

Roj: **AAN 979/2022**Id Cendoj: **28079220022022200046**Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **2**Fecha: **02/03/2022**Nº de Recurso: **3/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación. Autos de instrucción**Ponente: **JOSE RICARDO JUAN DE PRADA SOLAESA**Tipo de Resolución: **Auto****AUDIENCIA NACIONAL - SALA DE LO PENAL****Sección 2ª**

C/ GARCÍA GUTIÉRREZ S/N

Tfno: 917096572-70**Fax:** 917096578

N.I.G.: 28079 27 2 2021 0002554

APELACION CONTRA AUTOS 3/2022

JDO. CENTRAL INSTRUCCION N. 1 de MADRID

Procedimiento: ORDEN EUROPEA DETENCION Y ENTREGA 181/2021

AUTO (CUESTIÓN PREJUDICIAL)**MAGISTRADOS****D. JOSÉ ANTONIO MORA ALARCÓN (Presidente)****D. FERNANDO ANDREU MERELLES****D. JOSÉ RICARDO DE PRADA SOLAESA (Ponente)**

En Madrid, a dos de marzo de dos mil veintidós.

De conformidad con los artículos 19, apartado 3, letra b), del Tratado de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TUE»); 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TFUE»), y 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante "LOPJ") resulta preciso que el TJUE interprete el alcance del art 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo «CDFUE») y el art. 54 del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Senghen (en lo sucesivo «CAAS»), en relación a sí se produce una situación de "bis in ídem" y, en otro caso, también el art. 49.3 de la CDFUE, en relación con principios comunitarios plenamente asentados desarrollados, entre otras, en la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa al mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales y de sus efectos en procedimientos seguidos en otros Estados, y la suficiencia de la legislación española para establecer medidas correctivas y evitar la falta de proporcionalidad de las penas en el castigo de los delitos, cuando ha de ejecutar determinadas sentencias extranjeras que conforman unidad fáctica o jurídica con otras dictadas por tribunales españoles, a cuyo fin se plantea la siguiente CUESTIÓN PREJUDICIAL.

I.- ANTECEDENTES

I.- Por el Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa Juízo Central Criminal de Lisboa- Juiz 16, en el procedimiento 2967/05.3TDLSB- Procedimiento Común (Tribunal Colectivo), con nº de referencia 403941187, se ha librado

Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE) contra el ciudadano de nacionalidad española **Juan**, nacido en España el NUM000.1956, al haber sido condenado por sentencia de 20 de enero de 2020, a la pena de seis años y seis meses de prisión efectiva por el referido tribunal por un delito de estafa calificada, previsto y penado en el artículo 217 nº 1 y 218 nº 2 párrafos a) y b) del Código Penal de Portugal, por hechos cometidos en el año 2005.

II.- El Sr. Juan se encuentra privado de libertad en España, ingresado en Centro Penitenciario, cumpliendo la condena que le fue impuesta en Sentencia de 13 de julio de 2018, dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, casada parcialmente por sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2020, en el procedimiento penal conocido como CASO FORUM FILATELICO . En ejecución en el Servicio Común de Ejecutorias Penales de la Audiencia Nacional (Procedimiento EJ 33/2020).

III.- Iniciado contra el Sr. Juan procedimiento de ejecución de OEDE por parte del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional de Madrid, tras su trámite legal, por el Juzgado se dictó Auto de fecha 20.12.2021, por el que se DENIEGA la ejecución de la OEDE librada por la autoridad judicial portuguesa, por tratarse de un ciudadano de nacionalidad española, pero acordando el cumplimiento de la pena de seis años y seis meses de prisión en España (arts. 48 y 91 de la Ley 23/2014), y la remisión de la causa al Juzgado Central de lo Penal, a fin de ejecución en España de la condena impuesta al reclamado.

IV.- Por la defensa del Sr. Juan se recurrió en apelación ante este Tribunal dicha resolución, admitiéndose a trámite el recurso, oponiéndose el Ministerio Fiscal al mismo.

V.- Las posiciones que plantean las partes procesales son las siguientes:

La defensa de Juan esgrime que los hechos de la Sentencia de la Audiencia Nacional en el Caso Fórum Filatélico son los mismos por los que ha sido juzgado en Portugal, por lo que plantea la excepción de cosa juzgada. La Sentencia por la que fue condenado en España se refiere a la actividad defraudatoria desarrollada en este país por Fórum Filatélico, mientras que la Sentencia portuguesa se refiere a la actividad de Fórum Filatélico Iniciativas de Gestão en territorio portugués.

