

Roj: **STS 750/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:750**Id Cendoj: **28079120012016100146**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/02/2016**Nº de Recurso: **10665/2015**Nº de Resolución: **145/2016**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **CARLOS GRANADOS PEREZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Febrero de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **D. Severino**, contra Auto de fecha 9 de junio de 2015 dictado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que acordó que no procedía formalizar cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que desestimó la petición de acumulación de condenas impuestas en Francia, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Perez, por haberle correspondido, al anunciar voto particular el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro, quien en un principio fue designado como Ponente, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho recurrente representado por el Procurador D. Javier J. Cuevas Rivas y defendido por la Letrada D<sup>a</sup> Arantxa Aparicio Lopetegui.

## I. ANTECEDENTES

1.- El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en ejecutoria 4/2010, que tiene su origen en Sumario nº 34/2003 del Juzgado Central de Instrucción nº 4 dictó Auto que contiene los siguientes ANTECEDENTES PROCESALES: "1.- Con fecha 13 de noviembre de 2014 la representación procesal de Severino presentó escrito interesando acumulación de condenas, de conformidad al art. 988 LECrim., y donde se incluyeran las condenas que le fueron impuestas por las autoridades judiciales francesas y ejecutadas en dicho país, todo ello según lo resulto en la STS 186/2014.

2.- Por acuerdo de la Presidencia de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional de 12 de marzo de 2015, habiéndose planteado la Sección Tercera la posibilidad de formalizar cuestión prejudicial ante el TJUE en relación al alcance e interpretación Decisión Marco 2008/675/JAI, y constando STS 874/2014, de 27 de enero (Pleno) entendiéndose que no concurrían los requisitos a ese fin (art 267 TFUE), se avocaron al Pleno el conjunto de ejecutorias donde se planteara dicha posibilidad.

3.- Conferido traslado al MF y partes, por el primero se informó sobre la no pertinencia de formalizar cuestión prejudicial, al entender no haber lugar a la acumulación de las condenas impuestas y cumplidas en Francia. La defensa indicó la impertinencia de aplicar retroactivamente la L.O. 7/2014, y subsidiariamente la formalización de la cuestión prejudicial.

4.- Se señaló para deliberación del Pleno de la Sala de lo Penal el día 29 de mayo. En el ínterin el T.S. resolvió diversos recursos de casación sobre cuestiones de hecho y derecho idénticas se dictaron las sentencias 178/2015, 179/2015, de 24 de marzo y 270/2015, de 7 de mayo, donde se acordaba la no pertinencia, ni necesidad en la formalización de cuestión prejudicial sobre el alcance Decisión Marco 2008/675/JAI, no habiendo lugar a la acumulación de las condenas impuestas y ejecutadas previa e íntegramente en cualquiera de los países de la Unión Europea, de conformidad al art. 3.5 de dicho acto normativo.



5.- Con fecha 29 de mayo se celebró el Pleno jurisdiccional indicado, donde, con carácter previo, se ratificó por la mayoría de sus magistrados/as la necesaria avocación de la cuestión al mismo (13 a 7), en garantía de una correcta Administración de Justicia.

6.- Anunciado voto particular por la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Carmen Lamela Díaz pasa la Ponencia al Ilmo. Sr. Magistrado D. Félix Alfonso Guevara Marcos.

*Entrando al fondo de las pretensiones, se acordó por mayoría (11 a 9) no proceder a la formalización de cuestión prejudicial ante el TJUE, debiendo estar al juicio jurídico formalizado y reiterado por nuestro Alto Tribunal en las sentencias que se consignan ut supra".*

2.- El Auto dictado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional tiene el siguiente pronunciamiento: "1.- No haber lugar a formalizar cuestión prejudicial ante el TJUE y en relación a la decisión marco 2008/675/JAI, 24 de julio, sobre consideraciones de las resoluciones condenatorias penales en el marco de los países UE, y en lo que se refiere a acumulación de condenas impuestas y totalmente ejecutadas en país distinto e integrante de la Unión.

2.-Desestimar la petición de acumulación de condenas impuestas en Francia al penado Severino y solicitada mediante escrito con fecha de entrada 13 de noviembre de 2014.

*Notifíquese la presente resolución a las partes, con indicación de que contra la misma cabe interponer recurso de casación para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el término de cinco días, a contar desde la última notificación".*

3.- Notificada el referido Auto a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación al artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del principio de legalidad, jerarquía normativa, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras y seguridad jurídica en relación con los artículos 9.1 y 3 y 96 de la Constitución y artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículos 3.1 y 3.2 de la Decisión Marco 2008/675/JAI , con infracción del artículo 76 del Código Penal de 1995 y artículo 70.2 Código Penal de 1973 y artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Segundo.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación al artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la igualdad, establecido en el artículo 14 de la Constitución y artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos . Tercero.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca vulneración del principio de legalidad y seguridad jurídica, establecidos en los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución y artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en relación con el derecho a la libertad ( artículo 17 de la Constitución y 5 , 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y artículos 9.1 , 5 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE y art. 6.1 CEDH ) y artículo 25.2 de la CE , en relación a las reglas mínimas para el Tratamiento de los reclusos (elaborado en 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. Cuarto.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca vulneración de el derecho al Juez Ordinario Predeterminado por la Ley ( art. 24.2 CE , art. 6 CEDH y art. 14 PIDCP ) en relación al art. 13 CEDH y 197 LOPJ en relación al art. 238 de la misma ley orgánica. Quinto.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción de los artículos 18.1 y 2 y 267 de la Orgánica del Poder Judicial, en relación con el principio de legalidad, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos , art.9.3 y 24.1 de la CE , tutela judicial efectiva sin que quepa indefensión, en relación con el derecho a la libertad establecido en el artículo 17 de la Constitución .

En un OTROSI se insta al Tribunal Supremo a que formule cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 18 de febrero de 2016.



7.- Esta sentencia ha sido firmada por el Ponente el día 19 de febrero de 2016.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Antes de abordar el fondo del recurso hay que dar respuesta a la petición, que se articula mediante un *otrosí*, de que se formule una cuestión prejudicial ante el TJUE.

Tal solicitud no puede ser atendida.

El planteamiento, antes de resolver, de una cuestión prejudicial ante el TJUE ( art. 267 TUE ), es cuestión que ha sido rechazada por reiteradas Sentencias de esta Sala, ante invocaciones casi similares: 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 , 628/2015, de 19 de octubre , 764/2015, de 18 de noviembre y la más reciente 789/2015, de 7 de diciembre . Hay que remitirse a lo razonado en ellas para desestimar la petición y en concreto a lo expuesto por la más reciente de las sentencias mencionadas.

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 aplica, 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.

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 una 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.

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 concebían 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.*

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 transpuesta 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.



**SEGUNDO.-** Desestimada la pretensión articulada mediante *otrosí* de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, se pasa a estudiar los motivos de fondo del recurso.

El buen orden procesal determina que se resuelva en primer lugar el cuarto de esos motivos en el que se invoca vulneración del derecho a un juez ordinario predeterminado por la Ley ( art. 24.2 CE , art. 6 CEDH y art. 14 PIDCP ) en relación al art. 13 CEDH y 197 LOPJ en relación al art. 238 de la misma ley orgánica, ya que de acogerse provocaría la nulidad de la resolución para reponer las actuaciones al momento anterior a su dictado.

Se alega, en defensa del motivo, que la solicitud de acumulación se realizó a la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a la que por competencia correspondía la resolución de la cuestión, y ha sido resuelta por el pleno jurisdiccional de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por lo que se entiende que se ha vulnerado el derecho a un juez ordinario predeterminado por la Ley.

En el propio Auto recurrido se explican las razones que determinaron la avocación al Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de la resolución de múltiples peticiones sobre acumulación de condenas impuestas y cumplidas en Francia, decisión que tiene su apoyo en el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en el que se dispone que podrán ser llamados, para formar Sala, todos los Magistrados que la componen, aunque la ley no lo exija, cuando el Presidente, o la mayoría de aquéllos, lo estime necesario para la administración de justicia, y en este caso así fue considerado tanto por el Presidente de la Sala como por la mayoría de sus integrantes, tras haberse celebrado sobre las mismas cuestiones jurídicas un Pleno por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y todo ello para el logro de una correcta administración de justicia mediante la unificación de criterios, decisión que en modo alguna vulnera el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley ya que como tiene declarado el Tribunal Constitucional, como es exponente la Sentencia 221/2002, de 25 de noviembre , que es doctrina de este Tribunal que la predeterminación legal del juez que debe conocer de un asunto está referida al órgano jurisdiccional y no a las diversas Salas o Secciones de un mismo Tribunal (dotadas ex lege de la misma competencia material), en relación con las cuales basta con que existan y se apliquen normas de reparto que establezcan criterios objetivos y de generalidad ( STC 205/1994, de 11 de julio ). Consiguientemente, al haberse remitido el conocimiento del asunto a otra Sección distinta de aquella a la cual inicialmente le había correspondido en virtud de lo establecido en una norma de reparto de carácter general y que tiene carácter objetivo, no puede apreciarse la vulneración del derecho al juez predeterminado por la Ley invocada.

