

Fianzas y embargos para garantizar el pago de la pena de multa. Comentario a la STC 69/2023, de 19 de junio, por Sergi CARDENAL MONTRAVETA.

Retroactividad o irretroactividad de las leyes sobre suspensión o sustitución de las penas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional español 54/2023, de 22 de mayo, por Guillermo Ramiro OLIVER CALDERÓN.

La colaboración premiada: justicia premial encubierta. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 507/2020, de 14 de octubre, sobre el «caso Gürtel», por Marina OLIVEIRA TEIXEIRA DOS SANTOS.

-

---

\* La *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* publica comentarios de sentencias recientes, con especial interés en aquellas que abordan cuestiones relacionadas con los fundamentos del Derecho penal, la teoría del delito y los conceptos comunes de la parte especial. Los autores interesados en publicar un comentario pueden ponerse en contacto con el coordinador de la sección en [ramon.ragues@upf.edu](mailto:ramon.ragues@upf.edu).

## Fianzas y embargos para garantizar el pago de la pena de multa

### *Comentario a la STC 69/2023, de 19 de junio*

Sergi Cardenal Montraveta  
Universidad de Barcelona  
cardenal@ub.edu

#### 1. Introducción

La STC 69/223, de 19 de junio (ECLI:ES:TC:2023:69), declaró vulnerado el derecho del demandante a la presunción de inocencia y dejó sin efecto los autos de 5 de diciembre de 2019, 8 de enero y 25 de febrero de 2020, dictados por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Huesca, así como el auto de 11 de febrero de 2020, de la Sección Única de la Audiencia Provincial de Huesca. El primero decretó la apertura de juicio oral para el recurrente (don Lluís Puig), atribuyéndole la posible comisión de un delito de desobediencia (art. 410 CP). Por la comisión de dicho delito, el Ministerio Fiscal había interesado una pena de 11 meses de multa, con una cuota diaria de 18 € (total 3.960 €), con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP, 2 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público y el pago de las correspondientes indemnizaciones y de las costas. A su vez, la acusación particular (el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena) solicitó una pena de 11 meses de multa, con una cuota diaria de 200 € (total 66.000 €), responsabilidad personal subsidiaria, la misma pena de inhabilitación especial que el Ministerio Fiscal, el abono de las indemnizaciones y el pago de las costas. Además de la apertura del juicio oral, sobre la base de lo dispuesto en los arts. 589 y 783.2 LECrim., el Juzgado acordó requerir al Sr. Lluís Puig para que prestara una fianza, «por la cantidad de 88.000 €, para asegurar las responsabilidades pecuniarias que, en definitiva, puedan imponerse, en cualquiera de las clases señaladas en el artículo 591 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrin), con el apercibimiento de que de no presentarla se le embargarán bienes en cantidad suficiente para asegurar la suma señalada». El auto de 8 de enero de 2020 desestimó el recurso de reforma presentado contra el anterior. A su vez, el auto de 25 de febrero desestimó la petición de que se planteara una cuestión de inconstitucionalidad en los siguientes términos: ¿La inclusión del importe de las penas de multa, dentro del concepto de responsabilidad pecuniaria, contenido en el artículo 589 LECrim, supone una vulneración del derecho a la presunción de inocencia previsto en el artículo 24.2 *in fine* de la Constitución Española, al tratarse de una pena anticipada? La Audiencia Provincial de Huesca desestimó luego el recurso de apelación, por considerar que contra el auto de apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado y «las medidas cautelares anexas a dicho pronunciamiento» no procede recurso alguno, salvo el relativo a la situación personal del encausado.

El Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo. Concluye que «la instructora, al ponderar la posible condena del acusado para fijar el importe de la fianza, cuantificando esta en atención a la pena de multa interesada por la acusación particular, cuyo pago obliga a adelantar al acusado causando una restricción temporal de[] poder de disposición de ese último sobre sus bienes, anticipa una pena que no ha sido declarada en sentencia y vulnera, de este modo, la presunción de inocencia del recurrente». Para justificar esta decisión, el Tribunal recuerda que el art. 589 LECrim. asigna a la fianza la finalidad de «asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva pudieran declararse procedentes», pero dicho precepto no aclara qué ha de entenderse por «responsabilidades pecuniarias». Así mismo, recuerda su doctrina sobre la compatibilidad del derecho a la presunción de inocencia con la adopción de medidas cautelares, y la negativa a admitir que la anticipación de la pena sea uno de los fines admisibles de la tutela cautelar. Finalmente, alude a las diferencias entre la multa y el resto de las responsabilidades pecuniarias mencionadas en el art. 126 CP, al fijar el orden de prelación: la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios, la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa, y las costas del acusador particular o de la propia defensa del procesado.

Como recuerda la sentencia que comentamos, la STC 108/1984, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TC:1984:108), afirma que el derecho a la presunción de inocencia «es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, que cuando no es reglada ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría carácter punitivo en cuanto al exceso».

El art. 589 LECrim. dispone: «Cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza. [...] La cantidad de ésta se fijará en el mismo auto y no podrá bajar de la tercera parte más de todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias». Las resoluciones que el recurrente impugna consideran que las «responsabilidades pecuniarias» a las que alude el art. 589 LECrim. también incluyen la pena de multa. La misma opinión mantienen otras muchas resoluciones judiciales, un sector de la doctrina y la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2010, de 30 de diciembre, sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal. El Ministerio Fiscal apoyó la estimación del recurso de amparo que resuelve la sentencia que ahora comentamos. Pero en aquella circular se dice que «en las denominadas piezas de responsabilidad civil (...) se concreta su cuantía y, mediante la aplicación de las medidas cautelares de fianza y embargo reguladas en los arts. 589 y ss., 615, 764 y concordantes, se garantiza su efectividad, junto con [la de] el resto de las responsabilidades pecuniarias -costas y multas».

En cambio, como indicábamos antes, el Tribunal Constitucional afirma que, en relación con la pena de multa, la fianza y el embargo no satisfacen una finalidad cautelar, sino que suponen una pena anticipada. Esto se justifica indicando que la fianza se acuerda antes de declarar la culpabilidad del investigado y que, mientras el resto de las responsabilidades pecuniarias previstas en el art. 126 CP «comparten una naturaleza resarcitoria o indemnizatoria», «la multa tiene el carácter punitivo de cualquier pena». El Tribunal añade que la fianza y el embargo sí

pueden tener una finalidad asegurativa en relación con las responsabilidades civiles a declarar en la sentencia, y pueden servir así al buen fin del proceso. Pero ello no sucede en relación con la multa, que «como cualquier otra pena cumple una finalidad retributiva, rehabilitadora y de prevención, sin que la efectividad de la hipotética sentencia de condena requiera, en modo alguno, de su aseguramiento». Esto se explica afirmando que «precisamente la existencia de diversas situaciones alternativas al cumplimiento *in natura* de la pena de multa torna intrascendente uno de los presupuestos característicos de las medidas cautelares [...], la existencia del *periculum in mora*, pues en el caso de no hacerse efectiva en dinero podrá sustituirse por otras formas de ejecución». El Tribunal añade que, «al abarcar la cuantía de la multa solicitada como pena por las partes entre las partidas comprendidas en la fianza, tan solo podría pretenderse garantizar el cumplimiento de la pena de multa como sanción pecuniaria, en dinero, cuando aún no se ha celebrado el juicio con todas las garantías en que se declare la culpabilidad del acusado [...], pues, no podemos obviar que se adopta sobre la base de meros indicios antes del plenario». Estas afirmaciones, son ambiguas. Ni la fianza ni el embargo previstos en el art. 589 LECrim garantizan que la pena de multa se cumpla antes de que se haya dictado una sentencia condenatoria. Como afirma el Tribunal, ello supondría una anticipación de la pena, «por cuanto [se] equipara a acusado y culpable». Pero, como aquel precepto indica expresamente, lo que se intenta garantizar es un fin distinto y cuya legitimidad nadie discute: el cumplimiento de la condena o, dicho de otro modo, se busca garantizar que, en el caso de que llegara a dictarse una sentencia condenatoria, cuando esta sea firme podrán cumplirse las responsabilidades pecuniarias que allí se hubieran fijado, lo cual incluye el cumplimiento de la pena de multa mediante el abono de la correspondiente cantidad de dinero, siendo por ello innecesario que el condenado quede sujeto a una pena distinta, privativa de libertad y de carácter subsidiario, en el caso de que también le hubiera sido impuesta.

Tampoco discute nadie que las medidas cautelares se adoptan antes de que exista una sentencia condenatoria firme y que, por sí solo, esta circunstancia no determina que se hayan acordado ilícitamente, ni las convierte en penas anticipadas que vulneran el derecho a la presunción de inocencia. Y esto no depende del contenido de las medidas cautelares y su similitud con el de las penas que puedan llegar a imponerse.

Teniendo en cuenta las condiciones de cumplimiento de la pena de multa y las consecuencias de que no llegue a satisfacerse (arts. 50 a 53 CP), podrá discutirse si es *necesario* asegurar su cumplimiento mediante una fianza u otra medida cautelar, si el beneficio que ello pueda proporcionar es superior a su coste, y si el hecho de adoptar una medida cautelar innecesaria y desproporcionada supone anticipar la pena (o la responsabilidad civil), en lugar de garantizar su cumplimiento en un momento posterior. También podrá discutirse si la adopción de una medida cautelar innecesaria o que debe considerarse desproporcionada por otros motivos, vulnera el derecho a la presunción de inocencia (y/o vulnera otros derechos). Pero lo que sí está claro es que la inadmisibilidad de la fianza prevista en el art. 589 LECrim. (o la de cualquier otra privación cautelar de derechos) no puede justificarse por el sólo hecho de que se acuerde antes de haberse dictado una sentencia condenatoria, ni por el hecho de que su contenido pueda ser similar al de la pena de multa. Esto no es suficiente para afirmar que la fianza (o cualquier otra medida cautelar) «avanza los efectos jurídicos de una, tan solo eventual, sentencia condenatoria» y, por ello, supone la anticipación de la pena.

A continuación, procederemos a analizar la solidez de las dos premisas en las que la STS 69/2023, Penal, de 19 de junio (ECLI:ES:TC:2023:69), parece justificar la conclusión a la que llega. Analizaremos si el régimen jurídico de la pena de multa y de su incumplimiento hace innecesario el aseguramiento del pago de la misma e intrascendente el *periculum in mora*. También analizaremos si otros aspectos del principio de proporcionalidad impiden justificar el aseguramiento cautelar del cumplimiento de una pena de multa. En definitiva, se trata de examinar si una fianza (u otra medida cautelar) destinada a garantizar el pago de una pena de multa puede satisfacer dos de los requisitos generales de las medidas cautelares, que no son otra cosa que la concreción, en este ámbito, de los requisitos generales de la licitud de cualquier limitación o restricción coercitiva de los derechos de los particulares por parte del Estado. Finalmente, analizaremos si es acertado entender que una decisión judicial que acuerda injustificadamente una medida cautelar vulnera (o puede vulnerar) el derecho fundamental a la presunción de inocencia, especialmente cuando la falta de justificación de tal decisión no deriva de un error sobre los hechos, sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de las medidas cautelares, sino que deriva de una incorrecta interpretación de la regulación sobre las medidas cautelares, que conduce a afirmar que el legislador permite adoptar medidas cautelares en supuestos en los que no permite hacerlo.

El análisis de aquellas cuestiones parte de una premisa: El *tenor literal* de los arts. 589 y 783.2 LECrim. no representa un obstáculo para concluir que el legislador ha previsto la posibilidad de acordar una fianza o un embargo destinados a asegurar el cumplimiento de la pena de multa, si esta pena llegara a imponerse en la correspondiente sentencia.