Esgrime la ya abundante jurisprudencia del TJUE en relación con el principio de *non bis in idem* internacional, especialmente la STJUE de 9 de marzo de 2006 (caso Jan Esbroeck C-436/04), que establece que la cuestión debe analizarse desde un punto de vista fáctico y no de la calificación jurídica y que la jurisprudencia del TJUE ha venido elaborando un concepto autónomo del concepto de "mismos hechos", en el sentido de una "identidad de los hechos materiales entendidos como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas".

El Ministerio Fiscal mantiene una posición contraria y considera que no concurre la excepción de cosa juzgada, por no tratarse de los mismos hechos. Los que se producen en España se refieren a unos afectados que aparecen recogidos en la lista anexa de la sentencia, en tanto que la sentencia portuguesa se refiere a hechos ocurridos en Portugal que afecta a otras personas distintas que la española.

Refiere la doctrina jurisprudencial que se pronuncia por la inexistencia de cosa juzgada en situaciones semejantes, sin perjuicio de la posterior refundición penitenciaria de las penas impuestas, con aplicación del 76 CP, o del principio de proporcionalidad, estableciendo como tope máximo de cumplimiento el de la pena que resultaría de un enjuiciamiento conjunto de todos los hechos.

VI.- Los hechos más significativos que se contienen en el formulario OEDE remitido por el tribunal portugués, correspondientes a la sentencia de condena del Sr. Juan, son los siguientes:

"La sociedad Fórum Filatélico (Iniciativas de Gestão), S.A.)..., fue constituida en enero de 1988 y registrada en la CRC de Lisboa, ...con la denominación Fórum Iniciativas de Gestão, S.A.

...

El objeto social de la sociedad Fórum Iniciativas era el "Comercio de valores filatélicos, nacionales y extranjeros, ...".

En la fecha de su constitución, 85% del capital social de Fórum Iniciativas era detenido por la sociedad española Fórum Filatélico SA (adelante Fórum Filatélico) que, el 25-03-2003, pasó ser su única accionista.

En Mayo de 2006, además de otros, eran administradores e integraban el Consejo de Administración de Fórum Iniciativas los imputados Juan,

El imputado Juan fue el Presidente del Consejo de Administración de Fórum Iniciativas desde el 30-05-2001.

Además, el imputado Juan también era administrador y miembro del Consejo de Administración de Fórum Filatélico desde el 06-10-1992, siendo su Presidente desde el 29-01-2001.

...

La Fórum Iniciativas era una empresa subsidiaria de la sociedad española Fórum Filatélico, empresa matriz del grupo Fórum Filatélico, del cual aquella hacía parte.

La principal actividad de esta empresa española era la comercialización, junto del público, de productos de investimento en valores filatélicos, más concretamente de sellos de correo emitidos entre 1956 y 1992 sobre el tema "CEPT Europa" y, después del inicio de 2006, también sellos emitidos entre 1993 y 2001 con el tema "Post-Europa".

...

Era través de la sociedad Fórum Iniciativas que la sociedad Fórum Filatélico desarrollaba esta actividad, en territorio nacional [Portugal].

Además, la Fórum Iniciativas había sido creada con este objetivo de promover y comercializar, en territorio nacional, los productos de inversión de la empresa matriz.

Así, la principal actividad de Fórum Iniciativas fue la misma de Fórum Filatélico: la comercialización de productos de inversión que consisten en la adquisición de sellos, en relación a los cuales se establecía la garantía de que, transcurrido el plazo contractualmente fijado, serían recomprados por un valor correspondiente al capital investido incrementado con rentabilidades superiores a las proporcionadas por las instituciones financieras.

....

Totalmente controlada y dependiente de Fórum Filatélico, toda la actividad de Fórum Iniciativas estaba orientada para la adaptación de aquellas participaciones de Fórum Filatélico.

Así que:

Los más importantes miembros del Consejo de Administración de Fórum Filatélico eran igualmente administradores y miembros del Consejo de Administración de Fórum Iniciativas, ...

El Presidente de ambas las empresas era el imputado Juan;

Fórum Filatélico expresamente asumía las responsabilidades contractuales de Fórum Iniciativas resultantes de la compra y venta de los sellos y garantía de recompra de los sellos en poder de aquella, por precios constantes de las exposiciones financieras;

Los productos de inversión que Fórum Iniciativas comercializaba eran los mismos de la Fórum Filatélico;

Los sellos asociados a los contratos de inversión eran solicitados por Fórum Iniciativas la Fórum Filatélico;

Estos sellos eran suministrados por fórum Filatélico o por este encomendado a sus suministradores de filatelia.

Los precios por los cuales Fórum Iniciativas vendía y recompraba los sellos eran los fijados por Fórum Filatélico en informes de precios que elaboraba trimestralmente y las valoraciones de los sellos eran las que resultaban de los informes de Fórum Filatélico.

...

