

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES de **DERECHO**

ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 76 DEL CÓDIGO PENAL

JOSEFA MUÑOZ RUIZ

Profesora de Derecho Penal y Criminología. Universidad de Murcia

Resumen

Los efectos perniciosos de la acumulación absoluta de penas, en el caso de concurso de delitos, exigen la fijación de factores de corrección atendiendo a los límites temporales de la propia vida y al fin de reinserción social que inspiran las penas privativas de libertad. Conforme a ello, el presente estudio tiene por objeto analizar el fundamento y alcance de la acumulación jurídica atendiendo, fundamentalmente, a la más reciente doctrina jurisprudencial y al Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 febrero de 2016, en el que se unifica la interpretación del artículo 76 del Código Penal, en su redacción actual.

Palabras clave: pluralidad de delitos, acumulación material de penas, acumulación jurídica, límites, criterio jurisprudencial

Analysis to article 76 of the Criminal Code

Abstract

The harmful effects of total accumulation of crime penalties require correction factors taking into account the factors that inspire imprisonment, especially the time limits of life itself and the principle of social reintegration. Accordingly, this paper aims to examine the basis and scope of legal accumulation attending mainly to the most recent Jurisprudential Doctrine and the Agreement of the Second Chamber of the Spanish Supreme Court of February 3th, 2016, which unifies the interpretation of §76 of the Spanish Penal Code.

Keywords: *plurality of crimes, material accumulation of penalties, legal accumulation, limits, jurisprudential criteria*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. BREVE PERIPLO HISTÓRICO-LEGISLATIVO DEL ARTÍCULO 76 DEL CÓDIGO PENAL. III. LA ACUMULACIÓN JURÍDICA FRENTE A LA REFUNDICIÓN DE CONDENAS. IV. LÍMITES APLICABLES A LA SUMA DE PENAS CONFORME AL ARTÍCULO 76 DEL CÓDIGO PENAL: 1. Justificación de los límites del artículo 76: 1.1. Límite relativo por razones de política criminal; 1.2. El límite de los veinte años; 1.3. Límites especiales; 1.4. Límites derivados de la imposición de la pena de prisión permanente revisable. 2. Principios que fundamentan el proceso de acumulación jurídica: 2.1. Criterio de conexidad anterior a la reforma de la LO 1/2015; 2.2. La sentencia de instancia como presupuesto para la acumulación tras la reforma de la LO 1/2015. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La imposición de una pena determinada por la comisión de una infracción penal se realiza mediante un proceso de individualización judicial. Para ello, el Código Penal arbitra un sistema de determinación de la pena en el que el protagonismo inicial de la ley, en su previsión abstracta, cede a favor de los Jueces y Tribunales en su concreta aplicación. Aunque de entrada pudiera parecer sencilla esa operación por la que se determina la pena a imponer, la cuestión reviste especial complejidad respecto del sujeto infractor que comete una pluralidad de delitos siendo condenado por cada uno de ellos, resultando, en ocasiones, que la acumulación material de las penas signifique una suma exorbitante de años de prisión que exceda de la propia vida humana.

Con semejante premisa, el artículo 76 del Código Penal cierra el régimen previsto para el concurso real de delitos estableciendo unos límites máximos al cumplimiento sucesivo de las penas impuestas al responsable de varias infracciones. A la vista de estas limitaciones se indica que el sistema acogido en nuestro Código Penal es un “sistema de acumulación jurídica”¹. Institución jurídica que tiene por objeto atemperar los efectos nocivos de la acumulación material, pues, de otra manera, la acumulación absoluta de las penas tendría como único fin retribuir los delitos cometidos. Además, las limitaciones temporales de la vida humana, los fines de la prevención –en particular, la reinserción y la resocialización del delincuente- resultan

¹ ESCUCHURI AISA, E.: “Artículo 76”, en Gómez Tomillo, M. (Coord.), *Comentarios prácticos al Código Penal Tomo I*, Navarra, 2015, p. 705.

inconciliables con ese sistema, el cual, por otra parte, acaba desnaturalizando las penas al convertirlas en la práctica para el delincuente de temporales en perpetuas².

Se trata de un beneficio en virtud del cual se produce una limitación del tiempo de cumplimiento total de la condena, que termina resultando menor que el que correspondería si el penado cumpliera la suma aritmética de todas las penas impuestas. Supone un verdadero privilegio para el condenado y constituye un instrumento clave en la reducción del cumplimiento efectivo de la pena. Como subraya Escuchuri Aisa, la necesidad de establecer un tope al cumplimiento sucesivo de las penas se vincula con el principio de proporcionalidad, la prohibición constitucional de penas o tratos inhumanos y degradantes, y la orientación de las penas a la resocialización que plasma el artículo 25.2 CE³. En definitiva, se inspira en el principio pro reo de aplicación de la ley más favorable, y su función limitadora está directamente vinculada con los fines de la pena y el respeto al carácter humanitario que debe inspirar la duración de la pena privativa de libertad.

A pesar de su alcance en cuanto institución que pone techo al proceso de suma de penas por los delitos cometidos cuando aquéllas no puedan ser objeto de cumplimiento simultáneo, históricamente ha estado desprovista de una depurada técnica legislativa en su regulación. Conforme a ello, el presente estudio tiene por objeto analizar las implicaciones sustantivas y procesales de la acumulación jurídica atendiendo, fundamentalmente, a la más reciente doctrina jurisprudencial y al Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de febrero de 2016, en el que se unifica la interpretación del artículo 76 del Código Penal, en su redacción actual.

II. BREVE PERIPLO HISTÓRICO-LEGISLATIVO DEL ARTÍCULO 76 DEL CÓDIGO PENAL

La limitación del “máximo de duración de la condena” acumulada por diferentes delitos tiene su origen en el Código Penal de 1870, pues los Códigos de 1848⁴

²BOLDOBA PASAMAR, M. A.: “Aplicación y determinación de la pena”, en Gracia Martín, L. (Coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2012, p. 120.

³ESCUCHURI AISA, E.: “Artículo 76...”, cit., p. 706.

⁴El Código Penal de 1848 recogía en su artículo 76 que “*al culpable de dos o más delitos o faltas se impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones. El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente siendo posible. Cuando no lo fuere, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves, o sea, las más altas en la escala general, excepto las de extrañamiento,*

y 1850⁵ mantenían el sistema de acumulación aritmética absoluta, debiéndose cumplir la totalidad de las penas bien de forma simultánea o, en caso contrario, empezando por la más grave; en contra de este sistema de acumulación material se manifestaba la doctrina por el desprestigio que para los tribunales podía representar la imposición de penas imaginarias y por la injusticia que suponía la pena acumulada por varios pequeños delitos, en relación con uno de extrema gravedad y por la imposición de penas superiores a la duración ordinaria de la vida, sustrayendo a los condenados a toda esperanza de reinserción social⁶.

El Código Penal de 1870 introdujo en la regla segunda del artículo 89⁷ dos limitaciones: el límite del triple de la más grave y el límite absoluto de 40 años, que han perdurado hasta el Código Penal de 1995. Y, respecto de esta materia, el Código Penal de 1928 disponía en la regla 2.^a del artículo 166 que: “(...) *si no fuese posible, conforme a la regla anterior, el cumplimiento simultáneo de las penas, el reo sufrirá sucesivamente por el orden de su respectiva gravedad... todas aquellas a que hubiere sido condenado*”. Pero aporta dos novedades importantes, una en el artículo 171: la ejecución de las penas de reclusión y prisión se acomodará al sistema progresivo y comprenderá varios periodos, el primero de los cuales se cumplirá en aislamiento celular y el último en situación de libertad condicional, si el penado se hiciere acreedor a ella⁸; y la otra consiste en un desarrollo más preciso de la acumulación jurídica que,

confinamiento y destierro, las cuales se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en las escalas graduales números 1º y 2º”.

⁵ La reforma de 1850 introdujo, sin tocar la redacción de 1848, la posibilidad de solicitar el indulto en los casos en lo que la pena fuera excesiva debido a la rigurosa aplicación de las distintas disposiciones del Código Penal.

⁶ SALCEDO VELASCO, A.: “La refundición de condenas: acumulación de penas en la ejecución de la sentencia penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994, p. 209; CALDERÓN CERESO, A.: “El concurso real de delitos y sus consecuencias punitivas”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, febrero de 1995, pp. 160 y ss.

⁷ Dispone el artículo 89 del Código Penal de 1870: “*Sin embargo de lo dispuesto en la regla anterior, el máximo de duración de la condena del culpable, no podrá exceder del triple del tiempo por el que se impusiere la más grave de las penas en que hubiere incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde las ya impuestas cubrieran el máximo del tiempo predicho. En ningún caso podrá dicho máximo exceder de cuarenta años*”.

⁸ Añade la regla 2.^a del artículo 166 que “(...) *La duración y circunstancias de éstos y de los demás periodos se determinará en los reglamentos penitenciarios correspondientes, de acuerdo con los preceptos de este Código; y para el tránsito de un periodo a otro será requisito indispensable que el penado haya observado buena conducta y laboriosidad en la instrucción y trabajo. La mala conducta podrá producir el retraso en el paso de un periodo a otro, o el retroceso al periodo anterior, según los casos. La duración de dichos periodos será determinada por los reglamentos penitenciarios*>>”.

conforme a la regla 1.^a del artículo 163, acotaría la restricción de penas “en una misma sentencia”⁹.

El Código Penal de 1932 señalaba, en su artículo 74, que “*sin embargo de lo dispuesto en la regla anterior, el máximo de duración de la condena del culpable, no podrá exceder del tiempo por el que se impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de imponérsele las que procedan desde las que ya impuestas superen el máximo del tiempo predicho*”; mientras que el Texto refundido de 1944 realizaba una pequeña modificación (regla 2.^a del artículo 70) sustituyendo los términos “(...) dejando de imponérsele (...)” por “(...) dejando de extinguir (...)”¹⁰. De manera que “el máximo de cumplimiento de la condena del culpable” se limitara, imponiéndose pero “dejando de extinguir” la penas que excedieran de ese máximo¹¹.

