

39

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

S PROVIDE ET PRO

Revista

Enero 2017

39

Revista Penal

Penal

Enero 2017



Revista Penal

Número 39

Sumario

Doctrina:

- Caso *Rwabukombe*: interpretación del Tribunal Supremo Federal alemán de la (co)autoría y la intención de destruir en el genocidio, por *Kai Ambos* 5
- Política criminal y terrorismo en el Reino de España: ¿tiempos nuevos o *déjà vu*?, por *David Castro Liñares* 16
- Sobre la delimitación entre el delito de blanqueo de capitales del art. 301.1 CP y la participación por título lucrativo del art. 122 CP: una primera aproximación, por *Juana del Carpio Delgado* 31
- Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: referencia especial a la inhabilitación profesional médica, por *Javier de Vicente Remesal* 50
- A vueltas con el bien jurídico protegido en el art. 290 CP, por *Paz Francés Lecumberri* 66
- Artículo 76.2 CP: una evolución jurisprudencial aún inacabada, por *Manuel Gallego Díaz* 78
- Responsabilidad penal y responsabilidad política: elementos para la diferenciación y la confluencia, por *Mercedes García Arán* 95
- ¿Es posible la comisión imprudente del delito de falsificación de documentos públicos cometido por funcionario? Hacia una clarificación del tipo subjetivo del artículo 250 CP cubano, por *Dayan G. López Rojas* 113
- La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos, por *Elena Núñez Castaño* 125
- El derecho de la víctima a ser informada en el sistema penal español, por *Natalia Pérez Rivas* 154
- Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 2015: artículos 197, 197 bis, 197 ter, 197 quáter, 197 quinquies y 198, por *María del Valle Sierra López* 174
- Los círculos restaurativos como complemento de la justicia, por *Rocío Zafra Espinosa de los Monteros* 200
- Sistemas penales comparados:** La administración desleal de patrimonio ajeno (Embezzlement) 216
- Jurisprudencia:** Un nuevo despropósito jurídico en el caso *Prestige*: ahora el Tribunal Supremo (comentario a la STS nº 865/2015, Sala Segunda, de lo penal, de 14 de enero de 2016), por *Carlos Martínez-Buján Pérez* 256
- Noticias:** VIII Foro Internacional sobre Delincuencia y Derecho Penal en la Era Global (Beijing- octubre 2016), por *Miguel Abel Souto* 284



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jia Jia Yu (China)	Frederico Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Luigi Foffani (Italia)	Pamela Cruz (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Artículo 76.2 CP: una evolución jurisprudencial aún inacabada

Manuel Gallego Díaz

Revista Penal, n.º 39 - Enero 2017

Ficha Técnica

Autor: Manuel Gallego Díaz

Title: Article 76.2 of the Criminal Code: Lacking Progress in Case Law

Adscripción institucional: Profesor Ordinario de Derecho Penal (Universidad Pontificia Comillas de Madrid).

Sumario: I. El sistema de acumulación jurídica en el concurso real: art. 76 del Código Penal. II. Evolución jurisprudencial de creciente flexibilidad y generosidad: hacia la conexión meramente temporal de los hechos. 1. El criterio de la conexión temporal. 2. Los fundamentos de esta línea jurisprudencial. 3. Límites a la conexidad temporal. III. La reforma de 2015. 1. Posibilidad de reutilizar las condenas integrantes de bloques no fructíferos. 2. Elección de la ejecutoria que sirva de base a la acumulación. IV. Supuestos que al no ser posible aplicar los límites del art. 76.1 CP suponen de hecho una pena perpetua.

Resumen: Ya desde el Código Penal de 1870 el legislador español ha venido optando para el concurso real de delitos por el sistema de acumulación jurídica estableciendo límites de cumplimiento efectivo a la acumulación estrictamente material de las penas. En su aplicación la jurisprudencia ha venido efectuando una interpretación progresiva en favor de la conexidad meramente temporal entre los hechos. La reforma del Código Penal de 2015 ha abierto nuevas vías en esta línea jurisprudencial, pero todavía quedaría dar un paso más para evitar penas privativas de libertad perpetuas.

Palabras clave: Concurso de delitos. Acumulación jurídica. Conexidad delictiva. Conexidad temporal. Reutilización de condenas. Elección de la ejecutoria. Prisión perpetua.

Abstract: Since the Criminal Code of 1870 the Spanish legislature has been following the joinder approach for the overlapping of offenses, thereby establishing limits of effective enforcement for the strictly material accumulation of sentences. The application of case law has been developing a progressive interpretation in favor of the purely temporal linking of events. The 2015 reform of the Criminal Code has opened new channels in this line of case law, but further progress is required in order to avoid life custodial sentences.

Key words: Overlapping of offences, Joinder, Criminal linking, Temporal linking, Re-use of convictions, Choice of enforceable judgment, Life imprisonment.

Rec: 02-09-2016 **Fav:** 29-10-2016

I. EL SISTEMA DE ACUMULACIÓN JURÍDICA EN EL CONCURSO REAL: ART. 76 DEL CÓDIGO PENAL

Desde 1848 nuestro legislador ha venido adoptando para el concurso real de delitos el sistema de la acumu-

lación absoluta de las penas (quot delicta, tot poenae). Esta solución, que era la que aconsejaba la lógica y la justicia más estrictas, había sido la seguida por el Derecho romano y el Derecho canónico y fue también la adoptada en el artículo 61 del Código del Brasil de

1830, cuya autoridad fue decisiva para los redactores de nuestro Código penal¹. De acuerdo con este sistema el artículo 73 CP establece que «al responsable de dos o más delitos (o faltas, sigue diciendo por descuido todavía el CP) se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas» y «cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá —dispone el artículo 75 CP— el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible». Se distingue, pues, entre una acumulación simultánea, que constituye la regla general, y una acumulación sucesiva que opera como subsidiaria cuando aquella otra no sea posible.

No obstante, este régimen de acumulación matemática o absoluta viene atemperado complementariamente por otro de acumulación jurídica a partir del Código Penal de 1870 por el que se establecen dos límites cuantitativos: uno relativo o variable y otro absoluto o fijo. De esta manera se «viene a corregir los excesos punitivos que pudieran resultar de la aplicación estricta del modelo de acumulación matemática» (STS 367/2015, de 11 de junio).

A estos efectos el artículo 76 CP² establece: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas la que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

- a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.
- b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.
- c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos

estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

- d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del capítulo VII del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.
- e) Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis».

El límite fijo absoluto que inicialmente estableció el CP de 1870 fue de 40 años (art. 89.2ª), siendo criticado por la doctrina, en cuanto que la acumulación de las penas temporales podía exceder en duración a las penas perpetuas, que, por regla general, se redimían a los treinta años (artículo 29 del CP de 1870). La reforma de 1932 redujo este límite a 30 años, el cual se mantuvo en las reformas de 1944 y 1973. El CP de 1995 redujo a su vez el límite absoluto a 20 años, pero estableciendo otros límites excepcionales de 25 y 30 años. Fue la reforma llevada a cabo por la LO 7/2003, de 30 de junio, la que para algunos supuestos elevó excepcionalmente ese límite hasta los 40 años. La letra e) del artículo 76.1 procede de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que introduce en nuestro sistema punitivo la prisión permanente revisable. La crítica que la doctrina de entonces dirigió al límite de los 40 años del CP de 1870 sigue teniendo vigencia hoy ya que por el juego del cumplimiento «íntegro» y «efectivo» de las penas previsto en el artículo 78 CP ese límite equivale en la práctica a introducir la prisión perpetua³.

Se ha criticado este régimen de acumulación jurídica con la argumentación de que de hecho puede dejar algunos delitos sin castigo efectivo. Pero hay importantes y evidentes razones político criminales que se han venido invocando desde su introducción en el CP de 1870, pues es imposible conseguir una absoluta compensación del delito por medio de la pena. Como se declara en la STS 139/2016, de 25 de febrero, «la solución al problema del cumplimiento de las penas en el concurso real de delitos cuando no puedan cumplirse

1 Véase GALLEGU DÍAZ, M., *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código Penal*, ICAI, Madrid, 1985, pp. 423 y ss.

2 «La limitación penológica del artículo 76 (artículo 70 del texto anterior) tan sólo opera en los supuestos de concurso real, bien porque todos los hechos son juzgados en la misma causa o han podido serlo» (STS 31/1999, de 14 de enero).

3 Vid. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 589.

simultáneamente todas ellas es evidente que no se reduce a una mera operación aritmética acumulativa sino que lleva consigo una previa valoración y decisión por el legislador de la política criminal sobre los fines de la pena y el tratamiento penal que debe ser aplicado a los penados, pues ciertamente la pura acumulación material equivalente a la suma aritmética y cumplimiento sucesivo de la penas de prisión no solo es imposible en la práctica sino contrario a cualquier entendimiento finalista de aquéllas».

Asimismo la STS 14/2014, de 21 de enero, señala que «en las SSTs 748/2012, 4 de octubre, 342/2007, 16 de abril y 881/2007, 29 de octubre, tuvimos ocasión de recordar que la relevancia jurídica del expediente de fijación del límite de cumplimiento de condenas, en el marco de la ejecución de penas privativas de libertad, se justifica por sí sola. La necesidad de arbitrar una fórmula jurídica que modere los inaceptables efectos propios de un sistema de cumplimiento basado en la mera acumulación cuantitativa, está en el origen de los distintos preceptos que, desde el Código Penal de 1870, han introducido límites jurídicos a la idea de cumplimiento sucesivo de las penas privativas de libertad».