Aunque variando por el tipo de producto, por la duración de la inversión, por el capital aplicado y por el concreto momento de su suscripción, las rentabilidades anuales mínimas garantidas oscilaban entre 4,95% y 10%, con acumulación anual en los casos de inversión por más de 1 año.

En realidad, la publicidad hecha en torno de Fórum Iniciativas, de Fórum Filatélico y de los mencionados productos de inversión era que aquellos se asentaban en la adquisición, valoración y venta de lotes de sellos, que proporcionaban importantes beneficios y no estaban sujetos a los efectos de la crisis, ni a las fluctuaciones del mercado, teniendo la garantía de recompra de estos lotes de sellos para poder obtener el cliente la liquidez y los beneficios generados.

....

En relación al Fórum Iniciativas era presentada como una empresa de reconocido prestigio del grupo Fórum Filatélico, que comercializaba valores filatélicos ...

Hasta mayo de 2006, la adhesión masiva de particulares para aquellos productos de inversión permitió que Fórum Iniciativas conociese un excepcional crecimiento y expansión.

Habiendo registrado, el 2004, un volumen de negocios en valor de cerca de € 4.000.000,00, en noviembre de 2005, Fórum Iniciativas ya había alcanzado un volumen de negocios entre los € 9.000.000,00 y 10.000.000,00.

A medianos de mayo de 2006, se encontraban en vigor, como mínimo, cerca de 2.550 contratos para cerca de 1.500 inversores que, en razón de la suscripción de estos contratos y de la adquisición de los lotes de sellos a ellos asociados, transferirán fondos para Fórum Iniciativas por valor total de, por lo menos, € 21.050.903,99.

No obstante, la actividad que Fórum Iniciativas desarrollaba en territorio nacional - que era una exacta reproducción de aquella que Fórum Filatélico proseguía en España - ocultaba un esquema fraudulento de naturaleza piramidal de captación masiva de fondos de particulares.

A finales de abril de 2006, las autoridades judiciales españolas iniciaron las Diligencias Previas nº 148/06 - posteriormente convertidas en procedimiento Sumario 3/2013 - en donde fue investigada la referida actividad desarrollada por Fórum Filatélico en España.

Como consecuencia de la apertura de esta investigación criminal y por intervención de las autoridades españolas, la actividad de Fórum Filatélico en España cesó en mayo de 2006.

Conscientes de la naturaleza fraudulenta de esta actividad que había sido implementada en España por Fórum Filatélico, los imputados Juan, ... que eran los responsables máximos por la administración de la sociedad Fórum Iniciativas, por las decisiones adoptadas y por la gestión de las actividades, dieron continuidad a este esquema y prosiguieron su ejecución y desarrollo en territorio nacional [Portugal], a través de Fórum Iniciativas.

....

En contraste con la aparente solidez financiera de Fórum Iniciativas y de la empresa matriz Fórum Filatélico, que era inducida públicamente por la publicitada dimensión internacional del grupo Fórum Filatélico y por el difundido "rating" atribuido, el modelo de actividad implementada por Fórum Filatélico en territorio nacional por intermedio de Fórum Iniciativas, el cual los imputados dieron continuidad y prolongaron su ejecución, era económicamente inviable y financieramente insostenible.

....

Dado que los sellos valían, en promedio, aproximadamente el 10% del valor que los inversores pagaban y que no se revalorizaba de manera que pudiera soportar las rentabilidades garantidas, ...

....

La condición económica insostenible del modelo de actividad de Fórum Iniciativas y los constantes perjuicios económicos que aquella registraba no eran percibidos por los particulares.

En realidad, Fórum Iniciativas no disponía de patrimonio ni de rendimientos suficientes para soportar los compromisos de recompra que iba asumiendo, su cumplimiento dependía única y exclusivamente de la continua ejecución de la misma práctica fraudulenta de recaudación de nuevos fondos para pagar las cuantías debidas a los inversores más antiguos, que, por su vez, iba generando, sucesivamente, nuevos y crecientes compromisos de recompra que, inevitablemente, llevarían al colapso del esquema montado.

Una vez cesada, por intervención de las autoridades judiciales, la actividad de recaudación de fondos y no disponiendo de patrimonio y rendimientos suficientes para ello, Fórum Iniciativas dejó de cumplir los compromisos de recompra asumidos frente a los particulares identificados en el punto 62 que acabaron, todos ellos, por sufrir elevados perjuicios patrimoniales. En realidad, estos particulares dispusieron de un montante cuantitativo total de € 21.050.903,99 en la compra de los sellos, con un valor aproximado de € 2.105.090,39, por lo que fueron perjudicados en aproximado de 19 millones de euros, correspondientes a la diferencia entre los dos valores, para cuyo resarcimiento es manifiestamente insuficiente el patrimonio disponible por Fórum Iniciativas. "