La reforma más importante vino dada por la Ley 3/1967, de 8 de abril, en cuanto introdujo el último párrafo del artículo 70 en el que se establecía que “*el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triplo del tiempo por la que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubriesen el máximo de tiempo predicho que no podrá exceder de treinta años*”. Con el fin de posibilitar su aplicación a penas impuestas en distintos procesos y solucionar algunos problemas de aplicación práctica añadió: “*la limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos, si los hechos por su conexión pudieran haberse enjuiciado en uno sólo*”. Para ello, se modificó, a su vez, el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, creando el procedimiento por el que se regirá el llamado incidente de

⁹Señala el tenor de la regla 1.^a del artículo 163: <<No se podrá imponer a un reo en una misma sentencia penas privativas o restrictivas de libertad que en conjunto sumen un tiempo mayor del triplo de la de mayor duración en que incurra, ni en ningún caso de cuarenta años; y por tanto el Tribunal sentenciador dejará de imponer, aunque declare al reo responsable de mayor número de infracciones, todas las penas procedentes en cuanto excedan del triplo expresado. No obstante, al reo, que estando cumpliendo una condena delinquire de nuevo, se le impondrán las penas procedentes que cumplirá a partir del día en que queden extinguidas las impuestas anteriormente, salvo lo que se dispone en la regla 3.^a del artículo 166>>.

¹⁰ LLORCA ORTEGA, J.: *Manual de determinación de la pena y de las demás consecuencias jurídico penales del delito*, Pamplona, 1997, p. 167.

¹¹GUARDIOLA GARCÍA, J.: “Reglas especiales para la aplicación de las penas; concurso de infracciones (arts. 76 y ss.)”, en González Cussac, J. L. (Dir.) Matallín Evangelio, A. y Górriz Royo, E. (Coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, 2015, p. 301.

acumulación de penas y el apartado 5 del artículo 17 del mismo texto legal sobre criterios de conexidad¹².

La Ley 3/1967 supuso un cambio esencial en tanto que con anterioridad a esta Ley no se podía aplicar la limitación de penas si los hechos enjuiciados no eran objeto de un único proceso (Consulta FGE 1/1953 de 30 de noviembre). Con esta modificación legal se amplió la posibilidad de limitar las penas impuestas, aunque lo hubiesen sido en diferentes procesos siempre que concurriese el requisito de que los hechos por su conexión hubieran podido imponerse en un solo proceso. Y para Mir Puig, con ella se restringió el alcance de la figura que antes no requería ni unidad de proceso ni tampoco la conexión entre los distintos delitos¹³.

El nuevo Código Penal de 1995, aprobado por LO 10/95 de 23 de noviembre, introdujo importantes modificaciones: El artículo 69 del Código Penal de 1973 es casi literalmente el artículo 73 del Código Penal de 1995. El anterior artículo 70 se desglosa en dos: artículos 75 y 76 del texto punitivo de 1995 sobre el cumplimiento sucesivo y la acumulación jurídica de penas manteniendo el límite relativo del triple de la pena más grave y nuevos límites absolutos de 20, 25 y 30 años. La rebaja en el límite de 30 a 20 años hay que contemplarla teniendo en cuenta dos cuestiones fundamentales del nuevo Código Penal de 1995: la rebaja generalizada de las penas y la desaparición de redención de penas.

Respecto de la reforma del artículo 76 del Código Penal de 1995 por Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio, que establece un nuevo límite absoluto de 40 años, López Peregrín señala que esta ley se enmarca en el auge que a nivel internacional está teniendo la idea de retribución y de inocuización del delincuente en prisión, fundamentalmente tras los atentados terroristas de 11 de septiembre y 11 de marzo¹⁴; en opinión de Álvarez García “nos encontramos ante un cambio en la orientación de la política penal y penitenciaria que no ha sido discutido ni valorado por los especialistas, sino impuesto a golpe de mayoría parlamentaria por ese peligrosísimo Ministro de Justicia que continuamente se dirige a la Nación para darnos lamentables lecciones de

¹² En este sentido, MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 2016, pp. 337 y 338.

¹³ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, 2015, p. 681.

¹⁴ LOPEZ PEREGRÍN, C, “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 02-2003, p. 11. Recurso electrónico disponible en: <http://www.criminología.net>.

Derecho”¹⁵; mientras que según Mestre Delgado la reforma legislativa viene dada para dar solución a los problemas de aplicación de la acumulación jurídica respecto a la exigencia de conexidad¹⁶.

Para finalizar, la última reforma del Código Penal, protagonizada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, viene a incorporar en el artículo 76 un nuevo límite en su número 1 apartado e) para cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos uno de ellos está castigado por la Ley con una pena de prisión permanente revisable, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis. El legislador al introducir la nueva pena de prisión permanente, reconoce su carácter revisable, regulando en el artículo 92 los presupuestos para que tal pena pueda ser suspendida cuando transcurran los plazos que expresamente se prevén¹⁷. Inspirada en los principios de proporcionalidad y humanidad, esta pena de duración indeterminada tampoco ignora el mandato constitucional de que las penas privativas de libertad tengan que estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social de los condenados (artículo 25 CE)¹⁸.

Pero la reforma introducida por la LO 1/2015 tiene aún más calado en la figura de la acumulación jurídica contemplada en el artículo 76, en cuanto da una nueva redacción a su número 2, y así, el anterior requisito de unidad potencial o efectiva de cumplimiento ahora pasa a ser unidad efectiva o potencial de enjuiciamiento por razones cronológicas. De forma que, como apunta Suárez López, la limitación que al criterio de acumulación material se realiza por el sistema de acumulación formal del concurso real, está condicionada a que el sujeto haya sido condenado por hechos cometidos con anterioridad a la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar¹⁹. Hasta la introducción de esta nueva redacción se operaba con un criterio denominado de conexidad procesal, aunque la jurisprudencia había interpretado este criterio de conexidad con total amplitud,

¹⁵ ALVAREZ GARCÍA, F. J.: *Código Penal y Ley Penal del Menor*, Valencia, 2004, p. 15.

¹⁶ MESTRE DELGADO, E.: “La reforma permanente como (mala) técnica legislativa de derecho penal”, en *Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario*, Número 1, enero 2004, pp.1 y ss.

¹⁷ GIRALT PADILLA, C.: “La acumulación de condenas tras la LO 1/2015 de reforma del Código Penal. Comentario a la STS 367/2015, de 11 de junio”, en *Diario La Ley*, nº 8616, Madrid, 2015, p.1.

¹⁸ NISTAL BURÓN, J.: “La duración del cumplimiento efectivo de la nueva pena de “prisión permanente revisable” introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal”, en *Revista Aranzadi* nº 6/2015, Pamplona 2015, p. 6.

¹⁹ SUÁREZ LÓPEZ, J. M^a.: “Reglas especiales de aplicación de las penas”, en Morillas Cueva, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal Reformado*, Madrid, 2015, p. 203.

observando el principio de reeducación y reinserción social, llegando a aplicar la antigua conexidad como un criterio puramente temporal (STS 381/2002, de 5 de marzo [RJ 2002\2838]).

III. LA ACUMULACIÓN JURÍDICA FRENTE A LA REFUNDICIÓN DE CONDENAS

Basta ojear la regulación que históricamente ha recibido este instituto, para observar que en ninguno de los Códigos penales mencionados se utiliza el término acumulación jurídica, por lo que es una institución forjada por la doctrina y jurisprudencia, en eterna confusión con otros instrumentos previstos en la legislación penitenciaria, concretamente, la refundición de condenas²⁰. Pero la acumulación jurídica y refundición de condenas son dos institutos diferentes: la acumulación jurídica se refiere a las penas al objeto de fijar los máximos de cumplimiento en caso de concurso real, y la refundición a las condenas a efectos de la libertad condicional²¹.

En cualquier caso, ha sido y es una constante el desorden en la doctrina y jurisprudencia a la hora de utilizar los términos “acumulación” y “refundición”²². Con carácter general y de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, “acumular” es “juntar sin orden gran número de cosas” o bien “reunir una cantidad notable de algo”; mientras que el término “refundición” queda referido a la “acción y efecto de refundir”. Conforme a ello, el término “acumular” se acerca más en su definición a la acumulación material como suma aritmética de las penas a efectos del cálculo de la condena total en el concurso real de delitos del artículo 75 del Código Penal, en cuanto se “amontonan” las penas, no así respecto a la acumulación jurídica, que podría adaptarse a los términos refundir como “dar nueva forma y disposición a una obra”, en cuanto la “acumulación jurídica” no es sino la fijación del límite máximo de

²⁰ Esta última institución tampoco es recogida en ningún texto legal, con la excepción del Código Penal de 1822 que en su artículo 113 disponía: “*Si por un delito mereciere la pena de trabajos perpetuos, y otras más leves por los demás, todas se refundirán en la primera, excepto las pecuniarias, las cuales se impondrán también al mismo tiempo*”.

²¹ GIRALT PADILLA, C.: “La acumulación...”, cit., p. 2, señala que en realidad el modo en que se denomine tal incidente resulta indiferente, pues el artículo 988 LECrim. no se refiere a él con un término específico, sino que simplemente establece que el Juez dictará auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo de cumplimiento de las mismas. En cambio, en el segundo párrafo del artículo 76 del Código Penal sí se alude a los hechos que son objeto de acumulación.

²² DIAZ GOMEZ, A.: “Acumulación y refundición de penas: notas sobre la necesidad de superar estos conceptos”, en *REDUR*, diciembre de 2012, p. 316.

cumplimiento efectivo de la condena. Según Díaz Gómez, resulta “mucho más correcto, semánticamente hablando, utilizar “acumulación” como la llamada “acumulación material” del artículo 75, a efectos de sumar las penas para su cumplimiento sucesivo, que utilizar el término a efectos del artículo 76 del texto punitivo. Y ello a pesar de que, como se ha descrito, “acumulación material” y “acumulación jurídica” no sean sino las dos modalidades de una misma figura -“acumulación”- que ha servido para denominar la regulación de las consecuencias del concurso real de delitos”²³.

