

Derechos fundamentales y derecho penal: La circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.

BIB 2012\224

José Luis Ramírez Ortiz. Magistrado.
jlr Ramirez@xij.gencat.cat jose.ramirez@poderjudicial.es

Publicación:

Derecho y Proceso Penal num.27/2012 1

Editorial Aranzadi, SA

1. Introducción desde una visión global del derecho penal

En el ámbito de la teoría del derecho es tradicional la distinción entre derecho sustantivo o material y derecho adjetivo o procesal, de tal modo que el segundo no sería otra cosa que el vehículo a través del cual se actúa el primero. Sobre la base de esta diferenciación se ha llegado a considerar el derecho sustantivo como el sector del ordenamiento cargado de valores, por excelencia, y el derecho procesal como la parte del sistema normativo axiológicamente aséptica¹. Sin embargo, esta pretendida neutralidad se sustenta en una construcción puramente racional sin base fenomenológica. De hecho, la opción por un concreto modelo de proceso penal, en la medida en que

éste puede ser contemplado como instrumento de control social, no es ajena a la concepción que se profese sobre la orientación que debe presidir las relaciones de los ciudadanos entre sí, y respecto del Estado². Existe una evidente correlación entre derecho sustantivo y procesal. Como dijo en su día GOLDSCHIMDT, «*La estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución*» .

1 SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Liberalización y socialización del proceso civil (Las facultades del Juez en la legislación y en la realidad procesal)* . Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1972, pág. 513: «Las normas procesales tienen un carácter esencialmente técnico que impiden o al menos dificultan en modo extremo la introducción de las ideas políticas... Las normas procesales deben únicamente garantizar que el derecho material se concrete de modo irrevocable a través de la declaración judicial en la forma más idónea posible».

2 FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. *Los principios procesales y procedimentales de la LO 7/1988* . La reforma del proceso penal, Tecnos, Madrid, 1990, pag 16.

Sin duda, la diferenciación fue funcional en el Estado liberal, articulado sobre la base de una administración de justicia técnicamente independiente pero políticamente integrada en el marco del Ejecutivo y gobernada por él, facilitando la ilusión de la aplicación de la norma como subsunción no problemática en el marco de un proceso neutro que permitía al juzgador desresponsabilizarse del contenido de la decisión. Hoy día, se acepta, al menos en el ámbito de la teoría, que no cabe hablar de una aplicación justa de la norma sustantiva penal si dicha aplicación no tiene lugar en el marco de un proceso justo. Por tanto, en clave ideológica, entendida como toma de

posición frente a una realidad dada, fundada sobre un sistema más o menos consciente de valores, la distinción no se sostiene. Cabe, no obstante, aceptarla como método de acercamiento al estudio del derecho, como delimitación del objeto de la investigación³, siempre y cuando no se confundan los planos de análisis.

³ En *Formalismo jurídico*, El problema del positivismo jurídico. Fontamara, México, 2007, novena reimpresión, BOBBIO obtiene rendimientos analíticos al abordar el positivismo jurídico desde tres aspectos diferentes: como modo de acercarse al estudio del derecho, como una determinada teoría del derecho y como una determinada ideología de la justicia.

Que el constitucionalismo moderno impuso una nueva lectura de las normas penales procesales y materiales es autoevidente. Dando un paso más, HASSEMER⁴ ha sostenido que las normas fundamentales del derecho penal no sólo se contienen en el Código Penal, sino también en las leyes de enjuiciamiento criminal y, esencialmente, en la Constitución, dado que el derecho penal no contiene sólo normas de determinación (mandatos y prohibiciones) dirigidas a los ciudadanos, sino también normas reguladoras de la actuación de los funcionarios públicos y jueces encargados de la investigación y enjuiciamiento de los delitos. En el Estado constitucional, la pena se erige como referente de todo el sistema, al conllevar su imposición la intervención de bienes jurídicos esenciales de aquéllos a los que se aplica. Por ello, encuentra su sentido como instrumento del derecho penal en su globalidad, incluido el derecho procesal, de modo que «*esta rama del ordenamiento no sólo formula prohibiciones y disciplina, sino que también dibuja el patrón y las estructuras de una*

relación, respetuosa con los derechos humanos y enmarcada en un Estado de derecho, entre la sospecha de un hecho, el delito, el delincuente y el testigo» .

⁴ HASSEMER, W. *¿Por qué y con qué fin se aplican las penas?* Persona Mundo y responsabilidad. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, págs 204 y ss.

Consecuentemente, entre las normas troncales del derecho penal han de tenerse presente, ante todo, las contenidas en el texto constitucional. En todo caso, ello no debe llevar a concluir que todas las decisiones político-criminales han sido ya tomadas de antemano por el constituyente, sólo que resultarán ilegítimas las decisiones legislativas que pugnen con la norma fundamental, pero la Constitución carece de virtualidad para condicionar positivamente todas las decisiones en este ámbito⁵.

⁵ Ver en este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *«La racionalidad de las leyes penales»* . Trotta, Madrid, 2003.

Bajo este ángulo, cabe concluir que la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, al proclamar un catálogo de derechos y libertades fundamentales, se tradujo no sólo en la invalidez total o parcial de determinadas normas penales de la legislación ordinaria en sentido amplio, sino, principalmente, en la reinterpretación de dichas normas a la luz de las «líneas rojas» marcadas por la Carta Magna y de los textos internacionales sobre la materia, sobre la base de la cláusula contenida en el artículo 10.2 CE.

Desde estas premisas, abordaremos el análisis de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, en el que nos referiremos a la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio en el Código Penal.

2. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

2.1. El Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4.11.1950 reconoció el derecho a que el proceso se sustancie en un plazo razonable («*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída...dentro de un plazo razonable*»), como medio para garantizar la eficacia y credibilidad de la justicia (STEDH Caso Hache c/Francia, de 24 de octubre de 1989).

Desde diversas instancias del Consejo de Europa y del propio Tribunal de Estrasburgo, se viene prestando un interés especial a la cuestión de la duración de los procedimientos judiciales, traducido en gran número de recomendaciones del Comité de Ministros y en la creación de la Comisión para la Eficacia de la Justicia, instituida por dicho Comité en 18 de septiembre de 2002, con la finalidad específica de mejorar la eficacia y funcionamiento de los sistemas judiciales de los estados miembros⁶. Constatado que una de las razones del atasco de asuntos en el propio TEDH dimana de la duración de los procesos nacionales, verdadero mal endémico generalizado, se concluyó que los mecanismos reparadores («remedios»), fundamentalmente limitados a la indemnización, no incitaban a los estados a cambiar los procesos y sólo ofrecían una respuesta insuficiente a posteriori, tras la demostración de la lesión del derecho. Esto es, se actuaba sobre las consecuencias soslayando el abordaje de las causas de las dilaciones. Por

ello, la CEPEJ recomendó que la acción de los estados debería centrarse sobre las políticas preventivas, diseñando sistemas procesales que asegurasen la tramitación en un tiempo «*óptimo*» . Con ello se produce un cambio de perspectiva de gran alcance, al pasar de la búsqueda del tiempo razonable a la del tiempo óptimo, en el entendido de que el concepto «*tiempo razonable*» constituía un indicador de mínimos que trazaba la frontera entre la vulneración y no vulneración del CEDH, y que una justicia de calidad debía tender al logro de estándares más elevados. En todo caso, la CEPEJ se cuidó de señalar que ello no se traduciría en la búsqueda de una justicia rápida, que podía pugnar con otros derechos del Convenio (v.gr: disponer del tiempo suficiente para preparar la defensa) o afectar a la calidad de las decisiones judiciales. Gráficamente, «no se trata de transformar los juzgados en máquinas de juzgar».

6 En las siguientes observaciones, GARCÍA-MALTRÁS DE BLAS, Elsa: «*Dilaciones indebidas y duración de los procesos en el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: del tiempo razonable al tiempo óptimo y previsible*» . Revista electrónica <http://www.indret.com>, Abril de 2007.

Centrándonos ahora en el análisis de la jurisprudencia del TEDH, son varias las cuestiones que deben distinguirse **7**:

7 En las siguientes observaciones, sintetizando a HERNÁNDEZ GARCÍA, J: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a un proceso penal equitativo». Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH. Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.

(1) Comienzo del cómputo del plazo del desarrollo del proceso. El Tribunal, de modo expreso, ha aclarado que

debe situarse en el momento en que la acusación es formulada. Trasladando el concepto de acusación al derecho interno, debe entenderse que cualquier acto en el curso del proceso por el que una autoridad competente reprocha a alguna persona la comisión de una infracción, como la adopción de una medida cautelar (detención), constituye ya acusación. No ha de interpretarse el concepto, por tanto, en términos estrictamente formales.

(2) Plazo a considerar. El Tribunal ha señalado que se extiende al conjunto de procedimientos en los que se desarrolla la causa, incluyendo las sucesivas instancias no sólo hasta que concluye por resolución firme, sino abarcando el plazo para la ejecución de la sentencia.