VII.- En los Hechos Probados y en la Razonamientos Jurídicos de la sentencia española de la AN de 13 de julio de 2018, referida a las actividades de los acusados de la matriz española Fórum Filatélico se hacen menciones a la actividad de su participada Iniciativas de Gestão SA, del siguiente tenor: que:

Hecho Probado "26. El Grupo Fórum estaba integrado por trece sociedades filiales, entre ellas Grupo Unido de Proyectos y Operaciones SA, que fue utilizada en la compraventa de inmuebles para transformar parte del dinero desviado de los clientes, Monfragüe Insurance Company Ltd., que ofreció una cobertura aparente de seguro a una parte de la filatelia, y Fórum Filatélico Iniciativas de Gestão SA, que desarrollaba en Portugal la misma actividad. Las filiales producían pérdidas: en el momento de la intervención aportaban un pasivo de 38.564.190 euros. Además, tenía una Fundación Cultural del mismo nombre fundada en dic. de 1998."

...

Hecho Probado "59. Otro mecanismo ideado por los presidentes para detraer fondos de la compañía fue, desde el año 1990, la de enviar filatelia a la filial portuguesa Fórum Filatélico Iniciativas de Gestao SA, que desarrollaba

la misma actividad de captación de ahorro para inversión en sellos. Estos aprovisionamientos no se facturaban por la matriz sino por las sociedades proveedoras interpuestas.."

"Es un buen ejercicio comparar su conducta con la del auditor portugués de la compañía filial Fórum Filatélico Iniciativas de Gestao SA, que realizaba la misma operativa de negocio que la española."

"Desde Fórum se hacían entregas de mercancía a su filial portuguesa Fórum Ibérica Iniciativas de Gestao, que eran preparadas por el departamento de Filatelia, con sellos procedentes de esta dependencia o de Stock y distribución."

La condena del Sr. Juan, en lo que se refiere al delito de estafa, tiene su fundamento en los hechos que llevó a cabo desde la sede de Madrid, en su condición de máximo responsable del Grupo Fórum, a través de Fórum Filatélico SA en España, pero también con referencia a sus participadas, entre ellas Fórum Iniciativas de Gestão SA en Portugal, aunque la sentencia no se refiere en concreto, ni en los hechos ni en los razonamientos jurídicos, más que de la forma episódica descrita, a esta empresa portuguesa.

VII.- Nos encontramos, por tanto, con que la sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Nacional se centra fundamentalmente en la actividad engañosa de Fórum Filatélico desarrollada en España, en tanto que la sentencia portuguesa de fecha 20 de enero de 2020, tampoco versa sobre la trama desarrollado fuera de Portugal, más que de forma referencial, centrándose en la actividad de Forum Filatélico Iniciativas de Gestão , exclusivamente en territorio portugués, siendo los listados de perjudicados en uno y otro caso diferentes, coincidiendo parcialmente los responsables de los hechos.

La magnitud de la actividad de Fórum Filatélico SA juzgada en España era del orden del 150% de la de su filial Forum Filatélico Iniciativas de Gestão, juzgada en Portugal .

VIII.- Deliberado el recurso, el tribunal concluye que previa a la resolución del mismo debe plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), en relación con los aspectos que se desarrolla a continuación.

II.- RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La defensa de Juan plantea formalmente la excepción de cosa juzgada del art. 48.1.c de la Ley 23/2014 en relación con el art 3.2 de la DM 2002/584/JAI, por considerar que existe una coincidencia sustancial de hechos entre la sentencia española de 13 de julio de 2018 y la Sentencia portuguesa relativa a Fórum Filatélico Iniciativas de Gestão .

El tribunal ha constatado que los hechos entre una y otra sentencia responden a un esquema de actuación similar, solo que desarrollados en lugares diferentes. La sentencia española se refiere a la actividad desarrollada en España, en tanto que la sentencia portuguesa se refiere a los hechos acaecidos en Portugal. Las cuantiosas víctimas en uno y otro caso son por ello diferentes. En uno eran clientes de Fórum Filatélico SA que operaba en España y en otro Fórum Iniciativas de Gestão, que era la empresa subsidiaria de la anterior que operaba en Portugal.

La relación entre las dos entidades y la similar actividad llevada a cabo por ambas se expresa claramente en los hechos remitidos en el formulario OEDE en los términos referidos en los antecedentes VI y VII.

SEGUNDO.- Llegado a este punto, el tribunal se plantea que no se encontraría únicamente involucrada la excepción a la ejecución de la orden de detención europea de carácter obligatoria prevista en el art. 3.2 de la DM 2002/584/JAI (art. 48.1.c de la Ley 23/2014) invocada. También podría resultar directamente afectado en toda su extensión el derecho fundamental comunitario al *non bis in ídem*, inicialmente previsto en el art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS) y posteriormente recogido en el art 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Lo mismo a nivel europeo en el art. 4 del Protocolo nº 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales).

