

Sección del Tribunal Constitucional

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

10024 *Pleno. Auto 155/2016, de 20 de septiembre de 2016. Recurso de amparo 4001-2015. Inadmite a trámite el recurso de amparo 4001-2015, promovido por don Pedro José Picabea Ugalde en relación con el Auto y Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo recaída en recurso de casación número 10711-2014. Votos particulares.*

Excmos. Srs. don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Rios, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez.

AUTO

I. Antecedentes

1. El Procurador de los Tribunales don Antonio Orteu del Real, en nombre y representación de don Pedro José Picabea Ugalde presentó el 6 de julio de 2015, en el Registro General de este Tribunal demanda de amparo contra el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2015, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la precedente Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 874/2014, de 27 de enero de 2015, que, a su vez, había estimado parcialmente el recurso de casación interpuesto por aquel contra el Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de septiembre de 2014, denegatorio de la acumulación de condenas solicitada.

2. Los hechos relevantes para resolver el presente recurso de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Por Auto de 13 de septiembre de 2007, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional procedió a acumular al ahora recurrente de amparo las siguientes condenas: (i) dos penas de 27 años de reclusión impuestas por sendos delitos de asesinato (ejecutoria núm. 14-2005); (ii) una pena de 27 años de reclusión por delito de asesinato (ejecutoria núm. 6-1985), (iii) una pena 30 años de reclusión por delito de atentado y dos penas de 22 años de reclusión por sendos delitos de asesinato frustrados (ejecutoria núm. 9-1996), y (iv) una condena a 27 años de prisión por delito de asesinato y a 18 años por asesinato en tentativa (ejecutoria núm. 140-1980). El Auto de acumulación fue confirmado por Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2009. La correspondiente liquidación de condena fue efectuada el 6 de noviembre de 2007, fijándose como inicio del cumplimiento de la misma el 22 de noviembre de 2001, fecha de la extradición del penado desde Francia, y como fecha de extinción el 14 de noviembre de 2031.

b) En fecha 13 de junio de 2013 la representación del condenado solicitó que se incluyese en la acumulación efectuada la condena a la pena de diez años de prisión que le había sido impuesta en Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París de 26 de mayo de 1997 por asociación de malhechores y otros delitos (y que ya había sido cumplida en Francia trece años antes de dicha petición). Por Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 18 de septiembre de 2013 se denegó la acumulación solicitada, alcanzando firmeza dicha resolución al declararse desierto el recurso de casación anunciado.

c) Por escrito de 21 de octubre de 2013 la representación del demandante reiteró la solicitud de acumulación. Dicha solicitud fue nuevamente denegada por Auto de la misma Sección de 4 de septiembre de 2014. El Auto acogía los argumentos del Ministerio Fiscal relativos a la intangibilidad de las resoluciones firmes y al principio de seguridad jurídica que conlleva la inmodificabilidad de una resolución que ha ganado firmeza. El demandante interpuso entonces recurso de casación, invocando la infracción de preceptos legales, así como de los siguientes preceptos constitucionales: derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE); principio de legalidad penal (art. 25.1 CE); derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE); prohibición de penas inhumanas y degradantes (art. 15 CE); principio de resocialización de las penas (art. 25.2 CE) y prohibición de indefensión (art. 24.1 CE).

d) En Sentencia 874/2014, de 27 de enero de 2015, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo estimó el primero de los motivos de casación planteados, relativo a la posibilidad de revisar la acumulación de condenas firmes pero no intangibles. El Alto Tribunal entendía que la nueva solicitud de acumulación se fundaba en la interpretación que la STS 186/2014, de 13 de marzo, había efectuado en relación con la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio, de la que resultaba la posibilidad de reconocer efectos a las condenas impuestas en otros Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo rechazó, con seis votos particulares, la pretensión de acumulación interesada por el demandante. Posteriormente por Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2015 se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones, en el que el recurrente insistía en las vulneraciones planteadas en el recurso de casación y también alegaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por motivación arbitraria, ilógica y/o errónea de la Sentencia de casación.

3. En la demanda de amparo se atribuyen a las resoluciones impugnadas las siguientes vulneraciones de derechos fundamentales:

a) El demandante considera, en primer lugar, que se vulnera el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el derecho a la libertad (art. 17.1 CE), y a la prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes (art. 15 CE), en las siguientes vertientes:

(i) En primer lugar, en cuanto prohibición de interpretaciones *contra legem*, manifiestamente arbitrarias e irrazonables (respecto de los arts. 76 del Código penal: CP y del art. 3.5 de la Decisión Marco 675/2008). Entiende el demandante que la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada ha efectuado una interpretación del art. 76 CP y del art. 3.5 de la Decisión Marco contraria a la literalidad de ambos preceptos, a su fundamento y a «toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo, salvo la excepción de 2002, consolidada con la STS 186/2014». Indica que el único criterio de acumulación jurídica de las penas es el temporal, «con expresa prohibición de su impedimento por cuestiones adjetivas». De modo que «su rechazo por la cualidad de extranjera y sin la aportación de ningún fundamento material, resulta una interpretación arbitraria e irrazonable vedada por el principio de legalidad». Afirma, asimismo, que entre todas las condenas, esto es, entre la impuesta en Francia y las recaídas en España, existió una evidente conexión tanto en relación con acciones delictivas como con las penas impuestas, por lo que debió aplicarse un límite común máximo de cumplimiento.

(ii) En la dimensión relativa a la irretroactividad de las normas penales desfavorables, en relación con la tutela judicial efectiva, por motivación arbitraria, ilógica y errónea de la Sentencia, entiende el actor que la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada aplica retroactivamente una norma desfavorable como es la Ley Orgánica 7/2014, al declarar *contra legem* la interpretación entonces vigente, cuando la indicada ley aún no existía, vulnerando con ello el derecho a la libertad, al prolongar la estancia en prisión más allá del límite legal, y la prohibición de penas inhumanas. Afirma, asimismo, que el Tribunal Supremo aplica retroactivamente la Ley Orgánica 7/2014 cuando dicha norma no se encontraba en vigor, ni en el momento en que se solicitó la acumulación, ni cuando se resolvió por la Audiencia Nacional sobre dicha solicitud, ni cuando se interpuso el recurso

de casación. En su opinión, el art. 3.5 de la Decisión Marco no contiene una excepción al principio de equivalencia sino una aclaración, de modo que la posibilidad de vaciamiento del precepto que aprecia el Tribunal Supremo en su resolución pasó desapercibida hasta que se introdujeron en el Senado ciertas enmiendas *ad hoc*, acompañadas de una paralela modificación de la exposición de motivos.

b) Se alega, asimismo, la vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley (art. 14 CE). Considera el actor que debería haberse resuelto la petición de acumulación de condenas con el mismo criterio utilizado en los casos de las SSTs 1129/2000, 926/2005, 368/2013 y 186/2014, y en los de los Autos de la Sección Tercera de 9 de junio de 2014 y 21 de octubre de 2014.

c) Finalmente, el demandante estima que se ha producido la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo, por no haberse planteado cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la interpretación del art. 3.5 de la Decisión Marco. Entiende, en este punto, que no era objetivamente clara la interpretación que debía darse a la citada disposición, circunstancia que determinaría que el Tribunal Supremo hubiera desbordado sus competencias interpretativas como juez nacional.

4. El Pleno de este Tribunal, por providencia de 5 de julio de 2016, acordó, conforme a lo previsto en el artículo 10.1 n) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a propuesta del Presidente, recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se interpone contra el Auto de 20 de mayo de 2015, desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones, y la Sentencia de 27 de enero de 2015, ambos del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. La citada Sentencia es parcialmente estimatoria del recurso de casación interpuesto contra el Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de septiembre de 2014, que denegó al ahora demandante de amparo la rectificación de la acumulación de condenas que había sido previamente aprobada con carácter firme en Auto de 13 de septiembre de 2007. El demandante plantea los motivos de queja que han sido expuestos en los antecedentes, no siendo ninguno de ellos acreedor de un pronunciamiento de admisión a trámite, ya que la existencia de lesión de un derecho fundamental tutelable en amparo no resulta mínimamente verosímil.

El Pleno de este Tribunal ha decidido hacer explícitas en el presente Auto las razones en las que se asienta este juicio liminar.

2. Siguiendo el orden de las quejas expuestas en la demanda, abordaremos en primer lugar la vulneración del derecho a la libertad (art. 17.1 CE), que, a juicio del demandante, trae causa del desconocimiento por las resoluciones impugnadas de algunas manifestaciones del principio de legalidad (art. 25.1 CE) relacionadas con el derecho a obtener una resolución que no sea arbitraria e irrazonable (art. 24.1 CE) así como de la vulneración de la prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes (art. 15 CE). Como se ha adelantado, para el demandante de amparo esta vulneración se ha verificado en dos vertientes distintas: (i) de un lado, resulta vulnerada la prohibición de interpretaciones *contra legem*, manifiestamente arbitrarias e irrazonables [respecto de los arts. 76 del Código penal (CP) y del art. 3.5 de la Decisión Marco 675/2008]; (ii) de otro, se viola la garantía de irretroactividad de las normas penales desfavorables, incurriéndose, asimismo, en una motivación arbitraria, ilógica y errónea de la Sentencia de la que derivaría, a su vez, la imposición de una pena cruel, inhumana o degradante.

3. En cuanto a la primera de las dimensiones aludidas del derecho a la legalidad penal, la Sentencia del Tribunal Supremo que es objeto de impugnación rechaza la acumulación de condenas solicitada por el demandante con fundamento en los arts. 76 CP –y su precedente el art. 70 CP 1973– y 3.5 de la Decisión Marco 2008/675/JAI.