La naturaleza de la materia y su importancia (el TS había dictado la STS 874/2014 ) justificaban sobradamente un debate en el que deliberase la totalidad de los componentes de la Sala para ahuyentar el riesgo de soluciones dispares en función de la Sección. Las respuestas diferentes de un mismo Tribunal en un tema puramente jurídico y con tanta repercusión (fijación del máximo de prisión e interpretación de una norma supranacional) no parecen ser lo más armónico con una recta Administración de Justicia. Cuarteo la percepción de seguridad jurídica por el justiciable. Respuestas heterogéneas emanadas de un mismo órgano judicial para un problema idéntico es situación que puede atajarse correcta y legalmente activando la **previsión legal** del art. 197 LOPJ .

El auto recurrido hace constar que al inicio del Pleno, se ratificó la avocación por el Presidente y por la mayoría de los magistrados (13 de 20).

Según el recurrente, enlazando con uno de los argumentos desarrollados en el voto particular (asumido por cinco de los magistrados que lo rubrican), el art. 197 LOPJ no autoriza a *arrebat* a una sección legalmente constituida (la primera) un asunto para resituarlo en otro órgano plenario; no el pleno de esa sección, sino de un *órgano* distinto (Sala) .

Interpreta así el art. 197 LOPJ en términos muy estrictos: solo se referiría a la totalidad de los magistrados no de todo el órgano, sino de la concreta Sección o Sala (todos sus componentes).

Tal interpretación no se corresponde con lo que se ha venido entendiendo desde siempre -aceptar esa nueva y original lectura significaría romper con una práctica inveterada no solo en el Tribunal de origen, según se viene aceptar en el mismo voto particular, sino en la generalidad de nuestros órganos jurisdiccionales-, abriría una grieta en uno de los claros objetivos que puede legítimamente buscarse con esa herramienta orgánica y que fundamenta la previsión: dotar de un mínimo de unidad y homogeneidad a cada órgano jurisdiccional paliando así los efectos de una ni fácilmente inteligible ni asumible socialmente dispersión de criterios en un mismo órgano en asuntos sustancialmente iguales. Esa eventual heterogeneidad de criterios según el Tribunal es un tributo que hay que pagar gustosamente para preservar la independencia judicial. Pero puede ser atenuada sin merma de esa independencia con diversos instrumentos. Uno de ellos (no el único) es esa previsión del art. 197 LOPJ que interpretada en la forma tan restrictiva que ahora se pretende, perdería esa virtualidad.

Otro, con una eficacia más limitada, es el establecido en el art. 264 LOPJ en el que encontramos otro argumento sistemático para repeler la interpretación que hace el recurrente. La terminología utilizada en ese precepto



vendría a abonar la interpretación que se considera ahora correcta del art. 197: *todos los magistrados que componen la Sala*, (en este caso la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional : art. 65 LOPJ) y no todos los magistrados que componen la Sección. Las competencias vienen atribuidas por ley a la Sala y no a la Sección. Esa última concreción se efectúa ya a través de normas de reparto. No se puede negar que también éstas inciden en el ámbito del derecho al juez ordinario determinado por la Ley, aunque con un significado muy inferior (vid. STS 39/2002, de 29 de enero ), pero no es baladí que la ley al distribuir competencias esté pensando en órganos. La competencia para resolver los asuntos penales atribuidos a la Audiencia Nacional es de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que normalmente actúa en secciones pero que puede constituirse en Pleno en los casos previstos por la Ley (algunas veces, de manera obligatoria -extradición- y otras cuando se activa el mecanismo previsto en el art. 197 LOPJ que es tan legal como la atribución directa *ex lege* al Pleno: por ambas vías se concreta el Juez por la Ley).

Esa práctica habitual además cuenta con respaldo normativo en otros órganos que asumen funciones jurisdiccionales lo que viene a confirmar la lectura del art. 197 LOPJ que hace la resolución mayoritaria y de la que discrepan cinco de los componentes de la Sala.

Evoquemos algunos de los más significativos ejemplos.

La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo ( arts. 57 y 58 LOPJ ): está integrada por siete secciones, lo que no obsta a que determinados asuntos puedan ser *avocados* (se usa esa terminología aunque efectivamente, como se sugiere en el voto particular, esté precisada de matizaciones pues no se aviene del todo bien con la función jurisdiccional) al Pleno que se forma con todos los magistrados de todas las secciones y no exclusivamente con los que estuviesen integrados en la sección a que correspondía el asunto concreto ( *Acuerdo de 12 de noviembre de 2015 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 2 de noviembre de 2015, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la composición y funcionamiento de las Salas y Secciones y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados en 2016* -BOE de 30 de noviembre de 2015-. En este extremo las normas reproducen previsiones de años anteriores).

En otro marco normativo (jurisdicción constitucional) la regulación es paralela. El Tribunal Constitucional consta de dos Salas ( art. 7 LOTC ) que a su vez se distribuyen en Secciones ( art. 8 ). Pues bien, las Salas pueden asumir el conocimiento de asuntos atribuidos a las Secciones ( art. 11.2 LOTC ) en atención a su *importancia*. Y el Pleno, además de los asuntos que tiene específicamente encomendados por ley (art. 10), puede *recabar* para sí cualquier otro asunto a propuesta del Presidente o de tres Magistrados ( art. 10.1.n ), lo que por otra parte se hace insoslayable cuando se pretende variar un criterio ya establecido ( art. 13 LOTC ). De uso nada infrecuente son estos mecanismos (vid ATC 151/2014, de 27 de mayo que analiza unas previas providencias de *avocación* -así se denomina explícitamente ese mecanismo orgánico- al Pleno del TC de asuntos radicados en alguna de sus Salas; STC 61/2012, de 29 de marzo que analiza un asunto dimanante precisamente de la Audiencia Nacional: el Pleno del TC *avocó* para sí su conocimiento: vid. antecedente 9º de la resolución donde otra vez se utiliza justamente esa palabra de origen ius-administrativista; o SSTC 44/2012, de 29 de marzo , o 155/2009, de 25 de junio , entre muchísimas otras).

No se detecta anomalía alguna en la atribución al Pleno del asunto, sin que tampoco se pueda intuir otra finalidad que la mejor Administración de Justicia. La asunción por el Pleno de asuntos con relevancia interpretativa en los que es deseable huir de respuestas dispares emanadas de un mismo órgano judicial es decisión compartida que contribuye a esa finalidad. También en esta Sala Segunda se acude con la base de ese precepto legal a la decisión jurisdiccional en Pleno en aras de uniformar la respuesta aunque hipotéticamente (y en ocasiones empíricamente) esa *avocación* y deliberación por todos los Magistrados puede determinar un resultado decisorio diferente. Precisamente se buscó esa fórmula en la primera de las causas en que hubo de pronunciarse sobre los asuntos aquí implicados ( STS 874/2014 ).

Juez ordinario predeterminado por la ley era en este caso el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional constituido con arreglo a las disposiciones legales entre las que se cuenta el art. 197 LOPJ . A la vista de lo decidido por su Presidente y, a la vez, solicitado por la mayoría de los Magistrados, la Sección Tercera habría dejado de ser el juez establecido por la Ley, pues ésta ( art. 197 LOPJ ) determinaba otra composición en la Sala encargada de decidir.

Así las cosas, y por las razones expresadas en el Auto recurrido, el motivo debe ser desestimado.

**TERCERO.-** Respecto a los demás motivos del recurso, en el primero, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación al artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del principio de legalidad, jerarquía normativa, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras y seguridad jurídica en relación con los artículos 9.1 y 3 , y 96 de la Constitución y artículo 7 y 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículos



3.1 y 3.2 de la Decisión Marco 2008/675/JAI ,con infracción del artículo 76 del Código Penal y artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación al artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la igualdad, establecido en el artículo 14 de la Constitución y artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos . En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca vulneración del principio de legalidad y seguridad jurídica, establecidos en los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución y artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en relación con el derecho a la libertad ( artículo 17 de la Constitución y 5, 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y artículos 9.1 , 5 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE y art. 6.1 CEDH ) y artículo 25.2 de la CE , en relación a las reglas mínimas de tratamiento de los reclusos (elaborado en 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. Y en el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción de los artículos 18.1 y 2 y 267 de la Orgánica del Poder Judicial, en relación con el principio de legalidad, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos , art.9.3 y 24.1 de la CE , tutela judicial efectiva sin que quepa indefensión, en relación con el derecho a la libertad establecido en el artículo 17 de la Constitución .

