

EXCLUSIÓN DEL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA DE LAS CONDENAS EUROPEAS EN MATERIA DE ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS¹

Xabier Etxebarria Zarrabeitia

Profesor Ayudante Doctor
Universidad Complutense de Madrid

Title: *Exclusion of the principle of equivalence of European convictions regarding matters of legal cumulation of sentences*

Resumen: La trasposición de la Decisión Marco 2008/675/JAI debería haber supuesto la incorporación del principio de equivalencia de las resoluciones judiciales europeas también en la acumulación jurídica de las penas y fijación del máximo de cumplimiento. No es así porque una cuestión coyuntural (evitar excarcelaciones de personas presas por terrorismo) llevó a modificar los proyectos de leyes de trasposición en su trámite en el Senado. Esta frustración del sentido de la Decisión Marco fue avalada por el Tribunal Supremo e incluso aplicada retroactivamente a casos anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2014. El Tribunal de Derechos Humanos ha negado que se produjera una vulneración de la prohibición de retroactividad desfavorable. En consecuencia, la acumulación jurídica de las penas impuestas en la Unión Europea, cumplidas o no, con las penas impuestas en España que cumplan el req-

¹ Este trabajo se enmarca en las actividades del Grupo de investigación UCM APLIDERINT «Aplicación del Derecho Internacional» (971007). Este Grupo fue creado conforme a la Convocatoria GR96/20, de la Universidad Complutense de Madrid, siendo validado por resolución del Rectorado de fecha 23/09/2021, previa evaluación de la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y la Comisión de Investigación de la UCM. Así mismo, el presente trabajo se encuadra en el Proyecto I+D+I con el título «Exclusión social y sistema penal y penitenciario: análisis y propuestas acerca de tres realidades (inmigración y refugio, enfermedad mental y prisión). PID2019-105778RB-100. IUSMIGRANTE. Universidad Complutense de Madrid.

uisito temporal del art. 76.2 CP está por el momento cerrada en la vía jurisdiccional española, aunque podría reabrirse bien por el legislador español, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o bien por la acción supervisora de las instituciones europeas.

Palabras clave: Acumulación jurídica de penas; máximo de cumplimiento; decisiones marco; trasposición; principio de equivalencia; irretroactividad; cuestión prejudicial europea.

Abstract: *The transposition of Framework Decision 2008/675/JHA should have meant equivalent effects to a previous conviction handed down in another Member State also in the legal cumulation of convictions and the fixing of the maximum term of execution. This is not the case because a circumstantial issue (to avoid the release of persons imprisoned for terrorism) led to the modification of the transposition bills during their passage through the Senate. This frustration of the aim of the Framework Decision was endorsed by the Supreme Court and even applied retroactively to cases prior to the entry into force of Organic Law 7/2014. The Court of Human Rights has denied that there was a violation of the prohibition of unfavorable retroactivity. Consequently, the legal cumulation of convictions imposed in the European Union, fully executed or not, with convictions imposed in Spain that meet the temporal requirement of art. 76.2 CP is for the moment closed in the Spanish jurisdiction, although it could be reopened either by the Spanish legislator, by the European Court of Human Rights or by the supervisory action of the European institutions.*

Keywords: *Legal cumulation of penalties; maximum term of imprisonment; framework decisions; transposition; principle of equivalence; non-retroactivity; European preliminary ruling.*

Sumario: 1. Introducción. – 2. Acumulación jurídica de penas extranjeras y españolas. – 3. La trasposición de la DM 2008/675/JAI por la LO 7/2014, de 12 de noviembre. – 4. La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 874/2014, de 27 de enero de 2015. – 4.1. Derecho a la irretroactividad. – 4.2. Derecho a la igualdad ante la ley. – 4.3. Vulneración del Tratado de Funcionamiento de la UE: preceptivo planteamiento de la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE). – 5. Decisión (Sección Tercera) del TEDH de 26 de marzo de 2019 en el asunto Picabea Ugalde c. España. – 6. Consolidación de una incorrecta trasposición. – 7. Conclusiones. – 8. Bibliografía.

1. Introducción

El principio de equivalencia de las resoluciones judiciales europeas se acoge en la Decisión Marco 2008/675/JAI (en adelante DM): «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).

Esto es, en el marco de la creación de un espacio único de libertad, seguridad y justicia, conforme a un principio de confianza entre los Estados de Derecho de la Unión Europea, la ambición es la consecución de un alto grado de cooperación y coordinación política, policial y judicial que facilite la seguridad, una justicia eficaz y una fuerte protección de las libertades públicas para la ciudadanía. La pieza que aporta la DM 2008/675/JAI es que las resoluciones judiciales europeas tengan los mismos efectos en cualquier Estado miembro que las resoluciones judiciales nacionales. Qué efectos tengan depende de cada legislación nacional; la cuestión es que las de otros Estados miembros tengan los mismos que las nacionales.

Sin embargo, en España esto no es así en materia de acumulación jurídica de las penas (art. 76 del Código Penal (en adelante CP) /art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en adelante LECrim) por efecto de la Ley Orgánica 7/2014 (en adelante LO); tampoco cuando la persona sea trasladada a España para cumplir condenas impuestas en otro Estado miembro junto con otras impuestas en España (por la remisión de la Ley 23/2014 a la LO 7/2014). Este resultado de oclusión del principio de equivalencia en materia de acumulación jurídica de penas comenzó con el denominado caso Picabea (llamado así por la relevancia para los demás casos de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 874/2014, de 27 de enero de 2015, —en adelante STS—, aunque en realidad el inicio vino de la STS del caso Urrosolo (STS 186/2014, de 13 de marzo) y la respuesta del Gobierno del momento a las posibilidades de excarcelaciones de presos por delitos de terrorismo de ETA que abrían el principio de equivalencia y su acogida por la jurisprudencia española.

El «caso Picabea» (o Pikabea) hace referencia a la solicitud de acumulación, *ex* art. 988 párrafo tercero LECrim, de la pena impuesta y cumplida en Francia por Pedro Picabea Ugalde con las penas impuestas en España tras su extradición en noviembre de 2001; penas estas ya acumuladas y limitadas al máximo de cumplimiento de 30 años del art. 70.2 CP 1973 (por Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 13 de septiembre de 2007, en adelante ATS).

La acumulación solicitada habría supuesto que la pena de 10 años de prisión impuesta el 26 de mayo de 1997 por el *Tribunal de Grande Instance de País, 11eme chambre*, cumplida ya íntegramente en Francia en el momento de su extradición, se acumulara a las penas impuestas con

posterioridad en España² de modo que el tiempo de prisión cumplido en Francia se computara en el cumplimiento del máximo de 30 años establecido en el art. 70.2 CP 1973, lo que habría supuesto un adelantamiento de la fecha de cumplimiento respecto a la establecida en la liquidación de condena existente en aquel momento³.

Obviamente no fue el único caso en el que se abordó esta cuestión durante los años 2013 y 2014. Entre junio y julio de 2013 presentamos⁴ las solicitudes de acumulación de penas cumplidas en Francia de Kepa Pikabea, Joseba Urrosolo y Carmen Guisasola, siendo todas ellas desestimadas por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. El caso de Urrosolo Sistiaga⁵ terminó con la aceptación de la acumulación por la STS 186/2014, de 13 de marzo⁶. Tras la reiteración de las solicitudes de Guisasola y Picabea en marzo de 2014, la acumulación de las penas impuestas en Francia y en España a Guisasola fue estimada por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por Auto de 21 de octubre de 2014. Extrañamente, siendo los casos idénticos, la nueva solicitud de Pikabea había sido desestimada por Auto de 4 de septiembre de 2014. Sin embargo, la solicitud de otro interno presentada por otro letrado había sido estimada por Auto de la misma Sección de 9 de junio de 2014. La solicitud de Rafael Caride Simón de marzo de 2014 fue resuelta favorablemente por Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2014; este último ya envuelto en la polémica pública⁷ generada durante noviembre, tras la aprobación de la LO 7/2014, de 12 de noviembre.

La notoriedad de este caso en concreto, el de Pikabea⁸, vino de que fue el caso que en diciembre de 2014 se avocó al Pleno del Tribunal Su-

² Sentencias de la Sala de lo Penal de la Audiencia nacional de 13 de enero, de 23 de enero y de 20 de mayo de 2003 y de 17 de octubre de 2005; todas ellas obviamente por hechos anteriores a la sentencia francesa.

³ Puede verse un esquemático resumen de antecedentes de hecho del caso, con alguna imprecisión, en la Decisión de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de marzo de 2019 (Demanda 3083/17 Pedro José Picabea Ugalde c. España).

⁴ Es de rigor advertir de que fui el letrado que elaboró las solicitudes.

⁵ En muchas ocasiones, comenzando por las resoluciones judiciales, referido erróneamente como Urrusolo.

⁶ Ponente Colmenero Menéndez de Lurca, ECLI:ES:TS:2014:840 (casando el Auto de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2013).

⁷ Véase la reacción del Gobierno en el Boletín de Prensa de 6 de diciembre de 2014 en <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/boln/Paginas/2014/boln20141206.aspx> (última consulta 28 de noviembre de 2022).

⁸ Son varias las obras que hacen referencia al caso mediante el apellido en el título: DOLZ LAGO, M.J.: «Caso PICABEA. Acumulación de condenas: inclusión de sentencias dictadas por Tribunales de Estados Miembros de la Unión Europea». *Diario La Ley*. N° 8497, 10 de marzo de 2015, pp. 1-4.; DOLZ LAGO, M.J.: «Caso PICABEA. Acumulación de sentencias europeas». *Diario La Ley*. N° 8914, 3 de febrero de 2017, pp. 1-5; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. – RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *Terrorismo vs. leyes y jueces*. El

premo para su resolución (STS Pleno 874/2014, de 27 de enero de 2015⁹), la cual desestimó el recurso de casación interpuesto por el penado Picabea Ugalde contra el referido Auto de 4 de septiembre de 2014; esto es, se aprovechó este caso pendiente desde octubre (remitido a la sala de admisiones del TS el 11 de noviembre) para dar respuesta rápida a la polémica generada con los autos de 2 de diciembre.

El interés jurídico del caso Picabea alcanza no sólo a la cuestión de la acumulación jurídica de las penas (*ex art. 76 CP o 70.2 CP 1973*) impuestas en procedimientos diferentes (art. 988 párrafo 3º LECrim), en concreto de las impuestas en el extranjero con las impuestas en España, sino también a la interpretación de normativa de la Unión Europea (en concreto de la DM 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal), a la trasposición de la misma realizada por España mediante la LO 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea¹⁰, a la aplicabilidad de esta LO 7/2014 (o «de su espíritu») a solicitudes de acumulación pendientes antes de su entrada en vigor y a la necesidad de planteamiento de la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) prevista en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) y, por tanto, a la exclusividad de la competencia del TJUE para interpretar el derecho de la Unión. Atañe por tanto a cuestiones esenciales de nuestro sistema de garantías penales, como la irretroactividad de las normas penales, el principio de legalidad, el principio de proporcionalidad, el mandato de resocialización, el principio de humanidad de las penas o el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, pero también a cuestiones esenciales de la arquitectura institucional de la Unión Europea y del sistema de protección de derechos humanos en Europa (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante TEDH).

Lo cierto es que la vía judicial del caso Picabea terminó con la Decisión de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

reconocimiento de condenas penales europeas a efectos de acumulación A propósito del caso Picabea. Tirant lo Blanch, 2016; SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: «La doctrina Picabea (negativa a la acumulación de condenas europeas) ante el TEDH ¿un problema de *lex mitior intermedia*? (STEDH, «as. Arrózpide Sarasola y otros c. España», 23.10.2018) *Revista española de derecho europeo*, N.º. 69, 2019, págs. 159-203; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X.: «Irretroactividad de la ley penal desfavorable: Valoración de la STEDH de 26 de marzo de 2019 (caso Picabea Ugalde c. España)». *Estudios sobre Jurisprudencia Europea. Materiales del IV Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*. Ruda González, A. y Jerez Delgado, C. (dirs.) SEPIN. Febrero 2021 SP/DOCT/109156.

⁹ Ponente Soriano Soriano ECLI:ES:TS:2015:471; con cuatro votos particulares que suscribieron 6 de los 15 magistrados del Pleno.

¹⁰ Así como a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

de 26 de marzo de 2019¹¹, que declaró la demanda inadmisibile por carecer manifestamente de fundamento (artículo 35 §§ 3 (a) y 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), porque la cuestión planteada ya había sido resuelta en sentido desestimatorio en la Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de octubre de 2018 en el asunto Arrózpide Sarasola y otros¹² c. España¹³.

En consecuencia, por el momento, quedó incuestionada la trasposición de la DM 2008/675/JAI realizada por la LO 7/2014¹⁴. Igualmente, su aplicación a todos los asuntos resueltos por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional antes de la entrada en vigor de la LO 7/2014 el 3 de diciembre de 2014; interpretando por tanto que no habría habido quebranto de la prohibición de retroactividad en estos casos¹⁵. También la interpretación del art. 3 de la DM 2008/675/JAI realizada por el Tribunal Supremo, así como la ausencia de preceptividad o necesidad de planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE para su interpretación.

En mi opinión, que intentaré argumentar en los siguientes apartados, el resultado final es que la DM 2008/675/JAI ha quedado traspuesta de modo contrario a lo previsto en la DM 2008/675/JAI, cuya finalidad era que las condenas en un Estado Miembro tuvieran el mismo efecto en otro Estado Miembro que las surgidas de sus propios órganos judiciales (principio de equivalencia).

¹¹ Demanda 3083/17, Pedro José Picabea Ugalde c. España, interpuesta el 28 de diciembre de 2016.

¹² Esta sentencia tiene su origen en tres demandas (nº 65101/16, 73789/16 y 73902/16) interpuestas ante el TEDH contra el Reino de España por tres nacionales españoles, los Sres. Santiago Arrózpide Sarasola («el primer demandante»), Alberto Plazaola Anduaga («el segundo demandante») y Francisco Múgica Garmendia («el tercer demandante») los días 4, 23 y 21 de noviembre de 2016, respectivamente.

¹³ En estos casos, la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional había acordado la acumulación de las penas cumplidas en Francia con las impuestas en España por tres autos de 2 de diciembre de 2014 (el día anterior a la entrada en vigor de la LO 7/2014). Los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal fueron estimados por las SSTS 178/2015 y 179/2015, de 24 de marzo, Ponente Palomo Del Arco, con voto particular en ambas de Giménez García, ECLI:ES:TS:2015:1238 y ECLI:ES:TS:2015:1239, respectivamente, y la STS 235/2015, de 23 de abril, y 270/2015, de 7 de mayo, Ponente Soriano Soriano, con voto particular de Varela Castro, ECLI:ES:TS:2015:1905 y ECLI:ES:TS:2015:2178, respectivamente, conforme a la doctrina dictada en el denominado caso Picabea: STS Pleno 874/2014, de 27 de enero de 2015. Extrañamente, NISTAL BURÓN, J. y TRANCÓN RODRÍGUEZ, M. (2015) «Excepciones de la ley española al principio de equivalencia de las condenas de otros Estados miembros de la Unión Europea. Consecuencias y efectos en el ámbito de la ejecución penal», *Diario La Ley*, 8599, 7 de septiembre de 2015, p. 5, afirman dos veces que entró en vigor el 20 de diciembre. Es de suponer que será una doble errata.

¹⁴ Como luego se verá, en concreto en el art. 14, modificado en el trámite en el Senado para contrarrestar el resultado de la STS 186/2014 («caso Urrosolo»)

¹⁵ Ni habría habido un supuesto de ley intermedia favorable (ver SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: Ob. cit. 2019, pp. 159-203).

Este efecto de equivalencia en la acumulación y limitación de penas impuestas en Estados Miembros diferentes, como así se recogía en los proyectos de ley que cristalizaron en la Ley Orgánica 7/2014 y en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, fue eliminado en las «auto-enmiendas» en el Senado para dar al traste con la doctrina del caso Urrosolo (STS 186/2014), con el principio de equivalencia de la DM en este ámbito y con el anteproyecto de ley de trasposición elaborado por el Gobierno y con el proyecto aprobado por el Congreso de los Diputados. En el proceso de consolidación de esta ilegalidad, en mi opinión, se ha avalado la aplicación retroactiva de la LO 7/2014 y arrumbado en este caso el sistema de la prejudicialidad al TJUE¹⁶.

Como consecuencia, en relación con personas concretas, tiene el efecto de que el tiempo pasado en prisión en otros países cumpliendo condenas impuestas en esos países por hechos delictivos temporalmente conexos no entra en el cómputo del límite máximo a efectos de acumulación —30 o 40 años, según que la fecha de los hechos sea anterior o posterior a 2 de julio de 2003—, de tal modo que, cuando terminen de cumplir sus condenas, mayoritariamente en Francia, serán extraditadas a España, juzgadas y condenadas a penas que podrían alcanzar los 30 o 40 años de límite máximo de cumplimiento efectivo. En definitiva, como expresan MAROTO CALATAYUD Y MUÑOZ DE MORALES ROMERO¹⁷, el castigo será más severo que si todas las penas se hubieran impuesto en España. Como expresa RODRÍGUEZ YAGÜE, la no acumulación conduce *de facto* a una pena de prisión «perpetua»¹⁸.

La cuestión no afecta legalmente de modo específico a los delitos de terrorismo¹⁹, pero la polémica sobre la cuestión de si las penas extranjeras, en especial las de países de la Unión Europea, son acumulables a las penas españolas vino marcada por la excarcelación de algunos significados presos por delito de terrorismo en diciembre de 2014.

¹⁶ En opinión de RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: Ob. cit. 2021, p. 176, nota 40, quedaría pendiente de la evaluación por el TJUE de si la previsión recogida en el art. 14 de la LO 7/2014 vulneraría el principio de la Decisión Marco 2008/675/JAI.

¹⁷ MAROTO CALATAYUD, M. – MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: «Prosecuting and Punishing Multi-Offenders in Spain». AUDENAUERT, N. – DE BONDT, W. (eds.): *Prosecuting and Punishing Multi-Offenders in the EU A Comparative Analysis of the Legal Frameworks Regarding Offenders of a Multitude of Offences*. Gompel&Svacina. Belgium – The Netherlands. 2021, p. 282.

¹⁸ RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *Las prisiones como estrategia frente al desafío del terrorismo, la radicalización y el extremismo violento*. Iustel. 2021, p. 169 y ss. alude a este elemento en el marco del progresivo endurecimiento del Código penal, con remisión a su trabajo en MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. y RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: Terrorismo vs. leyes y jueces. El reconocimiento de condenas penales europeas a efectos de acumulación. A propósito del caso Picabea, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

¹⁹ Así lo destacó también el voto particular del magistrado Colmenero Menéndez de Lurcar a la STS 874/2014.

2. Acumulación jurídica de penas extranjeras y españolas

Conviene recordar que las limitaciones al cumplimiento sucesivo (art. 75 CP) de las penas privativas de libertad establecidas por el art. 76 CP tienen como fundamento la proscripción de penas inhumanas del art. 15 CE, la proporcionalidad en la restricción de derechos fundamentales como la libertad (art. 17 CE) y el mandato de orientar el cumplimiento de las penas a la reinserción social del art. 25.2 CE²⁰. En mi opinión es algo que ha quedado oscurecido en el proceso referido en la introducción y apenas se atisba en las resoluciones judiciales que han ido jalonando el proceso.

Y este fundamento no desaparece cuando la actividad delictiva se ha desarrollado entre España y Francia y tras la detención se van sucediendo las sentencias y penas, primero en Francia y luego en España. Igual de desproporcionado, inhumano y contrario al mandato de la reinserción ha de considerarse un cumplimiento sucesivo de penas acumulables que supere los 30 o 40 años de prisión cuando todas las penas se han impuesto en España que cuando se han impuesto en el extranjero y en España, se hayan cumplido las primeras antes de comenzar el cumplimiento de las españolas o no. La razón final de que las penas impuestas en el extranjero no sean acumulables con las penas impuestas en España no se compadece con el fundamento de la institución de la acumulación jurídica. No se ha argumentado así por parte del legislador²¹, ni por la fiscalía ni la administración de justicia, sino con base en argumentos formales desconectados de la *ratio legis* de la institución.

Es doctrina pacífica y consolidada que la conexidad, a efectos de qué penas impuestas en sentencias diferentes se pueden acumular a otras y aplicar los límites máximos de cumplimiento efectivo, es, desde hace tiempo, exclusivamente temporal, mediante una interpretación flexible, en favor del reo y por razones humanitarias, del instituto de la acumulación jurídica de penas derivado de los arts. 76 CP y 988 LECrim²².

Serán acumulables todas las penas impuestas por delitos que no estuviesen ya sentenciados en el momento de la comisión del hecho que haya

²⁰ Por todos, sobre los fundamentos de la institución, véase GARCÍA SAN MARTÍN, J.: *La acumulación jurídica de las penas*. Premio Nacional Victoria Kent 2015. SGIP. Ministerio del Interior. 2016, pp. 33-39, con consideraciones de interés sobre las acumulaciones aritméticas de penas no limitables por cuestiones temporales, o VARONA JIMÉNEZ, A.: *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de las penas*. Tesis doctoral. 2019, pp. 49-63. MAROTO CALATAYUD, M. – MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: *Ob. cit.*, pp. 261-262 hacen referencia a estas y otras justificaciones de la institución; es de interés destacar que la obra está escrita para la comprensión del lector europeo, ajeno a nuestro original sistema de acumulación jurídica de penas.

²¹ El legislador en la modificación del proyecto de ley de la LO 7/2014 se quedó en una críptica y ambigua alusión a la seguridad jurídica, que luego se comentará.

²² Por todos VARONA JIMÉNEZ, A.: *Ob. cit.* 2019, pp. 267-292.

dado lugar a la última resolución, con independencia de que tuviesen analogía o relación entre sí, siempre que desde una perspectiva estrictamente temporal hubiera sido posible enjuiciarlos en un solo proceso.