Apreciar la situación de *bis in ídem* llevaría no solo al rechazo de la ejecución de la Orden de Detención Europea invocado, sino incluso a la imposibilidad de la ejecución de la sentencia de condena portuguesa en España, en aplicación del art 85.1.c de la Ley 23 /2014, en relación con el art 9.1.c de la DM 2008/909/JAI sobre de reconocimiento mutuo de sentencias penales por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la UE, dando plena vigencia al principio de *ne bis in ídem*.

Pero, igualmente, de considerar que no nos encontramos en una genuina situación de *bis in ídem*, en caso de acceder sin más a la ejecución en España de la sentencia portuguesa, sin efectuar ninguna clase de adaptación, ni reconocimiento de efectos sobre el proceso de ejecución de sentencia española en fase ejecución, se podría estar afectando al principio de proporcionalidad de las penas en el castigo de los delitos (art 49.3 de

la CDFUE), como también al desarrollo de principios comunitarios plenamente asentados, como el de mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales y de sus efectos en procedimientos seguidos en otros Estados, de acuerdo la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, proyectando consecuencias negativas en la libre circulación de los ciudadanos de la UE (art 45 de la CDFUE).

TERCERO.-NON BIS IN ÍDEM. De todas las cuestiones que suscita la aplicación del *non bis in idem* solicitado, al caso, el tema crucial es el de la identidad de los hechos, formulado, en sí, tal como se describen los hechos de la sentencia portuguesa existe una identidad de hechos, en el sentido que establece la jurisprudencia comunitaria, con los hechos de la sentencia española.

Nos resulta claro que, a tenor de la jurisprudencia esgrimida por las partes en el planteamiento de sus pretensiones - STJUE de 9 de marzo de 2006 en el asunto Van Esbroeck C-436/04, y otras muchas (Van Straaten y Gasparini (2006) Kretzinger (2007), Kraaijenbrink (2007), etc. -, la cuestión debatida debe analizarse desde un punto de vista fáctico y no de calificación jurídica, pues de otro modo se crearían tantos obstáculos a la libre circulación de ciudadanos en el espacio Schengen como sistemas penales pudieran existir en los Estados contratantes. Es necesario tomar nota de que los hechos se califican jurídicamente en lo esencial de la misma forma en la sentencia portuguesa y en la española.

No es por tanto discutido que la jurisprudencia del TJUE maneja un concepto autónomo de "mismos hechos".

CUARTO.- Este concepto se refiere a identidad de hechos materiales, entendido como la existencia de un conjunto de hechos o circunstancias fácticas indisolublemente ligadas entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido (STJUE Van Esbroeck C-436/04, STJUE de 28 de septiembre de 2006, en el asunto Van Straaten C-150/05, STJUE 18 de julio de 2007, asunto Kretzinger C-288/05, etc.). El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recogido este criterio en la STEDH Gran Cámara, asunto Sergueï Zolotoukhine c. Russie, de 10 de febrero de 2009, entre otras.

Tradicionalmente, y en derecho comparado, se han venido acogiendo dos posibles opciones interpretativas: por un lado, entender que "hecho" va referido al suceso histórico acaecido, desvinculado de su calificación jurídica (teoría naturalista - ídem fáctico) de aplicación en, por ejemplo, el derecho alemán y danés. Por otro lado, entender que se trata de una expresión de contenido jurídico y que viene referida, no al hecho natural histórico, sino a su incardinación en alguno de los tipos penales existentes (teoría normativa - ídem jurídico o ídem crimen), que parece que sería el vigente en la jurisprudencia española (STS Sala II 18/2016 de 26 de enero).

Existe una coincidencia esencial en las calificaciones jurídicas de los hechos como delitos de estafa agravados en la sentencia española y en la portuguesa.

Lo que singulariza el presente caso es que la sentencia española es mucho más amplia y recoge muchos más hechos al referirse a la matriz y tratarse del primero de los procedimientos investigados y enjuiciados, aunque la sentencia española cobrara firmeza por días en fecha posterior a la portuguesa. Considera que los hechos están en una relación jurídica de continuidad delictiva del art 74 del Código Penal .

Sin embargo, la sentencia española no tuvo sino muy parcialmente en consideración ciertos hechos producidos en Portugal a través de la filial portuguesa Forum Iniciativas de Gestão SA y que afectaron a otros perjudicados, además de que en Portugal parece que continuó la actividad incluso después de que cesara la de Fórum Filatélico en España, tras su intervención en mayo de 2006.

