en tercer lugar, se refiere, expresamente también, a los casos en los que la aplicación a las condenas extranjeras de las normas de la legislación nacional relativas a la imposición de sanciones limitaran al órgano jurisdiccional nacional al imponer una sanción en el nuevo proceso, momento claramente referido a la concreción de la condena al dictar la sentencia condenatoria; en cuarto lugar, desde el punto de vista sistemático, los considerandos 8 y 9 de la Decisión, relacionados directamente con ese apartado cinco, nada dicen sobre el particular y se refieren, por el contrario, a supuestos en los que el efecto buscado es evitar que el delincuente sufra un trato más gravoso que si la condena anterior hubiera sido dictada por un Tribunal del mismo Estado en el que se desarrolla el nuevo proceso; en quinto lugar, desde la óptica de la finalidad de la norma, resultaría contraria a la misma una interpretación que permitiera a cada Estado dejar sin efecto el principio de equivalencia que se formula como idea rectora de la Decisión Marco, precisamente cuando afecta a las posibles consecuencias beneficiosas para el reo; y en sexto lugar, desde la misma perspectiva, sería también contrario a aquella finalidad admitir en la propia norma que cada Estado pueda establecer una diferencia de esa trascendencia en el tratamiento de las sentencias dictadas por sus propios Tribunales y las dictadas por los de otros Estados miembros.

Por otro lado, aunque inicialmente la redacción de la Decisión pudiera dar lugar a algunas dudas, y aunque por algunos se haya sostenido o se sostenga lo contrario, debería entenderse que resulta aplicable a los supuestos de señalamiento del límite máximo de cumplimiento de las varias condenas impuestas a la misma persona a través del procedimiento de acumulación.



www.civil-mercantil.com

En primer lugar, porque reconociendo a través del principio de equivalencia los mismos efectos a las condenas nacionales que a las dictadas por Tribunales de otros Estados de la Unión Europea, ninguna razón existe para limitar esos efectos a los aspectos desfavorables para el reo, excluyendo la aplicación del mismo principio respecto de aquellos que pudieran resultarle favorables.

En segundo lugar, porque la Decisión Marco no contiene ninguna excepción en ese sentido.

En tercer lugar, porque sin ninguna duda así fue entendido por el Consejo General del Poder Judicial y por el Consejo de Estado en sus informes al Anteproyecto de la Ley de transposición, al poner de relieve la necesidad de que se tratara de una ley orgánica en tanto que afectaba, entre otros aspectos, a la determinación del límite máximo de cumplimiento del artículo 76 del Código Penal .

Y, en cuarto lugar, porque el propio legislador español así lo entiende, en tanto que, a través de la norma de transposición, pretende excluir de la acumulación solo algunos supuestos, aunque no todos.

Además, en la Decisión Marco se establecía que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la misma a más tardar el 15 de agosto de 2010.

V. Posteriormente a la Decisión Marco de 2008, en la STS nº 186/2014 , se consideró que, dado que no existía norma de transposición que contuviera otras precisiones (por ejemplo, en relación a la información necesaria para la toma en consideración o a la determinación del órgano jurisdiccional competente), era posible, siguiendo la posición de la jurisprudencia, ya absolutamente mayoritaria, interpretar los artículos 76 del Código Penal y 988 de la LECrim de modo conforme al resultado pretendido en la referida Decisión, pues esos preceptos no contienen ninguna exclusión relativa a las sentencias extranjeras, como ya había señalado la jurisprudencia anterior de esta misma Sala, de manera que, en general, y con mayor razón cuando se tratara de sentencias dictadas por otros Estados miembros de la Unión Europea, debía considerarse que, si cumplían los requisitos exigibles respecto de las sentencias dictadas por Tribunales españoles, eran susceptibles de acumulación a los efectos del señalamiento del límite máximo de cumplimiento, teniendo en cuenta, pues, el tiempo efectivo de privación de libertad sufrida como consecuencia de tales sentencias o, en su caso, de las medidas cautelares acordadas en las causas en las que fueron dictadas.

Tal interpretación no era facultativa para los Tribunales españoles, sino que resultaba obligada en virtud del carácter imperativo de las Decisiones Marco para los Estados miembros de la Unión en cuanto al resultado perseguido, obligatoriedad claramente establecida en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión en el caso Pupino. Efectivamente, en la Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 16 de junio de 2005, Caso Pupino , ya se afirmó, entre otras cosas lo siguiente en el párrafo 33: " El artículo 34 UE, apartado 2, letra b), confiere carácter vinculante a las decisiones marco en el sentido de que éstas obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales, la elección de la forma y los medios ". Y en el párrafo siguiente: " 34. El carácter vinculante de las decisiones marco, formulado en términos idénticos a los del artículo 249 CE , párrafo tercero, supone para las autoridades nacionales, y en particular para los órganos jurisdiccionales nacionales, la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional ".

De todo ello se desprende que lo que ya venía haciendo la jurisprudencia de esta Sala, aplicando la ley entonces vigente, los artículos 76 (o el correspondiente del CP derogado, artículo 70) y el artículo 988 de la LECrim , que no contenían ninguna exclusión relativa a las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, se aplicó también a las sentencias dictadas por



www.civil-mercantil.com

Tribunales de Estados miembros de la Unión Europea a consecuencia, no solo de consideraciones relativas a un trato igualitario de esas resoluciones y a la inexistencia de norma que lo impidiera, sino de forma obligada por el sentido del resultado pretendido por la Decisión Marco 2008/675, que era posible alcanzar sin incurrir en una interpretación contra legem.

En la sentencia mayoritaria se argumenta que en los casos correspondientes a las sentencias dictadas con anterioridad al año 2014, una de las razones de la decisión habría sido que la pena se estaba ejecutando en España en virtud de la existencia de un tratado internacional que contemplaba el traspaso al Estado español de la ejecución de la pena impuesta en la sentencia extranjera. En realidad, en esas sentencias no se confunde la competencia para la ejecución y la posibilidad de acumulación, que son cosas diferentes. Y, en todo caso, desde la Decisión Marco, existe una norma europea que obligaba a los Estados miembros, y por lo tanto al Tribunal Supremo del Estado español, a la interpretación conforme del ordenamiento interno, con lo cual se habría producido durante ese periodo una situación de ley más favorable que no podría ser modificada por ley posterior a la consolidación de la situación a la que se debería aplicar.