Los cuatro motivos cuyas pretensiones acaban de ser expuestas tienen como objetivo común que se declare contraria a derecho la exclusión de las condenas impuestas por la jurisdicción francesa, y en todos ellos, como se señala en las Sentencias de esta Sala 764/2015, de 18 de noviembre y 789/2015, de 7 de diciembre , en las que se hacen las mismas invocaciones, se mezclan argumentaciones constitucionales con otras de legalidad ordinaria: el derecho a la libertad ( art. 14 CE ), el principio de legalidad y la prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales desfavorables ( arts. 25 y 9.3 CE ); y, por fin, el derecho a la igualdad ( art. 17 CE ). Los argumentos contruidos en torno a los derechos a la igualdad y libertad no dejan de ser complementarios y puramente vicarios de los otros. 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 (vid. STEDH de 30 de julio de 2015, asunto *Ferrerira Santos Sparrow c. PORTUGAL*). Y es que, en efecto, 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 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 ).

Por lo expuesto, el primero, el segundo, el tercero y el quinto 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 de que se ha aplicado retroactivamente la LO 7/2014, de 12 de noviembre, ya que no estaba en vigor en el momento de formularse la solicitud de acumulación. Eso truncaría su expectativa formada sobre previos pronunciamientos jurisprudenciales (particularmente la STS 186/2014 ) y supondría, además, desigualdad en la aplicación de la Decisión Marco 2008/675/JAI, de 24 de julio de 2008 , interpretación errónea de los arts. 988 LECrim y 76 CP e indebida prolongación de su estancia en prisión.

**A)** En definitiva, el fundamento de la queja se sitúa en: **a)** la normativa y jurisprudencia existentes al tiempo de la solicitud favorable a la acumulación según entiende; **b)** expectativa razonable generada desde esa situación normativa; **c)** aplicación retroactiva de la LO 7/2014 que entró en vigor después de la solicitud; siendo perjudicial respecto de la normativa y jurisprudencia anterior; **d)** desigualdad respecto de otros ciudadanos nacionales de otros Estados miembros.

**B)** En último término pretende que se incluya el cómputo del tiempo pasado en prisión en Francia para formar el límite de cumplimiento.

Estamos ante argumentos diversos (**A**) para sostener una misma y única pretensión; (**B**) Los cuatro motivos persiguen un mismo objetivo: que se declare contraria a derecho la exclusión de las condenas dictadas por la jurisdicción foránea. Los motivos mezclan argumentaciones constitucionales con otras de legalidad ordinaria: el derecho a la libertad ( art. 14 CE ), el principio de legalidad y la prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales desfavorables ( arts. 25 y 9.3 CE ); y, por fin, el derecho a la igualdad ( art. 17 CE ).

Los argumentos contruidos en torno a los **derechos a la igualdad y libertad** no dejan de ser complementarios y en definitiva vicarios de los otros. 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. No tiene 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. 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.

Como recuerda 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 ). "La proyección de los requisitos precedentes sobre el caso que se juzga -transcribimos desde la STS 562/2015 - revela de forma diáfana que no se han cumplimentado. En primer lugar, porque no se está ante la cita de resoluciones de un mismo Tribunal, sino de Secciones diferentes de la Audiencia Nacional. Con lo cual, no se acredita ya el primer requisito imprescindible para la posible infracción del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Y como además tampoco se han citado otros precedentes jurisprudenciales de la misma Sección en los que se haya sostenido una doctrina y unas pautas de interpretación contrarias a las seguidas en el auto recurrido, es claro que no puede hablarse de un supuesto de desigualdad en la aplicación de la ley penal".

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 extradición) en que el proceso en España por hechos anteriores sería superfluo por no poder imponerse ninguna penalidad adicional a cumplir.

La ya citada *Decisión Marco 3008/675/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* (DOUE L 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. 5.3 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. 22.8ª, 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 180° 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 aquella 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 Amsterdam).

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*.

Cuando Francia traspuso la misma DM (Ley 2012-409 de 27.3.2012 relativa a la ejecución de las penas Diario Oficial de la República Francesa de 28.3.2012) no menciona en su articulado, ni en los preceptos del Código Penal o del Código Procesal Penal modificados, nada relativo a la acumulación de las penas impuestas por Tribunales de los Estados miembros de la UE.

Lo mismo ocurre con Luxemburgo, que implementó la DM mediante la Ley de 24.2.2012 relativa a la reincidencia internacional (Diario Oficial del Gran Ducado de Luxemburgo de 5.3.2012).

La DM 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.

La STS 235/2015, de 23 de abril, para mostrar la necesidad de las excepciones que prevé la propia Decisión Marco e incorpora al ordenamiento interno la LO 7/2014 se sirve de un ejemplo: « *trata de evitar que un sujeto en un país de la Unión haya extinguido unas penas por delitos cometidos y juzgados con posterioridad a los cometidos previamente en España, que alcancen, por ejemplo, un total de 25 ó 30 años, de tal suerte que cuando se fueran a juzgar en España un conjunto de asesinatos terroristas cometidos antes de haber sentenciado aquéllos esta Sala no podría imponer pena alguna, ya que las ya cumplidas cubrirían hasta el límite de cumplimiento las posibles condenas terroristas* ».

Varios argumentos adicionales refuerzan lo expuesto:

**a)** La Decisión Marco parece referirse a la proyección de las sentencias de otros países de la Unión a un *nuevo proceso penal* incoado en España, no a un proceso ya finalizado por sentencia firme en el que incluso la pena carcelaria se está ejecutando o se ha ejecutado ya.

**b)** El art. 3.3 DM establece según se ha dicho ya que *"la consideración de condenas anteriores impuestas en otros Estados miembros, conforme a lo dispuesto en el ap. 1º (principio de equivalencia), no tendrá por efecto que haya una interferencia en el Estado miembro en el que se desarrolle el nuevo proceso en condenas anteriores o en cualquier resolución relativa a su ejecución, ni una revocación o revisión de las mismas por dicho Estado miembro"*.

**c)** Tal entendimiento se refuerza si atendemos a otra DM complementaria dictada pocos meses después: la DM 2008/909/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal. Tal decisión se cuida mucho de permitir que un Tribunal pueda efectuar pronunciamientos que afecten a la tarea de ejecución de las penas impuestas por otro Tribunal. De hecho para la ejecución de una pena en un país distinto de aquél en que la pena se impuso se establecen y regulan las comunicaciones que a tal efecto deben llevarse a cabo entre Estados (el que dicta la sentencia y el que la ejecuta).

**d)** Cuando la Decisión marco 2008/675/JAI señala en su considerando segundo que *"el Juez de un Estado miembro debe estar en condiciones de tener en cuenta las resoluciones penales definitivas pronunciadas en los demás para apreciar el pasado penal del delincuente, para constatar la reincidencia y para determinar la naturaleza de las penas y modalidades de ejecución que puedan aplicarse"*, lógicamente se está refiriendo a las modalidades de ejecución de sus propias penas, no de las impuestas en otros Estados.

**e)** La Ley 23/2014 de 20 de noviembre, de transposición de la DM 2008/909/JAI, aborda el problema de la acumulabilidad, que afecta, entre otras cuestiones, a los requisitos y efectos de la ejecución en España de una resolución de otro Estado miembro. Su art. 63 establece: *"Lo dispuesto en este Título se aplica únicamente a las penas o medidas pendientes, total o parcialmente, de ejecución. Cuando hayan sido totalmente cumplidas, su consideración en un nuevo proceso penal se regirá por la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea"*.



Por su parte, el art. 86 de la Ley 23/2014 dispone en su apartado primero inciso segundo que: *"Los efectos de la resolución transmitida sobre las condenas dictadas por los Tribunales españoles, o sobre las resoluciones que, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fijen los límites de cumplimiento de condena, se determinarán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 y la disposición adicional única de 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"*.

Resultan convenientes, por fin, algunas consideraciones adicionales sobre los principios de legalidad y de irretroactividad de las leyes desfavorables que inspiran buena parte del discurso impugnativo y que tomamos de las SSTS 178/2015, 764/2015 y 789/2015.