En cuanto al término “refundición”, esto es, “volver a fundir” el mismo autor señala que “a pesar de que no pocos autores apuestan por la utilización del término, no parece claro que con la aplicación del artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario se “refunda” realmente algo: solo se suman las penas para considerarlas –ficticiamente– como una sola, (...). Algo parecido ocurre con el artículo 76 y la “acumulación jurídica”. En ninguna de las instituciones las penas han estado antes unidas como para necesitar que sean vueltas a refundir o unir. Incluso aunque se entendiera que de la operación de establecimiento de un límite máximo de cumplimiento –artículo 76 del CP– surge una nueva pena independiente extinguiéndose las del proceso, el término refundición encaja mal²⁴. En efecto, hasta la STS de 197/2006, de 28 de febrero [RJ 2006\467] del límite máximo de cumplimiento una vez operada acumulación de penas que fijaba en 30 años y dicho límite se consideraba una nueva pena, a la que se aplican no sólo las redenciones, sino todos los beneficios penitenciarios, lo que hacía que el cumplimiento de la pena resultante impuesta quedara muy por debajo de ese límite máximo legalmente previsto. Sin embargo, en la citada Sentencia, el Tribunal Supremo afirma la pervivencia de todas las penas impuestas cumpliéndose sucesivamente hasta alcanzar el límite correspondiente, lo que parece ajustarse mejor al término “acumulación” y reunir varias penas²⁵.

²³ DIAZ GOMEZ, A. “Acumulación...”, cit., p. 319.

²⁴ Ibidem, p. 320.

²⁵ En la STS 197/2006, de 28 de febrero [RJ 2006\467], se afirma sobre la base de una serie de razones gramaticales y sistemáticas, así como de consideraciones de índole político-criminal, que sin duda tienen un enorme peso en el giro jurisprudencial: a) que el máximo de treinta años no se convierte en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo...sino que dicho límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario; b) los beneficios penitenciarios de todo orden y la redención por trabajos se refiere a la totalidad de las penas impuestas comenzando por la más grave y así sucesivamente, hasta alcanzar las limitaciones dispuestas en la regla segunda del artículo 70.2 del Código Penal de 1973, esto es el triple de la condena más grave o el límite de 30 años; c) ello conduce inexorablemente al cumplimiento íntegro de la limitación penológica establecida en el CP.

En el ámbito doctrinal también reina la confusión de términos en cuanto que algunos autores han utilizado indistintamente el término “refundición” para referirse a “acumulación”, como aplicación de los límites máximos del artículo 76 del Código Penal²⁶; otros utilizan la “acumulación” para los supuestos de concursos de delitos y de delimitación del máximo de cumplimiento, sin incluir el concepto “refundición” como término equivalente, no haciendo alusión a la figura penitenciaria del artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario²⁷; un tercer grupo de autores distinguen expresamente entre los diferentes institutos, refiriéndose a la “refundición” para el ámbito penitenciario en relación al artículo 193.2 del mismo Reglamento y el término “acumulación” como límite de cumplimiento de la pena en relación al artículo 76 del Código Penal²⁸. Pues, como subraya Giralt Padilla, aun cuando en la práctica ambas expresiones suelen utilizarse indistintamente son dos figuras independientes y no excluyentes entre sí²⁹.

En el ámbito judicial la opinión mayoritaria de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (*Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XVIII Reuniones, 2009. Criterios 2, 7 y 10*) es utilizar los términos “acumulación material de condenas” y “refundición” para referirse al artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario diferenciándolo de “acumulación jurídica de condenas” –artículo 76 del Código Penal-.

En el ámbito administrativo, Instituciones Penitenciarias (*Instrucción 1/2005*, de 21 de febrero de 2005, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, en la actualidad Secretaria General de Instituciones Penitenciarias) distingue entre “refundición” de las condenas a efectos penitenciarios de aplicación de la libertad

²⁶RODRIGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J.: “Reglas especiales para la aplicación de las penas” en Rodríguez Ramos, L. (Dir.) y Martínez Guerra, A. (Coord.), *Código Penal comentado y con jurisprudencia*, Madrid, 2009, pp. 359-378; LANDECHO VELASCO, C.M. y MOLINA VAZQUEZ, C.: *Derecho Penal español: parte general*, Madrid, 2010, p. 505.

²⁷ GONZALEZ RUS, J. J.: “Artículos 73 y 75 al 78”, en COBO DEL ROSAL, T. S. (coord.), *Comentarios del Código Penal de 1995, vol. I*, Valencia, 1996, pp. 949 y ss.; CUERDA RIEZU, A. R.: “La regulación del concurso de delitos en el anteproyecto de Código Penal de 1992”, en COBO DEL ROSAL, M., RUIZ VADILLO, E. (Coords.), *Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, pp. 303 y ss.; MAQUEDA ABREU, M. L.: “El concurso de delitos”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Dir.), *Derecho penal: Parte general*, Valencia, 2002, pp. 892 y ss.

²⁸ GARCIA ALBERO, R.: “Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado”, en García Albero, R. y Tamarit Sumalla, J. M. (Coords.), *La reforma de la ejecución penal*, Valencia, 2004, p. 58; LOPEZ CERRADA, V. M.: “La acumulación jurídica de penas”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 250, 2004, pp. 13 y 67; FERNANDEZ APARICIO, J. M.: *Derecho Penitenciario: comentarios prácticos*, Madrid, 2007, p. 65.

²⁹ GIRALT PADILLA, C.: “La acumulación...”, cit., p. 3.

condicional, mientras utiliza el término “acumulación” para referirse al artículo 76 del texto punitivo.

Por su parte el Ministerio Fiscal no presenta una postura firme, así en la Circular 1/2003, 7 de abril de 2003, sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado y en la Consulta 1/1998, 31 de marzo de 1998, sobre la ejecución continua del arresto de fines de semana, parece utilizar el término “refundición” para referirse al principio de unidad de ejecución penitenciaria y, por otro lado, en la Circular 1/1996, de 23 de febrero de 1996, sobre el régimen transitorio del Código Penal de 1995, la Consulta 1/1989, de 12 de mayo, sobre órgano judicial competente para fijar el límite de cumplimiento a las penas privativas de libertad impuestas por delitos conexos enjuiciados en distintos procesos, y la Circular 2/2004, 22 de diciembre de 2004, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, utiliza el vocablo “refundición” para referirse a la aplicación del artículo 76 del Código Penal.

El propio Tribunal Supremo, no ayuda a clarificar los conceptos “acumulación” y “refundición”; en la práctica totalidad de las ocasiones el Tribunal entiende que “acumulación” y “refundición” son la misma cosa, ambas expresiones se refieren a la fijación del máximo tiempo de cumplimiento de conformidad con el artículo 76 del Código Penal (STS 529/1994, de 8 de marzo [RJ/1994/1864]; en la STS de 5 de septiembre de 2005 distinguió expresamente entre “acumulación jurídica” refiriéndose a los artículos 988 de la LECrim. y artículo 76 del Código Penal, y “refundición de condenas” como suma aritmética de las mismas, conforme al artículo 193.2 del CP. Pero la confusión continúa en el fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia 197/2006, de 28 de febrero [RJ\2006\467] :<< *Es, por ello, que el término a veces empleado, llamando a esta operación una «refundición de condenas», sea enormemente equívoco e inapropiado. Aquí nada se refunde para compendiar todo en uno, sino para limitar el cumplimiento de varias penas hasta un máximo resultante de tal operación jurídica. Consiguientemente, las varias penas se irán cumpliendo por el reo con los avatares que le correspondan, y con todos los beneficios a los que tenga derecho. Por tanto, en la extinción de las penas que sucesivamente cumpla aquél, se podrán aplicar los beneficios de la redención de penas por el trabajo conforme al art. 100 del Código Penal (TR 1973). A pesar de la proscripción de la utilización del término “refundición*

de condena”, el Tribunal Supremo en sentencias posteriores ha venido a utilizar indistintamente los términos “acumulación” y “refundición”>>.

Pero, a pesar de la utilización imprecisa de los términos “acumulación” y “refundición” se puede establecer diferencias entre “acumulación” y “refundición” sin necesidad de eliminar de nuestro panorama jurídico dichos términos ya arraigados, existiendo autonomía entre un instituto y otro³⁰. Las diferencias más significativas a juicio de López Cerrada son las siguientes: primera: la acumulación se inscribe en la fase de determinación e individualización de la pena; la refundición en la fase de ejecución; segunda: la acumulación es competencia del Juez o Tribunal sentenciador; la refundición del Juez de Vigilancia Penitenciaria; tercera: la acumulación está basada en las reglas establecidas en el artículo 76 del Código Penal y su procedimiento en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; la refundición en el artículo 193 y 195 del Reglamento Penitenciario; cuarta: la acumulación supone una limitación al cumplimiento de penas, ya que establece un máximo a cumplir; la refundición consiste en la suma de todas las penas privativas de libertad que cumple el penado con el objeto de establecer una ficción de una única pena, y así poder disfrutar la libertad condicional correspondiente a dicha suma, como si se tratara de una única pena; quinta: en la acumulación se pueden incluir, en principio, todas las penas susceptibles de cumplimiento dilatado en el tiempo; en la refundición sólo las privativas de libertad con la salvedad de las penas de localización permanente que a pesar de ser penas privativas de libertad sólo se incluyen en la refundición de condena cuando se cumplan de forma ininterrumpida en el Centro Penitenciario; sexta: la acumulación requiere la asistencia letrada del penado; la refundición no la precisa, en principio, a salvo de posible recurso; séptima: el Procedimiento de acumulación se inicia a instancia del penado, de oficio por el Juez o Tribunal sentenciador o por el Ministerio Fiscal (artículo 988 de la LECrim.); la refundición se inicia de oficio por el Centro Penitenciario; octava: en la acumulación se exigen los requisitos del artículo 76 del Código Penal; en la refundición no se exige en principio ningún requisito, no obstante, cuando se han cometido nuevos delitos durante el disfrute de la libertad condicional, en las Reuniones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, celebrada en Madrid en enero de 2003, se aprobó por mayoría que se puede disfrutar de nueva libertad condicional en caso de revocación por comisión

³⁰ PEITEADO MARISCAL, P.: *La ejecución jurisdiccional de las penas privativas de libertad*, Madrid, 2000, pp. 231 y ss.

de nuevos delitos, consecuentemente, con nuevas penas unidas a las anteriores; novena: en la refundición, y de forma previa a la propuesta por parte del Centro Penitenciario, se realiza un enlace de todas las penas; en la acumulación no se precisa este trámite; décima: El Auto de acumulación es recurrible en casación ante el Tribunal Supremo (artículo 988 de la LECrim.); el auto de refundición es recurrible en recurso de reforma, ante el mismo Juez, y de apelación ante la Audiencia Provincial en cuya jurisdicción se encuentre el Centro Penitenciario en donde se encuentre el penado (Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica de Poder Judicial)³¹.