Dos son los argumentos tradicionales que avalan el establecimiento de límites cuantitativos a la pura acumulación matemática y que nos recuerda frecuentemente la jurisprudencia: la posibilidad de llegar a imponer penas superiores a la duración ordinaria de la vida humana y la posibilidad de llegar a castigar una sucesión de delitos menores con pena más grave que otros de mayor entidad. La STS 14/2014, de 21 de enero, refiere que «la doctrina histórica ya había aducido, en contra del estricto sistema de acumulación material, razones basadas, de una parte, en el desprestigio en el que podían incurrir unos órganos judiciales capaces de imponer penas superiores a la duración ordinaria de la vida humana. También se recordaba el devastador mensaje dirigido al delincuente, obligado a eliminar toda esperanza de reinserción social y, en fin, el contrasentido que implicaba la posibilidad de llegar a castigar de forma más grave una sucesión de delitos de menor entidad, frente a otros de mucha mayor eficacia lesiva. Es entendible, pues, que los sucesivos Códigos Penales de 1870 (art. 89.2^a), 1928 (art. 163.1), 1932 (art. 74) y 1944 (art. 70.2), insistieran, con uno u otro matiz, en la fijación de ciertos topes cuantitativos, también presentes en la fórmula que inspira el art. 76.1 del vigente CP»⁴. Y con mayor detalle la STS 367/2015, de 11 de junio, insiste en los mismos argumentos clásicos:

A diferencia de otros ordenamientos, que establecen una sola pena para diversos delitos enjuiciados en un mismo proceso, exasperando la pena del delito más grave, en el nuestro se sigue un sistema de acumulación matemática pura, que puede conducir en caso de multiplicidad de condenas a la vulneración del principio de proporcionalidad, alcanzando la suma de todas las penas legalmente correspondientes a los delitos cometidos, aun cuando fuesen delitos menores o menos graves, cantidades desorbitadas, reñidas en su cumplimiento total y sucesivo con el principio constitucional de rehabilitación de las penas, e incluso con la duración de la vida del penado.

En concreto, cuando se trata de una multiplicidad de delitos menores cometidos por el acusado en un determinado periodo de tiempo de su juventud, en ocasiones vinculados al consumo de estupefacientes, o a otras circunstancias vitales, la regla legal establecida en el art. 76 CP que limita el tiempo de cumplimiento efectivo al triple de la pena más grave, trata de evitar que quien solamente ha cometido delitos menores pueda sufrir, como consecuencia de la aplicación draconiana del sistema de acumulación matemática, una pena desproporcionada, que le mantenga en prisión durante un periodo tan prolongado de su vida que impida definitivamente su eventual rehabilitación.

Y, al mismo tiempo, se trata de evitar que la acumulación de numerosos delitos menores acabe determinando el cumplimiento de una pena superior a la eventual comisión de delitos de mayor entidad, por ejemplo contra la vida humana.

Pero existe además otro argumento de orden constitucional, relacionado con los fines de la pena, en favor del sistema de acumulación jurídica. La aplicación sin límites de la acumulación matemática, además de suponer una posible infracción del principio de proporcionalidad, puede asimismo infringir el principio constitucional de orientación de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social. En esta línea la STS 367/2015, de 11 de junio, declara que: «Estos límites son de gran relevancia pues tienen un fundamento constitucional ya que responden a la necesidad de evitar que una excesiva prolongación de la privación de libertad pueda producir un efecto contrario a la reeducación y reinserción social prevenidas en el artículo 25.2 de la Constitución como finalidad esencial a la que están orientadas las penas privativas de libertad. La resocialización del delincuente constituye un objetivo imprescindible en la ejecución de las penas, aunque es compatible con la prevención general y especial como finalidades perseguidas con la imposición de la pena. La interpretación de los límites

4 En el mismo sentido hay que citar la STS 338/2016, de 21 de abril.

punitivos del art. 76 CP debe hacerse, en consecuencia, en forma preordenada al afectivo cumplimiento de los diversos fines de la pena, favoreciendo la reinserción del penado en la sociedad, y evitando al mismo tiempo que puedan generarse situaciones de impunidad o actuaciones criminógenas respecto de posibles delitos futuros».

La STS 139/2016, de 25 de febrero, a propósito de la posibilidad de formar bloques de sentencias, tras señalar que «la interpretación del sistema de acumulación jurídica no puede prescindir de determinados valores constitucionales como son los principios proclamados en el artículo 15 CE relativo a las penas inhumanas, el artículo 25 que proclama que las penas privativas de libertad están orientadas hacia la reeducación y reinserción social y el propio artículo 10.2 que obliga a la interpretación conforme a los tratados y acuerdos internacionales y a la Declaración Universal de Derechos Humanos (así, por ejemplo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea, 49.3, proclama que la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción)», apunta dos argumentos que inciden directamente en el tratamiento de esta cuestión. En primer lugar, «una aplicación rígida y cerrada de nuestro sistema de acumulación jurídica, sin prever distintas posibilidades combinatorias, arrojaría unos resultados contrarios a cualquier principio retributivo y proporcional de la pena como sería que una multiplicidad de delitos menores contra la propiedad fuesen castigados a la postre más severamente que delitos más graves contra la vida o integridad de la personas. Y en segundo lugar, que el enjuiciamiento de los hechos pende en muchas ocasiones de circunstancias o contingencias aleatorias y por ello ajenas a la responsabilidad de los propios penados y que incluso pueden conculcar el principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 CE). Ello tampoco puede corregirse absolutamente pero cuanto más flexible sea la posibilidad combinatoria se reducirá el margen de aleatoriedad».

II. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE CRECIENTE FLEXIBILIDAD Y GENEROSIDAD: HACIA LA CONEXIÓN MERAMENTE TEMPORAL DE LOS HECHOS

El régimen de acumulación jurídica se previó en principio para limitar la duración del cumplimiento de las penas impuestas en una misma sentencia a distintas infracciones penales, pero cabía la posibilidad de extender su aplicación asimismo a aquellos otros supuestos en que a un mismo condenado le hubieran sido impuestas varias penas en distintos procesos. Esta cuestión de si la aplicación de la regla 2ª del artículo 70 del anterior Código penal estaba o no condicionada a que las diversas infracciones en concurso hubieran sido enjuiciadas en un mismo proceso es antigua. En un principio fue objeto de distintas respuestas tanto por parte de la doctrina como por parte de la jurisprudencia. Partidarios de una interpretación amplia fueron, por ejemplo, GROIZARD⁵, FERRER SAMA⁶, ANTÓN ONECA⁷ y RUIZ VADILLO⁸. Para estos autores, las limitaciones de la regla 2ª del artículo 70 eran aplicables tanto en el caso de que los distintos delitos en concurso se juzgaran en un mismo proceso como en el que se castigaran en distintos juicios, sin otro obstáculo, claro está, que el que nace de una sentencia ejecutoria cumplida. Por el contrario, AYA GOÑI⁹ y QUINTANO¹⁰ se manifestaron en el sentido de que dicha regla se hallaba condicionada en sus limitaciones a la exigencia de la unidad procesal.

Por lo que respecta a la jurisprudencia y a la doctrina de la Fiscalía del Tribunal Supremo, las soluciones no fueron tampoco siempre en la misma línea. La aplicación restrictiva de la regla 2ª del artículo 70 llegó a imponerse en la jurisprudencia (SSTS 12 diciembre 1884, 23 mayo 1888, 8 abril 1903, 4 julio 1952, 31 enero 1964, 22 octubre 1964), aunque en un principio llegara a dominar la aplicación amplia de la regla (SSTS 14 noviembre 1881, 18 febrero 1882, 10 abril 1882, 24 mayo 1882, 16 junio 1919), que reapareció en la Sentencia de 22 de octubre de 1963. Más clara fue en cambio la posición de la Fiscalía del Tribunal Supre-

5 GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. II, 2ª ed., Establecimiento Tipográfico de los Hijos de J. A. García, Madrid, 1903, p. 498.

6 FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, t. II, Sucesores de Nogués, Murcia, 1947, p. 291.

7 ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1949, p. 474.

8 RUIZ VADILLO, E., «Limitación legal de las penas (regla segunda del artículo 70 del Código Penal)», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 695 (15 de abril de 1966), p. 17.

9 AYA GOÑI, E., «La acumulación de penas», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 120 (enero-febrero 1956), p. 12.

10 QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 375.

mo a favor de exigir el requisito de la unidad procesal, aunque tampoco pueda decirse que fuera siempre igualmente terminante a este respecto.

Las razones que condujeron a una aplicación restrictiva de la regla 2ª del artículo 70 fueron tanto de índole sustantiva como procesal, pero en modo alguno eran decisivas ni convincentes como puso de manifiesto CÓRDOBA¹¹. La objeción defensiva de una desprotección de la sociedad que pudiera derivarse de una aplicación amplia es general a cualquier tipo de limitación que se quiera establecer a la acumulación absoluta de las penas. Además, quien habiendo sido condenado y extinguido total o parcialmente la condena, vuelve a delinquir, no podía ser alcanzado, al ser juzgado por esta nueva infracción, por la limitación de la regla segunda, pues las penas a que se refería habían de constituir una unidad punitiva a extinguir por el reo. El supuesto de la regla 2ª no podía, por otra parte, ser comparado con la reincidencia, en atención a la condena previa que ésta requiere. Por último, el hecho de que no existiera en la LECrim un procedimiento a seguir para la aplicación de la limitación de la regla 2ª del artículo 70 cuando las infracciones cometidas hubieran sido enjuiciadas en distintos procesos, no constituía un argumento definitivo desde el momento en que hubo sentencias que la aplicaron.