Debe reseñarse, en relación con el primero de los preceptos indicados, que, en su doctrina anterior sobre la acumulación de condenas impuestas por tribunales extranjeros, el Tribunal Supremo había constatado que el art. 76.2 CP nada dice expresamente sobre condenas procedentes de órganos judiciales foráneos. El silencio del precepto llevó al Alto Tribunal a abordar dicho supuesto particular de acuerdo con los principios generales del sistema penal, que fundan la potestad punitiva del poder público en el ejercicio de la soberanía del Estado. Para el Tribunal Supremo, el Estado, en defensa de su soberanía, solo acepta la restricción del ejercicio del *ius puniendi* que deriva del reconocimiento de las sentencias de condena extranjeras (no ejecutadas en su integridad) sobre el presupuesto del principio de reciprocidad reconocido en los tratados internacionales. La soberanía estatal, como fundamento de la negativa al reconocimiento de sentencias extranjeras, fue, así, explícitamente contemplada, como pone de manifiesto la resolución impugnada, en la STS 2117/2002, de 18 de diciembre, que descartó, en un supuesto idéntico al presente excepto en la duración de la pena, la acumulación de una condena de siete años de prisión ya cumplida en Francia.

Siguiendo la misma idea rectora, el Tribunal Supremo ha aceptado la acumulación de sentencias dictadas, y no ejecutadas, en otros Estados –en concreto en Tailandia y Andorra (STS 926/2005, de 30 de junio, y 368/2013, de 17 de abril)– cuando existen tratados bilaterales o multilaterales que sustentan la limitación de la soberanía en el principio de reciprocidad (acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino de Tailandia hecho en Bangkok el 7 de diciembre de 1983 y Convenio sobre traslado de personas condenadas firmado en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983).

Pues bien, en coherencia con esa doctrina tradicional, el Tribunal Supremo afronta en la resolución que ahora se impugna un contexto normativo distinto, en el que el art. 76 CP se ve complementado, no ya con tratados y convenios internacionales, sino con otra fuente normativa igualmente capaz de producir un efecto limitador de la soberanía estatal: el Derecho de la Unión Europea. En este punto, la Sala de lo Penal asume la necesidad de dilucidar si el art. 3.5 de la Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo, de 24 de julio, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, al no haberse incorporado a nuestro ordenamiento interno dentro de plazo, puede tener un efecto limitativo de la soberanía estatal que deba conducir a la inclusión automática en el régimen de acumulación del art. 76 CP de las condenas recaídas en el resto de Estados de la Unión Europea.

Sostiene, a tal efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo objeto del presente recurso que, de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de la Gran Sala de 16 de junio de 2015, asunto C-105/03, caso *Pupino*), resulta la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de efectuar una interpretación conforme con la Decisión Marco, a la luz de su letra y finalidad, sin que la misma pueda servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Ese sería el valor jurídico y el límite de las Decisiones Marco, meramente interpretativo –no normativo– y restringido a interpretaciones que no sean contrarias al Derecho interno. Con esta base, la Sentencia del Tribunal Supremo realiza las siguientes consideraciones:

(i) Analiza el proceso de elaboración de la Decisión Marco, examinando los sucesivos documentos del Consejo (núms. 11663/06 COPEN 79, de 18 de julio de 2006, 13101/06 COPEN 100, de 26 de septiembre y de 29 de septiembre) que fueron impulsados, entre otros Estados miembros, por Holanda para evitar que se limitara el ejercicio del *ius puniendi* por el reconocimiento de condenas de otros Estados de la Unión. La Sala constata cómo, a estos fines, se agregaron, en un primer momento, dos nuevos párrafos a los iniciales artículos 3.1 y 3.2, y, posteriormente, al considerarse que dicho añadido no aportaba una garantía suficiente, se introdujo el apartado 5 del art. 3 en la redacción que figura en el texto de la Decisión Marco finalmente aprobado. De este último precepto resulta, según observa el Tribunal Supremo, que si el delito por el que se sigue el proceso en un Estado miembro fue cometido antes de que recayera o se ejecutara la condena dictada en otro, los apartados 1 y 2 del aludido artículo 3 no conllevan la obligación de

valorar la condena de este otro Estado de la Unión como si hubiera sido impuesta por un juez nacional.

(ii) Observa, asimismo, el alto tribunal que dicha interpretación resulta igualmente avalada por la literalidad del art. 3.5 de la Decisión Marco, según el cual «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», efecto limitador que es justamente el que se deriva de la introducción de la condena extranjera previa (y ya cumplida) en el régimen de acumulación de condenas, en cuanto supone la rebaja sustancial de las penas impuestas por el Estado nacional.

(iii) Aplicando dicho precepto al caso que se le plantea, el Tribunal Supremo pone de manifiesto que el nuevo proceso –celebrado en España– que da lugar a la Sentencia de 17 de octubre de 2003 por la que se condena al recurrente a diez años de privación de libertad deriva de hechos correspondientes a 1980, anteriores, por tanto, a los que motivaron la condena en Francia, de fecha 26 de mayo de 1997, que fue ejecutada allí antes de su extradición a nuestro Estado. Constata, así, que concurre el presupuesto de hecho del art. 3.5 de la Decisión Marco. Acto seguido, observa, asimismo, que la acumulación de la condena francesa conllevaría que el tiempo máximo de cumplimiento en España por las condenas impuestas en nuestro país pasara de treinta a veinte años. Se produce, pues, el efecto limitador de la sanción en el nuevo proceso que quiere prevenir el indicado precepto de la Decisión Marco. Concluye, por ello, el Tribunal Supremo que no es exigible, en los términos del art. 3.5 de la Decisión Marco, la aplicación del principio de equivalencia.

(iv) Se apoya, asimismo, el alto tribunal, para reforzar estas conclusiones, en el análisis que se contiene en el informe de la Comisión de 24 de julio de 2008 (COM [2014] 312 final, de 2 de junio de 2014), sobre la implementación realizada por los Estados miembros de la Decisión Marco 2008/675/JAI, en el que se entiende que el principio de equivalencia y sus efectos jurídicos se abordan adecuadamente en trece Estados miembros de los veintidós que a esa fecha habían notificado la trasposición. En tal sentido se expone en dicho informe el modo en que las leyes de trasposición han tomado en consideración las condenas anteriores, concluyendo la Comisión que ningún Estado miembro ha reconocido a las condenas extranjeras el efecto de limitar la imposición o ejecución de la pena impuesta en un nuevo proceso, sin que dicha trasposición sea cuestionada por la Comisión como opuesta al contenido de la Decisión Marco.

(v) También se apoya la resolución impugnada en la interpretación de la Decisión Marco realizada por otros tribunales europeos de casación. El Tribunal Supremo pone de manifiesto que estos refrendan la exégesis del artículo 3.5 que él mismo considera acorde con el texto de la normativa europea. La Sentencia impugnada cita, en tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de los Países Bajos de 19 de febrero de 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BX9407). Otras Sentencias posteriores del Tribunal Supremo (SSTS 858/2015, de 22 de diciembre, 8/2016, de 21 de enero de 2016, y 145/2016, de 25 de febrero, por todas) han actualizado las referencias jurisprudenciales a Países Bajos (referencias HR:2009:BG9198 y HR:2013:BX9407); o a Francia (Cour de Cassation, Chambre Criminelle, de 19 de noviembre de 2014, ECLI:FR:CCASS:2014:CR05955).

Lo expuesto evidencia que la interpretación de la Decisión Marco efectuada por el Tribunal Supremo –atendiendo a la literalidad de la norma, a su proceso de elaboración, al modo en que ha sido incorporada a las legislaciones de los diferentes Estados miembros y a cómo ha sido interpretada por los Tribunales de Casación, así como a la valoración de la Comisión de ese proceso de implementación– no puede ser calificada de irrazonable desde la perspectiva del derecho a la libertad, en coherencia con la doctrina constitucional (por todas, SSTC 108/1997, de 2 de junio, FJ 2; 31/1999, de 8 de marzo, FFJJ 3 y 6, y 19/1999, de 22 de enero, FJ 4), ni tampoco puede reputarse contraria a la efectividad de

los derechos fundamentales invocados. La inexistencia de lesión del derecho fundamental resulta, así, manifiesta.

4. Cabe igualmente descartar, en segundo lugar, que la resolución impugnada haya violado el art. 25.1 CE por aplicar retroactivamente una norma penal desfavorable. En este punto, se han de distinguir dos planos de análisis. De un lado, no es cierto que el Tribunal Supremo se haya limitado en la Sentencia de casación, como sostiene el recurrente, a aplicar retroactivamente la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, a una petición de acumulación formulada antes de la entrada en vigor de dicha norma. De otro lado, resulta igualmente claro que no estamos ante una aplicación retroactiva de una interpretación jurisprudencial desfavorable.

(i) En cuanto al primer plano de análisis, lo expuesto en el fundamento jurídico anterior es ya muestra suficiente de que el Tribunal Supremo no funda su decisión en la aplicación retroactiva de la Ley Orgánica 7/2014 (norma que, en efecto, procedió a la incorporación tardía al ordenamiento interno de la Decisión Marco 2008/675/JAI, con posterioridad, en todo caso, a la petición de acumulación realizada por el penado el 21 de octubre de 2013). Como se ha podido comprobar, el alto tribunal basa su decisión en una determinada interpretación de la citada Decisión Marco, cuyo efecto interpretativo directo debía producirse a partir del 15 de agosto de 2010, fecha ésta a la que hacen referencia los arts. 5.1 de la Decisión Marco 2008/675 y disposición adicional única de la Ley Orgánica 7/2014 para delimitar el día en que debería darse cumplimiento a las prescripciones establecidas en la norma europea. En este sentido, aunque la Ley Orgánica 7/2014 ocupa un lugar importante en los razonamientos del Alto Tribunal, especialmente en el Auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, una lectura atenta de la prolija Sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo permite observar que, tal y como se ha señalado en el fundamento jurídico precedente, dicha resolución contiene una exégesis directa de la norma europea (Decisión Marco 2008/675). En ella, el alto tribunal llega a la conclusión de que tal disposición no ampara la pretensión de acumulación de condena formulada por el ahora recurrente de amparo –sin necesidad, por tanto, de acudir a la ley orgánica posterior más que a efectos de refuerzo de tal tesis–. En suma, la resolución del Tribunal Supremo apoya su decisión en la interpretación que ha hecho de la Decisión Marco de 2008, que es la norma que el recurrente invocaba en su beneficio.