No se trata, pues, de una especie de derecho creado por la jurisprudencia, sino simplemente de la interpretación y aplicación de las normas vigentes del Derecho interno, finalmente afectadas por la normativa europea.

VI. El BOE del día 13 de noviembre de 2014 publica la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea. En la misma se contienen dos normas de especial relevancia a los efectos de la cuestión debatida. En el artículo 14.2 se dispone que las condenas firmes dictadas en otros Estados miembros no tendrán ningún efecto, b) sobre las sentencias de condena que se impongan en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales del otro Estado miembro. Desde el punto de vista de la posible aplicación de la agravante de reincidencia, la norma es lógica, dado que al no existir todavía condena en el momento de comisión de los hechos enjuiciados en España, el fallo de la sentencia dictada en este nuevo proceso no podría quedar afectado por la imputación anterior, todavía no concretada en condena. Además de lógica, es innecesaria, pues aun cuando nada se dijera, de acuerdo con el Derecho nacional español, la condena dictada por un Tribunal de otro Estado miembro, al igual que la dictada por un Tribunal nacional, no podría tener efectos negativos para el reo como tal agravante de reincidencia en un nuevo proceso respecto de hechos cometidos antes de que tal condena hubiera sido dictada.

En el apartado c) se dispone que tampoco surtirán efectos las condenas firmes dictadas por otros Estados miembros sobre los autos dictados o que deban dictarse, conforme al párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fijen los límites de cumplimiento de penas entre las que se incluya alguna de las condenas a que se refiere la letra b), es decir, las dictadas en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia condenatoria por otro Estado miembro.

Ha de tenerse en cuenta que estos casos son, en realidad, los únicos que serían susceptibles de acumulación, pues las dictadas en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos después de que se hubiera dictado sentencia condenatoria por otro Estado miembro, no serían acumulables en ningún caso, por razones evidentes.

En consecuencia, esta norma, permitiría excluir de la acumulación las condenas dictadas por Tribunales de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, cuando entre las condenas acumulables se encontrara alguna dictada en España en una causa seguida por hechos cometidos con anterioridad a la condena extranjera, únicos casos, por tanto, en los que



www.civil-mercantil.com

las condenas serían susceptibles de acumulación, al quedar excluidos de ésta las condenas por hechos cometidos después de la sentencia extranjera. Esta parece ser la finalidad de la norma. Pero si es así, ello dejaría la regla general de acumulación bajo el principio de equivalencia, reducida a la nada, pues como se ha dicho, las condenas dictadas en España en procesos posteriores seguidos por hechos cometidos después de la condena extranjera, en ningún caso serían acumulables, por impedirlo las reglas generales de acumulación contenidas en el Derecho nacional español. Y tal cosa se produciría no solo en casos de delitos de terrorismo, como ocurre en el recurso que se resuelve, sino en relación con cualquier delito.

En segundo lugar, en la Disposición adicional única se establece que en ningún caso serán tenidas en cuenta las condenas dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010.

VII. En la sentencia de la mayoría se viene a establecer que las disposiciones de esta Ley Orgánica, norma de transposición de normativa europea, son aplicables a todas las situaciones anteriores a la misma, ya consolidadas. En realidad, siendo más preciso, se argumenta que la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2014 impone un cambio en el criterio interpretativo de la legalidad vigente, que había sido concretado en la STS nº 186/2014 .

Es cierto que nada impide un cambio de criterio jurisprudencial en la interpretación de una norma concreta. Tal cosa es posible, aunque exija una fundamentación suficiente para evitar lesiones en el principio de igualdad y para plasmar la ausencia de arbitrariedad. Desde esta perspectiva, habría sido posible, dentro de sus límites, una sentencia en la que se rectificara lo hasta entonces mantenido. En la deliberación, sin embargo, no se desarrollaron argumentos según los cuales fuera preciso rectificar el criterio interpretativo de los artículos 76 del CP y 988 de la LECrim , consignado en la STS nº 186/2014 , por considerarlo erróneo. No se expuso, ni se sometió a votación, ninguna razón para excluir de la acumulación, antes de la LO 7/2014, las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros.

Pues la única razón expresa de la rectificación de aquel criterio fue, precisamente, y así se desprende de la sentencia mayoritaria, la entrada en vigor de la mencionada ley orgánica, de donde se deduce que de no existir tal norma lo procedente sería continuar con aquel mismo criterio. Lo cual es fuertemente sugestivo de que lo que se hace por la decisión de la mayoría, en realidad, no es modificar el criterio anterior por la fuerza de razonamientos entonces no desarrollados, contrarios a los contenidos en aquella sentencia, sino aplicar la nueva ley a situaciones ya consolidadas con anterioridad, si bien con resultados menos favorables para el reo. Lo cual supondría una aplicación retroactiva de norma más desfavorable contraria al artículo 9.3 de la Constitución .

Pudiera argumentarse que la ley no se aplica, sino que en realidad lo que se hace es rectificar la interpretación anterior utilizando la ley nueva como criterio interpretativo. Conviene recordar que ya en la STEDH en el caso Del Rio Prada contra España, el Tribunal vino a considerar contrario a los derechos reconocidos en el Convenio reinterpretar la ley derogada, más favorable para el reo en cuanto afectaba a la determinación del alcance real de la pena, basándose en los principios o en los preceptos de la ley nueva, menos favorable, con el resultado de un empeoramiento en la situación de aquel, lo que equivalía a una aplicación retroactiva de la ley nueva.