Con la Ley 3/1967, de 8 de abril, se produjo un cambio ya que añadió a la regla segunda del artículo 70 del anterior Código Penal un último párrafo, según el cual «la limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo» abriendo de esta manera la puerta a la aplicación de las reglas del concurso a los supuestos en que las penas se hubieran impuesto en distintos procesos. Se condicionaba, no obstante, la aplicación de esa regla a la exigencia de la unidad procesal en base a la conexión de las infracciones. A estos efectos la citada Ley 3/1967 reformó el artículo 17 de la LECrim introduciendo las necesarias previsiones procesales.

Esta ley pretendió extender el beneficio de la limitación de la regla 2ª del artículo 70, pero, en realidad, sólo lo consiguió, y en muy escasa medida, con relación a la aplicación restrictiva que venía llevando a cabo la jurisprudencia; en modo alguno con relación a la interpretación amplia que cabía hacer de la citada

regla, pues el Código Penal no condicionaba su aplicación a que las infracciones en concurso hubieran sido enjuiciadas en un mismo proceso ni tampoco a ningún otro requisito de conexión entre las mismas. Es verdad que la nueva disposición no exigía que necesariamente hubieran de ser enjuiciadas todas las infracciones en un mismo proceso, pero también es verdad que se condicionaba la aplicación de la regla 2ª a que pudieran ser sometidas, en atención a su conexión, a dicha unidad.

De esta manera, como observó RODRÍGUEZ DEVESA¹², la reforma de 1967 vino a consagrar el defecto del sistema anterior, en el que, debido a la falta de los correspondientes preceptos procesales, quedaba sin aplicar la limitación de la regla 2ª del artículo 70 a aquellas infracciones en concurso que no hubieran sido enjuiciadas en un mismo proceso, a no ser que se tratase de delitos conexos. Pero concurso de delitos y delitos conexos constituyen, sin embargo, dos realidades distintas, penal y procesal, respectivamente, que no tenían por qué dar lugar a la reducción que efectuó el legislador de la limitación de la regla 2ª a la conexión de los delitos. La consecuencia de esta confusión fueron los resultados materialmente injustos a que se llegó, por lo que el último párrafo del artículo 70 debería haber desaparecido o al menos ser objeto de una nueva redacción que permitiera claramente la aplicación de la regla 2ª a todos los supuestos de concurso de delitos, con independencia de que se tratara de delitos conexos. Sin embargo, el precepto pasó al CP de 1995 (artículo 76.2).

1. El criterio de la conexión temporal

Frente a la amplia crítica de que fue objeto por parte de la doctrina el requisito de la conexión entre infracciones a efectos de la aplicación de los límites legales de cumplimiento en los supuestos de concurso real, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido siguiendo en este punto una línea de progresiva y creciente flexibilidad y generosidad. Si prescindimos de alguna resistencia inicial (STS 20 julio 1994, A. 6620), por su dudosa compatibilidad con el derecho vigente, la jurisprudencia del TS ha venido considerando acumulables, más allá del mismo concepto de conexidad del artículo 17 de la LECrim, las penas impuestas a todos los hechos ocurridos antes de la fecha de la firmeza de la primera sentencia que adquirió tal condición¹³. Se-

11 CÓRDOBA RODA, J., en *Comentarios al Código Penal*, t. II, Ariel, Barcelona, 1972, pp. 344-346.

12 RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal español. Parte General*, 8ª ed., Madrid, 1981, pp. 804-805.

13 Véase SANZ MORAN, Á. J., «Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995», en CERZO MIR, J., SUÁREZ MONTES, R.F., BERISTAIN, A., ROMEO CASABONA, C. (editores), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 519-520.

gún esta interpretación flexible del requisito legal de la conexión de los hechos, los límites máximos de cumplimiento del art. 76.1 (anterior artículo 70 regla 2ª CP) son aplicables siempre que los hechos, por su conexión temporal, pudieran haberse enjuiciado en un mismo proceso y solo deben excluirse de la refundición aquellas condenas cuyos hechos ocurrieron con posterioridad a la firmeza de las sentencias anteriores, ya que ello impide que pudieran seguirse en una misma causa¹⁴.

Como señala la STS 135/1999, de 8 de febrero, «la interpretación de este precepto (se refiere al 988 LE-Crim) y del correlativo del Código Penal (art. 76.2) ha experimentado una progresiva flexibilización orientada fundamentalmente a la búsqueda del debido equilibrio y justicia de la que debe revestirse la respuesta punitiva del Estado, aunque ésta se dirija contra una persona que ha demostrado una gran capacidad para desarrollar actividades delictivas de muy distinto signo. El legislador ha querido mantener, y así lo ha hecho en la reciente redacción del artículo 76.2 del Código Penal, una condición formal para la refundición de condenas y que consiste en la conexidad de todos los delitos que se acumulan».

El legislador aprovechó la reforma llevada a cabo por la LO 7/2003, de 30 de junio, para incorporar al Código Penal, junto al viejo de la conexión procesal, este otro criterio de temporalidad consagrado en la jurisprudencia, quedando el artículo 76.2 redactado del siguiente modo: «La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo». Como establece la STS 367/2015, de 11 de junio: «Este criterio fue asumido legislativamente en la LO 7/2003 de 30 de junio, al referirse expresamente el apartado 2º del art. 76 CP reformado a la posibilidad de aplicar la limitación a hechos que no fueren conexos pero sí susceptibles de haberse enjuiciado en un mismo proceso atendiendo al momento de su comisión». A partir de esta reforma, pues, las limitaciones impuestas en el artículo 76.1 se aplicarán no solo en casos de conexión sino también en atención al momento de su comisión siempre que pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso. En un primer momento se entendió que la referencia temporal iba vinculada a la fecha de firmeza de la primera sentencia, pero este criterio fue más tarde superado por

el Acuerdo de pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2005 que estableció que «no es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación», tomándose partido por la fecha misma de su pronunciamiento (por ejemplo, SSTS 6439/2011, de 6 de octubre y 763/2015, de 4 de marzo).

Como recuerda la STS 219/2016, de 15 de marzo, «la doctrina de esta Sala (SSTS 1249/1997, 11/1998, 109/1998, 328/1998, 1159/2000, 649/2004 y SSTS 192/2010 y 253/2010, 1169/2011, entre otras muchas, y Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 29/11/2005), ha adoptado un criterio favorable al reo en la interpretación del requisito de la conexidad que se exige en los artículos 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 76 del Código Penal para la acumulación jurídica de penas al estimar que, más que la analogía o relación entre sí, lo relevante es la conexidad «temporal». Y en concreto, el contenido del acuerdo del pleno no jurisdiccional de esta Sala de 29 de noviembre de 2005 según el cual «no es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación».

El requisito de la conexidad se ha venido interpretando, pues, «como presupuesto exclusivamente relacionado con el momento de comisión de los hechos delictivos» imperando «la denominada “conexidad temporal”, de modo que resulta pacífica la aplicación de este régimen de acumulación a condenas que hubieren sido impuestas en procesos distintos, con la única exigencia de que los hechos a que las mismas se refieran hubieren podido enjuiciarse en un solo procedimiento» (STS 338/2016, de 21 de abril, recogiendo doctrina de las SSTS 909/2013, de 27 de septiembre y 31/1999, de 14 de enero).

Abundando en lo mismo la STS 219/2016, de 15 de marzo, señala que «de otra parte, y en cuanto a los requisitos que exige esta Sala para que proceda la acumulación de condenas, se tiene establecido en reiterada jurisprudencia que, conforme a los artículos 76.1 del C. penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la fijación del límite máximo de cumplimiento las sentencias cuya acumulación se pretenda deben computarse hechos que pudieran haber sido objeto de enjuiciamiento conjunto en un único proceso. Esto solo podrá entenderse así cuando las condenas lo fueran con rela-

14 Según la STS 367/2015, de 11 de junio, entre otras muchas, «son acumulables todas las condenas por delitos que no estuviesen ya sentenciados en el momento de la comisión del hecho que ha dado lugar a esta última resolución, o a la que determina la acumulación, con independencia de que tuviesen analogía o relación entre sí, pues todos ellos podrían haber sido enjuiciados en un solo proceso».

ción a hechos que no estuvieren sentenciados al tiempo de cometer otros sobre los que también haya recaído sentencia cuya acumulación se pretenda; de modo que solo serían susceptibles de acumulación las condenas referidas a aquellos hechos próximos o lejanos en el tiempo que no se encuentren separados por una sentencia firme; y ello, aunque no sea la fecha de firmeza la relevante a efectos de acumulación sino la fecha de dictado de la misma. Una vez comprobada la posibilidad de acumulación conforme a ese criterio general, habrá que determinarse si el límite máximo de cumplimiento, fijado conforme al artículo 76 C. penal, es superior o inferior a la suma aritmética de todas las condenas impuestas, pues solo en este último caso, cuando fuera inferior, procedería la acumulación (SSTS 854/2006, de 12-9; 954/2006, de 10-10; 1293/2011, de 27-11; y 13/2012 de 19-1, entre otras)».

