



Roj: **STS 2359/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:2359**

Id Cendoj: **28079120012016100457**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/05/2016**

Nº de Recurso: **10095/2016**

Nº de Resolución: **457/2016**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Mayo de dos mil dieciséis.

En el recurso de Casación por INFRACCIÓN DE LEY que ante Nos pende, interpuesto por **David** contra auto dictado por la Audiencia Nacional Sala de lo Penal, Sección Segunda, con fecha 15 de enero de 2.016 , los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Javier Cuevas Arribas.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado Central de Instrucción número 1 con fecha 15 de enero de 2.016, dictó auto conteniendo los siguientes:

"ANTECEDENTES DE HECHO: **ANTECEDENTES PROCESALES**

PRIMERO.- En la presente causa **David** , ha sido condenado por Sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 18/2015, de fecha 7 de julio de 2015 , por delito de estragos terroristas a la pena de 17 años de prisión, delito de robo y hurto de vehículo de motor con intimidación y con fines terroristas a la pena de 3 años de prisión. Un delito de detención ilegal con fines terroristas a la pena de 12 años de prisión.

SEGUNDO.- en diligencia de ordenación de fecha 13 de noviembre de 2015 se acuerda dar traslado al Ministerio Fiscal a fin de emitir informe sobre la refundición de penas y acumulación solicitada por la defensa del penado.

TERCERO.- Evacuado traslado conferido al Ministerio Fiscal, emite informe en el sentido de "proceder la acumulación de las condenas y la fijación del límite máximo de 30 años de prisión y respecto a la condena francesa no procede su acumulación."

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: LA SALA ACUERDA : Que se deben acumular las penas impuestas por la sección primera y segunda de esta Sala de lo penal, con números de sentencia 18/2015, rollo de sala 85/05 , y sentencia nº 40/15 rollo de sala 5/05 respectivamente fijando como límite máximo de cumplimiento efectivo de condena en relación con la presente ejecutoria el de veinticinco años de prisión. No procede la acumulación de la sentencia impuesta por el Tribunal de Paris en sentencia 8/52 de 1 de julio de 2009.

Una vez firme la presente resolución notifíquese al Centro Penitenciario en el que se encuentra Ingresado el mencionado penado, a los efectos de remitir nueva propuesta de liquidación de condena del penado.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por **David** que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.



Cuarto.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

PRIMERO .- POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, al amparo de los art. 5.4 y 852 de la LECRIM por vulneración de art. 9.1 y 9.3 de la CE en los que establece el principio de legalidad (art. 7 CEDH y art. 9.1 PIDCP), jerarquía normativa, y seguridad jurídica en relación a los art 96 CE y art. 76 del código Penal de 1995 y a los art. 3.1 y 3.2 de la Decisión Marco 2008/675/JAI , y del derecho a la libertad (art 17 C .E., 5 y 7.1 CEDH y 9.1 , 5 y 15 de PIDCP) aplicando e interpretando de manera manifiestamente errónea el art. 76 CP y art. 988 de la LECrim , todo ello en relación al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

SEGUNDO .- Al amparo del art. 852 de la LECrim . en relación con el art. 5.4 de la LOPJ por Vulneración de los art. 9.1 y 9.3 de la CE , en los que se establece el principio de legalidad (art. 7 CEDH y art. 9.1 PIDCP), jerarquía normativa, y seguridad jurídica en relación a los art 96 CE y art. 76 del código Penal de 1995 y a los art. 3.1 y 3.2 de la Decisión Marco 2008/675/JAI , aplicando e interpretando de manera manifiestamente errónea el art. 76 CP y art. 988 de la LECrim .

TERCERO .- Al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 de la LECrim ., por vulneración del principio de legalidad y seguridad jurídica (art 9.3 y 25.1 de la CE y 7 del CEDH) en relación con el Derecho a la libertad (art. 17 CE , 5 y 7.1 CEDH y 9.1 , 5 y 15 del PIDCP) en relación con el derecho a la Tutela judicial efectiva (24.1 C.E y art. 6.1 CEDH), y el art. 25.2 de la C.E . en relación con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos (elaboradas en el 1er Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, Ginebra 1955) y el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día veinticinco de mayo de dos mil dieciséis.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Previamente a resolver el fondo del recurso corresponde dar respuesta a la petición que se anuncia en los dos primeros motivos y se articula mediante un otrosí de que se formule **una cuestión prejudicial ante al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)**.

El planteamiento, antes de resolver, de una cuestión prejudicial ante el TJUE (art. 267 TUE) es cuestión que ha sido rechazada en reiteradas sentencias de esta Sala, ante invocaciones casi similares: SSTS. 178 y 179/2015 de 24.3 , 235/2015 de 20.4 , 270/2015 de 18.11 , 798/2015 de 7.12 , 145/2016 de 25.2 , 241/2016 de 29.3 . Congruentemente debemos remitirnos a lo razonado en ellas, para desestimar la petición.

El rechazo a tal solicitud viene determinado por la ausencia de uno de sus presupuestos: que el órgano judicial albergue dudas sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión por carecer de la suficiente claridad.

La aplicación de una norma comunitaria no impone al Tribunal la obligación de dudar en su interpretación. Sólo si al aplicarla aparece tal duda nace la necesidad de elevar la cuestión prejudicial; en particular los órganos jurisdiccionales de última instancia, en el sentido que los describe el artículo 267 TJUE. Entre ellos se encuentra esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

El criterio plasmó en la STUE, de 6 de octubre de 1982 (ECLI: EU:C: 1982: 335): asunto *Cilfit*: "*un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, cuando se suscita ante él una cuestión de Derecho comunitario, ha de dar cumplimiento a su obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia, a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente o que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna; la existencia de tal supuesto debe ser apreciada en función de las características propias del Derecho comunitario, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en el interior de la Comunidad.*"

La doctrina del acto claro, es predicable de los puntos precisos para resolver aquí; esto es, si la *Decisión Marco 2008/675/JAI*, permite a los Estados Miembros excepcionar la toma en consideración de las condenas dictadas por otros Estados Miembros, en trance determinar el límite máximo de cumplimiento (art. 3.5 DM).



Ciertamente, de surgir dudas sobre el alcance de la normativa europea que condicionen la respuesta a dar al asunto de fondo sería obligado el planteamiento de una cuestión prejudicial para luego aplicar, en su caso, el principio de supremacía.

Tres son las cuestiones en las que el recurrente concreta la reclamada consulta al Tribunal supranacional: 1.- *¿Los preceptos de la decisión Marco 2008/675 pueden interpretarse en el sentido de que un Estado miembro está facultado para excluir de 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 UE anteriores al 15 de agosto de 2010 ?*

2.- *¿El artículo 3, párrafo 5, de la Decisión Marco 2008/675/JAI 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?*

3.- *¿ 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 Derecho y de las Libertades Fundamentales conforme al art. 6.3º del TUE ?*

Ninguna de las tres cuestiones propuestas por el impugnante se revela como idónea para dar contenido a esa reclamada cuestión prejudicial.

a) Porque en la respuesta a dar al asunto de fondo es dato indiferente la fecha de la condena extranjera. Si se deniega la acumulación no es porque la sentencia sea anterior al 15 de agosto de 2010 y la LO 7/2014 contenga una previsión al respecto. Ese dato no tiene influencia alguna en la resolución del caso: es cuestión no pertinente.

b) Porque, como razonaremos seguidamente, nos parece suficientemente claro que la DM 2008/675/JAI no impone a las legislaciones de los Estados miembros la consideración ineludible de las condenas dictadas y cumplidas en otro Estado miembro a efectos de los institutos de sus respectivas legislaciones penales equivalentes a nuestra acumulación de penas del art. 76 CP (absorción, confusión, pena única...).

c) Porque el rechazo de la acumulación no estará legalmente basado en la LO 7/2014, de vigencia posterior a los hechos, sino en la aplicación del art. 76 CP y su complemento procesal - art. 988 LECrim - con el entendimiento tradicional de los mismos que no ha sido alterado sino confirmado por la citada Ley Orgánica, con una excepción representada por un pronunciamiento jurisprudencial que plasmó un criterio contrario ya revisado.

Por tanto, el interrogante b) no suscita cuestión controvertida o discutible en nuestro entendimiento; y los interrogantes a) y c) no son pertinentes pues carecen de trascendencia para resolver el asunto que se plantea en casación.

Seguimos las razones expresadas en la reciente *Sentencia de esta Sala 789/2015, de 7 de diciembre* , para una mayor explicación.

La DM citada proclama en su primer considerando expositivo la necesidad de tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados miembros para desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia, tanto para prevenir nuevas infracciones como con motivo de un nuevo proceso penal. Pero acota el horizonte de sus pretensiones. No aborda conscientemente ni la cuestión del *non bis in idem* ; **ni la ejecución de una condena en otro Estado miembro diverso del que pronuncia la pena** , (a cuya regulación se destina otra Decisión Marco, la 2008/909/JAI) , **ni la armonización de los efectos atribuidos a las condenas anteriores en cada Estado miembro** ; a la vez que **expresamente atiende a evitar interferencias en ejecuciones anteriores tanto del Estado de condena como del Estado donde se celebre el nuevo proceso** .

Aspira a 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, con ocasión de un nuevo proceso. Viene a imponer un "principio de asimilación" o equivalencia de la condena de otro Estado miembro a la condena nacional; pero al mismo tiempo hace descansar en las legislaciones nacionales la fijación y asunción o no de algunas de las últimas consecuencias de este principio.

El principio de equivalencia se contiene en su art. 3.1. El art. 3.2 lo proyecta a todas las fases del proceso.