## **2. ¿Puede estar justificado ordenar que se preste fianza y decretar un embargo, para asegurar el cumplimiento de la pena de multa?**

### **2.1. El peligro de que el condenado no satisfaga la multa existe y es relevante**

La sentencia que comentamos no niega que pueda existir un riesgo de incumplimiento de la pena de multa. Niega que ese riesgo pueda justificar la adopción de una medida cautelar para neutralizarlo y asegurar el pago de la correspondiente cantidad de dinero. Me parece que, en el caso concreto allí examinado, el riesgo de incumplimiento de la pena de multa no justificaba la medida cautelar acordada en las resoluciones recurridas en amparo. Pero en otros casos sí puede estar justificado ordenar que se preste fianza y acordar el embargo de bienes para asegurar el cumplimiento total o parcial de la pena de multa. Serán supuestos excepcionales, pero no puede negarse la posibilidad de que se presenten.

La multa es una pena pecuniaria que consiste en el pago de una cantidad de dinero, que puede determinarse según el sistema de días multa o bien según el sistema de multa proporcional. En el primer caso, la cuantía de la multa impuesta a las personas físicas se determinará partiendo de los límites previstos en el art. 50 CP, fijando primero el número de cuotas y luego el importe de cada una de ellas. El número de cuotas dependerá de la gravedad del delito cometido, mientras que el importe de las cuotas deberá fijarse teniendo en cuenta la situación económica del reo. En el sistema de multa proporcional, su importe se fijará en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo (art. 52.1 CP). Ambos sistemas tienen en cuenta la gravedad del hecho, la situación económica del penado y la función preventiva de la multa. La consideración de la situación económica del penado trata de garantizar que pueda

pagarla y que aquella no condicione injustificadamente el efecto aflictivo de la pena de multa y, en definitiva, su eficacia preventiva. El art. 126 CP otorga preferencia al abono de la reparación del daño causado, la indemnización de los perjuicios y de las costas procesales, frente al pago de la pena de multa. Pero el régimen jurídico de esta sanción está orientado a permitir que el condenado pueda cumplirla. Ya hemos dicho que esta es una de las razones por las cuales la cuantía de la multa debe fijarse teniendo en cuenta la situación económica del penado, cuyo empeoramiento permitirá revisar su importe (arts. 51 y 52.3 CP). Además, el legislador permite aplazar y fraccionar el pago, si bien no oculta su preferencia por un único pago que se produzca lo antes posible (arts. 50.6 y 52.3 CP). La existencia de otras obligaciones pecuniarias, el internamiento del condenado en un centro penitenciario, la imposibilidad de obtener un préstamo u otras circunstancias, pueden dificultar el pago de la multa. Pero, en principio, el régimen jurídico de esta pena garantiza que el condenado *pueda* cumplirla. De no ser así, sería difícil de justificar la previsión de una responsabilidad personal subsidiaria para los supuestos en los que el penado no satisface la multa (ver STC 19/1988, de 16 de febrero [ECLI:ES:TC:1988:19]). Ya aquí debe destacarse que, por lo menos cuando es posible el cobro por la vía de apremio, el condenado no puede elegir entre pagar la multa o quedar sujeto a responsabilidad personal subsidiaria. La primera alternativa al pago voluntario de la multa es la vía de apremio (art. 53 CP). Lo que ahora me interesa destacar es que, a pesar de que su aplicación práctica lo atenúa a menudo hasta extremos injustificables, el régimen jurídico de la determinación de la cuantía de la multa y de la determinación de las condiciones de su cumplimiento no puede neutralizar el contenido aflictivo inherente a dicha pena y a cualquier otra. Pero, como apuntábamos antes, busca que su contenido aflictivo no sea desproporcionado, no dependa injustificadamente de la situación económica del penado, que este pueda satisfacer voluntariamente la multa y que sea precisamente esta la alternativa que elija. En caso contrario, solo quedará sujeto a la responsabilidad personal subsidiaria si la multa no puede cobrarse por vía de apremio.

Es razonable pensar que, como los otros aspectos del régimen jurídico de la multa, la amenaza de proceder subsidiariamente por la vía de apremio y de incurrir en responsabilidad personal subsidiaria, también favorecen su cumplimiento de forma voluntaria y, en definitiva, reducen el *riesgo de impago*. Pero negar la existencia de esta posibilidad es, sencillamente, desconocer la realidad. La consulta de la jurisprudencia muestra la existencia de supuestos de impago, de los que deriva la sujeción del penado a la responsabilidad personal subsidiaria, la imposibilidad de imponerla porque también se le ha impuesto una pena privativa de libertad superior a 5 años (art. 53.3 CP), la suspensión de la ejecución de aquella pena privativa de libertad (arts. 80 a 87 CP) o su extinción en virtud del tratamiento del concurso real previsto en los arts. 73, 75 y 76 CP. Tampoco cuesta encontrar resoluciones judiciales en las que el impago de la multa y otras circunstancias dan lugar a la prescripción de dicha pena, especialmente cuando se ha impuesto por delitos leves y el plazo de prescripción es de 1 año (art. 133.1 CP). Lo anterior permite concluir que ni el régimen jurídico sobre la determinación de la cuantía de la pena de multa, ni la regulación sobre las condiciones de su cumplimiento, ni la posibilidad de que el penado incurra en responsabilidad personal subsidiaria, eliminan la posibilidad de impago y, en definitiva, el *periculum in mora* y la posibilidad de neutralizarlo a través de una medida cautelar como la obligación de prestar fianza o el embargo, por lo menos cuando el investigado dispone de bienes para hacerla efectiva. En la medida en que limita la posibilidad de fijar el importe de la multa teniendo en cuenta la situación económica del condenado, el riesgo de impago será superior cuando su importe se fije tomando como referencia el daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado al mismo y, además, ese daño, valor o beneficio son elevados, p. ej.

cuando sea muy elevada la cantidad defraudada por el autor de un delito fiscal, o sea muy elevado el valor de la droga con la que se trafica ilícitamente. Otras circunstancias también pueden elevar el riesgo de impago: el hecho de que la capacidad económica del penado sea muy modesta; la ausencia de bienes que puedan embargarse; la comisión de una pluralidad de infracciones y la posibilidad de que el art. 76 CP dé lugar a que se declaren extinguidas algunas de las penas de multa o de responsabilidad personal subsidiaria; la posibilidad de que estas no lleguen ni siquiera a imponerse, porque, además de la pena de multa, se impuso al condenado una pena privativa de libertad superior a 5 años; y/o la posibilidad de que el penado confíe en la prescripción de la pena de multa o en que se acuerde la suspensión de la ejecución de la responsabilidad personal subsidiaria.

Si el riesgo de impago de la multa no existiera (o fuera irrelevante), no tendría sentido prever la posibilidad de que el penado quede sujeto a responsabilidad personal subsidiaria. Pero tan injustificado es negar la existencia de aquel riesgo, como afirmar que la previsión de esta pena privativa de libertad determina que pase a ser irrelevante. Sin embargo, la sentencia que comentamos afirma que el *periculum in mora* se torna *intrascendente*, por «la existencia de diversas situaciones alternativas al cumplimiento *in natura* de la pena de multa». El Tribunal no niega que pueda existir un riesgo de impago de la multa ni que podría neutralizarse a través de una fianza u otra medida cautelar. Pero ello se considera innecesario, porque tal riesgo es intrascendente. Y es intrascendente porque el legislador ha previsto «diversas situaciones alternativas». En los fundamentos jurídicos de la sentencia no se identifica esa diversidad de alternativas. Y, a pesar de que ello no es ni mucho menos evidente, allí tampoco se explica por qué esas alternativas determinan que el *periculum in mora* se torne intrascendente.

Las alegaciones del Ministerio Fiscal que se recogen en los antecedentes de la sentencia son más explícitas en relación con las alternativas al pago de la multa. Pero tampoco explican por qué su previsión torna intrascendente el *periculum in mora*. Allí se dice que el Ministerio Público considera que, a diferencia de la responsabilidad civil o las costas, como componente de las responsabilidades pecuniarias que se toman en cuenta para calcular el importe de la fianza, la multa no satisface el requisito relativo a la existencia de un *periculum in mora*. Y, a continuación, se dice que «[e]sta circunstancia resulta intrascendente a efectos de la ejecución de esta pena, pues en caso de no hacerse efectiva en dinero la ley penal prevé su sustitución por otras fórmulas alternativas, como puede ser la responsabilidad personal subsidiaria (art. 53 CP) o los trabajos en beneficio de la comunidad. Esa misma posibilidad de sustitución determina que no sea predicable de la multa el fin perseguido por las medidas cautelares de garantizar la efectividad de la resolución final».

Como apuntábamos antes, el Tribunal Constitucional, sostiene que el pago de la pena de multa no requiere, en modo alguno, de su aseguramiento, porque el *periculum in mora* se torna intrascendente, debido a la «existencia de diversas situaciones alternativas al cumplimiento *in natura* de la pena de multa». Sin embargo, el Tribunal no explica por qué la previsión de esas alternativas que el rubor (u otros motivos) le impiden mencionar expresamente, determinan que el *periculum in mora* que pueda existir se torne intrascendente y, por ello, «la efectividad de la hipotética sentencia de condena» no requiere, en modo alguno, de su aseguramiento.

El hecho de que el impago de la multa pueda comportar que el penado quede sujeto a una pena privativa de libertad sugiere que aquel no es irrelevante. Y, a su vez, el carácter *subsidiario* de la

responsabilidad personal a la que el penado queda sujeto cuando la multa no se satisface voluntariamente o por vía de apremio, sugiere que el recurso a aquella pena privativa de libertad tampoco es intrascendente. Simplemente, es un «mal menor», que, en principio, el Estado sólo considera innecesario en determinados supuestos en los que también se han impuesto otras penas al condenado (cfr. arts. 53.3 y 76 CP). Pero ni siquiera en estos casos el Estado renuncia al cobro de la multa, si ello fuera posible.

Si el legislador prevé una pena de multa y el juez la impone, y sólo se permite que el penado quede sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria cuando la multa no se satisface voluntariamente o por vía de apremio, de modo que aquel no puede elegir entre el pago de la multa y la responsabilidad personal subsidiaria (por lo menos cuando la multa puede hacerse efectiva mediante el embargo de los bienes del penado), lo más razonable parece concluir que el recurso a la pena de multa se hizo con la finalidad de que, *en la medida de lo posible*, dicha pena se cumpla y sea precisamente así como se satisface la función preventiva del derecho penal, de modo que ni su incumplimiento ni el hecho de que el penado quede sujeto a la responsabilidad personal subsidiaria es indiferente, irrelevante o intrascendente. Si lo fuera, el penado siempre podría elegir entre pagar voluntariamente la multa o quedar sometido a una responsabilidad personal subsidiaria. Y el legislador renunciaría a imponer penas de multa al condenado a penas de prisión de más de 5 años. Por el contrario, nuestro legislador no ha renunciado a ello, y ha descartado la posibilidad de aquella elección, por lo menos cuando el penado dispone de bienes para el cobro de la multa por vía de apremio. En la medida en que sea posible, la alternativa al impago voluntario de la multa es el cobro de la misma por vía de apremio. La posibilidad de que algunos delitos se castiguen con una pena de multa y otra de prisión superior a 5 años y, también, el hecho de que la responsabilidad personal siempre tenga carácter subsidiario, revelan que el legislador no ha previsto esta alternativa al cumplimiento *in natura* de la pena de multa porque considere intrascendente si el penado cumple una u otra pena. Como apuntábamos antes, la sujeción del penado a la responsabilidad personal subsidiaria no es otra cosa que un «mal menor» a través del cual se busca satisfacer la función preventiva del derecho penal cuando la primera opción (el pago de la multa) no puede hacerse efectiva, un «mal menor» que se quiere evitar a través de las vías ya indicadas: atendiendo a la capacidad económica del penado al fijar la cuantía de la multa, admitiendo la posibilidad de aplazar el pago o fraccionarlo y previendo que el condenado quede sujeto a una pena alternativa, salvo en algunos supuestos en los que debe cumplir otras penas.