Lo relevante a efectos de la acumulación de condenas es pues, la conexidad temporal, es decir, que los hechos pudiesen haberse sido enjuiciados en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión (SSTS 1249/97, de 17 de octubre; 11/98, de 16 de enero; 109/98, de 3 de febrero; 216/98, de 20 de febrero; 328/98, de 10 de marzo; 756/1998, de 29 de mayo; 11/98, de 16 de noviembre; 548/2000, de 30 de marzo; 722/2000, de 25 de abril; 798/2000, de 9 de mayo; 1.159/2000, de 30 de junio; 1.265/2000, de 6 de julio, 649/2004, de 12 de mayo; 860/2004, de 30 de junio; 931/2005, de 14 de julio; 1.005/2005, de 21 de julio; 1.010/2005, de 12 de septiembre; 1.167/2005 de 19 de octubre, 91/2008, de 18 de febrero o 367/2015, de 11 de junio, entre otras muchas).

«Teniendo en cuenta que el art. 988 de la L.E. Criminal dispone que la acumulación se realizará por el Juez o Tribunal que hubiese dictado la última sentencia, ello implica según señala la STS 31/1999, de 14 de enero), que son acumulables todas las condenas por delitos que no estuviesen ya sentenciados en el momento de la comisión del hecho que ha dado lugar a esta última resolución, con independencia de que tuviesen analogía o relación ente sí, pues todos ellos podrían haber sido enjuiciados en un solo proceso» (en el mismo sentido STS 798/2000, de 9 de mayo).

Esta interpretación flexible por parte de la jurisprudencia del artículo 76.2 CP se viene manifestando en una doble dirección como ponen de manifiesto las SSTS 14/2014, de 21 de enero y 338/2016, de 21 de abril

a) *En primer lugar, con un criterio amplio en cuanto a la clase de los delitos a acumular («ratione materiae»), interpretando la conexión desde*

perspectivas sustantivas, alejadas del criterio de la conexión procesal de los arts. 17 y 300 LECr; de tal forma que, en consideración a las razones humanitarias que constituyen el fundamento de estas normas, la clase concreta de delito cometido no ha de ser obstáculo que pueda impedir su aplicación. Este criterio amplio en beneficio del reo permite la acumulación de todas las condenas que, por la época en que ocurrieron los hechos delictivos, pudieron haber sido objeto de un único procedimiento. Si no lo fueron por razones de índole territorial, o por la diferente clase de infracciones cometidas, o por haber sido tramitados unos procesos con rapidez y otros con lentitud, o por cualquier otra razón, si se trata de hechos de una misma época, cualquiera que fuese la razón procesal por la que no todos fueron enjuiciados en una misma causa, cabrá acumular la totalidad de las penas impuestas a los efectos de aplicar esos límite máximos impuestos por las referidas normas sustantivas, en consideración a unos criterios humanitarios, repetimos, ajenos a los avatares procesales concretos de cada procedimiento. Así pues, venimos aplicando criterios de la máxima amplitud en cuanto a la interpretación de la conexión expresamente exigida en nuestras normas penales.

b) *En segundo lugar, con un criterio estricto en cuanto a la otra exigencia expresamente requerida en nuestros Códigos Penales: que los diferentes procesos, en los que esas diversas condenas a acumular se impusieron, «pudieran haberse enjuiciado en uno solo» («ratione temporis»). Cuando hay una sentencia condenatoria es claro que los hechos delictivos cometidos con posterioridad a tal sentencia no pudieron ser objeto de aquel otro proceso anterior en que ya ésta había sido dictada. Esta Sala viene fundando esta limitación en la peligrosidad que existiría, como facilitadora de la comisión de nuevos delitos, cuando un condenado, por las penas que ya tiene impuestas, sabe que puede cometer algún delito porque la pena correspondiente a esta nueva infracción no tendría que cumplirla al haberse ya superado, con las codenas anteriores, los límites legalmente establecidos. Evidentemente no puede favorecerse el sentimiento de impunidad que habría de seguir a ese conocimiento y para ello es imprescindible ser exigente en cuanto al cumplimiento de este requisito de carácter temporal: solo cabe acumular entre sí aquella condenas*

penales relativas a hechos de una misma época, entendiéndose épocas diferentes aquellas que se encuentran separadas por la existencia de alguna sentencia condenatoria.

2. Los fundamentos de esta línea jurisprudencial

Las razones que fundamentan esta progresiva línea de flexibilización de la jurisprudencia son tanto procesales como de justicia y de orden constitucional.

La jurisprudencia ha venido criticando con razón la confusión entre los aspectos procesales y sustantivos del concurso real. Así, por ejemplo, la STS 139/2016, de 25 de febrero, pone de manifiesto que «en cualquier caso la misma siempre optó por la interpretación más flexible y generosa anteponiendo la sustantiva más conforme a la finalidad de la pena que basada en criterios procesales estrictos de conexidad». En la misma línea la STS 135/1999, de 8 de febrero, por ejemplo, destaca que «la exigencia de este requisito procesal ha sido criticada por la jurisprudencia de esta Sala, señalando, entre otras cosas, que la conexión procesal a la que se refiere el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no tiene nada que ver con la naturaleza eminentemente sustantiva del concurso real de delitos. Como señala un sector de la doctrina, esta última concurrencia delictiva se produce con independencia de la conexión o analogía de los delitos cometidos por el mismo sujeto y su tratamiento debería ser homogéneo, tanto si los delitos son conexos como si no lo son. Por ello se ha postulado, desde muy diversos sectores, una interpretación lo más amplia posible de la regla que pretende establecer, los límites del cumplimiento sucesivo de las penas impuestas a un mismo penado». Porque como sigue diciendo esa misma sentencia 135/1999, «no puede desconocerse que los datos procesales que se derivan de la incoación, tramitación y resolución definitiva o firme de una causa son muchas veces aleatorios y dependen de muy diversos factores que no pueden jugar en contra del reo», por lo que «es más seguro tener en cuenta, como punto de partida, los datos cronológicos de las diversas acciones delictivas, situándolas en el marco temporal al margen de sus vicisitudes procesales». Por ello, como recuerda la STS 367/2015, de 11 de junio, «esta Sala ha realizado una interpretación flexible del art. 76 CP, para evitar que vicisitudes procesales diversas puedan frustrar el propósito del Legislador, provocando la superación de los límites legales y la vulneración de los principios constitucionales, en el caso de que delitos menores cometidos en una misma época de la vida del penado determinen la imposición

de penas globales desproporcionadas, simplemente por haber sido enjuiciados separadamente».

Por otro lado, han intervenido también en la evolución progresiva de la jurisprudencia exigencias de orden constitucional. Por encima de los fines de retribución y prevención general la jurisprudencia ha venido vinculando el problema de la refundición de condenas con los mandatos constitucionales de orientar la ejecución de la pena hacia la reinserción social (at. 25.2 CE) y de proscribir las penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE). «En la búsqueda de una fórmula amplia que permita ajustar la pena resultante a las condiciones personales del condenado y a la cronología de sus actividades delictivas, se ha puesto de relieve, por la más reciente doctrina de esta Sala, que el texto constitucional ha venido a dar una nueva perspectiva a los criterios de interpretación de las reglas de acumulación de condenas o refundición de sentencias, ya que nunca se deben perder de vista los fines constitucionales de la pena y la exclusión, por imperativo constitucional, de aquellas respuestas punitivas de Estado que por su desmesurada duración pudieran ser catalogadas como penas inhumanas y degradantes, que estarían en franca colisión con los artículos 25 y 15 de la Constitución» (STS 135/1999, de 8 de febrero). Y en el mismo sentido se pronuncia la STS 706/2015, de 29 de noviembre: «Como destaca la STS 30/2014 de 29 de enero, se trata de ajustar la respuesta punitiva en fase penitenciaria, a módulos temporales aceptables que no impidan el objetivo final de la vocación de reinserción a que por imperativo constitucional están llamadas las penas de prisión (Art. 25 de la Constitución)».

3. Límites a la conexidad temporal

Como pone de manifiesto la STS 367/2015, de 11 de junio, «aun cuando nuestra doctrina acoge un criterio favorable al reo en lo que se refiere a la práctica superación del requisito de la analogía o relación entre los delitos, criterio que se inspira en el principio constitucional de humanización de las penas, ello no quiere decir que la acumulación jurídica de penas carezca de límites temporales o que la invocación genérica de dicho principio constitucional determine en cualquier caso la acumulación sin atender a ningún límite. Y ello no es así pues constituye una exigencia legal ineludible, fundada en poderosas razones de tutela de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, cumplir los referidos requisitos temporales que son los que determinan la imposibilidad de acumular penas impuestas por delitos que ya estuviesen sentenciados

cuando se cometió el delito que dio lugar a la sentencia que delimita la acumulación, pues es claro que dichos delitos en ningún caso hubiesen podido ser juzgados conjuntamente. Como señalan, entre otras, las sentencias números 328/98, de 10 de marzo, 1586/98, de 21 de diciembre y 754/2000, de 8 de mayo, lo que pretendía el art. 70.2 «in fine» del CP anterior (y reiteró el art. 76.2 del Código Penal de 1995) es que a todos los supuestos de concurso real de delitos se les dé el mismo tratamiento, con independencia de que los hechos se hayan enjuiciado o no en un mismo proceso, siempre que el enjuiciamiento conjunto hubiese sido posible».