No obstante, López López, sitúa el fundamento de la “acumulación jurídica” en razones humanitarias y de política criminal; mientras que en la “refundición de penas” estriba en criterios de utilidad jurídica y penitenciaria³². Por tanto, se distingue la acumulación propiamente dicha en el artículo 76 del Código Penal y 988 de la LECrim., que supone la determinación del límite máximo de cumplimiento de la totalidad de las penas impuestas a un sujeto, suponiendo un procedimiento contradictorio que incluso puede ser objeto de recurso ante nuestro Tribunal Supremo. Y de otro lado la refundición penitenciaria, que aparece contemplada en el artículo 193 del Reglamento Penitenciario, que supone sencillamente que, a efectos estrictamente penitenciarios, cuando un sujeto cumple varias condenas se va a proceder a efectuar la suma aritmética de todas ellas, de forma que actúen en este ámbito interno como una sola a fin de computar su cumplimiento y hacerle aplicación de los diferentes beneficios, en especial los términos exigibles para la concesión de la libertad condicional. Ambos conceptos a pesar de la confusión existente poseen un alcance y unas consecuencias muy diferentes³³.

III. LÍMITES APLICABLES A LA SUMA DE PENAS CONFORME AL ARTÍCULO 76 DEL CÓDIGO PENAL

El proceso de individualización de la pena y su posterior ejecución se compone de varios momentos: la fase legislativa en la que le corresponde al legislador determinar

³¹ LOPEZ CERRADA, V. M.: “La acumulación jurídica de penas”; en *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 250, 2004, p. 14.

³² LÓPEZ LÓPEZ, A. M.: “El cumplimiento sucesivo de las penas. Acumulación y refundición”, en *Diario La Ley*, nº 8007, 23 de enero de 2013, p. 2.

³³ FERRER GUTIERREZ, A.: *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario*, Valencia, 2011, pp. 21-46.

la clase de pena que corresponde para cada delito, la fase judicial, a cargo de los juzgadores que determinarán la pena efectiva a imponer y sobre todo su duración nominal y la fase ejecutiva que le corresponde a la Administración penitenciaria, bajo el control judicial. Siguiendo a Nistal Burón se distinguen dos fases claramente diferenciadas: “condena nominal” fruto de la individualización judicial y la “condena real” fruto de la individualización penitenciaria³⁴.

El estudio se va a centrar en la “condena nominal” en cuanto que en nuestro Derecho Penal se instaura como sistema de determinación de la pena bajo el denominado concurso real de delitos; y lo hace con estas prescripciones: A) La acumulación aritmética de penas de la misma especie: artículo 73 del Código Penal: “*Al responsable de dos o más delitos o faltas 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*”; B) La ejecución sucesiva de las mismas por el orden de su gravedad: artículo 75: “*Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible*”; C) La limitación del tiempo de cumplimiento – “acumulación jurídica”-: artículo 76: “*1. 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 las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años*”³⁵.

³⁴ NISTAL BURON J., “¿Es viable en nuestro ordenamiento jurídico la pena de “cadena perpetua” como solución para determinado tipo de delincuentes difícilmente reinsertables?”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 753/2008, Pamplona, 2008, p. 2.

³⁵ Añade el artículo 76: “*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 de terrorismo de la sección segunda del Capítulo V 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 con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78bis; 2. 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*”.

Como señala Guardiola García, la reforma operada por la LO 1/2015 ha introducido como novedades el apartado e) y f): 1. Se modifica el artículo 76, previendo una regla específica para el concurso real de delitos “*cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con la pena de prisión permanente revisable*”; 2. También en el artículo 76, se modifica el apartado segundo para sustituir la condición de posibilidad de enjuiciamiento unitario como condición para aplicar las reglas del concurso real por la redacción “*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*”³⁶.

En cualquier caso, como afirma Santana Vega, el apartado primero establece un correctivo de acumulación jurídica a la regla de la acumulación material o matemática recogida en el artículo 73, y al sistema de cumplimiento sucesivo establecido en el artículo 75, estableciendo los topes al proceso de suma de penas por los delitos cometidos, cuando aquéllas no puedan ser cumplidas simultáneamente³⁷.

1. Justificación de los límites del artículo 76 del Código Penal.

El objetivo resocializador de la pena privativa de libertad es el que justifica que el tiempo de estancia en prisión debe ser limitado. El legislador está obligado desde la perspectiva de la reinserción y la reeducación (artículo 25.2 CE), a diseñar una política que tenga en cuenta que el interno deberá retornar a la libertad³⁸. De forma que los límites punitivos del artículo 76 del Código Penal deben hacerse en forma preordenada al efectivo cumplimiento de los diversos fines de la pena, entre ellos el de reinserción social, y evitando, al mismo tiempo, que puedan generarse situaciones de impunidad o actuaciones criminógenas respecto de posibles delitos futuros³⁹. De ahí que deba establecerse límites en el cumplimiento de la pena privativa de libertad para no vulnerar

³⁶ GUARDIOLA GARCÍA, J.: “Reglas especiales...”, cit., p. 290.

³⁷ SANTANA VEGA, D.: “Artículo 76”, en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (Dirs.), Vera Sánchez, J. S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 2015, p. 76.

³⁸ GIRALT PADILLA, C.: “La acumulación...”, cit., p. 1, señala que el principio de proporcionalidad y humanidad de las penas debe inspirar el trámite de su ejecución, tratando de evitar que el penado carezca de expectativa de una vida futura en libertad. De este modo una excesiva y prolongada situación de privación de libertad puede impedir la socialización futura del penado, incrementando su marginación social lo que conculcaría la previsión constitucional.

³⁹ SANTANA VEGA, D.: “Artículo 76...”, cit., p. 298.

la finalidad de la pena que es la reinserción y reeducación del condenado y la exclusión de penas inhumanas por su duración.

De todos es conocido que en determinados casos a los condenados se les impone cientos de años de prisión, pero acaban cumpliendo sólo unos pocos, sobre la base de que el legislador ha diseñado un sistema de limitaciones temporales para la imposición de las diversas penas que hayan sido impuestas al mismo culpable. A este respecto el artículo 76 del Código Penal establece distintos límites atendiendo, en unos casos, a razones de política criminal, y en otros, a la proscripción de la deshumanización de las penas y a la reinserción social.

1.1. Límite relativo por razones de política criminal.

Este límite se vincula con la gravedad de los distintos delitos en concurso. Para atajar la desproporcionalidad que podría resultar de aplicar una pena muy severa por la acumulación de muchas penas de poca entidad, el artículo 76. 1 CP establece que 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 incurrido⁴⁰. Se trata de un límite variable que en opinión de Sánchez Melgar trata de castigar con arreglo al principio de proporcionalidad y de humanidad a los infractores de una secuencia de delitos, normalmente comprendidos en una época vital, o ser causa de la adicción a las drogas⁴¹.

Para determinar la pena de mayor gravedad ha de atenderse a las penas individualmente impuestas en cada sentencia. Es decir, no cabe sumar las penas impuestas en una misma sentencia por delitos diferentes. Asimismo, el triplo ha de fijarse separadamente, sin convertir en años los meses de prisión (por ejemplo, el triplo de la pena de 3 años y 6 meses de prisión no será de 10 años y 6 meses, sino de 9 años y 18 meses, pues los años se computan como de trescientos sesenta y cinco días y los meses como de treinta días) (STS 943/2013, de 18 de diciembre [RJ 2013\1273]⁴²).

⁴⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Determinación del marco concreto de la pena”, en Molina Fernández, F. (Coord.), *Memento Práctico*, Madrid, 2016, p. 593.

⁴¹ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “De la aplicación de las Penas”, en Sánchez Melgar, J. (Coord.), *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Madrid, 2016, p. 579.

⁴² ESCUCHURI AISA, E.: “Artículo 76...”, cit., p. 707.

En definitiva, este límite se aplicará cuando resulte más beneficioso que la suma aritmética de todas las condenas impuestas y tiene su razón de ser en que todo ser humano privado de libertad debe albergar la esperanza de poder alcanzar algún día la libertad y salir de la marginalidad. Si la acumulación de penas graves se convierte en una prisión perpetua de facto acarreará importantes consecuencias desde el punto de vista de la prevención de nuevos delitos e imposibilitará la reinserción social del penado.

Los requisitos para la aplicación de tal limitación serán los siguientes:

a) Existencia de varias infracciones. Señala Manzanares Samaniego que la mención del triple de la más grave no exige la condena por tres o más delitos, pero poco sentido tendrá esta disposición cuando el número de penas impuestas y acumulables no sea superior a tres⁴³. Y en este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en Sentencia 1003/2005, de 15 de septiembre [RJ/2005/6737]) al afirmar la necesidad de al menos tres infracciones. En ningún caso es aplicable cuando por un mismo delito se imponen varias penas; b) Imposibilidad de ejecución simultánea de las diversas penas impuestas. Es necesario que alguna de las penas impuestas no sea de cumplimiento simultáneo; c) Duración temporal. Todas las penas tienen señalada una duración temporal (artículo 33 del Código Penal). Otra cosa es la aplicación de la regla del triple de la mayor a las penas de multa y a la responsabilidad personal subsidiaria, la única limitación en la aplicación de la limitación del triple de la mayor en relación con la responsabilidad personal subsidiaria la encontramos en la limitación específica a tal pena contemplada en el numeral 53.3 del texto punitivo: Esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años; d) El triple de la más grave. Se trata de realizar una operación aritmética de las penas resultantes. No obstante, hay que tener en cuenta que si la suma de las penas fuera inferior al triple de la más grave no se acudirá al régimen del artículo 76 del Código Penal⁴⁴. Así, si una persona fuera condenada por cuatro delitos: 3 delitos con pena de prisión de un año y el cuarto delito con pena de 2 años, la suma de las penas sería de 5 años de prisión, inferior a la que resulta del triple de la más grave, esto es, 6 años (3 por 2 años de prisión); en

⁴³ MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Comentarios al...*, cit., p. 336.