Conforme a esta normativa, y consolidada jurisprudencia, son acumulables las penas dictadas en distintos procedimientos conforme a un criterio exclusivamente temporal; esto es, que hubieran podido ser juzgadas en un mismo procedimiento atendiendo a un criterio exclusivamente temporal; excluyéndose únicamente las referentes a hechos posteriores a la primera de las sentencias que se quieran acumular²³.

Es cierto que no existía ninguna previsión legal específica respecto a la acumulación de penas extranjeras y españolas; razón por la cual la literalidad de los preceptos y su no exclusión expresa —a falta de criterios que permitieran fundamentar una interpretación contra reo— necesariamente debía llevar, en mi opinión, por respeto al art. 25.1 y 9.3 CE, a admitir la posibilidad.

Así lo hacía el Tribunal Supremo en la primera ocasión en que se pronunció, la STS 1129/2000, de 27 de junio²⁴; ni la literalidad de los preceptos, ni el fundamento de la limitación del cumplimiento sucesivo de penas llevaban a la exclusión de la posibilidad de acumular jurídicamente penas impuestas en el extranjero con penas impuestas en España²⁵; aunque es cierto que en el punto 4 del Fundamento de Derecho Único, tras esta afirmación, se recoge que «La cuestión, sin embargo, depende de lo establecido en el Tratado de cooperación en materia de ejecución de sentencias, que es también aplicable», concluyendo que ni el artículo 4 ni el 5 del Tratado lo impiden. En ningún punto de la STS se recoge

²³ Sobre la doctrina general de la acumulación jurídica de las penas puede verse también SOLAR CALVO, P.: *Triple de la mayor y condenas eternas. A propósito del Acuerdo del TS de 27 de junio de 2018*. Reus. 2019, pp. 15-25.

²⁴ Ponente Bacigalupo Zapater, ECLI:ES:TS:2000:5235.

²⁵ «La primera cuestión, concerniente a la admisibilidad de la refundición de penas impuestas por tribunales extranjeros con penas de tribunales nacionales, debe ser decidida sobre la base de lo establecido en la ley española aplicable, dado que en el Tratado no existe norma alguna al respecto. Se trata, en consecuencia, de si los arts. 70.2 CP 1973 o 76 CP son aplicables en dichos supuestos. La respuesta debe ser positiva. En efecto, el texto de estos artículos no contiene ninguna exclusión. Su fundamento, por otra parte, tampoco determina exclusiones. Las reglas que limitan la acumulación aritmética de las penas en los casos de concurso real, sobre todo en un sistema como el nuestro, que excluye las penas perpetuas privativas de la libertad, tienen la finalidad de no eliminar el carácter temporal de la pena, así como la de unificar la reprobación del hecho mediante un símbolo único del reproche, como sostienen autores modernos. Ninguna de estas finalidades deja de tener sentido cuando una de las penas ha sido impuesta por un tribunal extranjero. Por lo tanto, las reglas contenidas en los arts. 70 CP 1973 y 76 CP pueden en principio ser aplicadas tanto a sentencias nacionales como extranjeras». «...una vez admitido que los arts. 70 CP. 1973 y 76 CP. son aplicables sin sujeción al ámbito territorial en el que se dictaron las condenas...» «...la distinta jurisdicción nacional de los Tribunales que han impuesto las condenas carece de relevancia...» «...lo decisivo de la conexión temporal no es de naturaleza procesal, sino material».

como elemento determinante que la sentencia se haya cumplido ya en el extranjero o su cumplimiento se vaya a continuar en España. Sí afirma por el contrario que «carece de importancia si los Tribunales tailandeses hubieran tenido jurisdicción para juzgar los hechos por los que el recurrente resultó condenado por la Audiencia Nacional» y que, aunque carezca de relevancia para la resolución, que «conforme al art. 23.4 LOPJ España hubiera tenido jurisdicción para enjuiciar el delito cometido en Tailandia».

Sin embargo, en la siguiente ocasión, la STS 2117/2002, de 18 de diciembre²⁶, sobre una condena en Francia por terrorismo de ETA, se opuso a la acumulación solicitada, con un solo argumento:

«simplemente porque esos distintos hechos, los realizados en España y los de Francia, en modo alguno pudieron ser objeto del mismo proceso, por haber ocurrido en territorios nacionales distintos, es decir, sometidos a la soberanía de diferentes estados y por tanto, enjuiciados por jurisdicciones nacionales diferentes. ...el hecho de haberse cometido las diferentes infracciones penales en territorios sometidos a soberanías estatales distintas cuando el enjuiciamiento se produjo en Francia y allí se ha cumplido la pena, hace que la jurisdicción española tenga que considerarse ajena a lo enjuiciado en este otro país, incluso a los efectos de acumulación de condenas que ahora nos interesa. ...precisamente esa diferente circunstancia (el lugar de la detención) no puede considerarse irrelevante: justifica ese resultado desigual. ...Hechos ocurridos en Francia, repetimos, juzgados y condenados allí donde tal pena fue cumplida hasta su extinción. La jurisdicción española es ajena a todo esto»²⁷ (la cursiva es mía).

Es decir, la resolución se produce de modo claramente contrario a los criterios de la sentencia de 2000. En este caso, el argumento es el principio de soberanía nacional. Ante la ausencia de regulación expresa, es la ausencia de Tratado²⁸ lo que lleva a considerar que el principio de soberanía impide la acumulación y lo que diferencia este caso del de la STS

²⁶ Ponente Delgado García, ECLI:ES:TS:2002:8580.

²⁷ Para la STS, la aplicación del principio de soberanía nacional lleva a «excluir eficacia a la condena francesa, al no existir ningún acuerdo internacional ni norma interna que nos obligue a otra cosa». Se alude al fundamento de la institución («Las razones humanitarias que, según la doctrina de esa sala, constituyen el fundamento de estas limitaciones de penas de los arts. 70.2ª CP 73 y 76 CP 95, no alcanzan a este caso respecto del cual la jurisdicción española ha de considerarse ajena», pero no se explica por qué ese fundamento no alcanza a estos casos.

²⁸ Aunque se podría haber acudido como criterio interpretativo favorable al art. 56 Convenio Europeo n.º 70 sobre el valor internacional de las sentencias penales (BOE 78/1996, de 30 de marzo): «Todo Estado Contratante adoptará las medidas legislativas que estime oportunas con el fin de permitir a sus tribunales, al dictar una sentencia, tener en cuenta cualquier sentencia penal europea dictada anteriormente con audiencia del acusado por razón de otra infracción con el fin de dotar a esta sentencia de todos o parte de los efectos que su ley prevea para las sentencias dictadas en su territorio. Determinará las condiciones en que se tendrá en cuenta dicha sentencia». Como se ve, este Tratado ya apuntaba al principio de equivalencia.

1129/2000 en el que sí había Tratado, en el que había una «voluntaria limitación de los derechos de soberanía». Al contrario de otras sentencias, en las que la idea es que la ausencia de regulación específica lleva a mantener la regla general coherente con el fundamento de la institución, aquí la ausencia de obligación determina que se eluda la aplicación de las limitaciones al cumplimiento sucesivo por el solo argumento del principio de soberanía.

Aunque se menciona el hecho de que la pena se había ejecutado ya en Francia, no se emplea como argumento de la diferencia de trato²⁹.

El argumento en mi opinión era erróneo por dos motivos y fue reiteradamente desautorizado en las sentencias posteriores que se comentan después. Primero en virtud del art. 23 LOPJ, puesto que, si hubiera sido detenido en España o extraditado, al ser español, sí podría haber sido juzgado por los delitos cometidos en Francia u otro país³⁰; segundo, porque por el criterio exclusivamente temporal —el único existente, con expreso rechazo jurisprudencial de otras exclusiones de derecho adjetivo— sí podrían haberlo sido; el principio de soberanía no juega ningún papel.

Las dos siguientes sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia rechazaron los argumentos de esta STS 2117/2002³¹.

La STS 926/2005, de 30 de junio³², en 23 líneas de Fundamentos de Derecho, estimó la acumulación basándose en un criterio exclusivamen-

La STS 874/2014 no consideró que sirviera como criterio de interpretación: «Así como España lo ha ratificado (BOE núm. 8, de 30 de marzo de 1996), no es el caso de Francia, que no lo ha firmado. Y por otra parte, como refiere el propio Informe Explicativo, además de no resultar obligatorio, la concreta determinación de estos efectos, resta al criterio de interposición legislativa nacional (inexistente con anterioridad a la Ley Orgánica 7/2014), donde no se requiere que la ponderación de la condena del otro Estado europeo sea íntegra, sino que se permite a cada Estado determinar qué efectos desea ponderar; y si exclusivamente, refiere el Informe a modo de ejemplo, sólo se pondera la condena de otro Estado europeo para determinar en su caso la reincidencia, sería suficiente».

²⁹ La STS 186/2014 posteriormente dirá que «Pueden oponerse a la acumulación solicitada dos clases de razones. En primer lugar, que la pena cuya acumulación se pretende, ya estaría cumplida en su totalidad. Sin embargo, esta Sala se ha mostrado favorable a la posibilidad de incluir dentro de la acumulación aquellas sentencias que, dadas la fecha de los hechos y la de la condena, cumplieran los requisitos derivados del artículo 988 de la LECrim, aun cuando, por las vicisitudes del proceso las penas ya hubieran sido cumplidas en su integridad». Sin embargo, la STS 874/2014 convirtió este elemento en esencial hasta el punto de emplearlo para excluir la consideración de las sentencias distintas de la STS 2117/2002, como si aquellas no hubieran existido.

³⁰ Argumento referido por la STS 1129/2000, pero valorado como irrelevante porque el criterio de conexidad es exclusivamente temporal.

³¹ En el mismo sentido NISTAL BURÓN, J. y AYUSO FERNÁNDEZ, A.B. (2014), «La posibilidad de acumular condenas impuestas por tribunales extranjeros con las impuestas en España a propósito de la STS 186/2014, de fecha 13 de marzo», *Diario La Ley*, 8307, 9 de mayo de 2014. Sin embargo, SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: *Ob. cit.*, p. 6 entiende que la STS 2117/2002 es la única que abordó la cuestión de manera directa.

³² Ponente García Pérez, ECLI:ES:TS:2005:4387.

te temporal³³, sin ninguna otra consideración, consolidando por tanto el criterio de la STS 1129/2000 y contradiciendo implícitamente el argumento de la STS 2117/2002.

La STS 368/2013, de 17 de abril³⁴ ante la ausencia de obstáculo en el Convenio regulador del traslado, aceptó la acumulación³⁵. Estas sentencias, que desautorizaron el criterio de la soberanía, ni se fundamentaron en que las penas extranjeras estuvieran ya cumplidas o no³⁶, ni aluden a ningún «*prius* lógico» (STS 874/2014)³⁷; de hecho, lo niegan al permitir la acumulación de penas impuestas en territorios soberanos ajenos.

En esta situación jurisprudencial, las solicitudes de acumulación de las penas impuestas en Francia con las penas impuestas en España en los casos de Picabea, Urrosolo y Guisasola se basaban en la unicidad del criterio temporal, que no puede ser entorpecido por consideraciones adjetivas como la distinta soberanía, en el fundamento de la institución (los principios de humanidad, proporcionalidad y reinserción social), en la inexistencia de regulación específica nacional o internacional que lo impidiera, en el principio de igualdad del art. 14 CE y en el principio de

³³ «Atendiendo a que todos los hechos ocurrieron en 1997 y a que la primera sentencia no fue dictada sino años después, debe afirmarse que, además de existir conexión temporal, no se puede entender aplicable la restricción a la que nos venimos refiriendo. Conviniendo hacer referencia a que, con arreglo al art. 23.4 f. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incluso el hecho cometido en Tailandia pudo haber sido enjuiciado en España».

³⁴ Ponente Saavedra Ruiz, ECLI:ES:TS:2013:2477: «...ningún obstáculo existe para que, concurriendo semejante circunstancia, dicha ejecutoria no haya de entrar en el objeto de la acumulación, pues opera sobre ella el Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas firmado en Estrasburgo el 21/03/1983, que España ratificó mediante Instrumento de 18/02/1985 y publicó en el Boletín Oficial del Estado núm. 138, de 10/06/1985, al igual que lo ratificó Andorra con fecha 04/11/1999. A su tenor, en aras de facilitar la cooperación y colaboración de los Estados firmantes, se autoriza el traslado desde el Estado de condena al Estado de cumplimiento de aquel penado que sea nacional del segundo, siempre que la sentencia dictada en el primero sea firme y concurran los demás presupuestos del art. 1. Se seguirán a partir del traslado las reglas de ejecución imperantes en el Estado de cumplimiento (art. 9.3)».

³⁵ «Como con acierto expone el Fiscal en su informe ante esta Sala, apoyando expresamente el recurso, ningún obstáculo existe para que, concurriendo semejante circunstancia, dicha ejecutoria no haya de entrar en el objeto de la acumulación, pues opera sobre ella el Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas firmado en Estrasburgo el 21/03/1983...».

³⁶ LIÑÁN LAFUENTE, A.: «Ejecución de penas privativas de libertad y de otros derechos». Rodríguez-Ramos Ladaria, G. – Díez Ríaza, S.: *Litigación penal. Visión sistemática y actual del proceso*. Bosch. 2019, p. 627, haciéndose eco de la STS 344/2017, de 12 de mayo, Ponente Granados Pérez ECLI:ES:TS:2017:1882, F.J: Único (aunque esta emplea el término «denominador común»), recoge sin embargo este carácter; «fundamentos comunes», como si hubiera sido esencial en las sentencias referidas.

³⁷ «...esta exigencia de enjuiciamiento conjunto, que se observa desde una perspectiva puramente temporal, engloba un *prius* lógico jurisdiccional: que todas las condenas se ejecuten por los tribunales españoles. Si no opera la jurisdicción española, no hay posibilidad de enjuiciamiento conjunto de los hechos».

legalidad del art. 25.1 CE y, a mayor abundamiento, en el art. 3 de la DM 2008/675/JAI del Consejo:

«1. Cada Estado miembro garantizará que se tomen en consideración, con motivo de un proceso penal contra una persona, las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros contra la misma persona por hechos diferentes, sobre las cuales se haya obtenido información a través de los instrumentos de asistencia judicial aplicables o mediante el intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales, en la medida en que se tomen en consideración las condenas nacionales anteriores y se atribuyan a aquellas condenas los mismos efectos jurídicos que a las condenas nacionales anteriores, de conformidad con el Derecho nacional.

2. El apartado 1 se aplicará en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena, en particular por lo que respecta a las normas de procedimiento aplicables, incluidas las relativas a la detención provisional, la calificación de la infracción, el tipo y el nivel de la pena impuesta, e incluso las normas que rigen la ejecución de la resolución».

Finalmente, a resultas del recurso de casación en el caso Urrosolo, se dictó la STS 186/2014, de 13 de marzo³⁸, la cual, zanjando la excepción de la STS 2117/2002³⁹ —ya superada por las posteriores de 2005 y 2013—, aplicando literalmente el art. 70.2º CP 1973 y, ante la falta de una regulación específica para el caso de acumulación de condenas extranjeras —no ante una prohibición o una laguna, que nunca han existido—, advirtiendo de que las SSTS 1129/2000, de 27 de junio; 926/2005, de 30 de junio; y 368/2013, de 17 de abril, no habían visto ningún obstáculo en la cuestión de la soberanía, admitió la acumulabilidad. Y, a mayor abundamiento, como criterio interpretativo y no como aplicación directa, con más razón para las condenas extranjeras de países de la UE, sentenció que cabía acumular cualquier condena impuesta en los países de la UE en virtud del Espacio Único de Justicia en la UE y uno de sus desarrollos, la DM 2008/675/JAI, de 24 de julio⁴⁰.

Y así lo entendió la Audiencia Nacional desde entonces: en el Auto de 9 de junio de 2014 de la Sección 3ª (caso García Corporales; Auto de liquidación de condena de 19 de diciembre de 2014) y en el Auto de 21 de

³⁸ Sala compuesta por Colmenero Menéndez de Lúcar —Ponente—, Martínez Arrieta, Soriano Soriano, Varela Castro y Del Moral García.

³⁹ Que, sin embargo, la STS 874/2014 quiso convertir en la regla.

⁴⁰ «...la posición sostenida en aquella sentencia [1129/2000], en cuanto no suprimía la posibilidad de acumular sentencias dictadas por un Tribunal no español, resulta más conforme con la existencia de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, que implica, de alguna forma, una distinta consideración de algunos aspectos relacionados con el ejercicio de la soberanía».

octubre de 2014 de la Sección 3ª (caso Guisasola Solozábal; liquidación de condena de 24 de noviembre de 2014⁴¹).

Conviene recordar que ninguno de estos dos Autos de acumulación fue recurrido por el Ministerio Fiscal, por lo cual devinieron firmes; es decir, la fiscalía de la Audiencia Nacional había asumido el criterio de la STS 186/2014.

En estos meses, las representaciones procesales de decenas de personas presas en la misma situación presentaron solicitudes de acumulación de las condenas francesas. Había por tanto desde la STS 186/2014 una expectativa cierta de que ese era el criterio legal; la STS 874/2014 no supuso un mero cambio de criterio jurisprudencial; lo determinante fue la aprobación de la Ley Orgánica 7/2014; esto fue lo que cambió el panorama.

En el caso de Guisasola, la fiscalía de la Audiencia Nacional se opuso inicialmente a la acumulación, pero la Sala la acordó, exclusivamente con base en el criterio material de conexidad temporal y en coincidencia con el apoyo de la STS 186/2014 en la DM 2008/675/JAI y rechazando la aplicación de la DM 909/2008 que solicitaba la fiscalía, por tener un objeto distinto. Por su parte, en el Auto de la Sección Tercera de 9 de junio de 2014, caso García Corporales, la acumulación se fundamentó por la Sala, con referencia a la STS 186/2041, exclusivamente en el elemento temporal, oponiéndose al criterio de la fiscalía. La fiscalía se opuso a la acumulación en este caso arguyendo que la fecha de la sentencia en Francia, 9 de febrero de 1994, era muy posterior, unos 5 años, a los hechos condenados en España, asumiendo la fiscalía el criterio de la STS 186/2014 favorable a la acumulación⁴². Obviamente la Sección 3ª de la Sala de lo Penal acordó la acumulación precisamente porque los hechos eran anteriores a la primera sentencia condenatoria, la francesa. La fiscalía de la Audiencia Nacional no recurrió estos autos en casación, asumió el criterio de la STS 186/2014 y no vio ninguna posibilidad de excepciones en la DM 2008/675/JAI.

En el caso Picabea se produjo sin embargo una anomalía. El Auto de la Sección 3ª de 4 de septiembre de 2014, que denegó la acumulación, no se basó en cuestiones de fondo⁴³, sino exclusivamente en la intangi-

⁴¹ Aunque la fiscalía trató de oponerse a esta liquidación basada en la acumulación acordada en octubre, alegando que ya estaba en vigor la LO 7/2014, la Sección Tercera lo rechazó, arguyendo que tenerla en consideración hubiera supuesto una retroactividad prohibida.

⁴² «...máxime en el ámbito del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, de conformidad con el art. 3 de la Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo de Europa, de 24 de julio de 2008, que dispone «se tengan en cuenta las condenas anteriores y se les atribuyan los mismos efectos jurídicos que a las condenas nacionales anteriores».

⁴³ El 27 de agosto de 2014 la fiscalía de la Audiencia Nacional se había opuesto a la acumulación en el caso Picabea con los argumentos de que una sentencia nueva, la STS

bilidad del Auto firme de 18 de septiembre de 2013, que, antes de la STS 186/2014, había denegado la acumulación. Curiosamente, la misma sección, en el idéntico caso de Guisasola⁴⁴, no aplicó el mismo criterio en su posterior Auto de 21 de octubre de 2014, en el que sí entró al fondo del asunto, sin alusión alguna a la intangibilidad del Auto anterior.

En el recurso de casación que se interpuso contra este Auto de 4 de septiembre de 2014 se alegaba que las liquidaciones de condena y los autos de acumulación no producen cosa juzgada en contra del reo, por lo que el Auto de 2013 era firme, pero su contenido no intangible. La STS 874/2014 sí estimó el recurso de casación en este punto (Fundamento de Derecho Primero) entendiendo «que estamos ante uno de los múltiples avatares, que, en materia de acumulación de condenas, aun respecto de resoluciones firmes, pero no intangibles, permite que sean susceptibles de un nuevo pronunciamiento». Es decir, la Audiencia Nacional debía haber entrado en el fondo del asunto en septiembre de 2014, lo que con bastante seguridad habría supuesto que, al igual que en sus Autos de 9 de junio y de 24 de octubre, habría acordado la acumulación, porque en esa fecha, hasta que se supo de la aprobación en el Senado de las enmiendas antes referidas y que luego se analizarán, no había ninguna duda de que el criterio jurisprudencial de interpretación del art. 988 LECrim y 76 CP en relación con penas impuestas en el extranjero era el de la STS 186/2014.

El mismo criterio de la STS 186/2014 se siguió en los cuatro Autos de 2 de diciembre⁴⁵ de la Sección 1ª, después de la aprobación, pero antes de la entrada en vigor de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre (BOE de 21 de noviembre) y de la LO 7/2014, de 12 de noviembre (BOE de 13 y 14 de noviembre). Sin embargo, en esta ocasión, la fiscalía de la Audiencia Nacional sí anunció recursos de casación contra las acumulaciones acordadas.

186/2014, no es un hecho nuevo a efectos de revisión de la desestimación de 2013, que tampoco es una «norma» a efectos de casación ni es una norma a efectos de aplicación retroactiva en favor del reo y, también, basándose en que la STS 186/2014 no había tenido en cuenta que el hecho de que la pena impuesta en Francia estuviera completamente cumplida estaba interfiriendo en las decisiones de ejecución de España, en unas inconcretas referencias al Considerando 6 de la DM 675/2008 y su art. 3.3, aludiendo a la DM 909/2008 y en que la STS 186/2014 pudiera no tener tanto alcance como el TS ha querido ver.