(3) Indicadores a ponderar para establecer cuándo la duración del proceso excede de lo razonable. Si ya en STEDH, asunto König, de 23.4.1977, el Tribunal enunció «*la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente, y la forma en que el asunto haya sido llevado por las autoridades administrativas y judiciales*» (STEDH, asunto König, de 23.4.1977), cabe distinguir los siguientes factores:

-Complejidad del asunto en relación a los hechos objeto del proceso y de las cuestiones jurídicas examinadas.

-Conducta procesal del interesado y, en particular, su actitud dilatoria mediante un uso abusivo de los recursos, lo que obliga siempre a ponderar las circunstancias de cada caso para poder afirmar que se ha sobrepasado el ejercicio legítimo del derecho de defensa.

-Conducta de las autoridades nacionales. En este

sentido, constituye una obligación positiva de los estados la estructuración y diseño de sus sistemas de modo que puedan responder a las exigencias del Convenio. Por ello, la situación de colapso de los órganos judiciales no exonera de responsabilidad.

-La justificación funcional de los actos que conforman el proceso, en especial cuando se trata de actos superfluos, irrelevantes, sin contenido real.

-Finalmente, la naturaleza del asunto, y los intereses en juego, de modo que cuando se vean implicados intereses esenciales, tales como la libertad, la vida privada o intimidad de las personas u otros de alta densidad constitucional, las exigencias deban ser forzosamente más rigurosas y el criterio evaluador menos laxo.

2.2. El Tribunal Constitucional

2.2.1. Doctrina jurisprudencial

El artículo 24.2 CE reconoce el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Efectivamente, el citado sintagma no equivale necesariamente al constituido por el «derecho al proceso sin dilaciones indebidas», si bien la jurisprudencia del TC ha seguido sustancialmente las directrices del TEDH.

Así, la STC 223/1988, de 24 de noviembre, en su FJ 3º, proporcionó una caracterización del concepto, que luego ha sido reproducida en resoluciones posteriores del Tribunal, indicando: *«La frase sin dilaciones indebidas empleada por el artículo 24.2 CE expresa un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido concreto debe ser*

obtenido mediante la aplicación, a las circunstancias específicas de cada caso, de los criterios objetivos que sean congruentes con su enunciado genérico e identificar, como tales, la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquéllos arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades» .

De la jurisprudencia del Alto Tribunal, se derivan, además, las siguientes notas⁸:

⁸ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J: «*La nueva atenuante por dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento*» . Editorial La Ley. La Ley Penal, nº 80. Marzo 2011.

(1) El derecho no se identifica con el simple retraso en el cumplimiento de los plazos procesales. Esto es, no se ha producido la «constitucionalización» del derecho al plazo procesal.

(2) Se trata de un derecho ordenado al proceso, dada la ubicación sistemática dentro del complejo de derechos que integran el artículo 24.2, que presenta una doble vertiente: a) Reaccional, que actúa en el marco estricto del proceso y consiste en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en los que se incurra en dilaciones indebidas; y, b) Prestacional, consistente en el derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo juzgado en un plazo razonable. Como indica la STC antes citada: «*El derecho supone que los Jueces y Tribunales deben cumplir su función jurisdiccional de garantizar la libertad, la justicia y la seguridad con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, evitando dilaciones indebidas que quebranten la efectividad*

de la tutela» .

(3) En todo caso, se trata de un derecho autónomo y no meramente instrumental del derecho a la tutela judicial efectiva, como en un principio sostuvo el TC, lo que se traduce en la ampliación de las fórmulas para la reparación de la lesión del derecho, ya que bajo la concepción original sólo cabía, en principio, restableciendo el derecho a la tutela violado obligando al órgano judicial a dictar la resolución correspondiente causante de la dilación indebida.

2.2.2. Los «remedios» para la lesión del derecho (STC 35/1994)

2.2.2.1. La reparación «in natura»

Como consecuencia de la faceta reaccional del derecho, declarada su lesión, y cuando la dilación pudiera traer causa de una omisión del órgano judicial, el TC ha instando en alguna ocasión a aquél para que procediera a la inmediata tramitación del asunto «hasta su pronta terminación». Así, STC 10/1997, de 14 de enero. La respuesta, sin embargo, especialmente en el ámbito del proceso penal, resulta insuficiente ya que la misma existencia del proceso en sí constituye un mal para la persona encausada, por lo que la agilización del trámite, una vez producida la lesión, no repara el mal ya irrogado.

2.2.2.2. Fórmulas sustitutorias o complementarias

La STC citada especifica que cuando no puede restablecerse «in natura» la integridad del derecho o su

conservación, y, en todo caso, con carácter complementario, el ordenamiento prevé otros mecanismos reparadores:

(1) La exigencia de responsabilidad civil o penal del Juez. Actualmente, regulada en los artículos 405 y ss y 411 y ss LOPJ, para el caso de que el Juez hubiera cometido alguna infracción penal en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o cuando hubieran causado daños por dolo o culpa en dicho marco.

(2) La exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia (artículos 292 a 297 LOPJ).

Ambas respuestas, sin embargo, son también insuficientes, dado que para el logro de la reparación indemnizatoria el perjudicado vendrá obligado a iniciar nuevos procedimientos judiciales y/o administrativos, en los que deberá acreditar la existencia de perjuicios y en los que no cabe descartar que puedan reproducirse esas dilaciones indebidas.

Para paliar estos efectos⁹, se ha apelado a la necesidad de situar el remedio indemnizatorio en un nivel de respuesta «constitucional» del mismo rango del derecho violado, arbitrando un procedimiento preferente y sumario, en los términos previstos en el artículo 53.2 CE, que podría accionarse una vez declarada la lesión por el órgano judicial en el cual se produjo la dilación indebida o por el TC al resolver el recurso de amparo, en el que se fijara a modo de mínimo una cifra compensatoria idéntica, pudiendo solicitarse una cantidad adicional sobre la base de los concretos perjuicios acreditados por el interesado.

9 RODES MATEU, «*El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*» . SA Atelier libros, Barcelona, 2009.

2.2.2.3. Fórmulas ajenas al contenido estricto del ámbito del derecho

El TC apunta la existencia de fórmulas especialmente relevantes en el ámbito penal, *«ya que en el mismo la dimensión temporal del proceso tiene mayor incidencia que en otros órdenes jurisdiccionales, pues están en entredicho valores o derechos que reclaman tratamientos preferentes... incidencia que se acentúa singularmente en los supuestos de medidas preventivas de privación de libertad»* .

En concreto, se alude a:

(1) La prescripción de los delitos y las penas, como causas de extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo, *«pues la presteza en la decisión judicial para clarificar las eventuales responsabilidades penales es una exigencia constitucional también para la efectividad de la justicia y de las funciones que cumplen las sanciones penales»* .

(2) El indulto o la aplicación de la remisión condicional de la pena¹⁰ . Entiende el Alto Tribunal que a través de estos mecanismos se trata de paliar las nocivas consecuencias personales que del indebido retraso pueden derivarse para el condenado, en relación con los fines que el artículo 25.2 adscribe a las penas, facilitando una efectiva reinserción en la sociedad y una adecuada rehabilitación.

¹⁰ Artículo 4.4 CP: *«Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la*

pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada» .

Ahora bien, el TC aclara que estas medidas no forman parte del derecho porque rebasan el ámbito del proceso o la finalidad de la conclusión inmediata del mismo que conforma su contenido constitucional. Nos referiremos a la prescripción en la última parte de este trabajo. Por lo que respecta a la figura del indulto¹¹, constituye una excepción al principio de exclusividad jurisdiccional (artículo 117.3 CE), en la medida en que, en el ámbito de la ejecución de la pena, cabe dejar sin efecto la condena firme previamente impuesta por un órgano judicial. La atribución del denominado «derecho de gracia» al Ejecutivo (la cláusula regia del artículo 62. i) es puro simbolismo merced al mecanismo del refrendo) evidencia que el tránsito al Estado constitucional de derecho no se ha completado aún. Ciertamente, en ocasiones, las penas impuestas pueden no cumplir los fines teóricos que las justifican, por lo que, para evitar situaciones disfuncionales tanto desde la perspectiva penológica como desde el ángulo de las reglas de distribución de Poder, convendría reformar la legislación, permitiendo que sea la propia jurisdicción quien pueda excepcionar la ejecución de la condena impuesta, pero confiar en la discrecionalidad no controlable del Gobierno para reparar la conculcación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no parece una fórmula consistente. Máxime si se tiene en cuenta la paradoja que es (allí donde no existen competencias transferidas) el responsable último de suministrar los medios materiales y personales para que la jurisdicción pueda sustanciar los procesos en un tiempo razonable y que es, en numerosas

ocasiones, la falta de esos medios la que determina la lesión del derecho.

11 Una crítica de esta figura se encuentra en BACIGALUPO ZAPATER, E: «*Los límites políticos del derecho penal*» . Hacia el nuevo derecho penal. Hammurabi, Buenos Aires, 2006.