«Pero no constituir —continúa estableciendo la STS 367/2015— a los ya sentenciados en poseedores de un patrimonio punitivo que les provea de inmunidad o de una relevante reducción de penalidad, para los delitos futuros, es decir los que puedan cometer después del cumplimiento de su condena, o durante la misma tanto en caso de quebrantamiento como de delitos ejecutados durante los permisos o en el interior de la prisión, esto es para aquellos delitos que sin ser susceptibles de acumulación, rebasarán el límite del art. 76, lo que sería injusto y atentaría a los principios que rigen el proceso penal (STS 798/2000 de 9 de mayo), insistiéndose en que tales límites no pueden operar como garantía de impunidad para el futuro, aunque se hayan agotado los límites máximos establecidos con carácter general por la Ley para las penas privativas de libertad (STS 135/99 de 8 de febrero)».

«En todo caso, pues, —continúa estableciendo la citada STS 367/2015— hay que marcar un límite para que la existencia de una sentencia firme no pueda convertirse en garantía de impunidad de todos los delitos que pueda cometer la misma persona con posterioridad a la firmeza cuando se hayan agotado los límites máximos establecidos por la ley para la duración de las penas privativas de libertad (STS 135/1999, de 8 de febrero). No es posible que siempre y en todo caso, sea cual fuere la fecha de comisión de los hechos y su conexión con otros que ya han sido objeto de enjuiciamiento, los límites fijados en el art. 76.1 del CP operarían como límites absolutos. Como dice la STS 14/2014, de 21 de enero, “no existe en nuestro sistema un derecho fundamental a la impunidad de los delitos cometidos cuando ya ha sido fijado un límite máximo de cumplimiento como consecuencia de la acumulación de condenas practicada con arreglo a aquel precepto”. Como sigue diciendo esta sentencia no hay que olvidar “que en el apartado 2º del mismo art. 76 se dispone que la limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran

haberse enjuiciado en uno solo”. En consecuencia, fuera de esa premisa, es decir, la posibilidad, incluso potencial, de un enjuiciamiento conjunto, esa limitación no tendría vigencia. Y ello es lógico, pues, de lo contrario, se alentaría la expectativa de impunidad que supone saber que, alcanzado el tope cuantitativo de 30 años de prisión, todo lo que suceda con posterioridad, quedaría absorbido en ese *máximum*. Repárese, por ejemplo, en la posibilidad de comisión de graves delitos en el establecimiento penitenciario en el que se extingue la condena de 30 años que, conforme al criterio interpretativo que anima el recurso, nunca podrían ser objeto de cumplimiento. Se frustrarían con ello las exigencias inherentes a los principios de prevención general y especial que están en el fundamento de la sanción penal». «En suma, concluye esta sentencia, una cosa es la flexibilización absoluta del concepto de conexidad que ha llevado a cabo la jurisprudencia de esta Sala, desvinculándolo de su estricto significado procesal, y otra bien distinta es admitir —y alentar— la impunidad de los delitos no susceptibles de acumulación».

Quedan excluidos, por tanto, de la acumulación propiciada por el art. 76.2 CP los hechos que nunca hubieran podido ser enjuiciados en el mismo proceso, como ocurre en el caso en el que la condena que se pretende acumular fuera impuesta por hechos acaecidos cinco años después de la firmeza de la sentencia (STS 798/2000, de 9 de mayo). Más en concreto, conforme a reiteradísima jurisprudencia reciente (STS 408/2014, de 14 de mayo; STS 367/2015, de 11 de junio; STS 706/2015, de 19 de noviembre; STS 139/2016, de 25 de febrero; STS 219/2016, de 15 de marzo; STS 338/2016, de 21 de abril), en principio, deben únicamente excluirse:

1º) Los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia el periodo de acumulación contemplado, es decir, cuando se comete el delito enjuiciado en la sentencia que determina la acumulación. Y

2º) Los hechos posteriores a la sentencia que determina la acumulación. Pues, efectivamente, cuando ya se ha dictado una sentencia condenatoria es claro que los hechos delictivos cometidos con posterioridad a la sentencia no pudieron ser objeto de aquel otro proceso anterior en que ya ésta había sido dictada, por lo que resulta imposible la acumulación.

Y ello porque ni unos ni otros podrían haber sido enjuiciados en el mismo proceso.

En síntesis, como recuerda la STS 706/2015, de 19 de noviembre: «Tal como se decía en la STS nº 742/2014, de 13 de noviembre «La doctrina de esta Sala (SSTS 1249/1997, 11/1998, 109/1998, 328/1998, 1159/2000, 649/2004, SSTS 192/2010 y 253/2010, 1169/2011 y

207/2014, entre otras muchas, y Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 29 de noviembre 2005), ha adoptado un criterio favorable al reo en la interpretación del requisito de la conexidad que se exige en los artículos 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 76 del Código Penal para la acumulación jurídica de penas al estimar que, más que la analogía o relación entre sí, lo relevante es la conexidad «temporal», es decir que los hechos pudiesen haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión. Como destaca la STS 30/2014 de 29 de enero, se trata de ajustar la respuesta punitiva en fase penitenciaria, a módulos temporales aceptables que no impidan el objetivo final de la vocación de reinserción a que por imperativo constitucional están llamadas las penas de prisión (Art. 25 de la Constitución)».

III. LA REFORMA DE 2015

Las modificaciones introducidas en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, afectaron también al apartado 2 del art. 76. A este respecto en la Exposición de Motivos del Proyecto (IV) se decía: «Finalmente se introduce una mejora técnica en el artículo 76, con el objetivo de fijar con claridad —conforme al criterio consolidado en la jurisprudencia— las condiciones en las que procede la aplicación de los límites de condena a las que hayan sido impuestas en diversos procedimientos». Dicho apartado ha pasado ahora a establecer lo siguiente: «La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de la acumulación, lo hubieran sido en primer lugar». Con la nueva redacción, que abandona definitivamente el criterio de la analogía o conexidad entre los delitos, se trata, pues, de fijar con claridad —en la línea mantenida por la jurisprudencia— la relación temporal que debe darse entre las infracciones cometidas para que les sean aplicables las limitaciones al cumplimiento sucesivo de las penas por ellas impuestas previstas en el art. 76.1 CP, que desde la reforma operada

por la LO 7/2003 atendía alternativamente a su conexión o al momento de su comisión¹⁵.

Como ya se ha indicado, el requisito de la conexión entre infracciones a efectos de aplicar los límites de cumplimiento del artículo 76.1 fue criticado ampliamente por la doctrina mientras la jurisprudencia lo interpretó con creciente generosidad más allá del mismo concepto de conexidad del art. 17 LECrim hasta llegar a considerar acumulables las penas impuestas a todos los hechos ocurridos antes de la fecha de la firmeza de la primera sentencia que adquirió tal condición¹⁶. Ese criterio fue más tarde superado estableciéndose en el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2005 que «no es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación», tomándose partido por la fecha misma del pronunciamiento de la sentencia (por ejemplo, SSTS 6439/2011, de 6 de octubre y 763/2015, de 4 de marzo).

Últimamente la LO 1/2015 ha dado un paso más en esta línea jurisprudencial, prescindiendo definitivamente de la conexidad y optando como único criterio, para aplicar los límites de cumplimiento establecidos en el artículo 76.1 CP, por la fecha del enjuiciamiento, que, en principio, habría que entender referida al juicio oral. En consecuencia, como sostiene Javier GUARDIOLA, «con independencia de la conexión o no, sea de una u otra suerte, entre las infracciones cometidas, se aplicarán los máximos de cumplimiento efectivo de la condena previstos en el artículo 76.1 a todos los hechos cometidos hasta el primer juicio oral, o desde un juicio oral hasta el siguiente»¹⁷.

En opinión de este autor, el criterio que se asume aporta mayor concreción y claridad que el del texto legal anterior, aunque implica todavía ciertos problemas (baste pensar en los supuestos de enjuiciamiento dilata- dos en el tiempo, con suspensiones reiteradas de la vista que pueden abarcar varios meses, y en las infracciones cometidas durante estos períodos). Por eso el CGPJ, en su informe al Anteproyecto, proponía acudir en cambio a la sentencia y no a la fecha de enjuiciamiento, lo que ciertamente evitaría esos problemas¹⁸.

15 Vid. GUARDIOLA GARCÍA, J., «Concurso de delitos: Arts. 74,76 y 77 CP», en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 270.

16 Vid SANZ MORAN, A. J., «Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, cit., pp. 519-520.

17 GUARDIOLA GARCÍA, J., «Reglas especiales para la aplicación de las penas; concurso de infracciones (arts. 76 y ss.)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.) y MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 304.

18 GUARDIOLA GARCÍA, J., «Concurso de delitos: Arts. 74,76 y 77 CP», en *Estudio crítico sobre el anteproyecto...*, cit., pp. 276-277 y «Reglas especiales para la aplicación de las penas; concurso de infracciones (arts. 76 y ss.)», en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, cit., p. 305.

No obstante, para otros autores, como María ACALLE, el nuevo texto del art. 76.2 CP adolece de falta de claridad porque «parece que hay que entender que se acumularán las penas impuestas en distintos procesos, cuando se correspondan a hechos cometidos antes de una fecha que no se comprende cuál es» y además «porque frente a la rigidez que causa la remisión exclusiva al momento de la comisión, en la redacción vigente se establece que la limitación temporal se aplicará aunque los hechos se hayan impuesto en distintos momentos bien por su conexión o bien por el momento de su comisión». En su opinión el texto anterior era «mucho más sencillo, tiene ya una base jurisprudencial de interpretación y además al incorporar la referencia a la conexión, unifica su contenido con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto a la conexidad de varios hechos». Concluye esta autora que lo que se intenta con la reforma del art. 76.2 CP es «eliminar la referencia a la conexión de los delitos, impedir la refundición, haciendo que las penas se cumplan de forma separadas unas de otras, por el orden de su respectiva gravedad, prolongando en todo caso, el tiempo de estancia en vigor»¹⁹.