Este panorama conduce a concluir que ni el impago de la multa ni el riesgo de que se produzca son irrelevantes (por eso se prevé la responsabilidad personal subsidiaria), ni es intrascendente el hecho de que el penado cumpla otra pena (por eso tiene carácter subsidiario). Es razonable pensar que la responsabilidad personal subsidiaria disminuye la probabilidad de que el condenado deje de pagar voluntariamente la multa y de que dificulte el cobro por la vía de apremio. Además, *disminuye* la gravedad, la relevancia, la trascendencia, del impago de la multa, porque aquella pena privativa de libertad asume la función preventiva que la imposición de la multa no ha podido desplegar. Pero la responsabilidad personal subsidiaria no torna intrascendente el impago ni el *periculum in mora*.



## 2.2. La fianza y el embargo no son siempre medidas desproporcionadas

Podría entenderse que el impago de la multa no es intrascendente, pero su trascendencia, su importancia, es *insuficiente* para que pueda estar justificado intentar neutralizar el riesgo de impago recurriendo a una medida cautelar. Dicho de otro modo: No se cuestiona la legitimidad de intentar asegurar el cumplimiento de la pena de multa, ni la ausencia de alternativas igual de eficaces para neutralizar el *periculum in mora* y que comporten una limitación de derechos menos intensa. Pero la justificación del recurso a la fianza prevista en el art. 589 LECrim. también exige que el beneficio sea superior al coste. El análisis de esta cuestión, que la sentencia que comentamos omite, exige profundizar sobre otra que tampoco se analiza con el rigor necesario: el coste que representa prestar una fianza o el embargo de los bienes. Allí se dice que la instructora fijó el importe de la fianza en atención a la pena de multa interesada por la acusación particular y que ello obligaba al acusado a adelantar el pago de la misma, «causando una restricción temporal del poder de disposición de ese último sobre sus bienes». La lectura de los arts. 589 a 614 LECrim. y de la legislación a la que estos preceptos remiten obliga a que, como mínimo, aquella afirmación deba matizarse. Basta con indicar aquí que, según el art. 591, «[l]a fianza podrá ser personal, pignoratícia o hipotecaria, o mediante caución que podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier medio que, a juicio del Juez o Tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate». Y el propio art. 589 dispone que, si el acusado no prestara fianza, se procederá al embargo, el cual tampoco comporta necesariamente una restricción temporal del poder de disposición sobre sus bienes.

Además, debe tenerse en cuenta que el art. 783.2 LECrim. dispone que el Juez de Instrucción resolverá sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas cautelares interesadas, matizando así el carácter aparentemente imperativo de lo dispuesto en el art. 589 LECrim. Y es posible entender que este último también permite que las medidas cautelares que regula solo garanticen una parte del importe de la multa que se estime que pueda llegar a imponerse, de la misma manera que la prisión provisional puede garantizar sólo el cumplimiento de una parte de la pena de prisión, y debe dejarse sin efecto cuando no hacerlo infringiría el principio de proporcionalidad (art. 504 LECrim.). Al respecto, tampoco está de más recordar aquí que, antes de su reforma mediante la LO 13/2003, de 24 de octubre, para acordar la prisión provisional no bastaba la concurrencia de los requisitos entonces previstos en el art. 503 LECrim. Y también conviene destacar que el importe de la multa que se estime que pueda llegar a imponerse puede ser inferior al de la multa solicitada por la acusación particular.

Es imposible analizar aquí todas las posibles situaciones. Pero lo dicho permite afirmar que el peligro de impago y el beneficio de acordar una medida cautelar para neutralizarlo pueden ser muy diversos. También la carga que la fianza o el embargo comportan pueden ser muy distintos. Entre otros factores, aquel peligro dependerá de la posibilidad de que el impago pueda comportar la sujeción del penado a responsabilidad personal subsidiaria, del plazo de prescripción de la pena, de la cuantía de la multa, de si se ha fijado por el sistema de días multa o el de multa proporcional, del resto de las obligaciones pecuniarias del condenado. A su vez, el perjuicio que la fianza o el embargo comportan dependen de la cuantía de aquella, de la situación económica del investigado, del tipo de fianza que preste, de los bienes que se embarguen, de la necesidad de enajenarlos, etc. Sin desconocer el carácter excepcional y provisional propio de todas las medidas

cautelares y la posibilidad de que el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora* varíen en función del cambio de las circunstancias y, con ello, el juicio sobre su proporcionalidad, me parece que, en determinados supuestos, sí puede estar justificado acordar una fianza o embargo para intentar garantizar así el pago de la multa o de una parte de su importe. Sin embargo, aun admitiendo que la fianza acordada en el caso que analiza la STC 69/2023, de 19 de junio (ECLI:ES:TC:2023:69), no hubiera impedido al recurrente disponer del importe de aquella (88.000 €), teniendo en cuenta el régimen jurídico de las penas de multa cuya cuantía se determina según el sistema de días multa, el plazo de prescripción de la multa prevista para el delito de desobediencia y que su comisión no comporta la imposición de una pena de prisión, de modo que, en el caso de que la multa impuesta no pudiera hacerse efectiva, ello comportaría la sujeción del penado a la responsabilidad personal subsidiaria, puede afirmarse que el riesgo de impago era escaso y aquella fianza era claramente desproporcionada y, por lo tanto, no estaba justificada.

### **3. ¿Puede vulnerar el derecho a la presunción de inocencia una medida cautelar dirigida a garantizar el pago de la pena de multa?**

El art. 24.2 CE reconoce a todos el derecho a la presunción de inocencia. Pero aquel precepto no fija el contenido de este derecho. Nadie discute que prohíbe que una sentencia declare la culpabilidad del acusado por la realización de un hecho delictivo cuando ello no ha quedado debidamente probado. Tampoco se discute que las personas investigadas o acusadas tienen también otros derechos que pueden verse limitados en el marco de un proceso penal y que algunos de ellos son derechos fundamentales (derecho a la libertad ambulatoria, a la intimidad, al honor, a la tutela judicial efectiva, etc.). Lo que ya no me parece tan evidente es que deba entenderse que los actos que limitan tales derechos limitan, también, el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 CE.

El Tribunal Constitucional y un sector de la doctrina consideran que el derecho a la presunción de inocencia rige a lo largo de todas las fases del proceso penal y, por lo tanto, no se vulnera sólo cuando se dicta una sentencia condenatoria sin que haya quedado debidamente probado que el acusado realizó el correspondiente hecho delictivo. Por lo menos cuando no se vulnera así otro derecho fundamental, el derecho a la presunción de inocencia se infringiría siempre que los derechos del investigado o del acusado se limiten injustificadamente porque no existen indicios suficientes de su participación en un hecho delictivo o porque se infringe el principio de proporcionalidad (ver, p. ej., SSTC 28/2020, de 24 de febrero [ECLI:ES:TC:2020:28], FFJJ 3 y 4; 217/2001, de 29 de octubre [ECLI:ES:TC:2001:217], FJ 5; y 47/2000, de 17 de febrero [ECLI:ES:TC:2000:47]), FJ 6. Tampoco faltan sentencias que consideran que el derecho a la presunción de inocencia «no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos» (STC 13/1982, de 1 de abril [ECLI:ES:TC:1982:13]). Más recientemente, atendiendo a lo dispuesto en el art. 10.2 CE y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el contenido de aquel derecho, el Tribunal Constitucional le reconoce una dimensión extraprocesal, como regla de tratamiento. En este sentido, en la STC 77/2023, de 20 de junio (ECLI:ES:TC:2023:77), FJ 5 se dice: «[A] pesar de que este tribunal había considerado aplicable el derecho a la presunción de inocencia únicamente a los procesos penales o administrativo-sancionadores pendientes –en los que se dirime la imposición de una pena o

una sanción administrativa– en las SSTC 8/2017, de 19 de enero, y 10/2017, de 30 de enero, se acogió la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y se amplió el ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia en un doble sentido: (i) no se limita a los procesos penales o contencioso-administrativos sancionadores, sino que se extiende a los procesos administrativos y contencioso-administrativos seguidos por responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva; y (ii) no se limita a los procedimientos penales que estén pendientes, sino que se amplía a los procedimientos judiciales resultantes de la absolución definitiva del acusado, en la medida en que las cuestiones planteadas en dichos procesos constituyan un corolario y un complemento de los procesos penales en cuestión, en los que el demandante ostentaba la calidad de acusado».

Me parece que semejante comprensión del derecho a la presunción de inocencia es demasiado amplia. También me lo parece la tesis más restrictiva que entiende que este derecho se vulnera siempre que los derechos del investigado o del inculcado se limiten sin que hayan quedado debidamente acreditados los *hechos* que la ley exige que concurran para poder limitarlos. El derecho a la presunción de inocencia se vincula, así, con el derecho a que los hechos que justifican la limitación de los derechos del investigado o del acusado hayan quedado debidamente probados, con independencia de si la decisión que limita los derechos es una sentencia condenatoria, una sentencia que acuerda la imposición de una medida de seguridad a un inimputable, una decisión que acuerda una medida cautelar o una que acuerda una diligencia de investigación. Todas estas decisiones cuestionan la inocencia de la persona cuyos derechos limitan y pueden ser decisiones ilícitas, pero sería mejor entender que nunca vulneran el derecho a la presunción de inocencia.

Cualquiera de aquellas dos formas de interpretar restrictivamente el derecho a la presunción de inocencia llevaría a negar su infracción por parte de las resoluciones de las que se ocupó la sentencia que comentamos, pues la antijuricidad de estas resoluciones deriva de una interpretación insatisfactoria del ámbito de aplicación de los arts. 589 y 783.2 LECrim. y, en definitiva, de los supuestos en los que estos preceptos permiten acordar una fianza y el embargo de los bienes del investigado o acusado. Pero ya se ha dicho que el Tribunal Constitucional viene manteniendo una concepción más amplia de aquel derecho fundamental, que es coherente con la conclusión allí alcanzada.

#### **4. Conclusiones**

El régimen jurídico de la pena de multa está diseñado para que pueda satisfacer su función preventiva, para que la situación económica del condenado no condicione injustificadamente su contenido aflictivo y para que aquel pueda cumplirla. Pero ello no elimina por completo el riesgo de que no lo haga y deje de satisfacer la multa voluntariamente o por vía de apremio. La previsión de que, en estos casos, el condenado quede sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria, contribuye a disminuir el riesgo de incumplimiento de la pena de multa y, además, disminuye la gravedad del mismo. Pero no comporta que ese riesgo de incumplimiento sea irrelevante, especialmente cuando su cuantía se determina de acuerdo con el sistema de multa proporcional, es elevada, se impone junto con una pena de prisión superior a 5 años y la situación económica del penado no es holgada.

La relevancia del riesgo de incumplimiento de la multa no siempre justifica la decisión de neutralizarlo ordenando al acusado que preste fianza y acordando el embargo de sus bienes. Solo en casos excepcionales podrá afirmarse que esta limitación de los derechos del acusado prevista en los arts. 589 y 783.2 LECrim. respeta las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). No es así en el caso de las resoluciones que analiza la STC 69/2023, de 19 de junio (ECLI:ES:TC:2023:69). La concepción amplia del derecho a la presunción de inocencia que mantiene el Tribunal Constitucional admite su vulneración mediante decisiones que cuestionan injustificadamente la inocencia de una persona, aunque no se trate de una sentencia que declare probada la comisión por el acusado de un hecho delictivo. Una concepción tan amplia es discutible, pero es coherente con la afirmación de que aquellas resoluciones vulneraron dicho derecho fundamental.

## Retroactividad o irretroactividad de las leyes sobre suspensión o sustitución de las penas

### *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional español 54/2023, de 22 de mayo*

Guillermo Ramiro Oliver Calderón  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)  
guillermo.oliver@pucv.cl

#### 1. Antecedentes

Por sentencia de 20 de julio de 2018, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona condenó a dos sujetos por hechos cometidos entre los años 2005 y 2006, como autores de un delito de apropiación indebida en concurso medial con un delito de falsedad contable, a las penas, a cada uno de ellos, de cuatro años y medio de prisión y multa de once meses con cuota diaria de veinte euros; y como autores de otro delito de falsedad contable, a las penas, a cada uno de ellos, de un año y medio de prisión y multa de ocho meses con cuota diaria de veinte euros. Dicha resolución alcanzó firmeza al desestimarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto en su contra, por sentencia de 21 de octubre de 2020.