⁴⁴ GIRALT PADILLA, C.: “La acumulación...”, cit., p. 3, subraya que cuando en una misma sentencia se condene al acusado por varios delitos, que llevan todos ellos aparejada una pena de la misma naturaleza, si la suma de todas ellas excede del triple de la más grave, el Juez o tribunal deberá fijar ese límite en la propia sentencia

este caso, sobre el fundamento de la aplicación pro reo de la norma, se aplicaría el artículo 75 del Código Penal.

1.2. El límite de los 20 años

El segundo de los límites es fijo y está establecido en estos momentos en veinte años de cumplimiento efectivo. El texto original de este artículo 76 conforme a la LO 10/1995 rebajó a 20 los 30 años que el Código Penal de 1973 establecía con carácter único, pero con dos excepciones que iban hasta los 25 y 30. Luego, con la LO 7/2003, de 30 de junio, se añadieron otros supuestos, hasta llegar a cuatro, oscilando entonces el techo entre 25, 30 o 40 años⁴⁵. Este límite, a diferencia de la aplicación del triple de la más grave, sólo requiere la comisión de más de una infracción, a diferencia del límite anterior en el que señalábamos que al menos era necesario tres penas. Hay coincidencia en la doctrina en calificar este límite como máximo de la condena a cumplir por parte del penado, incluso algún autor lo califica de “tope absolutamente infranqueable”⁴⁶. Para otros autores este límite rige para todo tipo de penas, independientemente de su naturaleza, afectando, de forma conjunta a cumplimiento simultáneo y sucesivo⁴⁷.

1.3. Límites especiales.

El límite máximo de cumplimiento de 20 años excepcionalmente puede elevarse a: 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; en el que se establecen dos modalidades: 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; cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de

⁴⁵ En opinión de MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Comentarios al...*, cit., p. 337, estas previsiones especiales han sido criticadas como expresión de un endurecimiento penal que en ocasiones introduciría sesgadamente la prisión perpetua en la pluralidad delictiva, pero se reconocía también la necesidad de evitar impunidades de hecho.

⁴⁶ GONZALEZ CUSSAC, J. L., “Artículo 76” en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al CP 1995*, Valencia, 1996 p. 435.

⁴⁷ LLORCA ORTEGA, J.: *Manual de determinación de la pena*. Conforme al CP de 1995, Valencia, 1999, p. 163.

la sección segunda del capítulo V 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.

Estos límites tienen su origen en la LO 7/2003 con el fin de ampliar el tiempo de cumplimiento de las penas privativas de libertad (en particular en supuestos de terrorismo); y, respecto a los mismos, llama la atención que se habla de delitos (“*por dos o más delitos*”), y no de penas, como se hace cuando se refiere el artículo 76 en relación al límite “(...) *no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido*”; por otro lado, la pena que la ley señale debe ser de prisión, excluyendo cualquier otro tipo de pena, como la inhabilitación absoluta.

Señalaba Mapelli Caffarena que parece que la voluntad del legislador es que para aplicar estas excepciones se tenga en cuenta las penas de los delitos en abstracto, es decir, para el autor del hecho consumado, lo cual permite elegir indistintamente el tope máximo o mínimo. Sin embargo, a su juicio se puede y debe defender la tesis contraria y considerar que la pena que permite aplicar estas excepciones es la pena en concreto. De esta manera se mantiene una coherencia con el límite general y se reducen las posibilidades de alcanzar cotas tan altas de tiempo de cumplimiento y vincular estas graves exasperaciones a la pena realmente merecida⁴⁸.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, reunida en Pleno no jurisdiccional, adoptó el 19 de diciembre de 2012, el siguiente acuerdo: “*Para determinar los límites máximos de cumplimiento establecidos en las letras A) a D) del artículo 76 del Código Penal hay que atender a la pena máxima imponible, pero teniendo en cuenta las degradaciones obligatorias en virtud del grado de ejecución del delito*”.

El acuerdo tiene dos consecuencias: una, la aplicación de las reglas establecidas en el artículo 76, la otra, que a la hora de interpretar el concepto de “pena máxima imponible”, hay que tener presente “las degradaciones obligatorias en virtud del grado de ejecución del delito”. Los límites establecidos en el artículo 76 del Código Penal, son los máximos de cumplimiento posibles que se obtienen con la suma de las penas de los distintos delitos acumulado, pero consideradas en “abstracto”, lo cual significa que debe

⁴⁸ MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Navarra, 2011, p.316, añade que la reiterada referencia del artículo 76 a las penas con que estén castigados los delitos por la ley no impide defender esta tesis, ya que también la tentativa o la complicidad forma parte de un concepto amplio de delito y está castigada por la ley.

tenerse en cuenta el hecho delictivo realmente producido, lo que incluye su grado de ejecución y participación concretas, en el caso.

Respecto a lo expuesto, en los delitos de terrorismo de la letra d) del artículo 76 del CP, el legislador no ha previsto la tentativa, en este caso debe hablarse de “pena abstracta”, sin considerar la tentativa, pero si serían de aplicación las degradaciones sobre la participación –complicidad- o modificación de la responsabilidad –atenuantes⁴⁹.

Con la reforma del Código Penal por la LO 7/2003 el legislador pretendió un endurecimiento de la pena de prisión para determinados delincuentes y concretos delitos, lo que para algunos autores ha supuesto una tendencia retribucionista de la pena ante el posible fracaso de las políticas rehabilitadoras y resocializadoras. Estas teorías retribucionistas son englobadas en el llamado movimiento “neoretribucionista” penológico que supone una revalorización de las funciones de control y seguridad de la pena, tendentes a inocular a aquellos delincuentes peligrosos ante los que la sociedad exige una respuesta inmediata del Estado. La propia Exposición de Motivos de la Ley señala entre los motivos de la modificación del Código Penal “*una lucha más efectiva contra la criminalidad*” y una “*protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves*”, como son los delitos de terrorismo y los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales. La notas de esta reforma se pueden resumir en las siguientes: aumento del límite de cumplimiento para determinados delitos de 30 a 40 años, imposibilidad del levantamiento del periodo de seguridad y obligado cumplimiento de la mitad de la condena para el acceso al tercer grado, excluir del ámbito de aplicación de la libertad condicional al cumplimiento de las dos terceras partes y de su adelantamiento, en los supuestos de revocación de la libertad condicional, el tiempo pasado en la misma no computará para la continuación del cumplimiento⁵⁰.

Es significativo que estos supuestos se podrían insertar en lo que se ha llamado el “Derecho penal del enemigo” que distingue entre delincuentes con derechos y delincuentes enemigos del Estado (no-personas)⁵¹; es preocupante el neoretribucionismo en cuanto la necesidad de pena no esté realmente vinculada a la idea de

⁴⁹URBANO CASTRILLO, E.: “Los límites máximos de cumplimiento de las penas: el caso de la tentativa”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2013, p. 3.

⁵⁰ARRIBAS LÓPEZ, E.: “Aproximación a un derecho penitenciario del enemigo”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 253, 2007, p. 52.

⁵¹JAKOBS, G.: “La ciencia del Derecho penal frente a las exigencias del presente”, en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 20, 1999, pp. 137 y ss.

proporcionalidad a la gravedad del delito cometido, sino que exprese en realidad un sentimiento de venganza que conduzca a unas penas desproporcionadas o contrarias a la dignidad humana más propias de una prevención general puramente intimidatoria; y que convierta al Estado en un estado que cree normas penales dirigidas especialmente a sus enemigos, para acabar con la criminalidad haciendo tabla rasa de un sentimiento irracional de Justicia⁵².

Esta reforma de la Ley Orgánica 7/2003, provocó en la doctrina reacciones diversas, si bien la mayoritaria realizó una fuerte crítica por considerarla una manifestación del “Derecho Penal del enemigo” o una forma encubierta de consagrar una cadena perpetua contraria al principio resocializador que rige el cumplimiento de las penas privativas de libertad⁵³. Así, López Pelegrín advirtió que, “el aumento sistemático de las penas y el endurecimiento de las condiciones de cumplimiento no parece pues un buen camino para la lucha contra la criminalidad grave. Ni siquiera políticamente parece una opción adecuada: si ni en los años más duros del franquismo se llegó a proponer el cumplimiento efectivo de penas de prisión de 40 años de duración; no se entiende muy bien por qué en un momento en que el problema del terrorismo no es más amenazante que en otras épocas se propone una reforma mucho más severa rayando la introducción de la cadena perpetua (...). En realidad, el sistema introducido por la Ley no es que “raye” la introducción de la cadena perpetua, es que permite la imposición de penas en condiciones más severas que en aquellos países de nuestro entorno donde existe esta pena. (...) En otras palabras, estamos de nuevo ante un fraude de etiquetas porque, sin mencionar el término “cadena perpetua” se ha introducido la posibilidad de cumplir penas en condiciones más gravosas (por ejemplo, un terrorista condenado por varios delitos de gravedad sólo podría acceder al tercer grado tras 32 años de internamiento en prisión y obtener la libertad condicional tras 35 años) que en aquellos países de nuestro entorno en los que se admite la pena de cadena perpetua”⁵⁴.

⁵²HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la criminología*, Valencia, 2001, pp. 354 – 355.

⁵³RENART GARCIA, F.: *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, Madrid, 2003, pp. 103 y ss.

⁵⁴LOPEZ PELEGRIN, C.: “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?”, en *Revista Española de Investigación criminológica*, AC-02-03, pág. 16. Recurso electrónico disponible en: <http://www.criminología.net>

1.4. Límites derivados de la imposición de la pena de prisión permanente revisable⁵⁵.

Con la LO 1/2015 se produce un salto tanto cualitativo como cuantitativo en el sistema de penas; pero también se da un paso atrás en la evolución del Derecho punitivo, especialmente por las alteraciones en el elenco de penas, en su formulación, contenido y ejecución. La novedad más revolucionaria, la creación de la pena de prisión permanente revisable, auténtico mascarón de proa de la Reforma y expresión del ideario punitivo del Gobierno⁵⁶, también supone un giro importante en el sistema de acumulación jurídica.