VIII. La cuestión podría resolverse si se entendiera que, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 9.3 CE , la LO 7/2014 solo debería ser aplicada respecto de condenas dictadas por Tribunales españoles con posterioridad a su entrada en vigor. Es posible que no fuera esa la voluntad del legislador, pero lo contrario pudiera conducir a una aplicación de la ley contraria a la Constitución.



www.civil-mercantil.com

Entiendo que no es correcto negar esta posibilidad argumentando que una continuación con el criterio sostenido en la STS nº 186/2014 supondría incurrir en una interpretación contra legem sobre la base de una Decisión Marco que, como tal, carece de efecto directo. En primer lugar, porque no es operar contra legem, sino todo lo contrario, aplicar la ley excluyendo su efecto retroactivo en tanto resulta desfavorable. En segundo lugar, porque las consecuencias negativas de la falta de efecto directo de las Decisiones Marco, en cuanto a su efectividad, han sido muy dulcificadas y, así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso Melloni, Sentencia de la Gran Sala de 26 de febrero de 2013, resuelve la cuestión prejudicial aplicando una Decisión Marco que aún no había sido objeto de transposición, y que modificaba una anterior que sí lo había sido.

No procedería plantear una cuestión de inconstitucionalidad, sin perjuicio del posible recurso de amparo por un acto de aplicación retroactiva de ley más desfavorable. De un lado, porque se trata de una norma de transposición de Derecho de la Unión, lo que conduce a resolver las dudas interpretativas mediante el planteamiento de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 267 del TFUE. De otro, porque si se admite una interpretación posible conforme con la Constitución, la norma no sería contraria a la misma, aunque pudieran serlo los concretos actos de aplicación.

Todo ello permitiría la resolución del recurso aplicando a las situaciones ya consolidadas los criterios contenidos en la jurisprudencia mencionada.

IX. Esta tesis, respecto de la inaplicabilidad de la norma de forma retroactiva, fue rechazada por la mayoría, que entendió que no existía retroactividad respecto de una interpretación jurisprudencial de la ley aplicable vigente en esa época, aunque el nuevo criterio interpretativo se basara, exclusivamente, en el texto de una ley posterior más desfavorable.

Aún así, para los demás casos sería, de nuevo, necesario plantear la cuestión prejudicial, dadas las dudas respecto a las posibilidades de interpretación de la Decisión Marco en relación con su norma de transposición. Habría, pues, que plantearse si la Decisión Marco permite, sin desnaturalizar su sentido, las excepciones y limitaciones contenidas en la LO 7/2014, que se imponen al principio de equivalencia establecido en aquella.

Pudiera sostenerse, como se hace en la sentencia de la mayoría, que la Decisión Marco, concretamente su artículo 3.5, autoriza estas exclusiones concretadas en la LO 7/2014, de transposición de aquella al ordenamiento español. Sin embargo, entiendo, como ya he dicho más arriba, que esa es una interpretación forzada, que no resulta con evidencia de la propia norma, con la que se alcanzan resultados en perjuicio del reo, y que, en todo caso, la decisión sobre la interpretación en caso de dudas corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Con independencia de que, tal como señala el recurrente, pudiera producir cierta perplejidad el que, como consecuencia de la transposición de una norma europea que establece el principio de equivalencia entre las condenas dictadas por cualesquiera Estados de la Unión, se excluyan legalmente de la posibilidad de acumulación las condenas dictadas por Tribunales de Estados miembros de la Unión Europea, a la que España pertenece, y no se haga con las dictadas por Tribunales de otros Estados, que según la jurisprudencia antes aludida, serían susceptibles de acumulación, en caso de cumplir los requisitos cronológicos exigidos para las condenas dictadas por Tribunales españoles, lo cierto es que no se contempla expresamente en la Decisión Marco la posibilidad de que los Estados miembros excluyan la aplicación del principio de equivalencia entre sentencias condenatorias dictadas por sus propios Tribunales y las dictadas por los Tribunales de otros Estados miembros, basándose únicamente en la fecha en que tales sentencias se dictan.

Tampoco se contempla expresamente en la Decisión Marco que el principio de equivalencia pueda dejar de aplicarse cuando se trate de sentencias relativas a hechos



www.civil-mercantil.com

cometidos antes de que tuviera lugar la condena dictada por Tribunales de otro Estado miembro con anterioridad a la sentencia dictada en España, pues ello conduciría prácticamente a la inaplicación del mencionado principio en la mayoría de los casos.

Con todo ello se estaría estableciendo en todos estos supuestos una diferencia esencial entre el tratamiento dado a las sentencias dictadas por Tribunales nacionales y a las dictadas por Tribunales de otros Estados de la Unión.

Ante esta, al menos, aparente contradicción que se puede apreciar entre la regulación contenida en la Decisión Marco y en la Ley Orgánica 7/2014, norma de transposición, es necesario plantearse, pues, si la citada Decisión Marco pudiera ser interpretada de forma que permitiera las exclusiones contenidas de forma terminante en esta última Ley, pues en otro caso, tal norma sería contraria al Derecho de la Unión Europea, del que dicha Decisión Marco forma parte.

La necesidad del planteamiento resulta, de un lado, de la primacía del Derecho de la Unión Europea en las materias en las que se ha establecido su competencia, como es el caso. Conviene recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de la Gran Sala de 26 de febrero de 2013, Caso Melloni, afirmó de forma muy clara lo siguiente: " En efecto, según jurisprudencia asentada, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión (...) la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado ...". Desde esa perspectiva, ha de tenerse en cuenta que la LO 7/2014 no es una norma en la que el Estado español sea totalmente libre para regular la materia, sino que es una norma de transposición de otra norma europea dictada en el marco de las competencias propias de la Unión, que obliga a España en cuanto al resultado pretendido, lo que implica que deberá respetar el contenido de esta última.

Y de otro lado, resulta también de la consideración de las Decisiones Marco, instrumentos ya superados en el funcionamiento de la Unión, pero que tuvieron presencia normativa en su momento. No cabe duda alguna de que no tenían efecto directo, entendido en el sentido en que se atribuía a las Directivas de la misma época. Pero eso no quiere decir que no tengan fuerza alguna de obligar a los Estados, pues estos, aunque puedan elegir los medios y las formas, quedan sujetos a la obtención del resultado pretendido por la Decisión, bien mediante la adecuada transposición de la misma o bien, en otro caso, a través de la interpretación del ordenamiento nacional de modo conforme a la Decisión Marco, siempre que esto sea posible sin incurrir en una interpretación contra legem. En cualquier caso, por principio, no puede entenderse conforme con el derecho de la Unión una transposición de una Decisión Marco al derecho interno que venga a dejar sin efecto la esencia de la misma.