Al tiempo en que los mencionados delitos fueron cometidos, el artículo 88.1 del Código Penal español, en sus dos primeros párrafos, rezaba así:

«Art. 88. 1. Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. En estos casos el juez o tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.

Excepcionalmente, podrán los jueces o tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa».

Durante la tramitación del proceso que concluyó con la referida sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, se publicó la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, con entrada en vigor el 1 de julio de 2015, la que, entre otras cosas, suprimió el artículo 88 del Código Penal.

Mediante escritos presentados el 8 de abril de 2021 ante el mencionado tribunal, la representación de los condenados solicitó la sustitución de la pena de un año y seis meses de prisión por un año de trabajos en beneficio de la comunidad y un año de multa, conforme al artículo 88 del Código Penal, pero en su redacción anterior a la reforma operada por la citada Ley Orgánica.

Por auto de 20 de abril de 2021, el tribunal desestimó la solicitud de sustitución, argumentando que el citado artículo 88 no se encontraba vigente, que por tratarse de una materia procesal debía observarse el principio *tempus regit actum* y que, conforme a jurisprudencia del Tribunal Supremo, la normativa aplicable a la sustitución de penas ha de ser la vigente en el momento de modificarse las operaciones correspondientes a su ejecución. Contra dicho auto los condenados interpusieron un recurso de súplica, el cual fue desestimado mediante auto de 20 de mayo de 2021.

Contra los indicados autos, la representación de cada uno de los condenados interpuso un recurso de amparo, aduciendo una vulneración de sus derechos a la libertad, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y a la legalidad penal. Ambos recursos de amparo, que se acumularon, fueron estimados por el Tribunal Constitucional mediante sentencia de 22 de mayo de 2023. En esta, después de reseñar el contenido, el alcance y las manifestaciones del principio de legalidad penal, consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución española; de resumir el fundamento y la extensión de la prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables, y de describir la evolución de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el contenido de aquel principio –conforme a la cual se entiende que contenidos tradicionalmente calificados de ejecución o aplicación de la pena, actualmente integran el concepto de pena para los efectos del artículo 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos– el Tribunal Constitucional afirmó que se había vulnerado el derecho a la legalidad penal de los recurrentes de amparo, por haberse infringido la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable, y anuló los mencionados autos, ordenando retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior al de dictarse la primera de las resoluciones anuladas, para que la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona pronunciara una nueva resolución que fuera respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

## **2. Consideraciones sobre el fundamento de la irretroactividad de la ley penal y sobre su extensión a los cambios desfavorables en la normativa sobre ejecución penal<sup>1</sup>**

El análisis del caso resuelto por el Tribunal Constitucional representa una invitación para reflexionar acerca de si el principio (mejor, la regla) de irretroactividad penal comprende o no las modificaciones que experimenta la regulación sobre ejecución penal, materia que no suele ser

---

<sup>1</sup> Algunas de las explicaciones ofrecidas en esta sección han sido extraídas, en ocasiones en forma literal, de OLIVER CALDERÓN, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, 2007, pp. 123 ss.

muy tratada en los manuales de Derecho penal. Para abordar este tema parece ineludible una toma de postura previa acerca del fundamento de la prohibición de retroactividad penal.

Tengo para mí que el fundamento del postulado de la irretroactividad penal es la seguridad jurídica. Es imposible que las personas puedan calcular la valoración jurídica de sus actuaciones, tomando en cuenta una legislación inexistente en el momento en que estas tienen lugar. No podrían prever la calificación jurídico-penal que sus actos recibirán ni cómo se llegará a asignar dicha calificación, a partir de leyes que aún no han sido promulgadas. Si se permitiera la retroactividad de las leyes penales, las personas no podrían tener la seguridad de que no serán sancionadas por un hecho que, en el momento de su realización, no constituye delito, ni con penas más graves que las contempladas en la ley vigente al tiempo de su ejecución, cuando el hecho sí es delictivo. Esta idea corresponde a lo que se conoce con el nombre de concepción *subjetiva* de la seguridad jurídica o certeza del derecho, esto es, el conocimiento del Derecho por parte de sus destinatarios; la denominada concepción *objetiva* de la seguridad jurídica, en cambio, la entiende como una exigencia de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones.

No obstante, es común (y correcto) afirmar que el conocimiento del Derecho es más un mito que una realidad. Distintas razones explican que esto sea así. Verbigracia, se menciona el hecho de que los medios que producen el contacto entre las normas jurídicas y sus destinatarios son sólo indirectos, por lo que únicamente es posible aspirar a un conocimiento aproximado del ordenamiento jurídico y, por ello, impreciso. Se alude también al lenguaje excesivamente técnico en que muchas veces las leyes son redactadas, lo que dificulta que las personas puedan comprender su sentido. Asimismo, se hace referencia a la falta de claridad de algunas leyes, a la complejidad y la equívocidad del lenguaje con que se redactan, a su falta de taxatividad y a su constante mutación en un breve lapso, entre otras causas que obstruyen el conocimiento del Derecho.

Estas dificultades tornan necesario realizar un ajuste en la llamada concepción subjetiva de la seguridad jurídica. Con leyes penales irretroactivas, por las razones mencionadas, no se puede asegurar que las personas tengan pleno conocimiento del ordenamiento jurídico, pero la posibilidad de aplicar retroactivamente las leyes penales supone un incremento cuantitativamente radical de tales dificultades. Dicho con otras palabras, si con leyes irretroactivas ya es difícil conocer el Derecho y calcular la calificación jurídico-penal de futuras actuaciones, con leyes retroactivas ello sería prácticamente imposible. Por ello, en vez de conocimiento del Derecho, debería hablarse de cognoscibilidad de este, es decir, la circunstancia de que no sea imposible para las personas poder conocer el Derecho vigente, para prever los efectos jurídicos de sus actuaciones. Lo importante no es, entonces, que los ciudadanos cuenten con dicho conocimiento, sino que no carezcan de la posibilidad de acceder al mensaje normativo. La irretroactividad de las leyes penales, en consecuencia, no garantiza su efectivo conocimiento por los ciudadanos, pero sí contribuye a la posibilidad de dicho conocimiento o, mejor, a evitar que sea imposible su ignorancia.

Si este es el fundamento de la prohibición de retroactividad penal, resulta obligado concluir que las disposiciones que regulan la forma en que las consecuencias jurídico-penales de las actuaciones de las personas deben ejecutarse no pueden aplicarse retroactivamente. Las modificaciones en la regulación sobre ejecución penal que inciden perjudicialmente en el modo

en que se cumplen las penas forman parte del contenido de dicho postulado. De muy poco sirve que no se excluya la posibilidad de que los ciudadanos sepan con antelación qué penas se les podría imponer si cometen un delito, garantizando la irretroactividad de estas, si adicionalmente no se evita la imposibilidad de que conozcan con anticipación en qué se podría traducir su cumplimiento, por no asegurarse la irretroactividad de la normativa sobre ejecución penal. Dicho con otras palabras, si las personas no pueden saber qué implica la ejecución de una pena, tampoco pueden saber realmente *cómo se castiga* un delito. Para no excluir la posibilidad de prever en qué se traduce el cumplimiento de una pena, es necesario garantizar la irretroactividad de las normas que indiquen en su ejecución, lo que cubre no sólo aquellas cuya aplicación forma parte del contenido de las sentencias condenatorias, sino también aquellas cuya aplicación queda entregada a la administración penitenciaria.

En el nivel constitucional, el sistema jurídico español ofrece argumentos de derecho positivo en favor de la irretroactividad de las modificaciones desfavorables en materia de ejecución penal. Por una parte, el artículo 9.3 de la Constitución, además de garantizar la seguridad jurídica –lo que ya bastaría para negar retroactividad a tales modificaciones–, asegura «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». Dentro de la expresión «disposiciones sancionadoras no favorables» pueden entenderse incluidos los cambios perjudiciales de la regulación sobre ejecución penal. Dado que las penas son sanciones, es razonable calificar como «sancionadoras» las disposiciones que desarrollan aquellas. Y en todo caso, su irretroactividad queda igualmente garantizada, pues se trata de disposiciones «restrictivas de derechos individuales».

Por otra parte, el artículo 25.1 de la Constitución, al señalar que «[na]die puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento», también parece brindar cobertura a la prohibición de aplicar retroactivamente modificaciones desfavorables en materia de ejecución de penas, siempre que se acepte que la garantía penal del principio de legalidad, pese a que no se encuentra expresamente consagrada en esta norma, está implícitamente reconocida en ella. Máxime si se adhiere a la opinión que entiende que la garantía de ejecución del principio de legalidad penal también se puede desprender de este precepto constitucional, a pesar de la ausencia de referencia expresa a ella en su texto.

### 3. Valoración de la sentencia del Tribunal Constitucional

La sentencia objeto del presente comentario merece una valoración positiva, pues representa una acertada forma de enfrentar el problema de determinar el fundamento y alcance de la irretroactividad en materia penal. En su fallo, el Tribunal Constitucional, correctamente, pone de relieve la obligación de garantizar la irretroactividad de los cambios perjudiciales en la normativa que permitía a los recurrentes de amparo prever todas las consecuencias jurídico-penales de los actos que ejecutaron. En sus palabras,

«[D]ebe tomarse en consideración que la regulación sobre las penas vigentes en el momento de los hechos, aquella que los recurrentes podían prever, que garantizaba su derecho a la seguridad y a la libertad, y que determinaba la función intimidatoria y motivadora de su conducta, se integraba por la pena prevista en el tipo penal de falsedad contable tipificado en el art. 290 CP –esto es, de uno a tres años y multa de seis a doce meses–, y por las normas –en lo que ahora interesa–, relativas a “la sustitución de las penas privativas de libertad”, que se contenían en la Sección 2ª, del Capítulo III,



del Título III del Código Penal. Este era el marco normativo que realmente determinaba la pena impuesta [...]» (f. j. 6°).

Además, el Tribunal Constitucional destaca que la regulación vigente cuando los recurrentes de amparo cometieron los delitos por los cuales fueron condenados, era más favorable que la que regía al momento de la sentencia condenatoria, al señalar que

«[l]a aplicación de las reglas de sustitución de las penas vigentes cuando cometieron los delitos (art. 88 CP), podía evitar que el tiempo de estancia en prisión se alargara un año y seis meses, al prever la posibilidad de que la pena de prisión impuesta por el delito de falsedad contable, por no exceder de los dos años, se sustituyera por una pena de trabajos en beneficio de la comunidad y una pena de multa».

«La aplicación de la sobrevenida reforma del Código Penal, por más que dicha reforma estuviera justificada para aumentar la eficacia de la justicia penal, podía suponer –al evitar una eventual sustitución de la pena de prisión– la imposición de una pena realmente más grave que la aplicable al tiempo de cometerse la infracción, sin que con su imposición se lograra satisfacer la finalidad de prevención general de la pena, pues el delito ya se había cometido».

«En tal sentido, el marco legal previsto en el momento de los hechos –modificado por la necesidad de aumentar la eficacia de la justicia penal– permitía –si el órgano judicial entendía que concurrían los requisitos del art. 88 CP– que los recurrentes en lugar de cumplir la pena privativa de libertad impuesta por el delito de falsedad contable, tuvieran la posibilidad de cumplir una pena privativa de derechos junto con una pena de multa –de menor gravedad y carga aflictiva, así lo entendieron también los recurrentes– evitando de este modo un mayor tiempo de estancia en prisión [...]» (f. j. 6°).