QUINTO.- La posición de la jurisprudencia española. Partimos de que la jurisprudencia del TJUE, en la sentencia MANTELLO (Gran Sala) de 16 de noviembre de 2010 en el asunto C-261/09 y en otras, deja en gran medida al margen de apreciación de las jurisdicciones de los Estados sobre si verdaderamente existe identidad de hechos.

Explicamos aquí, que la jurisprudencia tradicional de la Sala II del Tribunal Supremo español, incluida la jurisprudencia más reciente que cita el Ministerio Fiscal (SSTSS 498/2019, de 23 de octubre, 442/2019 de 2 de octubre y 654/2020 de 2 de diciembre), se pronuncia en estos casos en favor de la inexistencia de cosa juzgada. Pero a renglón seguido considera, y este es un elemento esencial e indisoluble del razonamiento, que esta situación requiere un tratamiento jurídico pragmático y particularizado, aplicando criterios adaptadores de la pena a cumplir, en unos casos a través de la posterior refundición penitenciaria de las penas impuestas, con aplicación del 76 Código Penal (CP), o del principio de proporcionalidad, estableciendo como tope máximo de cumplimiento, el de la pena resultante de un enjuiciamiento conjunto de todos los hechos en caso de delito continuado (art 74 del CP).

Estimamos, de acuerdo con dicha jurisprudencia, que el supuesto que se nos plantea no es una verdadera situación de identidad fáctica (*idem*), sino una conjunción de hechos englobables en la categoría jurídica única

de delito continuado, del art 74 CP español, igualmente recogida en el art 79 del CP de Portugal. Pero en este caso, el delito continuado abarcaría la totalidad de los hechos, tanto los acaecidos en España como en Portugal, y los que habría que aplicar una única pena.

En estos casos, la cuestión problemática es el tratamiento jurídico a dar cuando los hechos no se juzgan en un solo procedimiento ni son objeto de una única sentencia ni de una única pena.

La jurisprudencia española aboga por la necesidad de introducir una corrección penológica que conduzca a la regla de proporcionalidad en la imposición de la pena legalmente prevista y así evitar el exceso en que puede desembocar la imposición de una doble pena. Y han sido dos los mecanismos indiferentemente empleados para la adecuación proporcionada del reproche a la norma punitiva: que en la segunda sentencia se descuenta la pena impuesta en la primera; o, evitar que las penas impuestas en las sentencias condenatorias superen, en su conjunto, el marco penal del hecho delictivo.

SEXTO.- En el presente caso se han producido dos enjuiciamientos separados, con dos sentencias de tribunales diferentes de Estados distintos de la UE, en relación con dos fragmentos de un único y mismo delito continuado, imponiéndose para cada uno de ellos la correspondiente pena.

En el estudio de la situación nos encontramos que ni la ley española ni la europea ni tampoco la jurisprudencia nos indica en estos casos el procedimiento a seguir ni la vía procesal para establecer el tope máximo de cumplimiento de la pena, que debería ser el que correspondiera al enjuiciamiento conjunto de todos los hechos que integran la continuidad delictiva del art. 74 del CP.

El art. 988 de la LECrim es el único precepto que regula procesalmente en derecho español la refundición de dos o más sentencias de condena, estableciendo un límite de cumplimiento, aunque solo prevé la situación de acumulación de distintas condenas relativas a hechos netamente diferentes, aunque susceptibles de haber sido juzgados en un solo procedimiento, por ser conexos, a tenor del art 17 de la LECrim, aplicando el límite penológico del art. 76 CP. Si bien, como veremos, el art 14.2.C de Ley Orgánica 7/2014 de 12 de noviembre, de transposición de la DM 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, excluye expresamente en estos casos el reconocimiento de las sentencias extranjeras.

La situación que nos ocupa es diferente. Se trata de delitos que no tienen absoluta identidad fáctica en sentido naturalístico, pero jurídicamente tampoco estarían en una mera situación de conexidad delictiva, sino que formarían una unidad jurídica por estar en una relación de continuidad delictiva del art 74 del CP.

La vía procesal más factible para una adaptación penológica como la exigida por la jurisprudencia sería la refundición en una única de las penas establecidas en dos o más sentencias, españolas o extranjeras, en relación con hechos que podrían haber sido objeto de un solo proceso, aplicando para ello analógicamente el procedimiento establecido en el art. 988 de la LECrim párrafo tercero, pero estableciendo en este caso el límite penológico del art. 74 del CP, ajustando la penal final resultante a la regla de la proporcionalidad y de esa manera evitar indeseables excesos de cumplimiento de pena.

No resulta de aplicación para estos casos el procedimiento de adaptación penológica prevista en el art. 83.1 de la Ley 23/2014 en relación con el art 8.1 de la DM 2008/909/JAI, ya que se refiere a otros supuestos y situaciones totalmente diferentes.