2.2.2.4. Fórmulas no aptas

Transcribimos el FJ 5º de la STC analizada: «*La dilación indebida del proceso no puede traducirse en la inejecución de la sentencia con la que éste haya finalizado ni tampoco... la responsabilidad criminal ha de quedar alterada por la vía de aplicación de atenuantes o eximentes por el hecho de eventuales dilaciones. Constatada judicialmente la comisión de un hecho delictivo y declarada la consiguiente responsabilidad criminal de su autor, el mayor o menor retraso en la conclusión del proceso no afecta en modo alguno a ninguno de los extremos en los que la condena se han fundamentado, ni perjudica a la realidad de la comisión del delito ni a las circunstancias determinantes de la responsabilidad criminal. Dada la desconexión entre las dilaciones indebidas y la realidad del ilícito y de la responsabilidad, no cabe pues extraer de aquéllas unas consecuencias sobre ésta, ni, desde luego, hacer derivar de las dilaciones la inejecución de la sentencia condenatoria dictada. Si el órgano judicial estima que su ejecución puede producir efectos indeseados de cualquier género, el ordenamiento prevé a estos fines mecanismos como el del indulto, apropiado, como se ha dicho antes, para, sin desvirtuar su obligación constitucional de ejecutar lo juzgado y sin desnaturalizar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, obtener de*

una manera jurídicamente correcta el fin de la ejecución de la condena» .

(1) La inejecución de la pena. Como recuerda ASÚA BATARRITA¹² en el año 1989 se dicta la primera sentencia –Audiencia Provincial de Bilbao, 22.2.89-, que exime de la «ejecución de la pena» al condenado para dar efectividad material al derecho al proceso sin dilaciones indebidas. Un asunto sencillo (se enjuiciaba un delito de robo con fuerza en las cosas en el que el condenado había reconocido desde el principio su participación) había tardado cinco años en llegar al juicio oral. Valorando la dilación, directamente imputable al defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, el hecho de que el acusado padeciera drogadicción en el momento de los hechos y de que con posterioridad se sometiera exitosamente a un tratamiento de desintoxicación durante dos años, la Audiencia concluyó que la ejecución de la pena (4 meses de arresto mayor) había perdido todo sentido, máxime cuando hubiera debido sustituirse, de dictarse en tiempo, por dicho tratamiento, para lo que ponderó dos mandatos constitucionales (la obligación de «hacer ejecutar lo juzgado» y el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas), afirmando la prevalencia del derecho subjetivo fundamental. Posteriores resoluciones se hicieron eco de esta doctrina, si bien fue rechazada por el TC en STC 381/1993 y en la 35/1994 ya examinada.

¹² ASUA BATARRITA, A.: *Lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y proceso penal: disfunciones de la atenuación de la pena como compensación sustitutiva* . Revista Vasca de Administración Pública, mayo a diciembre de 2010, 87-88, págs 157 y ss.

(2) Eximentes o atenuantes. También son rechazadas

por el Alto Tribunal con una interpretación discutible sobre la que luego volveremos: la desconexión entre la violación del derecho y la realidad del ilícito y responsabilidad de su autor.

De la solución del TC se decanta, en todo caso, la opción por una aplicación estricta del principio de legalidad, si bien evita pronunciarse sobre la viabilidad constitucional de reformas legales que permitieran la inejecución de la pena o la inclusión de eximentes o atenuantes.

3. El Tribunal Supremo: la atenuante analógica de dilaciones indebidas

3.1. Los acuerdos de Pleno no jurisdiccional

La Sala II del Tribunal Supremo abordó en tres reuniones de pleno no jurisdiccional la decisión que había de tomarse cuando un recurso de casación pusiera de relieve la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas¹³.

¹³ GRANADOS PÉREZ, C.: *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para unificación de la jurisprudencia. Años 1991-2008*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.

(1) Acuerdo de 2.10.1992: «*Las dilaciones indebidas sirven de fundamento para solicitar la concesión de un indulto y la indemnización correspondiente por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia*». La Sala General adoptó el acuerdo por mayoría, obteniendo menos votos la propuesta que se inclinaba por estimar que las dilaciones indebidas podían ser tomadas en consideración como una circunstancia atenuante analógica.

(2) Acuerdo de 29.4.1997. Se volvió a analizar la cuestión, optando nuevamente la mayoría por estimar que no había base legal para aplicar una atenuante al condenado, sin perjuicio de que, de alegarse la vulneración del derecho y apreciarse su concurrencia, el motivo de casación debiera apreciarse, sin condena en costas y con los pronunciamientos que se estimaran procedentes sobre la proposición de indulto y suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de aquél, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.4 CP 1995.

(3) Acuerdo de 21.5.1999: *«La solución jurisdiccional a la lesión producida por la existencia de un proceso con dilaciones indebidas era la de compensarla con la penalidad procedente al delito a través de la circunstancia de análoga significación del artículo 21.6 del Código Penal»* . Para ello, se reevaluaron las críticas que en reuniones plenarias precedentes se aducían frente a la opción del indulto, críticas que pivotaban sobre tres ejes, detallados en la STS 934/1999, de 8 de junio: a) Vulneración del principio de división de poderes, al desplazar al Ejecutivo la potestad de reparar facultativamente la lesión del derecho fundamental, cuando debía otorgarse al órgano de enjuiciamiento, *«pues precisamente cuando un Tribunal juzga que se han producido lesiones de derechos, debe hacer ejecutar lo juzgado y ello implica necesariamente que debe establecer cuál es la reparación de la lesión jurídicamente constada»* ; b) Incompatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, ya que *«el derecho de acceder al Tribunal se vería prácticamente anulado si ese Tribunal carece de la facultad de reparar la lesión jurídica»*

; c) Merma de la seguridad jurídica, ya que la concesión del indulto es discrecional y no susceptible de recurso jurisdiccional en caso de negativa a otorgarlo.

3.2. La fundamentación

Desde principios de los años 90, en diversos votos particulares y, sobre todo, tras el Acuerdo de Pleno de 21.5.1999, en distintas sentencias la Sala II ha ido construyendo el fundamento de esta atenuante analógica. En síntesis, se invoca el principio de culpabilidad como *ratio essendi* y se busca anclaje positivo en dos pilares: las denominadas «compensación constructiva» y «compensación destructiva»¹⁴. La STS 934/1999, de 8 de junio, en cualquier caso marca definitivamente la línea jurisprudencial actual hasta el momento.

¹⁴ FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, R.: «Dilaciones indebidas en el proceso penal y atenuante analógica del artículo 21.6ª del Cuerpo Punitivo». Revista del Poder Judicial nº 86. Madrid, 2007, págs 63 y ss.

(1) Principio de culpabilidad. El fundamento último de la atenuación es consecuencia del principio de culpabilidad, según el cual *«las consecuencias del delito deben ser proporcionales a la gravedad de la culpabilidad y por lo tanto si el acusado ya ha sufrido un mal con la excesiva duración del proceso, éste debe serle computado en la pena. La base legal para proceder a esta compensación está dada por el artículo 9.10 CP (CP 1973), dado que las circunstancias atenuantes previstas en dicho artículo 9 responden, básicamente, a la reducción de la culpabilidad, toda circunstancia derivada del proceso y que tenga sobre los derechos del acusado efectos de carácter aflictivo, importa una anticipada retribución que, paralelamente, se*

debe reflejar en la pena que se imponga» (STS de 14.12.91). «Desde la perspectiva de su esencia... las atenuantes importan, en todos los casos, una menor culpabilidad, sea porque el autor obró en circunstancias que impidieron una motivación totalmente libre, o que con actos posteriores haya compensado y, por lo tanto, extinguido, una parte de su culpabilidad... En la tradición del derecho penal de la culpabilidad, todo mal que el autor sufra como consecuencia del delito extingue la culpabilidad en todo o en parte. La pena, para poner el más clásico de los ejemplos, extingue la culpabilidad, precisamente porque constituye un mal que el autor sufre en la forma de pérdida de derechos...» (Voto particular a la STS de 14.10.92). Más recientemente, «...si el acusado ha tenido un sufrimiento innecesario e injustificado a consecuencia de la excesiva duración del proceso, es razonable compensar ese sufrimiento con una reducción de la pena la parte de culpabilidad ya pagada por la excesiva duración del proceso... pues es un imperativo de justicia que el autor no reciba por el delito una pérdida de derechos mayor al equivalente a la gravedad de su culpabilidad. Dicho con otras palabras: la privación de bienes y derechos que produce la pena no debe ser de superior gravedad que la gravedad de la lesión jurídica causada por el autor» (STS 457/2010, de 25 de mayo).

(2) **Compensación constructiva.** El TS parte de que el legislador ha atribuido a determinados hechos posteriores a la comisión del delito incidencia sobre la medida de la pena. En concreto, las atenuantes de confesión y reparación del daño (artículos 21.4 y 21.5 CP) son calificadas como actos contrarios al ilícito que evidencian

un reconocimiento de la vigencia de la norma conculcada, lo que permite compensar la parte de la culpabilidad del momento de la perpetración de la infracción con un acto posterior. Esta compensación es adjetivada como constructiva, ya que se trata de un acto del propio autor conforme a los valores del orden jurídico.