Por otra parte, aludiendo al fundamento de la prohibición de retroactividad de las modificaciones penales desfavorables, con una argumentación que gira en torno a la idea de la seguridad jurídica, casi coincidente con explicaciones ofrecidas en la sección anterior de este comentario, el Tribunal Constitucional agrega que

«[e]l órgano judicial, al aplicar la reforma prevista en la LO 1/2015 a hechos anteriores, cercenó la exigencia de previsibilidad de los recurrentes frente a la reacción estatal, esto es, frente a la pena que realmente se les podía imponer. Éstos no pudieron tomar en consideración, ni conocer, el cambio legislativo desfavorable que se avecinó, menoscabándose la garantía de predeterminación normativa de la pena que les amparaba. En efecto, los recurrentes pudieron creer en la posibilidad de evitar el ingreso en prisión, mediante la aplicación de las reglas que regulaban la sustitución de la pena. Dicha expectativa razonable, se vio quebrada por la aplicación de la legislación posterior desfavorable. La LO 1/2015, eliminó la institución de la sustitución de la pena, por lo que modificó sustancialmente la pena que eventualmente los recurrentes debían cumplir por el delito cometido. De este modo se impidió la posibilidad de sustitución de la pena privativa de libertad y, con ello, se ocasionó la eventual prolongación retroactiva de la pena de prisión» (f. j. 6°).

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional indica que para determinar el alcance del postulado de la irretroactividad en materia penal, es necesario abandonar el criterio puramente formal consistente en desentrañar la naturaleza de la institución que experimenta algún cambio normativo y reservar la prohibición de retroactividad sólo para las modificaciones en institutos de naturaleza claramente sustantiva, negando su aplicación para instituciones cuya naturaleza sea discutida o claramente distinta, como la procesal. Así lo da a entender, al afirmar lo siguiente:

«A lo anterior no se le pueden oponer los argumentos formales dados por el órgano judicial, por los que al considerar la sustitución de la pena como una institución propia de la ejecución penal tenía naturaleza procesal y por ello no se encontraba afectada por la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable. No es posible abordar la cuestión desde un prisma meramente formal o procedimental, desprovisto de su enfoque material o desatendiendo a los intereses jurídicos implicados. Lo esencial no es la naturaleza procesal o adjetiva de las normas, sino si de las mismas, de su inaplicación, podía resultar la existencia o no de una efectiva e imprevisible limitación de la libertad personal de los condenados o un alargamiento de la pena de prisión que los recurrentes debían cumplir, al excluir toda posibilidad de sustitución de la pena» (f. j. 6°).

Debe saludarse particularmente esta forma de determinar la extensión de la prohibición de retroactividad en materia penal. Esta manera de enfrentar el tema, la cual apunta a verificar si la aplicación retroactiva del cambio normativo en alguna institución, cualquiera sea su naturaleza, vulnera el fundamento que se atribuya a dicha prohibición, es acertada. Su generalización permitiría poner término a discusiones doctrinales y jurisprudenciales existentes desde antiguo sobre el alcance del postulado de la irretroactividad penal, como, por ejemplo, la pregunta acerca de si modificaciones desfavorables en el instituto de la prescripción están sujetas a la referida prohibición, debate en el que todavía se suele operar con un criterio simplemente formal, afirmando que la respuesta depende de si esta institución tiene naturaleza sustantiva –en cuyo caso sí estaría comprendida en el postulado de la irretroactividad– o adjetiva –caso en el cual no quedaría cubierta por la prohibición.

En todo caso, el Tribunal Constitucional, para fundar mejor su decisión de estimar los recursos de amparo, añade una argumentación aparentemente paradójica:

«A los argumentos de las resoluciones impugnadas podrían oponérsele (sic) también otros –algunos de los cuales han sido alegados por los recurrentes–, que no fueron examinados por el órgano judicial, y que alejarían la sustitución de la pena de su catalogación de institución propia de la ejecución, tales como: (i) que la sustitución se puede decidir en la misma sentencia o con posterioridad, antes de dar inicio a la ejecución de la pena; (ii) que la institución de la sustitución de la pena tiene una función retributiva no ausente de carácter preventivo, aspectos estos –retribución y prevención– que son esenciales de la pena, y que resultaban de la propia literalidad del art. 88.2.II CP; (iii) que para decidir la procedencia o no de la sustitución se atendía a aspectos que no pertenecen al ámbito de la ejecución de la pena o a la conducta del penado, sino que son previos como “las circunstancias del hecho y del culpable” o que no se trate de reos habituales; (iv) así como que en el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad o la (sic) cuotas de multa cumplidas (art. 88.2 CP); (v) y, por concluir, que se entendía extinguida la pena por el cumplimiento de la pena sustitutiva, comenzando a computarse el plazo de cancelación de los antecedentes penales (art. 136.3 CP)» (f. j. 6°).

Sin perjuicio de que esta última argumentación es plausible, ya que efectivamente hay buenas razones para afirmar que la sustitución de la pena posee una naturaleza sustantiva –de hecho, cuando se la aplica se habla de *penas* sustitutivas–, su esgrimidura puede hacer perder fuerza a la idea manifestada previamente por el mismo tribunal en la sentencia comentada, en el sentido de que para determinar el alcance de la prohibición de retroactividad en materia penal no es decisiva la naturaleza de la institución que experimente un cambio normativo, sino que lo es la consideración de si la aplicación retroactiva de tal modificación vulnera o no el fundamento de dicha prohibición. La argumentación del Tribunal Constitucional que se acaba de transcribir

puede verse como un retroceso en el camino correctamente iniciado, pues parece sugerir que, si la sustitución de la pena fuera catalogada como una institución propia de la ejecución, no quedaría cubierta por el postulado de la irretroactividad penal.

## La colaboración premiada: justicia premial encubierta

### *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 507/2020, de 14 de octubre, sobre el «caso Gürtel»*

Marina Oliveira Teixeira dos Santos  
Universidad de Salamanca  
marinaots@usal.es

-

#### 1. Introducción

La sentencia del Tribunal Supremo 507/2020, de 14 de octubre<sup>1</sup>, marca una importante etapa en lo que se conoce como la «primera fase» del caso Gürtel. Confirma, en líneas generales, la sentencia inicialmente dictada por la Audiencia Nacional (sentencia de la Audiencia Nacional 20/2018, de 17 de mayo<sup>2</sup>).

El caso se centra en una amplia trama que involucra a políticos y empresarios, liderada por Francisco Correa, con el propósito de recaudar fondos de autoridades políticas en violación de las disposiciones legales vigentes. Para lograr este objetivo, se estableció una estructura que se basaba en personas jurídicas pertenecientes al denominado grupo «Correa», desde la cual los miembros de la trama se beneficiaron a través de la obtención de contratos con las administraciones públicas y la apropiación indebida de entidades públicas.

Implicó a muchas personas condenadas, empresas pantallas y la condena por delitos contra la Hacienda Pública, cohecho, malversación, y otros. Delitos de naturaleza político-económica<sup>3</sup> para los cuáles el legislador dispone la existencia de subtipos atenuados en el caso de la colaboración con la justicia, aunque de manera limitada a ciertos tipos delictivos y vinculada a una cooperación bastante específica<sup>4</sup>. Esta colaboración también es alentada por diversos

---

<sup>1</sup> STS 507/2020, Penal, de 14 de octubre (ECLI:TS:2020:3191), en adelante STS 507/2020.

<sup>2</sup> SAN 20/2018, Penal, de 17 de mayo (ECLI:AN:2018:1915), en adelante SAN 20/2018.

<sup>3</sup> Cfr. BARONA VILAR, *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, 2017, pp. 578 y ss.; SARRABAYROUSE, «Recensión a *El concepto del delito económico-político* de Wolfgang NAUCKE (Berlín, 2012)», *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, (2-4), 2013, pp. 339-372.

<sup>4</sup> Específicamente, en los delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas, los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social, los delitos contra la salud pública, el delito de cohecho y malversación, los delitos de organizaciones y grupos criminales y los delitos de terrorismo. Cfr. LAMARCA PÉREZ, «Atenuación por abandono y colaboración. Requisitos (artículo 376.1 CP). Delimitación con la atenuante 4.ª del artículo 21 CP», en ÁLVAREZ GARCÍA, (ed.), *El delito de tráfico de drogas*, 2009, pp. 280 ss.; ORTIZ PRADILLO, *Los delatores en el proceso penal*, 2018, p. 230; CUERDA ARNAU, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, 1995; QUINTANAR DÍEZ, *La justicia penal y los denominados arrepentidos*, 1997.

documentos y convenciones internacionales<sup>5</sup>. En el sistema penal español, suele ser promovida a través de la interpretación analógica de la atenuante de confesión del art. 21.4 CP.

Para el análisis de este trabajo, nos centramos en la interpretación realizada con relación a la colaboración con la justicia realizada por distintos coacusados y que fue debidamente examinada por el Tribunal Supremo, confirmando mucho de lo anteriormente expuesto por la Audiencia Nacional. El objetivo de este análisis crítico es establecer los parámetros jurisprudenciales para los distintos actos de cooperación con la justicia, especialmente a partir de lo dispuesto en la legislación penal y procesal penal sobre el tema. Partiendo, por consiguiente, del principio de legalidad y de sus garantías criminales (*nullum crimen sine lege*), penales (*nulla poena sine lege*)<sup>6</sup> y jurisdiccionales<sup>7</sup>.

## 2. Contexto previo: la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN 20/2018, de 17 de mayo)

El caso narrado deriva de la denuncia formulada por uno de los acusados, José Luis Peñas Domingo, «quien, desde el primer momento, ha colaborado de forma esencial en la investigación, exponiendo el modo de operar del grupo liderado por Francisco Correa»<sup>8</sup>. Habiendo, además, aportado junto con su denuncia «numerosas grabaciones de conversaciones mantenidas con otros acusados, que la corroboran y han sido de gran ayuda para un mejor esclarecimiento de los hechos y partícipes en ellos»<sup>9</sup>.

Posteriormente, la Audiencia Nacional vuelve a destacar la colaboración de José Luis Peñas Domingo, relatando de manera extensa todas sus declaraciones sobre los acontecimientos, las que advierte fueron útiles para conformar los hechos probados. Y, aunque la Audiencia Nacional afirme que José Luis Peñas Domingo haya intentado eludir su implicación en los hechos de que fue acusado, porque ha habido credibilidad en sus respuestas relacionadas con las grabaciones aportadas, se le fue apreciada la atenuante de confesión del art. 21. 4 CP, alegada como muy calificada por el Ministerio Fiscal y respecto de todos los delitos<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> Desde la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003, el Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa de 1999, la Resolución del Consejo de la Unión Europea relativa a las personas que colaboran con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada de 1996, entre otros.

<sup>6</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «¿Legalidad penal líquida?», *InDret*, (3), 2015, pp. 2 y 3.

<sup>7</sup> MONTERO AROCA define los tres principales sentidos de la garantía jurisdiccional del principio de legalidad (MONTERO AROCA, «Lección Primera. Los conceptos iniciales», en EL MISMO *et al.*, *Derecho jurisdiccional III: proceso penal*, 27ª ed., 2019, p. 34).

<sup>8</sup> SAN 20/2018, Antecedentes Procesales, octavo; Hechos Probados, n.º 5.

<sup>9</sup> La discusión en el folio 186 de la Sentencia confirma la efectividad y esencialidad de la colaboración de José Luis Peña Domingo: «su colaboración ha sido esencial para la averiguación y esclarecimiento de los hechos, en lo que a él y quienes con él participaron en los mismos se refiere, tanto por la aportación de determinadas conversaciones que grabó, como por la descripción de esos hechos y partícipes, en particular en lo relativo a la actividad desarrollada por Francisco Correa» (SAN 20/2018).

<sup>10</sup> SAN 20/2018, Antecedentes Procesales, octavo; Hechos Probados, n.º 5.