El TC es reacio a vincular la regla de la retroactividad de la ley penal más favorable (art. 2.2 CP) con el art. 25 CE (STC 21/2008, de 31 de enero, y las que allí se citan), como igualmente lo fue el TEDH en relación al art. 7 CEDH (Asunto G. c. Francia, de 27 de septiembre de 1995) aunque en *Scoppola c. Italia (nº 2)*, sentencia de 17 de septiembre de 2009, considera necesario revisar la jurisprudencia establecida por la Comisión en el X c Alemania y afirma que el artículo 7.1 del Convenio garantiza no sólo el principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables, sino también, de forma implícita, el principio de retroactividad de la ley penal más favorable.

Ha sido recogido por el art. 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (vid. STJUE de 3 de mayo de 2005, asunto Berlusconi y otros, apartados 66 a 69) y estaba consagrado en el art. 15.1, inciso final, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (« si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello »).

Analicemos si de las variaciones en la interpretación de la normativa interna, art. 76 CP (y 70 CP/1973), cabe inferir una afectación negativa de un cambio jurisprudencial (art. 7 CEDH).

Para el TEDH la noción de "Derecho" utilizada en esa norma, incluye el derecho 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, aún 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 (Kokkinakis, 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 nº 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], nº 37201/97, § 85, TEDH 2008, y Kononov c. Letonia [GC], nº 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 restaba 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 2*). 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*).

No existe en los ordenamientos continentales, a diferencia de los de *common law* una técnica como la del *prospective overruling* (aunque en alguna jurisprudencia europea -Cortes Supremas Francesa e Italiana- se insinúa la irretroactividad de los cambios jurisprudenciales *in malam partem*, pero siempre en relación a la fecha de los hechos).

En un supuesto como el presente, aunque entendamos que apartarse de esa sentencia inmediatamente anterior -186/2014 - supusiese un auténtico *overruling*, tampoco sería necesario acudir a esa fórmula desconocida en nuestro derecho (*prospective overruling*) a la vista de la doctrina consolidada conocida y pacífica en el momento en que se cometieron los hechos. En aquel momento era, más que previsible, segura





la interpretación que estamos dando al art. 76 CP y su precedente art 70 CP 1973 . Lo imprevisible era la secuencia de circunstancias que ha dado lugar a esta cuestión.

Entender que esa sentencia de 2014 constituye *lex mitior intermedia* es exacerbar según se intuye enseguida el valor de una aislada sentencia del TS. Un criterio plasmado en una única sentencia, desde luego, es siempre susceptible de ser rectificado. Proliferan en la doctrina jurisprudencial los ejemplos de evolución de la jurisprudencia *in malam partem* sin hacerse cuestión de su aplicación a hechos sucedidos con posterioridad a la ley interpretada aunque en momentos en que regía una jurisprudencia más favorable (por citar, entre muchísimos, algunos: penalidad en los delitos continuados patrimoniales -art. 74.1-; admisibilidad del concurso real -que no ideal- en el caso de resultados de homicidio derivados de una única acción animada por dolo eventual; relación de concurso real o ideal entre la malversación y el delito de fraude; o entre la estafa y el alzamiento de bienes posterior; etc, etc, etc...).

Si nos retrotraemos al momento de comisión de los distintos hechos que determinaron las condenas del recurrente hablar de *expectativas* defraudadas sobre la acumulación de las condenas por los hechos enjuiciados en Francia resulta idílico. Sería presumir una clarividente visión de futuro casi rayana con dotes proféticas.

Insistiremos asumiendo ser reiterativos: no estamos ni ante una aplicación retroactiva de la ley ni ante el regateo de la eficacia retroactiva de una ley intermedia más favorable. No es la LO 7/2014 norma que aspirase a innovar esta materia, sino a consolidar la interpretación que estima más correcta y que durante muchos años no fue cuestionada. Es una ley que se proyecta al futuro, pero que aporta un nuevo ingrediente para la labor interpretadora que deben hacer los tribunales de las normas previgentes. La DM ha sido traspuesta por esa Ley Orgánica cristalizando en ella su vocación normativa. La voluntad del legislador al introducir mediante unas enmiendas aprobadas en el Senado y luego ratificadas por el Parlamento las excepciones del art. 14 y la disposición adicional es cristalina; unas enmiendas, que, como recordaba la STS 874/2014 fueron aprobadas sin ningún voto en contra en ninguna de las dos Cámaras y con un escaso número de abstenciones -no sobrepasan la media docena-. Curiosamente esas enmiendas obtuvieron un respaldo parlamentario mayor que la totalidad de la ley según revelan los diarios de las Cámaras legislativas. Pero no es eso relevante; lo relevante es que estamos ante una ley que parte de un presupuesto: el art. 76 CP no contempla las sentencias extranjeras ejecutadas fuera de nuestro país ni las ha contemplado nunca. Si fuese otro el punto de partida llegaríamos a la absurda conclusión que antes destacábamos: La ley por la que traspone la DM que pretende establecer una equivalencia entre las sentencias de los diferentes Estados miembros habría venido a suprimir la equivalencia de las sentencias foráneas a los efectos del art. 76 solo cuando son sentencias europeas, -si son de otros países el art. 76 mantendrá su supuesta interpretación previa- y solo en relación a los hechos cometidos justo después de la vigencia de esa Ley. Es decir, que lo que haría la ley es justamente recortar solo para las sentencias de otros Estados miembros su capacidad de ser tomadas en consideración. Esa exégesis es irracional. Supone retorcer la voluntad del legislador. La Ley tiene un papel muy relevante, esencial, en un Estado democrático de derecho. La interpretación que reclama el impugnante aparenta querer escapar del marco legal concebido como un todo coherente.

Solo desde la premisa de que el art. 76 CP no incluye condenas extranjeras puede entenderse esa Ley. Desde esa óptica junto a su vertiente propiamente normativa (de futuro) la Ley encierra también una dimensión interpretativa (en el sentido en que la teoría del derecho habla de normas interpretativas que no innovan, pero clarifican, por lo que su aplicación a hechos anteriores no supone retroactividad pues el sentido aclarado por la ley estaba ya presente en la norma *interpretada* ). Es un fraude utilizar la técnica de la norma interpretativa para variar la legalidad disimulando su retroactividad (tal y como alguna Corte Constitucional latino americana ha entendido en casos burdos). No se puede camuflar de esa forma una modificación peyorativa. Pero nada anómalo existe cuando esa eficacia que podríamos llamar interpretativa no modifica propiamente sino que refrenda una de las interpretaciones idealmente posibles de la legislación anterior; en este caso la que durante muchos años subsistió. Esa norma posterior aporta un referente interpretativo que no puede ser despreciado (es una ley). Y se constata que se acomoda a uno de los sentidos lógicos de los preceptos ( arts. 70 y 76 CP y 988 LECrim ), el que primeramente se capta como más natural. Eso conduce a revisar la interpretación plasmada en la STS 186/ 2014 .

Sería paradójico concluir que precisamente porque una ley ha contradicho el criterio plasmado en una única sentencia previa, el propio Tribunal Supremo quedaría encadenado a ese criterio y no podría revisar o replantear la interpretación consagrada en aquella sentencia. Solo podría apartarse de él si no existiese esa ley. En un sistema en que no rige el principio del *decisis* (*stare decisis et non quíeta movere*) no puede extremarse hasta esos niveles el valor de un precedente jurisprudencial como si nos vinculase a nosotros mismos ( art. 12.3 LOPJ ). Lo que se aplica al caso es la Ley, aunque sea la ley interpretada por la jurisprudencia que en ese sistema pretende ser portavoz de la ley. El *stare decisis* pretende ser un acto de racionalidad: se da por supuesto



que si un caso ha sido bien solucionado esa solución será la más racional para casos iguales. Pero admite igualmente líneas evolutivas (clásicas prácticas de *overruling* y *distinguishing*). El cambio en la interpretación está autorizado siempre que sea razonable. Hay muchas razones para abandonar el criterio interpretativo de la sentencia de 2014. Una de ellas se ha desarrollado aquí: se basaba en una DM cuya transposición efectiva posterior no contradice la DM -pues admite en este punto la libertad para los Estados- pero sí repele esa interpretación. El referente interpretativo (que no normativo) de aquella sentencia -la DM- ha trasmutado de manera rotunda. La interpretación realizada ha perdido su soporte y contradice la voluntad del legislador; o, mejor, de la ley interna.