En cuanto a la regulación de la cuestión, a la necesidad de plantearla y al alcance de las dudas interpretativas me adhiero al voto particular emitido por el Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron.

Igualmente me adhiero al voto particular emitido por el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro y al voto particular emitido por el Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia.

Joaquin Gimenez Garcia Candido Conde-Pumpido Touron
Miguel Colmenero Menendez de Luarca Luciano Varela Castro
Alberto Jorge Barreiro Ana Maria Ferrer Garcia

VOTO PARTICULAR que emite el EXCMO. SR. D. LUCIANO VARELA CASTRO a la sentencia nº 874/2014 dictada en el recurso de casación nº 10.711/2014p, al que se adhieren los EXCMOS. SRES. D. CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON, D. JOAQUIN GIMENEZ



www.civil-mercantil.com

GARCIA, D. MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, D. ALBERTO JORGE BARREIRO y la EXCMA. SRA. D^a ANA MARIA FERRER GARCIA.

1.- Comparto con la mayoría la desautorización del criterio, mantenido en la recurrida resolución de la Audiencia Nacional, sobre la inexistencia de intangibilidad de las liquidaciones de condena y determinación del límite máximo de cumplimiento de éstas. Desde luego cuando ello implica, con su revisión, una solución favorable al penado.

2.- Discrepo de la decisión sobre la cuestión objeto de recurso. Frente al criterio de la mayoría, estimo que, para llevar a cabo aquella liquidación, con fijación del tiempo máximo de cumplimiento, se debe poder acumular a las penas impuestas al mismo recurrente por sentencias españolas las impuestas en la sentencia francesa, de concurrir determinados requisitos. Ello en aplicación del artículo 76 del Código Penal (70.2 en redacción anterior)

El criterio de la mayoría ha venido a separarse del establecido en la STS 186/2014 de 13 de marzo, dictada por una Sala de la que formé parte y en la que el acuerdo había sido unánime, aunque, ahora, tres Magistrados, de los que la integrábamos, han adoptado un criterio diferente, con la trascendencia de que su nuevo diverso voto ha hecho posible formar el criterio de este Pleno, contrario al de aquella sentencia.

La nueva mayoría del Tribunal parte, según creo entender, de que, entre el momento en que fue dictada nuestra anterior Sentencia 186/2014 y aquel en el que el Pleno debe decidir sobre la pretensión del recurrente, se ha dado un cambio relevante en el "panorama normativo", al haberse promulgado las Leyes Orgánica 7/2014 y la Ordinaria 23/2014 de 20 de noviembre.

No se trataría, sin embargo, de adecuarse a un cambio normativo, sino una simple muda de criterio interpretativo. El antes sostenido (STS 186/2014) ya no se podría defender al haberse manifestado la voluntad del legislador incompatible con aquél (LO 7/2014), que, en la opinión mayoritaria, acogería las excepciones al principio de equivalencia de sentencias de tribunales de los Estados de la Unión Europea con las dictadas por tribunales españoles.

No entraré a examinar cual era el contenido de la Decisión Marco 2008/575/JAI para pronunciarme sobre la fidelidad a la misma por parte del legislador español. En ese aspecto uno mi voto al emitido por el Magistrado D. Candido Conde-Pumpido Touron, entendiendo que, si ése fuera el fundamento ineludible de nuestra sentencia, sería preceptivo plantear la oportuna cuestión prejudicial.

En todo caso, uno también mi voto al emitido por el Magistrado D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca en lo que concierne al contenido y alcance de la Decisión Marco citada.

3.- Deseo sí hacer especial hincapié en la cuestión previa, cuya solución debería ser determinante para no conculcar derechos constitucionales del penado recurrente.

En realidad el recurso obliga a examinar cual era la regulación vigente en el ordenamiento jurídico español antes de la promulgación de esa ley 14/2014 y cual es la norma aplicable incluso después de la promulgación de esa ley, de contenido diverso y desfavorable para el respecto a las liquidaciones de penas anteriores

Son antecedentes relevantes:

a) Se trata de penado en Francia en 26 de mayo de 1997 (por delito de asociación de malhechores) y en España en 13 de octubre de 2003 y anteriores;

b) se ignora fecha de hechos;

c) se había revocado una liquidación anterior de penas de este mismo acusado por aplicación doctrina caso Inés del Río;



www.civil-mercantil.com

d) y se denegó solicitud anterior contra cuya resolución denegatoria se dejó desierto el recurso de casación.

En la sentencia Tribunal Supremo nº 186/2014 se resolvió tal cuestión en caso cuyos antecedentes eran:

- a) Se trata de penado en Francia en 1 de julio de 1999 y en España en 28 de julio de 2010;
- b) los hechos objeto de condena en España eran anteriores a 1 de julio de 1999;
- c) en la instancia se denegó acumulación por estimar que las sentencias se dictaron por jurisdicciones de soberanía diversa.

El Tribunal Supremo decidió entonces que la Decisión Marco 2008/6754/JAI de 24 de julio de 2008 obligaba a la interpretación más conforme posible de nuestra norma penal (artículo 76 del Código Penal en relación con 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En ningún caso se llevó a cabo una aplicación directa de la Decisión Marco. Efecto que ésta misma excluye.

Por ello había de reformularse la liquidación sin excluir el cómputo de la sentencia francesa, sin atender al criterio de la dual soberanía y atendiendo a los demás datos para determinar si, conforme a los criterios "jurisprudencialmente consolidados" de determinación del límite máximo, fecha de hechos y sentencias, procedía tener en cuenta, o no, la sentencia francesa.

Dictada la resolución de la instancia y antes de resolverse esta casación se ha promulgado, y entrado en vigor, la Ley Orgánica 7/2014 de 12 de noviembre.

Con independencia de su acomodación a las exigencias de la Decisión Marco 2008/678/JAI, que podrá dar lugar al planteamiento de la correspondiente cuestión ante el TJE, es necesario establecer su ámbito de aplicación al caso juzgado. Para ello habrán de respetarse las reglas que rigen en nuestro ordenamiento la vigencia en el tiempo de las normas, en general y, en particular, de las normas penales, según favorezcan o perjudiquen al sometido a decisiones en el orden jurisdiccional penal.