El enunciado general, se combina con el cuidado por evitar que la Decisión repercuta en las condenas anteriores (o en la ejecución de las condenas) de los otros Estados miembros (art. 3.3); o que interfiera en las condenas anteriores pronunciadas por el Estado miembro donde se desarrolla el nuevo proceso (art. 3.4).

A su vez excluye expresa y deliberadamente 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 su art. 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».

En consecuencia si **i) 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; y ii) la aplicación de la legislación nacional relativa a la imposición de sanciones a las condenas extranjeras limita al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso; entonces, el principio de equivalencia (apartados 1 y 2 de art. 3) no exige a los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones.**

Ese desarrollo se revela como el más coherente y armónico con la filosofía que alienta la DM: busca predominantemente - aunque no exclusivamente sí de manera indisimulada y prevalente- reforzar y potenciar los intereses de las víctimas.

A esa autorizada exclusión de esos efectos se acogerá la LO 7/2014 por la que se traspone la DM a nuestro ordenamiento. Su art. 14.1 dispone: "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 . El art. 14.2 b) y c) concreta la excepción: 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 : 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) " .

La reseñada excepción tiene apoyo claro e inequívoco en el art. 3.5 de la DM (segunda cuestión).

Este discurso hace irrelevante que la LO 7/2014, excluya de su ámbito de aplicación las condenas dictadas por cualquier Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010. Si la condena se hubiese dictado con posterioridad a tal fecha la solución sería la misma. Una vez contrastado que la excepción prevista en el art. 14.2. c) LO 7/2014 es conforme con el art. 3.5 DM, para la resolución de este asunto es intrascendente dicho límite temporal (primera cuestión).

El tenor literal del artículo 3.5 DM, sin necesidad de ulterior ni complementaria explicación basta para reputar improcedente la segunda de las cuestiones. Lo argumentó así la STS 178/2015 . "El único cuestionamiento a ese entendimiento, que se motiva más allá de una simple negativa, se centra en la expresión "limitar al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el propio proceso", cuando se afirma que no abarca la determinación del tiempo máximo de cumplimiento de condena, que se tramita conforme a las previsiones del artículo 988 LECrim , propia de la fase de ejecución de sentencia, mientras que la imposición de penas es tarea propia de la individualización que se realiza en la sentencia de condena; pero tal conclusión supone de una parte, la exigencia desorbitada de que los instrumentos jurídicos de la Unión Europea, dictados para todos sus Estados miembros, deban recoger de manera expresa las denominaciones propias del ordenamiento propio español y por otra, obviar la verdadera naturaleza de la institución regulada por los trámites del artículo 988 LECrim , con el recurso de su reducción denominativa. **El artículo 988 simplemente es el instrumento procesal para la aplicación del artículo 76.2 CP ; es decir, efectivamente la determinación del máximo de cumplimiento efectivo de condena en caso de plurales infracciones, cuando las penas se han impuesto en distintos procesos, si los hechos** , pudieran haberse enjuiciado en uno sólo; en definitiva, la imposición de la pena para el caso de concurso por infracciones enjuiciadas en diversos procesos. Sirva reiterar que **el artículo 76 CP , se encuentra ubicado en la sección de reglas especiales para la aplicación de las penas, dentro de capítulo dedicado a la aplicación de las penas** . En el derecho comparado europeo, esta tarea frecuentemente es propia del Tribunal sentenciador cuando ya conoce la condena anterior y la realiza en la propia sentencia donde enjuicia la comisión delictiva sometida a su conocimiento; de manera que sólo resta para ejecución de sentencia, de forma subsidiaria, cuando no se ha realizado en el momento de la sentencia. Así el artículo 132-4 del Código penal francés, establece que cuando con ocasión de procedimientos separados, el acusado ha sido declarado culpable de varias infracciones en concurso, las penas pronunciadas se ejecutan acumulativamente con el límite del máximo legal de la más



elevada. Pero además precisa, que en cualquier caso, la absorción (confusión) total o parcial de las penas de la misma naturaleza, puede ser acordada, en la sentencia dictada por la última jurisdicción que deba pronunciarse, o bien en las condiciones previstas por el Código de Procedimiento Penal". En el Código Penal alemán, tras establecer las reglas para la determinación de la pena global o conjunta (Gesamtstrafe) en el caso de plurales infracciones en los § 53 y 54, que indican en términos generales, su fijación a través de la elevación de la pena más grave en que se ha incurrido, sin que pueda alcanzar la suma de las penas particulares, ni superar en los casos de pena privativa de la libertad temporal quince años; precisa en el § 55 que también se conforma la pena global con la condena firme anterior no cumplida, cuando los hechos que se enjuician son anteriores a los de esa condena. Y el § 460 del Código Procesal, señala que cuando una persona ha sido condenada en diferentes sentencias definitivas y las disposiciones relativas a una pena global (artículo 55 del Código Penal) no se tuvieron en cuenta, las condenas se impondrán conforme a la determinación de la pena global en una decisión judicial posterior. En Portugal, de manera procedimental similar, su Código Penal establece una pena única (pena conjunta) para el supuesto de concurso (art. 77), si bien con límite máximo en la suma de las penas concretamente aplicadas y que no puede sobrepasar veinticinco años, cuando se trata de prisión y como límite mínimo, la más leve de aquellas penas. Pena única que igualmente pronuncia quien al sentenciar conoce la existencia de condena anterior no extinguida, cuando los hechos que enjuicia son anteriores a esa condena (art. 78.1). En Holanda, el artículo 57 de su Código Penal , establece que en caso de concurso, se impone la pena correspondiente a la infracción más grave, que puede ser incrementada en un tercio; y en el artículo 63 que si alguien después de condenado, es enjuiciado por un crimen o un delito cometido antes de la sentencia donde obra la condena, las disposiciones sobre penas concurrentes (gelijktijdig straf), son igualmente aplicables; aplicación sustantiva que se fija en la sentencia última. En Austria, en el caso de enjuiciamiento por delito cometido con anterioridad a una sentencia previa, la determinación del cumplimiento efectivo de condena para esas dos infracciones, tampoco se relega para ejecución de sentencia, sino que conforme al § 31 de su Código Penal, al enjuiciar en último lugar, se pondera la anterior condena y se impone exclusivamente una pena adicional (Zusatzstrafe), sin que la suma de ambas condenas pueda exceder de la que fuera imponible en caso de concurso. La misma solución que a partir de la STS núm. 751/1999 , establecemos para el supuesto de diversas infracciones que integrarían delito continuado pero que por avatares procedimentales son enjuiciadas en procesos diversos".

La gestación de la DM puesta en relación con ese panorama normativo comparado abona también de manera inequívoca el entendimiento que ahora hacemos de esa excepción. La inicial Propuesta de la Comisión [COM(2005)91] de 17 de marzo de 2005 proyectaba el principio de equivalencia, también para el efecto de absorciones y acumulaciones de condenas; tal acumulación de una pena anterior se incluía en la fase del propio proceso, no en la fase de ejecución: «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»).

Es decir, la previsión de ponderar la condena anterior para determinar su acumulación, -razonaba la STS 178/2015 - se ubicaba 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, resulta frecuente en el derecho comparado europeo, que el criterio establecido no sea 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 conjunta, global o unitaria a cumplir, ponderando las condenas anteriores e incluso eventualmente anulándolas; o bien meramente una pena adicional; siendo el incidente de ejecución de sentencia a estos efectos, conocido también como "concurso de ejecución" o "concurso posterior", consecuencia de haberse omitido la determinación punitiva del concurso, enjuiciado en procesos separados, en la última sentencia impuesta. Pero aún relegado a la fase de ejecución en nuestro ordenamiento, no deja de ser la imposición de la pena para el caso de plurales infracciones, cuando las penas se han impuesto en distintos procesos, si los hechos, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo. Será posteriormente la propia Comisión, la que ejemplifique, con ocasión de informar el estado de la implementación del artículo 3.4 y 3.5 de la Decisión, como concreción de la expresión