SEPTIMO.- Nos parece relevante dejar aquí constancia los criterios de determinación de la pena utilizados para el delito continuado contemplado en la Sentencia española sobre Fórum Filatélico, de acuerdo con el art 74.2 del CP.

En el apartado "3.7.- Penas" establece que para determinar la cuantía de la pena en la estafa hay que tener en cuenta que muchos de los hechos, miles de los delitos de estafa constituyen aisladamente un tipo agravado de estafa por la especial gravedad atendiendo a la cuantía de la defraudación, ya que superan cada uno de ellos los 50.000 €. El marco básico de la pena es de 1 a 6 años de prisión y multa. Las reglas de penalidad del delito continuado cualificado por la notoria gravedad y la afectación a una generalidad de personas determinan que la pena se impondrá, al tratarse de delitos contra el patrimonio, teniendo en cuenta el perjuicio total causado (hasta 268.000 perjudicados y 3.700 millones de euros de perjuicio patrimonial), se subsumen en la categoría de generalidad de personas y de gravedad muy notoria. Por ello, el marco básico abstracto de la pena, si se eleva en un grado, es el de era de 6 años y 1 día a 9 años y multa, que es por el que opta el tribunal, aunque podría haber aumentado la pena en dos grados, imponiendo el tribunal por este delito continuado de estafa agravada en concurso con otros delitos, la pena de 8 años, 7 meses y 17 días de prisión.

Los hechos acontecidos en Portugal, como formando parte del mismo conjunto de hechos ligados jurídicamente por una relación de continuidad delictiva con los españoles, no hubieran tenido una repercusión

punitiva significativa de haber sido juzgados conjuntamente con los españoles y hubieran dado lugar a una única sentencia.

Según el criterio mantenido de elevación de un grado de la pena base, la pena conjunta no podría haber superado los 9 años de prisión.

OCTAVO.- Hasta ahora hemos venido haciendo un análisis del derecho español aplicable tratando de dar solución al caso de forma respetuosa con el derecho europeo.

Llegado a este punto, y es donde observamos la máxima discrepancia del derecho español con el europeo, que cualquier solución factible cuando existen dos penas impuestas en sentencias de condena de tribunales español y extranjero de la UE que es necesario refundir pasa por en el necesario reconocimiento y otorgar idéntico valor a las sentencias extranjeras, ya hayan sido dictadas con anterioridad o posterioridad a la sentencia española, tal como prevé la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal.

Sin embargo, nos encontramos con que no existe norma en el ordenamiento español que permita dar este reconocimiento para estos supuestos de continuidad o de conexidad delictiva. Es más, existe una norma interna que expresamente lo prohíbe.

La Ley Orgánica 7/2014 de 12 de noviembre de transposición española de la referida DM 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, en su art. 14.2 establece que las condenas firmes dictadas en otros Estados miembros *no tendrán ningún efecto, ni tampoco podrán provocar su revocación o revisión: "a) Sobre las sentencias firmes dictadas con anterioridad a aquéllas por los Jueces o Tribunales españoles, ni sobre las resoluciones adoptadas para la ejecución de las mismas". "b) Sobre las sentencias de condena que se impongan en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales del otro Estado miembro". "c) Sobre los autos dictados o que deban dictarse, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fijen los límites de cumplimiento de penas entre las que se incluya alguna de las condenas a que se refiere la letra b)".*

Ello implica que, por efecto directo de estas limitaciones, sobre cuya justificación, oportunidad ni corrección jurídica procede pronunciarnos, no sea factible ni la refundición ni la correlativa adaptación de la sentencia portuguesa con la española, por no recibir reconocimiento en España a estos fines.

La consecuencia de ello es que, ante la denegación de la ejecución de la Orden Europea de Detención en razón de la nacionalidad española de la persona reclamada, por descartar la existencia de una situación de *bis in idem*, no quepa otra posibilidad que el cumplimiento íntegro de la pena impuesta en Portugal en España, que se adicionará aritméticamente a la pena impuesta en la Sentencia española que se está ejecutando, sin posibilidad de adaptación ni limitación punitiva alguna.

Esta situación, además de afectar a la obligación de proporcionalidad de las penas en el castigo de los delitos (art 49.3 de la CDFUE), compromete principios comunitarios plenamente asentados, tal como el de mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales y particularmente a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea, como se prevé en la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, que además afecta negativamente a la viabilidad de previsiones de la Decisión Marco 2002/584/JAI de 13 de junio de 2002, en relación con su art 4.6, proyectando efectos sobre la libre circulación de los ciudadanos de la UE (art 45 de la CDFUE).