(3) Compensación destructiva. Del mismo modo, el TS considera que el legislador ha otorgado eficacia a hechos posteriores al ilícito que, sin provenir de su autor, adelantan una pérdida de derechos que es consecuencia del delito y del proceso a que éste da lugar. En concreto, el artículo 58 CP, al ordenar el abono para el cumplimiento de la pena del tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente o el artículo 59 CP que impone el mismo abono cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, permitiendo que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada.

Consecuentemente, toda lesión causada injustificadamente en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas como consecuencia de la dilación irregular del procedimiento, debe ser valorada al efecto de compensar una parte de la culpabilidad por el hecho, de forma análoga a los efectos atenuantes que producen hechos posteriores al delito (artículos 21.4 y 21.5 CP). Y, precisamente, en relación con estas causas de atenuación, las dilaciones indebidas deben reconducirse a la atenuante analógica del artículo 21.6 CP.

3.3. Las críticas sustantivas y la crítica basada en la

regla de distribución del Poder

En el terreno de la dogmática, esta solución ha tenido una acogida, por lo general, desfavorable. La crítica cuestiona precisamente la aplicación analógica y, ligada a ella, el exceso de la Sala II que pasa a convertirse en un legislador, lo que permite reconducir el fondo del cuestionamiento al principio de estricta legalidad.

(1) Críticas materiales. Desde la primera perspectiva, se ha indicado que las atenuantes, como factores de medición de la pena que actúan sobre los elementos accidentales del delito, se sustentan esencialmente en los elementos de la culpabilidad y el injusto, de ahí que sea inasumible admitir la analogía entre esta «inventada» circunstancia de atenuación y las que la Sala II utiliza como base para su aplicación, referidas a comportamientos postdelictivos que se benefician de la atenuación por razones utilitarias de política criminal, tratando de conseguir que el autor colabore con la justicia, facilitando con su confesión el esclarecimiento de los hechos, o bien que repare el daño causado a la víctima o disminuya sus efectos¹⁵. Estas dos atenuantes, bajo esta concepción, constituiría una excepción en términos sistémicos que impediría fundamentar la analogía.

¹⁵ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: Obra citada.

Del mismo modo, se significa la discordancia entre el argumento de la «identidad de razón» referida a la «compensación destructiva» que remite a los artículos 58 y 59 CP y la afirmación de analogía con las atenuantes del artículo 21.4 y 5, advirtiendo un salto argumental entre el

punto de partida (identidad del hecho como «compensación destructiva» con las privaciones de derechos durante el proceso), y la deducción de la ubicación de esa analogía en el ámbito de las atenuantes genéricas acudiendo al 21.6¹⁶.

¹⁶ MANJÓN-CABEZA, A.: «*La atenuante analógica de dilaciones indebidas*» . Difusión jurídica y temas de actualidad, SA. 2007.

Otro grupo de críticas se centran en el dato de que, si bien tradicionalmente se ha admitido la analogía *in bonam partem* , compatible con las garantías propias del principio de legalidad, la redacción del artículo 4.4 CP ha dividido la opinión sobre el mantenimiento de esta posibilidad en la actualidad, de modo que la Sala II optó por enmarcar la solución en el contexto del artículo 21.6 para eludir objeciones. Ahora bien, la similitud es sólo parcial (carácter postdelictivo de las circunstancias e idea de que lo que ocurre en el transcurso del tiempo desde la comisión del delito hasta la sentencia puede hacer variar el quantum de la pena), ya que las atenuantes de reparación del daño y de confesión se traducen en actos de significado «valioso» que provienen del acusado, mientras que la de dilaciones indebidas deriva de circunstancias extrínsecas y no controlables por el acusado¹⁷.

¹⁷ ASÚA BATARRITA, A.: Obra citada.

Finalmente, se pone de relieve que esta vía se ha convertido en el modelo de compensación para las dilaciones en el proceso penal, sustentado en la atenuación de los efectos, dejando a un lado otras soluciones de carácter preventivo, apuntadas por el Consejo de Europa, u otras expuestas por la doctrina

(fijación de plazos de caducidad para los procesos penales con el efecto de sobreseimiento libre y archivo de la causa, exención de penas accesorias de inhabilitación, e incluso introducción ex lege de mecanismos compensatorios al margen de la sistemática de las atenuantes).

(2) Crítica basada en la regla de distribución del Poder. Estrechamente ligada con las críticas anteriores, y como colofón, se ha afirmado que el Tribunal Supremo se ha arrogado la capacidad de legislar, como lo revela la propia doctrina de la Sala II conforme a la cual, la potencialidad de crear atenuantes tendría como único límite la referencia a lo injusto, a la culpabilidad e incluso a la «mayor utilidad a los fines de cooperar con la justicia desde una perspectiva de política criminal» (STS 988/2009, de 13 de octubre, entre otras). Es decir, todo¹⁸.

¹⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: «*La atenuante de dilaciones indebidas*». La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios. Aranzadi, Madrid, 2010, págs 29 y ss.

Al hilo de esta crítica, es obligado analizar si, efectivamente, la Sala II rebasó la regla constitucional de distribución del Poder, situándose en una posición generadora de normas que la CE no le reconoce, menoscabando el espacio de actuación que atribuye al Parlamento, lo que exige retomar las críticas materiales. La cuestión podría enunciarse del siguiente modo: ¿Puede el Tribunal Supremo extender el ámbito de las atenuantes a supuestos de hecho no contemplados expresamente en la norma?

Para ello debemos partir de un análisis conjunto de los artículos 4.1, 4.4 y 21.6 CP. Con arreglo al primero «Las

leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas» . Con arreglo al segundo, y en lo que nos interesa: «*Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada»* . Finalmente, decía el artículo 21.6 (tras la reforma operada por LO 5/2010 el enunciado normativo ha pasado a integrar el artículo 21.7): «*Son circunstancias atenuantes... Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores»* .

El artículo 4 CC permite la aplicación analógica de las normas salvo cuando se trate de leyes penales, excepcionales y de ámbito temporal, conforme a la tradición jurídica. En la misma línea, el artículo 4.1 CP proscribía la aplicación analógica de las normas penales. La doctrina señala, a este respecto, que dado que en el ámbito penal rige el principio de estricta legalidad y que la norma excepcional, por definición, no expresa un principio general sino que se opone al mismo, no pueden tomarse dichas normas como premisas para construir otras nuevas, aunque se ha sostenido de modo más pacífico la aplicación analógica de las normas penales *in bonam partem* (cuando el precepto favorezca al reo). En este sentido, parece claro que el artículo 21.6 CP (actualmente, 21.7) constituye una excepción legal expresa al artículo 4.1 que obedece a la necesidad de otorgar carta de naturaleza propia a la aplicación analógica *in bonam partem* en el ámbito de las circunstancias que permite graduar la pena para atenuarla.

La cuestión a resolver es el significado del significante «significación» en la dicción del artículo 21.6 CP. MIR PUIG¹⁹ pone de relieve cómo la fórmula legal es el resultante de repetidos intentos de ampliación a lo largo de los sucesivos Códigos Penales, de tal modo que no sería necesario el parecido externo de las circunstancias, sino sólo su equivalencia de significado. En consecuencia, como el significado de las atenuantes es disminuir al contenido de injusto del hecho, el grado de su imputación personal o la conveniencia de la pena, cualquier aminoración de estos aspectos podría considerarse motivadora de la atenuante. Sin embargo, acaba optando por una vía intermedia, entendiendo que debe existir analogía respecto al efecto de modificación del injusto, imputación personal o conveniencia de la pena, pero también de la específica razón que constituye el fundamento particular de cada atenuante, sin que ello deba llevarnos a exigir la analogía de elementos.

¹⁹ MIR PUIG, S.: «*Derecho Penal. Parte General*» . Editorial Reppertor, Barcelona, 2002. Sexta Edición, pág. 607.

Ciertamente, las referencias contenidas en la doctrina de la Sala II a la compensación de la «culpabilidad» pueden resultar semánticamente ambiguas, en especial, al anclar positivamente la construcción de la analogía en circunstancias que, según esa misma doctrina, implican un menor reproche culpabilístico, con lo que parece que la reparación del daño y la confesión serían elementos a considerar para graduar la magnitud de la culpabilidad. Efectivamente, no resulta dogmáticamente clara la referencia a la «culpabilidad» (esto es, si la referencia ha de entenderse con el principio de personalidad de las

penas, con el de responsabilidad por el hecho, con el principio de dolo o culpa –artículo 5 CP- o con el de imputación personal, o si, por el contrario, de modo implícito se alude al principio de proporcionalidad de las penas). Por otra parte, la aparente inclusión de las atenuantes del artículo 21.4 y 21.5 en el ámbito de la culpabilidad parece responder a una cierta resistencia del concepto de culpabilidad moral a abandonar el más depurado de culpabilidad jurídica.

En todo caso, en alguna resolución más precisa, la Sala II ha declarado que la razón de la atenuante de dilaciones indebidas tendría su apoyo dogmático en el principio de necesidad de la pena, que quedaría debilitada cuando el transcurso del tiempo es relevante (STS 28/2010, de 28 de enero), respondiendo a construcciones posteriores que estiman que las atenuantes de reparación y confesión no pueden disminuir ni la antijuridicidad del hecho, sino la posibilidad de su imputación personal, sino en la conveniencia político criminal de fomentar determinados comportamientos posteriores que faciliten la persecución judicial o la reparación del daño.