4.- Para establecer la comparación que estime favor o gravamen, es premisa esencial dirimir cual era la norma jurídica, rectora de la acumulabilidad ex artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , anterior a la Ley Orgánica 7/2014.

En mi parecer aquella norma tenía el contenido dado por el Tribunal Supremo en su STS 186/2014 . En ella establecimos que el derecho aplicable a los que sufrían plurales condenas era el mismo también cuando una de las sentencias hubiera sido dictada por Tribunal de estado de la Unión, siempre que concurrieran los únicos requisitos exigibles conforme al artículo 76 del Código Penal , tal como éstos se interpretaban jurisprudencialmente, eliminando la exclusión, incluida por alguna sentencia anterior del Tribunal Supremo, para cuando una sentencia era extranjera.

Y esa era la solución correcta, incluso prescindiendo de la referencia a efectos interpretativos, a la Decisión Marco 2008/675/JAI.

Por las siguientes razones:

A) Inexistencia de ninguna norma que impida la toma en consideración sentencias extranjeras a los efectos del artículo 76 del Código Penal

La Jurisprudencia ha venido considerando de manera constante que el esencial requisito de potencial examen de los hechos determinantes de las penas en un mismo procedimiento se satisface con que, sin más exigencias, se pueda predicar: Que las sentencias



www.civil-mercantil.com

en que se imponen las penas cuyo límite máximo de cumplimiento se fija conforme al artículo 76 sean todas posteriores a todos los hechos por los que se imponen las penas. El criterio se vio reforzado por la reforma del apartado 2 del artículo 76 del Código Penal llevada a cabo por la LO 7/2003 de 30 de junio. La acumulabilidad si el enjuiciamiento en el mismo proceso es posible, no solamente por la conexión de los delitos, sino meramente por el "momento de su comisión".

Así pues, de esa flexibilización, que reduce el criterio del artículo 76 al meramente cronológico, se concluye que basta la concurrencia de ese presupuesto, con o sin la exigencia, para el enjuiciamiento, de algún otro, susceptible de cumplimiento, (ad exemplum que la perseguibilidad extraterritorial se condicione a interposición de determinada querrela) para tener por acumulables las penas a fin de fijar el límite máximo de cumplimiento. Y es que la imposición de condiciones a la posibilidad limita ésta pero no la trueca en imposibilidad.

Ningún precepto legal exige que las sentencias dictadas imponiendo las penas a acumular para determinar el límite máximo de cumplimiento sean dictadas en su totalidad por tribunales españoles.

Al contrario, es poco cuestionable la intrascendencia de la condición foránea de la sentencia atendida, a esos efectos, indiscutidamente cuando se ejecuta en España por razón de Tratados Internacionales con el Estado que dictó la concreta sentencia acumulada.

Así se estableció por la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo. En la STS 368/2013 de 17 de abril que, reiterando los requisitos derivados del artículo 76 del Código Penal, que nada dice sobre la extranjería de la sentencia acumulada, invoca el Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas firmado en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983. La Sentencia Tribunal Supremo nº 926/2005 de 30 de junio en el mismo sentido ni siquiera consideró necesario justificar la decisión pese a ser extranjera una de las sentencias.

Más contundente, si cabe, fue la STS 1129/2000 de 15 de junio, a la que nos referiremos después.

El criterio mantenido por la STS 2117/2002 de 18 de diciembre, constituye un supuesto de criterio aislado y del que se prescindió en las sentencias posteriores, para imponer en éstas un criterio más favorable al reo.

B) Por lo que se refiere al presupuesto del artículo 76 para la posibilidad de enjuiciamiento conjunto de hechos determinantes de las penas a limitar en su cumplimiento, reducido como sabemos a una mera condición de cronología por la jurisprudencia, también ha de acudir a lo dispuesto sobre esa posibilidad extraterritorial de enjuiciamiento en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que regula la extraterritorialidad, tanto por razón del principio personal, como por razón del universal de persecución.

Esa norma amplía la posibilidad de enjuiciamiento de hechos cometidos por españoles en el extranjero, enjuiciamiento que, una vez asumido, nada impide ocurra en el mismo proceso en el que se juzgan hechos cometidos en territorio español.

Y así se satisface el presupuesto de acumulabilidad para fijar límite máximo de cumplimiento.

Aquella norma se encuentra en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial conforme al cual:

2. También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españolesy concurrieren los siguientes requisitos:

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que



www.civil-mercantil.com

España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles.

c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

Y se añade:

4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

e) Terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

3.º el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España;

4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos;

j) Delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión.

Ni las circunstancias que, eventualmente, puedan dar lugar a las exclusiones del apartado 5, ni la condición del apartado 6, excluyen, en principio, la posibilidad del enjuiciamiento extraterritorial en España.

C) Entre las normas internacionales, con carácter general, no circunscrito al supuesto de ejecución de sentencias extranjeras en España, cabe citar el Instrumento de ratificación del Convenio Europeo número 70 sobre el valor internacional de las sentencias penales, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970. (BOE 78 de 30 de marzo de 1996) cuyo artículo 56 establece:

Todo Estado Contratante adoptará las medidas legislativas que estime oportunas con el fin de permitir a sus tribunales, al dictar una sentencia, tener en cuenta cualquier sentencia penal europea dictada anteriormente con audiencia del acusado por razón de otra infracción con el fin de dotar a esta sentencia de todos o parte de los efectos que su ley prevea para las sentencias dictadas en su territorio. Determinará las condiciones en que se tendrá en cuenta dicha sentencia.