El propio José Luis Peñas Domingo, conforme la sentencia de la Audiencia Nacional, habría señalado la relevancia de la cooperación de otro condenado, Juan José Moreno, para las grabaciones con las que instruyó su denuncia. Según la sentencia, José Luis Peñas Domingo declara que desde que «tuvo la convicción de que tenía que grabar, Juan José Moreno estuvo con él 100 por 100, dos años, siendo la colaboración de este absolutamente igual a la suya»<sup>11</sup>. Sin embargo, señalamos que no solamente su propia defensa elevó sus conclusiones provisionales a definitivas, sin alegar circunstancia modificativa alguna<sup>12</sup>, sino tampoco se le ha aplicado ninguna circunstancia modificativa o mencionado otra vez su supuesta colaboración en la sentencia. En noticias de la época<sup>13</sup>, no obstante, se puede confirmar que Juan José Moreno, aunque hubiera auxiliado durante la grabación, no firmó la denuncia juntamente con José Luis Peñas Domingo, lo que justificaría el trato diferenciado dado a ambos por la Audiencia Nacional.

En el mismo apartado de «colaboración con la justicia», se aclara que Roberto Fernández Rodríguez, Jacobo Gordon Levenfeld y Alfonso García Pozuelo «reconocieron al inicio del presente juicio los hechos que les imputaba el Ministerio Fiscal, lo que ha servido de importante ayuda para formar el criterio del tribunal». Por lo tanto, se ha impuesto a Jacobo Gordon Levenfeld una pena con la atenuante analógica de confesión conforme apreciado por el Ministerio Fiscal y solicitado por la defensa<sup>14</sup>. A los otros dos condenados, Roberto Fernández Rodríguez y Alfonso García Pozuelo, la sentencia destaca que el Ministerio Fiscal apreció la circunstancia analógica de confesión como muy calificada y se menciona expresamente que «con ambos llegó a un acuerdo [el Ministerio Fiscal], que respetamos»<sup>15</sup>. Este posicionamiento de la Audiencia Nacional, a favor de respetar un acuerdo entre el Ministerio Fiscal y los acusados es confirmado posteriormente, cuando la Audiencia Nacional reconoce que «la condena por este delito que se solicita para Alfonso García Pozuelo, con la atenuante analógica de confesión muy calificada que le aplica el MF, ha de ser respetada en los términos que acordaron las partes»<sup>16</sup>.

El último investigado sobre el que se menciona la colaboración con la justicia de manera favorable es Francisco Correa. Con relación a él, la Audiencia Nacional valora que no puede caber la circunstancia atenuante de reparación invocada del art. 21. 5º del CP, pero sí «está en línea con esta dinámica de colaboración que ha venido mostrando, como hizo cuando reconoció los hechos en su declaración prestada en el juicio oral»<sup>17</sup>. Por consiguiente, se le aplica la atenuante analógica a la confesión como a Roberto Fernández Rodríguez, Jacobo Gordon Levenfeld y

---

<sup>11</sup> SAN 20/2018, FD I.

<sup>12</sup> SAN 20/2018, FD III.

<sup>13</sup> CHICOTE, «*Los concejales que grabaron a Correa* “nos han destrozado la vida, pero volveríamos a hacerlo”», *ABC España*, 30 de mayo 2018 [consulta: 11 marzo 2021]. Disponible en: <[https://www.abc.es/espana/abci-concejales-grabaron-correa-destrozado-vida-pero-volveriamos-hacerlo-201805300306\\_noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F](https://www.abc.es/espana/abci-concejales-grabaron-correa-destrozado-vida-pero-volveriamos-hacerlo-201805300306_noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F)>. Cfr., además: LÓPEZ-FONSECA, *La dispar fortuna de los arrepentidos de la Gürtel*, *El país*, 24 de mayo 2018 [consulta: 11 marzo 2021]. Disponible en: <[https://elpais.com/politica/2018/05/24/actualidad/1527158183\\_672205.html](https://elpais.com/politica/2018/05/24/actualidad/1527158183_672205.html)>

<sup>14</sup> SAN 20/2018, FD III.

<sup>15</sup> SAN 20/2018, FD III.

<sup>16</sup> SAN 20/2018, FD III.

<sup>17</sup> SAN 20/2018, Introducción, 3.A.

Alfonso García Pozuelo<sup>18</sup>. Y, por primera vez en la sentencia, la Audiencia Nacional elucida la interpretación que dio lugar a dicha atenuante.

En los términos de la sentencia: «[la] atenuante analógica a la de confesión, cuando tiene lugar una vez el proceso en marcha, sobre la base de que, partiendo de un reconocimiento de hechos cuya veracidad ha de valorar la Audiencia Nacional, las declaraciones que preste quien confiesa sean decisivas para el esclarecimiento de la mayor parte de los mismos, en el caso de complejos delitos de corrupción económico-política y de blanqueo de capitales, en que la prueba resulta verdaderamente difícil. Así, vinculada dicha valoración con el principio de inmediación y, al no tratarse de aplicar la atenuante específica del nº 4 del art. 21 CP, sino la analógica, en relación con la anterior, y no siendo su fundamento otro que el basado en razones de política criminal, que sirven para facilitar la investigación y prueba de los hechos, que comparte con la primera, si esto es así, no hay por qué negar su aplicación»<sup>19</sup>.

De esta manera, en un primer momento la Audiencia Nacional admite la imposibilidad de aplicación de la atenuante de confesión, legalmente prevista en el art. 21.4 CP, al condenado Francisco Correa, así como la imposibilidad de su aplicación por una vía análoga. Para, en un segundo momento, afirmar que no pueden negar la «mucha importancia que ha tenido la declaración prestada en juicio por Francisco Correa, de cara a un mejor esclarecimiento de los hechos, y de gran ayuda a la hora de valorar la muy abundante y compleja prueba, en particular, documental que hemos tenido que manejar, nos hubiera llevado en este específico caso a la aplicación de esa atenuante analógica de confesión que fue solicitada por la defensa, en todo caso compensada con la especial gravedad de las conductas que se le reprochan y el muy importante perjuicio, fundamentalmente, económico que con ellas ha ocasionado»<sup>20</sup>.

Por consiguiente, se le aprecia a Francisco Correa la atenuante analógica de confesión de manera restringida, sin extenderse a todos los delitos por los que fue condenado, con el fin de reflejar la gravedad de las conductas perpetradas por él. La incidencia de la atenuante analógica de confesión exclusivamente en relación a uno de los delitos por los que fue condenado, sin embargo, será examinada más detenidamente en el proceso de casación ante el Tribunal Supremo.

En relación con el acusado Luis Bárcenas, quien más recientemente ha demostrado su voluntad de colaborar con la justicia en el caso de la existencia de una caja B en el Partido Popular<sup>21</sup>, la sentencia es muy clara al resaltar su falta de cooperación al evaluar la posibilidad de una reducción de su pena como «arrepentido colaborador». Se establece que Luis Bárcenas, al tomar conocimiento de las primeras detenciones en el caso en febrero de 2009, «consciente de su presumible implicación en ella [la causa] y los efectos que podía tener sobre su patrimonio, continuó con su estrategia de seguir ocultando sus rentas, mediante la apertura de nuevas

---

<sup>18</sup> Recordando que, en el caso de José Luis Peñas Domingos, al ser el primer denunciante y debido a su situación en concreto, el tribunal no le concedió la atenuante analógica de confesión, sino la propia atenuante de confesión del art. 41, 4 CP, como muy calificada.

<sup>19</sup> La propia sentencia cita como fallos que también aplican la atenuante analógica a la confesión para la colaboración con la justicia: el FJ 266º STS 508/2015, Penal, de 27 de julio (ECLI:TS:2015:3699), llamado caso Malaya (SAN 20/2018, p. 660-661).

<sup>20</sup> SAN 20/2018, Introducción, 3.A.

<sup>21</sup> Cfr. SAN 21/2021, de 28 de octubre.

cuentas»<sup>22</sup>. Esas cuentas le permitieron administrar su patrimonio, blanquear el capital procedente de la caja B del Partido Popular, realizar una evasión fiscal y utilizar esos recursos posteriormente junto con su esposa, quien también fue condenada en la misma sentencia Gürtel. En otras palabras, Bárcenas, al tener conocimiento de la apertura de la causa penal y de la detención de los primeros implicados, buscó blanquear los activos en su posesión mediante la retirada de fondos de bancos suizos<sup>23</sup> y a través de de diversas maniobras, como préstamos, donaciones, presuntas retribuciones por contratos de prestación de servicio, el pago de estudios a personas que sabían o no del origen ilícito, así como operaciones de compra y venta de obras de arte llevadas a cabo por su esposa, quien también resultó condenada, Rosalía Iglesias.

La (falta de) colaboración con la justicia se menciona con relación a otro condenado: Pablo Crespo. Mientras se evalúa el valor probatorio del material informático (en particular, de un pen-drive) por la supuesta quiebra de la cadena de custodia, la Audiencia Nacional afirma que Pablo Crespo, aunque hubiera dicho que quería ofrecer una colaboración, no sólo intentó sembrar dudas sobre lo suyo que estaba presente en este material informático, como también admitió información contenida en él<sup>24</sup>. Así que, en lo que respecta a ese condenado, la única mención que tenemos es acerca de su inicial voluntad de colaborar con la justicia y su posterior comportamiento, que contradecía cualquier voluntad de cooperación.

En la misma situación que Pablo Crespo y Luis Bárcenas se encontraron Isabel Jordán y Luis de Miguel Pérez. En cuanto a la primera, su defensa solicitó la atenuante analógica de confesión, pero la Audiencia Nacional optó por no concederla, a pesar de que había presentado una denuncia ante la guardia civil el 16 de octubre de 2017 y había aportado un disco duro con informaciones útiles para la investigación. Esto se debió a que su colaboración, según la sentencia, fue muy escasa y la actitud mostrada por la acusada no fue «muy respetuosa con la verdad, a la que, cuando no ha faltado, la ha relatado a conveniencia, derivando responsabilidades hacía otros»<sup>25</sup>. Por otro lado, en el caso de Luis de Miguel Pérez, cuya defensa también solicitó una atenuante, concretamente la atenuante de colaboración del art. 305 del Código Penal, la Audiencia Nacional señaló que «no acabamos de ver con qué presupuesto fáctico la sostiene». La Audiencia Nacional afirmó que no pudieron «apreciar ningún tipo de colaboración en este acusado que, siendo asesor de distintos acusados y colaborado en la creación de entramados para facilitarles la evasión fiscal y el blanqueo, a lo largo de todo lo actuado, en particular, en el acto del juicio oral ha mantenido una postura negativa en la participación de los delitos que se le acusa, y mantenido unos planteamientos absolutamente formales frente a la realidad defraudatoria que se trataba de encubrir con esa formalidad creada por él»<sup>26</sup>. En este sentido, se destaca la importancia de un reconocimiento de los hechos y una confesión veraz, mantenida a lo largo del procedimiento y acorde a la actitud colaborativa de los acusados para justificar la aplicación de la atenuante analógica de confesión.

---

<sup>22</sup> SAN 20/2018, IV.-Castilla y León, II.

<sup>23</sup> La retirada de fondos por Bárcenas de las cuentas suizas es razonable considerando la importancia de la colaboración de Suiza con el proceso Gürtel, habiendo aportado datos de las cuentas que Luis Bárcenas había estado ocultando (SAN 20/2018, p.1169).

<sup>24</sup> SAN 20/2018, FD, V.

<sup>25</sup> SAN 20/2018, Introducción, 3.C.

<sup>26</sup> SAN 20/2018, FD III, Penas a imponer.



### 3. La Sentencia del Tribunal Supremo (STS 507/2020, de 14 de octubre)

El Tribunal Supremo, desde los primeros folios de la sentencia, expresa la relevancia de la denuncia formulada por José Luis Peñas Domingo y de su colaboración para la investigación<sup>27</sup>. Consecuentemente, el propio Tribunal Supremo se ve obligado a desestimar el motivo décimo alegado por José Luis Peñas Domingo en su recurso relacionado con la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. De esta forma, la posición del Tribunal Supremo nos permite llegar a una conclusión fundamental en lo que respecta a la colaboración con la justicia por parte de un acusado: cuando no sólo se reconozca la participación en los hechos que se le imputan, como también la de otros coacusados y se aporten pruebas que respalden las acusaciones contra ellos, a tal punto que el propio Ministerio Fiscal solicite la atenuante como muy cualificada, no se puede considerar que se vulnere la presunción de inocencia<sup>28</sup>.