(ii) En el segundo plano de análisis, una cosa es que exista una divergencia de criterio interpretativo entre la Sentencia que ahora se impugna y la previa STS 186/2014, de 13 de marzo –disparidad que puede ser evaluada, como se verá, desde el punto de vista del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley– y otra bien distinta que esa interpretación dispar de la legislación penal en dos procesos diferentes suponga una aplicación retroactiva de la legalidad penal que genere un cambio sorpresivo e inesperado de criterio jurisprudencial en perjuicio de las expectativas consolidadas por el reo en ese proceso. En efecto, ha de notarse aquí que la situación de partida que presenta el supuesto que se nos plantea es completamente diversa a la afrontada en la STEDH de 21 de octubre de 2013 (asunto *Del Río Prada c. España*), que el actor invoca como fundamento de su pretensión.

Debe recordarse, en primer lugar, que, en el supuesto resuelto en la citada Sentencia del Tribunal Europeo, la penada había obtenido una primera decisión judicial firme (Auto de la Audiencia Nacional de 30 de noviembre de 2000) que determinaba, de forma definitiva, la pena total que le resultaba aplicable. Esa decisión inicial, beneficiosa para la penada, implicaba que, conforme a la práctica judicial entonces existente y pacífica, las redenciones de penas por trabajo consolidadas conforme al Código penal de 1973, debían proyectarse sobre el límite máximo de cumplimiento resultante de la acumulación de condenas (en el entendimiento de que dicha acumulación generaba una pena de nuevo cuño, con dimensión sustantiva propia). La penada contaba, de este modo, con una primera decisión judicial firme que suponía que la legalidad penal le debía ser aplicada de un modo determinado, lo que le generaba la expectativa inequívoca de que el cumplimiento

de la condena de prisión de 30 años, resultante de la acumulación, se vería reducida por la aplicación de las redenciones de pena por trabajo obtenidas previamente, de ahí que el tiempo de cumplimiento efectivo de aquella aún se habría acortado más. Cuando, en el año 2008, se produjo la decisión judicial que le aplicó el sistema de cómputo de las redenciones de un modo completamente distinto (perjudicial para la afectada) tuvo lugar, como señala la resolución del Tribunal Europeo, una aplicación retroactiva desfavorable de la legalidad penal que supuso, *de facto*, una alteración sustancial de la penalidad que ya había sido establecida judicialmente para ese proceso. Dada la práctica judicial existente hasta ese momento, tal variación de la penalidad no era en modo alguno previsible.

En esas circunstancias, el Tribunal Europeo entendió que esa interpretación retroactiva desfavorable de una legalidad que, con anterioridad, ya había sido aplicada de modo diverso en ese mismo proceso vulneraba el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE). Dicho en términos más sencillos: en el supuesto abordado por la STEDH de 21 de octubre de 2013 se modificó la pena efectivamente impuesta, con carácter definitivo, a través de un cambio de criterio interpretativo sobrevenido, sorpresivo e impredecible, al que se dio eficacia retroactiva en perjuicio de la interesada.

En el caso que ahora se nos plantea el presupuesto de hecho es justamente el opuesto, ya que la penalidad definitivamente impuesta al recurrente de amparo ha permanecido inalterada, dentro del proceso en cuestión, en coherencia con la normativa y la práctica judicial imperante. El *iter* procesal del supuesto que nos ocupa demuestra que el recurrente no ha sufrido ninguna modificación retroactiva de la penalidad que le fue, desde un principio, fijada, sino que, al contrario, ha sido el propio recurrente el que ha pretendido dar eficacia retroactiva a una interpretación posible de una normativa sobrevenida con posterioridad. En efecto:

a) Al recurrente se le fijó una pena definitiva (con el correspondiente límite de cumplimiento de 30 años) en el ya citado Auto de 13 de septiembre de 2007, sin que esa pena a cumplir comprendiera la condena que entonces ya había sido impuesta y ejecutada en Francia, país con el que no existía convenio (bilateral o multilateral) del que pudiera surgir, conforme a la práctica judicial entonces existente (a la que ya se ha hecho referencia), expectativa alguna de acumulación. A diferencia del supuesto planteado en la STEDH de 21 de octubre de 2013, el demandante nunca obtuvo, por tanto, un pronunciamiento a su favor del que derivara la expectativa de acumular la pena que ya había sido cumplida en Francia. La legalidad penal se le aplicó, pues, de un modo inequívoco y plenamente coherente con la práctica judicial existente.

b) Al dictarse el aludido Auto de 13 de septiembre de 2007, la condena francesa, en cuanto impuesta y cumplida en su integridad por el penado, constituía un elemento de hecho que el recurrente conocía y tenía la posibilidad de invocar a su favor. Sin embargo, durante largo tiempo, el ahora actor ni siquiera entendió que fuera acreedor potencial de la acumulación de esta condena francesa, como lo acredita el hecho de que durante más de 13 años –desde que la cumplió en Francia–, no hiciera ninguna solicitud en este sentido. Después, aceptó durante más de cinco años la acumulación de condenas acordada por el Auto de 13 de septiembre de 2007. Cuando, por fin, formuló una solicitud expresa para que se le acumulara la condena recaída hacía más de 15 años en el país vecino, tal petición le fue rechazada expresamente en una resolución a la que el penado volvió a aquietarse, pues dejó desierto el recurso de casación que habría podido interponer ante la Sala de lo Penal el Tribunal Supremo. Cuando dicha petición fue rechazada, la práctica judicial no había cambiado en absoluto.

c) Finalmente, y después de todas estas incidencias, el actor pidió nuevamente (el 21 de octubre de 2013) que, en consideración a la Decisión Marco de 2008 (esto es, pidiendo en su favor una aplicación de una legislación penal novedosa que consideraba más favorable a sus intereses) se rectificaran las decisiones previamente adoptadas con carácter firme sobre la pena que había de ser cumplida en España y se le fijara una nueva pena conjunta que incluyera la condena francesa que había sido impuesta en el año 1997 y que había terminado de ejecutarse en Francia en el año 2001. Estando pendiente de resolverse esta nueva petición, recayó en otro proceso distinto la STS 186/2014, que

adoptó un criterio interpretativo favorable a la acumulación de la condena extranjera. Ese criterio no fue, finalmente, seguido por la Sentencia del Alto Tribunal (874/2014) que resolvió el recurso de casación del penado, pues dicha resolución rechazó conceder, con los argumentos que se han expuesto en el fundamento jurídico 3, la pretensión formulada.

Estamos, pues, ante un caso opuesto, en su sustrato fáctico, al resuelto por la aludida STEDH de 21 de octubre de 2013. No hay aplicación retroactiva alguna, dentro del mismo proceso, de un criterio interpretativo desfavorable que venga a sustituir otro más beneficioso que informara la práctica judicial al tiempo de fijarse la pena definitivamente impuesta al recurrente. Al contrario, hay una negativa judicial razonada a rectificar en beneficio del reo la pena que ya había sido impuesta con carácter firme conforme a una práctica judicial inequívoca y constante.

El *iter* procesal aludido refleja, pues, un puro problema de disparidad de criterios interpretativos seguidos en dos casos distintos (y casi coetáneos) por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en relación con la posible aplicación retroactiva de una normativa novedosa, eventualmente favorable al reo. Toda la queja del actor conduce, así, a un mismo problema de fondo: que la aplicación a su caso del criterio seguido en la citada STS 186/2014 habría permitido rectificar en su beneficio la decisión adoptada años atrás en relación con su penalidad. Esto evidencia que el supuesto que el recurrente plantea está muy lejos de afectar al derecho a la legalidad penal –que no es un derecho a la aplicación retroactiva de la interpretación más favorable–, ajustándose, más bien, en su dinámica fáctica, a los problemas que, de ordinario, caracterizan al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley penal (art. 14 CE). Dicho en otros términos: tratándose de un supuesto de posible aplicación retroactiva de una norma penal más favorable lo único que es constitucionalmente relevante es si las razones que el Tribunal Supremo dio, en la Sentencia que ahora se impugna, para adoptar un criterio interpretativo distinto al utilizado en la previa STS 186/2014 resultan admisibles desde el punto de vista del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley penal.

5. Todo lo anterior pone de relieve que la queja a la que verdaderamente conduce el supuesto fáctico planteado por el actor es la posible vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), pues el recurrente considera, en definitiva, que se le debería haber aplicado la acumulación de condenas en los términos de las SSTS 1129/2000, 926/2005, 368/2013 y 186/2014 (con cita además de dos Autos de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que habían seguido el criterio de la STS 186/2014). En particular considera el actor que el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no podía rectificar la interpretación efectuada en la STS 186/2014. Pues bien, la inexistencia de la lesión de tal derecho fundamental resulta igualmente evidente.

En efecto, antes de la expiración del plazo de trasposición de la Decisión Marco de 2008 no puede encontrarse ningún término de comparación válido que resulte favorable al recurrente. Como hemos expuesto en los fundamentos precedentes, las SSTS 1129/2000, de 27 de junio, y 926/2005, de 30 de junio, que el actor invoca, reconocieron la acumulación de sendas condenas impuestas en Tailandia, al resultar las mismas amparadas en el Tratado Internacional sobre cooperación en materia de ejecución de condenas penales, en el que así se preveía (art. 5 del Tratado hispano-tailandés). A su vez, la STS 368/2013, de 17 de abril, que admitió la acumulación de la condena impuesta por el Tribunal de Corts del Principado de Andorra, se sustentó en el art. 9.3 del Convenio Europeo sobre traslado de personas condenadas firmado en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, ratificado por España y Andorra.

Dichas resoluciones no son términos de comparación válidos, pues al ahora demandante no le amparaba tratado internacional alguno que pudiera servir de sustento al reconocimiento de la condena extranjera a los efectos de acumulación. No hay, en suma, la igualdad de hechos exigida por nuestra doctrina como presupuesto para poder reconocer la invocada vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (por todas, SSTC 210/2002, de 11 de noviembre, FJ 3; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 7, y 132/2005, de 23 de mayo, FJ 3). Es más, el término de comparación más ajustado al caso presente sería, antes de la expiración del plazo de trasposición de la Decisión Marco, el de la STS 2117/2002, de 18

de diciembre, que resolvió un supuesto igual al que nos ocupa descartando la acumulación a los treinta años de condena de una condena de siete años de prisión impuesta y cumplida en Francia, precisamente por la ausencia de tratado internacional que amparara la pretensión del justiciable.