"imposición de penas", la de "penas acumuladas". El examen de la Proposición, con el resto de los documentos que escalonan el iter formativo de la redacción definitiva de la Decisión, abundan en la relación directa del artículo 5.3, con la resistencia de los Estados miembros a aceptar la obligación de proceder a acumular o a fijar el límite máximo de cumplimiento de las penas, ponderando la condena dictada por otro Estado miembro. Pese a los deseos de la Comisión, diversos Estados miembros 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 en la parte expositiva, entre los efectos de la asimilación, desaparecía. Holanda, expresó al respecto que no debería ser obligatorio, tener en cuenta la condena extranjera anterior, si de haberse tratado de una condena nacional, la pena impuesta por ésta se habría deducido de la impuesta en el nuevo proceso (documento del Consejo núm. 13101/06 COPEN 100, de 26 de septiembre de 2006, página 5). La Comisión entiende que algunos Estados califican de maximalista dicha posición y propone una solución de compromiso: "el apartado 1 no se aplicará en la medida en que la consideración del nivel de pena impuesta por la condena anterior dé lugar a la imposición en el nuevo proceso de una pena inferior a la pena que se habría impuesto si la condena anterior hubiera sido una condena nacional"; esta redacción sigue sin ser 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, que expresó su preocupación por las posibles consecuencias de los diferentes niveles de las penas en los distintos Estados miembros en relación la legislación de NL. Con arreglo a esta legislación al calcular la pena que ha de imponerse en el 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 en una condena anterior y NL impondría en un caso posterior, como punto de partida, 5 años, la plena aplicación del principio de equivalencia del artículo 3.1, supondría que no se podría imponer ninguna pena, en el nuevo proceso; lo que consideraba inaceptable (documento del Consejo núm. 13101/01/06 REV 1; COPEN 100, de 29 de septiembre de 2006, nota 3 en la página 11). Ante el fracaso de la solución de compromiso, se introdujo el apartado 5 del artículo 3, con la redacción que resultaría definitiva. Es decir, el apartado 5 del artículo 3, responde a la necesidad de limitar los efectos que la valoración de una condena impuesta por otro Estado miembro pueda tener en la determinación de la pena por el juez de otro Estado en el nuevo proceso (vd. documento del Consejo núm. 13101/06, COPEN 100, de 26 de septiembre). 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. La consecuencia sistemática fue efectivamente exhortar a ponderar la aplicación de la acumulación o absorción de penas, para paliar en su caso la dureza desproporcionada que la consideración de la condena anterior dictada en otro Estado, pudiera generar en el nuevo proceso (considerandos (8) y (9)); precisamente porque restaba como opción facultativa; pero como mera desiderata. De modo que, 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 la conveniencia de evitar, en la medida de lo posible, 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 aminoración punitiva: "(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". Es decir, efectivamente la acumulación jurídica o la determinación del límite máximo de cumplimiento, resulta un instrumento adecuado para estos fines de aminoración punitiva, limitadores de las sanciones que potencialmente puede resultar desproporcionadas con la ponderación de la condena de otro Estado en el nuevo proceso; pero ante la inexigibilidad de su aplicación, se limita a exhortar, al menos su aplicación en estos supuestos desproporcionales, deseo que no ha seguido ningún Estado miembro, pese a lo cual la Comisión, como a continuación exponemos, no entiende que por ello, la implementación transgreda el contenido de la Decisión. La propia Comisión, en su informe al Parlamento 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 Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal (COM(2014) 312 final, de 2 de junio de 2014), precisa que la aplicación del



artículo 3, apartados 4 y 5, debe evaluarse a la luz de los principios y procedimientos del Derecho Penal nacional relativos específicamente a la imposición de penas (por ejemplo, penas acumuladas). Es decir, ejemplifica como concreción de la imposición de penas, las penas acumuladas; y es también en ese informe, donde se indica que "ninguna medida de ejecución de un Estado miembro ha hecho referencia al considerando 8, que prevé que 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"; por tanto, tampoco en su concreción facultativa de ponderar la acumulación jurídica o límite máximo de cumplimiento, como por otra parte se observa en la reducción de efectos que se prevén en las respectivas implementaciones y pese a ello, la Comisión entiende que el principio de equivalencia y sus efectos jurídicos se aborda adecuadamente en 13 Estados miembros de los 22 que a esa data habían notificado su transposición. Siendo las medidas de ejecución que se ponderan en la implementación de los Estados miembros, conforme informe la Comisión, las siguientes: "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". De igual modo, los tribunales de casación, entienden sin necesidad de explicación adicional, que el contenido del artículo 5.3, excepciona la acumulación jurídica, descuento o absorción de penas en orden a determinar el tiempo máximo de condena; así el propio Tribunal Supremo holandés, en su sentencia, de 19 de febrero de 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BX9407), en atención al contenido del artículo 3.5 de la Decisión, establece la libertad de su Tribunales para ponderar en cada caso la aplicación de su artículo 63 CP sobre condenas previas de otro Estado miembro; facultad para excluir la absorción o descuento de esa condena previa de otro Estado al imponer la pena en el nuevo proceso que efectivamente reside en los órganos jurisdiccionales, aunque la Decisión Marco, en contra de lo que sucede en otros instrumentos de reconocimiento mutuo, alude en su artículo 3.5 a los "Estados".

No albergamos duda alguna de que el Derecho Europeo y en concreto tal DM (art. 3.5) no impone como consecuencia imperativa e insoslayable para los Estados la toma en consideración de sentencias dictadas y ejecutadas en otro Estado miembro para fijar los límites máximos de cumplimiento del art. 76 CP . Así se desprende de:

- a) la literalidad del art. 3.5;
- b) el proceso de formación de su redacción: lo revelan las modificaciones en las reuniones del Consejo JAI del Proyecto de la Comisión, cuyo origen se encuentra en la oposición de diversos Estados miembros a que fuera obligatorio tener en cuenta la condena extranjera anterior, si de haberse tratado de una condena nacional, la pena impuesta por ésta se habría deducido de la impuesta en el nuevo proceso;
- c) la interpretación sistemática del citado art. 3.5 en el marco de los considerados ocho y nueve DM;
- d) la interpretación que del 3.5 realiza la propia Comisión (COM(2014) 312 final, de 2 de junio de 2014), donde ejemplifica como uno de los supuestos de limitación en la imposición de penas, a las "penas acumuladas";
- e) la implementación por otros Estados miembros de la DM como explica el informe de la Comisión, que no menciona ninguna concreción de efectos referida a supuestos de acumulación o absorción de penas, ni siquiera para evitar un nivel de pena desproporcionado por razón de la sanción anterior en comparación con la nacional donde se desarrolle el nuevo proceso. Pese a ello la Comisión encuentra satisfactoria la transposición realizada por trece Estados miembros;
- f) la interpretación que realizan de la DM otros Tribunales de Casación, que tampoco han sentido la necesidad de activar el mecanismo de la cuestión prejudicial al enfrentarse a igual problema exegético. Sobre esto nos extenderemos con referencias más concretas.

Conjunto de elementos externos y objetivos de apoyo de la convicción mantenida que acreditan que la misma evidencia es compartida por los órganos legislativos y jurisdiccionales de los otros Estados miembros y por las propias instancias comunitarias, lo que satisface a su vez, las exigencias en esta materia contenidas en la jurisprudencia del TEDH en los asuntos *Dhahbi c. Italia* y *Schipani c. Italia* , pues explican razonada y suficientemente las razones por las cuales la correcta aplicación del Derecho Europeo no da lugar a ningún tipo de duda.



Ilustramos ahora estos últimos argumentos apoyados en jurisprudencia y legislación comparada. La doctrina ha apuntado que para verificar la corrección de la transposición de una DM metodología no desdeñable es dirigir la mirada a la forma en que otros Estados miembros han transpuesto esa Decisión (Directiva, en su caso) y cómo otros *jueces europeos* hacen aplicación de ese Derecho de la Unión. También en materia interpretativa las fronteras se diluyen: el juez europeo ha de mirar no solo al Juez de la Unión (Luxemburgo) sino también a sus iguales. Por eso citar aquí otras legislaciones de transposición y analizar la jurisprudencia de esos otros Estados es algo más que un ejercicio de erudición o un adorno en el discurso: es una exigencia del juez europeo que ha de entablar también ese diálogo facultativo, no formalizado y horizontal (fenómeno bautizado como *crossfertilization*) a diferencia de la interlocución obligatoria (si es el último órgano jurisdiccional) oficializada y en cierta medida vertical (la decisión vincula) con el TJUE. El juez nacional europeo no es un juez aislado al modo que concebía al TS americano los críticos de las sentencias *Lawrence contra Texas* o *Roper c. Simons* por sus referencias a ordenamientos y jurisprudencias no nacionales. Las decisiones de los tribunales foráneos pero pertenecientes a Estados integrados en la Unión no nos son ajenas y nos ayudan en la interpretación.

En los Países Bajos dos sentencias de la Corte Suprema refrendan tal interpretación de la DM que aquí consideramos clara es incontestable. La Memoria elevada por el Ministro de Justicia al Parlamento de Países Bajos explicando la implementación en esos términos es elemento también contundente: **a)** La primera sentencia (referencia HR:2009:BG9198: 3.2) examina un supuesto de una condena extranjera: no lleva a producir una pena basada en el art. 63 CP. La evolución en el espacio judicial europeo no abocaría a una decisión diferente. Esta sentencia está datada antes de la transposición pero cuando ya estaba publicada la DM (escenario propio de una *interpretación conforme*). **b)** La segunda sentencia (referencia HR:2013:BX9407) recuerda que la DM 2008/675/JHA incluye en su art. 3 (5) una definición que excluye la aplicación del art. 63 CP nacional en caso de condenas anteriores dictadas en otros Estados Miembros de la UE. La sentencia es invocada en el documento oficial del Ministerio remitido al Parlamento (Kamerstuk 32 357, nr. 3, HR:2009:BG9198). La resolución recae con la DM ya implementada.

A la Corte de casación francesa se le pidió expresamente que elevase cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo sobre ese punto. Se rechazó tal petición por ser clara la conformidad de su legislación nacional con la DM sin suscitarle dificultad alguna la comprensión de ésta y la holgura que otorga a los Estados en ese tema concreto. Hablamos de la *Sentencia de la Cour de cassation, Chambre criminelle*, de 19 de noviembre de 2014 (ECLI:FR:CCASS:2014:CR05955). El recurso que desestimaba había sido interpuesto por una persona condenada en Francia (nueve años por *sentencia de 23 de junio de 2006*), en Bélgica (ocho años por *sentencia de 4 de octubre de 2005*) y en Alemania (siete años por *sentencia de 29 de diciembre de 2003*), donde la última sentencia, pronunciada en Francia, ya había sido ejecutada. 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 en los tres Estados, se encuentra cumpliendo en Bélgica. La sentencia de instancia niega la petición haciendo referencia explícita al artículo 3.3 de la Decisión Marco, aún cuando el artículo 132-23-1 del Código Penal francés, establece un principio general de equivalencia entre las condenas francesa y las impuestas por otros Estados miembros (lo que explica las soluciones dadas a varios casos que el recurrente cita extrayéndolos de la jurisprudencia francesa).