Posiblemente, parte de las críticas doctrinales podrían ser respondidas partiendo de la inclusión de las atenuantes de reparación del daño y confesión en la controvertida categoría de la punibilidad. Si se admite que la punibilidad no constituye un mero corolario de la concurrencia del conjunto de elementos de la infracción penal, lo que sería tautológico, ni que se identifica con los elementos integrantes de la penalidad, que entran en consideración una vez que la infracción penal está constituida y no como

elemento constitutivo de la misma, y se concibe como «necesidad de exigencia de responsabilidad», el enfoque sería distinto, pues se dispondría de elementos fundamentadores, excluyentes o graduadores de la misma²⁰. La punibilidad, así concebida, supondría un juicio autónomo sobre la «necesidad» de hacer al sujeto total o parcialmente responsable de su comportamiento, una vez que, mediante los elementos precedentes, se ha constatado que el sujeto «merece» ser hecho responsable del comportamiento a través de los sucesivos juicios de valor que dan lugar al injusto culpable. En esta categoría tendrían cabida específicas consideraciones utilitarias y de racionalidad pragmática (eficacia, efectividad y eficiencia). De esta forma, para DÍEZ RIPOLLÉS, la atenuante de reparación del daño atendería a la eficacia parcial en la protección del bien jurídico, que se lograría con la propia conducta del autor y la de confesión, al incremento en la efectividad de la norma, que se alcanzaría con la conducta del acusado.

²⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: «Derecho Penal español. Parte General en esquemas». Tirant lo Blanch. Valencia, 2009. 2ª edición, págs. 102 y ss. y 495 y ss.

Trasladándonos al ámbito de la atenuante analógica de dilaciones indebidas, cabría sostener que el fundamento particular de la atenuante, como en las de confesión y reparación del daño, sería la disminución de la necesidad de exigir la responsabilidad, sobre la base de acontecimientos producidos con posterioridad a la comisión de la infracción penal. Por tanto, habría similitud no sólo respecto al efecto de modificación de la punibilidad, sino también respecto del fundamento particular de las

atenuantes que sirven de término de comparación (la existencia de hechos posteriores que influirían en el juicio sobre la necesidad de exigir la pena).

Cierto es que con ello subsistiría el cuestionamiento sobre la base de la diferente naturaleza de esos hechos posteriores, pues, efectivamente, en el caso de la confesión y reparación del daño, se trata de conductas del autor y en la de dilaciones indebidas de factores extrínsecos, pero el fin para el que se dispuso la norma del artículo 21.6 no exigía identidad en cuanto a la estructura y elementos de las circunstancias (de otro modo, habría resultado superflua) sino respecto de los fundamentos informadores de las mismas, que estimamos suficiente al exigir la presencia de hechos posteriores que influyan en el juicio sobre la necesidad de exigir totalmente la pena.

Por otra parte, y aquí radicaría la especialidad de la circunstancia, esta disminución de la falta de necesidad de exigir la responsabilidad se extraería del criterio de racionalidad pragmática de la eficiencia, que atendería al dato de si mediante tal exigencia, los intereses satisfechos primarían sobre los dejados de lado. Bajo este ángulo, el margen de pena del que no puede disponerse compensaría la lesión del derecho fundamental. Y es que en modo alguno puede resultar indiferente a efectos penológicos que el proceso no se haya sustanciado en un plazo razonable. La constitucionalización de tal derecho es revelador de su trascendencia y, como decíamos al inicio de este trabajo, este dato exige interpretar el CP bajo su luz, puesto que, en definitiva, las normas que reconocen los derechos fundamentales son también normas penales

en sentido amplio. Cuando el derecho anuda consecuencias jurídicas a hechos de la realidad social, excluye el flujo de la realidad hacia un futuro incierto, fijando un mundo que no conoce la duda ya que el futuro ha sido anticipado en las normas. Ahora bien, el tiempo del derecho no es sólo el tiempo «largo» de la comunidad, sino el tiempo breve de la vida de los individuos²¹. Ambos tiempos deben equilibrarse, pues si el tiempo «largo» se superpone al tiempo «breve» de los individuos hasta el punto de privarlo de sentido, se diluye la función de la norma. Que la tramitación del proceso constituye «per se» un mal (en principio, necesario por ineludible) para la persona encausada no precisa de mayor explicación, de ahí que el derecho cierre el horizonte jurídico tanto hacia el pasado, mediante la prescripción, como hacia el futuro, mediante la instauración de plazos. Cuando estos plazos dejan de observarse injustificadamente este mal deviene ilegítimo, lo que exige moderar las consecuencias jurídicas vinculadas al hecho generador del proceso.

²¹ MESSUTI, A.: «*Tiempo y derecho*» en «*La justicia deconstruida*». Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2008, página 143.

Por todo ello, era inevitable que la Sala II acabara considerando la llamada «compensación destructiva» como elemento de refuerzo para la argumentación. Y estimamos que la solución dada al caso no constituyó un exceso de atribuciones, una invasión del espacio propio del legislador. El principio de estricta legalidad que debe regir la interpretación y aplicación de las normas penales impide la extensión de la disposición de una norma particular expresa a un supuesto no contemplado, con la salvedad de los supuestos específicamente previstos en cláusulas

legales de atribución extensiva. Este es el caso de la atenuante analógica. De hecho, creemos que con buen criterio, la jurisprudencia de la Sala II ha ido extendido el radio aplicativo de la misma, para concluir, como hace el ATS de 7.6.2007, que es lícita *«la analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del CP, lo que en ocasiones se ha traducido en la consideración de una atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas»*, ya que de este modo ingresan en el momento aplicativo del derecho penal los derechos fundamentales. Si esta idea podía ser cuestionada por falta de apoyo legal explícito, la introducción de la atenuante de dilaciones indebidas operada por la LO 5/2010, disipa ya toda duda en el futuro abriendo el portillo para que los Tribunales consideren circunstancias de análoga significación a esta nueva atenuante la vulneración de otros derechos fundamentales en el proceso penal, lo que debe ser explorado por la dogmática de cara a sistematizar y estabilizar la resolución de los problemas poniendo a disposición de los aplicadores modelos de argumentación adecuados.

Para cerrar este apartado, debemos dar respuesta aún a dos críticas. En primer lugar, partiendo de la presunción de racionalidad del legislador (dice exactamente lo que pretende y no dice lo que no pretende), la mención incluida en el artículo 4.4 CP a las dilaciones indebidas puede apoyar la tesis de que con ella legislativamente quedó zanjado el efecto vinculado a la apreciación de dilaciones indebidas. Sin embargo, este argumento *a contrario* (donde

la ley no dice nada no existe una laguna sino una norma implícita de contenido opuesto al de la disposición que se interpreta), puede usarse también para crear la laguna: con el artículo 4.4, el CP simplemente calla respecto de los efectos concretos que sobre la sanción tiene la apreciación de dilaciones indebidas salvo en lo que afecta a la tramitación del indulto, omite disciplinar el supuesto de hecho. Subsiste, pues, la laguna, que cabe colmar en el artículo 21.6 CP partiendo del valor troncal del artículo 24.2 CE.

Finalmente, respecto de la crítica que alude a que esta vía se ha convertido en el modelo de compensación para las dilaciones en el proceso penal, dejando a un lado las soluciones preventivas, la compartimos. Efectivamente, sería deseable racionalizar el proceso, modificar el disfuncional sistema de investigación²², establecer plazos de caducidad. Pero en tanto ello no tenga lugar, los tribunales de algún modo han de ponderar, cuando se trata de fijar la consecuencia jurídica ligada al hecho declarado probado y constitutivo de infracción penal, la vulneración de un derecho fundamental que ha supuesto un mal ilegítimo irrogado al condenado.

²² RAMÍREZ ORTIZ, J.L.: «Jueces y policías. Algunas razones de una relación disfuncional». Revista del Poder Judicial nº 88. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.

4. La reforma operada por LO 5/2010: la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 CP

4.1. Enunciación

La LO 5/2010, de 22 de junio, añadió una nueva

circunstancia atenuante en el apartado 6 del artículo 21, pasando a integrar el apartado 7 la anteriormente enumerada como 6. Conforme a la redacción actual operará como atenuante: *«La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa»* . Se recogen así, como indica el Preámbulo de la Ley *«los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía»* .

A continuación, examinaremos la doctrina jurisprudencial recaída a propósito de la atenuante analógica en relación con sus presupuestos y efectos, dedicando un último apartado al examen de la redacción vigente a fin de analizar si la citada jurisprudencia se verá alterada por la dicción legal vigente.

4.2. Doctrina de la Sala II sobre la atenuante analógica de dilaciones indebidas

4.2.1. Planteamiento general

En línea con la jurisprudencia del TEDH y TC, la Sala II ha indicado que el de dilación indebida es *«un concepto abierto o indeterminado que requiere, en cada caso, de una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo es injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración, mayor de lo previsible o tolerable»* (STS 911/2009, de 16 de septiembre, entre muchas otras). Por otra parte, se significa que el derecho

no consiste en la exigencia constitucional de que las resoluciones judiciales sean dictadas dentro del plazo procesal legalmente fijado, sino en la exigencia de que sean dictadas en un plazo razonable, imponiendo a los órganos judiciales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. (STS 155/2005, de 12.2.05 en relación con STC 140/1998).