En cambio, una vez expirado (el 15 de agosto de 2010) el plazo de trasposición de la Decisión Marco de 2008, puede aceptarse como término de comparación la STS 186/2014, de 13 de marzo, así como los dos Autos de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que aplicaron el criterio seguido en la misma, que realizan una interpretación dispar de los efectos que la aludida norma debe tener sobre el art. 76.2 CP.

En este punto, se observa que el criterio de la indicada STS 186/2014 fue adoptado por el Tribunal Supremo, actuando en sección de cinco Magistrados, de modo aislado y como primera aproximación interpretativa a la norma europea, sin haber tomado en consideración el contenido del apartado 5 del artículo 3 de la aludida disposición, que, sin embargo, ha sido decisivo en el enfoque adoptado en la Sentencia que ahora se impugna. En ella, el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se ha apartado de esa inicial y aislada exégesis, no a través de un «cambio irreflexivo o arbitrario», sino en virtud de una interpretación ampliamente razonada de la misma normativa, en la que, en su legítima función de interpretar la legalidad ordinaria, ha considerado que el verdadero sentido de los preceptos de la citada disposición europea es, según se ha expuesto ampliamente en el fundamento jurídico 3, distinto al que, en una primera aproximación (no seguida de ningún otro pronunciamiento adicional) se apreció en la STS 186/2014.

De este modo, la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo recurrida sirvió, y de ahí que fuera adoptada por el Pleno, para «disipar las dudas que podrían subsistir en cuanto a la interpretación de las normas» en concreto en lo concerniente al valor jurídico y los límites de la interpretación conforme de la Decisión Marco 2008/675/JAI, tomando, ahora sí, en consideración lo dispuesto en su artículo 3.5. El abandono del solitario pronunciamiento contenido en la STS 186/2014, con sustento en una interpretación ampliamente razonada del apartado quinto del art. 3 de la Decisión Marco, fue, pues, legítimo en tanto que «razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*» (STC 117/2004, de 12 de julio, FJ 3; en sentido similar, entre otras, SSTC 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5; 122/2001, de 4 de junio, FJ 2; 150/2004, de 20 de septiembre, FJ 4; 76/2005, de 4 de abril, FJ 2; 58/2006, de 27 de febrero, FJ 3, y 67/2008, de 23 de junio, FJ 4). No existió, por ello, la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) invocada por el recurrente en amparo.

6. Finalmente, el demandante afirma que el órgano judicial lesionó su derecho al juez ordinario predeterminado por ley (art. 24.2 CE), en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo, por no haber planteado cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del art. 3.5 de la Decisión Marco 2008/675/JAI, habiendo efectuado una interpretación notoriamente errónea del mismo, como lo demostraría la existencia de votos particulares.

Este Tribunal ha tenido ocasión de precisar que, en relación con el art. 24.1 CE, «el canon de control establecido respecto del planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no difiere del que este Tribunal ha fijado, con carácter general, para las decisiones judiciales que son fruto de la interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto» (STC 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3). Desde esta perspectiva, nos corresponde ponderar si la STS 874/2014 recurrida en amparo, por la que se deniega el planteamiento de la cuestión prejudicial, está fundada en Derecho y es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria.

Centrada la cuestión en el examen de la argumentación de la Sentencia recurrida, se observa que el Tribunal Supremo aplica en ella la doctrina del «acto claro» respecto del art. 3.5 de la Decisión Marco, con los argumentos que ya hemos expuesto con detalle en el fundamento jurídico 3 de esta resolución, que, como ya hemos visto, satisfacen las exigencias constitucionales relativas a la motivación desde la perspectiva del derecho reconocido en el art. 24.1 CE. Basta añadir ahora, al trasladar, dada la identidad de canon,

esa conclusión al presente motivo de queja que el Tribunal Supremo ha prestado una atención singular en su Sentencia a la implementación realizada en otros Estados de la Unión, a la interpretación que han efectuado otros tribunales casacionales y a la propia exégesis que la Comisión ha realizado sobre la corrección de la implementación en los Estados miembros, elementos de juicio que son de notable interés a efectos de dilucidar la razonabilidad de una decisión relativa a la procedencia de plantear una cuestión prejudicial interpretativa ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

De otro lado, ninguna relevancia tiene, a efectos de entender vulnerado el derecho fundamental invocado, el hecho de que la Sentencia impugnada contenga varios votos particulares, pues la discrepancia de una parte de los miembros del Tribunal con la decisión adoptada por la mayoría no indica, en modo alguno, que el criterio seguido por ésta deba reputarse irrazonable, arbitrario o no fundado en Derecho. Son los argumentos consignados en la resolución los que deben servir para apreciar la razonabilidad de una decisión judicial. Como ya hemos señalado, dichos argumentos se ajustan a las exigencias constitucionales, sin que corresponda a este Tribunal terciar en cuestiones de legalidad ordinaria.

Por la misma razón, cabe desechar también la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE). Basta, para ello, con recordar que la decisión de no plantear una cuestión prejudicial es ajena a la garantía cuya lesión invoca el demandante. En el caso que nos ocupa, el órgano judicial ha sido creado por una norma legal que lo inviste de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, y cuenta con un régimen orgánico y procesal que no permite calificarlo de órgano especial o excepcional (SSTC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 17; 32/2004, de 8 de marzo, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 2 y 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 5). La resolución impugnada cumple, pues, con las exigencias propias de la garantía invocada.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir el recurso de amparo núm. 4001-2015, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Antonio Orteu del Real en representación de don Pedro José Picabea Ugalde, con arreglo a lo previsto en los arts. 50.1 a) y 44.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dada la manifiesta inexistencia de violación de los derechos fundamentales invocados.

Publíquese este Auto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a veinte de septiembre de dos mil dieciséis.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Adela Asua Batarrita.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Antonio Narvárez Rodríguez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formulan la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos al Auto de inadmisión dictado en el recurso de amparo avogado núm. 4001-2015

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de nuestros compañeros del Tribunal en la que se sustenta el Auto, manifestamos nuestra discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de este, que entendemos hubiera debido de ser de admisión y, en su día, haber dado lugar a una sentencia estimatoria por vulneración, al menos, (i) del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), en relación con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE), por haberse hecho un aplicación retroactiva de una situación normativa desfavorable que ha supuesto un alargamiento efectivo del periodo de privación de libertad; y (ii) del derecho a

la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por la negativa a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

I. El Voto particular no puede eludir pronunciarse sobre el fondo de la cuestión.

1. Las razones jurídicas por las que consideramos que el presente recurso de amparo no debía haber sido objeto de una decisión de inadmisión «dada la manifiesta inexistencia de violación de los derechos fundamentales invocados» son coincidentes con las expuestas en su Voto particular por la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, con la adhesión del Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, al que para evitar reiteraciones innecesaria nos remitimos.

No obstante, entendemos que no es suficiente con poner de manifiesto la falta de corrección de esa decisión anticipada de archivar el presente recurso de amparo por motivos de fondo. Desde cualquier criterio hermenéutico comúnmente admitido por la comunidad jurídica que pudiera seleccionarse, no cabe afirmar que las violaciones de derechos fundamentales invocados pueden subsumirse dentro del concepto jurídico indeterminado «manifiestamente inexistentes». El esfuerzo argumental invertido por la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto para acreditar que son «manifiestamente inexistentes», la extensión con la que se ha desarrollado ese proceso de razonamiento y el hecho de que esta decisión sobre la «admisibilidad» haya sido avocado por el Pleno hace materialmente equiparable este Auto de inadmisión a una sentencia de desestimación. Con la sola ausencia del trámite de audiencia al Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional, es una decisión que perfectamente podría haber tomado forma de sentencia, ya que (i) tiene por objeto resolver la cuestión de fondo de la eventual concurrencia de la vulneración de los derechos fundamentales alegados y, por tanto, es coincidente con los pronunciamientos que, según el art. 53 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), debe tener una sentencia; y (ii) ha sido dictada por el Pleno de este Tribunal de una manera extensamente motivada, excepcionando con ello la regla general de que la decisión de inadmisión sea adoptada por la Sección mediante una providencia en que solo se especificará el requisito incumplido.

En estas singulares circunstancias debe comprenderse que nuestro Voto particular, aun lamentando no poder contar con la siempre ilustrativa posición del Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional, tiene que extenderse también a exponer las razones sustantivas y de fondo en que se fundamenta nuestra discrepancia con la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto. Estas discrepancias se refieren, como ya se ha anticipado, al menos, a las circunstancias de (i) haberse hecho un aplicación retroactiva de una situación normativa desfavorable que ha implicado un alargamiento efectivo del periodo de privación de libertad, lo que supone una vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), en relación con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE); y (ii) haberse incumplido el deber de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Ambos aspectos han sido ya destacados y analizados extensamente en los muy ilustrativos y fundamentados Votos particulares formulados a la Sentencia impugnada en este recurso de amparo. Su lectura es complementaria del presente Voto particular que, por razones, obvias no tiene por objeto discrepar de los razonamientos de la Sentencia impugnada sino de la valoración que de esos razonamientos hace la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto desde la perspectiva de los derechos fundamentales invocados por el recurrente en este recurso de amparo.

II. Sobre la aplicación retroactiva de una situación normativa penal desfavorable que implica un alargamiento efectivo del tiempo de privación de libertad.

2. El recurrente, con invocación de los derechos a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y a la libertad (art. 17.1 CE), ha planteado en este recurso de amparo que se ha hecho una aplicación retroactiva de una norma desfavorable como era 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. La aplicación de esta normativa

habría supuesto, en su perjuicio, que no se tomara en consideración, a los efectos de acumulación y determinación del máximo de cumplimiento, el tiempo de privación de libertad pasado en Francia con motivo de una condena impuesta en aquel país.

La opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto rechaza esta invocación partiendo del doble presupuesto de que la resolución judicial impugnada (i) no ha hecho una aplicación retroactiva de la citada Ley Orgánica 7/2014 ni (ii) tampoco una aplicación retroactiva de una interpretación jurisprudencial desfavorable. Respecto de lo primero, se afirma que la resolución del Tribunal Supremo apoya su decisión directamente en una interpretación de la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de junio 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 (Decisión Marco 2008/675/JAI), sin necesidad, por tanto, de acudir a la Ley Orgánica 7/2014 más que a efectos de refuerzo de tal tesis. Respecto de lo segundo, se afirma que, si bien la resolución del Tribunal Supremo ahora recurrida en amparo mantiene una divergencia interpretativa con la previa Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 186/2014, de 13 de marzo, esto no implica una aplicación retroactiva que haya generado un cambio sorpresivo e inesperado de criterio jurisprudencial en perjuicio de las expectativas consolidadas por el reo en ese proceso, ya que la penalidad definitivamente impuesta al recurrente ha permanecido inalterada en coherencia con la normativa y la práctica judicial imperante. Al contrario, según la opinión mayoritaria en la que se sustenta el auto, lo que ha pretendido el recurrente es dar eficacia retroactiva a una interpretación de una normativa sobrevenida con posterioridad, que es una garantía que está muy lejos de afectar al derecho a la legalidad penal.

Ninguno de esos argumentos, como se expone a continuación, son aceptables.

3. La afirmación de que la resolución impugnada se apoya directamente en una interpretación de la Decisión Marco 2008/675/JAI sin necesidad de acudir a la Ley Orgánica 7/2014 más que a efectos de refuerzo de su tesis no se compadece con la lectura de las resoluciones judiciales impugnadas.

El fundamento jurídico cuarto, apartado primero, de la resolución judicial impugnada expone, en respuesta a la pretensión del recurrente de que se le aplicara la doctrina de la STS 186/2014, que «sin embargo, como indicábamos anteriormente, el panorama normativo ha experimentado una relevante modificación después de dictada la STS 186/2014, de 13 de marzo. Como esta resolución indica, en ese momento operábamos en ausencia de normas internas que ‘regulen expresamente la materia de una forma terminante’, lo que conllevaba una interpretación de las normas vigentes (la sentencia cita en su texto los arts. 988 LECrim [Ley de enjuiciamiento criminal] y 76 CP) de manera más conforme posible con la Decisión Marco. Pero en el momento actual ya contamos con legislación nacional que regula expresamente la materia, como es la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre».

Se insiste en ello en el párrafo final de ese apartado 1 del fundamento jurídico cuarto al señalar que «en consecuencia, ya no operamos en un marco en el que existe una norma de la Unión (Decisión Marco 2008/675/JAI), pero con ausencia de normas internas que regulen expresamente la materia de una forma terminante, que es el caso de la STS 186/2014, de 13 de marzo. Sino que, partiendo del hecho de la existencia de la norma comunitaria, ya contamos con: (i) norma interna que la incorpora, que es la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre; (ii) que regula expresamente la materia, como se deriva de sus artículos 1, 14 y 15 y disposición adicional única; y (iii) de una forma terminante, sobre todo en lo referente a los casos en que las condenas no tendrán efectos (art. 14.2) y al establecer un límite temporal a partir del cual se reconocen efectos a las condenas en el extranjero: 15 de agosto de 2010».

Las afirmaciones de ese tenor se repiten a lo largo del apartado segundo de ese fundamento jurídico cuarto cuando se expone que «ahora bien, como indicábamos, esta interpretación ya no puede ser mantenida ante la modificación legislativa operada con posterioridad, lo que impide mantener la interpretación del citado precedente. Sin perjuicio de que la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, es una norma que se proyecta al

futuro, aporta un nuevo ingrediente a la interpretación que debe hacer los tribunales. Ello porque de seguirse en el momento presente la interpretación que dio la STS 186/2014, de 13 de marzo a los arts. 988 LECrim y 76 CP de la manera más conforme posible con la Decisión Marco, nos encontraríamos con un supuesto de interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Ello por cuanto la interpretación de la STS 186/2014 supone reconocer la acumulación en supuestos excluidos ahora expresamente por el art. 14 de la Ley Orgánica».

Por tanto, al contrario de lo que afirma la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto, lo que se pone de manifiesto en las resoluciones impugnadas es que (i) fue la STS 186/2014 la que, en ausencia de una transposición en plazo de la Decisión Marco 2008/675/JAI, hizo una interpretación de esa decisión marco para concluir que la única interpretación conforme con la misma era reconocer la acumulación de las condenas impuestas y ejecutadas en otros países de la Unión Europea para dar eficacia al principio de reconocimiento mutuo; y (ii) fue la Sentencia judicial ahora impugnada en amparo la que cambió ese criterio interpretativo al considerar que, una vez que había entrado en vigor la Ley Orgánica 7/2014, en que se transponía la citada Decisión Marco, sería una interpretación *contra legem* [en contra de la ley].

En conclusión, está reconocido expresamente en las resoluciones impugnadas que el elemento esencial para disentir de la línea jurisprudencial establecida en la previa STS 186/2014 es la decisión legislativa consistente en la aprobación de la Ley Orgánica 7/2014 y, en su contemplación, prohibir la toma en consideración de las condenas impuestas y cumplidas en el extranjero a efectos de acumulación. En ese contexto opinamos que la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto fundamenta su decisión de inadmisión en un presupuesto fáctico que no se compadece con la realidad. No se trata –como se pretende– de una mera divergencia de criterios interpretativos sucesivos a la que hubiera sido ajena una decisión legislativa.

4. Esta conclusión resulta relevante y de especial importancia en el marco de una jurisprudencia constitucional como la española, que solo parece asumir plenamente la garantía de irretroactividad peyorativa en relación con la aplicación de normas formales y no con los cambios jurisprudenciales (así, STC 44/2012, de 29 de marzo, FJ 3). En este contexto, la posibilidad de considerar vulnerado el art. 25.1 CE solo puede vincularse, bien a la aplicación en sentido estricto de una norma jurídica, bien a la aplicación de una interpretación jurisprudencial que, como sería este caso, directamente se ancle en una modificación legislativa sobrevenida. En este último caso, 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 la aplicación retroactiva de una decisión legislativa.

Desde la perspectiva del art. 7.1 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), según la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esta cuestión no tiene tanta relevancia pues aquel Tribunal profesa una idea integradora del concepto de Derecho que incluye tanto el de origen legislativo como jurisprudencial. De ese modo ha declarado que no cabe descartar «la posibilidad de que las medidas que se adoptan por parte del poder legislativo, las autoridades administrativas o los tribunales después de la imposición de la condena definitiva o durante su cumplimiento puedan redundar en una redefinición o modificación del alcance de la «pena» impuesta por el tribunal sentenciador. Cuando eso ocurre, el Tribunal estima que dichas medidas deben quedar comprendidas en el ámbito de la prohibición de la aplicación retroactiva de las penas consagrada en el artículo 7.1 *in fine* del Convenio. De otra manera, los Estados serían libres –modificando la ley o reinterpretando los reglamentos vigentes, por ejemplo– de adoptar medidas para redefinir retroactivamente el alcance de la pena impuesta, en perjuicio del condenado, cuando este último no podía imaginarse tal circunstancia en el momento de la comisión del delito. En tales condiciones, el artículo 7.1 quedaría privado de todo efecto útil respecto a las personas condenadas cuyas condenas fueran modificadas *ex post facto* en su detrimento» (STEDH de 21 de octubre de 2013, asunto *Del Rio Prada c. España*, § 89).

De ese modo, acreditado que la interpretación controvertida en la resolución impugnada en este amparo tiene como razón operativa la decisión legislativa plasmada en la Ley Orgánica 7/2014, es preciso examinar si se trata de una aplicación retroactiva –sea de una norma o de una nueva jurisprudencia directamente vinculada con un cambio legislativo– de carácter peyorativo, en contra de lo que sostiene la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto del Tribunal.

5. Pues bien, tampoco puede aceptarse, en nuestra opinión, la afirmación mantenida por la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto en el sentido de que el nuevo criterio interpretativo instaurado en la resolución impugnada en amparo es producto de una mera divergencia interpretativa que no implica una aplicación retroactiva que haya generado un cambio sorpresivo e inesperado de criterio jurisprudencial en perjuicio de las expectativas consolidadas por el reo en ese proceso, y de que la penalidad definitivamente impuesta al recurrente ha permanecido inalterada en coherencia con la normativa y la práctica judicial imperante.

La posición mayoritaria en la que se sustenta el Auto, siguiendo en ello también a las resoluciones impugnadas en amparo, que no discuten ese aspecto, parte del presupuesto de que la decisión de incluir o no las sentencias emitidas y cumplidas en un país de la Unión Europea en la acumulación de penas para el cómputo de los límites máximos de cumplimiento previstos en el art. 76 del Código penal (CP) no constituye una mera medida de ejecución de una pena que no queda abarcada por la prohibición de una aplicación retroactiva en caso de ser peyorativa. Este Tribunal, cuando se enjuició el cambio jurisprudencial en la aplicación del cómputo de la redención de penas por el trabajo en los casos de acumulación de condenas provocado por la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 197/2006, de 28 febrero, defendió que dicha cuestión quedaba fuera del ámbito del derecho fundamental a la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE, por tratarse de la ejecución de una pena privativa de libertad. Sin embargo, no parece ahora controvertido considerar, siguiendo en ello la jurisprudencia sentada en relación con el art. 7.1 CEDH por la STEDH de 21 de octubre de 2013, asunto *Del Rio Prada c. España*, §§ 109 y 110, que nos encontramos ante una institución que, al incidir sobre la extensión de la pena privativa de libertad que debe ser efectivamente cumplida por la comisión de un ilícito penal, queda enmarcada en el ámbito de aplicación de la prohibición de retroacción peyorativa de las normas penales que consagra el art. 25.1 CE.