El recurrente en su recurso de casación -citamos desde la STS 178/2015 - indicaba: **a)** que como la sentencia francesa se dicta cuando la DM no ha sido transpuesta, no resultaba viable pretender que su artículo 3.3, privaría a la jurisdicción francesa de cualquier facultad para ordenar la "confusión", de condenas extranjeras con una condena pronunciada en Francia, cuando el artículo 132-23-1 proclama sin limitación el principio de equivalencia entre las mismas; **b)** que en todo caso sería errónea la interpretación realizada de artículo 3.3 por la Cámara de Instrucción; y **c)** que cuando menos, si la Sala constata una dificultad en interpretar el artículo 132-23-1 del Código Penal a la luz de la Decisión, le incumbe plantear cuestión prejudicial, en especial sobre si el artículo 3.3 excluye toda posibilidad para una persona condenada en varios Estados miembros, de acceder a la "confusión" de las penas.

Con sucinta motivación, la sentencia casacional francesa explica que lo acordado es la aplicación exacta del artículo 132-23-1 del Código Penal, interpretado a la luz de la DM. Desestima el recurso, sin acceder a la petición de formulación de la cuestión prejudicial. No le suscitó duda alguna la resolución del supuesto; similar al que ahora se nos presenta, aunque en relación a condenas de otros Estados miembros aún no cumplidas (aquí ya fué cumplida). La base de su resolución, es el art. 3.3 DM, cuya redacción podría antojarse menos clara que la recogida en el 3.5 que aquí se invoca.

Tampoco hay cuestión en lo que atañe a la retroactividad de la norma desfavorable (tercero íntegramente): deviene cuestión hipotética, puesto que la LO 7/2014, no será aplicada, según se ha apuntado antes y se razonará con más detalle *infra*.



"En resumen - concluirá la STS 178/2015 - el planteamiento de la cuestión prejudicial, al margen de la corrección o no de los términos y presupuestos que incorpora, no resulta necesaria. La mera lectura del artículo 3.5 de la Decisión, clarifica su alcance, así como la inexigibilidad del principio de asimilación de las condenas de otro Estado miembro con las propias, cuando haya de ponderarse en un nuevo proceso, en relación con la acumulación jurídica de las penas. Pretender que suscita dudas tal subsunción, responde más a un voluntarismo previo, que a su sosegada lectura, cuando meramente se indica que tal artículo 3.5 no se refiere a la acumulación jurídica de penas o fijación del tiempo máximo de condena, pero no se indica alcance alguno del precepto, o cuál fuere la razón de la duda, que sólo se enuncia de forma abstracta. Entender pese al contenido literal del artículo 3.5, en relación a la resolución del caso de autos, avalado por una interpretación histórica de su formación normativa, su interpretación sistemática con los considerandos (8) y (9), su aplicación por los Tribunales de casación, su implementación (o la falta de la misma, avalada por la Comisión) y el propio informe sobre su implementación realizado por la propia Comisión; aún deberíamos dudar, además de no ser el criterio jurisprudencial del TJUE en desarrollo del artículo 267 TFUE, determinar la propia inviabilidad de la propia función del TJUE, pues las cuestiones prejudiciales que tendría que resolver de similar inexistencia dubitativa, supondría multiplicar su carga actual de forma absolutamente inasumible.

Voluntarismo, que lógicamente debe entenderse referido al celo de la defensa de la propia convicción, en modo alguno a criterio predeterminado.

Debemos recordar una vez más, que el artículo 76.2 CP, se encuentra ubicado en la sección de reglas especiales para la aplicación de las penas, dentro de capítulo dedicado a la aplicación de las penas; y que incluso la actual redacción derivada de la reforma operada por LO 1/2015, recoge esta naturaleza limitativa: *La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar.*

Ciertamente concordante con el art. 3.5 DM, que en definitiva excepciona cuando 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 y la aplicación de las normas (sobre imposición de penas) a las condenas extranjeras limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso.

El planteamiento de una cuestión prejudicial exige que el Tribunal Nacional se encuentre ante una *cuestión*, es decir, algo controvertido que afecta directamente a la normativa europea. No siempre que hay implicada una norma europea nos dirigimos al Tribunal de Luxemburgo. El *art. 10 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo* por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos obliga a los Estados a garantizar la audiencia de las víctimas. Una interpretación amplia de esa norma nos llevaría a preguntarnos -y por ende a preguntar al Tribunal de Luxemburgo- si eso habría obligado en una legislación como la nuestra y en una interpretación *conforme* a interpretar nuestra normativa procesal en el sentido de que en un incidente en la fase de ejecución como es éste que afecta derechamente al contenido punitivo, ha de conferirse un trámite de audiencia a las víctimas (hipotéticamente: la directiva ya ha sido traspuesta mediante una ley que entra en vigor el 28 de octubre último cuando el plazo no expiraba hasta el 16 de noviembre siguiente). Por más que la pregunta pudiera ser pertinente y alguna interpretación pudiera llevar a esos extremos la obligación de un Estado miembro que admite como partes a las víctimas en todo proceso penal, está claro que esa norma supranacional no pretendió condicionar esos aspectos de la legislación nacional (*STS 780/2014, de 18 de noviembre*).

Lo mismo que no era lógico que la Audiencia Nacional hubiese elevado al Tribunal de Luxemburgo esa cuestión (posible intervención de las víctimas) pese a su evidente relación con esa Directiva, en la medida en que su lectura contextual evidencia que no contiene tal exigencia; tampoco en relación a la DM tantas veces aludida se suscita tema controvertido, a la vista de su interpretación literal, de su proceso de gestación, de la implementación realizada en otros estados miembros y en España y del informe de la Comisión aludido.

De otra parte, que determinados Magistrados entiendan la conveniencia de plantear cuestión prejudicial o incluso que otro Tribunal la haya formulado, en modo alguno determina la obligatoriedad ni siquiera conveniencia de su planteamiento; y así el TJUE, en su sentencia de 9 de septiembre de 2015, asuntos C-72/14 y C-197/14, ECLI: EU:C:2015:564 (asunto "X"), concluye que el hecho de que un tribunal de rango inferior haya sometido una cuestión prejudicial "no impide, por sí sola, al órgano jurisdiccional supremo estimar, una vez efectuado el examen de las condiciones formuladas en la sentencia CILFIT y otros, que se halla en presencia de un acto claro". Como consecuencia, el juez nacional "podría decidir no someter cuestión alguna al Tribunal de Justicia y resolver bajo su responsabilidad" sin que sea necesario "esperar la respuesta del Tribunal de Justicia a la cuestión prejudicial planteada por el órgano inferior".



SEGUNDO: Desestimada la pretensión articulada mediante otrosí de plantear una cuestión prejudicial ante el THUE, pasamos a estudiar los motivos de fondo del recurso.

El primero por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim , por vulneración de los arts. 9.1 y 9.3 CE , en los que establece **el principio de legalidad** (art. 7 CEDH y art. 9.1 PIDCP), **jerarquía normativa y seguridad jurídica** en relación a los arts. 96 CE y 76 CP. 1995 , y a los arts. 3.1 y 3.2 Decisión Marco 2008/675/JAI y del **derecho a la libertad** (arts. 17 CE y 5 y 7.1 CEDH y 9.1.5 y 15 del PIDCP), aplicando e interpretando de manera manifiestamente errónea el art. 76 CP y art. 958 LECrim , todo ello en relación al art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ; **el segundo** por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim , en relación con el art. 5.4 LOPJ ,, por vulneración de los arts. 9.1 y 9.3 CE en los que se establece **el principio de legalidad** (art. 7 CEDH y art. 9.1 PIDCP), **jerarquía normativa y seguridad jurídica** en relación con los arts. 96 CE y art. 76 CP. 1995 , y los arts. 3.1 y 3.2 de la Decisión Marco 2008/675/JAI , aplicando los arts. 76 CP y 988 LECrim , de forma manifiestamente errónea, **el tercero** por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim , por vulneración del **principio de legalidad y seguridad jurídica** (arts. 9.3 y 25.1 de la CE y 7 CEDH), en relación con **el derecho a la libertad** (art. 17 CE , 5 y 7.1 CEDH y 9.1 5 y 15 del PIDCP) en relación con **el derecho a la tutela judicial efectiva** (art. 24.1 CE , y art. 6.1 CEDH) y el art. 25.2 **Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos** (elaboradas por el primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, Ginebra 1955) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos .

Los tres motivos cuyas pretensiones acaban de ser expuestas tienen como objetivo común que se declare contraria a derecho la exclusión de la condena impuesta por el Tribunal de lo Penal de París el 1.7.2009, y en todas ellas se mezclan argumentaciones constitucionales con otras de legalidad ordinaria: el derecho a la libertad (art. 17 CE), el principio de legalidad (art. 25 y 9.3 CE) y por fin, el derecho a la igualdad (art. 14 CE), junto con la errónea interpretación de los arts. 76 CP y 988 LECrim . Los argumentos construidos en torno a los derechos a la igualdad y libertad no dejan de ser complementarios y puramente vicarios de los otros (SSTS. 764/2015 de 18.11 , y 789/2015 de 7.2).

Adelantamos -dicen las SSTS. 145/2016 de 25.2 y 241/2016 de 29.3 - a riesgo de incurrir en ulterior reiteración que no puede haber afectación del derecho a la libertad del art. 17 CE , si antes se llega a la conclusión de que la privación de libertad se ajusta a parámetros legales. Carece de autonomía este aducido sustento constitucional frente al resto de razones. No basta con mostrar que una interpretación de la norma arrastra un alargamiento de la privación de libertad para quebrantar el art. 17 CE . Si esa prolongación es conforme con la ley no se lesiona el derecho proclamado en el art. 17 CE pues la privación de libertad está legalmente autorizada.