⁴⁴ Antes de la STS 186/2014, se había negado la acumulación en Auto de la Sección 3ª de 27 de septiembre de 2013.

⁴⁵ La cuestión había sido avocada a Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 2014. En dicho Pleno no se pudo acordar un criterio interpretativo, por lo que se dejó a criterio de las Secciones. Posteriormente, tras las sentencias del Tribunal Supremo a partir de la STS 874/2014, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional adoptó, por 11 votos a 9, el 29 de mayo de 2015, la decisión de desestimar todas las solicitudes de acumulación de condenas francesas, que en aquel momento al parecer eran veintidós (así se afirma en el Auto de la Audiencia Nacional nº 65/2015, de 29 de junio).

Como se recoge en, por todas, la STS 178/2015: «El Fiscal se opone a la acumulación alegando la integridad de la resolución de acumulación, cuestionando la doctrina de la STS186/2014, que considera no aplicable al caso como tampoco la Decisión Marco 20008/675, *e invoca la nueva Ley Orgánica 7/2014*» (la cursiva es mía).

En su recurso de casación de 5 de enero de 2015 contra el Auto de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2014, que había aplicado la acumulación de las penas en el caso de Caride Simón, la fiscalía del Tribunal Supremo se basaba en que la DM 2008/675/JAI no sería aplicable a sentencias en ejecución, que deja libertad a los Estados para reconocer o no efectos, que Francia no menciona en la Ley 2012-409, de 27 de marzo, nada relativo a la acumulación de penas impuestas en otros países⁴⁶, que es aplicable la doctrina de la STS 2217/2002, que «las Decisiones Marco tienen valor interpretativo pero no tienen valor directamente vinculante» y que el art. 14 LO 7/2014 impide que las condenas extranjeras puedan tener efectos «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» «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 miembro⁴⁷». Que la LO 7/2014 no estuviera en vigor no le parece a la fiscalía un obstáculo, porque «ya estaba publicada en el BOE y los Magistrados que dictaron el Auto recurrido ya podían saber cuáles eran sus disposiciones... No se trata, por tanto de una cuestión de retroactividad o irretroactividad. Se trata de que la Decisión Marco ya estaba implementada... Muy bien pudo la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional esperar un día... En definitiva, en el momento de dictar el Auto recurrido, la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional *tenía ya una norma aplicable al caso que no podía obviar*»⁴⁸.

En definitiva, la trasposición de la DM 2008/675/JAI por la LO 7/2014, en vigor o no, era el elemento fundamental que alteraba la situación jurídica consolidada con la STS 186/2014.

⁴⁶ Ciertamente, la trasposición se había producido por la Ley 2010-242, de 10 de marzo, que introdujo en el Código Penal el art. 132-23-1 [*Pour l'application du présent code et du code de procédure pénale, les condamnations prononcées par les juridictions pénales d'un Etat membre de l'Union européenne sont prises en compte dans les mêmes conditions que les condamnations prononcées par les juridictions pénales françaises et produisent les mêmes effets juridiques que ces condamnations*], que otorga a las condenas extranjeras los mismos efectos que a las francesas, sin excepción alguna.

⁴⁷ Es decir, las únicas en las que sería posible conforme al art. 76.2 CP, con lo que la exclusión es completa.

⁴⁸ La cursiva es mía para destacar que se afirma que había una norma aplicable antes de la entrada en vigor de la ley.

Existe en este periodo por tanto una única excepción a la aplicación del criterio de la STS 186/2014, el Auto de la Sección 2ª de 2 de diciembre, adoptado por mayoría, con un voto particular contrario⁴⁹, en el que se denegó la acumulación porque la acumulación había sido dictada en ausencia de normativa expresa que regule la acumulación de penas extranjeras y para este momento ya había sido publicada la LO 7/2014, que, aun no estando en vigor, ofrecía a su juicio criterios interpretativos sobre la cuestión que conducían a afirmar que la interpretación conforme a la DM 2008/675/JAI que había dado la STS 186/2014 devenía *contra legem*⁵⁰, aunque la ley no estuviera en vigor⁵¹.

En conclusión, antes de la LO 7/2014, de 12 de noviembre —cuyos preceptos relativos a esta cuestión fueron introducidos en el Senado mediante enmiendas del Grupo Popular de septiembre de 2014— la jurisprudencia era clara en el sentido de aceptar la acumulación de penas extranjeras con los mismos criterios que las españolas porque no existía obstáculo legal, porque era lo coherente con las finalidades de la institu-

⁴⁹ Sala formada por los magistrados Espejel Jorquera, De Diego López y De Prada Solaesa, quien emitió voto particular discrepante. Según este, «esta STS 186/2014 marca la actual posición de la jurisprudencia, ya que corrige la anterior teniendo en cuenta las bases y principios europeos actuales sobre los que se deben construir un espacio jurídico común europeo... El objetivo de la DM es preciso: alcanzar que los Estados reconozcan a lo largo del proceso, incluida la fase de ejecución de una pena y el señalamiento del límite de cumplimiento, las sentencias condenatorias anteriores dictadas contra la misma persona en otro Estado para otorgarle el mismo valor («en la medida» y con «los mismos efectos jurídicos») que tuvieran si hubiesen sido pronunciadas por un tribunal nacional. De ahí la importancia de que se lleve a cabo una adecuada translación del contenido de esta DM al derecho interno español, lo que desde mi punto de vista no acontece con la Ley orgánica 7/2014 sobre consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, pero que en cualquier caso no es derecho vigente, como tampoco ha entrado en vigor la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en el mismo espacio de la Unión; por lo que de ninguna manera dichas normas de futuro vigor constituyen al día de la fecha derecho vigente aplicable al caso».

⁵⁰ Véase MUÑOZ DE MORALES ROMERO – RODRÍGUEZ YAGÜE: Ob. cit., capítulo III.2.

⁵¹ «Pues bien, con posterioridad a la mencionada STS 186/2014 ha sido publicada en el BOE la LO 7/2014 de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea. [A continuación transcribe las partes de la LO 7/2014 que se incorporaron en las enmiendas en el Senado] Es cierto que la mencionada LO 7/2014 aún no ha entrado en vigor, pero no lo es menos que no nos hallamos ante una modificación desfavorable de una norma penal, sino ante la ausencia de regulación previa sobre una materia no contemplada en la normativa vigente, en la que el Legislador español incorpora al Derecho español, dos Decisiones Marco, entre las que se encuentra la Decisión Marco 2008/675/JAI, de 24 de julio de 2008, en cuya Decisión Marco se basó la STS 186/2014, la cual expresamente señaló, como se ha dicho, que la interpretación en ella contenida se efectuaba precisamente en «en ausencia de normas que regulen expresamente la materia de una forma terminante». En cualquier caso, la Ley aún no entrada en vigor ofrece criterios interpretativos sobre el alcance de la Decisión Marco que tiene por objeto trasponer».

ción y, desde la aprobación de la DM 2008/675/JAI, porque era la interpretación conforme con la misma⁵².

De este modo, a partir de las referidas SSTs 1129/2000, 926/2005 y 386/2013, definitivamente aclarada la cuestión por la STS 186/2014 (y por tanto superada la doctrina excepcional de la STS 2117/2002; además anacrónica tras la DM 2008/675/JAI) se generó la legítima expectativa de que las condenas extranjeras serían acumuladas a las españolas, incluso aunque las condenas extranjeras estuvieran ya cumplidas; expectativa que se confirmó con las resoluciones dictadas posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y no recurridas por el Ministerio Fiscal. Es decir, se puede afirmar que esta era en ese momento la interpretación pacífica⁵³.

Sin embargo, la interpretación torna con la trasposición de la DM 2008/675/JAI por la LO 7/2014, por lo que conviene detenerse en la Decisión Marco y en el proceso de incorporación de esta al Derecho español.

⁵² En este sentido MUÑOZ CUESTA, J.: «De lo expuesto se puede afirmar que la doctrina del TS sobre la refundición de condenas como criterio general se rige por el cronológico, entendido como que todas las penas refundidas pudieron enjuiciarse en un solo proceso, siguiéndose al efecto el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 03-02-2016, aclarando que la acumulación de penas deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las otras sentencias. Esta forma de proceder en la refundición de condenas es de la que ha partirse en todo caso, independientemente del país donde se impusieron y si se cumplieron las penas en España o en otro Estado, criterio que hay que respetar igualmente si las sentencias se dictaron en Estado de la Unión Europea y las penas en ellas impuestas se ejecutaron en ese país». No obstante lo cual, concluye: «Partiendo de lo anterior se plantea en las sentencias antes citadas la posibilidad de acumular condenas por sentencias dictadas en Francia con posterioridad a hechos delictivos cometidos en España y que son juzgados después de las resoluciones francesas, supuesto que como hemos visto, siguiendo la jurisprudencia mayoritaria de la Sala 2.ª TS, no procede en aplicación fundamentalmente del artículo 14.2 y disposición adicional única de la LO 7/2014, puesto que si se llevase a cabo tal acumulación ello conduciría a una apreciación contra legem, inaceptable cuando la norma es clara en su interpretación y entendemos no entra en contradicción con la Decisión Marco 675/2008 / JAI».

⁵³ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: «La acumulación de penas y la Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo», Diario La Ley, 8463, 21 de enero de 2015, p. 5, sostuvo que «el derecho a la acumulación ya existía y era procesalmente exigible en España». Se equivoca sin embargo el autor al atribuir a la STS 186/2014 una aplicación directa de la DM 675/2008; la propia sentencia invoca la exigencia de la interpretación conforme. También NISTAL BURÓN – TRANCÓN RODRÍGUEZ: Ob. cit. 2015 concluyen que «en España existía y existe una corriente jurisprudencial en la interpretación de los arts. 76 CP y 988 de la LECrim que no encontraba ni encuentra dificultades insuperables en el hecho de que alguna de las condenas cuya acumulación jurídica se pretende, hubiesen sido dictadas por Tribunales extranjeros».

3. La trasposición de la DM 2008/675/JAI por la LO 7/2014, de 12 de noviembre

La DM 2008/675/JAI, que entró en vigor el 16 de agosto de 2008, es uno de los desarrollos de la evolución que supone el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales (art. 82 Tratado de Funcionamiento de la UE) para la creación de un Espacio de Justicia (art. 31.a del Tratado de la UE) basado en la confianza mutua.

Las Decisiones Marco, instrumento del llamado Tercer Pilar ya sustituido por las Directivas, tienen una peculiar naturaleza jurídica. La incorporación al ordenamiento español constituye ejecución o cumplimiento de un acuerdo internacional. Las Decisiones Marco obligan en cuanto al resultado, dejando a los Estados la forma y los medios. No tienen efecto directo, a diferencia de las Directivas, pero el principio de interpretación conforme es vinculante en relación con las decisiones marco adoptadas en el contexto del Título VI del antiguo Tratado de la UE (véase el art. 34.2.b en la versión resultante del Tratado de Ámsterdam y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Gran Sala) de 16 de junio de 2005 —caso María Pupino—).

En esta breve DM 2008/675/JAI (seis artículos) se introduce el principio de equivalencia de las resoluciones judiciales de los Estados miembro de la UE. El art. 3.1 establece:

«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».

Esta equivalencia se extiende a las cuestiones a que se refiere el art. 3.2:

«El apartado 1 se aplicará en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena, en particular por lo que respecta a las normas de procedimiento aplicables, incluidas las relativas a la detención provisional, la calificación de la infracción, el tipo y el nivel de la pena impuesta, e incluso las normas que rigen la ejecución de la resolución».

En definitiva, con toda claridad se establece que la Decisión Marco obliga a los Estados miembros de la UE a que reconozcan a las resoluciones de los órganos judiciales de los demás países miembros los mismos efectos jurídicos que a las nacionales. Ni más ni menos. Y que tienen

obligación de hacerlo también en la fase de ejecución, incluso sobre la ejecución de la condena nacional. No determina cuáles hayan de ser los efectos, lo que depende de la legislación nacional, pero sí que deben anudarse a las condenas de otros estados europeos las mismas consecuencias jurídicas que se establezcan para las condenas nacionales anteriores⁵⁴.

Los efectos jurídicos de las condenas anteriores contra la misma persona por hechos distintos pueden ser muy variados en el ordenamiento español:

- Si la condena anterior dictada contra la misma persona por hechos distintos apreció un delito de la misma naturaleza, procede la aplicación de la circunstancia agravante de «reincidencia» (artículo 22.8ª del Código Penal).
- Si la condena anterior pronunciada contra la misma persona por hechos distintos apreció un delito de distinta naturaleza, esta «reiteración» deberá ser tenida en cuenta para acordar la prisión provisional (artículo 503.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —LECrin—) y la cantidad y calidad de la fianza que debe prestarse para eludirla (artículo 531 de la LECrin); determinar la pena (artículo 66.6ª del Código Penal —CP—) o el límite máximo de cumplimiento (artículo 76 del CP); denegar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad por no ser la primera vez que delinque el condenado (artículos 80 y 81.1 del CP), decretar la suspensión de la pena privativa de libertad cuando el reo haya delinquido por su adición a sustancias estupefacientes; y fijar el plazo para cancelación de los antecedentes penales (artículo 136.2.2º), entre otros supuestos.

La trasposición de la DM 2008/675/JAI se inició mediante el Anteproyecto de Ley de 30 de enero de 2013 sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea⁵⁵, aprobado en el Consejo de Ministros de 1 de febrero de 2013⁵⁶.

⁵⁴ Un ejemplo claro y sencillo es el caso francés. Mediante el art. 17 de la Ley 242, de 10 de marzo de 2010, se introdujo en el Código penal francés el art. 132-23-1: «Para la aplicación de este código y del código de procedimiento penal, las condenas pronunciadas por los tribunales penales de un Estado miembro de la Unión Europea se tienen en cuenta en las mismas condiciones que las condenas pronunciadas por los tribunales penales franceses y producirán los mismos efectos jurídicos que estas condenas».

⁵⁵ Véase una detallada descripción del proceso legislativo en BLANCO QUINTANA, M.J.: *Régimen jurídico de los antecedentes penales de otros Estados Miembros de la Unión Europea en el proceso penal español*. Tesis doctoral. UNED. 2015, páginas 239 y ss.

⁵⁶ No tenía rango de ley orgánica, ni el contenido de los arts. 14 y 15 era el mismo que el del Proyecto de Ley Orgánica que se remitió al Congreso el 14 de marzo de 2014, ni el que ahora acoge la ley en vigor. El Informe del CGPJ de 11 de abril de 2013 y el Informe del Consejo Fiscal de 20 de marzo de 2013 propusieron que se tramitara como proyecto de ley orgánica por afectar a normas penales y tener un incuestionable carácter penal, razón

El Dictamen 798/2013 (JUSTICIA) del Consejo de Estado, de 28 de noviembre de 2013⁵⁷ llegó a la conclusión de que el Anteproyecto sometido a consulta transponía los artículos 3.1 y 3.2 de la DM 2008/675/JAI con una ostensible falta de rigor en sus respectivos artículos 14.1 y 15.1, por lo que propuso una nueva redacción de un nuevo art. 14, que fue acogida en su art. 14 y en su Exposición de Motivos por el Proyecto de Ley Orgánica presentado al Congreso⁵⁸.

Por su parte, en su Informe de 11 de abril de 2013⁵⁹, el Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) ya incluía —entre los supuestos en los que las condenas de Estado miembros de la UE deberían ser tenidas en cuenta de modo equivalente a las condenas nacionales, en virtud de los arts. 14 y 15 del Anteproyecto de 30 de enero de 2013— el límite máximo de cumplimiento (art. 76 CP).

También el Dictamen 798/2013 (JUSTICIA) del Consejo de Estado entendió que entre los supuestos en los que deben ser tenidas en cuenta las condenas europeas anteriores, con los mismos efectos jurídicos que si fueran internas, conforme al principio general de equivalencia, estaba el límite máximo de cumplimiento (art. 76 CP)⁶⁰.

por la cual el Consejo de Estado entendió que su competencia habría de fundarse en el art. 149.1.6º CE, no sólo en cuanto «legislación procesal» sino como «legislación penal». Y así se recoge actualmente en la Disposición Final segunda de la LO 7/2014.

⁵⁷ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-798>. (última consulta 28 de noviembre de 2022).

⁵⁸ La modificación entre la primera versión del Anteproyecto y la segunda, consistente en la sustitución de «a efectos de la aplicación de las reglas de reincidencia» por «a efectos de aplicación de las reglas de aplicación de la pena», en modo alguno subsanaba las graves deficiencias del Anteproyecto en este punto, pues la consideración de las condenas anteriores en un nuevo proceso penal «contra la misma persona por hechos distintos», prevista en el artículo 3.1 de la Decisión 2008/675/JAI, no se agota en el concreto ámbito de «las reglas de aplicación de la pena», sino que, como dice el artículo 3.2 de la Decisión 2008/675/JAI, deberá jugar «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 pena impuesta, e incluso las normas que rigen la ejecución de la resolución».

⁵⁹ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-sobre-intercambio-de-informacion-de-antecedentes-penales-y-consideracion-de-resoluciones-judiciales-penales-en-la-Union-Europea> (última consulta 28 de noviembre de 2022).

⁶⁰ Se equivoca MANZANARES SAMANIEGO: Ob. cit., p. 6, al afirmar que en septiembre de 2014 se «haya tenido que regular la materia in extremis por vía de enmiendas en el Senado, aprovechando una ley en tramitación que en nada se refería a la acumulación en España de penas impuestas en otro país de la Unión Europea». Al contrario, el Proyecto de la LO 7/2014 se refería a la consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, la trasposición de la DM 675/2008 y expresamente a su aplicabilidad a la fijación de los límites máximos de cumplimiento.

Y así se acogió en la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica (BOCG Serie A Núm. 88-1 de 21 de marzo de 2014)⁶¹:

«La regulación del título II de esta ley supone la consagración del principio de eficacia general o equivalencia de las sentencias dictadas en la Unión Europea mediante su toma en consideración en procesos posteriores derivados de la comisión de nuevos delitos. Ello significa que, al igual que ocurre con las condenas anteriores pronunciadas en España, las que se dicten en otros Estados miembros deberán ser tenidas en cuenta tanto durante el proceso, como en la fase previa al mismo y en la de ejecución de la condena. En este sentido, esas condenas dictadas con anterioridad en otros Estados miembros habrán de ser tenidas en cuenta, entre otros casos posibles, para acordar una prisión provisional o la cantidad y calidad de la fianza a prestar para eludirla, para determinar la pena o el *límite máximo de cumplimiento...*». (cursiva enfática añadida).

Así como en el art. 14 de este Proyecto de Ley Orgánica —recogiendo las recomendaciones del Consejo de Estado—:

«Efectos jurídicos de las resoluciones condenatorias anteriores sobre el nuevo proceso penal. 1. Las condenas anteriores firmes dictadas por el órgano jurisdiccional penal competente en otros Estados miembros contra la misma persona por distintos hechos surtirán, con motivo de un nuevo proceso penal, los mismos efectos jurídicos que las condenas anteriores firmes dictadas en España. Esta equivalencia de efectos jurídicos se aplicará en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y con ocasión de la ejecución de la condena impuesta».

También el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación por los Estados Miembros de la DM 2008/675/JAI (Bruselas 2.6.2014 COM 2014 312 final) recoge que

«El artículo 3, apartados 1 y 2, aborda los principios generales de Derecho Penal y los procedimientos previstos, por ejemplo, en los códigos de enjuiciamiento penal para tener en cuenta, en el marco de un nuevo proceso penal, una condena pronunciada en otro Estado miembro. 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)».

De ningún otro modo puede entenderse a mi juicio la DM 2008/675/JAI. Así la entendieron el mencionado Dictamen del Consejo de Estado, el CGPJ y el Ministerio de Justicia. Nadie adivinó las posibilidades de excepción a esta regla que luego crearía la STS 874/2014 en su forzadísima interpretación del art. 3.5 de la DM 2008/675/JAI.

⁶¹ https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-88-1.PDF (última consulta 28 de noviembre de 2022).

Y la misma Audiencia Nacional, en el Auto de la Sección 3ª de 19 de diciembre de 2014 referido, tampoco veía en la DM 2008/675/JAI ninguna posibilidad de excepción en cuanto al principio de equivalencia en la fijación del máximo de cumplimiento cuando afirmó con toda rotundidad que la legislación se ha modificado «en sentido contrario a lo dispuesto por la Decisión Marco...».

No sería hasta el Informe del Fiscal de la Audiencia Nacional de 28 de agosto de 2014 —emitido en oposición a la solicitud de acumulación que finalmente dio lugar a la STS 874/2014— que se intente restar valor a la STS 186/2014, principalmente sacando de contexto algunas frases de la DM 2008/675/JAI con el fin de aparentar que la DM 2008/675/JAI dice lo contrario de lo que realmente establece. «Pudiera no tener tanto alcance como el TS [STS 186/2014] ha querido ver», apuntó el fiscal. Se puede observar que la posición de la fiscalía es en gran parte acogida en el anteriormente referido Auto de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre, que denegó la acumulación antes de la entrada en vigor de la LO 7/2004.

Se apoya el Ministerio Fiscal en que la DM (art. 3.3)⁶² no permite interferir en decisiones de ejecución de penas en el estado miembro en el que se desarrolle el nuevo proceso (incluida la ejecución de la condena con la que finalice este nuevo proceso, es decir, posterior a la condena extranjera). En mi opinión es claro que no es así. La previsión del art. 3.3 DM se refiere a que la condena de otro país miembro no interferirá en las condenas anteriores a la extranjera que hubiera en el país receptor, en este caso España, ni en la ejecución de esas condenas anteriores a la extranjera, ni permitirá la revocación o revisión de esas condenas españolas anteriores a la extranjera.

Es evidente que una condena extranjera posterior no podría tener consecuencias respecto a una condena española anterior, al menos en perjuicio del reo, porque el principio de cosa juzgada y de seguridad jurídica no lo permitiría en España, aunque no existiera el art. 3.3º DM 2008/675/JAI.