6. A partir de ello, para apreciar la existencia o no de una eventual aplicación retroactiva de carácter peyorativo, es preciso atender a la sucesión de situaciones normativas –incluyendo su interpretación jurisprudencial– sobre la posibilidad de tomar en consideración las condenas impuestas en el extranjero para la acumulación y determinación del periodo máximo de cumplimiento efectivo. A esos efectos, pueden identificarse, según la resolución impugnada en amparo, tres periodos temporales diferenciados:

(i) El primer periodo se extiende hasta el incumplimiento por parte del Estado español del plazo de transposición de la Decisión Marco 2008/675/JAI, que se produce el 15 de agosto de 2010. En ese periodo es cuando se cometieron y enjuiciaron los hechos cometidos Francia y en España y se tomó una primera decisión sobre la acumulación y determinación del máximo de cumplimiento del recurrente (STS de 11 de marzo de 2009). La situación normativa, en la interpretación y concreta aplicación jurisprudencial que se hacía de estos supuestos, no puede afirmarse que implicara de una manera indubitada y concluyente la posibilidad de tomar en consideración en esta operación las condenas de prisión cumplidas en Francia.

(ii) El segundo periodo se extiende desde el 16 de agosto de 2010 –transcurso del plazo de transposición de la Decisión Marco 2008/675/JAI sin dar cumplimiento a la obligación de transposición– hasta el 2 de diciembre de 2014, que es cuando se produce la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2014 de transposición de la citada Decisión Marco. En ese periodo es cuando se realizan sendas solicitudes de acumulación de fecha 13 de

junio y 21 de octubre de 2013. La situación normativa, en la interpretación y concreta aplicación jurisprudencial que se hizo en la STS 186/2014, de 13 de marzo, determinaba la posibilidad de acumulación de las condenas impuestas y cumplidas en un país de la Unión Europea por aplicación del principio de la interpretación conforme con la normativa europea establecido en la STJUE de 16 de junio de 2005, caso *Pupino*, asunto C-105/03, en los casos de incumplimiento de transposición en plazo de las decisiones marco. Los avances en el proceso de integración europea y en el desarrollo normativo comunitario vinculado a los principios de reconocimiento mutuo y eficacia recíproca de resoluciones penales inhabilitaban ya, también desde la perspectiva del ejercicio del *ius puniendi* [derecho de castigar] estatal de la apelación al anquilosado principio de soberanía que había servido en el primer periodo a la STS 2117/2002, de 18 de diciembre, como sustento argumental para concluir la prohibición de acumulación de condenas impuesta y cumplidas en otros países de la Unión Europea.

(iii) El tercer periodo se extiende desde el 3 de diciembre de 2014 –entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2014, que traspone la Decisión Marco 2008/675/JAI–. En este periodo es cuando se resuelve en casación la solicitud de acumulación cursada por el recurrente el 21 de octubre de 2013. La resolución impugnada viene a establecer para este periodo dos situaciones diferenciadas: la primera se refiere a aquellos supuestos en que, por razón del tiempo, la Ley Orgánica 7/2014 no resulta directamente aplicable. En tales casos, como es el presente, la situación normativa, en la interpretación y concreta aplicación jurisprudencial que se hizo en la STS 874/2014, de 27 de enero de 2015, ahora impugnada en amparo, determina la imposibilidad de tomar en consideración condenas previas impuestas en países de la Unión Europea al no ser ya posible hacer una interpretación contraria a la Ley Orgánica 7/2014, aun no siendo directamente aplicable al caso. La segunda se refiere a aquellos supuestos en que, por razón del tiempo, la Ley Orgánica 7/2014 ya resulte directamente aplicable.

7. Esta sucesión normativa permite extraer algunas conclusiones para valorar la eventual existencia de una aplicación retroactiva de carácter peyorativo:

(i) En el periodo temporal en que se cometieron y se enjuiciaron los hechos en Francia y España y se resolvió la primera solicitud de acumulación, la situación normativa –jurisprudencialmente interpretada– no era inequívocamente favorable a la pretensión de acumulación. Por tanto, en ese concreto aspecto, tiene razón la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto en el sentido de que no resulta justificado establecer durante ese periodo temporal ninguna expectativa legítima de acumulabilidad.

(ii) En el periodo temporal en que se realizaron las sucesivas solicitudes de acumulación, una vez transcurrido el plazo establecido en la Decisión Marco 2008/675/JAI para su transposición sin que se hubiera dado cumplimiento por parte del Estado español, la situación normativa –jurisprudencialmente interpretada– era favorable a la pretensión de acumulación. En ese contexto, la STS 186/2014 no representa una resolución aislada, sino que fue la norma jurisprudencial que estableció una regla que inmediatamente fue acatada y aplicada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ante las diversas solicitudes que se le cursaron. Por tanto, supone una situación normativa intermedia más favorable al recurrente susceptible de generar una expectativa legítima de acumulabilidad en aplicación del principio de aplicación retroactiva de una situación normativa favorable.

(iii) La resolución en casación de la solicitud del recurrente por la STS 874/2014, que es la ahora impugnada en amparo, supuso el punto inicial del cambio de la situación normativa más favorable instaurada por la STS 186/2014 pero, como ya se ha expuesto, no a partir de un mero cambio o divergencia del criterio jurisprudencial, sino justificada en el advenimiento que un acto legislativo –la Ley Orgánica 7/2014– que, aun no siendo directamente aplicable por razones de tiempo, inhabilitaba dicho criterio hermenéutico. La STS 874/2014 sirvió de base para, primero, ir revocando en casación las decisiones de acumulación ya acordadas por la Audiencia Nacional (así, por ejemplo, SSTS núm. 178/2015, de 24 de marzo, 235/2015, de 23 de abril, o 270/2015, de 30 de abril) y, segundo, para que la Audiencia Nacional volviera a cambiar su anterior práctica

jurisprudencial y denegara las sucesivas acumulaciones que se le solicitaban (así, por ejemplo, Autos del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional núm. 40/2015, de 9 de junio; o 68/2015, de 21 de julio). Por tanto, se consolidó una situación normativa novedosa inequívocamente contraria a la pretensión de acumulación y, por tanto, de carácter peyorativo, frustrando con ello las legítimas expectativas creadas con la situación normativa previa.

8. De todo lo anterior se deriva que, en oposición a lo mantenido por la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto, la decisión judicial impugnada supone la aplicación retroactiva de una situación normativa peyorativa con una repercusión efectiva en la extensión de la pena privativa de libertad que debe cumplirse por la comisión de un hecho ilícito que de una manera sorpresiva ha frustrado expectativas legítimas de aplicación de una normativa previa más favorable vulnerando con ello el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en relación con el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE).

En efecto, concretando todos los elementos exigibles para apreciar la concurrencia de la citada vulneración en el presente caso se constata lo siguiente:

(i) La posibilidad de tomar en consideración penas ya cumplidas en otro país a los efectos de valorar su acumulación para determinar el máximo de cumplimiento de una pena privativa de libertad queda incluida dentro del alcance de la prohibición de aplicación retroactiva de normas penales establecida en el art. 25.1 CE. Por un lado, es una operación que sirve para determinar de manera efectiva la extensión de la pena de prisión que debe cumplirse. Por otro, tal como ya se reconocía en la STEDH de 21 de octubre de 2013, asunto *Del Rio Prada c. España*, § 98, el resultado de la determinación del tiempo de cumplimiento máximo derivado de la acumulación de condenas tiene la consideración, de acuerdo con nuestro ordenamiento interno, de una pena nueva y autónoma que hace indubitada la aplicación de las garantías del principio de legalidad previsto en el art. 7.1 CEDH.

(ii) La circunstancia de que esta nueva situación normativa generada por la STS 874/2014 se pretenda imputar en exclusiva a la modificación de una interpretación jurisprudencial tampoco impide que se incluya en la prohibición de aplicación retroactiva de normas penales establecida en el art. 25.1 CE. Por un lado, ha quedado constatado que esta nueva situación normativa se ha visto directamente justificada en la existencia de una intervención legislativa como era la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2014, que prohibía expresamente la acumulabilidad de las condenas producidas en otros países de la Unión Europea; y, por otro, tal como ya se reconocía en la STEDH de 21 de octubre de 2013, asunto *Del Rio Prada c. España*, § 89, resulta indiferente, al menos a los efectos del art. 7.1 CEDH, que la nueva situación normativa derive de una medidas adoptada por parte del poder legislativo, las autoridades administrativas o los tribunales.

(iii) El hecho de que esta nueva situación normativa generada por la STS 874/2014 se fundamente como razón jurídica esencial en una expresa previsión legal prohibitiva de la acumulación que entraba en vigor el 3 de diciembre de 2014 pone de manifiesto que implica una aplicación con carácter retroactivo no solo respecto del momento en que se cometieron los hechos o se produjeran las condenas, sino también del en que se solicitó la acumulación.

(iv) La circunstancia de que esta nueva situación normativa generada por la STS 874/2014 tenga como consecuencia jurídica la prohibición de tomar en consideración las condenas ya cumplidas en otro país de la Unión Europea a los efectos de establecer el límite máximo de cumplimiento y determinar el tiempo que ya se ha liquidado de la pena privativa de libertad pone de manifiesto su carácter peyorativo, ya que implica un alargamiento efectivo del periodo de pérdida de libertad en relación con el resultante de la aplicación de la situación normativa anterior.

(v) La preexistencia de una situación normativa generada por la STS 186/2014, más favorable al reo, pone de manifiesto que la posterior derivada de la STS 874/2014 supuso la frustración de legítimas expectativas del recurrente. Es un hecho no controvertible que, con independencia de su tiempo de duración, la STS 186/2014 vino a consagrar una

situación normativa consolidada y vinculada a una interpretación conforme Decisión Marco 2008/675/JAI que fue efectivamente aplicada de manera firme a diversas solicitudes de acumulación resueltas tras el incumplimiento del plazo de transposición de la citada Decisión Marco. Por tanto, de haberse resuelto la solicitud del recurrente en ese lapso temporal, como ocurrió con otros solicitantes, se habría visto beneficiado de las consecuencias de esa situación normativa.