D) No se invoca ninguna Sentencia del Tribunal Supremo con la excepción de la única 2117/2002 vetando la acumulación de penas, a efectos de delimitar el máximo de cumplimiento de sentencias, por razón de la extranjería de la jurisdicción que la dictó y menos cuando: a) el penado sea español y b) éste hubiera podido ser juzgado en España conforme a nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ciertamente las sentencias que hemos dejado citadas, y que consideramos la mayoría y los discrepantes, se refieren a supuestos no idénticos. No es lo mismo la situación creada por la ejecución en España, en virtud de concreto Tratado con un país extranjero, de la sentencia



www.civil-mercantil.com

dictada por un tribunal de éste, que la que supone la toma en consideración de esa sentencia extranjera cuando la pena ya ha sido cumplida en aquél país. Pero lo que la Jurisprudencia (sin más excepción que la única representada por la STS 2117/2002) ha establecido es un principio común a ambas situaciones.

En la STS 1129/2000 antes citada se dijo, en un caso en que una de las sentencias era extranjera, con discurso general, no limitado al de ejecución en España por virtud de Tratado específico:

La primera cuestión, concerniente a la admisibilidad de la refundición de penas impuestas por Tribunales extranjeros con penas de Tribunales nacionales, debe ser decidida sobre la base de lo establecido en la ley española aplicable, dado que en el Tratado no existe norma alguna al respecto. Se trata, en consecuencia de si los arts. 70.2 CP/1973 ó 76 CP son aplicables en dichos supuestos. La respuesta debe ser positiva. En efecto, el texto de estos artículos no contiene ninguna exclusión. Su fundamento, por otra parte, tampoco determina exclusiones. La reglas que limitan la acumulación aritmética de las penas en los casos de concurso real, sobre todo en un sistema como el nuestro, que excluye las penas perpetuas privativas de la libertad, tienen la finalidad de no eliminar el carácter temporal de la pena así como la de unificar la reprobación del hecho mediante un símbolo único del reproche, como sostienen autores modernos. Ninguna de estas finalidades deja de tener sentido cuando una de las penas ha sido impuesta por un Tribunal extranjero. Por lo tanto las reglas contenidas en los arts. 70 CP/1973 y 76 CP pueden en principio ser aplicadas tanto a sentencias nacionales como extranjeras.

(énfasis añadido)

E) Tampoco creo que se pueda cuestionar el sentido del ordenamiento jurídico precedente a la Ley Orgánica 7/2014 invocando una eventual praxis de tribunales de instancia que no tienen conferida función de completar el ordenamiento. Tanto más cuanto la invocación no tiene el aval de su debate en este procedimiento para concluir sobre su efectivo seguimiento, sino una poco aceptable autoridad derivada de la ciencia privada de quien se apoya en su alegación.

F) En ese contexto normativo establecer una excepción a la aplicabilidad del artículo 76 del Código Penal , so pretexto de extranjería de una de las sentencias de cuya acumulación se trata, constituye una innovación jurisprudencial, sin más amparo que el reiteradamente desautorizado criterio del la STS 2117/2002 .

Y tal innovación se haría claramente con efectos perjudiciales para los reos que se encuentren en esa situación, como la aquí juzgada.

No cuestiono la legitimidad de una voluntad legislativa que instaure esa derogación de la norma anterior.

Ni siquiera cuestiono que la Jurisprudencia con veleidosa interpretación diga ahora aquello de lo que antes abjuró.

Lo cuestionable es afirmar que la norma decía lo que no decía, atribuyéndole significados implícitos nunca explicitados, ni la Jurisprudencia afirmaba lo que no afirmaba, a salvo una vez tan aislada como posteriormente desautorizada.

5.- Coincido totalmente con la mayoría del Tribunal en que el criterio mantenido en la STS 186/2014 se opone frontalmente al que ahora se sostiene por el Pleno. Y, desde luego, la Ley Orgánica 7/2014 implica una clara negación del derecho que aquella Jurisprudencia reconocía al español penado fuera de España, si el delito, por más que, bajo determinadas condiciones, podía haber sido juzgado en España.

La Ley Orgánica 7/2014 impediría tener en cuenta esas sentencias foráneas, aunque concurren aquellos requisitos que rigen la limitación de cumplimiento cuando todas las sentencias sean españolas, si no concurren, además, otros requisitos específicamente fijados



www.civil-mercantil.com

en su artículo 14 y disposición adicional única, introducidos ahora ex novo en nuestro ordenamiento:

a) doble tipicidad, en España y país de la sentencia e información suficiente y b) excluye sentencias foráneas dictadas antes de 15 de agosto de 2010, y posteriores a esa fecha si el hecho, objeto de condena en alguna de las sentencias españolas, es anterior a la fecha de la sentencia foránea.

Esta última previsión deja la hipótesis de consideración \rightarrow efectos de fijar límite máximo de cumplimiento \rightarrow de la sentencia foránea como imposible: Si el hecho penado en España se cometió después de dictarse la sentencia foránea, no cabe incluirla en límite común de cumplimiento conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, y si el hecho penado en España se cometió antes de dictarse la sentencia foránea el artículo 15 de la LO 7/2014 tampoco admite tenerla en cuenta para fijar dicho límite común.

Así pues, cabe concluir que la nueva Ley Orgánica impide tener en cuenta en cualquier caso la sentencia foránea a los efectos que aquí nos ocupan. O lo que es lo mismo: impide de manera frontal la aplicación de la Decisión Marco a los efectos del artículo 76 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Ello entraña una norma objetivamente desfavorable respecto de la aplicable con anterioridad

6.- Ello nos emplaza a dilucidar la segunda de las cuestiones antes enunciadas: la determinación de cual es la norma aplicable. Y a tales efectos, estimo, con el criterio de la mayoría, que se ha producido una variación del panorama normativo por la irrupción en éste de la Ley Orgánica 7/2014.

La discrepancia surge porque, a fuer de mantenerme en la coherencia, considero, contra el parecer de la mayoría, que tal modificación implica una sucesión temporal de normas, que obliga a acudir a la norma sobre normas instaurada en el artículo 9 de la Constitución y en el 2 del Código Penal . La norma en cuestión es el artículo 76 del Código Penal .

Desde la perspectiva de la lógica constituiría una falacia afirmar que la Ley Orgánica 7/2014 no se trae a colación para ser aplicada como una norma nueva, sino como un mero criterio de interpretación de la norma anterior, criterio que se considera incompatible con el mantenido antes de la promulgación de dicha Ley Orgánica.