Por otro lado, transcribe el Ministerio Fiscal el Considerando 6 de la DM 2008/675/JAI, esto es, que la DM no recoge lo contenido en otras DM como la 909/2008, relativa al reconocimiento mutuo. Y ello es evidente, razón por la cual la DM 909/2008 se traspone mediante la Ley 23/2014. El art. 86.1 de la Ley 23/2014 se remite a la LO 7/2014, en lo relativo a las condenas ya cumplidas, quedando el ámbito de aplicación de la Ley

⁶² «La consideración de condenas anteriores impuestas en otros Estados miembros, conforme a lo dispuesto en el apartado 1, 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».

23/2014 a las pendientes de cumplir⁶³. Y esa es la razón por la que la DM 2008/675/JAI no entra en esa materia, porque no significa que se vaya a cumplir en España una condena extranjera, sino de dotar a las condenas de otros países miembros los mismos efectos en ejecución de una condena española posterior que si fuera una condena española, esto es, aplicar los arts. 76 CP y 988 LECrim conforme el principio de equivalencia.

Se apoyó también el Ministerio Fiscal también en el Considerando 2, que se sitúa en el ámbito del reconocimiento mutuo (Consejo Europeo de 29 de noviembre de 2000)⁶⁴. Este en todo caso no impidió al CGPJ, al Consejo de Estado y al Ministerio de Justicia entender que «esas condenas dictadas con anterioridad en otros Estados miembros habrán de ser

⁶³ Cuestión distinta, como luego se verá, es que la Ley 23/2014 también fue modificada en el trámite en el Senado para que en ningún caso se pueda computar en la acumulación de penas el tiempo de prisión cumplido en otros países de la UE.

Texto del Proyecto de Ley (BOCG Seria A 86-1, de 21 de marzo de 2014): «1. El Juez Central de Vigilancia Penitenciaria deberá ejecutar la resolución condenatoria de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español, con deducción del período de privación de libertad ya cumplido, en su caso, en el Estado de emisión en relación con la misma resolución condenatoria, del período total que haya de cumplirse en España. 2. El Juez Central de Vigilancia Penitenciaria será la única autoridad competente para determinar el procedimiento de ejecución y las medidas conexas a adoptar, incluida la eventual concesión de la libertad condicional. Si la autoridad de emisión informara de la fecha en virtud de la cual el condenado tendría derecho a disfrutar de la libertad condicional, con arreglo a su ordenamiento jurídico, el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria podrá tenerla en cuenta».

Art. 86 Ley 23/2014: «1. El Juez Central de Vigilancia Penitenciaria deberá ejecutar la resolución condenatoria de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español, con deducción del período de privación de libertad ya cumplido, en su caso, en el Estado de emisión en relación con la misma resolución condenatoria, del período total que haya de cumplirse en España.

No obstante, 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.

2. El Juez Central de Vigilancia Penitenciaria será la única autoridad competente para determinar el procedimiento de ejecución y las medidas conexas a adoptar, incluida la eventual concesión de la libertad condicional. Si la autoridad de emisión informara de la fecha en virtud de la cual el condenado tendría derecho a disfrutar de la libertad condicional, con arreglo a su ordenamiento jurídico, el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria podrá tenerla en cuenta».

⁶⁴ «El 29 de noviembre de 2000, el Consejo adoptó, con arreglo a las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, un programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal (2), que contempla la «adopción de uno o varios instrumentos que establezcan el principio en virtud del cual 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 las modalidades de ejecución que pueden aplicarse».

tenidas en cuenta, entre otros casos posibles, para acordar una prisión provisional o la cantidad y calidad de la fianza a prestar para eludirla, para determinar la pena o *el límite máximo de cumplimiento*». El Ministerio Fiscal pretendía extraer de frases descontextualizadas del proceso de construcción del Espacio de Justicia mensajes normativos no contenidos en la DM.

Lo mismo ocurre con la cita del Considerando 9 y el 8, que claramente se refieren a evitar perjuicios para el reo, esto es, que la aplicación de la DM no ha de llevar a dar a las condenas extranjeras un efecto más perjudicial para el reo que el que hubiera tenido una condena nacional. Esta finalidad se refleja en el art. 83 Ley 23/2014 respecto a la adaptación de condenas aún no cumplidas completamente, otorgando al juzgador flexibilidad para evitar penas desproporcionadas⁶⁵.

En definitiva, en todo momento se considera aceptable —y no interferencia— que la condena extranjera anterior lleve aparejados los mismos efectos que una condena nacional. Este es el término de comparación adecuado. El artículo 3.3 DM 2008/675/JAI inmediatamente es aclarado en este sentido por el número 4. En todo momento se define la equivalencia acogiendo la posibilidad de la acumulación en fase de ejecución de la condena (Considerando 7)⁶⁶: ahí está el verdadero espíritu de la DM, que contradice la LO 7/2014 cercenando completamente la posibilidad de acumular una pena extranjera anterior en los términos definidos en la legislación española.

Ciertamente, los números 3 y 4 del art. 3 DM 2008/675/JAI prevén salvedades al principio de equivalencia:

«3. La consideración de condenas anteriores impuestas en otros Estados miembros, conforme a lo dispuesto en el apartado 1, no tendrá por efecto que haya una interferencia en el Estado miembro en el que se desa-

⁶⁵ Art. 83: «1. En el caso de que la duración de la condena impuesta en la resolución sea incompatible con la legislación española vigente en el momento en el que se solicita el reconocimiento de la resolución por superar el límite de la pena máxima prevista para ese delito, el Juez Central de lo Penal podrá adaptar la condena. La adaptación consistirá en limitar la duración de la condena al máximo de lo previsto en la referida legislación para los delitos por los que el afectado fuera condenado.

2. En el caso de que la condena, por su naturaleza, sea incompatible con la legislación española, el Juez Central de lo Penal podrá adaptar la condena a la pena o medida contemplada en nuestra legislación para los delitos por los que el afectado fuera condenado. La pena adaptada debe corresponder a la pena impuesta en la resolución judicial extranjera y, en consecuencia, no podrá transformarse en pena de otra naturaleza como la pena de multa.

3. En ninguno de estos supuestos podrá la adaptación agravar la condena impuesta en el Estado de emisión».

⁶⁶ «Los efectos atribuidos a las resoluciones condenatorias pronunciadas en otros Estados miembros deberían ser equivalentes a los atribuidos a las resoluciones nacionales, ya se trate de la fase previa al proceso penal, del propio proceso penal y de la fase de ejecución de la condena».

rolle 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.

4. De conformidad con el apartado 3, lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará en la medida en que, de haber sido la condena anterior una condena nacional del Estado miembro en el que se desarrolle el nuevo proceso, la consideración de la condena anterior hubiera tenido por efecto, de conformidad con el Derecho nacional de dicho Estado miembro, una interferencia en la condena anterior o en cualquier resolución relativa a su ejecución, o una revocación o revisión de estas».

Pero nítidamente se refiere a condenas nacionales anteriores a la condena del otro Estado miembro, es decir, no excepciona el principio de equivalencia para las condenas nacionales posteriores a la condena del otro Estado miembro, que es sin embargo lo que pretendía la Fiscalía de la Audiencia Nacional y lo que finalmente ha producido el texto definitivo de la LO 7/2014, de 12 de noviembre.

Por su parte, el art. 3.5 DM 2008/675/JAI reza:

«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.

No obstante, los Estados miembros garantizarán que, en tales casos, sus órganos jurisdiccionales puedan tener en cuenta a otros efectos las condenas anteriores dictadas en otros Estados miembros».

Ciertamente, los preceptos no son un prodigio de claridad⁶⁷, pero en mi opinión resulta palmario que no están permitiendo la excepción (eliminación o vaciamiento del principio de equivalencia en lo relativo al máximo de cumplimiento efectivo) que ha introducido el art. 14.2 de la LO 7/2014. En mi opinión la ley de trasposición en España contradice frontalmente la Decisión Marco⁶⁸.

⁶⁷ Tampoco en su versión inglesa: «4. *In accordance with paragraph 3, paragraph 1 shall not apply to the extent that, had the previous conviction been a national conviction of the Member State conducting the new proceedings, the taking into account of the previous conviction would, according to the national law of that Member State, have had the effect of interfering with, revoking or reviewing the previous conviction or any decision relating to its execution.* 5. *If the offence for which the new proceedings being conducted was committed before the previous conviction had been handed down or fully executed, paragraphs 1 and 2 shall not have the effect of requiring Member States to apply their national rules on imposing sentences, where the application of those rules to foreign convictions would limit the judge in imposing a sentence in the new proceedings.*».

⁶⁸ Considerando 3 DM 675/2008: «El objetivo de la presente Decisión marco es definir una obligación mínima para los Estados miembros de tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados miembros».

Además, el art. 3.5 DM 2008/675/JAI se refiere al momento de imponer una sanción, que no es el de la acumulación o refundición del art. 988 LECrim. No será hasta la STS 178/2015, de 24 de abril, F.J. 4º, en que asombrosamente se arguya que «imponer una sanción» incluye acumular penas y establecer una máximo de cumplimiento efectivo. A su juicio, negar esto supone «una exigencia desorbitada de que los instrumentos jurídicos de la Unión.. deban recoger de manera expresa las denominaciones propias del ordenamiento propio español» y «obviar la verdadera naturaleza de la institución regulada por los trámites del artículo 988 LECr», siendo «en definitiva, la imposición de la pena para el caso de concurso de infracciones enjuiciadas en distintos procesos»⁶⁹.

Se ve aún con mayor claridad acudiendo a los Considerandos 8 y 9 de la DM 2008/675/JAI, que precisamente pretenden aclarar la interpretación del art. 3.5:

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

«(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».

Resulta evidente, a mi juicio, que las salvedades al principio de equivalencia tratan de prevenir que el reo reciba una pena superior a la que le correspondería en el derecho interno si el principio de equivalencia no existiera. En consecuencia, se ve aún con mayor claridad que el art. 14.2 de la LO 7/2014, de 12 de noviembre, no tiene ningún asidero en la Decisión Marco que dice incorporar al ordenamiento jurídico español.

Sin embargo, la redacción final de la LO 7/2014 elimina la eficacia del principio de equivalencia en lo que resulta favorable al reo, esto es, en lo relativo a incluir el tiempo cumplido en otro Estado miembro en el

⁶⁹ Obsérvese la contradicción con la denominada doctrina Parot, en la que precisamente se niega que con la refundición de ejecutorias, acumulación jurídica de penas y fijación de un máximo de cumplimiento se esté imponiendo una pena nueva y perdiendo su individualidad las penas sometidas a un máximo de cumplimiento sucesivo.

máximo de cumplimiento aplicable a todas las condenas acumuladas de conformidad con la ley española, ya desde la Exposición de Motivos:

«...por ejemplo, cuando se resuelva sobre la prisión preventiva de un sospechoso, sobre la cuantía de su fianza, la determinación de la pena, la suspensión de la ejecución de una pena o la revocación de la misma, o la concesión de la libertad condicional».

Ha desaparecido, respecto al Proyecto de Ley Orgánica aprobado por el Congreso (BOCG. Senado. X Legislatura. Núm. 384, de 17 de julio de 2014, página 140), la referencia al máximo de cumplimiento efectivo.

Y especifica, justificando la modificación del art. 14.2 del Proyecto de Ley Orgánica⁷⁰:

«...con el propósito de reforzar la seguridad jurídica, la Ley enumera, en línea con las previsiones o facultades previstas en la Decisión Marco, los supuestos en los que tales condenas no pueden ser tomadas en consideración: a efectos de la revisión de las condenas que ya hubieran sido impuestas con anterioridad en España o de las resoluciones dictadas para dar inicio a su ejecución; a efecto de las condenas que eventualmente se impongan con posterioridad en España por delitos que se hubieran cometido antes de que se hubiera impuesto la condena anterior por el otro Estado miembro; así como en relación con las resoluciones sobre fijación de los límites de cumplimiento de la pena que se dicten conforme al artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando incluyan alguna de esas condenas».

Se introducen por tanto unas limitaciones al principio de equivalencia coherentes con la Decisión Marco, pero se aprovecha para eliminar el principio de equivalencia en lo relativo a la acumulación jurídica sin que esta exclusión encuentre cobijo real en el art. 3.5 DM 2008/675/JAI.

En consecuencia, el art. 14.2 de la LO 7/2014, de 12 de noviembre, excluye completamente, en lo único beneficioso para el penado⁷¹, la equi-

⁷⁰ En las enmiendas del Senado mediante mensaje motivado (BOCG Senado X Legislatura, n° 419, de 20 de octubre de 2014, p. 204) se justifica de modo muy ambiguo del siguiente modo: «Ha sido enmendado porque se estima necesario concretar los efectos que tendrán en España las sentencias dictadas en otros Estados miembros de la Unión Europea. Por una parte se opta por establecer un principio general de equivalencia de consideración de las sentencias dictadas en otros Estados miembros, para seguidamente excluir determinadas materias en línea con las excepciones contempladas en la propia Decisión marco. Por otra parte se incorporan dos requisitos para la posible toma en consideración de las sentencias extranjeras: la aplicación del principio de doble incriminación y la exigencia de que la información sobre las condenas sea suficientemente completa».

⁷¹ Así lo entiende también GONZÁLEZ MOTA, V.J. Ponencia «Resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad», en el Curso Reconocimiento Mutuo de las resoluciones penales en el marco de la Unión Europea de 9 de marzo de 2015, p. 15-16, destacando las escasas abstenciones y ningún voto en contra en la enmienda al art. 14 en el Senado; lo cual llama la atención formando parte de la ponencia del Senado (BOCG Senado X Legislatura, n° 406, de 29 de septiembre de 2014, p. 153) el senador Iñaki

valencia de las condenas anteriores producidas en otro Estado miembro en la ejecución de las condenas posteriores producidas en España.

Art. 14.2: «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las condenas firmes dictadas en otros Estados miembros no tendrán ningún efecto, ni tampoco podrán provocar su revocación o revisión:

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

Así lo entienden también Nistal Burón – Trancón Rodríguez, para quienes cabe concluir que el art. 14.2 «*impide de manera frontal la aplicación de la Decisión Marco 2008/675, lo que vacía de contenido y priva de efectividad al principio de equivalencia en los procedimientos de acumulación de condenas*», dando lugar a que «*el periodo efectivo de cumplimiento será superior al referido límite máximo*». Como bien destacan, precisamente las penas españolas por hechos delictivos cometidos ANTES de la condena anterior en el otro Estado miembro son las únicas acumulables conforme al criterio temporal del art. 76 CP. Jamás se podrían acumular con la extranjera las condenas por hechos posteriores al dictado de aquella. En consecuencia, el art. 14.2 LO 7/2014 no excepciona o restringe, sino que radicalmente excluye cualquier posibilidad de acumulación⁷².

En el *iter* legislativo se observa claramente que las enmiendas del Grupo Popular en el Senado —sin mayores explicaciones del Senador Represa Fernández que una genérica alusión a la seguridad jurídica—, son una regulación *ad hoc*⁷³ para evitar que la trasposición de la DM

Goioaga Llano, conocido abogado de miembros de ETA, que posteriormente presentaría demandas ante el TEDH en algunos casos afectados por esta variación en el trámite legislativo.

⁷² Incluso cuando las penas de otros Estados Miembros aún hayan de cumplirse en España (supuesto precisamente de los casos de las sentencias de Tailandia y Andorra de 2000, 2005 y 2013), por efecto del 86.1 de la Ley 23/2014, también modificado en el trámite en el Senado.

⁷³ RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *Las prisiones como estrategia frente al desafío del terrorismo, la radicalización y el extremismo violento*. Iustel. 2021, p. 176, nota 4, la califica como una *modificación in extremis in personam*.

2008/675/JAI alcance a presos por delito de terrorismo que han cumplido condenas en Francia⁷⁴.

Así cabe deducirlo también de la información del Ministerio de Interior al diario ABC publicada el 30 de octubre de 2014, fecha de la aprobación de ambas leyes, con el titular «Interior frena una argucia de Sortu para adelantar la libertad de cien presos de ETA»⁷⁵.

La trasposición de la DM 2008/675/JAI se había iniciado con un anteproyecto del Gobierno que no impedía la aplicación del principio de equivalencia a la acumulación jurídica de las penas. El CGPJ, el Consejo Fiscal y el Consejo de Estado realizaron aportaciones críticas, que fueron tomadas en consideración por el Gobierno, de modo que en marzo de 2014 presentó al Congreso un Proyecto de Ley Orgánica que incluía expresamente la aplicación del principio de equivalencia a la acumulación jurídica de las penas. El Proyecto de Ley Orgánica finalizó su trámite en el Congreso sin que se alterase este extremo y sin que se mencionara la existencia de posibilidad de excepción alguna en la DM 2008/675/JAI.

En el verano de 2014 el Gobierno y/o el partido político en el Gobierno, con mayoría absoluta en ambas cámaras, se dio cuenta de que la STS 186/2014 iba a permitir la excarcelación o el adelanto de las fechas de cumplimiento previstas para decenas de personas presas por delitos de terrorismo que habían cumplido en Francia, antes de su extradición a España, las penas impuestas en Francia, lo cual habría producido previsiblemente una situación de tensión política como la que habían generado las excarcelaciones cuando se corrigió el efecto retroactivo de la STS 197/2006 («doctrina parot») por la STEDH Del Río Prada c. España de 21 de octubre de 2013.

Se hicieron conscientes también de que el art. 14 del Proyecto de Ley Orgánica que se había aprobado en el Congreso el 10 de julio de 2014 confirmaba la doctrina de la STS 186/2014 e iba también a permitir el cómputo de las penas cumplidas en el Francia en el máximo de cumplimiento efectivo conforme al art. 70.2 CP 1973 o 76 CP.

Por ello, el grupo parlamentario introdujo «auto-enmiendas» en el Senado a los proyectos de ley que resultaron en la LO 7/2014 y Ley 23/2014; sin más fundamentación que una oscura alusión a la seguridad jurídica, sin ninguna referencia a los fundamentos de la institución de la acumulación jurídica de las penas, con una genérica alusión en la exposición de motivos a supuestas posibilidades de excepciones de la DM, sin ninguna referencia al principio de equivalencia del Espacio común de libertad,

⁷⁴ En el mismo sentido, MAROTO CALATAYUD, M. – MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: Ob. cit., p. 277.

⁷⁵ <https://www.abc.es/espana/20141030/abci-interior-iruin-201410292204.html> (última consulta 29 de noviembre de 2022).

justicia y seguridad, con el único fin de impedir el cómputo de las penas francesas en el máximo de cumplimiento efectivo en España. Luego se encargaría el Tribunal Supremo de que la modificación de la trasposición de la DM 2008/675/JAI realizada en el Senado se aplicara también a las decenas de solicitudes de acumulación realizadas tras la STS 186/2014, incluso a las estimadas antes del 3 de diciembre (salvo las que había devenido firmes, casos Guisasola y García Corporales, al haberse aquietado el Ministerio Fiscal con las decisiones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de octubre y junio de 2014, respectivamente).

4. La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 874/2014, de 27 de enero de 2015

4.1. Derecho a la irretroactividad

La Sentencia 874/2014, de 27 de enero de 2015, del Pleno Jurisdiccional⁷⁶, adoptada por mayoría de 9 a 6 de los magistrados concurrentes, con cuatro votos particulares suscritos por cuatro de los discrepantes, con adhesión de los otros cinco a cada uno de ellos⁷⁷ vino a cerrar la ventana que se abrió con la STS 186/2014, no solo a partir de la entrada en vigor de la LO 7/2014, sino respecto a los asuntos resueltos por la Audiencia Nacional el 4 de septiembre de 2014 y el 2 de diciembre de 2014, esto es, a mi juicio, aplicando la nueva norma retroactivamente, y sobre todas las solicitudes presentadas a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional tras la STS 186/2014.

En mi opinión, esta STS incurrió en vulneración de derechos fundamentales: el derecho fundamental a la legalidad penal (artículo 25.1º y 9.3º CE; art. 7 de la CEDH; art. 49 de la Carta Derechos Fundamentales de la UE), en su vertiente de derecho a la irretroactividad de las normas penales desfavorables, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, por motivación arbitraria, ilógica y/o errónea de la sentencia (art. 24.1 CE; art. 6 CEDH; art. 47 CDFUE), a la libertad (art. 17 CE; art. 5 CEDH; art. 6 CDFUE) y a la prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 15 CE; art. 3 CEDH; art. 4 CDFUE); el derecho fundamental a la igualdad ante la ley (artículo 14 CE; art. 14 CEDH; art. 20 Carta de Derechos Fundamentales de la UE) y el derecho fundamental a

⁷⁶ Ponente Soriano Soriano, ECLI:ES:TS:2015:471.

⁷⁷ Tras dos sesiones de deliberación, el 16 de diciembre de 2014 y el 13 de enero de 2015. La primera concluyó sin sentencia. El 17 de diciembre de 2014 se produjo emplazamiento al recurrente y a la fiscalía, por Providencia del Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, para informar sobre el efecto que pudiera tener la LO 7/2014 sobre la acumulación solicitada.

la tutela judicial efectiva, al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso equitativo (artículo 24 C.E. art. 6 CEDH; art. 47 CDFUE).

A mi juicio, en coincidencia con los votos particulares, la Sentencia aplica retroactivamente una norma desfavorable para el penado (vulnerando los arts. 25.1º y 9.3º CE), como es la LO 7/2014, a un supuesto abarcado por el derecho a la irretroactividad, como es la fijación del límite de cumplimiento. Las solicitudes de acumulación habrían de haber sido resueltas conforme al Derecho y a la interpretación jurisprudencial vigente antes de la entrada en vigor de la LO 7/2014. Sin embargo, con una motivación arbitraria e irrazonable (art. 24 CE), declarando *contra legem* la interpretación entonces vigente de forma sobrevenida, puesto que tal ley contraria no existía, otorgó eficacia retroactiva a una ley posterior desfavorable. Con ello se vulneró el derecho a la libertad de las personas penadas (art. 17 CE), al prolongar la estancia en prisión más allá del límite legal, y la prohibición de penas inhumanas, crueles o degradantes, al permitir el cumplimiento de una pena que rebasa el límite de estancia en prisión que la ley aplicable considera conforme al art. 15 CE.