Tampoco puede invocarse la igualdad fuera de la ley. El tratamiento no conforme con la legalidad de otros supuestos, no genera un derecho a ser tratado de manera idéntica al margen de la interpretación correcta de la ley. Menos en un supuesto como éste en que el examen de la jurisprudencia muestra que los casos en que se ha procedido en forma distinta son los excepcionales. Asimilar éste a aquéllos supondría discriminar a los restantes mucho más abundantes. Las repercusiones del principio de igualdad en el tratamiento de las variaciones jurisprudenciales también son respetadas. No está prohibida la evolución de la jurisprudencia. Tan solo se exige que el cambio de criterio (esto se explicará extensamente infra pues constituye tema esencial en el núcleo de lo debatido) se justifique y no sea una veleidad fruto de una caprichosa y versátil voluntad. Si se concluye que la innegable prolongación de la privación de libertad que se deriva del no cómputo del tiempo de prisión sufrido en Francia se acomoda a lo establecido por la ley y que, por tanto, es legítima se estará respetando el art. 17 CE que se refiere a las privaciones de libertad fuera de los casos previstos por las leyes. Y se respetará también el art. 14 CE que no admite igualaciones fuera de la legalidad. Si, por el contrario, la interpretación del artículo 76 es errónea, estaremos ante una privación de libertad indebida por derivación. Lo vulnerado directamente no será el art. 17 CE , sino el art. 76 CP . Si es correcta no puede hablarse de violación del derecho a la libertad ni de infracción del art. 17 CE . Del mismo modo si se otorga justificadamente prevalencia a una línea jurisprudencial que ha acabado por imponerse -con todos los matices que se quiera y que se analizarán-, no podrá denunciarse violación del principio de igualdad que podría existir, en cambio, si diésemos a este supuesto una respuesta diferente a la que venimos dando a supuestos idénticos, cuando asunto ahora sometido a censura casacional coincide sustancialmente con el que fue objeto de análisis y resolución mediante la STS 874/2014, de 27 de enero de 2015 , dictada por el Pleno de esta Sala que suscribe un criterio contrario al postulado por el recurrente, criterio que ha sido reiterado en varias sentencias posteriores (SSTS 178 y 179/2015, de 24 de marzo , 235/2015 de 20 de abril , 270/2015 y 336/2015, de 7 y 24 de mayo, 562/2015, de 24 de septiembre o 764/2015, de 18 de noviembre , etc.).

Por lo expuesto, el primero, el segundo y tercer motivo de este recurso pueden ser examinados conjuntamente y como se señala en la reciente Sentencia de esta Sala 789/2015, de 7 de diciembre , habrá que analizar, por



tanto, si el criterio mantenido en el Auto recurrido es conforme con la legalidad. Constatado eso, pierden toda autonomía las denuncias de violaciones de los derechos a la libertad (art.17 CE) o a la igualdad (art. 14 CE).

El recurrente se queja que determinados preceptos de la LO. 7/2014 -en concreto art. 14.2 b y c y Disposición Adicional 1ª, entran en abierta contradicción con el contenido y finalidad reguladas en la Decisión Marco 2008/675/JAI , por lo que no debería ser aplicable, porque las excepciones contenidas vacían de contenido la propia normativa Europea (motivo primero); que el recurrente en base con anteriores pronunciamientos jurisprudenciales albergaba una expectativa jurídica más favorable que la que luego resulta de la LO. 7/2014 (motivo segundo); que lo establecido en el auto de 15.1.2016 , respecto al recurrente; al no acumular la condena impuesta en Francia y por lo tanto, no computar en la liquidación de condena el tiempo que el mismo permaneció privado de libertad en dicho Estado, supone en la práctica superar el límite establecido de 25 años de privación de libertad, contraviniendo el art. 76.1 CP , al deber cumplir 10 años más de condena.

Los hechos, se adelantan, deberán ser desestimados.

En efecto como recuerda STS. 29.3.2016 , la STS 562/2015 de 27 de septiembre , citando la STC 161/2008, de 2 de diciembre , la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 CE) se produce cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales; de modo que son requisitos de la apreciación de dicha vulneración la existencia de igualdad de hechos (por todas, SSTC 210/2002 ; 91/2004 ; 132/2005); de alteridad personal en los supuestos contrastados (SSTC 150/1997 ; 64/2000 ; 162/2001 ; 229/2001 ; 46/2003); de identidad del órgano judicial, entendiéndose por tal la misma Sección o Sala aunque tenga una composición diferente (SSTC 161/1989 ; 102/2000 ; 66/2003); de una línea doctrinal previa y consolidada, o un precedente inmediato exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, que es carga del recurrente acreditar (por todas, SSTC 132/1997 ; 152/2002 ; 117/2004 ; 76/2005 ; 31/2008); y, finalmente, el apartamiento inmotivado de dicha línea de interpretación previa o del inmediato precedente, pues lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la ley "es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución "ad personam" (STC 117/2004 ; en sentido similar, entre otras, SSTC 25/1999 ; 122/2001 ; 150/2004 ; 76/2005 ; 58/2006 ; 67/2008).

Por otra parte en relación a ciudadanos de otros Estados miembros en los que rigen Códigos Penales distintos que imponen penas de duración no igual a las de nuestro CP y que tienen sistemas de acumulación muy diferentes no puede hablarse de situaciones iguales. En efecto hay sistemas (Portugal) que permiten la acumulación de sentencias no nacionales; y otros (Alemania, Holanda) que no. El sometimiento a una u otra jurisdicción soberana y por tanto a uno u otro ordenamiento penal genera desigualdades, constitucionalmente admisibles.

Si se concluye que la innegable prolongación de la privación de libertad que se deriva del no cómputo del tiempo de prisión sufrido en Francia se acomoda a lo establecido por la ley y que, por tanto, es legítima se estará respetando el art. 17 CE que se refiere a las privaciones de libertad fuera de los casos previstos por las leyes. Y se estará respetando también el art. 14 CE que no admite igualaciones fuera de la legalidad. Si, por el contrario, la interpretación del artículo 76 o su precedente art. 70 CP es errónea, estaremos ante una privación de libertad indebida por derivación. Lo vulnerado directamente no será el art. 17 CE , sino los arts. 70/76 CP . Si es correcta no puede hablarse de violación del derecho a la libertad ni de infracción del art. 17 CE .

Del mismo modo si se otorga justificadamente prevalencia a una línea jurisprudencial que ha acabado por imponerse -con todos los matices que se quiera y que se analizarán-, no podrá denunciarse violación del principio de igualdad; que podría existir, en cambio, si diésemos a este supuesto una respuesta diferente a la que venimos dando a supuestos idénticos (vid. STEDH de 30 de julio de 2015, asunto *Ferreira Santos Sparrow c. Portugal*). No hay discriminación constitucionalmente vedada resultante de la comparación con otros supuestos a los que se dio una solución que ha resultado jurídicamente improcedente.

El asunto ahora sometido a censura casacional coincide sustancialmente con el que fue objeto de análisis y resolución mediante la STS 874/2014, de 27 de enero de 2015, dictada por el Pleno de esta Sala que suscribe un criterio contrario al postulado por el recurrente, criterio que se ha mantenido en Sentencias posteriores como sucede con la varias veces citada 789/2015, de 7 de diciembre .

Habrà que analizar, por tanto, si ese criterio es conforme con la legalidad. Constatado eso, pierden toda autonomía las denuncias de violaciones de los derechos a la libertad (art.17 CE) o a la igualdad (art. 14 CE) y tampoco padece el art. 25.2 CE .



En efecto, la cuestión planteada ya ha sido resuelta por esta Sala en Pleno, en la sentencia 874/2014, de 27 de enero de 2015 y su criterio ha sido reiterado en varias sentencias posteriores (SSTS 178 y 179/2015, de 24 de marzo, 235/2015 de 20 de abril, 270/2015 y 336/2015, de 7 y 24 de mayo, 562/2015, de 24 de septiembre, 764/2015, de 18 de noviembre o 789/2015, de 7 de diciembre). Utilizaremos como referente la primera y las dos última de las referidas sentencias (178/2015, 764/2015 y 789/2015 y para reproducir muchos de sus párrafos dada la identidad de la cuestión).

La STS 814/2014 citaba las que hasta esa fecha se habían dictado por esta Sala Segunda sobre acumulación de condenas dictadas en el extranjero. Algunas la habían admitido (SSTS 1129/2000, 926/2005, de 30 de junio ó 368/2013 de 17 de abril); otras lo habían rechazado tajantemente (STS 2117/2002 de 18 de diciembre); una última, ya en conexión con la Decisión Marco 2008/675/JAI, la aceptaba (STS 186/2014, de 13 de Marzo).

Las resoluciones que admitían la acumulación de sentencias foráneas y nacionales comparten, a excepción de la 186/2014, un denominador común: se trataba de la acumulación de condenas impuestas en España con condenas todavía no cumplidas e impuestas en el extranjero, cuando un Convenio internacional determinaba su ejecución en España y con sometimiento a la normativa española (SSTS 1129/2000, 926/2005 y 368/2013). El art. 76.2 CP (o el anterior 70.2ª CP/1973) y el artículo 988 LECrim no consentían sin el complemento de un Convenio desplegar sus efectos sobre estas ejecutorias foráneas.

Cuando esas condenas impuestas en el extranjero ya habían sido cumplidas en el respectivo país, la acumulación se venía denegando. Es el caso contemplado en la STS 2117/2002 y el que ahora analizamos. No existe Acuerdo o Convenio Internacional que posibilite la aplicación de las normas españolas sobre imposición de penas derivadas de plurales infracciones, cuando una es española y otra extranjera (en ese caso, francesa), si la ejecución de ambas no está sometida a nuestra jurisdicción.