Como señalan Cuello Contreras y Mapelli Caffarena, cuando una de las penas concurrentes es la prisión permanente revisable, esta impone sus propias reglas, originando un efecto de absorción sobre las demás. Por su carácter permanente, en principio, carece de límite máximo y, en su lugar, se establecen unos límites para acceder a los beneficios penales y penitenciarios. Ya no se trata de recortar el tiempo de condena, como efecto del concurso real, sino de garantizar un periodo de seguridad de cumplimiento para los condenados a prisión permanente revisable⁵⁷. En realidad, afirma Escuchuri Aisa, no se establece un límite máximo de cumplimiento de la condena, sino que se remite a los artículos 92 y 78 bis que establecen nuevas reglas referidas al acceso al tercer grado y a la concesión de la suspensión de la ejecución del resto de la pena. En estos preceptos se asignan plazos de cumplimiento distintos para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional en función de las penas que se acumulan, distinguiendo tres grupos de casos: a) si concurre la pena de prisión permanente revisable con otras penas que sumen un total que exceda de cinco años; b) si concurre la pena de prisión

⁵⁵ La Exposición de Motivos de la LO 1/2015 señala que la nueva pena de prisión permanente revisable no es óbice para la aplicación del principio de la reinserción social contemplado en el artículo 25 de la Constitución, en cuanto que la orientación resocializadora se encuentra en esta nueva pena desde el momento que se establece unas limitaciones en la duración máxima de las penas privativas para evitar que una persona pueda terminar sus días en prisión. Esas limitaciones se recogen en el artículo 36 en cuanto a la clasificación del condenado en el tercer grado, en el artículo 78bis, en relación a los tiempos de extinción mínimos para el acceso al tercer grado penitenciario y en el artículo 92, en cuanto regula los presupuestos para la concesión de la libertad condicional a esta nueva pena.

⁵⁶QUINTERO OLIVARES, G.: “Estudio preliminar”, en *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Navarra, 2015, p. 42, añade el autor que justamente, la llamada pena de “muerte lenta” regresa a nuestro derecho penal lo. Lo más llamativo y preocupante es el poco debate que ha suscitado en la sociedad española la novedad. Las razones pueden ser muchas y, sin duda, la gravedad de la situación económica y laboral –que ha estado presente durante todo el tiempo de gestación de la ley- relega estas cuestiones al ámbito de debate de los que estamos interesados, por cualquier causa, en el problema penal.

⁵⁷ CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B.: *Curso de Derecho Penal Parte General*, Madrid, 2015, p. 356.

permanente revisable con otras penas cuya suma supere los 15 años; c) si concurren dos o más penas de prisión permanente revisable o bien una pena de prisión permanente revisable y otras penas cuya suma sea de 25 años o más⁵⁸.

En efecto, en cuanto a la previsión de la nueva letra e) del apartado primero, es obvio, como bien apunta Guardiola García, que las reglas de las letras precedentes del apartado primero del artículo 76 se avenían mal con la novedosa y criticable introducción de la prisión permanente revisable (sin duda más aflictiva que la prisión perpetua prevista en el Código Penal de 1870, que a efectos de computar el máximo de cumplimiento de penas en concurso real se computaba en treinta años). De haberse mantenido inalterado el precepto, habrá sido forzoso asumir que la concurrencia de un nuevo delito limitaría la duración efectiva máxima de la prisión permanente revisable impidiendo que se prolongara más allá de 30 –letra b- o 40 años –letras c) y d)-. El legislador ha salido al paso de esta situación para resolverla por remisión: en los casos en que concurren delitos y al menos uno de ellos esté castigado con la ley con pena de prisión permanente revisable, se atenderá al régimen de suspensión de pena previsto para esta reclusión indefinida (artículo 92); y cuando además de una prisión perpetua revisable se hayan impuesto más de cinco años de prisión por otro u otros delitos se estará al régimen reforzado de cumplimiento previsto en el artículo 78 bis⁵⁹.

Introduciendo con la remisión una regla especial para estos supuestos, el precepto no deja lugar a dudas: si se imponen una o más prisiones permanentes revisables, la concurrencia entre ellas o con las penas derivadas de otros delitos no limitará su duración.

2. Principios que fundamentan el proceso de acumulación jurídica.

2.1. Criterio de conexidad anterior a la reforma de la LO 1/2015.

Señala Mapelli Caffarena que para evitar que los límites del artículo 76 pudieran generar injustificadamente estados de impunidad en ciertas personas que ya fueron condenadas con anterioridad es preciso determinar qué penas pueden entrar en esa

⁵⁸ ESCUCHURI AISA, E.: “Artículo 76...” cit., p. 708.

⁵⁹ GUARDIOLA GARCÍA, J.: “Reglas especiales...” cit., p. 298, añade que como puede constatarse, la regla no es sino una doble remisión. La introducción de esta doble remisión en el seno de un artículo destinado a limitar el cumplimiento efectivo de las penas tiene por función disipar la duda interpretativa que podría haberse planteado acerca de una eventual eficacia de las limitaciones previstas en las letras b), c) y d) en los casos que uno o más de las penas concurrentes fuera prisión permanente revisable.

relación concursal. De forma obstinada el legislador ha acudido en los textos precedentes al criterio procesal de la conexidad de las infracciones penales (artículo 17 LECrim). Si bien en los primeros Códigos se exigía que los delitos hubieran sido juzgados en el mismo proceso, con posterioridad se flexibilizó dicha exigencia convirtiéndola en una potencialidad, bastaba que “los hechos por el momento de su comisión hubieran podido ser enjuiciados en uno solo”⁶⁰.

El elemento de la conexidad se constituía en el eje de la acumulación, debiendo diferenciarse entre las penas impuestas en un mismo proceso con una única sentencia y aquellas penas impuestas que devienen de diferentes procesos.

En cuanto a las penas impuestas en un mismo proceso, el artículo 300⁶¹ de la LECrim. (antes de la reforma por LO 13/2015), establecía que a cada delito le corresponde un proceso, salvo la excepción de los delitos conexos. De modo que la conexidad a la que se refería el artículo 76 se hacía corresponder con los supuestos expresamente recogidos en el artículo 17 de la LECrim⁶². Y, en cuanto a los delitos de violencia sobre la mujer, el artículo 17 bis del mismo texto legal (en su redacción anterior a la LO 13/2015) decía: “La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3º y 4º del artículo 17 de la presente Ley”.

Todas las penas impuestas en una misma sentencia y en un mismo proceso son por definición acumulables a efectos de fijación del límite de cumplimiento. El hecho de que un tribunal imponga varias penas por diversos delitos en un único proceso implica que el tribunal ha asumido la conexidad entre ellos, procediéndose de forma automática a la acumulación. Ahora bien, en los supuestos de penas impuestas en diferentes

⁶⁰ MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Navarra, 2011, p. 316.

⁶¹ Tras la reforma de la LECrim. operada por LO 13/2015, de 5 de octubre, el artículo 300 se ha suprimido y esta prescripción se recoge en el artículo 17 cuando dice: “Cada delito dará lugar a una única causa”.

⁶² Según el artículo 17 de la LECrim.: <<Son delitos conexos: Primero. Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengán sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito; Segundo. Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello; Tercero. Los cometidos como medio para perpetrar otros, o facilitar su ejecución; Cuarto. Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos; Quinto. Los diversos delitos que se imputen a una persona, al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados>>.

procesos, es cuando se aplica el criterio establecido en el artículo 76.2 del Código Penal. Se hace necesario que se trate de penas recaídas en distintos procesos y que puedan acumularse por tratarse de delitos conexos, requiriendo para ello una resolución judicial del Tribunal o Juzgado sentenciador decidiendo la acumulación mediante el procedimiento incidental regulado en el artículo 988 de la LECrim. párrafo 3º: *“Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el artículo 17 de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal(...)”*⁶³.

Si bien pudiera observarse una discordancia entre el artículo 76.2 del Código Penal y el artículo 988 de la LECrim., la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha creado un cuerpo de doctrina en la que se ha señalado que *<< (...) la aparente antinomia que en el examen de la conexidad se produce entre los artículos 988 de LECrim. y el artículo 76 del Código Penal se resuelve a favor de la aplicación de la norma penal por razones tanto formales como materiales. Lo relevante es, más que la analogía o relación entre sí, la conexidad temporal, es decir que los hechos hubieran podido ser enjuiciados en un único proceso atendiendo al momento de la comisión. Teniendo en cuenta que, en aplicación del artículo 988 corresponde la resolución de la acumulación al último tribunal o Juez que haya sentenciado los hechos, son acumulables todas las condenas por delitos que no estuviesen ya sentenciado en el momento de la comisión del hecho que ha dado lugar a la última resolución y ello con independencia de que entre ellos existiera analogía o relación entre sí>>* (STS 668/2007, 12 de julio [RJ\2007\5455] y 55/09 de 4 de febrero [RJ\2009\2031]).