La STS 874/2014 aplicó retroactivamente a la acumulación jurídica de las penas y fijación del límite de cumplimiento (art. 988 LECrim y 70.2º CP 1973 y art. 76 CP) una ley —la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, publicada en el BOE los días 13 y 14 de noviembre de 2014— que no estaba vigente cuando se solicitó la acumulación jurídica de la condena francesa en marzo de 2014, ni cuando se resolvió por Auto de 4 de septiembre de 2014, ni cuando se interpuso recurso de casación contra dicho Auto. Ni siquiera se habían presentado las enmiendas en el Senado hasta el 22 de septiembre, por lo que un cambio legislativo o interpretativo era totalmente imprevisible.

Por mucho que trate de negarse esta aplicación retroactiva, o de justificarse, aduciendo que no se aplica la ley sino que se hace una interpretación de los citados arts. 70.2º CP 1973 y 76 CP a la nueva luz de la DM 2008/675/JAI desde la perspectiva de su trasposición por la LO 7/2014, para afirmar que la interpretación dada por la STS nº 186/2014, de 13 de marzo ¡habría devenido *contra legem*!, lo cierto es que afirmar que una interpretación es *contra legem* para un periodo en que no existía tal ley es otorgar a dicha ley un efecto hacia el pasado incompatible con el derecho a la legalidad penal en su vertiente *nulla poena sine lege*⁷⁸.

⁷⁸ Apunta el apartado VII del Voto particular de Miguel Colmenero a la STS 874/2014: «Es cierto que nada impide un cambio de criterio jurisprudencial en la interpretación de una norma concreta. Tal cosa es posible, aunque exija una fundamentación suficiente para evitar lesiones en el principio de igualdad y para plasmar la ausencia de arbitrariedad. Desde esta perspectiva, habría sido posible, dentro de sus límites, una sentencia en la que se rectificara lo hasta entonces mantenido. En la deliberación, sin embargo, no se desarrollaron argumentos según los cuales fuera preciso rectificar el criterio interpretativo de los artículos 76 del CP y 988 de la LECrim, consignado en la STS nº 186/2014, por

En una evolución posterior de la doctrina de la STS 874/2014, las SSTS 178 y 179/2015⁷⁹ (F.Dº Primero. 3) califican la LO 7/2014 como «obstáculo o circunstancia fáctica impeditiva». ¿Un hecho es una ley? ¿Un hecho convierte una interpretación jurisprudencial en ilegal?

A juicio del voto particular redactado por el magistrado Luciano Varela, respaldado por los otros cinco magistrados discrepantes, «tal modificación implica una sucesión temporal de normas»⁸⁰.

Lo cual, además, se hace interpretando irrazonablemente que la DM permite la excepción/vaciamiento que se introdujo en la LO 7/2014, mediante enmienda en el Senado. Además, el art. 14.2 c LO 7/2014 no es, como ya se ha dicho, una excepción de las que permitiría la DM, sino una abierta contradicción y vaciamiento de contenido del principio de equivalencia en las acumulaciones de penas.

En mi opinión, la STS 874/2014 es un castillo de naipes construido con cartas marcadas; «acumulación de materiales de interpretación» que «solo aportan distracción y confusión»⁸¹. La lectura de la sentencia deja la impresión de un puzle para cuya consecución se han limado, recortado o reconstruido las piezas que no encajaban.

Primeramente (F.J. Segundo.2), reinterpreta la jurisprudencia existente para obviar las SSTS 1129/2000, 926/2005 y 386/2013, porque en estas se trata de penas que van a seguir cumpliéndose en España; como si el hecho de que las penas estuvieran cumplidas o no significara una diferencia en el caso de que las condenas fueran nacionales. Es pacífica

considerarlo erróneo. No se expuso, ni se sometió a votación, ninguna razón para excluir de la acumulación, antes de la LO 7/2014, las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros. Pues la única razón expresa de la rectificación de aquel criterio fue, precisamente, y así se desprende de la sentencia mayoritaria, la entrada en vigor de la mencionada ley orgánica, de donde se deduce que de no existir tal norma lo procedente sería continuar con aquel mismo criterio. Lo cual es fuertemente sugestivo de que lo que se hace por la decisión de la mayoría, en realidad, no es modificar el criterio anterior por la fuerza de razonamientos entonces no desarrollados, contrarios a los contenidos en aquella sentencia, sino aplicar la nueva ley a situaciones ya consolidadas con anterioridad, si bien con resultados menos favorables para el reo. Lo cual supondría una aplicación retroactiva de norma más desfavorable contraria al artículo 9.3 de la Constitución».

⁷⁹ El ponente de estas sentencias PALOMO DEL ARCO publicó en este mismo año 2015: «Consecuencias de una condena anterior de otro estado de la Unión Europea», *Revista del Ministerio Fiscal*, 0, páginas 146-183.

⁸⁰ «Desde la perspectiva de la lógica constituiría una falacia afirmar que la LO 7/2014 no se trae a colación para ser aplicada como una norma nueva, sino como un mero criterio de interpretación de la norma anterior; criterio que se considera incompatible con el mantenido antes de la promulgación de dicha Ley Orgánica»; «inocular los principios de una ley, más aún su traducción en norma positiva, en la norma precedente supone una ultraefectividad retroactiva que disimula vergonzantemente la efectiva aplicación de la norma bajo el falso ropaje de un mero criterio interpretativo». De la misma opinión, SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: Ob. cit., 2019.

⁸¹ Voto particular del magistrado Cándido Conde-Pumpido, *in fine*.

la doctrina y jurisprudencia españolas⁸² en el sentido de que no es óbice a efectos de acumulación que alguna de las condenas acumulables esté cumplida y licenciada⁸³. Ello permite al Tribunal Supremo a partir de ese momento ignorar la existencia de estas sentencias, que no vuelve a mencionar, y resucitar la STS 2217/2002, que la jurisprudencia ya había superado, de modo que ya solamente reconoce dos sentencias, esta en sentido denegatorio y otra, la STS 186/2014, en sentido favorable a la acumulación.

El basarse sólo en la sentencia que le interesa le permite afirmar que el criterio de conexidad exclusivamente temporal asumido pacíficamente en España «engloba un *prius* lógico jurisdiccional: que todas las condenas se ejecuten por los tribunales españoles». Lo que no explica es la lógica que le lleva a esa conclusión y cómo se compadece con las sentencias que afirman expresamente después de la de 2002 que la nacionalidad de la condena no impide la acumulación. Y dos párrafos después afirma que «la LO 7/2014 no modifica el art. 76 CP», sino que «estamos ante una ley que parte de un presupuesto: el art. 76 CP no contempla las sentencias extranjeras»⁸⁴. Es decir, dos *prius* lógicos cuyo origen el Tribunal Supremo no explica y que contradicen cuatro sentencias anteriores.

Y con el fin de poder ignorar la doctrina de la STS 186/2014, encuentra entre esta y la STS 2117/2002 un hecho diferencial: la DM 2008/675/JAI. Lógicamente, con el fin de llegar al resultado buscado y dejar la STS 2117/2002 como el único precedente, se trata de hacer decir a la DM 2008/675/JAI lo que no dice.

Así, en segundo lugar (F.J. Segundo.2), cuela la afirmación inmotivada de que la DM 2008/675/JAI «excluye la obligatoriedad de la consideración de la condena de otro Estado Miembro, cuando el efecto sea el de la acumulación de las condenas, en los términos expresados en el art. 3.5». Interpreta así el art. 3.5 de la Decisión Marco —para aplicarlo a un supuesto no comprendido en él—, proporcionando una pista de aterrizaje a la modificación *ad hoc* de la LO 7/2014⁸⁵.

⁸² Véase la Circular de la Fiscalía General del Estado n° 1/2014, sobre la acumulación de condenas, con remisión al Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 8 de mayo de 1997.

⁸³ En todo caso, como ya se ha puesto de manifestó, la modificación del Proyecto de la Ley 23/2014 en el Senado dio al traste también con la posibilidad de acumular condenas impuestas en Francia cuyo cumplimiento se vaya a continuar en España.

⁸⁴ Criterio que se va reproduciendo en sentencias posteriores como la STS 829/2015 o 344/2017.

⁸⁵ Para ilustrar que el art. 3.5 DM 2008/675/JAI permite la excepción que realiza el art. 14.2 LO 7/2014, la STS 874/2014 (F.J. Cuarto.3) pone un extraño ejemplo en el que la condena anterior de un Estado Miembro implica que el límite máximo de cumplimiento efectivo para el penado «pasara de treinta a veinte años» (sic) para concluir, sin que se entienda cómo opera el silogismo, «luego no es exigible la aplicación del principio de equivalencia».

Por otro lado, resulta llamativo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo quiera equiparar la fijación de un límite máximo de cumplimiento con la imposición de una nueva pena, cuando es claro que en el Derecho español la fijación del límite máximo no hace que las penas pierdan su individualidad. Es decir, el propio Tribunal Supremo contradice lo que sostuvo con la «doctrina parot». Según la STS 874/2014 el máximo de cumplimiento efectivo ya no es un máximo de cumplimiento efectivo que deja incólume la individualidad de las penas acumuladas y a cumplir sucesivamente, sino que es imposición de pena, esto es, una nueva pena nueva y distinta de las anteriores. Lo cual se contradice con el art. 78 CP, que precisamente otorga efectos a la suma de las penas individuales, aunque estén acumuladas y refundidas en una sola ejecutoria.

También se contradice con la posición mantenida por el Gobierno de España ante el TEDH. En la STEDH Arrózpide Sarasola y otras c. España de 23 de octubre de 2018 la Corte rechaza expresamente:

«el Tribunal no puede suscribir la tesis del Gobierno según la cual la aplicación del plazo máximo de cumplimiento previsto por el Código penal era una medida de límite máximo vinculada exclusivamente a la «ejecución» de penas individuales ya impuestas. Se trataba, por el contrario, de una medida que se refería a la duración de las penas impuestas a los demandantes (ver también, sobre la fijación de una pena conjunta resultantes de delitos múltiples, *Koprivnikar c. Slovenia*, apdos. 50-52, 24 de enero de 2017). Desde entonces, las decisiones cuestionadas del Tribunal Supremo, por las que éste ha desestimado los recursos de los demandantes relativos a la acumulación de penas ya cumplidas en Francia con vistas a su aplicación al plazo máximo de cumplimiento en España, afectaban también al alcance de las penas impuestas y entraban en el ámbito de aplicación de la última frase del artículo 7, apartado 1, de la Convención. Por tanto, procede rechazar la excepción de incompatibilidad *ratione materiae* planteada por el Gobierno».

Además, se pretende sostener que la condena extranjera temporalmente acumulable interfiere en la imposición de la pena (en realidad, sobre la fijación del máximo de cumplimiento, porque no estamos ante una nueva sentencia). Según esta posición, si las penas españolas estuvieran ya limitadas al máximo posible, 30 o 40 según la fecha de los hechos, el enjuiciamiento en España de hechos cometidos antes de la sentencia extranjera (por tanto, acumulables y limitables) no podría dar lugar a la imposición de una pena. Esto, en primer lugar, es radicalmente incierto. Por supuesto que el nuevo enjuiciamiento podrá acabar con una condena y la imposición de las penas correspondientes. Otra cosa es que en ejecución de sentencia se produzca una acumulación que no implique alteración del máximo de cumplimiento efectivo. Peor es que, además, es lo mismo que ocurre cuando una persona ya acumula penas a las que es aplicable un límite de cumplimiento efectivo del art. 76 CP: cualquier nuevo juicio por hechos anteriores a la primera sentencia condenatoria dará lugar a una nueva sentencia condenatoria, en la que se impondrán

las penas y otras consecuencias jurídicas como la responsabilidad civil que correspondan; otra cosa es que la nueva pena se incorpore en ejecución mediante nuevo auto de acumulación a la acumulación y limitación realizada, de modo que en la práctica pueda suponer que no se incrementa el cumplimiento efectivo. Es lo que ocurre con la acumulación de penas impuestas exclusivamente en España; no hay problema alguno si ocurre lo mismo con penas impuestas en el extranjero, conforme al principio de equivalencia.

Para llegar a la conclusión de que el art. 3.5 DM 2008/675/JAI abre la puerta a que el legislador español (en la LO 7/2014 y en la Ley 23/2014) elimine la posibilidad de dar a las condenas europeas los mismos efectos que las españolas en materia de límite máximo de cumplimiento, la STS 874/2014 primero altera la correcta comprensión del proceso de formación de la DM⁸⁶; luego ignora las Considerandos 8 y 9 de la DM (que vedan que el principio de equivalencia dé lugar a un trato menos favorable, una dureza desproporcionada, no lo contrario); luego recurre a lo que no dice el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo⁸⁷, sobre la aplicación por los Estados Miembros de la Decisión Marco 2008/675/JAI, de 24 de julio de 2008 —Bruselas, 2.6.2014 COM(2014)312 final; y, por último, acude a una Sentencia del Tribunal Supremo Holandés⁸⁸ de la que afirma que no acumula al amparo de la DM.

También selecciona la jurisprudencia de la Audiencia Nacional, haciendo solamente referencia a la anterior a la STS 186/2014, obviando la posterior, ya citada en este trabajo, en la que no hubo ninguna duda sobre la acumulabilidad, hasta el punto de que la fiscalía no recurrió los Autos anteriores al 2 de diciembre; jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional que sí había generado en el periodo posterior a la STS 186/2014, en el momento de ejercer la pretensión, una previsibi-

⁸⁶ Véase en BLANCO QUINTANA, ob. cit., pp. 191-218. En el Voto particular de Cándido Conde-Pumpido (F.J. Decimoquinto *in fine*) se afirma que en el Documento del Consejo núm. 13.101/06, COPEN 100, de 26 de septiembre, la pretensión de Holanda era solamente que la pena no pudiera superar la que correspondería si la anterior fuera nacional. Véase también la certera explicación de la excepción holandesa expuesta por MAROTO CALATAYUD, M. – MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: Ob. cit., p. 280-281, que sólo tiene sentido en su sistema legal de imposición de nueva pena global. También destacan (nota al pie 103) cómo la delegación española no puso de manifiesto ninguna reserva en el proceso legislativo de la Decisión marco.

⁸⁷ Lo que sí dice es que «El cumplimiento de la norma según la cual los efectos jurídicos atribuidos a las condenas anteriores extranjeras son equivalentes a los efectos jurídicos atribuidos a las condenas anteriores nacionales, de conformidad con el Derecho nacional, es, en el mejor de los casos, no concluyente»; que «el nivel de conformidad con la letra y el espíritu de la Decisión marco varía considerablemente»; y que «La Comisión seguirá supervisando de cerca... si los Estados miembros aplican debidamente el principio de equivalencia y si, como cuestión de principio, los efectos jurídicos de las condenas extranjeras son equivalentes a los efectos jurídicos de las condenas nacionales».

⁸⁸ Véase en ECLI:NL:HR:2013:BX9407, de 19 de febrero, que el sistema holandés no es el de acumulación de penas, sino de exasperación de la pena más alta.

lidad y una legítima y razonable expectativa de que las condenas francesas serían acumulables a las españolas.

La STS 874/20014 (F.J. Quinto. 4) acude incluso a jurisprudencia francesa, Sentencia de la Corte de Casación de París de 19 de noviembre de 2014, que no es trasladable al asunto sometido a casación, puesto que se trata de un penado, cumpliendo en Bélgica una condena anterior a la francesa, que solicita en Francia la *confusion* de una pena ya cumplida en Francia⁸⁹. En el mismo sentido se pronuncia el voto particular de Cándido Conde-Pumpido (F.J. Undécimo y Decimoséptimo), afirmando que esta sentencia no aporta nada a la resolución de la cuestión aquí planteada.

Una vez establecido por la STS 874/2014 (F.J. Primero) que la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional debió haber entrado en el fondo de lo solicitado, no cabía a mi juicio otra opción que haber aplicado la legislación e interpretación vigentes antes de la entrada en vigor de la LO 7/2014, conforme a la interpretación pacífica vigente, esto es, la establecida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de marzo del mismo año, acogida por el Auto de la misma Sección Tercera de 9 de junio de 2014 (en el caso de García Corporales) y posteriormente por la propia Sección Tercera en su Auto de 21 de octubre de 2014 (caso Guisasola Solozábal).

La interpretación jurisprudencial consolidada y previsible en la fecha en que se solicitó y se decidió sobre la acumulación solicitada era nítida⁹⁰. La STS de 13 de marzo de 2014 confirmó la doctrina dimanante de tres sentencias anteriores sobre la cuestión, afirmando que no había obstáculo alguno para la acumulación de condenas españolas con condenas extranjeras, rechazando expresamente el argumento contrario de la única STS existente en sentido contrario, del año 2002, que en todo caso parte de una tesis soberanista caduca tras la evolución de la creación de un espacio único de justicia en la UE⁹¹.

La reinterpretación de la jurisprudencia que realiza la STS 874/2014, de 27 de enero de 2015, para luego incluso obviar la existencia de estas tres sentencias, construyendo diferencias y argumentos que ninguna de las sentencias utilizó, no puede servir para ocultar que a partir del 13 de marzo de 2014 existía una única interpretación (como confirman los autos de la Sección Tercera dictados a partir de esa fecha) y por tanto una expectativa del penado a que se le aplicara la acumulación solicitada.

⁸⁹ Así mismo lo ven MAROTO CALATAYUD, M. – MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: Ob. cit., p. 280.

⁹⁰ Véase al respecto el Voto particular redactado por Miguel Colmenero, Ponente de la Sentencia de 13 de marzo de 2014.

⁹¹ Así lo afirman también el Voto particular redactado por el magistrado Cándido Conde-Pumpido y el Voto redactado por Joaquín Giménez.

El derecho a la irretroactividad de la norma penal desfavorable debe interpretarse conforme a la doctrina jurisprudencial del TEDH. Como expresa el Voto particular del magistrado Cándido Conde-Pumpido, «la doctrina del TEDH sobre esta cuestión ha sido establecida con fecha 21 de octubre de 2013, en la sentencia dictada en el caso *Del Río Prada c. España* (Gran Sala), considerando que la aplicación de una nueva doctrina en materia de límites máximos de ejecución de las penas de prisión (en nuestro caso en los procedimientos de acumulación o refundición de penas para aplicar dichos límites máximos) no afecta solo a la forma de ejecución de la pena, sino que supone una redefinición del alcance de la misma. El TEDH toma en consideración que el criterio jurisprudencial establecido en nuestra STS 197/2006 (doctrina Parot) era coincidente sustancialmente con el incorporado en las disposiciones del nuevo Código Penal de 1995, que no podía ser aplicado retroactivamente por no resultar más favorable. Por lo tanto, el TEDH establece, en síntesis, en la STEDH de 21 de octubre de 2013, que no es conforme al Convenio ni aplicar retroactivamente una ley penal posterior más desfavorable de forma directa, ni aplicar retroactivamente los aspectos desfavorables de la nueva Ley por el procedimiento de modificar la interpretación jurisprudencial anterior». La creación de un nuevo criterio jurisprudencial *ex post facto* a partir de una nueva ley y aplicarlo a momentos anteriores a la entrada en vigor de la ley constituye una vulneración del art. 7 CEDH conforme a la jurisprudencia del TEDH, además de una vulneración del derecho constitucional español contenido en el art. 25.1º y 9.3º de la Carta Magna.

Si bien es cierto que cuando en 2013 se comenzó a solicitar las acumulaciones de las penas francesas de los presos encuadrados en la denominada vía Nanclares la práctica de la Audiencia Nacional era contraria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo era contradictoria, lo cierto es que a partir de la STS 186/2014, de 13 de marzo, las dudas sobre la interpretación válida desaparecieron y la práctica de la Audiencia Nacional se ajustó a la misma. En definitiva, en septiembre de 2014 existía una fundada, clara y legítima expectativa de que se produjera la acumulación solicitada, por lo que la sentencia de 27 de enero de 2015 frustró retroactivamente esa legítima expectativa, en el sentido en el que la STEDH del caso *Del Río Prada c. España* interpretó el art. 7 del CEDH. Y no mediante un cambio de criterio jurisprudencial, sino mediante la aplicación al caso de una ley, la LO 7/2014, que no estaba en vigor cuando se resolvió la solicitud de acumulación.

El TEDH viene estableciendo desde *Kokkinakis c. Grecia*, de 25 de Mayo de 1993, por ejemplo, en *Puhk c. Estonia*, de 10 de febrero 2004, (nº. 55103/00), una interpretación extensiva del principio de retroactividad, único recogido en el art. 7 del Convenio, a tenor de la cual su objetivo radica en evitar condenas imprevisibles, lo que se traduce principalmente en que el acusado debe estar en condiciones de conocer de antemano, ya sea a través del tenor literal y, si es necesario, con la asistencia

de la jurisprudencia, si su comportamiento es constitutivo de delito, lo cual es aplicable *mutatis mutandis* a la pena imponible y a su límite de cumplimiento.

Tampoco en la propia DM, si no es atendiendo a una norma aún no vigente ni previsible, y por tanto aplicándola retroactivamente en su letra o en su espíritu, puede encontrarse justificación para el cambio de criterio jurisprudencial. Otra pieza que se lima para que encaje es la propia DM 2008/675/JAI, para deducir de su art. 3.5 que cabía aplicar excepciones al principio de equivalencia de las condenas de otros estados miembros de la UE. Que los arts. 3.3 a 3.5 de la DM no son un paradigma de claridad queda claro cuando tanto esta parte como el Tribunal han debido acudir a su versión inglesa y francesa para intentar comprenderlos.