Esta variación no es consecuencia de aplicar la ley de 2014 de transposición sino de volver a leer los arts. 70 y 76, respectivamente, CP, dos preceptos especialmente vivos en la jurisprudencia, pues han sido objeto de sucesivas interpretaciones con ensanchamientos y estrechamientos.

El art. 70 CP para identificar las sentencias a las que aplicar la limitación se expresaba en estos términos: *aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión pudieran haberse enjuiciado en uno solo*. Complemento procesal de tal norma es el art. 988 LECrim que regula en consonancia el trámite: la competencia se atribuye al Juez que haya dictado la última de las sentencias; además para establecer el listado de condenas se ha de acudir al Registro Central de Penados y Rebeldes (el nacional, obviamente: no se piensa en sentencias de otros países, aunque es claro que esto es un dato interpretativo tremendamente accesorio y en absoluto concluyente). El art. 76.2 CP 1995 incorporó la misma redacción.

Se hablaba así pues de la conexión y de la posibilidad de haber sido enjuiciados en un solo proceso.

La fórmula dista de ser diáfana, lo que ha determinado una significativa evolución en su aplicación e interpretación con algunos zigzagueos. Con el mismo texto se han sucedido distintas opciones exegéticas. Se ha pasado de una muy estricta (vinculada al art. 17 LECrim), a otra más flexible (que pone el acento en el criterio cronológico y que se ha impuesto en la reforma de 2015), atravesando otra tercera, amplísima, que llegaba a prescindir de la referencia temporal. Sobre otros puntos, más secundarios pero igualmente relevantes, se han sucedido igualmente diversas posiciones jurisprudenciales. (v.gr., si hay que atender para el criterio temporal a la fecha de la sentencia o a la de firma: pronunciamientos más generosos, fueron sustituidos finalmente por un concepto más estricto: hay que estar al fecha de la sentencia y no a la de su firma lo que reduce la acumulabilidad. Igualmente se ha oscilado a la hora de determinar si la extinción de una condena impedía su ulterior acumulación a otras cuya en ejecución se iniciaba con posterioridad (habiendo prevalecido finalmente la opción afirmativa). Todos esos cambios -y otros- se han ido verificando por vía jurisprudencial con una excepción a la que aludiremos enseguida a la que recientemente se ha unido otra - julio de 2015-. Ha sido un precepto muy vivo en el sentido de que con idéntica semántica ha albergado interpretaciones muy diferentes y con consecuencias legales nada desdeñables (a veces de optar por una u otra de esas interpretaciones dependen muchos años de libertad).

La expresión *que pudieran haber sido enjuiciados en un solo proceso por su conexión* permite múltiples entendimientos. En abstracto, si prescindimos de sus circunstancias concretas, de sus coordenadas espacio-temporales y materiales **todos** los delitos atribuidos a una misma persona hipotéticamente podrían enjuiciarse en un solo proceso. Esa no puede ser sin embargo la interpretación del art. 70 -o (antes de la reforma de 2015) art. 76.2-. Es evidente que se quiere establecer una limitación. Con esa exégesis quedaría el precepto vacío de contenido lo que contradice una elemental máxima de interpretación (principio de vigencia: ha de existir al menos un grupo de supuestos en los que esté pensando el precepto con la limitación).

En el extremo opuesto se situaría una interpretación a tenor de la cual si los hechos no se han enjuiciado en un solo proceso es justamente porque *no ha podido* hacerse así (por razones de competencia territorial; de diferenciación de trámites procesales -sumario, jurado-; por no plantearse en su momento adecuadamente la acumulación, por mil factores coyunturales imaginables...). Es obvio que por idénticas razones es rechazable esta interpretación que vaciaría de contenido la norma.

Entre ambos extremos existe toda una gama posible de concepciones en las que anclar esa posibilidad de enjuiciamiento conjunto.

Muy estricta era la que rigió durante muchos años (recordemos que la norma proviene de 1967): solo podía hablarse de esa posibilidad cuando concurría alguno de los supuestos del art. 17 LECrim al que expresamente se remite el art. 988 de la misma norma. Si no concurría conexidad procesal no habría acumulación material (por todas y entre muchas otras SSTs de 20 de noviembre de 1969, 22 de diciembre de 1969, 27 de febrero de 1975 o 16 de diciembre de 1987).

La jurisprudencia evolucionó. Primeramente se afirmó que la interpretación del art. 17.5 LECrim habría de ser generosa y extensiva a estos efectos (STS de 10 de noviembre de 1982): comenzaron a abandonarse algunas



limitaciones que a menudo habían sido usadas por la jurisprudencia para negar la posibilidad de enjuiciamiento conjunto (unidad de sujetos activos, relación entre los delitos o concatenación a modo de cadena delictiva, analogía en el sentido de naturaleza parecida o finalidad semejante).

Aunque venía gestándose desde antes, a mediados de los años noventa se produjo un radical giro en esa interpretación: la conexidad de que hablaba el art. 70 (posterior 76) debía romper ligaduras con el art. 17 LECrim : no hacía falta homogeneidad; bastaba que los hechos se hubiesen perpetrado antes de la firmeza (este criterio fue luego corregido) de la primera condena ( SSTS de 15 de abril de 1994 , 23 de mayo de 1994 , 21 de marzo de 1995 , 3 de noviembre de 1995 ). Junto al argumento sustantivo penal (el art. 70 regula una institución penal y no procesal) se barajaban razones basadas en el fin resocializador de las penas ( SSTS de 18 de febrero de 1994 , 8 de marzo de 1994 , 20 de octubre de 1994 ), en la unidad de ejecución ( SSTS de 3 de mayo de 1994 o 14 de octubre de 1996 ) e incluso en la prohibición constitucional de los tratos inhumanos o degradantes ( SSTS de 4 de noviembre de 1994 o de 27 de diciembre de 1994 ). Se vino a exigir solo una conexidad basada en el criterio cronológico. El momento clave para bloquear nuevas acumulaciones se situó inicialmente en la fecha de firmeza. La jurisprudencia posterior varió *in peius* esa doctrina desplazando ese tope a la fecha de la sentencia (Pleno no jurisdiccional de 29 de noviembre de 2005). Huelga decir que ese criterio fue indiscriminadamente aplicado a partir de esa unificación con independencia de la fecha en que habían sucedido los hechos contemplados y sin ver ahí aplicación retroactiva de una *norma desfavorable de génesis jurisprudencial* que se aplicaba retroactivamente frustrando expectativas fundadas .

Más lejos aún llegaron algunas sentencias que prescindieron incluso del criterio cronológico basándose en una interpretación *conforme* a la Constitución ( art. 25 CE ). Cuando la suma aritmética de las penas excediese de treinta años habría que proceder a la refundición por imperativo constitucional (abstracción hecho del instituto de la redención, para no rebasar nunca ese límite máximo (veinte años, por aplicación del CP de 1995), aunque por las fechas de las diversas condenas y hechos hubiese sido imposible el enjuiciamiento conjunto. Las SSTS 101/1998, de 30 de enero o 335/1998, de 14 de marzo (aparte de algunas anteriores que operaban como precedente: vid. STS de 7 de julio de 1993 ) constituyen la más clara muestra de esa tendencia jurisprudencial, de vigencia efímera, que se apartaba de la anterior. En la segunda de las sentencias citadas se hacía protesta expresa de la necesidad de esa nueva interpretación abandonando los criterios precedentes.

No cristalizó esa línea jurisprudencial y esta Sala volvió mayoritariamente a la exégesis intermedia más restrictiva: el factor temporal era insoslayable. Esa rectificación jurisprudencial fue indiscriminadamente aplicada también a los hechos anteriores a esas solitarias sentencias. Así seguimos haciéndolo. Es más, el legislador en 2003 ( LO 7/2003) quiso salir expresamente al paso de esa posibilidad interpretativa acogida en esos aislados precedentes al tiempo que daba respaldo a la otra línea jurisprudencial. Modificó el art. 76 estableciendo ya expresamente que el momento de comisión se convertía en factor insoslayable -junto a la indefinida conexión- a tomar en consideración para decidir sobre la acumulabilidad o no de unas penas.