Conforme a ello, Sánchez Melgar viene a abogar por la interpretación de la conexidad desde perspectivas sustantivas, alejadas del criterio de la conexión procesal

⁶³ Añade el artículo 988 párrafo 3º *“(…) Para ello, el Secretario judicial reclamará la hoja histórico-penal del Registro central de penados y rebeldes y testimonio de las sentencias condenatorias y previo dictamen del Ministerio Fiscal, cuando no sea el solicitante, el Juez o Tribunal dictará auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo de cumplimiento de las mismas. Contra tal auto podrán el Ministerio Fiscal y el condenado interponer recurso de casación por infracción de Ley”*.

de los artículos 17 y 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de tal forma que, en consideración a las razones humanitarias que constituyen el fundamento de estas normas de los Códigos Penales relativas a la imposición de limitaciones en orden al cumplimiento de la totalidad de las penas impuestas, la clase concreta de delito cometido no ha de ser obstáculo que pudiera 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, podrían 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 fueron todos enjuiciados en una misma causa, cabrá la acumulación de todas las penas impuestas a los efectos de aplicar esos límites máximos impuestos por las normas sustantivas, en consideración a unos criterios humanitarios, repetimos, ajenos a los avatares procesales concretos de cada procedimiento. (...), que los diferentes procesos, en los que esas diversas condenas a acumular se impusieron, "pudieran haberse enjuiciado en uno solo". Cuando hay una sentencia condenatoria es claro que los delitos cometidos con posterioridad no pueden acumularse a aquellos otros ya sentenciados, porque no pudieron ser todos ellos objeto del mismo proceso. (...). La conexidad exigida en los artículos 76 del Código Penal y 988 LECrim., es más que la objetiva, basada en la analogía y relación esencial entre los hechos delictivos a que se refiere la regla 5.^a del art. 17 de la Ley Procesal Penal, la conexidad temporal, entendiéndose que sólo podrán acumularse las penas por hechos delictivos que hubiesen podido ser enjuiciados en un mismo proceso. La Reforma legal marca dos criterios para que tales hechos puedan haber sido enjuiciados en un solo proceso: por su conexión o por el momento de su comisión, de modo que se extiende la posibilidad de las refundiciones a las distintas épocas delictivas aunque los hechos no guarden conexión entre sí, conforme ya había marcado la jurisprudencia⁶⁴.

La doctrina consolidada del Tribunal Supremo, se contiene en la STS 1261/2011 [RJ/2012/602] que viene a resumir el criterio de conexidad del artículo 76 afirmando que <<La doctrina de esta Sala (SSTS 192/2010 [RJ /2010/ 4493] y 253/2010 [RJ/ 2010/4510]), entre otras muchas, y Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala II del

⁶⁴ SANCHEZ MELGAR, J.: "Comentario Artículo 76. LEY ORGÁNICA 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal", SP/DOCT/14366, en SEPINET, Madrid, marzo 2011. p. 2.

Tribunal Supremo de 29/11/05) ha adoptado un criterio favorable al reo en la interpretación del requisito de conexidad que exigen 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. Así pues, 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. Así mismo procede recordar que la fecha de la firmeza carece de relevancia para las cuestiones que se plantean en estos casos de refundición de condenas a los efectos del artículo 76 del Código Penal ya que lo relevante a tal efecto es la fecha en que se dictó la primera sentencia, pues a partir de este momento ya no cabe que los hechos delictivos posteriores pudieran haberse enjuiciado junto con el ya sentenciado. Importa que la condena sea firme, pero, a los efectos aquí examinados, lo que nos interesa es que, celebrado ya el juicio oral, ha caducado la posibilidad de acumulación al proceso anterior de aquellos otros procesos seguidos por hechos cometidos después, lo que se desprende asimismo del 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">>.

Así, se puede concluir que para apreciar la conexidad hay que examinar:

- La "conexidad temporal" que los hechos pudieran haber sido enjuiciados en un mismo proceso. Solución que, de manera explícita, adopta el texto del artículo 76.2 del CP, en la redacción que le ha dado la LO 7/2003 de 30 de junio, al decir "la limitación se aplicará, aunque las penas se hubieren impuesto en distintos procesos, si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieron haberse enjuiciado en uno solo".

- Interpretación favorable pro reo; de suerte que la única exclusión de la refundición afecte a aquellas causas ya sentenciadas cuando se cometieron los hechos delictivos nuevos, habida cuenta de que sería imposible que se hubieran seguido en el mismo proceso. <<Las vicisitudes procesales y de ejecución de estas penas no pueden influir para excluir a alguna de ellas de la pretendida refundición. El que unos procesos se hayan tramitado con rapidez y otros con lentitud, puede propiciar que

hechos ocurridos en una misma época sean enjuiciados y sustanciados en fechas muy distantes. Tan distantes que incluso puede ocurrir que algunas de las penas correspondientes ya hayan sido ejecutadas>> (STS 1882/2001, de 22 de octubre [RJ 2001\9612]).

- Supuestos de exclusión: 1) 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 2) los hechos posteriores a la sentencia que determina la acumulación. Y ello porque ni unos ni otros podrían haber sido enjuiciados en el mismo proceso, la no aplicación de los supuestos de exclusión abonaría un patrimonio punitivo que excluiría la punibilidad de los delitos posteriores, lo que evidentemente no es admisible (STS 590/09, 5 de junio [RJ\2009\4889]).

- El Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2005 afirmaba: “no es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación” (STS 812/09 de 10 de junio [RJ\2009\6636]).

- Carácter indisponible de las penas acumulables: <<La Jurisprudencia consolidada veta la posibilidad de incluir las sentencias respecto de las que no exista conexión temporal pero no obliga a incluir en un bloque todas aquellas sentencias respecto de las que sí existe dicha conexión. Este argumento es erróneo. En primer lugar, porque la propia naturaleza del ejercicio del “ius puniendi” es incompatible con la disponibilidad por el condenado de la ejecución de la pena a su antojo o interés particular, siendo una norma imperativa el artículo 76 del CP y por lo tanto sujeta a principios de legalidad y oficialidad. El criterio de la conexidad temporal en trance de acumular jurídicamente las penas impuestas a un mismo condenado es de obligado cumplimiento y no admite excepciones de conveniencia>> (STS 943/08 de 11, de diciembre [RJ 2009\2016]).

2.2. La sentencia de instancia como presupuesto para la acumulación tras la reforma de la LO 1/2015.

El anterior requisito de la unidad potencial o efectiva de enjuiciamiento con la LO 1/2015 pasa a ser unidad efectiva o potencial de enjuiciamiento por razones cronológicas. En opinión de Suárez López, la nueva redacción de este número 2 sí que merece una buena valoración, pues no se puede obviar lo inadecuado que resultaba la introducción en la reforma, de 8 de abril de 1967, del criterio de la conexidad como

elemento a tener en cuenta a la hora de aplicar los límites del actual artículo 76: no se exigía para aplicar los citados límites unidad de enjuiciamiento, sólo que ésta se hubiera podido producir por conexión, con lo que se introducía una exigencia procesal que de no concurrir impedía la aplicación de los límites propios de la acumulación jurídica, lo que es más que discutible pues una cuestión de carácter material se supeditaba a una de carácter adjetivo⁶⁵. No obstante, la LO 7/2003, de 30 de junio, atemperó dicha situación al añadir a dicha cláusula “o el momento de comisión”, lo que se adecuaba mejor a la tendencia jurisprudencial a flexibilizar este requisito⁶⁶.

Con el nuevo artículo 76.2 del CP, lo determinante es que los distintos procesos “lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueran enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, no hubieran sido en primer lugar”. De esta norma se deduce, en primer lugar, que el nuevo texto prescinde por completo de la conexión⁶⁷; en segundo, que la fecha que determina el límite para la acumulación es la de celebración del juicio que da lugar a la primera condena “la fecha en la que fueron enjuiciados”, no la fecha de la sentencia ni la de su firmeza, y; en tercer lugar, una interpretación que puede ser perjudicial para el reo, en la determinación de la sentencia que marca la acumulación, pues concretándola necesariamente en la primera cabe la posibilidad de excluir de la aplicación del límite legal hechos cometidos en una misma época, pero posteriores a la primera condena. Hechos que podrían haberse incluido en la refundición si se escogiese para determinarla, la sentencia que resultase más favorable para el reo, es decir la que pudiera abarcar un mayor número de hechos delictivos⁶⁸.

Una de las características que debe señalarse del artículo 76.2 es la falta de claridad, nota ésta puesta de manifiesto por el Tribunal Supremo en Sentencia 367/2015, de 11 de junio [RJ 2015\2288], en la que advierte que el artículo 76.2 del CP es una norma un “tanto oscura”, que elimina la exigencia de conexidad para la refundición de condenas al acoger un criterio exclusivamente temporal. De esta norma se deduce que el límite temporal es la fecha de la celebración del juicio que da lugar a la

⁶⁵ SUÁREZ LÓPEZ, J. M^a.: “Reglas especiales...”, cit., p. 210.

⁶⁶ La STS 197/2006, de 28 de febrero [RJ 2006\467], señalaba: <<...*Es por ello que la jurisprudencia ha interpretado con mucha amplitud y flexibilidad el mencionado requisito de la flexibilidad*>>.

⁶⁷ MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Comentarios al...*, cit., p. 339, señala que la anterior normativa abría un portillo (quizá no cerrado totalmente por la LO 1/2015, de 30 de marzo) a la impunidad de nuevos delitos cometidos durante la tramitación de los recursos, especialmente el de casación. Piénsese, por ejemplo, en los que durante ese tiempo cometiera un terrorista ya condenado, aunque no en firme, como autor de numerosos asesinatos.

⁶⁸ SÁNCHEZ MELGAR, J.: “De la aplicación...”, cit., p. 582.

primera condena, no la fecha de la sentencia ni la de su firmeza. Pero, el Tribunal Supremo señala que es una interpretación que puede ser perjudicial para el reo, en la determinación de la sentencia que marca la acumulación, pues concretándola necesariamente en la primera sentencia cabe la posibilidad de excluir de la aplicación del límite legal hechos cometidos en una misma época, pero posteriores a la primera condena. Hechos que podrían haberse incluido si se escogiese para determinarla, la sentencia que resulte más favorable para el reo, es decir, la que pudiese abarcar un mayor número de hechos delictivos.

Pero, en cualquier caso, esta refundición determinada temporalmente por la primera sentencia condenatoria, no impide 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 fuere favorable al reo. Pues la STS 249/2015, de 24 de abril [RJ 2015\1548], señala que << 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>>.

Giralt Padilla afirma que el criterio que determinará la acumulación de las diferentes condenas impuestas a un mismo penado, es estrictamente temporal o cronológico, pues todos aquellos hechos que pudieran haberse enjuiciado en el proceso que dio lugar a la primera condena deberán acumularse, con independencia de la naturaleza del delito, del bien jurídico protegido, o de otras cuestiones como la homogénea intención criminal, el *modus operandi*, etc⁶⁹.

Pero también se podría pensar en una interpretación literal del artículo 76.2 atendiendo a la fecha del enjuiciamiento en el proceso que da lugar a la primera condena que debiera acumularse; de modo que la propia Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ante la ambigüedad y oscuridad del precepto citado, se reúne en Plenario y acuerda por unanimidad unificar la doctrina en materia de acumulación.