La aplicabilidad del principio de equivalencia de la DM 2008/675/JAI a la fijación de los límites del art. 76 CP era algo tan evidente, no solo para la STS de 13 de marzo de 2014, sino para el CGPJ en su Informe al anteproyecto y para el Consejo de Estado en el suyo, que el Gobierno la mencionó expresamente en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica que dio lugar a la LO 7/2014 y el Congreso así lo contemplaba en el texto que remitió al Senado. Nadie vio la posibilidad de excepción/vaciamiento que luego el Tribunal Supremo encontraría en la DM, hasta que la previsión de las excarcelaciones a las que podía dar lugar llevó a introducir en el Senado las enmiendas *ad hoc* del Grupo Popular en el Senado que ya se han referido.

Por otro lado, resulta sorprendente que, en su búsqueda de la interpretación correcta, antes de la LO 7/2014, del art. 76 CP respecto a las condenas extranjeras, el Pleno Jurisdiccional acuda a todo tipo de textos europeos, legislación y jurisprudencia extranjera y margine un método de interpretación tan querido de nuestra dogmática penal europea como es el atender fundamentalmente al espíritu y la finalidad de las normas (art. 3.1 CC)⁹². La finalidad del instituto de la acumulación jurídica de las penas es la evitación de las penas inhumanas, por su excesiva duración respecto a la extensión media de la vida humana, y un horizonte razonable de reinserción social, respecto a hechos delictivos conexos temporalmente (es decir, cometidos en un mismo lapso temporal antes de la primera sentencia condenatoria). Siendo todas las condenas, las españolas y las francesas, por hechos cometidos en un solo lapso temporal, hasta la detención, integrado el penado en la banda terrorista ETA y a su servicio, con un mismo fin criminal, más allá de la innegable conexión temporal existe una evidente conexión de sentido de sus acciones delictivas, de sentido de las penas impuestas a las mismas y por tanto del sentido de

⁹² También el voto particular de Conde Pumpido advierte esta omisión metodológica, aunque referida a la DM. Se hace eco de esta omisión también VARONA JIMÉNEZ: Ob. cit. 2019, p. 257.

los límites máximos de cumplimiento. El principio de humanidad y la orientación reinsertadora de la ejecución de las penas, junto con la proporcionalidad en la restricción de derechos fundamentales, orientan la interpretación teleológica hacia la admisión de la acumulación al margen del lugar de condena, cuando se dan los requisitos temporales que le dan sentido, no dejando la eficacia de estos principios al albur del lugar de detención y primer enjuiciamiento.

Como afirma el magistrado Colmenero Menéndez de Lúcar en su voto particular, citando literalmente la STS 1129/2000, ninguna de las finalidades del art. 70.2° CP 1973 o 76 CP deja de tener sentido cuando una de las penas ha sido impuesta en el extranjero.

En conclusión, la sentencia aprobada por 9 de los 15 magistrados del Pleno quiere presentar como un justificado cambio de jurisprudencia lo que no es sino una aplicación retroactiva de una norma penal desfavorable, la LO 7/2014, a un momento anterior en que la ley penal y su interpretación eran pacíficas; norma además imprevisible hasta septiembre de 2014 porque el Proyecto de Ley Orgánica preveía expresamente la aplicación del principio de equivalencia a la fijación de los límites máximos de cumplimiento.

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

La consecuencia es que se alarga así el periodo de privación de libertad efectiva respecto al que correspondería cumplir si todas las sentencias se hubiesen dictado en España (Voto Cándido Conde-Pumpido, Decimosegundo), convirtiendo en papel mojado el principio de equivalencia de los arts. 3.1 y 3.2 DM y vulnerando con ello el derecho a la libertad y la prohibición de penas inhumanas.

También resultó novedosa en la STS 874/2014 la concepción de que la aplicación de la DM 2008/675/JAI por la STS 186/2014 a la acumulación de las penas por hechos anteriores a la entrada en vigor de la DM constituye una aplicación retroactiva de la misma⁹³.

⁹³ F.J. Segundo SSTs 178 y 179/2015 y punto 1 del Razonamiento Jurídico 3 del Auto 65/2015 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Según SÁNCHEZ TOMÁS es «indubitado que existió una expectativa legítima de acumulación en el periodo ventana entre las SSTs 186/2014 y 874/2014 en el que estaba vigente una normatividad penal –norma jurisprudencialmente interpretada y de efectiva aplicación– que propició el acceso a la acumulación firme e irrevocable de condenas impuestas y cumplidas en Francia de determinados afectados», para concluir que «solventada la cuestión de que existió una normatividad penal independiente entre el dictado de las SSTs 186/2014 y 874/2014 —que es lo que parece negar el TEDH—, el presente caso representaría un mero supuesto de sucesión de múltiples normativa sobre los criterios de resolución de la acumulación y liquidación de condenas impuestas y cumplidas en otros países miembros de la UE a resolver por la regla de la *lex mitior*, que hubiera debido llevar a la aplicación de la normatividad penal instaurada por la STS 186/2014 a los demandantes por su carácter más favorable. Al no hacerse así, se debió haber declarado la vulneración del art. 7.1 CEDH y, en conexión con ello, del art. 5.1 CEDH al implicar un alargamiento efectivo del periodo de privación de libertad»⁹⁴.

En consecuencia, es sin duda una cuestión que queda comprendida en la prohibición de retroactividad de los arts. 9.3 y 25.1 CE, art. 7 CEDH y arts. 9 y 15 del PIDCP, por lo que no cabía aplicar las nuevas leyes a condenas anteriores a su entrada en vigor.

La decisión sobre el límite de cumplimiento afecta al contenido esencial de la pena, incidiendo directamente en el derecho fundamental a la libertad, por lo que conforme a la STEDH en el caso Inés Del Río Prada le alcanzaría la prohibición de retroactividad de los arts. 9.3 y 25.1 CE, art. 7 CEDH y arts. 9 y 15 del PIDCP.

La DM 2008/675/JAI, desde la fecha de su entrada en vigor el 16 de agosto de 2008, conforme a la aplicabilidad del principio de equivalencia a la acumulación jurídica de penas y el principio de interpretación conforme, establece claramente el principio de equivalencia de efectos jurídicos de las condenas de otros estados miembros de la UE en España, esto es, otorgarles los mismos efectos que hubiera tenido una condena en Madrid, Ceuta o Gijón. Interpretado el art. 76.2 CP conforme a esta DM, como hizo la STS 186/2014, se genera una expectativa de derecho aplicable que forma parte intrínseca e indisoluble de la propia norma interpretada, el art. 76 CP, de modo que una norma posterior que reduzca el ámbito de aplicación de dicho art. 76 CP no puede ser aplicada a solicitudes de acumulación de penas formuladas con base en esta legislación aplicable.

⁹⁴ SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: Ob. cit., 2019, pp. 33 y 36, mostrándose muy crítico con la STS 874/2014, el ATC 155/2016 y la STEDH caso Arrózpide Sarasola c. España de 23 de octubre de 2018, y apoyándose en la STEDH, as. Scoppola c. Italia, de 17 de septiembre de 2009, §§ 103-109.

4.2. *Derecho a la igualdad ante la ley*

Además, en mi opinión la STS 874/2014, de 27 de enero de 2015, vulneró el derecho a la igualdad ante la Ley, por cuanto se debería haber aplicado la acumulación de condena de forma idéntica a los casos de las STS 1129/2000, 926/2005 y 368/2013, así como STS 186/2014, AAN, Sección 3ª, de 9 de junio de 2014, y AAN, Sección 3ª, de 21 de octubre de 2014.

La Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó los Autos de 21 de octubre de 2014 (caso Guisasola) y de 9 de junio de 2014 (caso García Corporales), estimando la acumulación jurídica de las condenas francesas con las españolas, procediendo a la nueva liquidación de condenas el 24 de noviembre y 19 de diciembre, respectivamente. Ambos autos, estimatorios de la acumulación, son autos firmes por no haber sido recurridos por el Ministerio Fiscal ni la Abogacía del Estado. Con posterioridad a los autos de acumulación, publicada ya en el BOE la LO 7/2014, la misma Sección aprobó nuevas liquidaciones de condena consecuencia de la acumulación acordada, el 24 de noviembre en el primer caso y el 19 de diciembre en el segundo —en este el Ministerio Fiscal informó en contra, aduciendo, en flagrante contradicción con su criterio habitual y con la jurisprudencia constitucional, la no intangibilidad del auto de acumulación de 9 de junio de 2014—. También a Urrosolo Sistia-ga se le ha acumulado la condena francesa con las condenas españolas, por STS 186/2014, de 13 de marzo, realizándose a comienzo de 2015 la correspondiente liquidación de condena.

En ninguno de estos casos se produjo una reinterpretación a la luz de la LO 7/2014 de la legislación vigente en el momento en que se dictó la acumulación, ni tampoco a fin de realizar la correspondiente liquidación de condena.

No resulta conforme al derecho a la igualdad ante la ley, conforme a la STC 108/2013, de 6 de mayo, FJ 4, que se dé a un caso una resolución contraria a las ya emitidas en supuestos idénticos, por la misma Sección y con la misma legislación vigente:

«el Tribunal Constitucional ha establecido los requisitos que han de concurrir para poder apreciar la lesión del principio de igualdad en la aplicación de la ley: a) La acreditación de un *tertium comparationis*, puesto que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre el contraste entre la Sentencia impugnada y precedentes resoluciones del mismo órgano judicial dictadas en casos sustancialmente iguales, pero resueltos de forma contradictoria. b) Identidad de órgano judicial entendida no como una mera identidad de Sala, sino que en su caso se trate de la misma Sección. c) La existencia de alteridad en los supuestos contrastados; es decir, de «la referencia a otro», lo que excluye la comparación con otra resolución que afecte al mismo recurrente. d) Finalmente, la ausencia de toda motiva-

ción que justifique en términos generalizables el cambio de criterio (STC 13/2011, de 28 de febrero, FJ 3)».

Así lo entiende también el Voto particular del magistrado Luciano Varela, apartado 9: «Se vulnera también la exigencia de trato igualitario a ciudadanos en situación igual. El enjuiciado en la causa a que se refería nuestra STS 186/2014 resultará favorecido respecto del aquí recurrente. La sentencia del Pleno no puede dejar sin efecto lo decidido en aquella otra».

El Auto de la Secc. 3ª de 21 de octubre de 2014 y el asunto resuelto por la STS 874/2014 se referían a supuestos idénticos, incluso en la existencia de una anterior resolución judicial denegatoria firme, y sin embargo las resoluciones de la Secc. 3ª fueron inmotivadamente contradictorias, por lo que se produjo una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley, que debía haber llevado a casar el Auto de 4 de septiembre de 2014 y estimar no solo la no intangibilidad del Auto, sino la acumulación solicitada.

4.3. Vulneración del Tratado de Funcionamiento de la UE: preceptivo planteamiento de la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE)

Como se decía en la introducción, en mi opinión, una de las consecuencias más graves que ha producido el caso Picabea es que se haya vaciado de contenido el principio de equivalencia en la acumulación jurídica de las penas⁹⁵, en la aplicación de los límites de humanidad, proporcionalidad y resocialización de las penas en los casos de reiteración delictiva. Para hacerlo, en la vía legislativa se modificó el proyecto de ley orgánica en el último trámite legislativo posible para producir ese vaciamiento; en la vía judicial, se acudió a interpretación imprevisible y erró-

⁹⁵ PALOMO DEL ARCO, A. «Reconocimiento y ejecución de sentencias penales dictadas en otro Estado europeo». Revista jurídica de Castilla y León. n.º 21, mayo 2010, p. 149 y ss. recogía en 2010 los lógicos efectos indirectos de los principios de reconocimiento mutuo, equivalencia y confianza que insuflaban la construcción europea en materia de justicia. Se lamentaba (p. 150) de que «La parca redacción parece que alude sólo a consideraciones peyorativas para el reo, prisión provisional, reincidencia, ponderación de la pena, etc.; mientras que obvia cualquier consideración positiva, como los supuestos de acumulación jurídica o de absorción en la determinación de las penas. En idéntico sentido, es de lamentar que se haya incluido en la parte expositiva y no en la normativa la conveniencia de evitar, en la medida de lo posible, que el hecho de que con motivo de un nuevo proceso penal en un Estado miembro se disponga de información sobre una condena anterior dictada en otro Estado miembro dé lugar a que el interesado reciba un trato menos favorable que si la condena anterior hubiera sido dictada por un órgano jurisdiccional nacional» Ninguna mención se hace de las supuestas excepciones a las que se hará referencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de 2015.

nea del art. 3 de la DM 2008/675/JAI; para blindar esta interpretación se impidió el acceso al TJUE vía cuestión prejudicial acudiendo de manera asombrosa a la doctrina del acto claro.

Como dijo incluso el fiscal del Tribunal Supremo DOLZ LAGO⁹⁶, «decir que es «clara» la redacción del art. 3 de la Decisión Marco tiene más de voluntarismo que de realidad... dadas las conjeturas que suscita este precepto, desde luego no es cierto. Y es que, desde nuestra modesta opinión, no es que sea necesario que los interprete el TJUE mediante una cuestión prejudicial, es que es necesario redactarlo de nuevo».

La STS 874/2014 realizó una interpretación de la DM errónea y contraria al art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE, porque la prohibida, forzada y notoriamente errónea interpretación del art. 3.5 DM 2008/675/JAI se ha utilizado para justificar un supuesto cambio jurisprudencial con el que resolver de modo irrecurrible el caso planteado. Conforme al citado art. 267 TFUE, habría correspondido el planteamiento obligatorio de la cuestión prejudicial al TJUE. Con la negativa del TS a plantearla, conforme a las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010 (Pleno) y a la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, del TC, se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva y al juez ordinario predeterminado por la ley⁹⁷.

En la STC 58/2004, de 19 de abril, el Tribunal Constitucional señalaba que a los efectos de excluir la obligación de plantear una Cuestión Prejudicial de Derecho Europeo:

«la existencia o inexistencia de una duda.. no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del Juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho Comunitario (una apreciación subjetiva) sino como inexistencia, clara y terminante de duda alguna en su apreciación. No se trata de que no haya duda razonable, sino simplemente de que no haya duda alguna».

Resulta sorprendente que la STS 186/2014, de 13 de marzo, interpretara por unanimidad que la DM 2008/675/JAI apoyaba la interpretación favorable a la acumulación (tan claro pareció que ni se suscitó la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial), pero que unos meses después el Pleno Jurisdiccional entendiera que la DM establece nítidamente y sin duda lo contrario. Supuesta claridad que obviamente choca con que 6 magistrados discrepantes suscribieran un voto particular defendiendo la obligatoriedad, conforme al art. 267 del Tratado de funcionamiento, del

⁹⁶ DOLZ LAGO, M.J.: «Caso PICABEA. Acumulación de sentencias europeas». Diario La Ley. N° 8914, 3 de febrero de 2017, p. 4.

⁹⁷ Sobre la vulneración del derecho a tutela judicial efectiva cuando la negativa sea manifiestamente errónea, véase TERUEL LOZANO, G.M.: «El control constitucional del deber del juez nacional de plantear cuestión prejudicial en la jurisprudencia del tribunal constitucional: ¿una cuestión de tutela judicial efectiva?, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2º semestre de 2015, pp. 91-117.

planteamiento de la cuestión prejudicial al TJUE; que 6 de los magistrados del Pleno crean que la cuestión conduciría a la invalidación del art. 14.2.c de la LO 7/2014; que los 6 autos dictados por las Secciones 1º y 3º de la AN desde el 9 de junio hasta el 2 de diciembre —con la sola excepción del Auto de 2 de diciembre de la Sección 2ª— interpretaran la DM a favor de la acumulación. Sin embargo, 9 de los 15 miembros del Pleno Jurisdiccional del TS del 13 de enero de 2015 sostuvieron que la interpretación de la DM es tan clara que la cuestión prejudicial era innecesaria y no imperativa; de tal evidencia que no dejaría lugar a ninguna duda razonable.

Cuando lo evidente es que sí hay dudas, entre diversos operadores jurídicos, incluso el 40% del Pleno, y las dudas no solo son razonables y están razonadas, sino que la interpretación contraria a la realizada por la mayoría del Pleno es razonable y está razonada, tanto por los 6 magistrados discrepantes como por la AN, el CGPJ, el Consejo de Estado, el Gobierno y el Congreso⁹⁸.

El rigor jurídico e intelectual debía haber llevado al Pleno a acordar que, aunque para 9 de los 15 magistrados la interpretación correcta fuera la adoptada, y les pudiera resultar subjetivamente clara, resulta evidente que no está objetivamente clara. Ni la interpretación de la DM, ni si el legislador español la ha traspuesto correctamente, ni si la excepción que la sentencia deduce del art. 3.5 de la DM es posible, ni si, en todo caso, la LO 7/2014 incorpora una excepción permisible o se produce un auténtico vaciamiento *ad hoc* del principio de equivalencia solamente para la fijación de límites de cumplimiento. Lo contrario significa tachar de irrazonables la STS 186/2014, los autos de las Secciones 1ª y 3ª de la AN y los cuatro votos particulares a la STS de 27 de enero de 2015.

Al contrario, la conflictiva labor de interpretación del Derecho de la UE realizada por el TS⁹⁹ convertía la cuestión prejudicial en imperativa. De la doctrina del acto claro se desprende, a juicio de esta parte que, cuando un 40% de los 15 magistrados del Pleno se muestra disconforme

⁹⁸ A ello habría que sumar posteriormente el voto particular de los magistrados Asua Batarrita y Xiol Ríos al ATC 155/2016. En él la discrepancia sobre la afección de la negativa a plantear la cuestión prejudicial al derecho a la tutela judicial efectiva se basó en la insuficiente atención y respeto a la doctrina del acto claro del TJUE y en la falta de apreciación de la insuficiencia de la motivación de la negativa. El otro voto particular a este ATC 155/2016, el de Roca Trías y Valdés Dal-Ré, se limitaba a defender la admisibilidad del recurso de amparo por afectar al sistema de fuentes. De nuevo nos encontramos con una impugnación de «nuestra interna doctrina del acto claro», la «claridad meridiana» que exige la inadmisión por ser manifiesta la carencia de fundamento tampoco se daba en este caso (así lo entendieron cuatro de los once magistrados y magistradas del Tribunal Constitucional), pero sirvió para impedir el debate sobre el fondo.

⁹⁹ Como demuestra el voto particular de Conde-Pumpido Tourón —que incluso propone los términos en los que la cuestión habría de plantearse— y el de Asúa Batarrita y Xiol Ríos al ATC 155/2016.

con la interpretación del 60%, lo menos que se puede decir es que la cuestión no está clara y, por tanto, la cuestión prejudicial es imperativa conforme art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Respecto a la necesidad constitucional de planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE, la STC (Pleno) 78/2010, de 20 de octubre, había establecido:

«para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial sólo resulta preciso, con la perspectiva del art. 24 CE, en caso de que concurren los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria... no siendo aplicable al caso de estos autos el Derecho comunitario «ni razione loci ni razione materiae» —Auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala octava) de 16 de abril de 2008—, no puede entenderse procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial, de suerte que su omisión no puede generar indefensión ni vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías — art. 24.1 y 2 CE—, manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 CE... en este caso no puede apreciarse la lesión de este derecho fundamental dado que el planteamiento de la cuestión prejudicial no resulta procedente, por lo que su omisión no puede lesionar el referido derecho fundamental».

Sensu contrario, habiendo sido aplicada a la resolución del recurso de casación por STS 874/2014 una norma europea de discutible y discutida interpretación, siendo imperativa por tanto la sumisión de su interpretación y del juicio de validez de la norma nacional al TJUE, conforme al TFUE, que forma parte del derecho interno, la omisión puede vulnerar el art. 24 CE. El Tribunal Constitucional ha considerado que «en determinados supuestos, esa falta de planteamiento pueda llevar aparejada irremediablemente la lesión del citado derecho fundamental», como podría suceder si un órgano judicial decide no plantear la cuestión prejudicial, cuando es legalmente procedente, de una manera insuficientemente fundada.

Además, al resolver el TS una cuestión de interpretación de Derecho de la Unión, para lo cual no es competente, se vulneraría a su vez el derecho del recurrente al juez predeterminado por la Ley.

No puede dejar de notarse la excepcionalidad que rodea la resolución judicial de esta cuestión a partir de la publicación de la LO 7/2014, si se observa que en su transcurso se han producido tres avocaciones a Pleno; además de la del TC, que avoca a Pleno una inadmisión por carecer manifiestamente de fundamento, que se resuelve por 11 magistrados y magistradas, cuatro de los cuales formulan votos particulares.

A juicio del TS y de la AN, en las resoluciones referidas, resulta nítido, ¡sin necesidad de más explicación!, entender que «imponer una sanción» incluye la limitación del máximo de cumplimiento de las diversas penas

impuestas en sentencias dictadas por órganos judiciales diferentes, lo cual es obvio que no constituye una sanción, ni se impone en sentencia, ni constituye imposición de una pena¹⁰⁰, sino una limitación a la acumulación aritmética de las penas ya impuestas a efectos de fijar un límite de cumplimiento, de modo que parte de ellas quedarían eventualmente sin cumplir.

Tras la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional asentada tras la STS 874/2014 y subsiguientes, la cuestión quedó sometida a la consideración del Tribunal Constitucional en el marco de los recursos de amparo interpuestos y, tras el rechazo de este, a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Interpuesto el preceptivo incidente de nulidad contra la STS 874/2014 por vulneración de derechos fundamentales, fue inadmitido a trámite por unanimidad de la Sala 2ª por Auto de 20 de mayo de 2015¹⁰¹. Cumplido este trámite, se presentó demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue inadmitida a trámite por Auto del Pleno del Tribunal Constitucional nº 155, de 20 de septiembre de 2016, por manifiesta inexistencia de violación de derechos fundamentales. Cuatro de los once magistrados discreparon y emitieron votos particulares favorables a la admisión. Dos de ellos (Asúa Batarrita y Xiol Ríos) emitieron voto particular favorable a la estimación del recurso.