La aplicación de esa reforma legal a delitos cometidos con anterioridad -como hemos venido haciendo y seguimos haciendo- no era aplicación retroactiva de la ley de 2003, por más que durante una época muy concreta hubiese regido en la jurisprudencia un entendimiento más favorable de esa institución. Esa reforma era una ley que aclaraba la anterior: venía a confirmar como más ajustada a la legalidad una de las interpretaciones posibles, la que seguía de forma mayoritaria, aunque no unánime, la jurisprudencia. Cuando a delitos cometidos antes del 1 de octubre de 2004 proyectamos ese criterio legal -vigente la nueva redacción del art. 76- no se está aplicando *retroactivamente* esa reforma sino aplicando el texto del anterior art. 76 interpretado en una forma que luego el legislador ha confirmado, desautorizando la exégesis más flexible que había plasmado en algunas sentencias. No puede decirse que esas sentencias generaran una expectativa que no podría ser defraudada sin lesión de sus derechos a todos los penados por hechos cometidos con anterioridad a octubre de 2004. Lo demuestra la realidad penitenciaria de nuestro país donde -y no deja de ser un tema digno de reflexión- son más frecuentes de lo que se piensa refundiciones de condena que superan los veinte años (en la mayoría de las ocasiones no por la comisión de delitos gravísimos, sino por la imposibilidad de acumulación: son muchas condenas no refundibles enlazadas a efectos penitenciarios). No se entendió así por más que ese criterio invocase expresamente el texto constitucional (como en la sentencia de 14 de marzo se invoca la DM como criterio interpretativo). Sería incomprensible considerar que si la reforma que llegó en 2003 se hubiese adelantado a mayo de 1998, entonces ya sí que estaríamos ante una aplicación retroactiva de la ley que recuperaba la trascendencia e imprescindibilidad del factor temporal.

En un sistema continental como el nuestro ni la doctrina jurisprudencial (sin entrar ahora en qué debe entenderse por tal: necesidad de reiteración o no) carece de ese valor normativo (aunque alguno sí tiene), y no puede arrebatare a la legislación toda capacidad interpretativa (en el sentido en que habla la doctrina de normas interpretativas). Hay que reconocer a la jurisprudencia un cierto aunque difuso valor normativo que no puede ser alzaprimado en detrimento del poder legislativo. Y también hay que reconocer al legislador una cierta



facultad interpretativa, faceta en la cual, como enseñan los clásicos autores, no se estará ante una aplicación retroactiva pues el sentido que aclara el legislador estaba ya presente en la norma interpretada.

No es este tampoco un aislado ejemplo de ese tipo de normas que o bien son claramente interpretativas -pues su único objetivo es la aclaración de un texto anterior- o que como efecto aparejado arrastran esa eficacia interpretativa de un texto anterior. No podrá hablarse propiamente de retroactividad en cuanto es la norma anterior la aplicada, aunque aclarada por la norma posterior. Así ha sucedido, por citar algunos pocos ejemplos extraídos del campo penal de los muchísimos que pueden encontrarse, con la introducción de la conducta *omisiva* en los delitos de defraudación tributaria en una de sus primeras reformas (el que, por acción u omisión) para zanjar legalmente las dudas sobre la punibilidad de omisiones; o con la necesidad en esos mismos delitos de entender la regularización como pago efectivo y no mero reconocimiento de la deuda (reforma de 2012); o con la cita de la Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales de 2010 para avalar la posibilidad de que el delito de defraudación tributaria fuese antecedente de un delito de blanqueo de capitales ( STS 974/2012, de 5 de diciembre )... En todos esos casos la aplicación de esas interpretaciones plasmadas legalmente a hechos ocurridos con anterioridad no era retroactividad. La norma posterior se limitaba a dejar claro lo que ya decía la norma anterior (por ejemplo en materia de regularización en muchos ámbitos se interpretaba como simple afloramiento de las bases ocultadas). El legislador no puede eludir la irretroactividad de la ley penal tildando expresa o implícitamente de interpretativa a una norma que es realmente innovadora. Pero sí tiene capacidad de aclarar por vía directa o indirecta una norma anterior, paliando o reduciendo esa textura abierta de que hablaba un muy conocido teórico del Derecho. No puede manipular la norma anterior, pero sí aclarar su interpretación. Al órgano jurisdiccional corresponderá evaluar hasta qué punto eso puede o no condicionar la interpretación de la norma anterior. En cuanto innove, desde luego, nada si es peyorativa.

Lo que se acaba de exponer ayuda a definir el escenario en que debe afrontarse la resolución de este asunto.

Reiteremos: la ley de 2014 puede ser entendida de dos formas:

**A)** Modifica tácitamente el art. 76 CP : excluye de su ámbito las sentencias procedentes de otros países europeos que no serán acumulables nunca. En los demás supuestos subsistiría lo que se considera por el recurrente exégesis correcta del art. 76: acumulabilidad de las sentencias de países no pertenecientes a la Unión Europea. Esta norma solo sería aplicable a partir de la entrada en vigor de la ley en diciembre de 2014 pues sería desde esta óptica claramente perjudicial.

**B)** La ley de 2014 no modifica el art. 76. Parte de que tal precepto solo contempla las sentencias dictadas por Tribunales Españoles (lo que lejos de ser una extravagancia, ha sido la interpretación que ha imperado en la práctica hasta que una norma supranacional -la DM- invitaba por vía interpretativa a explorar otras opciones; y es la que rige en otros ordenamientos: si la ley no dice nada, las instituciones semejantes a nuestro mecanismo de acumulación afectan solo a las sentencias nacionales: (ordenamientos alemán u holandés; en oposición a Portugal donde su Código Penal sí se refiere expresamente a las sentencias foráneas). Con ese presupuesto que quiere mantener vigente la Ley 7/2014 establece los casos y condiciones -de los que queda excluida la acumulación- en que las sentencias europeas podrán ser asimiladas a las nacionales. Los informes que precedieron a la ley (Consejo de Estrado, Consejo Fiscal, Consejo General del Poder Judicial) asumían esa interpretación: entendían que a partir de la Ley el principio de equivalencia supondría la toma en consideración de las sentencias de los estados miembros a los efectos también de la acumulación, dando por sobrentendido que no era así hasta la transposición.

La primera de las interpretaciones (A) no parece coherente con la voluntad de la Ley por absurda e irracional. No es eso lo que ha querido decir la Ley. Y hacerle decir lo que no ha querido decir, no puede ser misión de un órgano jurisdiccional.

Cabría una tercera interpretación acomodada a la voluntad del legislador: la ley pese a ser desfavorable (opción A) quiere ser aplicada retroactivamente: solo así se explicaría la mención de la disposición adicional c) Eso sería inconstitucional. Ni siquiera invocando voluntariamente la excepción de las leyes temporales y el fenómeno del terrorismo en nuestro país, que muy probablemente es lo que tenía en mente el legislador, podría sortearse ese vicio. Pero esa interpretación ha de desecharse como impone el principio de interpretación conforme a la Constitución ( art. 5 LOPJ ). Si la ley permite una interpretación que es constitucional (lo que no sucede con la tesis C) y además no es irracional (como sucede con la tesis A) es por ella por la que hay que decantarse (tesis B) (vid STC 3/2015, de 19 de enero y en especial sus precedentes: STC 185/2014, de 6 de noviembre ).

No es ocioso recordar que aunque el límite a la acumulabilidad más habitual es el factor temporal, no hay que vaciar de contenido la referencia a la conexión que establecía el art. 76 CP (desaparecida en la reforma de 2015; posterior a la LO 7/2014 ). De ahí que en ocasiones se hayan excluido de la refundición condenas pese a que no se alzase objeción cronológica alguna: la naturaleza de los delitos era el dato decisivo ( STS 1196/2000 de 17





de julio). No operaba solo el criterio temporal. Es interpretación razonable considerar acumulables únicamente sentencias nacionales o sentencias extranjeras que en virtud de mecanismos de cooperación internacional han de ser ejecutadas en España amoldándolas a nuestro sistema; sin asimilar a estos efectos las condenas cumplidas en otros países con sistemas diferentes.

Por las razones que se acaban de dejar expresadas, extraídas de las recientes Sentencias de esta Sala 764/2015, de 18 de noviembre, y 789/2015, de 7 de diciembre, coincidentes con las expresadas en anterior Sentencia 179/2015, de 24 de marzo, procede desestimar los tres primeros motivos de este recurso así como el quinto en cuanto el Auto recurrido dictado por el Pleno de 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.

### III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley interpuesto por D. Severino, contra Auto dictado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 9 de junio de 2015, que acordó que no procedía formalizar cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que desestimó la petición de acumulación de condenas impuestas en Francia. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta Sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Tournon Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Carlos Granados Perez

#### Voto Particular

##### **VOTO PARTICULAR**

**FECHA:25/02/2016**

Voto Particular que formula el Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Tournon, y al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro, en la Sentencia recaída en el Recurso de Casación Núm. 10665/2015-P, contra el Auto de Acumulación de Condenas dictado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional con fecha 9 de junio de 2015.