Ni siquiera, -explica la citada STS 178/2015 - el art. 56 del Convenio Europeo de Validez Internacional de Sentencias Penales, del Consejo de Europa (no firmado, por cierto, por Francia) hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970 habilitaba para esas consecuencias. De aceptarse habría casos (cumplimiento de pena en otro estado de 20 años antes de la entrega a España, en que el proceso en nuestro país por hechos anteriores sería superfluo por no poder imponerse penalidad adicional a cumplir.

La ya citada Decisión Marco 2008/675/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 (DOUEL 220, de 15.8.2008), se aprobó para encumbrar un principio de equivalencia entre las condenas de los Estados miembros, cuando éstas pueden tener algún efecto en un nuevo proceso penal: "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" (art. 3.1).

Dicho principio 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 (art. 3.2).

La DM debía incorporarse a los ordenamientos internos antes del 15 de agosto de 2010. Pendiente su implementación, advino la STS 186/2014, de 13 de marzo que tomando como referencia la DM y usando como criterio exegético el principio de interpretación conforme rompió con el precedente constituido por la STS 2117/2002, de 18 de diciembre única de las antes citadas que resolvía un supuesto absolutamente idéntico en términos jurídicos.

Debe recordarse que el principio de interpretación conforme (STJUE de 16 de junio de 2005, asunto *Pupino*) no puede estirarse hasta propiciar una interpretación *contra legem* del Derecho nacional.

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 (BOE núm. 275, de 13 de noviembre de 2014), que entró en vigor el 3 de diciembre de 2015 (Disposición Final Cuarta) incorporó al derecho español la referida DM 2008/675/JAI (Disposición Final Tercera). En su texto definitivo determinadas excepciones contempladas como facultativas, en el art. 3.5 de la Decisión, ya examinadas en fundamentos anteriores, son asumidas por el Derecho interno (art. 14.2). Específicamente se alude a los autos previstos en el art. 988 LECrim que fijan los límites de cumplimiento de las penas en las que se incluya alguna condena impuesta en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de



condena por los Tribunales de otro Estado miembro; y de manera genérica, a las condenas dictadas por otro Estado miembro de la Unión europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010 (Disposición Adicional Única).

La reseñada sentencia del Pleno de esta Sala 874/2014, de 27 de enero de 2015, argumenta que la interpretación conforme a la Decisión Marco 2008/675/JAI (STS 186/2014) quedaba de esa forma desautorizada legalmente pues devenía interpretación *contra legem*.

No se trata de aplicar la LO 7/2014 para rechazar la pretensión, sino constatar su existencia como elemento que ayuda a interpretar la normativa española anterior y en concreto los arts. 76.2 CP (antes 70.2 CP/1973) y 988 LECrim.

Leemos a este respecto en la STS 764/2015: "En el momento de entrada en vigor de la LO 7/2014 contábamos, así pues, con dos precedentes jurisprudenciales contradictorios -ciñéndonos ahora a los rigurosamente equivalentes a los contemplados en la STS 874/2014 y excluyéndose aquéllos otros con elementos diferenciales (por tratarse de penas a ejecutar en España en virtud de normas convencionales)-. El segundo pivotaba en buena medida sobre un pilar exegético (interpretación conforme: es preciso enfatizar la palabra interpretación), que ha desaparecido del conjunto de herramientas de que disponemos para interpretar ese binomio normativo - arts. 76 CP y 988 LECrim -. No podemos echar mano de ella: es más, ha degenerado en una prohibida interpretación contra ley. La LO 7/2014 no es aplicable (supondría una retroactividad contra reo prohibida por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Pero no pueden soslayarse u oscurecerse las luces que arroja para interpretar los inmodificados arts. 76 CP y 988 LECrim".

Se hace conveniente en este momento del hilo discursivo una mirada retrospectiva, panorámica que reflejamos de la mano de la STS 764/2015, sobre la inteligencia que ha imperado durante muchos años sobre esos dos preceptos, contraria a abrazar en el humanitario y ponderado criterio acumulativo las condenas dictadas y ya ejecutadas en otro país. Es la lectura natural y más inmediata de la norma. Cuando en el *Código Penal* se habla de **condenas**, de **penas impuestas**, de **sentencias; procesos** (arts. 22.8^a, 73, 80, 89, 458, 468) se refiere, salvo previsión expresa en contra (*v.gr.* art. 375), a **sentencias, condenas o procesos nacionales**. Es algo más que un sobrentendido. Que solo exista un precedente jurisprudencial que respaldase esa exégesis del art. 76 CP (STS 2117/2002) no es síntoma de ser cuestión controvertida, sino precisamente de lo contrario: era tema aceptado, no discutido, y pacífico. El criterio generalizado era el de no acumulación de las condenas foráneas ya ejecutadas: Por eso o ni se llegaba a plantear la cuestión o, si se planteaba y rechazaba, no se acudía a casación. Lo evidencia un somero repaso de los repertorios de jurisprudencia así como un repaso de los supuestos de hecho contemplados en el listado de sentencias de esta Sala Segunda que en los últimos meses han abordado esta cuestión. La STS 186/2014 no suponía un cambio radical de *doctrina legal* (pues se apartaba de un único precedente); pero sí representaba un giro de 180º en relación a la interpretación consolidada, pacífica, aceptada y generalizada durante muchos años. No de otra forma se explica el desértico panorama de precedentes, la aplicación uniforme y sin excepciones de ese criterio en la Audiencia Nacional y la casi nula litigiosidad sobre ese punto. No era controvertido. La STS 186/2014 para romper con ese estado de cosas tomó como soporte principal el principio de *interpretación conforme* con la guía de la tan citada DM.

Esa DM, admitiendo excepciones, alentaba la máxima expansión del principio de equivalencia. Una interpretación de los arts. 76 CP y 988 LECrim. en este punto tal y como la que imperaba hasta ese momento en nuestro sistema también era conforme con la DM en cuanto que ésta reconoce explícitamente esa solución como compatible con sus principios.

La LO 7/2014 viene a confirmar que esa (la que gozaba de generalizada aceptación práctica) es la única interpretación de los arts. 76 CP y 988 que, siendo compatible con la DM, respeta a su vez la voluntad del legislador nacional. Pero lo que se está aplicando e interpretando ahora son los arts. 76 CP y 988 LECrim. no modificados, no la LO 7/2014.

Nótese que si entendiésemos que los arts. 76 CP y 988 LECrim -haciendo abstracción ahora de la LO 7/2014- son compatibles con la acumulación de condenas ejecutadas en otros Estados, la conclusión absurda sería que a partir de esa Ley Orgánica eso seguiría siendo así con una salvedad: las condenas ejecutadas en otros Estados miembros de la Unión. El absurdo cuadro sería el siguiente:

a) Los arts. 76 CP y 988 LECrim. facultan para acumular condenas dictadas en otros países hayan sido o no ejecutadas y con independencia de que exista o no convenio. Esa sería la interpretación acertada de esas normas, aunque haya pasado inadvertida a los Tribunales (singularmente a la Audiencia Nacional) hasta que llegó la DM.

b) Una vez transpuesta al derecho interno la DM que propugna avances en la equivalencia de efectos de las sentencias dictadas por los países de la Unión, eso seguiría siendo así (posibilidad de acumulación) para las



condenas de cualquier Estado de cualquier continente, cualquiera que fuese su sistema penal, pero habría surgido una única excepción: las condenas dictadas en otro Estado miembro de la Unión.

No puede ser esa la exégesis correcta de esos dos preceptos que, no se olvide, en lo que concierne a este tema no han sufrido variación alguna. La interpretación asumida por la STS 2117/2002 era la compartida y comúnmente aceptada en la práctica de nuestros Tribunales. Viene a ser refrendada por la LO 7/2014.

Esa praxis asumida generalizadamente sin controversias ni debate real es lo que explica la cronología del recurso resuelto en enero de 2015 por la STS 874/2014 : pese a que la acumulación se había efectuado muchos años antes, el afectado no protestó contra aquélla decisión hasta transcurrido mucho tiempo en el que no interesó que se rectificase ese planteamiento que alargaría su estancia en prisión. Y es también la que permite entender por qué en este caso el recurrente consintió la acumulación de condenas decretada (con la DM ya publicada). Esperó varios años para formular su petición, lo que es signo de que la interpretación que ahora reivindica no era, ni muchísimo menos, tan clara como la presenta.

Es también esa interpretación generalizada (que, pese a que no constituya jurisprudencia o doctrina legal, no puede ser orillada como enseña la STEDH *Del Río Prada*) la que explica, la escasez de pronunciamientos jurisprudenciales sobre este concreto punto -acumulación de una pena ya cumplida en el extranjero-. No es que el supuesto sea insólito; es que era admitido pacíficamente ese criterio. Es notorio que en el Tribunal a quo la situación que ahora se analiza es frecuente; casi recurrente. Dista por eso mucho de ser evidente que el art. 76 CP deba ser interpretado en la forma postulada por el recurrente: durante decenas de años la comunidad jurídica nacional -incluidas las direcciones letradas de muchos condenados en igual situación e incluido el propio impugnante- asumió la otra exégesis sin protestas, ni quejas (a salvo la que dio lugar a la STS 2117/2002). Puede hablarse de interpretación pacífica y uniforme cuando hasta esa sentencia de 2014 la cuestión no era planteada ni siquiera por quienes llevaban muchos años en prisión padeciendo las consecuencias de esa lectura restrictiva.