NOVENO.- Es por ello, por lo que este tribunal considera imprescindible para resolver la cuestión que se le plantea por el recurrente con el respeto debido a la normativa y principios comunitarios someter las siguientes preguntas al TJUE:

1ª Sí, en el presente caso se produce una situación de *"bis in idem"* del art 50 de la CDFUE y art. 54 del CAAS, por tratarse de los mismos hechos, según el alcance que la jurisprudencia europea otorga a este concepto, o sí, por el contrario, corresponde dicha apreciación a este tribunal, de acuerdo a los principios expresados en esta resolución, por tratarse de un único delito continuado, entre ellos de necesidad de refundición de las penas y establecimiento de un límite de pena de acuerdo con criterios de proporcionalidad.

2º De entender que no se produce una situación de *"bis in idem"*, por no existir plena identidad de hechos, de acuerdo con los criterios avanzados en esta resolución:

A) Sí, a la vista de las circunstancias que se dan en el presente caso, las limitaciones de efectos de las sentencias de otros Estados de la UE expresamente previstas en el art. 14.2 de la Ley Orgánica 7/2014 de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, de transposición de la normativa europea, son compatibles con

la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, así como con los arts. 45 y 49.3 de la CDFUE y el principio de mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales dentro del ámbito de la UE.

B) Sí, la inexistencia de un procedimiento o mecanismo en derecho español que permita el reconocimiento de sentencias extranjeras europeas, refundición y adaptación o limitación de penas, de tal manera que garantice la proporcionalidad de éstas, cuando se da la situación de una sentencia extranjera deba cumplirse en España, referida a hechos que se encuentren en una relación de continuidad o conexidad delictiva con otros juzgados en España y respecto de los que también exista una sentencia de condena, es contraria a los arts. 45 y 49.3 de la CDFUE, en relación con el art 4.6 de la Decisión Marco 2002/584/JAI de 13 de junio de 2002, y arts. 8.1 y 2 de la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea y en general al principio de mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales dentro del ámbito de la UE.

DECIMO.- PROCEDIMIENTO DE URGENCIA. Al tratarse de un proceso penal en el que el afectado se encuentra internado en un centro penitenciario extinguiendo una condena de duración determinada con la incertidumbre del tiempo por el que finalmente deberá estar cumpliendo pena en prisión e incluso afectar a su régimen penitenciario, permisos y progresión en grados penitenciarios y al cálculo de tiempo para la obtención de la libertad condicional en la última fase de cumplimiento penitenciario, el presente asunto resulta urgente, por lo que se considera procedente y así se solicita que se aplique a la presente cuestión prejudicial el procedimiento de urgencia previsto en el art 107 del Reglamento de Procedimiento, en relación con el art 23 bis del Estatuto del TJUE.

Por todo ello, el **TRIBUNAL ACUERDA,**

III.- PARTE DISPOSITIVA

1º Suspender la resolución del recurso de apelación hasta la resolución del incidente prejudicial.

2º Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales:

1ª Sí, en el presente caso se produce una situación de "*bis in ídem*" del art 50 de la CDFUE y art. 54 del CAAS, por tratarse de los mismos hechos, según el alcance que la jurisprudencia europea otorga a este concepto, o sí, por el contrario, corresponde dicha apreciación a este tribunal, de acuerdo a los principios expresados en esta resolución, por tratarse de un único delito continuado, entre ellos de necesidad de refundición de las penas y establecimiento de un límite de pena de acuerdo con criterios de proporcionalidad.

2º De entender que no se produce una situación de "*bis in ídem*", por no existir plena identidad de hechos, de acuerdo con los criterios avanzados en esta resolución:

A) Sí, a la vista de las circunstancias que se dan en el presente caso, las limitaciones de efectos de las sentencias de otros Estados de la UE expresamente previstas en el art. 14.2 de la Ley Orgánica 7/2014 de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, de transposición de la normativa europea, son compatibles con la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, así como con los arts. 45 y 49.3 de la CDFUE y el principio de mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales dentro del ámbito de la UE.

B) Sí, la inexistencia de un procedimiento en derecho español que permita el reconocimiento de sentencias extranjeras europeas, refundición y adaptación o limitación de penas, de tal manera que garantice la proporcionalidad de éstas, cuando se da la situación de una sentencia extranjera deba cumplirse en España, referida a hechos que se encuentren en una relación de continuidad o conexidad delictiva con otros juzgados en España y respecto de los que también exista una sentencia de condena, es contraria a los arts. 45 y 49.3 de la CDFUE, en relación con el art 4.6 de la Decisión Marco 2002/584/JAI de 13 de junio de 2002, y arts. 8.1 y 2 de la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea y en general al principio de mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales dentro del ámbito de la UE.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber de su firmeza.

Así lo ordenan y firman electrónicamente los magistrados que constan en el encabezamiento, de lo que doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.