Ciertamente, como ya se ha señalado, la frustración de esas expectativas no se produce –como parece considerar relevante la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto–, en relación con la situación normativa cuando se cometieron los hechos, sino en relación con esta situación intermedia más favorable. Esta circunstancia no representa ningún obstáculo. Nadie ha controvertido en la vía judicial previa que la solicitud de acumulación del recurrente, en caso de no haberse producido este cambio jurisprudencial, hubiera debido de ser resuelta conforma a esta situación intermedia más favorable. En cualquier caso, aunque se pretenda establecer como parámetro temporal el momento de comisión de los hechos, la necesidad de que se haga una aplicación de esta situación intermedia –más favorable que la imperante cuando se cometieron los hechos o fueron enjuiciados– es también una garantía ínsita en el derecho a la legalidad penal reconocida expresamente en el art. 15.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y en el art. 49.1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Además la STEDH de 19 de septiembre de 2009, asunto *Scoppola c Italia* –núm. 2–, §§ 108 y 109, también ha establecido que es una de las dimensiones de este derecho consagrado en el art. 7.1 CEDH. El hecho de que la jurisprudencia de este Tribunal haya sido hasta ahora renuente a incluirla de manera precisa en el art. 25.1 CE a los efectos de que pueda invocarse en el recurso de amparo (así, por ejemplo, STC 21/2008, de 31 de enero, FJ 5), limitando su encuadre en el art. 9.3 CE (así, ya STC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7), no impide tener una legítima esperanza en que esa jurisprudencia sea en un futuro inmediato reconsiderada por imperativo del art. 10.2 CE a la luz de la evolución del Derecho internacional y regional de los derechos humanos, ni reconocer que, en todo caso, la negativa a hacer una aplicación retroactiva de una norma penal favorable es susceptible de ser considerada lesiva de derechos fundamentales por invocación de los arts. 17.1 o 24.1 CE, en relación con el art. 9.3 CE (así, SSTC 177/1994, de 10 de junio, FJ 1).

(vi) El advenimiento de esta nueva situación normativa generada por la STS 874/2014 ha resultado sorpresiva e imprevisible para el recurrente. Era indubitada la situación normativa favorable a la acumulación que vino a modificar la citada STS 874/2014. En ese contexto, no cabía esperar, ni siquiera con el asesoramiento pertinente, que la mera entrada en vigor de una transposición tardía de la Decisión Marco 2008/675/JAI por la Ley Orgánica 7/2014 –que en ningún caso podía tener efectos retroactivos– pudiera llevar a un órgano judicial a establecer una jurisprudencia que, afirmando que no cabía hacer aplicación directa de la prohibición de acumulación prevista en el art. 14 de la Ley Orgánica 7/2014, por no resultar temporalmente posible, sin embargo alterara la anterior jurisprudencia de manera tal que formal y materialmente llevara a resultados absolutamente coincidentes con las consecuencias jurídicas previstas en esa norma posterior con el argumento –cuya trascendencia operativa no puede pasar inadvertida– de que ya no cabía una interpretación que la contradijera.

9. En definitiva, creemos que las razones expuestas acreditan que los argumentos utilizados por la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto no resultan mínimamente consistentes para rechazar la invocada prohibición de la aplicación retroactiva de una situación normativa en perjuicio de un condenado.

El Voto particular formulado a la resolución impugnada por el Magistrado don Joaquín Giménez García, con la adhesión de otros cinco Magistrados, afirma que «cualquier lector ya habrá comprendido que la intención de la Ley Orgánica 7/2014 ha sido la de cerrar la posibilidad de recortes en las de penas a cumplir por miembros de la organización terrorista ETA, condenados por crímenes gravísimos como es conocido por todos, a consecuencia de la acumulación de las condenas dictadas por los Tribunales franceses a las dictadas por los Tribunales españoles». Nada hay que decir, desde la perspectiva constitucional, a

esa pretensión. Sin embargo, al igual que el art. 25.1 CE impide al legislador que la Ley Orgánica 7/2014 pueda resultar de aplicación a hechos o delitos cometidos antes de su entrada en vigor en la medida en que altere situaciones normativas más favorables –y, siendo consciente de ello, la resolución judicial impugnada niega su aplicabilidad al recurrente–; también a los órganos judiciales alcanza esa prohibición constitucional y no pueden, bajo la apariencia de meras divergencias interpretativas, llegar a las mismas consecuencias jurídicas que la Constitución prohíbe para el legislador.

La propia resolución impugnada reconoce que la creación de una situación normativa favorable a la aplicabilidad de las condenas en Francia, consolidada jurisprudencialmente por la STS 186/2014, fue provocada por la desidia del Estado español que no transpuso en tiempo las posibilidades de excepcionar o limitar el principio de reconocimiento mutuo recogidas en el art. 3.5 de la Decisión Marco 2008/675/JAI, obligando a que se interpretaran las reglas de acumulación del Código penal de conformidad con una norma cuya vocación era establecer como regla general la toma de consideración de esas resoluciones en aplicación del principio de reconocimiento mutuo y confianza recíproca. A partir de ello, las posibilidades de revertir las beneficiosas consecuencias jurídicas que se pudieran derivar de esa situación normativa, por mucho que sus principales acreedores fueran miembros de una organización terrorista, no solo quedaban constitucionalmente vedadas al legislador y al poder ejecutivo, sino que también imposibilitaba a los órganos judiciales su rectificación por la vía pretendida en la resolución judicial impugnada.

El Estado español parece haber acatado las consecuencias jurídicas derivadas de la STEDH de 21 de octubre de 2013, asunto *Del Rio Prada c. España*, en relación con un supuesto con patentes análogas con el presente. Este nuevo pronunciamiento judicial ahora recurrido en amparo y la decisión de inadmitirlo por razones de fondo parecen evidenciar, a nuestro juicio, que o bien no se comprendieron las razones sustantivas y de garantía de los derechos fundamentales que provocaron aquella decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o bien se hace de ellas un tratamiento excepcional solo en atención a sus potenciales beneficiarios. Los errores, las decisiones o la desidia del legislador español no pueden ser enmendadas por los órganos judiciales a consta del sacrificio de los derechos fundamentales. Cuando eso sucede, es labor del Tribunal Constitucional remediarlo sin esperar la decisión de otras instancias jurisdiccionales internacionales.

III. Sobre la negativa a plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial para determinar si la previsión de la Ley Orgánica 7/2014 de hacer inviable la acumulación de condenas del resto de países de la Unión Europea es compatible con la Decisión Marco 2008/675/JAI.

10. Una segunda cuestión que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, suscita este recurso de amparo es determinar si, aun asumiendo que la aplicación que se hace por vía interpretativa de la Ley Orgánica 7/2014 no resulta contraria a los arts. 17.1 y 25.1 CE, la decisión judicial de no plantear una cuestión prejudicial sobre si la previsión de la Ley Orgánica 7/2014 de hacer inviable la acumulación de condenas del resto de países de la Unión Europea contradice a la Decisión Marco 2008/675/JAI vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

La opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto considera que es manifiesto que no concurre esa vulneración con fundamento en que los argumentos expuestos en la resolución impugnada para justificar la improcedencia del planteamiento de la cuestión prejudicial se basan en la doctrina del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el acto claro y la resolución ha hecho expresas las razones por las que consideraba que había una clara interpretación del precepto sin incurrir en ningún defecto de motivación con relevancia constitucional.

En este caso, nuestra discrepancia con la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto radica (i) en la insuficiente caracterización que se hace de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el acto claro como excepción a la obligación del planteamiento de una cuestión prejudicial establecida en el art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); y, en relación con ello, (ii) en la afirmación de

que el órgano judicial no incurrió en ningún defecto constitucional de motivación al argumentar que concurría este supuesto excepcional y no resultaba obligatorio el planteamiento de la cuestión prejudicial.

11. La opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto se limita a afirmar que en la fundamentación jurídica de la resolución impugnada se ha hecho una aplicación razonada de la doctrina comunitaria del acto claro para argumentar que concurría esta situación excepcional que enervaba la obligación de planteamiento de la cuestión prejudicial. Ahora bien, en la medida en que no entra a analizar el sentido y alcance de esa doctrina comunitaria, la defensa que hace respecto de la constitucionalidad de su aplicación por el órgano judicial de casación no responde al control de constitucionalidad establecido al efecto por la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular.

Este Tribunal ha afirmado que el parámetro de control impuesto a este tipo de decisiones bajo la invocación del art. 24.1 CE consiste en verificar que la resolución judicial «se funda también en una interpretación razonable y motivada del régimen jurídico del planteamiento de la cuestión prejudicial, y que sigue además la propia doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia sobre el ‘acto claro’» (así, STC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7). En la misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que el art. 6.1 CEDH requiere que los tribunales nacionales no solo aporten las razones para negarse a plantear una cuestión prejudicial sino que, además, esas razones estén fundadas en las excepciones previstas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que determina que deberán argumentar, en lo que concierne al supuesto del acto claro, que la correcta aplicación de la legislación comunitaria es tan obvia que no deja margen para ninguna duda razonable (STEDH de 8 de abril de 2014, asunto *Dhahbi c. Italia*, § 31),

De ese modo, en atención a esta jurisprudencia, un análisis de la constitucionalidad de este tipo de decisiones judiciales solo puede hacerse tomando en consideración el papel central que juega la institución de la cuestión prejudicial dentro del sistema del Derecho de la Unión para identificar correctamente cual debe ser el objeto sobre el que recaiga el razonamiento del juez nacional al decidir sobre este particular.

12. El art. 267 TFUE establece que «el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: ...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 este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial en Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal». En este marco normativo, no es controvertible que (i) el Tribunal Supremo español es un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no son susceptible de ulterior recurso judicial en Derecho interno, ya que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional no constituye «recurso judicial»; y (ii) que es una obligación, y no solo una potestad, el plantear en estos casos la cuestión prejudicial cuando concorra un problema interpretativo en aras de respetar la competencia privativa otorgada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el particular. La propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido ya desde la STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto *Cilfit*, asunto 283/81, una serie de excepciones a esa obligación, entre las que está, por lo que atañe a este caso, que «la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada. Antes de concluir que se da tal situación, el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia. Tan solo si estas condiciones se reúnen puede abstenerse el órgano jurisdiccional nacional de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolver bajo su propia responsabilidad (§16)».