Por su parte, Ángel José SANZ MORÁN, consideró que «la previsión del Anteproyecto, no supone sino un mínimo «parche» en un modelo de determinación de la pena, en casos de concurso real de delitos, completamente obsoleto y objeto de crítica unánime por los especialistas: suma de las penas en que se incurrió y fijación de límites máximos de cumplimiento que, desde la reforma del Código Penal de junio del año 2003, resultan a todas luces excesivos». Para disipar todos los inconvenientes que presentaba la redacción del nuevo apartado 2 del artículo 76 CP este autor propuso el siguiente texto: «No obsta a la aplicación de estos límites el que los hechos se conozcan en procesos separados si, por el momento de su comisión, pudieron haberse enjuiciado de manera conjunta. Si el Juez o Tribunal conoce de un hecho delictivo que, por el momento de su comisión, podría haberse enjuiciado conjuntamente con otro u otros ya sentenciados, impondrá la pena correspondiente al hecho que ahora juzga y, teniendo en cuenta las penas ya impuestas, fijará el límite máximo de cumplimiento de acuerdo con lo previsto en el número 1 de este artículo»²⁰. Este texto prescinde de la conexidad pero evita la falta de claridad del texto ahora vigente.

El nuevo apartado 2 del artículo 76, salido de la reforma de 2015, ha suscitado también controversia en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera que «la redacción del precepto pudiera haber sido más clara» (STS 367/2015, de 11 de junio). Una primera interpretación literal del nuevo precepto, como declara la STS 367/2015, de 11 de junio, planteó la conclusión de que el legislador había cambiado la fecha que determina el límite para la refundición que a partir de la reforma sería «la fecha que determina el límite para la refundición es la de la celebración del juicio que da lugar a la primera condena («la fecha en que fueron enjuiciados»), no la fecha de la sentencia, ni la de su firmeza». Pero esta interpretación literal (fecha del enjuiciamiento y no de la sentencia) plantea una serie de problemas que han llevado a esta Sala a efectuar, por unanimidad, una interpretación correctora en el Pleno de tres de febrero, adoptando el siguiente acuerdo: «a los efectos del art. 76.2 CP hay que estar a la fecha de la sentencia dictada en la instancia y no la del juicio». La STS 144/2016, de 25 de febrero, expone las razones que justifican este acuerdo.

- a) *En primer lugar de seguridad jurídica: la fecha de la sentencia consta con certeza en la certificación de antecedentes penales, y es fija, mientras que la del enjuiciamiento es en ocasiones más difícil de localizar y además puede ser variable. En los casos en los que el juicio comienza en una determinada fecha y concluye días después, pueden plantearse problemas interpretativos entre utilizar una u otra fecha, que generarían una nueva perturbación en una materia ya bastante compleja.*
- b) *En segundo lugar, razones de coherencia jurisprudencial. En efecto, no se aprecian motivos de fondo para que el Legislador modifique, sin argumentación alguna en la exposición de motivos, un criterio jurisprudencial consolidado en esta materia, que tras diversas controversias se reafirmó mediante Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 29 de noviembre de 2005 según el cual «no es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación». Con este Acuerdo se unificaron las interpretaciones diferenciadas que utilizaban como fecha de referencia para la acumulación, bien la de la sentencia condenatoria o bien la de la firmeza de la*

19 ACALLE SÁNCHEZ, M., «Refundición/acumulación de penas» en *Estudio crítico sobre el anteproyecto...*, cit., pp. 256-257.

20 SANZ MORÁN, Á. J., «Concurso de normas y de delitos: Arts. 74, 76 y 77 CP», en *Estudio crítico sobre el anteproyecto...*, cit., p. 287.

misma, optándose de modo definitivo por la primera, por lo que no parece justificado desvirtuar este criterio unificado con una modificación que solo añade una mayor complejidad del proceso de refundición.

- c) *Y, en tercer lugar, esta es la interpretación más favorable para el reo. En el supuesto de un hecho delictivo cometido después de celebrado el juicio, pero antes de la sentencia, la interpretación tradicional permite la acumulación, pero la interpretación literal de la reforma no la permite. Esta condición de norma desfavorable provocaría serios problemas de retroactividad. En primer lugar habría que diferenciar dos modelos de refundición, uno para las refundiciones anteriores a la reforma, que tomaría como referencia la fecha de la sentencia y otro para las posteriores, que partiría de la fecha del juicio. Pero esta solución tampoco resolvería el problema, pues la reciente doctrina constitucional (STC 261/2015, de 14 de diciembre), en un supuesto similar, puede conducir a diversas interpretaciones sobre la fecha de aplicación de la irretroactividad (la de la refundición o la de la primera condena). En definitiva, se daría lugar a una acentuada e innecesaria complejidad.*

En consecuencia, adoptar una interpretación literal de «fecha de enjuiciamiento» como «fecha del juicio», conduce a una situación manifiestamente disfuncional, que debe ser evitada en una materia tan delicada en la que está en juego el tiempo de privación de libertad de los penados, por lo que debe adoptarse la interpretación de «fecha en la que los hechos fueron enjuiciados».

En el mismo sentido la STS 339/2016, de 21 de abril, confirma que «lo decisivo no es la fecha del juicio oral —que puede prolongarse durante semanas o meses— sino la de la sentencia. Una perspectiva teleológica apoya este criterio, este referente temporal es más seguro (es una única fecha) y respeta la literalidad del art. 76.2 actual por cuanto «el término enjuiciados» —se lee en la STS 697/2015 de 10.11—, no implica una diferencia esencial y necesaria respecto del mismo término, siquiera en singular, utilizado en la redacción anterior del artículo 76.2 del Código Penal. En ambos casos el significado no remite ineludiblemente al momento del acto del juicio oral. En efecto, conforme al diccionario RAE la misma voz enjuiciar puede significar «instruir, juzgar o sentenciar». Además evita un problema burocrático, pues en los registros públicos no consta la fe-

cha del juicio que habría que buscar en los antecedentes de la sentencia (donde no siempre figura)».

1. Posibilidad de reutilizar las condenas integrantes de bloques no fructíferos

El hecho de que la nueva redacción dada al artículo 76.2 por la LO 1/2015, de 30 de marzo, no haga referencia alguna a que los hechos pudieran haber sido enjuiciados en un solo proceso unido a principios consagrados constitucionalmente permite a la última jurisprudencia ir más allá a favor del penado en la interpretación del precepto.

«La doctrina de la sala 2ª del TS ha establecido, como recuerda la STS 153/2016, de 26 de febrero, que para que proceda la acumulación de condenas únicamente se requiere que entre los hechos exista una determinada conexión cronológica, la cual se apreciará siempre que los delitos sancionados hubieran podido ser enjuiciados en un mismo proceso, teniendo en cuenta las fechas de las sentencias dictadas y las de comisión de los hechos enjuiciados en ellas, de manera que no se transforme en una exclusión de la punibilidad abierta para todo delito posterior... En consecuencia, se debe excluir de la acumulación cualquier sentencia cuando los hechos por los que la misma ha recaído ocurrieron con posterioridad al dictado de las anteriores. De esta forma no podrán acumularse entre sí varias condenas cuando los hechos por los que ha recaído alguna de ellas sea posterior al dictado de cualquiera de las sentencias». Pero, como considerara esa misma sentencia, «la interpretación de la nueva regulación no debería impedir que, tras un primer intento de acumulación (o varios, en su caso), se acuda a otras distintas posibilidades, si resultan más favorables para el penado, criterio que resultaría aplicable en atención a la finalidad de la norma, orientada a reducir a un límite máximo racional la extensión de privación de libertad de una persona por hechos cometidos en un determinado lapso temporal. Siempre respetando el límite antes mencionado, es decir, siempre que todos los hechos por los que han recaído las distintas condenas sean anteriores a la sentencia más antigua de las que concretamente se acumulan».

En el planteamiento tradicional de la jurisprudencia, al amparo de la anterior redacción del apartado 2 del artículo 76 CP, en la formación de los posibles bloques, como explica la STS 338/2016, de 21 de abril, citando la 222/2016, de 16 de marzo, se partía «de la consideración, de que cada sentencia debería representar un punto y aparte en el historial delictivo. En el momento de la sentencia el condenado ha de adquirir conciencia

de que todos los delitos cometidos hasta entonces, hayan sido o no enjuiciados, solo podrán refundirse con la condena ya recaída. Y habría de ser consciente de que la comisión de un nuevo delito abrirá otro «capítulo» en su historial delictivo y en la forma de cumplir sus consecuencias. Este sistema implica estar a la sentencia más antigua y efectuar las operaciones con todas las que versen sobre hechos anteriores. Si son acumulables entre sí se procederá así; y a continuación se reiniciará la operación con la más antigua de las que resten y así sucesivamente. Si no son acumulables, sin embargo, no cabría rescatar ninguna de ellas para nuevas combinaciones. Habría que efectuar la operación a partir de la más antigua de las restantes pero sin tomar ya en consideración las descartadas». Es decir, una vez descartada la formación de un bloque por no ser favorable el resultado de la operación, todas las sentencias incluíbles en esa «abortada» agrupación quedarían inhabilitadas para integrarse en nuevos y sucesivos bloques.