En cuanto a las circunstancias a valorar, se reproducen en diversas resoluciones, los parámetros ya analizados en 2.1. En síntesis: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de procesos de la misma naturaleza en igual período temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos judiciales en relación con los medios disponibles. Alguna sentencia ha incluido otros factores controvertidos (necesidad de alegación del interesado e incluso demostración del perjuicio concreto). Examinaremos diversos aspectos de esta atenuante.

4.2.2. Aspectos concretos

4.2.2.1. Denuncia previa de la paralización

Inicialmente, la Sala II exigió la previa denuncia del interesado sobre la base de una recepción indebida de la doctrina del TC. Así, la STS 312/1996, de 20.4.96, entendió, en línea con dicha jurisprudencia, que *«no cabe aducir la vulneración del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas cuando el proceso haya finalizado y previamente no se invocó ante el Juez o Tribunal»*. En la misma línea, la STS 1489/1998, de 28.12.99, señaló que

los retrasos indebidos debieron ser denunciados «*con objeto de que el órgano jurisdiccional pueda remediar o reparar en la medida de lo posible los efectos de la dilación*» . Interesa señalar que dichas sentencias son anteriores al Acuerdo plenario de 21.5.99, con lo que, en cualquier caso, no habría procedido la aplicación de la atenuante por analogía. De hecho, resoluciones posteriores, como la STS 1497/2002, de 23 de septiembre, partiendo de la especificidad de la posición del inculpado en el proceso penal, entendió que «*no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad...*» , de modo que «*la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes... la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de justicia con retrasos no justificables*» , como indicó la STS 1.7.2004. No obstante, alguna resolución posterior, ha vuelto a exigir esta denuncia, así la STS de 25.6.04, si bien de modo aislado, ya que la más reciente STS de 30.3.2010 rechaza esta exigencia.

Entendemos que la denuncia previa no resulta precisa. Dicha exigencia encuentra su funcionalidad en el marco del recurso de amparo, dada su subsidiariedad, como requisito de admisibilidad (artículo 44.1.c LOTC), pero carece de lógica en el ámbito del proceso penal, pues supondría trasladar al inculpado la carga de impulsar el procedimiento, que corresponde de oficio a los órganos

jurisdiccionales. Por otra parte, desde la perspectiva del derecho de defensa, parece irrazonable forzar al inculpado a contribuir a su propia persecución, con el riesgo de evitar una eventual prescripción que le favorecería. Que se sancione la conducta obstruccionista o dilatoria del interesado impidiendo la apreciación de las dilaciones indebidas, no implica que le sea exigible una conducta activadora del procedimiento²³.

²³ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., BACH FABREGÓ, R., YLLANES SUÁREZ, J.P: «*Jurisprudencia procesal-penal del Tribunal Supremo (Un análisis crítico)*». Monografía. Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, Madrid, 2007, págs. 82 y ss.

4.2.2.2. Alegación por el interesado

La STS 79/2007, de 7.2.07, parece exigir la alegación de la atenuante, para su apreciación, en algunos de los escritos deducidos en el procedimiento, especialmente, en los de conclusiones provisionales. Ahora bien, dicha resolución judicial (como todas, dicho sea de paso) no puede desvincularse del caso concreto sometido a consideración, en el que la cuestión no se formuló en la instancia, planteándose por vez primera en casación. Por otra parte, la STS 589/2007, de 29.6.07, entendió que la atenuación es posible estimarla en casación, aunque formalmente no se planteara en la instancia, siempre que haya existido en juicio oral la posibilidad de contradicción «*o en el relato fáctico de la sentencia o excepcionalmente en alguna declaración fáctica de la fundamentación jurídica pueda hallarse el presupuesto de hecho que justificaría la estimación de la atenuante*». De todo ello parece deducirse que la alegación previa no es condición

necesaria para la apreciación de la atenuante, que puede ser aplicada de oficio. Cuestión distinta es que, dados los márgenes y funcionalidad del recurso de casación, no puedan introducirse cuestiones nuevas o que, caso de hacerlo y no afecten a la valoración probatoria, la inaplicación de la atenuante dimanase de la imposibilidad de revisar de oficio los hechos probados de la sentencia recurrida.

4.2.2.3. Necesidad de señalar los períodos temporales en los que se ha producido la dilación

La Sala II ha exigido que la defensa precise los momentos del proceso en que se han producido dilaciones indebidas (SSTS de 25.1 y 30.2.2010, entre otras).

Sin embargo, partiendo de que la atenuante puede ser aplicada de oficio (o incluso cabe que las acusaciones interesen su apreciación), parece que lo que la jurisprudencia exige no es otra cosa que si el interesado por vía de recurso pretende la revisión de la sentencia de instancia en cuanto a los períodos considerados, por discrepar de los declarados en aquélla entendiéndolo que debieron ser incluidos otros, lo alegue en el momento procesal correspondiente. Así parece deducirse de la STS de 28.1.05 cuando indica que las defensas *«tenían la carga procesal de decir las paralizaciones que tuvieron lugar para dar la debida precisión al debate... lo que habría permitido al Tribunal de instancia resolver de modo razonado, a la vista de ese debate contradictorio, sobre esos períodos de demora en el procedimiento y sus posibles justificaciones. No se hizo así, y por ello la Audiencia Provincial se vio limitada a decir... que limitaba las posibles dilaciones*

indebidas al período en que la causa estuvo en manos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional...» .

4.2.2.4. Dies a quo del cómputo

Como se indicó en 2.1, el dato relevante es la existencia de actuaciones judiciales que evidencien la sujeción del sujeto al proceso, por lo que han de descartarse soluciones formalistas.

Por ello, discrepamos de la solución alcanzada en la STS 1288/2006, de 11.12.06, según la cual «el cómputo para el inicio de las posibles dilaciones indebidas sólo debe empezar cuando una persona está formalmente acusada, o cuando el proceso tiene repercusiones adversas para él dadas las medidas cautelares que se hayan podido adoptar». Para ello, cita la doctrina del TEDH (caso Eckle vs. Alemania, sentencia de 15 de julio de 1982, y caso López Solé vs. España, sentencia de 28 de octubre de 2003) donde se dice textualmente «el período a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio, empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos», concluyendo que en el caso examinado habría que situar como posible fecha del inicio de las dilaciones indebidas el auto de acomodación a Procedimiento Abreviado, «que en cuanto equivalente procesal al auto de procesamiento del Sumario, supone un acto de inculpación formal que permite identificar las personas contra las que se puede dirigir el procedimiento por las Acusaciones». El criterio empleado

es cuestionable, pues el concepto «acusación» empleado por el TEDH no puede entenderse en términos formales como acto procesal mediante el cual las partes que ejercitan la acción determinan sus pretensiones punitivas, dada la diversidad de sistemas procesales coexistentes en el marco de los Estados firmantes del CEDH. Es preferible decantarse por una fórmula material, que considere los efectos que sobre la persona del inculpado pueda tener la existencia del proceso, lo que exige atender a las circunstancias de cada caso, pues la admisión de denuncia o querrela puede, en determinados supuestos, determinar la citación judicial del interesado, derivándose consecuencias perjudiciales de la incomparecencia (detención, artículo 487 LECR). Bastará, por tanto, con la existencia de cualquier acto jurisdiccional por el que se atribuya a una persona la comisión de una infracción y, desde luego, la adopción de cualquier medida cautelar ya que su adopción requiere de una previa valoración, aun provisional, sobre la tipicidad del hecho y de la participación de una persona en el mismo. En este sentido, STS 663/2010, de 14 de julio.

4.2.2.5. Dilación no atribuible al inculpado

La Sala II ha estimado que las dilaciones del proceso debidas a la conducta procesal del inculpado impiden apreciar la atenuante. A título de ejemplo, el hecho de encontrarse en situación paradero desconocido (STS 496/2006, de 28.4.06), la existencia de hasta siete suspensiones de la vista motivadas por causas imputables a los letrados de las partes o a la incomparecencia de alguno de los acusados (STS 443/2010, de 19 de mayo), o la

situación de rebeldía procesal.

Ahora bien, la ponderación de este criterio debe efectuarse desde una posición de máxima deferencia hacia la garantía efectiva del derecho de defensa, lo que exige un examen pormenorizado de las circunstancias de cada caso. Bajo este ángulo, es criticable la solución alcanzada por la STS de 14 de junio de 2004, que estimó que una de las razones de la dilación había sido la conducta procesal del acusado al haber interesado la práctica de pericias cuya realización se demoró en el tiempo, al desplazar la atribución de responsabilidades (en todo caso, las pericias fueron admitidas por el órgano judicial, por lo que ha de partirse de la presunción de pertinencia, con lo que la responsabilidad del retraso recayó sobre el propio órgano judicial o la Administración de Justicia, en su conjunto), minusvalorando la trascendencia del derecho de defensa. En definitiva, si la dilación es consecuencia inevitable del ejercicio del derecho de defensa, la dilación no podrá calificarse de indebida.