La Sentencia 144/2016, de 25 de febrero [RJ 2016\627] recoge expresamente el Acuerdo Plenario de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para la unificación de doctrina en materia de acumulación de penas; exponiendo los motivos que inspiraron que la Sala de lo Penal se reuniera para unificar doctrina en relación a la aplicación de la

⁶⁹ GIRALT PADILLA, C.: “La acumulación...”, cit., p. 8, afirma que la LO 1/2015 ha venido a consolidar la doctrina jurisprudencial eliminando cualquier alusión a la “conexión” y haciendo referencia exclusivamente a la fecha de los hechos y relacionándola con la celebración del juicio de la que debe partir la acumulación.

nueva redacción dada al artículo 76.2 del Código Penal, dada por la LO 1/2015, en cuanto que el citado precepto no estaba libre de diversas interpretaciones como se pone de manifiesto en la razones que justifican el acuerdo.

En un primer acercamiento al artículo 76.2 ha de acudirse a una interpretación literal, que llevaría a la conclusión de que el legislador había cambiado la fecha que determina el límite para la refundición, por la fecha de la celebración del juicio que da lugar a la primera condena, y así lo ponía de manifiesto el Tribunal Supremo en su Sentencia 367/2015, de 11 de junio [RJ 2015\2288], aunque en la misma no se hace <<aplicación de este nuevo criterio, por ser una sentencia de fecha anterior a la entrada en vigor de la reforma, si se advertía del problema que esta modificación podía representar al exigir consignar en los expedientes de refundición de condenas no solo la fecha de las sentencias sino también la fecha del enjuiciamiento>>.

La interpretación literal anterior planteaba una serie de problemas que lleva a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo a adoptar por unanimidad el siguiente Acuerdo en Pleno de 3 de febrero de 2016: “a los efectos del artículo 76.2 del Código Penal hay que estar a la fecha de la sentencia dictada en la instancia y no la de juicio”. Y las razones que justifican este acuerdo son las siguientes: 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; 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 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; 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. 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 [RTC 2015\261], en un supuesto similar, señala que 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, el Alto Tribunal abandona una interpretación literal de “fecha de enjuiciamiento” como “fecha del juicio”, puesto que tal interpretación conduce a una situación injusta 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 sentenciados”.

V. CONCLUSIONES

Como se ha podido comprobar, la “acumulación jurídica”, regla penológica destinada a establecer límites de cumplimiento, se encuentra suficientemente arraigada en el ordenamiento jurídico-penal español. Se trata de un sistema que, inspirándose en razones humanitarias o de política criminal, viene a corregir los excesos punitivos que pudieran resultar de la aplicación estricta del modelo de acumulación matemática que establece el artículo 73, unido al sistema de cumplimiento sucesivo establecido en el artículo 75, ambos del Código Penal.

Pero, el procedimiento de acumulación jurídica ha sido y es bastante deficitario en cuanto a su reglamentación. En mi opinión, el vigente artículo 76 del Código Penal, abandona –con acierto– el ambiguo criterio de conexidad por analogía o relación esencial entre hechos delictivos ya sea por razón del bien jurídico protegido, naturaleza del delito, etc., para aplicar el más objetivo de conexidad cronológica de los hechos; aunque también es una norma un “tanto oscura” en cuanto no fija expresamente el momento límite a partir del cual ya no es admisible la acumulación. En un primer momento dicho límite temporal se ha hecho coincidir jurisprudencialmente con la fecha

de la celebración del juicio que da lugar a la primera condena, no la fecha de la sentencia ni la de su firmeza (STS 367/2015, de 11 de junio [RJ 2015\2288]). Sin embargo, la interpretación del precepto no está exenta de problemas. El riesgo de interpretaciones diversas que quiebren el principio de seguridad jurídica y atenten contra la coherencia jurisprudencial han llevado a que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se reuniera en Pleno, de 3 de febrero de 2016, para unificar doctrina en relación a la aplicación del artículo 76.2 del Código Penal en su redacción dada por la LO 1/2015, llegando al siguiente Acuerdo: “a los efectos del artículo 76.2 del CP hay que estar a la fecha de la sentencia en la instancia y no la de juicio”.

Con dicha interpretación se solventa la innecesaria complejidad de la redacción del precepto y se adopta un criterio más favorable al reo en el establecimiento del tope máximo de cumplimiento efectivo de penas privativas de libertad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ GARCÍA, F. J.: *Código Penal y Ley Penal del Menor*, Valencia, 2004.
- ARRIBAS LÓPEZ, E.: “Aproximación a un derecho penitenciario del enemigo”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 253, 2007.
- BOLDOBA PASAMAR, M. A.: “Aplicación y determinación de la pena”, en Gracia Martín, L. (Coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2012.
- CALDERÓN CEREZO, A.: “El concurso real de delitos y sus consecuencias punitivas”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, febrero de 1995.
- CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B.: *Curso de Derecho Penal Parte General*, Madrid, 2015.
- CUERDA RIEZU, A. R.: “La regulación del concurso de delitos en el anteproyecto de Código Penal de 1992”, en COBO DEL ROSAL, M., RUIZ VADILLO, E. (Coords.), *Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993.
- DÍAZ GOMEZ, A.: “Acumulación y refundición de penas: notas sobre la necesidad de superar estos conceptos”, en *REDUR*, diciembre de 2012.
- ESCUCHURI AISA, E.: “Artículo 76”, en Gómez Tomillo, M. (Coord.), *Comentarios prácticos al Código Penal Tomo I*, Navarra, 2015.
- FERNANDEZ APARICIO, J. M.: *Derecho Penitenciario: comentarios prácticos*, Madrid, 2007.
- FERRER GUTIERREZ, A.: *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario*, Valencia, 2011.
- GARCIA ALBERO, R.: “Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado”, en GARCIA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J. M., (Coords.), *La reforma de la ejecución penal*, Valencia, 2004.
- GIRALT PADILLA, C.: “La acumulación de condenas tras la LO 1/2015 de reforma del Código Penal. Comentario a la STS 367/2015, de 11 de junio”, *Diario La Ley*, nº 8616, 1 de octubre de 2015, Madrid 2015.
- GONZALEZ CUSSAC, J. L.: “Artículo 76” en VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios al CP 1995*, Valencia, 1996.
- GONZALEZ RUS, J. J.: “Artículos 73 y 75 al 78”, en COBO DEL ROSAL, T. S. (Coord.), *Comentarios del Código Penal de 1995, vol. I*, Valencia, 1996.

- GUARDIOLA GARCÍA, J.: “Reglas especiales para la aplicación de las penas; concurso de infracciones (arts. 76 y ss.)”, en González Cussac, J. L. (Dir.) Matallín Evangelio, A. y Górriz Royo, E. (Coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, 2015.
- HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la criminología*, Valencia, 2001.
- JAKOBS, G.: “La ciencia del Derecho penal frente a las exigencias del presente”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 20, 1999.
- LANDECHO VELASCO, C.M. y MOLINA VAZQUEZ, C., *Derecho Penal español: parte general*, Madrid, 2010.
- LLORCA ORTEGA, J.: *Manual de determinación de la pena y de las demás consecuencias jurídico penales del delito*, Pamplona, 1997.
- LLORCA ORTEGA, J.: *Manual de determinación de la pena*. Conforme al C.P. de 1995, Valencia, 1999.
- LOPEZ CERRADA, V. M.: “La acumulación jurídica de penas”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 250, 2004.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M.: “El cumplimiento sucesivo de las penas. Acumulación y refundición”, *Diario La Ley*, nº 8007, 23 de enero de 2013.
- LOPEZ PELEGRIN, C., “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?”, *Revista Española de Investigación criminológica*, AC-02-03. Recurso electrónico disponible en: <http://www.criminología.net>
- LOPEZ PEREGRÍN, C.: “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?”, *Revista Española de Investigación Criminológica*. Recurso electrónico disponible en: <http://www.criminología.net>.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 2016.
- MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Navarra, 2011.
- MAQUEDA ABREU, M. L.: “El concurso de delitos”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Dir.), *Derecho penal: Parte general*, Valencia, 2002.
- MESTRE DELGADO, E.: “La reforma permanente como (mala) técnica legislativa de derecho penal”, *Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario*, Número 1, enero 2004.
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, 2015.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Determinación del marco concreto de la pena”, en Molina Fernández, F. (Coord.), *Memento Práctico*, Madrid, 2016.
- NISTAL BURON, J.: “¿Es viable en nuestro ordenamiento jurídico la pena de “cadena perpetua” como solución para determinado tipo de delincuentes difícilmente reinsertables?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 753/2008, Pamplona, 2008.
- NISTAL BURÓN, J.: “La duración del cumplimiento efectivo de la nueva pena de “prisión permanente revisable” introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal”, *Revista Aranzadi* nº 6/2015, Pamplona 2015.
- PEITEADO MARISCAL, P.: *La ejecución jurisdiccional de las penas privativas de libertad*, Madrid, 2000.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “Estudio preliminar”, en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Navarra, 2015.
- RENART GARCIA, F.: *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, Madrid, 2003.
- RODRIGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J.: “Reglas especiales para la aplicación de las penas” en RODRIGUEZ RAMOS, L. (Dir.) y MARTINEZ GUERRA, A. (Coord.), *Código Penal comentado y con jurisprudencia*, Madrid, 2009.
- SALCEDO VELASCO, A.: “La refundición de condenas: acumulación de penas en la ejecución de la sentencia penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994.
- SÁNCHEZ MELGAR, J.: “De la aplicación de las Penas”, en Sánchez Melgar, J. (Coord.), *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Madrid, 2016.
- SÁNCHEZ MELGAR, J.: “Comentario Artículo 76. LEY ORGÁNICA 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal”, SP/DOCT/14366, SEPINET, Madrid, marzo 2011.
- SANTANA VEGA, D.: “Artículo 76”, en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (Dirs.), Vera Sánchez, J. S. (Coords.), *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 2015.
- URBANO CASTRILLO, E.: “Los límites máximos de cumplimiento de las penas: el caso de la tentativa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2013.