Quiere subrayarse que no se trata de aplicar esta nueva Ley Orgánica, sino exclusivamente de la interpretación de los artículos 76.2/70 CP y 988 LECrim . para lo que también se tiene en cuenta esa ley. La circunstancia de que el resultado sea el mismo que si la LO 7/2014 se aplicara directamente no debe oscurecer el entendimiento del método y operación realizada, que deriva exclusivamente de la inviabilidad de una interpretación que sería *contra legem* ; y no solo contraria a la ley vigente, sino también contra el recto entendimiento de los arts. 76 CP y 988 LECrim . No estamos aplicando directamente la LO 7/2014 lo mismo que cuando interpretamos una norma interna a la luz del derecho comparado, no estamos aplicando derecho extranjero, ni cuando dictamos la STS 186/2014 , se aplicaba directamente la DM 2008/675/JAI, instrumento normativo carente de efecto directo (artículo 34.2.b del Tratado de la Unión Europea en la redacción de Ámsterdam).

Una Decisión Marco no constituye una norma jurídica que obligue a los Tribunales de justicia, sino al Estado miembro de la Comunidad para que adopte las medidas legislativas pertinentes con el fin de aproximar o armonizar las normas internas sobre una concreta cuestión. En modo alguno puede reputarse la DM legislación vigente; ni el criterio de la STS 186/2014 jurisprudencia concluyente, definitiva o inmutable.

La DM carece de efecto directo, aunque impone interpretar la legislación nacional conforme a los objetivos de la Decisión Marco, con el límite de la interpretación *contra legem* .

Conforme el informe de la Comisión, en la incorporación por los Estados miembros de la Decisión marco, ninguno especifica su proyección sobre la absorción o acumulación de las penas impuestas por Tribunales de los Estados miembros de la UE.

La DM por contra, sí contempla esas excepciones explicadas que cada Estado puede incorporar en su Derecho: se quiere evitar que la Decisión influya o interfiera en las condenas anteriores (o en la ejecución) de los otros Estados miembros (art. 3.3); o 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, a efectos de acumulación de condenas (art. 3.5).

En cuanto que la diversa interpretación de la normativa interna, arts. 76 y 70 CP , conlleva un cambio jurisprudencial y una frustración de las expectativas del recurrente debemos examinar, ahora con referencia a la jurisprudencia del TEDH, si resulta afectado el artículo 7 del CEDH , en cuanto que para este Tribunal, la noción de "Derecho" utilizada en esa norma, incluye el derecho de origen tanto legislativo como jurisprudencial, además de implicar condiciones cualitativas, como las de accesibilidad y previsibilidad (asuntos *Kokkinakis* , §§ 40-41, de 25 de mayo de 1993; *Cantoni* , § 29, de 15 de noviembre de 1996; *Coeme y otros* , § 145, de 22 de junio de 2000; y *E.K. contra Turquía* , nº 28496/95, § 51, 7 de febrero de 2002); condiciones cualitativas que deben cumplirse tanto para la definición de un delito como para la pena a él aparejada.



En nada resulta equiparable el cambio que analizamos ahora al supuesto contemplado en la sentencia del asunto *del Río Prada* (STEDH, Gran Sala, de 21 de octubre de 2013); ni es sostenible conforme a la jurisprudencia del TEDH, que cualquier cambio jurisprudencial peyorativo conlleve quebranto de la proscripción de la retroactividad. El TEDH no reniega ni se desdice de su resolución S.W. *c Reino Unido* de 22 de noviembre de 1995, donde concluía que la variación jurisprudencial que consideraba que la violación dentro del matrimonio no estaba justificada, frente al criterio jurisprudencial contrario y anteriormente mantenido, que se produjo meses después de que el recurrente cometiera el ilícito, no atentaba al principio de prohibición de la retroactividad desfavorable.

De igual modo en el asunto C.R. *c. Reino Unido*, de la misma fecha y sobre la misma cuestión, aun admitiendo que el principio general del *common law* , acerca de que un marido no podía ser declarado culpable de la violación de su mujer estaba vigente cuando el recurrente cometió los hechos por los que sería condenado de tentativa de violación, pues una serie de decisiones anteriores a esa fecha e incluso posteriores, así enunciaban el principio general de esta peculiar inmunidad, no entendió contrario a la prohibición de la retroactividad peyorativa, la condena de C.R., cuando con criterio contrario, la sentencia que le condenaba entendió ilícita y no justificada esta inmunidad, habida cuenta la evolución manifiesta que iba operándose en la jurisprudencia, de modo que el reconocimiento judicial de la ausencia de inmunidad constituía una etapa razonablemente previsible de la ley, además de ser coherente con la naturaleza de la infracción. (§ 41). (STS 178/2015).

De manera reiterada, el TEDH precisa, (§ 92 del asunto del *Río Prada*), que dado el carácter general de las leyes, el texto de las mismas no puede presentar una precisión absoluta. Una de las técnicas tipo de regulación consiste en recurrir a categorías generales en vez de listas exhaustivas. Por lo tanto, numerosas leyes utilizan, necesariamente, fórmulas más o menos imprecisas cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica (*Kokkinaki s*, antes citado, § 40, y *Cantoni* , antes citado, § 31). Por tanto, en cualquier sistema jurídico, por muy clara que sea la redacción de una disposición legal, incluso en materia penal, existe inevitablemente un elemento de interpretación judicial. Siempre será necesario dilucidar las cuestiones dudosas y adaptarse a los cambios de situación. Por otra parte, la certeza, aunque muy deseable, se acompaña a veces de una rigidez excesiva; ahora bien el derecho debe saber adaptarse a los cambios de situación (*Kafkaris* , § 141, de 12 de febrero de 2008).

Y continúa en el § 93: " *la función de decisión confiada a los órganos jurisdiccionales sirve precisamente para disipar las dudas que podrían subsistir en cuanto a la interpretación de las normas (ibid.). Es más, está firmemente establecido en la tradición jurídica de los Estados parte del Convenio que la jurisprudencia, como fuente de derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del derecho penal (Kruslin c. Francia, 24 de abril de 1990, § 29, serie A n° 176A). El artículo 7 no podría interpretarse como una prohibición de la aclaración gradual de las normas de la responsabilidad penal por la interpretación judicial de un caso a otro, a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia del delito y razonablemente previsible (S.W. y C.R. c. Reino Unido, antes citados, respectivamente § 36 y § 34, Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania, antes citado, § 50, K.H.W. c. Alemania [GC], n° 37201/97, § 85, TEDH 2008, y Kononov c. Letonia [GC], n° 36376/04, § 185, TEDH 2010).*

La STS 178/2015 razona a este respecto: "Ninguna duda cabe que la doctrina jurisprudencial resultante de la sentencia núm. 874/2014, de 27 de enero de 2015 , estaba absolutamente **justificada** , pues derivaba de que la interpretación del ordenamiento español *praeter legem* a la luz de la Directiva Marco 2008/675, que sustentaba la STS 186/2014 , ya no era viable, al devenir en el momento de que se dicta aquella resolución como acaece cuando esta se dicta, *contra legem*; como tampoco cabe duda, acerca de que el cambio jurisprudencial que operaba era **razonablemente previsible** :

a) *En primer lugar, difícilmente puede generar expectativas una jurisprudencia amparada en la interpretación de un instrumento jurídico, como una Decisión Marco que incorporaba en su articulado excepciones facultativas a su observancia, cuya adopción estaba a discrecionalidad del legislador nacional, en la preceptiva incorporación al ordenamiento interno, con plazo de transposición ampliamente sobrepasado entonces en más de tres años y cuya dilación cuando se cumplieran cinco años de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2014, posibilitaba un recurso por incumplimiento contra el Estado español. Ello sin perjuicio del valor, como criterio hermenéutico, que tal instrumento conlleva y la adecuada interpretación restrictiva de sus excepciones, mientras la obligada interposición legislativa no las acogiese.*

b) *En segundo lugar, en la cuestión atinente al cambio jurisprudencial, no cabe hablar de una doctrina de esta Sala Segunda y una práctica interpretativa de los diversos operadores jurídicos, que considerasen como fórmula de aplicación general la de la acumulación de las condenas ya cumplidas en el extranjero; supuesto hartamente diverso de las sentencias dictadas en el extranjero que en virtud de un Convenio internacional se ejecutaban en España de conformidad con la normativa española. Baste recordar que esta Sala se había pronunciado anteriormente sobre esta cuestión en dos ocasiones (SSTS 2117/2002 y 186/2014) y la solución ha sido distinta en cada supuesto.*



c) En tercer lugar, debemos reseñar que la STS 186/2014, de 13 de marzo de 2004, es la primera resolución donde se pondera la Decisión Marco 2008/675/JAI, al examinar una ejecutoria de la Audiencia Nacional, donde tras una liquidación de 5 de septiembre de 2013, al instar que se incluyera en la misma, la condena ya cumplida en Francia, se deniega por auto de 13 de octubre de 2013, que es el anulado por esta Sala Segunda. Lo que manifiesta que la interpretación asumida por la STS 2117/2002 era la compartida y comúnmente aceptada en la práctica de nuestros Tribunales; era práctica extendida pacíficamente sin controversias ni debate real, pues es notorio que son múltiples las ejecutorias que se siguen en la Audiencia Nacional de condenados que han cumplido también condenas en Francia en situaciones similares a las que analizamos; siendo aquellas fechas indicadas de especial relevancia, cuando la Decisión Marco, lleva fecha de 24 de julio de 2008, se publica en el DOUE el 15 de agosto de 2008, entra en vigor al día siguiente de su publicación y la fecha límite de incorporación a los ordenamientos internos de los Estados miembros de la Unión Europea, estaba fijada en el 15 de agosto de 2010.