En conexión con lo anterior, la doctrina ha puesto de relieve que en procesos con varios acusados, la mala fe procesal de alguno de ellos no puede impedir que la atenuante pueda ser de aplicación a los demás, dado el carácter personal del requisito²⁴. En este sentido, se ha señalado que las reglas del artículo 65 CP (comunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal) no pueden dar solución al problema, ya que los supuestos de hecho de esta norma (circunstancias que consistan en cualquier causa de naturaleza personal, en la ejecución material del hecho o

en los medios empleados para realizarla) no permiten la subsunción de la circunstancia analizada²⁵.

²⁴ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: Obra citada.

²⁵ CÓRDOBA RODA, J.: «Las dilaciones indebidas». Diario la Ley, nº 7534, 23.12.2010.

4.2.2.6. La conducta de las autoridades judiciales

Según indica la STS 1074/2004, de 18 de octubre, «*Deben considerarse retrasos injustificados los atribuidos a negligencia o descuido del órgano jurisdiccional o del Ministerio Fiscal; o los debidos tanto a déficits estructurales y orgánicos de la Justicia, como a cualquier otra disfuncionalidad de la misma*». Por ello, la sobresaturación de asuntos que penden sobre los órganos de la jurisdicción, singularmente, la penal, no constituye óbice alguno para apreciar la atenuante. En esta línea, la STS 94/2007, de 14 de febrero, indica que el retraso excesivo en el plazo para dictar sentencia no impide la aplicación de la atenuante. Y la STS 996/2009, de 11 de noviembre, apreció la atenuante dado que se tardó un año en notificar la sentencia a las partes personadas.

Cabe traer aquí a colación la STC 36/1984, de 14 de marzo, con arreglo a la cual: «*El abrumador volumen de trabajo que pesa sobre determinados órganos judiciales puede exculpar a los Jueces y Magistrados de toda responsabilidad personal por los retrasos con que las decisiones se produzcan, pero no priva a los ciudadanos del derecho a reaccionar frente a tales retrasos, ni permite considerarlos inexistentes*».

4.2.2.7. La complejidad de la causa

La STS 402/2011 de 12 de abril, señala, a este respecto, que, si bien se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante. En el supuesto concreto entendió que pese a que el proceso se había extendido por un período de tiempo algo superior a los seis años, el plazo no era irrazonable, a tenor del volumen y complejidad de la causa, al tratarse de un proceso con más de treinta tomos de investigación, más los cuatro correspondientes al rollo de la Audiencia Provincial, con diez acusados y uno más en situación de rebeldía, debiendo añadirse otros imputados que finalmente no fueron acusados, así como el hecho de que hubo de recibirse declaración a más de cincuenta perjudicados. Considerando que no había habido períodos significativos de paralización del proceso, concluyó que no cabía hablar de dilaciones indebidas ni de un período de tramitación extraordinario en atención a las circunstancias del caso.

En sentido contrario, la STS 184/2011, de 17 de marzo, aplicó la atenuante, entendiendo que la dilación es indebida cuando *«resulte desproporcionada para la complejidad de la causa. Y ésta puede derivar de la multiplicidad de sujetos intervinientes que obliga a la multiplicación de los trámites. O de la dificultad para establecer la estrategia investigadora adecuada. O de otras circunstancias que deberán ser valoradas sin que, como*

antes dijimos quepa remitirse meramente al transcurso del tiempo» . En el caso concreto se trataba de un delito de tráfico de drogas de tramitación relativamente sencilla en el que se invirtieron seis meses en corregir la adecuación del procedimiento y más de seis meses en dictar auto de procesamiento, lo que justificó la aplicación de la circunstancia.

Cabría plantearse los efectos derivados del recurso a los «macrojuicios», pues, por lo general podría afirmarse que en tales casos la complejidad de la causa puede justificar la dilación. Y ello, en atención al dato de que en numerosos casos cabría el enjuiciamiento separado. En este sentido, la dicción del artículo 762.6^a LECR es clara: *«Para enjuiciar los delitos conexos comprendidos en este Título, cuando existan elementos para hacerlo con independencia, y para juzgar a cada uno de los imputados, cuando sean varios, podrá acordar el Juez la formación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento»* , con lo que, en aquéllos casos en los que se hubiera optado por el «macroproceso» cuando habría sido posible el enjuiciamiento separado sin merma para el resultado de la causa, no sería irrazonable admitir la aplicación de la atenuante, que podría servir de elemento disuasorio del denominado «síndrome del macrojuicio».

4.2.2.8. Los márgenes ordinarios de duración de procesos de la misma naturaleza

Fijar dichos márgenes constituye una cuestión compleja, en la medida en que nuestro ordenamiento procesal no contiene estándares de duración media de los procesos, lo que, en la práctica introduce espacios de discrecionalidad

difícilmente controlables cuando el Juez o Tribunal que debe resolver sobre la aplicación de la atenuante establece el par de comparación, sin que quepa descartar que acuda, finalmente, a su propia experiencia personal. En todo caso, razón de más para cumplir con las recomendaciones del CEPEJ, a las que nos referimos en 2.1.

Ciertamente, el artículo 324 LECR parece partir de que la duración razonable del sumario será de un mes, pero se trata de una norma difícilmente acomodable a la realidad sociológica en atención a la constelación de asuntos que, en principio, pueden tramitarse por las reglas del proceso ordinario. Distinto es el caso de las denominadas Diligencias Urgentes, en las que, agotada la fase instructora en el servicio de guardia, el artículo 800.3 LECR exige al Instructor fijar el día del juicio «en la fecha más próxima posible y, en cualquier caso, dentro de los quince días siguientes», precepto flagrantemente incumplido dada la carga de asuntos existente. Efectivamente, la simplicidad del hecho investigado (artículo 795.1.3ª LECR) no justifica, como sucede en la praxis, que el enjuiciamiento tenga lugar muchos meses después de la finalización de la fase instructora, lo que sucede habitualmente. Por tanto, si se tiene en cuenta que se consideran retrasos injustificados *«los debidos tanto a déficits estructurales y orgánicos de la Justicia, como a cualquier otra disfuncionalidad de la misma»*, no debiera existir óbice para apreciar la atenuante, ya que el enjuiciamiento en plazo depende únicamente de la saturada agenda de los Juzgados de lo Penal debido a la sobrecarga de asuntos.

Es patente la paradoja de la denominada «justicia

rápida», que pretendió agilizar el trámite cercenando las posibilidades defensivas en la fase de instrucción, provocando con ello el desplazamiento de la situación de colapso a la fase de enjuiciamiento, pero, en todo caso, se trata de una opción de política legislativa cuyas consecuencias perniciosas no deben recaer sobre la persona inculpada.

4.2.2.9. La existencia de perjuicios concretos

En algunas resoluciones, la Sala II ha exigido que de las dilaciones indebidas se hayan derivado consecuencias gravosas que vayan más allá del perjuicio inherente al propio retraso (así, STS 654/2007, de 3 de julio). Estimamos, en todo caso, más correcta, la posición que atiende al perjuicio concreto que la dilación haya podido generar al acusado a los solos fines de graduar la atenuación punitiva para aplicar, en su caso, la atenuante como muy cualificada (SSTS 470/2010, de 20 de mayo y 271/2010, de 30 de marzo, entre otras), ya que el hecho en sí de la existencia de la dilación indebida constituye un perjuicio que no precisa de mayor acreditación, lo que no excluye que, si en el caso concreto, se justifican otros menoscabos significativos particulares, pueda apreciarse la atenuante como muy cualificada.

4.2.3. Consecuencias penológicas

El recurso a la atenuación exige la aplicación de las reglas dosimétricas contenidas en el artículo 66 CP. ASÚA BATARRITA²⁶ ha cuestionado la opción jurisprudencial de la atenuante analógica como medio de compensar la

vulneración del derecho fundamental precisamente por la desigual incidencia que tales reglas penológicas tienen en los casos concretos, de modo que a supuestos de dilaciones similares se anudan consecuencias muy dispares. Para ello, parte de las siguientes consideraciones:

26 ASÚA BATARRITA, A.: Obra citada.

(1) Si sólo concurre una atenuante, estima que el efecto será nulo por lo general, teniendo en cuenta que la praxis judicial tiende a imponer la pena en el límite mínimo cuando no concurren atenuantes ni agravantes.

(2) Ahora bien, si esta atenuante concurre con otra, o es considerada como muy cualificada, cuanto más grave sea el delito, el efecto permitirá una reducción cuantitativamente mayor. Así, una pena de prisión con un mínimo de 10 años puede conducir a una reducción que deje la duración en 5 años (pena inferior en un grado) o en 2 años y 6 meses (pena inferior en dos grados), mientras que una pena de prisión con un mínimo de 1 año quedaría rebajada en el mejor de los casos en pocos meses.