#### **FUNDAMENTOS JURIDICOS .**

**PRIMERO.** - Desde el respeto que nos merece la posición de la mayoría, hemos de discrepar de la cuestión de fondo resuelta por la sentencia casacional que desestima el recurso, al considerar que la naturaleza de la cuestión planteada imponía la necesidad de formular Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea conforme al art 267 del TFUE, reiterando con ello los argumentos expuestos en el voto particular formulado en la Sentencia 874/2014, de 27 de enero de 2015, recaída en el denominado "caso Pikabea", voto al que nos remitimos íntegramente para evitar innecesarias reiteraciones.

Solamente cabría reiterar que el admirable esfuerzo de la sentencia mayoritaria por fundamentar la interpretación propuesta del art 3 5º de la DM 675/2008 en profundas investigaciones del derecho comparado de otros Estados Miembros de Unión, así como en un detallado estudio del proceso legislativo previo a su aprobación, no hace más que poner de manifiesto que en el caso actual no puede ser de aplicación la doctrina del "acto claro".

Como puede apreciarse a través de la esforzada y ciertamente compleja argumentación de la sentencia mayoritaria, la solución de la cuestión aquí planteada no se impone con tal evidencia que no pueda suscitar posiciones racionales contradictorias, sino que resulta jurídicamente cuestionable, y prueba de ello es la división argumental que, con profundos razonamientos jurídicos por ambas partes, se ha suscitado tanto en el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (11 a 9), como en el Pleno de esta misma Sala (9 a 6). División interpretativa entre Magistrados con indudable preparación y experiencia, que integran los dos órganos colegiados más relevantes de la jurisdicción penal española, y que no se debe en absoluto a ningún "voluntarismo previo", como extrañamente se llega a expresar en la sentencia mayoritaria (folio 24), sino al firme convencimiento por nuestra parte de que la interpretación propuesta es la jurídicamente correcta, respetando en todo caso la interpretación contraria, y confiando en que en algún momento se permita al



Tribunal de Justicia de la Unión Europea que pueda ejercer la función que tiene encomendada por los Tratados resolviendo el conflicto interpretativo suscitado.

No está de más recordar que conforme al art 267 4º del TFUE " *cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad*", y que este procedimiento de urgencia ante el TJUE no se prolonga habitualmente más allá de tres meses, por lo que **en caso de haberse planteado la cuestión prejudicial cuando se propuso en su momento (hace más de un año) el problema ya se encontraría resuelto**, en lugar de prolongarse de forma indefinida a través de los numerosos procesos que se están tramitando, tanto ante la Audiencia Nacional, como ante esta Sala del Tribunal Supremo y actualmente ante el Tribunal Constitucional, sin excluir que puedan llegar a reproducirse ante el Tribunal de Estrasburgo.

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

Asimismo el Tribunal de Justicia advierte en la referida Sentencia Cilfit que la aplicación de la doctrina del Acto Claro " *debe ser apreciada en función de las características del Derecho comunitario y de las dificultades particulares que presenta su interpretación.*

*Debe, en primer lugar, tenerse en cuenta que los textos de Derecho comunitario están redactados en varias lenguas y que las diversas versiones lingüísticas son auténticas por igual; por tanto, la interpretación de una disposición de Derecho comunitario supone una comparación de las versiones lingüísticas.*

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

*Finalmente, cada disposición de Derecho comunitario debe ser situada en su contexto e interpretada a la luz del conjunto de las disposiciones de ese Derecho, de sus finalidades y de su grado de evolución en la fecha en la que debe hacerse aplicación de la disposición de que se trata.*

*Habida cuenta del conjunto de estos razonamientos, ha de responderse a la Corte Suprema di Cassazione que el párrafo tercero del artículo 177 debe ser interpretado en el sentido de que **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**" (Sentencia Cilfit, de 6 de octubre de 1982 - Asunto 283/81, Apartados 17 A 21).*

Estimamos que lo que es claro, conforme a estos criterios del Tribunal de Justicia de la Unión, es que la solución más adecuada, más eficiente, más ágil e, indudablemente, más respetuosa con lo establecido en el art 267 del TFUE, sería la de formular ante el TJUE la correspondiente cuestión prejudicial, que, como hemos señalado, **podría estar resuelta en un período de tiempo inferior a tres meses.**

Con independencia de todo ello, la razón que justifica la formulación de este nuevo voto particular es la avocación del presente asunto al Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, evitando con ello que la Sección Penal competente pudiese ejercer de forma independiente y autónoma su facultad indelegable de formular, si así lo estimase pertinente, la correspondiente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

**SEGUNDO.** - Dispone el art 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea que "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.



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

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

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

La cuestión prejudicial constituye un mecanismo esencial para el buen funcionamiento de la Unión Europea, pues es el procedimiento a través del cual se consigue que la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión sean uniformes en todos los Estados miembros. Para evitar que los Tribunales Supremos de cada Estado miembro desarrollen una interpretación diferente del Derecho de la Unión, fragmentando nuestro ordenamiento jurídico común, el Tratado veta a estos Tribunales la posibilidad de realizar una labor hermenéutica autónoma sobre las cuestiones controvertidas del Derecho de la Unión, reservando el monopolio de dicha labor jurisprudencial a un Tribunal único, sito en la cúspide del sistema, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo. Y para reforzar y acelerar esta labor de unificación el Tratado faculta a cualquier órgano jurisdiccional a plantear una cuestión prejudicial siempre que, en el ejercicio de su independencia, estime necesaria una decisión del TJUE para poder emitir su fallo.

Y ello es así, como expresábamos en nuestro voto particular del asunto *Pikabea*, porque la piedra angular del sistema jurídico de la Unión Europea es una norma interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados miembros, para lo cual es necesario garantizar el principio de unidad de interpretación.

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

**CUARTO.-** Del artículo 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea y de la propia naturaleza y función que desarrolla la cuestión prejudicial en la garantía del principio de uniformidad del Derecho de la Unión, se deriva claramente que la facultad del Juez Nacional de interponer la cuestión prejudicial constituye una institución establecida por el Derecho Europeo (y además, por una norma directamente aplicable), **que no puede ser condicionada o limitada por el ordenamiento interno.**

En efecto, el ordenamiento interno no puede contener normas que contradigan el Derecho de la Unión, y por tanto, tampoco el art. 267 TFUE. Por ello el Tribunal de Justicia de la Unión ha dictado en los últimos treinta años una serie de sentencias que consolidan y refuerzan la autonomía de la cuestión prejudicial, y de los Tribunales facultados para formularla, frente al Derecho interno.

Según ha señalado de forma reiterada la jurisprudencia del TJUE relativa al art. 267 TFUE, « *los órganos jurisdiccionales nacionales ostentan una amplísima facultad para someter la cuestión al Tribunal de Justicia si consideran que un asunto pendiente ante ellos plantea cuestiones que versan sobre la interpretación o la apreciación de la validez de las disposiciones de Derecho comunitario que precisan una decisión por su parte* » para la resolución del litigio del que conocen ( STJUE de 22 de junio de 2010, A. MELKI y S. ABDELI, as. acumulados C-188/10 y C-189/10, apdo. 41, STJUE de 16 de enero de 1974 RHEINMÜHLEN-DÜSSELDORF (conocida como Sentencia Rheinmühlen I), 166/73, Rec. p. 33, apartado 3; STJUE de 27 de junio de 1991, MECANARTE, C- 348/89, Rec. p. I-3277, apartado 44; STJUE de 16 de diciembre de 2008, CARTESIO, C-210/06, Rec. p. I-9641, apartado 88; y STJUE de 5 de octubre de 2010, as. ELCHINOV, C-173/09, apartado 26; o STJUE M. HUET, de 8 de marzo de 2012, C-251/11, apdo. 24).