El Auto dedica 17 páginas a explicar que la inexistencia de violación de un derecho fundamental es manifiesta. No lo será tanto si necesita explicarse tanto y hay 9 Magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Auto del Pleno 40/2015, de 9 de junio, entre otros), 6 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y 4 del Tribunal Constitucional que discrepan. La contradicción es tan evidente que causa asombro; alcanzar a decir que la lesión de un derecho fundamental no resulta «mínimamente verosímil» resulta insostenible con tantos magistrados y magistradas discrepantes.

Llega a afirmar cosas tan sorprendentes como que la acumulación «supone la rebaja sustancial de las penas impuestas por el Estado nacional» (sic); que el Tribunal Supremo no aplica retroactivamente la LO 7/2014, sino que realiza una exégesis directa de la Decisión Marco 2008/675/JAI (algo que el propio Tribunal Supremo negó); que hay un legítimo apartamiento de la interpretación de la STS 186/2014 (algo que el propio Tribunal Supremo negó). Así mismo, confirma la posición de

¹⁰⁰ Sin embargo, SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: Ob. cit., 2019, sostiene que, con las SSTEDH Del Río Prada c. España, Koprivnikar c. Eslovenia y Arrózpide Sarasola y otros c. España «la fijación de ese máximo temporal de cumplimiento es una decisión equiparable a la imposición de una nueva pena» a efectos de aplicación de los criterios sobre irretroactividad.

¹⁰¹ Ponente Soriano Soriano ECLI:ES:TS:2015:4067A.

los 9 Magistrados del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de que ni siquiera *prima facie*, en trámite de admisión, cabe plantearse si se vulnera el Tratado de la Unión Europea al interpretar la DM 2008/675/JAI sin plantear la preceptiva cuestión prejudicial en virtud de la doctrina del acto claro.

Por el contrario, el voto particular de Asúa y Xiol entiende que sí se ha producido una aplicación retroactiva de la LO 7/2014, porque la propia STS 874/2014 afirma insistentemente que la única diferencia con el momento de dictarse la STS 186/2014 es que cuando se dicta la STS 874/2014 ya existe el art. 14.2 de la LO 7/2014, lo cual convierte la interpretación de la STS 186/2014 en *contra legem*. También sostiene el voto particular que existe vulneración del art. 24.1 CE por no haber planteado la cuestión prejudicial al TJUE para que fuera este quien interpretara la DM 2008/675/JAI.

En mi opinión, la negativa a plantear la cuestión sería irrazonable (contraria al art. 24.1 CE y 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en adelante CEDH) porque no se basa en la doctrina del TJUE. El TJUE admite una excepción a la obligatoriedad que impone el art. 267 TFUE¹⁰², la doctrina del acto claro, que en mi opinión es claramente rechazable en este caso. El Tribunal Constitucional se limita a afirmar que la interpretación de la DM 2008/675/JAI que realiza el TS no es irrazonable¹⁰³, pero la cuestión es si se atiene razonablemente a la doctrina jurisprudencial del TJUE de Luxemburgo del acto claro. Esta exige que la interpretación de una norma de la Unión se imponga al órgano judicial nacional como evidente, que no quepa otra interpretación razonable y que se argumente que la misma evidencia se impondría en cualquier otro órgano judicial de la Unión Europea y en el mismo TJUE, lo cual el Tribunal Constitucional ni siquiera llega a considerar, ignorando así la

¹⁰² Artículo 267 (antiguo artículo 234 TCE): «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».

¹⁰³ TERUEL LOZANO, G.M.: Ob. cit. 2017, p. 115 considera este parámetro una insatisfactoria solución de compromiso, pudiendo suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en los casos en que la motivación sea manifiestamente errónea, como es, en mi opinión, claramente, este caso.

doctrina del TJUE. Cuando tantos magistrados españoles entienden que la interpretación razonable es otra, parece evidente que no es evidente.

Sin embargo, el ATC 155/2016 sostiene que la interpretación de la Decisión Marco «no puede ser calificada de irrazonable». Para afirmarlo, describe cómo el TS analiza el proceso de elaboración de la Decisión Marco, la literalidad del art. 3.5 Decisión Marco (en inglés y en francés), el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación por los Estados miembros de la Decisión marco 2008/675/JAI, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal (COM [2014] 312 final, de 2 de junio), así como interpretaciones de la Decisión Marco realizadas por tribunales europeos de casación, en concreto de los Países Bajos y Francia.

5. Decisión (Sección Tercera) del TEDH de 26 de marzo de 2019 en el asunto Picabea Ugalde c. España

Frente a la STS Sala 2ª 874/2014, el Auto de esta misma Sala de 20 de mayo de 2015 y el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 20 de septiembre de 2016 se formuló demanda al TEDH (nº 3083/17), alegando la vulneración del art. 7.1 CEDH (irretroactividad de las penas) en relación con el derecho a la libertad (art. 5.1 CEDH), así como del art. 6.1 CEDH (*fair trial*), por la negativa a plantear cuestión prejudicial al TJUE en vulneración del art. 267 TFUE.

El 20 de marzo de 2017 el presidente de la Sección 3ª del TEDH admitió la demanda de vulneración del art. 7.1 CEDH, pero inadmitió la alegación de vulneración del art. 6.1 CEDH. Por otro lado, además de acordar el traslado al Gobierno de España, el Presidente de la Sección transmitió su consideración de que la Demanda constituía un «caso potencialmente líder» (*potentially a leading case*)¹⁰⁴. El 30 de agosto de 2017, tras una prórroga concedida, el Abogado del Estado-Jefe del Área de Derechos Humanos, Sr. León Caverro, presentaba un extenso informe de 65 páginas, oponiéndose a la Demanda 3083/2017.

Finalmente, la Decisión (Sección Tercera) de 26 de marzo de 2019, en aplicación del art. 35.3 y 4 CEDH, declaró la demanda inadmisible por considerarla manifiestamente carente de fundamento, confirmando

¹⁰⁴ No obstante, finalmente se resolvieron antes, el 23 de octubre de 2018, los casos de Arrózpide, Plazaola y Múgica, porque sus demandas se habían presentado con anterioridad, tras ser inadmitidas por el TC sin entrar al fondo por no haber planteado el incidente de nulidad o haberlo planteado juntamente con la demanda de amparo.

y remitiéndose en el núcleo esencial de la demanda a la STEDH asunto Arrózpide Sarasola y otros c. España de 23 de octubre de 2018¹⁰⁵.

Esta Decisión, si bien es cierto que se remite con profusión a la STEDH Arrózpide Sarasola y otros c. España, es llamativamente breve en la exposición de la valoración del Tribunal [§§ 40-48] y huérfana de antecedentes jurisprudenciales del propio TEDH.

Un primer aspecto importante es que en todo caso estas sentencias sirven para confirmar la doctrina de la STEDH asunto Del Río Prada c. España, y otras, en varios puntos, contradiciendo en ello la tesis del Gobierno de España. Por un lado, en que los aspectos de la ejecución de las penas que afectan a su duración efectiva sí quedan abarcados por el principio de legalidad del art. 7.1 CEDH. Por otro, en que la prohibición de irretroactividad alcanza no solo a la Ley formal, sino a esta y su interpretación jurisprudencial, conforme a la exigencia de previsibilidad. Esto es, la ley queda integrada por la normatividad penal. Así, en su §41 la STEDH de 26 de marzo de 2019 rechaza la pretensión del Gobierno de España de excluir la pretensión de la demanda del ámbito del art. 7.1 CEDH. Por el contrario, aun dejando una puerta abierta, el Tribunal recuerda en el §44, con cita de la STEDH asunto Kafkaris, «que las cuestiones relativas a la existencia, modalidades de ejecución y justificaciones de un régimen de puesta en libertad o cualquier medida de adaptación de la pena son competencia de los Estados contratantes del Convenio para decidir su política penal y que, en principio, escapan del ámbito del artículo 7 del Convenio».

Por tanto, en su decisión el TEDH analiza si las decisiones de los tribunales españoles han modificado el alcance de la pena impuesta al demandante. A este respecto, concluye en su §45 que no ha sido así: «las decisiones impugnadas no han modificado el plazo máximo de cumplimiento en España», lo cual es evidente y no había sido alegado en la demanda¹⁰⁶. Consciente de que «el objeto del litigio ante los tribunales españoles era determinar si, a efectos de la aplicación de este plazo máximo, debía tenerse en cuenta la pena ya cumplida por el demandante en Francia por delitos cometidos en dicho Estado», la STEDH se limita a mencionar como elemento diferencial respecto a la STEDH Arrózpide Sarasola y otros que a Picabea Ugalde nunca se le reconoció la acumulación en la jurisdicción nacional, olvidando señalar que en el Auto de la

¹⁰⁵ La prensa, unos días antes de la publicación de la resolución, se hacía eco de informaciones sobre una resolución favorable a los demandantes: <https://www.eitb.eus/es/noticias/politica/detalle/5903013/sentencia-estrasburgo-acumulacion-penas-presos-eta-/>; <https://www.diariovasco.com/politica/excarcelacion-presoseta-estrasburgo-20181009002248-ntvo.html>; <https://www.diariosur.es/nacional/estrasburgo-prepara-sentencia-20181007001858-ntvo.html>.

¹⁰⁶ También SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: Ob. cit., 2019, p. 27, expresa su sorpresa respecto a la misma consideración en la STEDH Arrózpide Sarasola y otros c. España.

AN de 4 de septiembre de 2014 no se entró en el fondo y que precisamente esa inaplicación es el objeto de la demanda.

Entrando en la cuestión de la irretroactividad, el §46 y ss. señala que:

- cuando cometió los hechos y cuando por primera vez en 2007 solicitó la acumulación de las penas impuestas en España la «legislación española en su conjunto —incluida la jurisprudencia—» no preveía la posibilidad de acumulación.
- Así mismo, que los únicos precedentes favorables a la acumulación lo eran respecto a casos de continuación de la ejecución de la pena en España.
- También, que no solicitó la acumulación al amparo de la DM 2008/675/JAI hasta 2013 y, después de la STS 186/2014, en 2014.
- Que tras la STS 186/2014 solamente algunas decisiones favorables de la AN devinieron firmes, considerándolas una excepción.
- Que en España la jurisprudencia no es fuente del Derecho.
- Inexistencia de una práctica judicial o administrativa a favor de la acumulación.
- Que las diferencias entre los tribunales sobre el asunto solamente duraron 10 meses.

Es decir, que no era razonablemente previsible una resolución favorable y que la STS 874/2014 simplemente vino a solventar divergencias interpretativas, por lo que sería manifiesto que no hay vulneración del art. 7.1 CEDH.

El mismo razonamiento en la STEDH Arrózpide Sarasola y otros c. España permite a SÁNCHEZ TOMÁS valorar que la «respuesta que aporta es confusa, evasiva y desenfocada» y que «toda la estrategia de la sentencia se dirige a negar el carácter de normatividad penal en ese reconocimiento de efectos y lo hace con argumentos poco convincentes»¹⁰⁷.

Resulta sorprendente que la Decisión interprete que la negativa a acumular las condenas producidas en Francia, y por tanto computar el tiempo cumplido en los 30 años de condena, no ha producido una modificación del alcance de la pena, cuando el resultado es que, a pesar de fijar la legislación española el máximo de cumplimiento efectivo en 30 años cuando se trate de condenas temporalmente conexas, estas personas estarían superando los 30 años de cumplimiento efectivo.

Como recoge la propia Decisión de 26 de marzo de 2019 en el asunto Picabea Ugalde c. España, el objeto del proceso era la acumulación de

¹⁰⁷ SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: Ob. cit., 2019, p. 28.

las penas impuestas en Francia y en España por delitos temporalmente conexos y, consecuentemente, el cómputo del tiempo de prisión servido en Francia para el cumplimiento de la condena de 30 años establecida en España como límite máximo de cumplimiento de todas las penas acumuladas. En ningún momento se alegó que se hubiera modificado la pena impuesta para imponer una pena superior a los 30 años. Por ello sorprende que este sea el argumento definitivo de la Decisión para inadmitir la demanda relativa al art. 7.1 CEDH.

Además, si esta es la conclusión del Tribunal, que la STS 874/2014 resultaría no ser desfavorable al entonces recurrente puesto que no habría supuesto una modificación de la pena impuesta, carecería de sentido la argumentación en relación con la retroactividad o irretroactividad o si la STS 186/2014 había generado alguna expectativa razonable o no, porque en ningún caso esta sentencia había afectado al límite de 30 años de cumplimiento efectivo.

Lo que sí ha producido la negativa a acumular las penas impuestas y cumplidas en Francia es que el tiempo efectivo de prisión cumplido por penas impuestas en sentencias temporalmente acumulables ha superado con creces el máximo de cumplimiento fijado por la legislación española, menoscabando así la proyección de los principios de humanidad de las penas y reinserción que informan la acumulación jurídica de las penas en España.

En mi opinión, como ya se ha desarrollado, la STS 186/2014, de 13 de marzo, confirmó su jurisprudencia favorable a acumular penas impuestas en el extranjero con penas impuestas en España, máxime en el espacio único europeo de libertad, justicia y seguridad, creando con ello una expectativa razonable de acumulación de las penas impuestas en Francia con las penas impuestas en España.

Por otro lado, el criterio de que el único precedente jurisprudencial a considerar antes de la STS 186/2014 es la STS 2117/2002, de 18 de diciembre, es una propuesta de la fiscalía del TS que la STS 874/2014 acogió, el Abogado del Estado trasladó al TEDH y este acogió en la STEDH Arrózpide Sarasola y otros c. España y en esta Decisión. En mi opinión, como se expone *supra*, se trata de una errónea lectura de los precedentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En definitiva, en septiembre de 2014 lo imprevisible era que el proyecto de ley que se tramitaba en las Cortes Generales a fin de trasponer la Decisión Marco 2008/675/JAI fuera a ser sorpresivamente alterado para excluir el principio de equivalencia de la fijación del límite máximo de cumplimiento, dando así un vuelco a la «trasposición» o interpretación conforme a la DM que había realizado el TS en su sentencia 186/2014. Reiterando la expresiva afirmación de un Auto de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la AN de 19 de diciembre de 2014 ya referido: «en el momento en que se acordó la acumulación... no existía expectativa alguna de que la legislación fuera a modificarse en el sentido contrario a lo dispuesto por la Decisión Marco, según esta había sido ya interpretada por el Tribunal Supremo».

La Decisión de 26 de marzo de 2019 en el asunto Picabea Ugalde c. España concluye sin embargo que la STS 874/2014, de 27 de enero de 2015, supone un cambio jurisprudencial, desfavorable, pero que no frustra una expectativa razonable de acumulación; en realidad, menos aún, supone la mera resolución de una divergencia interpretativa que habría durado apenas 10 meses.

Sin embargo, mi tesis es que la STEDH *Arrózpide Sarasola y otros c. España* y esta Decisión han tratado erróneamente lo que se le planteaba en materia de irretroactividad. Acogiendo la tesis del TS y de la Abogacía del Estado, califican como un cambio jurisprudencial aplicado retroactivamente lo que se le planteó como una aplicación retroactiva de una ley no vigente, la LO 7/2014.

Pero ¿cuál es el cambio de criterio jurisprudencial? ¿Cuáles son los fundamentos que llevan a cambiar en 2015 el criterio favorable a la acumulación de la STS 186/2014? ¿Se alude en algún momento a los principios que sustentan la acumulación jurídica de las penas, esto es, los principios de humanidad y reinserción? ¿Se argumenta en algún momento que la STS 186/2014 interpretó erróneamente el ordenamiento jurídico interno o la DM 2008/675/JAI? No. La única variación entre la STS de 13 de marzo de 2014 y la sentencia de enero de 2015 es «el hecho» de que se hubiera aprobado la LO 7/2014, que «trasponía» la DM 2008/675/JAI con un artículo 14.2 que excluye la toma en consideración de sentencias condenatorias europeas por hechos anteriores a las sentencias condenatorias españolas, esto es, las únicas que conforme art. 76.2 CP podrían ser acumulables. Pero para no incurrir en una evidente aplicación retroactiva de la LO 7/2014, se disfraza diciendo que esa Ley es un «dato fáctico»¹⁰⁸

¹⁰⁸ Que la LO 15/2003 o la LO 1/2015 estuvieran aprobadas y en periodo de *vacatio legis* no fue tomado en consideración ni por la fiscalía ni por los órganos judiciales para otorgar vigencia y efectos a sus disposiciones, ni siquiera en lo favorable al reo, como el cambio de penalidad del art. 368 o la destipificación del «top manta», hasta su entrada en vigor (véase Martínez Escamilla - Martín Lorenzo - Valle Mariscal de Gante: *Derecho penal parte general*

Sostener que una ley es un dato y no un mandato es una alteración de la verdad bastante grosera.

Lo que se sostenía en la demanda al TEDH es que se había producido una aplicación retroactiva de una ley desfavorable (LO 7/2014), no de un nuevo criterio jurisprudencial desfavorable.

Como afirma el voto particular de Asua Batarrita y Xiol Ríos al ATC 155/2016, de 20 de septiembre (apartado 3), «la afirmación [del Auto de la mayoría] de que la resolución impugnada se apoya directamente en una interpretación de la DM 2008/675/JAI sin necesidad de acudir a la LO 7/2014 más que a efectos de refuerzo de su tesis no se compadece con la lectura de las resoluciones judiciales impugnadas».

Argumentar que la interpretación de la STS 186/2014 ha devenido *contra legem* cuando la ley a la que se opondría no estaba en vigor (ni siquiera en proyecto el 4 de septiembre de 2014) es un artificio jurídico insostenible para ocultar lo evidente.

Coincido plenamente con el referido voto particular: «se pondría en evidencia que, aunque formalmente se trata de una mera variación jurisprudencial, materialmente, que es lo esencial desde la perspectiva del derecho fundamental a la legalidad penal, se trata de una aplicación retroactiva de una decisión legislativa».

En consecuencia, resulta a mi juicio decepcionante que la STEDH *Arrózpide Sarasola y otros c. España* y la Decisión de 26 de marzo de 2019 en el asunto *Picabea Ugalde c. España* no hayan profundizado lo suficiente en la resolución impugnada para trascender de la apariencia de mera modificación interpretativa y llegar a lo que verdaderamente encierra: una aplicación de una nueva norma desfavorable a un supuesto que debía haber sido resuelto conforme a la norma vigente en el momento de presentarse y resolverse en primera instancia la solicitud de acumulación.

6. Consolidación de una incorrecta transposición

No obstante, siendo importante esta vulneración de la prohibición de retroactividad de una norma penal desfavorable como el art. 14.2 LO 7/2014, ostenta a mi juicio mayor trascendencia, por la permanencia y significado de sus efectos, que se haya consolidado una trasposición de una norma de la UE en sentido contrario a lo dispuesto en esa norma y que se haya impedido que el TJUE entre a considerar este extremo y la interpretación del art. 3 de la DM 2008/675/JAI.

con materiales prácticos para su docencia y aprendizaje. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. 2020, pp. 49-52).

En mi opinión, coincidiendo con los votos particulares a la STS 874/2014 y al ATC 155/2016, los tribunales españoles podían haber planteado cuestión prejudicial al TJUE sobre si la DM 2008/675/JAI permitía la excepción al principio de equivalencia que se ha hecho¹⁰⁹ y el TS debía haberlo hecho por la preceptividad que impone el art. 267 TFUE para la última instancia.

Como se apuntaba en un apartado anterior, el recurso a la doctrina del acto claro¹¹⁰ se antoja en mi opinión insostenible, a la vista de los perfiles de esta doctrina y de que la propia STS 874/2014 tuvo que desarrollar un ingente despliegue argumentativo para afirmar que la interpretación era tan clara que no era razonable interpretar la DM de otra manera.

Como expresan Asúa Batarrita y Xiol Ríos en su voto particular al ATC 155/2016 (apartado III), desgranando qué se debe entender por motivación suficiente, desde la perspectiva de nuestro art. 24 CE, el ATC 155/2016 se queda en la superficie de la argumentación del TS para denegar el planteamiento de la cuestión prejudicial al TJUE.

Consistiendo la doctrina en que la interpretación de la normativa comunitaria sea tan clara que no deje margen a ninguna duda razonable, que no existan interpretaciones razonables alternativas y que se pueda prever que la interpretación, no sólo del TJUE, sino de otros tribunales de otros Estados Miembros de la UE fuere la misma, a la vista de la propia alambicada y minuciosa interpretación de la DM realizada por el TS y a la vista de los propios votos particulares a la STS, resulta a mi juicio claro que no se puede motivar razonablemente la concurrencia de la doctrina del acto claro.

Uno de los precedentes con los que se ha de contar es Baydar c. Países Bajos de 24 de abril de 2018, en el que se establecen criterios generales sobre cuándo una negativa a plantear cuestión prejudicial puede ser contraria al derecho a un juicio justo del art. 6.1 CEDH); criterios que, por expresarlo sintéticamente, enlazan básicamente con el deber de motivación suficiente.

¹⁰⁹ La Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la AN había resuelto hacerlo, pero la STS 874/2014 cerró ese camino.

¹¹⁰ STJUE 283/81, Asunto Cilfit, de 6 de octubre de 1982: «El párrafo tercero del artículo 177 del Tratado CEE 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*».

A la espera de lo que se resuelva en la Demanda 22618/2018 antes referida, en mi opinión resultaría perjudicial, no solo para el derecho a la legalidad y el derecho a la tutela judicial efectiva, sino para la vigencia del Derecho de la Unión Europea, la uniformidad de su interpretación y el control de la transposición, que no hubiera un cauce para ello (salvo el control que podría ejercer la Comisión europea llevando el asunto al TJUE).

En definitiva, por el momento no parece posible expulsar del ordenamiento jurídico español una inadecuada trasposición (en la última fase del proceso legislativo, espuriamente motivada para un caso *ad hoc* con significación política) de una Decisión Marco, resultando España ser el único país europeo s.e.u.o que excluya el principio de equivalencia en la acumulación y fijación del límite máximo de cumplimiento de las penas.