Por el contrario, estimamos, en el primer caso, que lo que la praxis revela es que los Tribunales optan por la pena en su límite mínimo no sólo cuando no concurren atenuantes ni agravantes, sino cuando, además, no se hayan acreditado en el caso concreto circunstancias específicas que justifiquen imponer una pena superior, por lo que, en el caso de que exista tal acreditación, los efectos de la atenuante impedirían rebasar la mitad inferior. Por lo que respecta al segundo caso, como también sucede en el primero, el efecto es consustancial a las reglas

dosimétricas. En todo caso, puede aducirse que a igualdad de tiempo de dilación en el trámite, la lesión del derecho es por lo general superior cuando la pena vinculada al hecho delictivo del que se inculpa al sujeto es mayor pues los eventuales perjuicios (v.gr: susceptibilidad de adopción de medidas cautelares o de medidas de investigación altamente injerentes en derechos fundamentales) también lo son, con lo que no habría tal tratamiento desigual ya que, valorativamente, las situaciones no serían idénticas.

En cuanto a los parámetros que son valorados por la jurisprudencia de la Sala II para considerar la atenuante como muy cualificada, por lo general se suele atender a la desmesurada duración del procedimiento así como a los excesivos perjuicios causados al acusado.

Respecto de estos últimos, la STS 672/2010, de 5 de julio, alude a una diversidad de ellos tales como *«la tardanza en conocer el resultado del enjuiciamiento, la pérdida de medios de prueba, las posibilidades de defensa por la disponibilidad de aquellos que se pierden o el sufrimiento derivado de medidas cautelares, que luego no deviene computables para el cumplimiento de la pena, o, siéndolo, se padecieron en condiciones más gravosas que las propias del régimen de cumplimiento»*, que habrá de graduarse en cada caso. En relación con los primeros, la STS de 12 de diciembre de 2008, con cita de las SSTS 655/2003, de 8 de mayo y 506/2002, de 21 de marzo, ha indicado que *«nuestra jurisprudencia ha apreciado, en casos de transcurso de nueve años de duración del proceso penal que correspondía la aplicación de una atenuante analógica con el carácter de muy cualificada,*

para reparar en términos penológicos la excesiva duración del proceso» . Ahora bien, habrá que analizar las particularidades de cada caso, pues una idéntica duración indebida del proceso puede responder a causas muy diversas que justifiquen la opción, bien por la atenuante ordinaria, bien por la muy cualificada.

4.3. Posible repercusiones de la regulación vigente en la doctrina de la Sala II

La dicción legal del vigente artículo 21.6 CP se acomoda, en lo sustancial, a la doctrina de la Sala II, por lo que, en principio, no cabe esperar una alteración significativa de la misma.

En este sentido, las SSTS 402/2011, de 12 de abril y 123/2011, de 21 de febrero, señalan lo siguiente: *«Actualmente, la reforma CP mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre siguiente, regula como nueva atenuante en el artículo. 21.6^a las dilaciones indebidas en los siguientes términos: "La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa"* .

Por consiguiente, el nuevo texto legal, según ha advertido la doctrina, coincide sustancialmente con las pautas que venía aplicando la jurisprudencia de esta Sala para operar con la atenuante analógica de dilaciones indebidas. Los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes: 1) que la dilación sea indebida; 2) que sea extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio

inculpado. Pues si bien también se requiere en el referido precepto que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante»

Pueden señalarse, a efectos dialécticos, dos aspectos como problemáticos:

(1) La inclusión del adjetivo «extraordinaria».ÁLVAREZ GARCÍA²⁷ indica que el término alude a la duración, a una demora que exceda de la ordinaria, en tanto el término «indebida» denota la conculcación de los deberes de diligencia en la tramitación de la causa. De ello se extraería la conclusión de la que Sala II habría de ser más rigurosa para la apreciación de la circunstancia, ya que si no se conculcan deberes de diligencia, que habrían de ser identificados en cada caso, y si la demora no supone un aumento verdaderamente fuera de medida en el tiempo empleado para la tramitación de la causa, no cabría apreciarla. Aún así reconoce la dificultad de fijar los límites entre lo ordinario y lo extraordinario, por lo que augura una alta inestabilidad jurisprudencial y un «casuismo infinito».

²⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: Obra citada.

La STS 123/2011, de 21 de febrero, señala que un período de cinco años entre la fecha de los hechos y la celebración del juicio ha de considerarse, si se calibran las circunstancias particulares del caso, como un periodo extraordinario, «pero nunca como especialmente

extraordinario o superextraordinario, que es la condición que ha de tener para poder apreciar la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a tenor de la redacción que le ha dado el legislador en el nuevo artículo. 21.6ª CP. Pues si para apreciar la atenuante genérica u ordinaria se requiere una dilación indebida y extraordinaria en su extensión temporal, para la muy cualificada siempre se requerirá un tiempo superior al extraordinario» .

Por tanto, anticipa el criterio jurisprudencial que partirá de la diferenciación entre la dilación ordinaria (no integrante de la atenuante), extraordinaria (que integrará la atenuante ordinaria) y superextraordinaria (que pasará a integrar la atenuante muy cualificada).

En cualquier caso, es criticable el uso del adjetivo «extraordinaria» en la formulación legal, ya que cabría entonces admitir la existencia de dilaciones indebidas y ordinarias, tomando por ordinario lo habitual. Ello abriría el portillo para dejar de apreciar la atenuante en los casos de déficits estructurales de la Administración de Justicia, determinantes del alargamiento de la tramitación de las causas. De ser así, cabría afirmar entonces que ha existido una violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (tanto el TEDH como el TC estiman que tales déficits no constituyen óbices para apreciar la conculcación del derecho) sin sanción en el ámbito penal, lo que privaría de sentido a la atenuante cuyo fundamento último es la compensación penológica de tal violación. Igualmente, ello daría lugar a situaciones paradójicas: a) El Estado español podría ser condenado por el TEDH por vulnerar del derecho en un proceso penal, aun cuando la atenuante no se apreció en el mismo; y, b) Se plantearía la posibilidad de

que, respecto de aquéllos asuntos incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del CP, se aplicara la atenuante analógica del artículo 21.6 en la redacción anterior, con preferencia a la atenuante de dilaciones indebidas legalmente ahora reconocida, cuyas exigencias, más gravosas, serían más perjudiciales para el condenado. Y es que, como certeramente indicó Tomás y Valiente en el voto particular formulado a la STC 5/1985, de 23 de enero, *«la frecuente tardanza excesiva del servicio de justicia no puede reputarse como "normal", pues lo normal es lo ajustado a la norma y no lo contrario a ella, aunque sea lo más frecuente; y en segundo término porque si continuase "in crescendo" el tiempo y la generalización del incumplimiento en el rendimiento del servicio de la justicia, y hubiese que tomar como regla para medir el respeto o la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ese mismo hecho anormal, pero general, ello equivaldría a dejar vacío de su contenido esencial el derecho fundamental»* .

(2) Posibilidad de apreciar la atenuante analógica de dilaciones indebidas, sobre la base del artículo 21.7, cuando no concurren todos los elementos que integran la atenuante del artículo 21.6. CÓRDOBA RODA se ha manifestado favorable hacia esta posibilidad. En opinión del autor²⁸ el fundamento de la circunstancia (considerar que como consecuencia de la dilación en la tramitación del procedimiento el acusado ya ha sufrido un mal o privación de un derecho fundamental y de que, en consecuencia, la determinación de la pena, en caso de condena, debe tener en cuenta la existencia de este mal al objeto de atenuar la pena), puede darse en supuestos en los que no se

cumplen todos y cada uno de los requisitos de la circunstancia sexta del artículo 21 CP. En concreto, considera el supuesto de un procedimiento cuya tramitación se haya extendido durante diez años, sin que cupiera detectar la existencia de paralización alguna del procedimiento, explicándose la duración por la complejidad de la causa, por lo que, en principio, la dilación sería no indebida.

28 CÓRDOBA RODA, J.: Obra citada.

En contra, se manifiesta la doctrina de la Sala II. Así, el ATS 630/2005, de 5 de mayo aclara que *«es doctrina reiterada de esta Sala (STS de 13 de febrero de 2004), que las circunstancias analógicas no pueden construirse a base de la falta de requisitos de las previstas como tales por el legislador, a modo de atenuantes incompletas. Para su demostración, no basta más que observar que cuando el CP construye una eximente incompleta, por faltar alguno de sus requisitos, no le concede la misma consideración exonerativa, sino otra inferior, en el art. 21.1ª, con los efectos penológicos que se disciplinan en el art. 68 del Código penal. Ningún sentido tendría, en consecuencia, construir una atenuante analógica por falta de los requisitos de otra ya establecida con el carácter de tal, y concederle la misma suerte atenuatoria. De ello se infiere que nunca la falta de requisitos previstos legalmente puede conformar una atenuante analógica, aunque sí la concurrencia de otros requisitos de "análoga significación"»*. En el mismo sentido, y más recientemente, la STS 930/2010, de 21 de octubre, que señala: *«La comparación de circunstancias no permite que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, porque ello equivaldría a crear*

atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, sin que, por otro lado, se pueda exigir una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que hablaba la Sentencia 28 de enero de 1980» .