Pero en la nueva redacción dada al citado precepto por la LO 1/2015 se prescinde ya de cualquier tipo de conexión y se atiende a criterios estrictamente cronológicos: *la limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar*; que como indica la STS 139/2016, de 25 de febrero ha suscitado la reinterpretación del alcance de la acumulación cuando se trata de penas impuestas en distintos procesos, aunque ciertamente algunas resoluciones ya abogaban por el criterio ahora adoptado en el Pleno no jurisdiccional de fecha 3 de febrero de 2016 celebrado por esta Sala Segunda al amparo del art. 264 LOPJ, donde se acuerda:

La acumulación de penas deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues no contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las otras sentencias. A esa condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia.

Las condenas cuya acumulación proceda respecto de esta sentencia más antigua, ya no podrán ser objeto de posteriores operaciones de acumulación en relación con las demás sentencias restantes. Sin embargo, si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación si entre sí son susceptibles de ello.

Pero ahora, este Acuerdo del Pleno, según la STS 338/2016, de 21 de abril, «adiciona la posibilidad de reutilización de las condenas integrantes de bloques no fructíferos, porque los límites previstos en el 76.1, ex-

cedieran en su magnitud a la suma aritmética las que integran el bloque: de modo que es viable la formación de bloques donde se incorporen condenas ya ponderadas en bloques previos donde el cotejo comparativo aritmético frustró la acumulación». Como adelantaba la STS 706/2015, de 19 de noviembre, «si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación si entre sí son susceptibles de ello».

«En cualquier caso, como establece la STS 367/2015, de 11 de junio, ha de tomarse en consideración que esta refundición determinada temporalmente por la primera sentencia condenatoria, no excluye la posibilidad de repetir la operación con otros hechos y sentencias posteriores, formando un segundo grupo de condenas acumulables si, aplicando los límites legales, el resultado fuese favorable para el reo (STS 249/2015, de 24 de abril, «producida, según esto, la acumulación de las penas de algunas de las sentencias a examen, cabrá formar un nuevo o nuevos grupos con las restantes, actuando de idéntico modo»)). Es decir, como explica la STS 706/2015, de 19 de noviembre, «la redacción del precepto no impide que se examinen con el mismo criterio las demás sentencias que pudieran resultar no acumulables a esa primera, partiendo nuevamente de la más antigua de las restantes, procediendo así a conformar nuevos bloques de acumulación. Procediendo en la misma forma en lo sucesivo, si fuera posible».

«Parece lógico, igualmente, según la citada STS 706/2015, de 19 de noviembre, que las condenas cuya acumulación proceda respecto de esta sentencia más antigua, ya no podrán ser objeto de posteriores operaciones de acumulación en relación con las demás sentencias restantes. Sin embargo, si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación si entre sí son susceptibles de ello. Es claro que la acumulación no es posible cuando las fechas lo impidan. Puede ser dudoso si también lo es cuando su eventual resultado no permite el establecimiento de un límite máximo de cumplimiento efectivo, por ser mayor éste que la suma de las penas efectivamente impuestas. Pero no se aprecian obstáculos insuperables para entender que acumular supone, en realidad, la realización de la operación completa prevista en el artículo 76, y no solo la posibilidad de considerarla. De esta forma, no cabrá acumulación a la sentencia más antigua, que es la que primero se debe examinar, cuando el límite máximo sea superior a la suma de las penas impuestas, lo que permitiría la reconsideración de todas

las descartadas en la primera operación para el examen de otra posibilidad de acumulación distinta. Esta deberá limitarse a las condenas que, dadas las fechas de los hechos y de las sentencias, sean acumulables entre sí, como antes se ha dicho».

2. Elección de la ejecutoria que sirva de base a la acumulación

«Pero además de esta reutilización, como se pone de manifiesto en la STS 338/2016, de 21 de abril, en un escalón evolutivo jurisprudencial más, en la interpretación favorable al penado, a partir de la reconsideración del art. 76.2 propiciada por su nueva redacción sobre la locución utilizada en referencia restringida a las condenas que integren el objeto de la efectiva acumulación, permite atender en modificación de una jurisprudencia anterior (p. e. STS 408/2014, de 14 de mayo, ciertamente distante de ser pacífica, que era el criterio también seguido en la Circular FGE 1/2014) a la viabilidad de que sea posible la elección de la ejecutoria que sirva de base a la acumulación, en cuanto el texto normativo predica la exigencia del requisito cronológico de los que fueren objeto de acumulación, pero ninguna exigencia más a cómo debe formarse ese bloque, ni que la exigencia cronológica además de observarse internamente entre las ejecutorias que integren el bloque, también suponga que no existe posibilidad de bloques acumulativos con condenas de fechas precedentes».

«Debemos observar, señala la STS 139/2016, de 25 de febrero, que el Tribunal Supremo lo que establece no es un principio sustantivo penal sino una regla práctica y metodológica sobre el modo de proceder en la acumulación jurídica de las penas, fijando un criterio uniforme para su realización práctica, de forma que ello no debe impedir, a partir de dicho esquema, la posibilidad de su reconsideración teniendo en cuenta los principios sustantivos que deben tenerse en cuenta en esta materia, lo que desde luego no puede excluir otras posibilidades combinatorias siempre y cuando no se traspasen las reglas fijas e inamovibles establecidas por la Sala desde siempre: que los hechos sean siempre anteriores a la sentencia que sirve de referencia a la acumulación, que los mismos no estén sentenciados con anterioridad a la misma y que la operación debe ser completa porque como afirma la STS ya citada (706/2015) “acumular supone, en realidad, la realización de la operación completa prevista en el artículo 76, y no solo la posibilidad de considerarla”. De ahí la necesidad de establecer una regla metodológica que recoja en principio el punto de partida de la totalidad de las penas potencialmente

acumulables. Según ello, sigue diciendo esta sentencia, cuando el apartado 2 del artículo 76 se refiere a que los hechos objeto de acumulación hayan sido cometidos antes de la fecha en que hubieran sido enjuiciados los que sirven de referencia, ello no significa necesariamente que esta sentencia deba ser la de fecha más antigua de todas las potencialmente acumulables sino anterior a las que hayan enjuiciado los hechos que sean objeto de acumulación en relación con la que sirve de referencia en cada caso. De la misma forma, cuando el límite máximo sea superior a las penas impuestas, podrá reconsiderarse la combinación de las descartadas en la primera operación para el examen de otra posibilidad de acumulación distinta, siempre que se cumplan las reglas fijas señaladas más arriba».

Este planteamiento jurisprudencial encuentra en la jurisprudencia su apoyo constitucional. Así, la STS 139/2016, de 25 de febrero, señala que «la interpretación sustantiva del sistema de acumulación jurídica no puede prescindir de determinados valores constitucionales como son los principios proclamados en el artículo 15 CE relativo a las penas inhumanas, el artículo 25 que proclama que las penas privativas de libertad están orientadas hacia la reeducación y reinserción social y el propio artículo 10.2 que obliga a la interpretación conforme a los tratados y acuerdos internacionales y a la Declaración Universal de Derechos Humanos (así, por ejemplo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 49.3, proclama que la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción)». Y la sentencia apunta además dos argumentos clásicos que inciden directamente en el tratamiento de esta cuestión. En primer lugar, «una aplicación rígida y cerrada de nuestro sistema de acumulación jurídica, sin prever distintas posibilidades combinatorias, arrojaría unos resultados contrarios a cualquier principio retributivo y proporcional de la pena como sería que una multiplicidad de delitos menores contra la propiedad fuesen castigados a la postre más severamente que delitos mucho más graves contra la vida o integridad de las personas». Y, en segundo lugar, «que el enjuiciamiento de los hechos pende en muchas ocasiones de circunstancias o contingencias aleatorias, y por ello ajenas a la responsabilidad de los propios penados y que incluso pueden conculcar el principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 CE). Ello tampoco puede corregirse absolutamente pero cuanto más flexible sea la posibilidad combinatoria se reducirá el margen de aleatoriedad».

Esta sentencia 139/2016 considera la posibilidad de formar, del cuadro de ejecutorias en juicio, dos bloques.

Uno a partir de la primera de las sentencias ordenadas en atención a su antigüedad. Y otro a partir de la segunda (la de fecha siguiente a la más antigua), que resulta más beneficioso para el penado aunque deja fuera del mismo a aquella primera sentencia. Pues bien, esta alternativa combinatoria, que sería la opción más favorable para el penado, no es incompatible con el apartado 2 del artículo 76 CP, según viene entendiéndolo la jurisprudencia, y en consecuencias debe ser la acogida, pues todos los hechos son anteriores a la sentencia de referencia y ninguno de ellos ha sido sentenciado con anterioridad. Es decir, que cuando el apartado 2 del artículo 76 se refiere a que los hechos objeto de acumulación hayan sido cometidos antes de la fecha en que hubieren sido enjuiciados los que sirven de referencia, ello no significa necesariamente que esta sentencia deba ser la de fecha más antigua de todas las potencialmente acumulables sino anterior a las que hayan enjuiciado los hechos que sean objeto de acumulación en relación con la que sirve de referencia en cada caso.