En el debate del Pleno se admitió paladinamente por la práctica unanimidad del Pleno que la nueva Ley Orgánica 7/2014 no era aplicable al caso enjuiciado, en cuanto desfavorable para el penado y posterior en el tiempo a la situación a enjuiciar. No obstante se postula que su promulgación había dejado sin fundamento el criterio mantenido en la STS 186/2014 . Olvidaríase así que inocular los principios de una ley, más aún su traducción en norma positiva, en la norma precedente supone una ultraefectividad retroactiva que disimula vergonzantemente la efectiva aplicación de la norma bajo el falso ropaje de mero criterio interpretativo.

Antes de la vigencia de la Ley Orgánica 7/2014, aún prescindiendo de la aprobación de la Decisión Marco 2008/675/JAI, no existía, sobre la computabilidad de las penas impuestas en sentencia extranjera, y a los efectos del artículo 76 (antes 70) del Código Penal , ninguna norma legal ni criterio Jurisprudencial \rightarrow a salvo el aislado citado \rightarrow que impidiera la refundición que nos pide el recurrente.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos proclamó en la sentencia Del Río Prad a vs. España que La noción de "Derecho" ("law") utilizada en el artículo 7 corresponde a la de "Derecho" que figura en otros artículos del Convenio; incluye el derecho de origen, tanto legislativo como jurisprudencial, e implica condiciones cualitativas, como las de accesibilidad y previsibilidad (Kokkinakis, antes citado, §§ 40-41, Cantoni, antes citado, § 29, Coëme y otros, antes citado, § 145, y E.K. contra Turquía, no 28496/95, § 51, 7 de febrero de 2002). Estas



www.civil-mercantil.com

condiciones cualitativas deben cumplirse tanto para la definición de un delito como para la pena que este implica.

Así pues el DERECHO aplicado antes de la Ley Orgánica 7/2014 era el fijado precisamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no por otros tribunales de instancia, y las normas que aquél interpreta: artículo 76 del Código Penal y 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Sin duda convenimos con dicho TEDH cuando en la citada sentencia advierte que: el Tribunal no descarta la posibilidad de que las medidas que se adoptan por parte del poder legislativo, las autoridades administrativas o los tribunales después de la imposición de la condena definitiva o durante su cumplimiento puedan redundar en una redefinición o modificación del alcance de la "pena" impuesta por el tribunal sentenciador.

Cuando eso ocurre, el Tribunal estima que dichas medidas deben quedar comprendidas en el ámbito de la prohibición de la aplicación retroactiva de las penas consagrada en el artículo 7.1 in fine del Convenio. De otra manera, los Estados serían libres → modificando la ley o reinterpremando los reglamentos vigentes, por ejemplo → de adoptar medidas para redefinir retroactivamente el alcance de la pena impuesta, en perjuicio del condenado, cuando este último no podía imaginarse tal circunstancia en el momento de la comisión del delito. En tales condiciones, el artículo 7.1 quedaría privado de todo efecto útil respecto a las personas condenadas cuyas condenas fueran modificadas ex post facto en su detrimento. (énfasis añadido)

Cabe, con alguna doctrina, señalar que existe al respecto una verdadera "reserva de jurisdicción" que garantiza la independencia de los Tribunales vetando que sus decisiones queden bajo la suerte de coyunturales voluntades políticas, y de la que es una clara garantía la privación de efectos hacia "atrás" de esas mudadas voluntades, de manera que aquellas veleidades legislativas no deberán derogar la aplicación jurisprudencial a situaciones anteriores a la manifestación formal de la voluntad de otro poder. Versatilidad que no deja aquí de ser sospechosa, si atendemos al momento de la mutación esencial impresa en el texto de la norma, que se sitúa en aquél en el que fue conocido el sentido de la Jurisprudencia, recordado por nuestra STS 186/2014 , para casos como el aquí enjuiciado, ya, una vez iniciado el procedimiento legislativo que alumbró la Ley Orgánica 7/2014, en la tramitación por el Senado

7.- Partiendo de los antecedentes expuestos al principio, la pregunta esencial es: ¿el hecho cometido y juzgado en Francia PODÍA ser Juzgado en España?

El delito por el que el recurrente fue penado en Francia era el de asociación de malhechores, este delito se encuentra tipificado en el Libro cuarto del código francés, relativo a los CRIMENES Y DELITOS CONTRA LA NACION, EL ESTADO Y LA PAZ PUBLICA. Este libro comprende cinco títulos que, respectivamente, tratan de: Infracciones contra los intereses fundamentales de la Nación. Del terrorismo. Infracciones contra la autoridad del Estado. Infracciones contra la confianza pública. De la participación en una asociación de malhechores.

El Código Penal francés define la sociedad de malhechores como : «Todo grupo formado o acuerdo establecido para la preparación de uno o varios hechos materiales, que constituyan uno o varios crímenes o uno o varios delitos, castigados con al menos diez años de prisión». La participación en una asociación de malhechores está penada hasta con diez años de prisión y multa de 1.000.000 de F.

En cuanto cometido por español, dada la doble incriminación en el territorio francés de su comisión y en España (artículo 515 del Código Penal y desde la vigencia de su actual redacción artículo 570 bis del mismo, o, en su caso, 571 del Código Penal), es claro que el hecho pudo ser juzgado en España. Así deriva del artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .



www.civil-mercantil.com

La posibilidad existe aunque sea condicionada. Que una condición restrinja una posibilidad no equivale a que la excluya. Y ni siquiera el cumplimiento de la pena es obstáculo para la consideración del límite máximo que extingue todas las penas acumuladas ya que el propio artículo 23, en el caso de cumplimiento parcial de la sentencia foránea manda computar ese tiempo en el enjuiciamiento del mismo hecho en España. El artículo 2 del Código Penal impone la retroactividad favorable incluso cuando el hecho ha sido juzgado y se cumple la pena.

Así pues, con independencia de la Decisión Marco 2008/675/JAI y de su traslado al ordenamiento español, dada la doctrina jurisprudencial sobre presupuestos del artículo 76 del Código Penal, la pena impuesta en sentencia recaída por razón de ese hecho es acumulable a las impuestas por otros hechos en sentencias diversas si concurren los otros presupuestos. Es decir que el hecho cometido en Francia y el cometido en España no sean posteriores a ninguna de ambas sentencias.