Asimismo, y de gran importancia para nuestro análisis, Jesús Sepúlveda Recio argumenta en su decimoquinto motivo que se ha vulnerado el precepto constitucional «del derecho a un proceso con todas las garantías en su vertiente de protección judicial de los derechos e intereses legítimos sin que pueda producir indefensión en el derecho a un proceso equitativo, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6 del CEDH y el Art. 14 PIDCP»<sup>29</sup>. Según el recurrente, no se llevó a cabo un procedimiento con todas las garantías ya que la acusación se basó en pactos «alcanzados por la Fiscalía, fuera del procedimiento contradictorio, sin intervención ni conocimiento del recurrente, conformando el procedimiento, en la fase del juicio oral, a los acuerdos previos obtenidos extraprocesalmente, mediante premios, propuestas, intimidaciones o beneficios en convenios privados y ocultos a las declaraciones inculpativas contra el mismo»<sup>30</sup>. Es decir, y como mencionado previamente en la sentencia de la Audiencia Nacional, el recurrente se fundamenta en los acuerdos extraprocesales realizados entre el Ministerio Fiscal y los acusados Alfonso García Pozuelo y Roberto Fernández, sin tener en cuenta el principio de igualdad establecido en el art. 14 de la Constitución Española y la lealtad y buena fe procesal.

El Tribunal Supremo desestima este recurso. Por lo tanto, ratifica los acuerdos extraprocesales que habían sido expresamente respetados por la Audiencia Nacional. El Tribunal Supremo lo argumenta destacando que la derivación de beneficios penológicos de una declaración o delación no genera automáticamente la negación de su valor probatorio, sino que sólo puede «empañar

---

<sup>27</sup>«Fue aperturada el 29/07/2014, dimanante de las DP 275/08, incoadas por auto de 06/08/2008, con motivo de la denuncia formulada por el acusado José Luis Peñas Domingo, quien, desde el primer momento, ha colaborado de forma esencial en la investigación, exponiendo el modo de operar del grupo liderado por Francisco Correa. Asimismo, aportó junto con su denuncia numerosas grabaciones de conversaciones mantenidas con otros acusados, que la corroboran y han sido de gran ayuda para un mejor esclarecimiento de los hechos y partícipes en ellos» (STS 507/2020, Antecedentes de Hecho, n.º5). Otra vez: «ha sido esencial para la averiguación y esclarecimiento de los hechos, en lo que a él y quienes con él participaron en los mismos se refiere, tanto por la aportación de determinadas conversaciones que grabó, como por la descripción de esos hechos y partícipes, en particular en lo relativo a la actividad desarrollada por Francisco Correa» (STS 507/2020, Antecedentes de Hecho, III).

<sup>28</sup> STS 507/2020, FD n.º 179. El fallo del Tribunal Supremo con relación a este acusado es el siguiente «DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a José Luis Peñas Domingo como autor de un delito continuado de fraude en concurso medial con un delito continuado de malversación (apartado Majadahonda) concurriendo la atenuante muy cualificada de confesión» (STS 507/2020, Fallo)

<sup>29</sup> STS 507/2020, FD n.º 219.

<sup>30</sup> STS 507/2020, FD n.º 219.

su fiabilidad». Además, señala que este posicionamiento está de acuerdo con las líneas jurisprudenciales de la propia corte según la que «el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización del testimonio que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno (AATC 1/89, de 13 de enero; 899/2013, de 13 de diciembre)»<sup>51</sup>. Es más, para denegar este recurso el Tribunal Supremo se fundamenta en las permisiones legislativas relacionadas con los acuerdos entre acusación y defensas en el sumario y en el procedimiento abreviado<sup>52</sup>, «que pueden abocar, en algunos supuestos, a sentencias de conformidad», así como en el Código Penal, que permite una atenuación relevante en delitos contra salud pública y terrorismo cuando haya colaboración activa y abandono voluntario de sus actividades. El Tribunal Supremo concluye que «ninguna queja constitucional se ha planteado contra esta regulación, de modo que las alegaciones de quiebra de un juicio justo, desequilibrio, tutela judicial, igualdad y demás vulneraciones que se denuncian carecen de fundamento»<sup>53</sup>.

Por consiguiente, exclusivamente a partir de estos argumentos, el Tribunal Supremo cierra este apartado y deniega el pedido del recurrente, admitiendo, por lo tanto, un acuerdo extraprocésal no fundamentado directamente en ninguna permisión legal y posteriormente concedido debido a una interpretación analógica de la confesión (la que ha pasado a incluir el beneficio penal para las confesiones que ocurrieran tras el conocimiento del culpable sobre el proceso penal para la colaboración con la justicia)<sup>54</sup>.

Francisco Correa, en su segundo motivo de recurrir<sup>55</sup> adujo que la atenuante analógica de confesión debe ser extendida a todos los delitos y penas en todos sus apartados, extensión no realizada por la Audiencia Nacional, la que, llegando a justificar la aplicación de la atenuante, «luego no llega a aplicar la rebaja penológica, imponiendo las mismas penas al recurrente que a aquellos a quienes no aprecia la concurrencia de la atenuante». Así, «el recurrente discrepa de tal razonamiento por cuanto ninguna regla penológica permite la no aplicación de una circunstancia atenuante por la gravedad objetiva de los hechos. Y por ello dada la especial intensidad y utilidad de la confesión para la investigación, esta atenuante debe ser considerada como muy cualificada con rebaja en todas las penas impuestas en dos grados»<sup>56</sup>.

A raíz del recurso presentado por Francisco Correa, el Tribunal Supremo se refiere a la sentencia proferida en el 2000, la que habría hecho una exposición minuciosa de los requisitos integrantes de la atenuante de confesión: «1) Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción; 2) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable; 3) la confesión habrá de ser veraz en lo

---

<sup>51</sup> Citan, además, la posición del propio Tribunal Supremo en otros fallos donde «ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en estos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad (SSTS 29-10-90; 28-5-91; 14-2-95; 23-6-98; 3-3-2000)».

<sup>52</sup> Respectivamente arts. 655,688 y 694 LECrim y los artículos 779.5º, 784.3º, 787 y 801 LECrim.

<sup>53</sup> STS 507/2020, FD n.º 819.

<sup>54</sup> MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *Las excusas absolutorias en Derecho Español: doctrina y jurisprudencia*, 214, p. 35; FARALDO CABANA, «Comentario al Artículo 21.7», en CUERDA ARNAU (ed.), *Comentarios al Código Penal. Tomo I*, 2023, p. 304; GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Atenuantes de reparación y de confesión: equívocos de la orientación utilitarista*, 2008, p. 127; ORTIZ PRADILLO, *Los delatores en el proceso penal*, p. 230.

<sup>55</sup> Al amparo del N.º 1 del art. 849 LECrim, por indebida inaplicación de los arts. 21. 7º y 4º CP, y art. 66.1 y 2 CP (STS 507/2020, p.146).

<sup>56</sup> STS 507/2020, FD n.º 63.

sustancial; 4) La confesión habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial; 5) La confesión habrá de hacerse ante Autoridad, Agente de la Autoridad o funcionario cualificado para recibirla; 6) Tendrá que concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de Diligencias Policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante. Por «procedimiento judicial» debe entenderse, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, las diligencias policiales que, como meras actuaciones de investigación necesariamente han de integrarse en un procedimiento judicial (SSTS. 23.11.2005, 19.10.2005, 13.7.98, 27.9.96, 31.1.95)»<sup>37</sup>.

Por lo tanto, en la sentencia Gürtel, el Tribunal Supremo respalda que, para que una atenuante sea análoga, no se puede exigir una correspondencia absoluta ni pueden faltar requisitos básicos para la atenuante general<sup>38</sup>. El Tribunal Supremo reafirma su propia posición al aceptar «como circunstancia analógica de confesión la realización de actos de colaboración con los fines de la justicia cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos con el acusado»<sup>39</sup>.

Así, la aplicación de la atenuante por analogía está fundamentada en el fundamento de la atenuante usada como referencia. Y, concretamente en las atenuantes *ex post facto*, el fundamento de la atenuación se encuadra en consideraciones de política criminal, orientadas a impulsar la colaboración con la justicia<sup>40</sup>. Se exige, para ello, (i) una cooperación eficaz, seria y relevante; (ii) que aporte a la investigación datos «especialmente significativos para esclarecer la intervención de otros individuos en los hechos enjuiciados», (iii) una confesión veraz, aunque no coincida en todo<sup>41</sup>; (iv) que no sea, de manera alguna, tendenciosa, equívoca y falsa; y (v) que no añada falsamente otros diferentes, ni ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades<sup>42</sup>.

Por consiguiente, el Tribunal Supremo señala que no cabe duda de la gran utilidad de Francisco Correa para «el mejor esclarecimiento de los hechos y de gran ayuda a la hora de valorar la muy abundante y compleja prueba, en particular, documental, al reconocer no solo su propia autoría sino la participación de los otros acusados, conducta que tendría encaje en la atenuante analógica de colaboración». De manera que el Tribunal Supremo concluye que el recurrente tiene razón en este punto y afirma que la gravedad de los hechos y el perjuicio sólo pueden ser considerados circunstancias para determinar la base de la pena o factores de individualización

---

<sup>37</sup> STS 507/2020, FD n.º 63.

<sup>38</sup> STS 507/2020, FD n.º 63.

<sup>39</sup> Cita el propio tribunal Supremo las SSTS: 20.10.97, 30.11.96, 17.9.99 y 10.3.2004. Cfr. STS 507/2020, FD n.º 63.

<sup>40</sup> En el mismo sentido vuelve a señalar el Tribunal Supremo que ya está superada la antigua configuración de la atenuante analógica de confesión vinculada al arrepentimiento del culpable, estando fundada en razones de política criminal (FD n.º 77).

<sup>41</sup> Pero sí exigen, de manera específica, que la confesión supone un reconocimiento de la vigencia de la norma, de manera que su finalidad tiene que ser posibilitar la actuación instructora y no la defensa personal del acusado ante un hecho delictivo, para que cumpla con la finalidad que fundamenta la atenuación (STS 507/2020, FD n.º 77).

<sup>42</sup> Interpretación dada por el Tribunal Supremo según su propia jurisprudencia en las SSTS 14.5.2001; 24.7.2002; 136/2001 de 31.1; 51/97 de 22.1 y 888/2006 de 20.9. Cfr. STS 507/2020, FD n.º 77.

de la misma, pero no pueden determinar la no aplicabilidad de la atenuante analógica de colaboración. De lo contrario, se crearía una paradoja en la que en «los delitos más graves o cometidos por organizaciones, aquellos en los que la investigación es más compleja y dificultosa, como sería el caso presente, nunca se aplicaría la atenuante de confesión»<sup>43</sup>.

Respecto a la cualificación de la atenuante, el Tribunal Supremo evalúa que para que una atenuante por analogía sea considerada muy calificada «se exige que se acredite una mayor intensidad, superior a la normal respecto a la atenuante correspondiente, teniendo en cuenta todos los datos y elementos que prueban la menor antijuridicidad o culpabilidad del agente, que le hagan merecedor de un trato más benévolo». Así, tendrá mayor intensidad cuando la cooperación es activa y decisiva para el esclarecimiento de los hechos y de la participación del resto de los acusados en operación de relevante entidad. Y, volviendo al caso en concreto de Francisco Correa, el Tribunal Supremo señala que no ha habido dicha excepcionalidad en la cooperación del coacusado, «por lo que deberá aplicarse la atenuante analógica ordinaria de colaboración»<sup>44</sup>, siendo sus efectos penológicos determinados en la segunda sentencia<sup>45</sup>.