«La esencia de esta interpretación, como señala la STS 142/2016, de 25 de febrero, consiste en la búsqueda de la solución combinatoria que más beneficios objetivos represente para el penado. Siempre que se adecue al canon legal, pero advirtiendo que éste no se dirige a imponer un método de formulación de combinaciones que parta necesariamente de la más antigua de las sentencias de entre todas las que condenaron al penado. Esa fecha de sentencia que es relevante es la de la más antigua de aquéllas que efectivamente se incluye en el listado de cualquiera de las combinaciones. Es decir la Ley 1/2015 no ha querido fijar prioritariamente un método de cálculo para componer la acumulación obligando a comenzar por las acumulaciones posibles a la más antigua de las sentencias condenatorias sufridas por el penado. Lo que pretende es imponer un límite al resultado de todas y cada una de las combinaciones que efectivamente se puedan llevar a cabo. Otra interpretación supone, contra reo, transformar lo que es la voluntad legal dirigida a ampliar la autorización que implique una disminución del tiempo de condena en una imposición restrictiva que se traduzca en mayor tiempo de cumplimiento». En el mismo sentido las SSTs 153/2016, de 26 de febrero; 219/2016, de 15 de marzo y 338/2016, de 21 de abril.

En todo caso, como señala la STS 338/2016, de 21 de abril, han de cumplirse los siguientes requisitos:

- a) *Cronológico: los hechos de las sentencias que se acumulan han de ser anteriores a la fecha de la sentencia que sirve de base a la acumulación;*

sentencia base que a su vez es de fecha anterior a las sentencias que a ella se acumulen; y

- b) *Continuidad: no es dable excluir, en el bloque así formado a partir de la sentencia elegida como base de la acumulación por resultar más favorable, ninguna ejecutoria de las incluidas en la hoja histórico-penal del condenado, que cumplan en relación con la misma, el anterior requisito cronológico; pues en otro caso se potencia la posibilidad de la generación de un patrimonio punitivo, en el sentido de que, en algún momento, pudiera delinquir nuevamente sabiendo que no cumplirá la pena.*

Como destaca la STS 367/2015, de 11 de junio, de ningún modo el resultado de la acumulación, puede «constituir a los ya sentenciados en poseedores de un patrimonio punitivo que les provea de inmunidad o de una relevante reducción de penalidad, para los delitos futuros, es decir los que puedan cometer después del cumplimiento de su condena, o durante la misma tanto en caso de quebrantamiento como de delitos ejecutados durante los permisos o en el interior de la prisión, esto es para aquellos delitos que sin ser susceptibles de acumulación, rebasarán el límite del art. 76, lo que sería injusto y atentaría a los principios que rigen el proceso penal (STS 798/2000, de 9 de mayo), insistiéndose en que tales límites no pueden operar como garantía de impunidad para el futuro, aunque se hayan agotado los límites máximos establecidos con carácter general por la Ley para las penas privativas de libertad (STS 135/99, de 8 de febrero)».

Esa situación de generación de un patrimonio punitivo debe ser evitada, aunque ello no siempre será posible. Como pone de manifiesto la STS 706/2015, de 19 de noviembre, «el delincuente que ha cometido ya al menos tres delitos sin haber sido enjuiciado ninguno de ellos, sabe, o puede saber, que respecto de los nuevos delitos que cometa antes de ser enjuiciado por los anteriores es muy posible que, en algunos casos, ya no deba cumplir la pena asociada a los mismos, precisamente por la acción de las previsiones del artículo 76.2 del Código Penal. Es una consecuencia del sistema seguido por el Código». Efectivamente, como señala la STS 139/2016, de 25 de febrero, en relación con lo que se ha denominado patrimonio punitivo es claro que «el sistema acogido por nuestro Código Penal no puede sellar la posibilidad del mismo de manera absoluta pues ello es consecuencia del funcionamiento del propio sistema que limita la suma aritmética que representa la acumulación material introduciendo un límite cuantitativo que abarca penas impuestas en distintos procesos por

hechos no enjuiciados y sentenciados con anterioridad a una sentencia precedente que se tome como referencia. La función de garantía a estos efectos está constituida por las reglas fijas que hemos establecido».

Pero, como apunta la STS 338/2016, de 21 de abril, «ello se acrecienta notablemente y lo aproximaría a niveles de certeza, si sabe que la potencial condena ulterior con mayor pena, puede ser escindida con facilidad, del bloque a formar para determinar el límite de cumplimiento».

IV. SUPUESTOS QUE AL NO SER POSIBLE APLICAR LOS LÍMITES DEL ART. 76.1 CP SUPONEN DE HECHO UNA PENA PERPETUA

La eliminación expresa del artículo 76.2 CP del requisito de que los hechos pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso y las nuevas vías interpretativas abiertas por la más reciente jurisprudencia del TS podrían permitir dar un paso más en la aplicación del precepto en la línea sugerida por el voto particular emitido por el Magistrado Andrés Martínez Arrieta a la STS 14/2014, de 21 de enero, anterior, pues, a la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Teniendo en cuenta el fundamento del establecimiento de los límites de cumplimiento efectivo que el artículo 76 CP establece para los supuestos de acumulación de penas y la vigencia de determinados mandatos constitucionales sería posible, en opinión del citado magistrado, avanzar hacia la eliminación de aquellos supuestos que derivan de hecho en penas privativas de libertad perpetuas no contempladas por el legislador con la excepción de la prisión permanente revisable, prevista para supuestos de especial gravedad y sometida a procesos de revisión. El mandato constitucional del artículo 25.2 CE, que impone la orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social y excluye aquellas penas que segreguen definitivamente al procesado de la sociedad, por un lado, y los efectos nocivos que suponen para el penado una privación de libertad prolongada y continuada constitutiva de un trato inhumano contrario al artículo 15 CE, por otro, obligan a encontrar vías de solución que terminen con aquellos supuestos en los que por encadenamiento de sucesivas condenas no acumulables se llega de hecho a liquidaciones de condena que suponen una privación perpetua de libertad no sometida a ninguno de los límites del artículo 76 ni a ningún proceso de revisión.

Según datos de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en mayo de 2013, 253 personas, internas en centros penitenciarios españoles, cumplían condenas de prisión superiores a 40 años, el límite máximo de cumplimiento efectivo dispuesto en el artículo 76.1 del Código Penal, en algunos casos auténticas penas privativas de libertad perpetuas²¹.

Habría que evitar al mismo tiempo, en la línea que viene siendo observada por la jurisprudencia, la creación de espacios de impunidad respecto a personas que ya tienen señalado un límite de cumplimiento efectivo y cometan nuevos delitos o en quienes concurran en la ejecución de la condena otras penas que no puedan acumularse en los términos del art. 76 CP, como se señala en el citado voto particular. Efectivamente, el criterio de la conexidad temporal que viene presidiendo la interpretación jurisprudencial del artículo 76.2 CP deja fuera de la limitación del apartado 1 las condenas que no admiten acumulación, situación que, como pone de manifiesto Martínez Arrieta, genera inseguridad, pues muchas veces se hace depender de criterios puramente aleatorios, como la mayor o menor premura en el enjuiciamiento de los hechos.

La conclusión a la que llega el magistrado Martínez Arrieta en su voto particular es que «en los supuestos en los que un interno en un establecimiento penitenciario cumpliendo una pena que tiene fijado un límite máximo de cumplimiento efectivo, cometiere otro nuevo delito, en un permiso o en el interior del centro, o tuviera que ejecutarse otra pena no acumulable en los términos del art. 76.2 CP, deberá procederse a otra nueva liquidación en la que se fijara la pena que le resta por cumplir y la nueva pena, y si el total de ambas penas excediera de los límites previstos en el art. 76, deberá limitarse el cumplimiento efectivo a la previsión legal. De esta manera ninguna resolución judicial procedería a aprobar una liquidación de condena que exceda de las limitaciones de cumplimiento efectivo legalmente previstas en la ley».

La interpretación jurisprudencial ha sido progresista y ha conseguido abrir nuevas vías al legislador. Pero la situación no es conforme todavía con la Constitución y los principios penales sustantivos. El tema del concurso de delitos no es un tema procesal, sino penal. Y habría que abrir la acumulación de sentencias a todos los casos en que estando todavía ejecutándose una sentencia se es condenado por un nuevo delito, de modo

21 RÍOS, J., *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, Sareak, San Sebastián, 2013, p. 170.

que siempre hubiera esperanza para la reeducación y reinserción. De otra manera se llega en algunos casos a penas de prisión perpetuas. Se trataría, en definitiva, de introducir fórmulas parecidas a las del concurso posterior o adicional de otros ordenamientos extranjeros. Pero esta posibilidad resulta por ahora cerrada con la fórmula legal utilizada en el artículo 76.2 CP que para la acumulación de condenas exige en todo caso que las penas impuestas en distintos procesos hayan de referirse siempre a hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que lo hayan sido en primer lugar, de modo que si los hechos delictivos se cometen durante el cumplimiento de otra pena ya es imposible acudir a la aplicación del artículo 76.2 CP.

En todo caso sería deseable, como ya señaló Ángel SANZ MORÁN²², la intervención del legislador. Y ello, en una doble dirección: en primer lugar, suprimiendo del art. 76 CP (así como del art. 988 LECrim) toda referencia a la conexidad, en sentido procesal, entre los delitos concurrentes que se conocen en procesos distintos; y, en segundo lugar, regulando expresamente alguna modalidad de concurso posterior. Se trata, en definitiva, concluía este autor, de posibilitar que la pluralidad de procesos no incida negativamente sobre la situación jurídica del penado como, por lo demás, lo reconoce el mismo legislador en un campo próximo: cuando permite, en determinadas circunstancias, abonar la prisión preventiva sufrida por causa distinta de la que motivó la condena.

²² SANZ MORÁN, A., «Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995», en *Libro Homenaje al Prof. Dr. Don Ángel Torío*, cit., pp. 519-520.