En este contexto jurisprudencial comunitario, el control de constitucionalidad que debe efectuarse sobre la decisión del órgano judicial de casación de abstenerse de plantear la cuestión prejudicial no puede quedar limitado, como hace la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto, a una mera valoración abstracta sobre si se ha dado cumplimiento a un genérico deber constitucional de motivación de no incurrir en arbitrariedad, falta de racionalidad o error patente, a través de la exposición de las razones por las que se considera que es posible y asumible la interpretación pretendida y proyectada por el órgano judicial nacional de la normativa comunitaria. El planteamiento de la cuestión prejudicial es una obligación ineludible para el órgano judicial derivada del Derecho de la Unión fundamentada en la doble idea de que (i) el único competente para interpretarlo en caso de dudas hermenéuticas es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y (ii) tiene como finalidad evitar la proliferación de interpretaciones nacionales del Derecho comunitario que no pueden resultar unificadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante la carencia de mecanismos impugnativos *a posteriori*.

Por tanto, la decisión de no plantear una cuestión prejudicial solo cumplirá con el deber de motivación de estar fundada en Derecho cuando los razonamientos judiciales tengan por objeto poner de manifiesto no que la interpretación pretendida por el órgano judicial es una de las que tiene cabida en la norma comunitaria, sino que no existen dudas sobre la posibilidad de que haya otras interpretaciones que tienen cabida en esa normativa comunitaria. Solo de ese modo se puede garantizar que la cuestión prejudicial cumple con la función que tiene encomendada dentro del sistema de Derecho de la Unión.

13. En el presente caso, el fundamento jurídico quinto de la resolución impugnada pone de manifiesto que la negativa a plantear la cuestión prejudicial sobre los diversos aspectos de Derecho comunitario que se consideraban dudosos se ha fundamentado exclusivamente en la defensa de que una determinada interpretación tenía cabida dentro de la normativa comunitaria. Sin embargo, no se ha extendido a despejar las dudas que subsistían respecto de la posibilidad de que hubiera otras interpretaciones que también tuvieran encaje en esa normativa y, por tanto, que eventualmente pudieran ser preferidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por los órganos judiciales nacionales de otros países de la Unión.

Esa circunstancia es determinante para negar que la aducida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva fuera «manifiestamente inexistente», ya que se ha omitido razonar, como era exigencia derivada del deber de motivación de las resoluciones judiciales impuesto por el art. 24.1 CE para este tipo de decisiones, que la correcta aplicación de la legislación comunitaria es tan obvia en este caso que no deja margen para ninguna duda razonable. Esta omisión es especialmente censurable si se atiende a las especiales circunstancias concurrentes en el caso que ponen de manifiesto que era ostensible para el órgano judicial no solo la existencia, al menos, de una posible interpretación alternativa; sino incluso que había análisis seriamente fundados de que la interpretación de la normativa comunitaria que pretendía ser la obvia en realidad tenía un difícil encaje hermenéutico por llevar a conclusiones contradictorias con lo pretendido por los apartados 1 y 2 del art. 3 de la Decisión Marco 2008/675/JAI.

La existencia de esa posible interpretación alternativa y las serias objeciones de compatibilidad con la finalidad perseguida por la normativa comunitaria aparecen expuestas de forma singularmente extensa y clara en sendos votos particulares formulados a la resolución judicial impugnada redactados por los Magistrados don Cándido Conde-Pumpido Tourón y don Joaquín Giménez García, que cuentan con su adhesión recíproca y la de otros cuatro Magistrados. Es innecesario, por tanto, volver a insistir en ello. Esa mera circunstancia debería haber llevado a la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto a no considerar manifiestamente inexistente una vulneración que incluso posteriormente queda puesta más en evidencia cuando se constata que la persistencia de una posible interpretación alternativa y las serias objeciones de compatibilidad con la finalidad perseguida por la normativa comunitaria han sido también expuestas de manera extensa en sendos votos particulares suscritos por otros ocho Magistrados a los Autos del

Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 40/2015, de 9 de junio, o 68/2015, de 21 de julio.

Frente a esta evidencia, la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto se limita a afirmar que la presencia de diversos votos particulares en la resolución impugnada no es indicativa de que el criterio seguido por la mayoría incurriera en ningún defecto constitucional de motivación. Con ese razonamiento se desenfoca de nuevo el control de constitucionalidad que debe proyectarse sobre este tipo de decisiones. La importancia que reviste la existencia de esos votos particulares con tan numerosos apoyos para el control de constitucionalidad que nos compete no es que contengan interpretaciones divergentes sobre la pertinencia o no de plantear la cuestión prejudicial o sobre si resulta más adecuada uno u otra interpretación del Derecho comunitario. Lo relevante es que acreditan que existe una posible interpretación alternativa y, por tanto, que la interpretación pretendida por la mayoría no era tan obvia en este caso que no deja margen para ninguna duda razonable. En esas circunstancias objetivas el planteamiento de la cuestión prejudicial era, a nuestro juicio, obligado. Al no hacerlo así, sin necesidad de entrar a dilucidar cuál de las alternativas interpretativas del Derecho comunitario es preferible –que es cuestión que compete resolver al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la vía, precisamente, de la cuestión prejudicial– y desde una mera posición de control externo que se limita a constatar la existencia de esas alternativas interpretativas, se pone de manifiesto que la negativa a plantear la cuestión prejudicial constituye una decisión no fundada en Derecho que debe estimarse lesiva del art. 24.1 CE.

En conclusión, la negativa a plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial –para determinar si la previsión de la Ley Orgánica 7/2014 de hacer inviable la acumulación de condenas del resto de países de la Unión Europea es compatible con la Decisión Marco 2008/675/JAI– vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, al omitir la existencia de dudas razonables sobre la posibilidad de que hubiera otras interpretaciones que tuvieran cabida en la normativa comunitaria, en un contexto que de manera objetiva ponía de manifiesto la existencia de esas alternativas interpretativas, omitió razonar de manera suficiente sobre la concurrencia de una excepción a la obligación de plantear la cuestión prejudicial.

Madrid, a veinte de septiembre de dos mil dieciséis.–Adela Asua Batarrita.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula la Magistrada doña Encarnación Roca Trías al Auto dictado en el recurso de amparo avogado núm. 4001-2015, al que se adhiere el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y con pleno respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno, expreso mi discrepancia con el Auto.

1. En primer lugar, creo que es necesario comenzar mi argumentación destacando la fase del procedimiento en el que nos encontramos. No resulta inocua esta circunstancia a efectos de entender mi posición. Con el Auto aprobado por la mayoría se está rechazando un recurso de amparo, en trámite de admisión, por considerar manifiesta la inexistencia de la violación de los derechos fundamentales denunciados por el recurrente. A diferencia de mis compañeros Magistrados, no puedo descartar *prima facie* su «verosimilitud» y, por supuesto, considero que cumplía con el requisito de la especial trascendencia constitucional. Su admisión hubiera permitido la tramitación del amparo y, una vez efectuadas las alegaciones por las partes y el Ministerio Fiscal, haberse dictado una sentencia que, publicada en el «Boletín oficial del Estado», diera respuesta a una cuestión de indudable repercusión por tratarse de un asunto que, dadas sus peculiaridades, no solo ponía en cuestión la vulneración de derechos de fundamentales sino, también, el sistema de fuentes.

2. A mi juicio, y esta es una interpretación personal, estimar que el asunto merece una decisión de fondo por parte de este Tribunal por considerarlo importante «para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación de los derechos fundamentales» [art. 50.1 b) LOTC], podría ser condición bastante para que el Tribunal Constitucional pudiera decidir la admisión a trámite de un recurso, con independencia del resultado sobre el fondo al que, finalmente, se llegara por sentencia. Afirmar que para la admisión del recurso de amparo no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo [arts. 53.2 y 161 1 b) CE y 41 LOTC], por ser indispensable para ello la existencia de la especial trascendencia constitucional del recurso [art. 50.1 b) LOTC], no quiere decir que apreciada ésta se deba exigir necesariamente la lesión como requisito para su admisión. Solo por ello, debería haber sido admitido a trámite.

3. En cualquier caso, y prescindiendo de mi posición personal, no puedo afirmar, tampoco, con la rotundidad con la que se hace en el Auto del que discrepo, que en el presente caso la inexistencia de lesión de la violación de los derechos fundamentales invocados sea manifiesta.

La jurisprudencia del Tribunal pronto interpretó, en relación con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional vigente antes de la reforma del 2007, que «el designio del legislador orgánico era que se prescindiera del desarrollo total del procedimiento y de la emanación de una resolución en forma de Sentencia, cuando se percibía desde el primer momento con 'claridad meridiana' que 'la misma en ningún caso podría ser estimatoria' (ATC 52/1980, de 15 de octubre, FJ 2)» (AATC 252/2009, de 19 de octubre, FJ 1; 272/2009, de 26 de noviembre, FJ 1; y 274/2009, de 30 de noviembre, FJ 3). Considero que si dicha interpretación ya era de por sí restrictiva respecto de lo que entonces se denominaba «contenido constitucional», exigiendo que su falta fuera «patente, clara y notoria» (ATC 52/1980, FJ 2), con mayor razón debe serlo tras la citada reforma y su transformación en «especial trascendencia constitucional».

En el presente caso, el hecho de la existencia de los Votos particulares formulados suscritos por seis Magistrados de los quince que compusieron la Sala de lo Penal Tribunal Supremo, por un lado; haberse considerado necesaria la avocación al Pleno de este Tribunal [art. 10.1 n) LOTC]; así como la propia discrepancia interna de la que dan constancia los Votos discrepantes formulados por mis compañeros, por otro, debieron resultar suficientes para considerar que procedía la tramitación del recurso de amparo y despejar en sentencia, tras llevar a cabo el correspondiente trámite de alegaciones, la «verosimilitud» de la lesión denunciada.

4. En definitiva, y dado que considero que *prima facie* no puede descartarse la existencia de lesión, no puedo sino mostrarme a favor de la admisión del presente recurso de amparo. En coherencia con lo expuesto, no creo necesario hacer más consideraciones sobre los argumentos del Auto que llevan a la mayoría a concluir que es manifiesta la inexistencia de la lesión denunciada; que sí habrían procedido, en el caso de discrepar, de haberse dictado una sentencia al respecto.

Madrid, a veinte de septiembre de dos mil dieciséis.—Encarnación Roca Trías.—
Fernando Valdés Dal-Ré.—Firmado y rubricado.