8.- La conclusión, al menos, se refuerza por la incidencia sobre ese conjunto normativo de la Decisión Marco 2008/675/JAI.

La Decisión Marco establece en el artículo 4 que SUSTITUYE el Convenio Europeo de 1970 en el artículo 56, que acabamos de citar, salvo, obviamente, a la obligación respecto a Estados signatarios de aquél que no sean miembros de la UE.

No implica pues un giro copernicano en la cuestión del reconocimiento por un Estado de las sentencias dictadas por otro.

Por otra parte, el contenido de la Decisión se integra por el establecimiento de condiciones para que se tenga en cuenta sentencias de condena de un país en el proceso seguido después en otro país, siendo ambos miembros de la UE. (artículo 1) que se establecen en el artículo 3.1: Se tendrá en cuenta la sentencia condenatoria dictada en un país por un hecho, en un nuevo proceso seguido en otro país, contra la misma persona por otro hecho. La relación temporal no se establece entre hechos sino entre la sentencia foránea y la del país miembro que la va a considerar, debiendo aquélla ser precedente.

La cuenta así tomada se ajustará al principio de equivalencia (artículo 3.1 in fine) Es decir tendrá los mismos efectos que si fuera dictada en el país del nuevo procedimiento.

Y aquella puede ser tomada incluso en la fase ya de ejecución (artículo 3.2).

Exclusiones: a) no cabe por virtud de esa consideración de la sentencia foránea interferir en condenas españolas anteriores o en resoluciones para su ejecución que impliquen revocación o revisión de éstas. (artículo 3.3 y 3.4) b) ni es admisible que la sentencia foránea se tome en consideración para agravar la pena en el nuevo proceso (ad exemplum reincidencia) si el hecho del nuevo proceso en España se cometió antes de que recayera la sentencia foránea (artículo. 3.5 párrafo primero) pero sí, incluso en ese supuesto, tendrá otros efectos la sentencia foránea (artículo. 3.5 párrafo segundo).

En conclusión, la Decisión marco implica una mayor especificación respecto de las previsiones normativas ya vigentes en España, reforzándolas que no derogándolas. Ninguna de esas exclusiones concurre en el supuesto aquí enjuiciado.

Y no es obstáculo en absoluto el artículo 3.5 de la Decisión Marco ya que la aplicación de los apartados anteriores no limita al tribunal español "al imponer una sanción", por un hecho cometido antes de dictarse la sentencia francesa. Las sentencias españolas dictadas contra el recurrente impusieron las respectivas penas prescindiendo del contenido de la sentencia francesa. A efectos de interpretación de ese apartado 5 del artículo 3 debe estarse al único criterio interpretativo válido. El que proporciona la misma decisión marco en su considerando noveno: facultar al tribunal español para reducir ...el nivel de condena... si al tener en cuenta la sentencia francesa podría acarrear, según las normas españolas, una dureza desproporcionada.... Lo que está en consonancia con el considerando octavo, al que remite el



www.civil-mercantil.com

noveno, y que se traduce en la pauta de evitar que la toma en cuenta de la sentencia francesa acarree un trato menos favorable que si aquélla hubiera sido dictada por un tribunal español.

La Decisión Marco pone en evidencia que la doctrina de alguna concreta sentencia anterior del Tribunal Supremo, vetando el cómputo de penas por el hecho de ser impuestas en sentencias extranjeras además de ser doctrina confinada en un único caso, era, cuando menos, cuestionable.

La generalidad de la convicción de que el origen extranjero de la sentencia no excluía su toma en cuenta en los términos expuestos, se pone de manifiesto si atendemos a que la iniciativa legislativa no incluyó ese veto. Hasta una enmienda introducida por un grupo parlamentario ya en el Senado. Con la evidente voluntad de variar el estado de la cuestión.

Por ello la tesis del Ministerio Fiscal en su impugnación al recurso del penado, prescindiendo de valoraciones que pudiera merecer desde otra perspectiva, se muestra, cuando menos, como jurídicamente atrevida.

Bastaría ese margen de cuestionabilidad para que entre en juego la tesis del TJE antes expuesta, de tal modo que la solución se decante por conformar ese marco normativo español con los objetivos mínimos que la Decisión Marco se propone. Solución que no implica en modo alguno derogar el Derecho español para sustituirlo por una aplicación "a la letra" de la Decisión Marco ni atribuir a ésta un efecto directo del que, como instrumento normativo, carece.

Por ello el Pleno debería haber ratificado como correcta la doctrina establecida en la STS 186/2014 en cuanto a los casos que se asimilan al allí juzgado .

9.- En conclusión estimo que la sentencia impuesta por el criterio de la mayoría ha venido a vulnerar la exigencia implícita en el principio de legalidad garantizado en el artículo 25 de la Constitución por limitar el derecho de libertad del recurrente más allá de lo que autorizaba el Derecho ley y jurisprudencia antes de ser dictada la Ley Orgánica 7/2014.

Se vulnera también la exigencia de trato igualitario a ciudadanos en situación igual. El enjuiciado en la causa a que se refería nuestra STS 186/2014 resultará favorecido respecto del aquí recurrente. La sentencia del Pleno no puede dejar sin efecto lo decidido en aquella otra.

La retroactividad desfavorable se muestra más exacerbada, e incompatible con el principio de legalidad, si el criterio de esta resolución del Pleno se aplica también respecto a la previsión del artículo 86.1 párrafo segundo de la Ley 23/2014 en los casos de acumulación de condenas en ejecución de sentencias extranjeras por aplicación de tratados internacionales bilaterales.

Antes de postular esa interpretación de la Ley Orgánica 7/2014 en relación a su adecuación a la Decisión Marco, el contenido y número de votos contra la resolución impuesta en el Pleno, pone de manifiesto la existencia de una duda razonable de la que deriva el inexorable deber de plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE.

Joaquín Giménez García
Candido Conde-Pumpido Touron
Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar
Luciano Varela Castro
Alberto Jorge Barreiro Ana María Ferrer García

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.