Tras esta línea argumentativa el Tribunal Supremo fundamenta las razones por las que negó apreciar la misma atenuante en el recurso de Isabel Jordán, señalando que no puede reclamar dicha atenuante una persona que invoca la presunción de inocencia y solicita su absolución por los delitos cometidos. Esto se debe a que, como referido anteriormente, la atenuante analógica de confesión requiere el reconocimiento de los hechos junto con la cooperación activa y efectiva. Elementos que, en el caso de la recurrente, no ocurrieron dado que ella habría dejado de reconocer su culpabilidad y derivado responsabilidades a terceros, aunque hubiese entregado un disco duro con informaciones esenciales<sup>46</sup>. Por consiguiente, no planteó colaboración alguna y rechazó cualquier relación con las actividades ilícitas por las que había sido acusada, negando también su participación y el carácter ilícito del hecho<sup>47</sup>, mostrando una falta de colaboración y una actitud obstruccionista<sup>48</sup>.

Juan José Moreno Alonso recurre debido a la no aplicación de la atenuante analógica del art. 21.4 CP y de la atenuante analógica de colaboración del art. 21.7 CP. El Supremo Tribunal desestima

---

<sup>43</sup> STS 507/2020, FD n.º 64.

<sup>44</sup> STS 507/2020, FD n.º 64.

<sup>45</sup> En ese sentido el Tribunal Supremo también estima el motivo segundo del recurso interpuesto por Francisco Correa y señala que la multa, al igual que la pena de prisión impuesta, habrá de serlo en su mínima extensión debido a la concurrencia de la atenuante analógica de colaboración (STS 507/2020, Fallo). En la página 1825 el Tribunal Supremo afirma que «tal como se ha razonado en el motivo segundo del recurso interpuesto por Francisco Correa Sánchez, al concurrir una atenuante las penas deberán serles impuestas en su límite mínimo» y, nuevamente en la página 1840 condenan a Francisco Correa, «concurriendo la atenuante de colaboración, y manteniendo las penas que la sentencia de instancia impone en el límite mínimo».

<sup>46</sup> Sobre la esencialidad de la prueba aportada por Isabel Jordán, por lo tanto, el Tribunal Supremo no está de acuerdo con la Audiencia Nacional, la que había negado la esencialidad de su colaboración en este punto (STS 507/2020, FD n.º 77).

<sup>47</sup> Aunque el Tribunal Supremo mantiene la no concesión de la atenuante de colaboración a Isabel Jordán, sí entiende que su actuación puede ser tenida en cuenta como un factor de individualización penológico, por lo que «considera la Sala que resulta procedente efectuar una nueva individualización penológica» (STS 507/2020, FD n.º 77)

<sup>48</sup> STS 507/2020, FD n.º 278.

ambos recursos dada la actitud del recurrente. Aunque hubiera ratificado los encuentros y avalado el contenido de las conversaciones, no compareció a denunciar formalmente junto con las grabaciones y, junto con este recurso, presentó otro de casación en el que alegó la vulneración de la presunción de inocencia. Paradoja que, sumada a su actitud en juicio, durante el que introdujo elementos que distorsionaban los hechos probados, no permitirían siquiera la aplicación de la atenuante ordinaria. De manera que, no siendo admisibles atenuantes incompletas, por incurrir en «burlar la voluntad de legislador», no sería posible estimar su recurso<sup>49</sup>.

Para terminar, además de Juan José Moreno Alonso e Isabel Jordán, el Tribunal Supremo desestima los recursos<sup>50</sup> de Ángel Sanchis Herrero debido a la no aplicación de la atenuante de colaboración calificada dado que «el recurrente ha negado cualquier relación con las actividades ilegales de las que era acusado, cuestionando no sólo su participación en los hechos, sino el carácter ilícito penal de los mismos»<sup>51</sup>. Asimismo, aunque no en sede de recurso, el Tribunal Supremo da la razón a la Audiencia Nacional en lo que respecta a la incompatibilidad de la actitud de Pablo Crespo con la voluntad de colaboración que había manifestado previamente<sup>52</sup>.

#### 4. Reflexión final

A pesar de que existe un marco legal que permitiría otorgar un beneficio penal, exclusivamente al final del debido proceso legal, a aquellos que colaboren con la justicia en el ámbito de ciertos tipos de delitos, y a aquellos que confiesen de manera espontánea antes de tener conocimiento de los procedimientos judiciales, los tribunales españoles tienden a emplear una interpretación analógica expansiva (en al menos dos niveles) que les permite atenuar la pena en relación a todos los delitos cometidos por un colaborador, facilitando así la valoración de su confesión, su colaboración y su abandono de las actividades delictivas. Esta expansión es doble, ya que, en un primer nivel, la interpretación analógica es necesaria para permitir valorar la confesión realizada después de adquirir conocimiento del proceso. Y, en un segundo nivel, fomenta la colaboración procesal, sin limitarse a los supuestos de colaboración establecidos en el Código Penal para los tipos penales específicos.

No obstante, cabe señalar que el propio Tribunal Supremo ya lleva años, si no décadas, permitiendo la aplicación de la atenuante de confesión cuando existe un aporte relevante para la investigación de los hechos. De esta manera, esta «expansión» no resulta inesperada ni novedosa, sino más bien un posicionamiento contundente con respecto a la necesidad, de naturaleza político-criminal, de fomentar una colaboración que garantice una mayor eficacia en la persecución penal.

Además, en lo que respecta a esta colaboración, observamos el uso de la atenuante analógica a la confesión, que permite tanto una atenuación de la pena en todos los delitos por los que uno sea condenado, como la aceptación de una colaboración amplia que no necesariamente se ajuste a los objetivos expresamente establecidos en los subtipos atenuados del Código Penal. En este

---

<sup>49</sup> STS 507/2020, FD n.º 191.

<sup>50</sup> STS 507/2020, Motivos aducidos en nombre del recurrente Ángel Sanchis Perales.

<sup>51</sup> STS 507/2020, FD n.º 336.

<sup>52</sup> STS 507/2020, FD n.º 55

sentido, la colaboración de los condenados en el caso Gürtel no tiene necesariamente que conducir al completo esclarecimiento de los hechos o a la captura de otros responsables, como dicta el artículo referente al delito de malversación. Puede, por otro lado, tratarse de una colaboración que, por razones de oportunidad, el Juez o Tribunal (o el Ministerio Fiscal si realizados eventuales acuerdos extraprocerales) consideren que aporta valor a la investigación y persecución penal.

A todos aquellos a quienes expresamente se les negó la atenuante de confesión se les citó por su falta de colaboración, negación de los hechos cometidos y derivación de los hechos a otros responsables. Por lo tanto, la confesión (como parte esencial de la atenuación) sigue siendo extremadamente importante a la hora de conceder cualquier beneficio, en relación con la previsión genérica del art. 21 CP. Este hecho confirma el análisis de la interpretación analógica de la atenuante general, en el sentido de que para que exista analogía deben persistir elementos fundamentales de la atenuante original, en este caso, la confesión.

La concesión de beneficios penales a los colaboradores no se produce exclusivamente en sentencias motivadas y en el marco del contradictorio y la amplia defensa. Esto se debe a que estos beneficios se concretan extraprocerales a través de acuerdos previos entre el investigado y el Ministerio Fiscal. Respecto a estos acuerdos, no disponemos de más información que la confirmación de su existencia y su posterior respecto por parte de los Tribunales al otorgar el beneficio penal, a pesar de que su celebración no esté prevista legalmente en las disposiciones sustantivas o procesales penales<sup>53</sup>.

Además de la falta de previsión legal que los respalde, la celebración de estos acuerdos va en contra los principios de actuación del propio Ministerio Fiscal, que debe de actuar en virtud del principio de legalidad, «con sujeción a la Constitución, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico vigente» sin que pueda guiarse por criterios de oportunidad basados en consideraciones de política criminal o circunstancias personales del investigado, especialmente en delitos similares a los procesados en el caso Gürtel, que no se encuadran dentro de la categoría de delitos de bagatela<sup>54</sup>.

Basándonos en la investigación, podemos concluir que la negociación en torno a la colaboración parece inevitable, y así lo considera el propio Tribunal Supremo español. Esta inevitabilidad, en contra de lo que sostiene el propio Tribunal, acaba por menoscabar varios principios básicos del sistema jurídico penal nacional y, en particular, los derechos fundamentales de los acusados. En este sentido, en primer lugar, se ve mermada la garantía de igualdad, ya que no es posible determinar si estos acuerdos extraprocerales se hicieron en igualdad de condiciones para todos o si la colaboración fue esencialmente similar (especialmente analizando el motivo del recurso de Jesús Sepúlveda Recio). Además, se reduce el grado de protección de la garantía fundamental

---

<sup>53</sup> Con excepción de la oportunidad concedida a las partes acusadoras y acusadas de llegar a un acuerdo sobre la conformidad negociada en el ámbito del procedimiento abreviado. Cfr. GÓMEZ COLOMER, «La competencia penal», en GÓMEZ COLOMER/BARONA VILAR, *Proceso penal: Derecho procesal III*, 3ª ed., 2023, pp. 393 y 394; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 2004, p. 662; RODRÍGUEZ-GARCÍA, *El consenso en el proceso penal español*, 1997, p. 90.

<sup>54</sup> MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, 7ª ed., 2015, p. 104.

de la legalidad, que no puede ser sino un derecho fundamental del justiciable, al evitar el abuso de poder por parte del Estado<sup>55</sup>.

Asimismo, se concluye que el reglamento procesal español es insuficiente para tutelar todas las situaciones de colaboración o concesión de beneficios que la justicia requiere en su día a día. El hecho de que la legislación penal todavía se mantenga cerrada y sólo permita la atenuación de la pena a quienes confiesen de manera espontánea antes de conocer que el proceso judicial se dirige en su contra, por ejemplo, parece ser uno de los déficits que podrían replantearse para que la jurisprudencia se ajuste de mejor manera al principio de legalidad. Por otro lado, la colaboración premiada prevista para los delitos específicos, con requisitos difícilmente alcanzables en casos concretos, acaba cayendo en desuso. En este sentido, observamos en el caso Gürtel como la Audiencia Nacional no analiza los requisitos de la atenuante del art. 305 CP, para los delitos contra la Hacienda Pública, solicitada por el recurrente Luís de Miguel Pérez y simplemente destaca su actitud contraria a la de colaboración, al no reconocer completamente los hechos, lo que impide la atenuación por vía analógica a la de confesión.

Respecto a las perspectivas para el futuro de la colaboración del investigado, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, permite el cese de una investigación por parte del Ministerio Fiscal por delitos cometidos en el seno de una organización criminal cuando (i) el investigado abandone voluntariamente las actividades, se presente a confesar los hechos y colabore activamente para impedir la producción del delito o (ii) cuando colabore eficazmente en la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir las actividades de las organizaciones criminales a las que pertenecía o con las que colaboraba (art. 179 LECrim 2020). Este archivo de la investigación, después de transcurrir cinco años, resultará en el sobreseimiento del procedimiento archivado con plenos efectos de cosa juzgada. Este mecanismo pone en cuestión otro derecho fundamental y garantía procesal básica, que es la obligación de iniciar la acción penal cuando se cumplen los supuestos legales en virtud del principio de oficialidad<sup>56</sup>.

En conclusión, subrayamos que la legalidad es el camino que debe prevalecer, siempre en el marco constitucional de un Estado de Derecho y de acuerdo con los principios básicos del Derecho penal y procesal penal. De esta manera, sin perder de vista la importancia político-criminal de premiar la colaboración de los encausados en casos de delitos graves como la corrupción político-económica, el blanqueo de capitales, etc., a fin de garantizar la persecución penal, es necesario buscar un enfoque más transparente, legal y respetuoso con las garantías individuales y con el artículo 24 de la Constitución Española.

---

<sup>55</sup> En este sentido, MIR PUIG concluye que el principio de legalidad no sólo es una exigencia de seguridad jurídica (formal), como también una garantía política «de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo» (MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., 1998, p. 76. Cfr. BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, 2013, pp. 33 y ss.

<sup>56</sup> MONTERO AROCA, *Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón*, 2016, p. 46; MONTERO AROCA, «Los principios del proceso penal, un intento de exposición doctrinal basada en la razón», en INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal Penal*, 1998, p. 381; ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., 2007, p. 31; GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 2015, p. 273.