Las siguientes resoluciones donde tal situación se presenta y que son sometidas a consideración de esta Sala Segunda, son las derivadas de los recursos 2357 y el que ahora se resuelve, 2358 de 2014; donde la novedad es que la Audiencia Nacional, aplica el criterio de la STS 186/2014, pero en data muy próxima a la entrada en vigor de la Ley Orgánica que incorpora la Decisión Marco al ordenamiento español, pero cuando la Ley ya se encontraba publicada en el BOE.

d) En cuarto lugar, dada la inexistencia de doctrina jurisprudencial asentada, el recurrido, no podía legítimamente esperar, mientras cumplía su pena de prisión, que para cumplimiento del tiempo límite de las condenas impuestas en España, le fuera a ser reconocido el tiempo de condena impuesta y ya cumplida en el extranjero. Sin práctica, en los términos indicados por el TEDH (causa) no cabe apreciar expectativa razonable y legítima (consecuencia).

De modo, que aunque ahora adoptemos un criterio distinto -no cabe acumulación jurídica- 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 (en la noción desarrollada entre otras resoluciones por el TEDH, en 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 4 de julio de 1990, por hechos cometidos en fecha septiembre/octubre de 1987, en tal fecha ni se cita resolución alguna de esta Sala sobre el particular ni existía la propia Decisión Marco; e incluso, cuando se dictó el auto de acumulación de condenas de 7 de marzo de 2006 (acumulación en la que ahora se solicita que se incluya la sentencia impuesta en el extranjero) y por tanto cuando se dictaron las condenas en España, 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.

e) En quinto lugar, en cuanto al canon de contraste al que se refiere la jurisprudencia del TEDH, aunque el recurrido, hubiera consultado a un jurista, en modo alguno resultaba previsible que le indicara con un grado razonable de certeza que la condena ya cumplida en Francia, le iba a servir para adelantar la fecha de cumplimiento de las condenas acumuladas en España. Al momento de ejercer su pretensión, no cabía 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 indicarle, 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; y especialmente del 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. La propia STS 186/2014 precisa que su solución encontraba justificación en la inexistencia de norma que incorpora la Decisión al ordenamiento interno.

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 europea, 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 jurídica 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 recurrido, la procedencia del cómputo de la condena impuesta y cumplida en Francia para adelantar la fecha de cumplimiento de las condenas impuestas en España, como asentada e inequívoca, cuando la doctrina jurisprudencial que contenía sobre esta materia, residía exclusivamente en dos resoluciones que integraban ejemplos contrarios y el que posibilitaba su aplicación derivada del instrumento jurídico europeo, 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".



En efecto, en relación a esta temática, el supuesto que contemplamos está en las antípodas del analizado en la STEDH de 21 de octubre de 2013 (del Río Prada). En aquél caso un pronunciamiento jurisprudencial cambió una forma habitual y consolidada de hacer. En esta materia, sin embargo, haciendo ahora abstracción de esos dos solitarios, distantes en el tiempo y contradictorios pronunciamientos jurisprudenciales, la praxis judicial era casi uniforme y homogénea en el sentido justamente contrario al propugnado por el recurrente.

Las referencias a las *expectativas* van anudadas a la exigencia de *Lex previa*, esto es ley (incluso entendida en un sentido amplio como hace el TEDH, es decir comprensiva de la interpretación uniforme e implantada de esa ley) **anterior** a la comisión del hecho delictivo. Esa es exigencia nuclear, aunque no única, del principio de legalidad: que el ciudadano sepa qué conductas están prohibidas penalmente con claridad y pueda prever con certeza cuáles serán las consecuencias. El principio de legalidad - en su vertiente de *expectativas*- no hace nacer en el ya condenado un *derecho* a que una interpretación jurisprudencial más favorable que, además, a lo mejor es rectificadora inmediatamente, le sea aplicable. Se ligan esas expectativas a la *previsibilidad* de la respuesta penal. Y aquí no puede negarse esa previsibilidad que el Tribunal de Estrasburgo ancla en una previsibilidad en concreto compatible con una evolución jurisprudencial incluso *in peius* siempre que sea razonable. Si la interpretación judicial posterior era razonablemente previsible para las partes no hay violación del principio de legalidad, ni de irretroactividad de la norma desfavorable (*STJUE de 28 de junio de 2005 Dansk Rorindustri A/S y otros*).

Por las razones expresadas, que integra un criterio jurisprudencial reiterado de la Sala, procede desestimar los tres primeros motivos de este recurso, en cuanto el Auto recurrido dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados ni los preceptos del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se dicen infringidos.

Motivos los dos primeros, que se fundamentaban en los votos particulares emitidos por algunos Magistrados a la sentencia dictada por el Pleno de esta Sala, 874/2014 de 27.1.2015 , olvidando que a pesar de la sólida argumentación de aquellos, es la voluntad de la mayoría la que conforma la voluntad del Tribunal, sin perjuicio de que los integrantes que discrepen de la misma reflejen su postura en sus votos particulares.

Esta circunstancia tampoco es excepcional en 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 20.6 (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 1.10 , (sobre la interpretación de los delitos de lesa humanidad y de genocidio), STS. 1045/2007 de 17.12 y STS 54/2008 de 8.4 (ambas sobre el ejercicio de la acción popular), o STS. 2/2011 de 15.2 (que trata de la conexión de antijuricidad).

TERCERO: En cuanto a la vulneración del derecho fundamental a la libertad en relación a lo establecido en el art. 25.2 CE respecto de la orientación de reinserción que deben tener las normas y la aplicación de las mismas, a lo dicho anteriormente habría que recordar que los límites y previsiones del art. 76 es cierto que se orientan a reconocer la necesidad de evitar con una excesiva prolongación de la privación de libertad pueda producir el efecto de disocializar al penado y profundizar su marginación, es decir, el resultado contrario a lo que señala el art. 25.2 CE como fines a los que deben estar orientadas las penas privativas de libertad (STS 1996/2002, de 25 de noviembre), pero, también lo es que la resocialización del delincuente no es el único fin de la pena privativa de libertad, por lo que tal objetivo no debe hacerse incompatible con otros reconocidos fines de la pena (STS. 186/2014 de 14.3), como la retribución o especialmente los efectos que de ella se pretenden en orden a la prevención general y especial.

Por ello la interpretación de los citados preceptos debe hacerse compatible con todos aquellos fines, permitiendo la máxima eficacia en materia de reinserción del penado en la sociedad, y evitando que pudiera generarse una situación de impunidad respecto de los delitos en aquellos casos en los que las penas impuestas en las primeras sentencias superasen o redujesen los límites máximos establecidos en la Ley, lo que implica que los límites del art. 76.1, se refieren solo a los supuestos contemplados en el apartado 2 de la propia norma, es decir aquellos en los que la acumulación resulta procedente, lo que implica que las penas no susceptibles de acumulación serán cumplidas en los términos y extensión que se hubiesen dictado. La solución contraria implicaría que un sujeto en un país de la Unión que hubiera extinguido unas penas por delitos cometidos y juzgados con posterioridad a los cometidos previamente en España, que alcancen un total de 25 años cuando se fueran a juzgar en España su computo de asesinatos terroristas cometidos antes de haber sentenciado aquellos esta Sala no podría imponer pena alguna, ya que las cumplidas cubrirían -o reduciría de forma importante- el límite de cumplimiento las posibles condenas terroristas. Situación semejante a la del caso enjuiciado, el recurrente ha sido condenado en España por las Secciones 2ª y 1ª de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, en sentencias 40/2015 de 16.6 , y 18/2015 de 7.7 , por delitos de estragos terroristas a 17 años prisión, robo y hurto de uso de vehículo con fines terroristas a 3 años prisión y detención ilegal con



finas terroristas a 12 años de prisión, en la primera de ellas, y por veinte delitos de asesinatos terroristas en grado de tentativa, a 18 años por cada uno de ellos, y por un delito de estragos terroristas a 17 años de prisión, en la segunda, lo que supone un total de 409 años de prisión, que se reducen a 25 años tras la acumulación practicada, la no inclusión de la pena impuesta por el Tribunal Penal de Paris en sentencia de fecha 1..7.2009, por delito de asociación de malhechores y otros delitos, 10 años prisión, no puede sostenerse que vulnere el art. 76 y los fines de las penas.

A mayor abundamiento debe destacarse que en este caso no nos encontramos ante un supuesto de aplicación retroactiva de una norma desfavorable LO. 7/2014, pues esta norma que entró en vigor el 3.12.2014 (Disposición Final 4^a), estaba, por tanto vigente en la fecha de las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional, 16.6 y 7.7.2013, en el inicio del expediente de acumulación, noviembre 2015, y obviamente en la del auto acordando la acumulación con exclusión de la sentencia francesa, 15.,1.2016. Siendo así la Disposición Adicional única de aquella dispone 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 15.8.2010**".

Y como dice la STS. 68/2016 de 9.2 "la literalidad del precepto en correspondencia con la temporalidad de la condena francesa - en este caso 1.7.2009- que se pretende acumular, impide la estimación de este recurso. El imperio de la Ley que resulta del contenido del art. 117 de nuestra Carta Magna nos determina nuestra decisión, conforme un sistema constitucional de separación de poderes".

CUARTO: Desestimándose el recurso las costas se imponen al recurrente (art. 901 LKECrim.)

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

Que debemos **declarar no haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **David** contra auto dictado por la Audiencia Nacional Sala de lo Penal, Sección Segunda, con fecha 15 de enero de 2.016; y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Manuel Marchena Gomez D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Pablo Llarena Conde D. Juan Saavedra Ruiz**

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