No obstante, la cuestión de uno de los puntos de la Demanda 3083/17 Pedro José Picabea Ugalde c. España, que no fue admitido a trámite en marzo de 2017 de conformidad con el art. 54.3 del Reglamento de Procedimiento del TEDH, relativo a la conformidad al art. 6.1 del CEDH del rechazo al planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE, está pendiente de resolución en el asunto de la Demanda 22618/2018 de Aguirrebarrena Beldarrain contra la STS 398/2017, de 1 de junio¹¹¹.

Cerrada por el momento la vía de la cuestión prejudicial al TJUE, otra vía de actuación sobre la materia vendría dada por las competencias que los arts. 258 y ss. TFUE encomiendan a la Comisión Europea y al TJUE en relación con la supervisión del cumplimiento de la legalidad europea por los Estados Miembros, cuando España comunique finalmente a la Comisión la trasposición realizada.

Quizás únicamente mediante la acción del Parlamento Europeo y de la Comisión europea quepa entrar en una revisión de la trasposición española. En una respuesta escrita parlamentaria¹¹², la Comisión decía: «La Comisión comparte plenamente la opinión de Su Señoría de que la falta de una plena transposición y aplicación de la Decisión Marco 2008/675/JAI, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo pro-

¹¹¹ Ponente Sánchez Melgar, ECLI:ES:TS:2017:2237. El Gobierno español ya habrá contestado a esta cuestión desde que se le trasladó el 1 de junio de 2018.

¹¹² En ES E-012491/2015 Respuesta de la Sra. Jourová en nombre de la Comisión (13.11.2015) a la Pregunta con solicitud de respuesta escrita E-012491/2015 a la Comisión Artículo 130 del Reglamento Izaskun Bilbao Barandica (ALDE) Asunto: Problemas entre Estados miembros en materia de seguridad y justicia (en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2015-014257_ES.pdf, última consulta 29 de noviembre de 2022). Véase también Pregunta con solicitud de respuesta escrita E-007601/2016. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/meps/es/96922/IZASKUN_BILBAO+BARANDICA/all-activities/written-questions/8, última consulta 29 de noviembre de 2022.

ceso penal, por algunos Estados miembros afecta a la confianza mutua en que se basa el espacio común de justicia penal. En su informe sobre la aplicación de la citada Decisión Marco, de 2 de junio de 2014, la Comisión insta a los Estados miembros que todavía no lo hayan hecho a que adopten medidas rápidas para aplicar plenamente este instrumento. Antes del 1 de diciembre de 2014, la Comisión no tenía competencia para incoar procedimientos de infracción en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal. Desde entonces, la Comisión ha pedido a los Estados miembros que le notifiquen formalmente la transposición de los actos jurídicos correspondientes al Derecho nacional a más tardar el 15 de mayo de 2015. La Comisión observa que la información sobre las medidas de transposición comunicadas a la Comisión aún es incompleta. ... Además, la Comisión puede hacer uso de las facultades que le otorga el Tratado para abordar los problemas de incumplimiento o la no comunicación, inclusive, en su caso, mediante procedimientos de infracción». La diputada afirmaba haber «tenido conocimiento ya de algunas negativas a solicitudes de extradición de personas acusadas de delitos terroristas formuladas por España al Reino Unido. Igualmente diversas informaciones apuntan a que cuestiones vinculadas con este asunto o con medidas de coordinación relativas a cuestiones de interés común en el tratamiento de determinadas expresiones de terrorismo, afortunadamente desaparecidas, se han retirado de las agendas de algunas cumbres bilaterales porque no se comparte el tratamiento penal de excepción, incompatible con la legislación gala, que se propina en España a penados por delitos de terrorismo».

En similares términos respondió en otra ocasión¹¹³, indicando: «...la Comisión todavía no ha recibido de España la notificación de que haya incorporado la Decisión Marco 2008/675/JAI. Por esta razón, la Comisión no está en condiciones de analizar su compatibilidad con el Derecho de la UE. La Comisión no tiene costumbre de confirmar o negar de antemano la posible aplicación del artículo 258 del TFUE. No obstante, Su Señoría puede estar segura de que la cuestión de si procede aplicar esta disposición del TFUE es objeto de un seguimiento permanente».

Recientemente, la misma europarlamentaria ha vuelto a preguntar a la Comisión si se han corregido las deficiencias detectadas en el informe de 2014 en los estados miembros; de no ser así, si se han abierto procedimientos de infracción vinculados a esta cuestión; y si la modificación en España de la LO 7/2014 cumpliría mejor las previsiones de esta DM.

7. Conclusiones

¹¹³ En E-014257/2015 Respuesta de la Sra. Jourová en nombre de la Comisión (5.2.2016).

En conclusión, se ha incorporado la DM 2008/675/JAI al Derecho español, mediante la LO 7/2014, excluyendo absolutamente el principio de equivalencia para el único efecto a favor de reo del ámbito de la ejecución de la pena. Se motivó en la necesidad de «reforzar la seguridad jurídica». Sin embargo, ni se explica ni se alcanza a comprender en qué quebranto de la seguridad jurídica se incurría con la doctrina de la STS 186/2014 y la incorporación plena de la DM 2008/675/JAI.

Analizando el contexto en el que se produjo la modificación en el Senado del Proyecto de Ley Orgánica, resulta evidente que la verdadera motivación es una cuestión política o electoral coyuntural: evitar las excarcelaciones de un número importante de personas presas condenadas por terrorismo¹¹⁴.

Este vaciamiento y su aplicación retroactiva fueron avalados por una mayoría de magistrados del Tribunal Supremo al dictar la STS 874/2014, en la que se había avocado al Pleno la resolución de un recurso de casación presentado antes de que se modificara en el Senado el Proyecto de Ley Orgánica que dio lugar a la LO 7/2014.

Primero, encontrando en la DM 2008/675/JAI supuestas excepciones que nadie había conseguido encontrar (ni el CGPJ, retorciendo la interpretación del art. 3.5 DM 2008/675/JAI, ignorando los Considerandos 8 y 9 de la DM que proporcionan criterios interpretativos sobre el mismo o trayendo a colación incorrectamente jurisprudencia de otros países europeos, para justificar la palmaria contradicción del art. 14.2 LO 7/2014 con la DM marco que dice trasponer.

Segundo, negándose a plantear la preceptiva cuestión prejudicial al TJUE con base en una asombrosa aplicación de la doctrina del acto claro que hasta su propia sentencia desmiente (si la interpretación de la DM 2008/675/JAI que hace fuera tan clara, no necesitaría acudir a sus textos en inglés y francés, a jurisprudencia francesa y holandesa o a los trabajos preparatorios del Consejo de Tampere).

Esta cuestión de la acumulación jurídica de penas extranjeras y españolas conexas es un caso paradigmático de excepcionalidad en materia de ejecución de penas en delitos de terrorismo¹¹⁵ y su *vis expansiva*, por la movilización del poder ejecutivo en el trámite parlamentario para in-

¹¹⁴ Hace referencia a ello MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: Ob. cit., p. 6 cuando afirma que «el criterio favorable a la acumulación no es, ni mucho menos, tan disparatado como algunos pretenden con una argumentación condicionada probablemente por el más que justificado deseo de demorar las excarcelaciones de quienes en otros países estarían cumpliendo la pena de prisión perpetua» (subrayado mío). También RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: Ob. cit. 2021, atribuye al terrorismo de ETA, más bien al deseo de que cumplan en prisión el mayor número de años posible, la génesis de la regulación actual de la LO 7/2014.

¹¹⁵ Más extensamente en ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X.: *Excepcionalidad antiterrorista en la acumulación y ejecución de las penas de prisión*. Tesis doctoral. Universidad de Deusto. 2015

troducir la modificación *ad hoc* descrita, en previsión de la ‘alarma social’ que se habría de provocar y se produjo a finales de noviembre de 2014, por la excepción española al criterio general europeo del principio de equivalencia en el marco del Espacio común de Justicia, Libertad y Seguridad, y por el abordaje excepcional y retroactivo dado a la LO 7/2014 en unos Plenos de la AN y del TS fuertemente divididos.

El resultado es que no es suficiente que los penados por terrorismo cumplan íntegros los 30 o 40 años del máximo de cumplimiento efectivo, sino que se aspira a que cumplan más, porque los años de privación de libertad cumplidos en Francia por delitos obviamente conexos se consideran ajenos a los hechos delictivos condenados en España. Los órganos judiciales españoles consecuentemente producen, en mi opinión, una vulneración del derecho a la libertad al prolongar la estancia en prisión más allá del límite legal. Por otro lado, quedan fuera del alcance del mandato de resocialización y reinserción social y de la prohibición de penas inhumanas y degradantes las condenas extranjeras legalmente acumulables a las españolas.

Esto es así incluso cuando estas personas sean trasladadas a cumplir sus condenas europeas junto con las penas impuestas en España¹¹⁶. Como recoge MORENO VERDEJO¹¹⁷, «si la pena está pendiente de cumplimiento total o parcial, es de aplicación la doctrina jurisprudencial recogida en las SSTs 873/2016, de 21 de noviembre (se trataba de una pena de 5 años de prisión impuesta en Francia a un miembro de ETA, no cumplida, que tiene las dos condenas previas impuestas en España acumuladas hasta el límite de 30 años) y 696/2016, de 28 de julio, entre otras. Tal jurisprudencia establece el procedimiento a seguir: el de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, pero señala, en atención a la fecha de los hechos que: - Si son anteriores al 5 de noviembre de 2011 (vigencia de la Decisión Marco) la norma de fondo aplicable dada la fecha de los hechos es el Convenio de Estrasburgo (o el correspondiente Convenio de ejecución de penas entre los países de que se trate) y conforme al mismo la jurisprudencia ha venido siendo favorable a la admisión de la acumulación. [...] -cuando los hechos sean posteriores al 5 de noviembre de 2011: se aplica la citada Ley 23/14, cuyo art. 86 remite a la LO 7/14 y el régimen será el mismo que para las penas ya cumplidas».

Esto es así incluso cuando estas personas sean trasladadas a cumplir sus condenas europeas junto con las penas impuestas en España (lo que

¹¹⁶ Lo que no ocurriría en el caso de aplicación del Convenio de Estrasburgo o convenios bilaterales con países extracomunitarios.

¹¹⁷ MORENO VERDEJO, J.: «Criterios prácticos para la acumulación de penas», Curso de formación continua de fiscales «Fase de ejecución: en especial, acumulaciones y refundiciones, libertad condicional e indulto». CEJ, 15.3.2017, p. 18.

no ocurriría en el caso de aplicación del Convenio de Estrasburgo o convenios bilaterales con países extracomunitarios)¹¹⁸.

El argumento que el Tribunal Supremo utilizó para diferenciar la STS 2117/2002, la única contraria a la acumulación de condenas extranjeras, del resto de precedentes existentes, favorables a la acumulación, que en el primer caso la pena extranjera ya estaba cumplida y por tanto nos era ajena, mientras que las otras no, se derrumba cuando el efecto de la exclusión *ad hoc* del principio de equivalencia para la acumulación jurídica de las penas impuestas en Estados miembros de la Unión Europea ha sido igualar el tratamiento, pero a partir de la entrada en vigor de la Ley 23/2014 (véase el irónico desenlace en la STS 696/2016, de 28 de julio¹¹⁹. Y resulta además contradictorio que lo que cabe respecto a condenas extracomunitarias o comunitarias anteriores al plazo de trasposición de la norma que establece el principio de equivalencia, la DM 2008/675/JAI, atribuir las mismas consecuencias a efectos de acumulación jurídica de las penas a condenas extranjeras que a españolas, no cabe a partir de la conclusión del plazo de trasposición de la norma que establece el principio de equivalencia¹²⁰. Por lo menos, en esta ocasión la STS 873/2016, de 21 de noviembre¹²¹, no ha avalado la aplicación retroactiva de la Ley 23/2014.

No obstante, pareció existir una ventana de oportunidad para que la trasposición de la DM 2008/675/JAI se adecuara al principio de equivalencia tal como lo diseñó la DM, seguramente volviendo al Proyecto original de la LO 7/2014 que el Gobierno presentó al Congreso en marzo de 2014¹²², esto es, antes de que las «autoenmiendas» del Grupo Popular en el Senado excluyeran la aplicabilidad del principio de equivalencia a la acumulación jurídica de las penas con el fin de evitar las excarcelaciones de miembros de ETA.

¹¹⁸ No obstante, un correcto entendimiento de la STS 873/2016 lleva a concluir que la fecha relevante a efectos penales (art. 76 CP) es la de entrada en vigor de la Ley 23/2014, el 11 de diciembre de 2014, puesto que la fecha del 5 de noviembre de 2011, proveniente del art. 28 de la DM 2008/909/JAI, es declarada aplicable únicamente a la tramitación, no a los aspectos sustantivos.

¹¹⁹ Ponente Del Moral García, ECLI:ES:TS:2016:3891.

Con el Convenio de Estrasburgo es posible la «asimilación a todos los efectos con la condena nacional»; con la trasposición por Ley 23/2014 y LO 7/2014 de las decisiones marco que introducen el principio de equivalencia, no.

¹²⁰ En el mismo sentido, VARONA JIMÉNEZ: Ob. cit. 2019, p. 259.

¹²¹ Ponente Colmenero Menéndez de Lúcar, ECLI:ES:TS:2016:4994.

¹²² Es de suponer que también en el caso de la Ley 23/2014.

Existen rumores en este sentido, recogidos por la prensa¹²³ e incluso por la Asociación de Víctimas del Terrorismo¹²⁴.

En el Plan Anual Normativo de la Administración General del Estado 2022 se prevén «modificaciones puntuales» en el ámbito de intercambio de información de antecedentes penales; también la Ley 23/2014 en relación con los equipos conjuntos de investigación penal. Sí consta sin embargo en esta legislatura una Proposición de Ley Orgánica de modificación 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, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común¹²⁵ que estuvo en fase de Toma en consideración desde el 31 de mayo de 2021¹²⁶, pero fue retirada el 30 de marzo de 2022. Esta Proposi-

¹²³ La agencia Europa Press se hace eco de las sospechas de la AVT de que el Gobierno está trabajando en una reforma de la LO 7/2014 (<https://www.europapress.es/nacional/noticia-avt-anuncia-manifestacion-contra-ve-siguientes-pasos-moncloa-reducir-condena-50-presos-eta-20220204121619.html>) a partir de unas noticias de El Confidencial (REQUEIJO – PARERA: «Mensajes del jefe de Prisiones de Marlaska revelan trato de favor a los etarras», en El Confidencial de 9 de febrero de 2022; REQUEIJO: «Los presos de ETA, sobre las gestiones para su excarcelación: “Están bastante encaminadas”», en El Confidencial de 3 de enero de 2022).

Según NAVAS: «Los etarras a los que Sánchez quiere restar penas suman 84 asesinatos y más de 250 heridos», en ABC de 13 de febrero de 2022, según fuentes del propio Gobierno, la reforma «ya está en marcha».

¹²⁴ La AVT presentó el pasado 4 de febrero de 2022 un dossier sobre el posible cómputo de las condenas francesas a personas presas por delitos de terrorismo de ETA (<https://avt.org/es/n/2298/la-avt-pbenta-su-dossieb-sobbe-el-posible-cmputo-de-las-condenas-fbancesas-a-etabbas>). Según la AVT serían unas 48 personas encarceladas en España las que podrían lograr que el tiempo de prisión cumplido en Francia sirviera para el cumplimiento del máximo de cumplimiento efectivo conforme a la legislación española; además se podrían sumar 6 o 7 que aún están cumpliendo sus penas en Francia. La AVT ha anunciado una manifestación para oponerse a esta posible reforma legal. En las informaciones se alude a que la trasposición de la DM 675/2008 por la LO 7/2014 y Ley 23/2014 habría sido avalada por el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y un informe de la Comisión Europea. Como se ha explicado a lo largo de este trabajo, efectivamente el Tribunal Supremo encontró en el art. 3 de la Decisión Marco las excepciones que a su juicio avalarían las auto enmiendas de la LO 7/2014 y Ley 23/2014. Sin embargo, ni el Tribunal Constitucional (aunque es cierto que valoro como no irrazonable la aplicación de la doctrina del acto claro), ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han pronunciado sobre esta cuestión, porque lo que se sometía a su consideración era la retroactividad o la obligación de presentar cuestión prejudicial, pero no la trasposición. Tampoco el Informe de la Comisión de 2014, obviamente, dado que cuando se emitió ese informe en junio de 2014 ni siquiera se habían producido las auto enmiendas del Senado de septiembre de 2014.

¹²⁵ Proposición de Ley Orgánica 122/145; BOCG XIV Legislatura Serie B 28 de mayo de 2021 n.º 169-1.

¹²⁶ Retirada por el Grupo proponente el 30 de marzo de 2022 (BOCG Serie B de 5 de abril de 2022, Núm. 169-2). Existe una Proyecto de LO que modificaría la LO 7/2014 (121/101; BOCG Serie A de 20 de mayo de 2022, Núm. 101-1), que no contempla la modificación del art. 14.

ción, a la vista de que «durante la tramitación parlamentaria del proyecto de esta Ley Orgánica, en el trámite de enmiendas en el Senado, y sin recabarse por tanto nuevos informes del Consejo Fiscal, del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado, se introdujeron modificaciones sustanciales que prácticamente vaciaron de contenido y privaron de efectividad al principio de equivalencia en los aspectos que resultan positivos para el condenado como es el relativo a la acumulación de condenas... elimina las limitaciones a la efectividad de la Decisión Marco 2008/675/JAI introducidas por la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, para la fase de ejecución de la condena, tanto la de carácter temporal como la referida a la determinación del límite máximo de cumplimiento. Esta reforma también afecta a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por la remisión que hace en varios de sus artículos a la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre. Se recupera así el criterio del Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado, que, en sus informes preceptivos elaborados en la tramitación del Anteproyecto de Ley, consideraron que las condenas de otros Estados miembros deberían ser tenidas en cuenta, entre otros supuestos, para la determinación de la pena o el límite máximo de cumplimiento de la condena».

En definitiva, la cuestión de la acumulación jurídica de las penas impuestas en el extranjero con las penas impuestas en España que cumplan el requisito temporal del art. 76.2 CP está por el momento cerrada en la vía jurisdiccional española, aunque podría reabrirse bien por el legislador español o bien por la acción supervisora de las instituciones europeas.

8. Bibliografía

- Baras González, M.: *El espacio penitenciario europeo*. Primer accésit Premio Victoria Kent 2012. SGIP. Ministerio del Interior. 2013.
- Blanco Quintana, M.J.: *Régimen jurídico de los antecedentes penales de otros Estados Miembros de la Unión Europea en el proceso penal español*. Tesis doctoral. UNED. 2015.
- Conde-Pumpido Tournon, C. Ponencia «Aplicación a presos de ETA del tiempo de cumplimiento de sentencias francesas. Problemática suscitada por la trasposición de la Decisión Marco de 24 de julio de 2008». Fundación Sabino Arana, 20 de octubre de 2015.
- Dolz Lago, M.J.: «Caso PICABEA. Acumulación de condenas: inclusión de sentencias dictadas por Tribunales de Estados Miembros de la Unión Europea». *Diario La Ley*. N° 8497, 10 de marzo de 2015, pp. 1-4.
- «Caso PICABEA. Acumulación de sentencias europeas». *Diario La Ley*. N° 8914, 3 de febrero de 2017, pp. 1-5.

- Etxebarria Zarrabeitia, X.: *Excepcionalidad antiterrorista en la acumulación y ejecución de las penas de prisión*. Tesis doctoral. Universidad de Deusto. 2015. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=175807&orden=0&info=link>.
- «Acumulación de condenas europeas a las españolas: Decisión Marco UE 2008/675/JAI, LO 7/2014 y STS 874/2014», en *Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial* n° 2. 2016.
- «Irretroactividad de la ley penal desfavorable: Valoración de la STE-DH de 26 de marzo de 2019 (caso Picabea Ugalde c. España)». *Estudios sobre Jurisprudencia Europea. Materiales del IV Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*. Autor: VV. AA. Dirs.: Albert Ruda González y Carmen Jerez Delgado. Artículo Monográfico. Febrero 2021 SP/DOCT/109156.
- Fernández-Gallardo, J.A.: «Criterios aplicables en la acumulación de condenas», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 14, páginas 31-65. 2016.
- González Mota, V.J. Ponencia «Resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad», en el *Curso de Reconocimiento Mutuo de las resoluciones penales en el marco de la Unión Europea* de 9 de marzo de 2015 (estuvo disponible en <https://www.fiscal.es/.../Ponencia%20Sr.%20Gonzalez%20Mota.pdf>) (disponible en <https://es.scribd.com/document/370353522/Ponencia-Sr-Gonzalez-Mota>).
- Liñán Lafuente, A.: «Ejecución de penas privativas de libertad y de otros derechos». Rodríguez-Ramos Ladaria, G. – Díez Riaza, S.: *Litigación penal. Visión sistemática y actual del proceso*. Bosch. 2019, pp. 619-642.
- Manzanares Samaniego, J.L.: «La acumulación de penas y la Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo», *Diario La Ley*, 8463, 21 de enero de 2015.
- Maroto Calatayud, M. – Muñoz De Morales Romero, M.: «Prosecuting and Punishing Multi-Offenders in Spain». Audenauert, N. – De bondt, W. (eds.): *Prosecuting and Punishing Multi-Offenders in the EU A Comparative Analysis of the Legal Frameworks Regarding Offenders of a Multitude of Offences*. Gompel&Svacina. Belgium – The Netherlands. 2021, pp. 231-285.
- Moreno Verdejo, J.: «Criterios prácticos para la acumulación de penas», *Curso de formación continua de fiscales «Fase de ejecución: en especial, acumulaciones y refundiciones, libertad condicional e indulto»*. CEJ, 15.3.2017 <https://www.fiscal.es/documents/20142/99948/Ponencia+Moreno+Verdejo+Jaime+06-03.pdf/06cb297c-18dd-2894-4787-8e0c15492673>.
- Muñoz Cuesta, J.: «Improcedencia de acumulación de penas impuestas en un Estado de la Unión Europea a otras refundidas en España», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6. 2016.