**Una facultad que** los órganos jurisdiccionales nacionales que no resuelven en última instancia pueden ejercer en cualquier fase del procedimiento que estimen apropiada, y que **no puede ser limitada o condicionada por el funcionamiento interno del ordenamiento procesal nacional. Por ello el TJUE ha reaccionado contra cualquier limitación que, apoyándose en la regulación procesal de los Estados miembros, tenga como resultado efectivo un condicionamiento de esta facultad de formular la cuestión prejudicial de Derecho Europeo, neutralizando a través de su jurisprudencia cualquier limitación de derecho interno, y fortaleciendo esta facultad hasta hacerla prácticamente intocable o absoluta.**

**QUINTO.-** La extensión de la autonomía de esta facultad frente al Derecho interno se puede apreciar en la Jurisprudencia del TJUE, al menos en dos supuestos fundamentales: en primer lugar cuando la facultad de plantear la cuestión prejudicial se encuentra ante una norma procesal nacional que vincula a los órganos jurisdiccionales que no resuelven en última instancia a las valoraciones jurídicas efectuadas por un órgano jurisdiccional superior, lo que sucedería en el caso actual si se entendiese que el pronunciamiento del TS en la sentencia del caso *Pikabea*, contrario al planteamiento de una cuestión prejudicial sobre la interpretación de la DM 675/2008, impide a cualquier otro órgano jurisdiccional español el planteamiento de una cuestión prejudicial propia sobre la misma materia, aunque la estime procedente y necesaria en el uso de su independencia jurisdiccional.

Y en segundo lugar cuando la facultad de plantear la cuestión prejudicial se topa con la decisión de un órgano jurisdiccional superior que resuelve una impugnación contra la decisión de plantearla, lo que puede trasladarse en el caso actual a los supuestos en los que la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, impide de modo efectivo que la sección jurisdiccional competente pueda formular por sí misma la cuestión, como Tribunal facultado para ello por el art 267 TFUE.

**SEXTO.-** En relación con la primera cuestión la citada Sentencia TJUE *Rheinmühlen-Düsseldorf I*, establece de modo claro y específico que « **una norma de Derecho nacional, que vincule a los órganos jurisdiccionales que no resuelven en última instancia a las valoraciones jurídicas efectuadas por el órgano jurisdiccional superior, no puede privar a aquéllos de la facultad de someter al Tribunal de Justicia cuestiones de interpretación del Derecho comunitario al que se refieran tales valoraciones jurídicas** »

Y afirma tajantemente que el órgano jurisdiccional nacional que no resuelve en última instancia « **debe tener la libertad de someterle las cuestiones que le preocupan, si considera que la valoración jurídica efectuada por el órgano de rango superior pudiera llevarle a dictar una sentencia contraria al Derecho de la Unión** »

Si admitiésemos el criterio contrario, señala el TJUE, es decir si el Juez Nacional no pudiese someter la cuestión al Tribunal de Justicia, **la competencia de éste para resolver con carácter prejudicial sobre la aplicación del Derecho comunitario en todos los grados de los sistemas jurisdiccionales nacionales quedaría obstaculizada**.

La más reciente Sentencia del asunto *Križan y otros* ( STJUE de 15 de enero de 2013, C-416/10 ) señala que « *el artículo 267 TFUE debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, como el Tribunal remitente, está obligado a plantear de oficio ante el Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial incluso cuando se pronuncia tras la devolución de los autos a raíz de la casación de su primera resolución por parte del Tribunal Constitucional del Estado miembro de que se trata y cuando una norma nacional le obliga a resolver el litigio siguiendo la apreciación jurídica formulada de este último Tribunal.* »

**En consecuencia, el hecho de que esta Sala no haya estimado necesario formular cuestión prejudicial en relación con la interpretación de la Decisión Marco 675/2008, en nuestra sentencia núm. 874/2014, de 27 de enero de 2015, no puede impedir a una Sección Penal de la Audiencia Nacional formular cuestión prejudicial sobre la misma materia en un asunto de su competencia, si lo estima procedente y necesario.**

**Impedirlo vulnera el Derecho de la Unión.**

**SEPTIMO.-** La segunda cuestión que se plantea en el ámbito de la autonomía del planteamiento de la cuestión prejudicial frente al derecho interno, se refiere a los supuestos en los que la facultad de plantear la cuestión prejudicial se impide por la resolución de un órgano jurisdiccional superior que resuelve una impugnación contra la decisión de plantearla, o cuando la decisión de otro órgano jurisdiccional, como sucede en este caso con la adoptada por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, impide de modo efectivo que la sección jurisdiccional competente pueda formular por sí misma la cuestión, como Tribunal facultado para ello por el art 267 TFUE.

La doctrina jurisprudencial del TJUE nos conduce a la misma conclusión: el Tribunal superior, o en este caso una formación ampliada del mismo Tribunal, no puede sustraer al órgano jurisdiccional inicialmente competente la facultad de plantear la cuestión prejudicial si lo estima procedente y necesario. La Sentencia emitida en el asunto *CARTESIO* ( STJUE de 16 de diciembre de 2008, C-210/06 ) afirma que « **la competencia**





*autónoma de acudir ante el Tribunal de Justicia que el artículo 234 TCE confiere al primer juez se pondría en tela de juicio si, al reformar la resolución en la que se acuerde la remisión prejudicial, revocarla y ordenar al órgano jurisdiccional que dictó esa resolución proseguir el procedimiento suspendido, el órgano jurisdiccional de apelación pudiera impedir al órgano jurisdiccional remitente ejercer la facultad que le confiere el Tratado CE de plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia».*

Y ello es así porque, de conformidad con el artículo 267 del TFUE, la apreciación de «la pertinencia y la necesidad» de la cuestión prejudicial es responsabilidad única y autónoma del órgano jurisdiccional inicialmente competente para resolver el proceso donde la cuestión se plantea. Extraer el conocimiento de la causa a dicho órgano jurisdiccional, bien sea un órgano unipersonal o una sección debidamente constituida de un órgano colegiado, para trasladarlo a otro órgano jurisdiccional diferente, bien un órgano jurisdiccional superior, bien una formación ampliada del mismo órgano colegiado, con la finalidad de impedir el planteamiento de la cuestión prejudicial, vulnera manifiestamente el art 267 TFUE, conforme a su interpretación jurisprudencial por el TJUE.

La conclusión general que se deduce de esta jurisprudencia, es que las normas procesales nacionales no pueden poner en entredicho la «facultad» que tienen los órganos jurisdiccionales nacionales inicialmente competentes de plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial cuando albergan dudas acerca de la interpretación del Derecho de la Unión (STJUE CARTESIO, ya citada, STJUE ELCHINOV, ya citada, apartado 25. STJUE INTEREDIL, de 20 de octubre de 2011, C-396/09, apartado 35; STJUE BERICAP ZÁRÓDÁSTECHNIKAI BT, de 15 de noviembre de 2012, C-180/11, ap. 54; STJUE KRI?AN y otros, cit., apartado 67; STJUE CONSIGLIO NAZIONALE DEI GEOLOGI (de 18 de julio de 2013, C-136/12).

En el caso actual consta en el antecedente de hecho segundo del Auto impugnado que " *Por acuerdo de la Presidencia de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional de 12 de marzo de 2015, habiéndose planteado la Sección Tercera la posibilidad de formalizar cuestión prejudicial ante el TJUE en relación al alcance e interpretación de la Decisión Marco 2008/675/JAI*, y constando la STS 874/2014, de 27 de enero (Pleno) entendiéndose que no concurrían los requisitos a ese fin (art 267 TFUE), se avocaron al Pleno el conjunto de ejecutorias donde se planteara dicha posibilidad". Es decir, que la decisión de sustraer el asunto de la competencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal, competente inicialmente para su conocimiento, y avocarla al Pleno, estaba expresamente encaminada a evitar el planteamiento de la cuestión por el órgano jurisdiccional inicialmente competente. Cuestión cuya tramitación, como se deduce del texto del auto impugnado, ya se había iniciado.

OCTAVO.- En consecuencia, el cuarto motivo de recurso debió ser estimado, pues la decisión de avocar al Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional la facultad de formular al TJUE cuestión prejudicial sobre la interpretación en materia de acumulación de condenas de la Decisión Marco 675/2008 JAI, sustrayendo esta facultad de aquellas secciones jurisdiccionales que estimaban procedente y necesaria la formulación de dicha cuestión en los asuntos jurisdiccionales de su competencia, ha vulnerado el derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley.

Juez predeterminado por la ley que en el caso de la formulación de cuestiones prejudiciales ante el TJUE, y de conformidad con el Derecho de la Unión, es el órgano jurisdiccional inicialmente competente para enjuiciar el asunto en el que se plantea la cuestión, y no una composición ampliada del mismo órgano jurisdiccional con una mayoría diferente.

Y, asimismo, ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, en una decisión que prolonga de modo relevante su permanencia en prisión. Vulneraciones constitucionales que debieron llevar por sí mismas a la estimación del recurso, con anulación de la resolución impugnada.

Es por ello por lo que se formula el presente voto particular, dado en Madrid a 25 de febrero de 2016.

Candido Conde-Pumpido Tourn Alberto Jorge Barreiro

**PUBLICACION** .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Carlos Granados Perez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.