

La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia

Laura Pozuelo Pérez

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid

POZUELO PÉREZ, LAURA. La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2020, núm. 22-17, pp. 1-28.
<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc22-17.pdf>

RESUMEN: El ámbito de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal parece haber suscitado un interés menor que otras instituciones pertenecientes a la teoría general del delito, lo que ha repercutido muy probablemente en una menor homogeneidad en lo que se refiere a su interpretación y alcance. En el análisis jurisprudencial se aprecia cómo situaciones prácticamente idénticas son sin embargo valoradas de muy diferente manera, apreciándose en ocasiones una circunstancia en su vertiente básica y en otras en la cualificada, dando lugar de este modo a importantes diferencias penológicas. También es significativo el variante alcance que se le otorga en la práctica jurisprudencial a la atenuante de análoga significación del art. 21.7ª del Código penal. En este trabajo se toma como hilo conductor la atenuante de confesión del delito del art. 21.4ª para poner de relieve la considerable flexibilidad o elasticidad interpretativa que muestran en no pocas ocasiones los tribunales.

PALABRAS CLAVE: circunstancias modificativas, atenuantes de colaboración con la justicia, atenuante de análoga significación.

TITLE: The interpretative elasticity of modifying circumstances: the changeable mitigating effect of collaboration with justice

ABSTRACT: The circumstances modifying criminal liability seem to have aroused less interest than other institutions belonging to the general part of Criminal Law; and that has most probably resulted in less homogeneity in terms of their interpretation and scope. In the case-law analysis, it appears that practically identical situations are nevertheless valued in very different ways, sometimes appreciating a circumstance in its basic aspect and other times in its qualified one, thus giving rise to important penological differences. Also significant is the varying scope given in jurisprudential practice to analogous mitigating circumstance of Article 21.7ª of the Criminal Code. This paper takes as its guiding theme the mitigating circumstance of confession (Article 21.4ª) to highlight the considerable flexibility or elasticity of interpretation that the courts often show.

KEYWORDS: circumstances modifying criminal liability, mitigating circumstance of confession, analogous mitigating circumstance.

Fecha de recepción: 15 septiembre 2020

Fecha de publicación en RECPC: 8 diciembre 2020

Contacto: laura.pozuelo@uam.es

SUMARIO: I. Introducción. II. Sobre el fundamento y requisitos de la atenuante de colaboración con la justicia a través de la confesión del delito. III. ¿En qué casos puede aplicarse una atenuación cualificada de confesión del delito? IV. ¿Cuáles son los supuestos en los que puede aplicarse la atenuante analógica de confesión? a) Sobre el alcance en general de la atenuante analógica. b) El alcance de la atenuante analógica de confesión del delito. V. Conclusiones. Bibliografía. Relación de jurisprudencia.

I. Introducción

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal constituyen un ámbito que se encuentra en cierto modo *al final* de la teoría jurídica del delito, lo que parece haber generado menor interés que otras instituciones y, seguramente por ello, una menor homogeneidad en cuanto a su interpretación y alcance.

Históricamente la doctrina y la jurisprudencia han interpretado las circunstancias modificativas en una clave muy subjetiva, cercana en ocasiones al Derecho penal de autor, para ir pasando poco a poco a entender que las razones por las cuales se produce una agravación o una atenuación de la pena responden a un incremento o reducción del injusto o de la culpabilidad o que la modificación que se introduce en la pena se debe a razones político-criminales, como es el caso de las atenuantes postdelictivas.

Junto a esa evolución interpretativa en relación con el fundamento de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal se aprecia también una falta de coherencia a la hora de valorar una circunstancia como básica o muy cualificada (o a la hora de admitirla, aunque no se den todos sus elementos, por la vía de la *circunstancia analógica*). Y cuando se analizan esas modalidades en detalle se aprecia que resultan muy difíciles de delimitar, pues situaciones prácticamente idénticas en unas ocasiones son consideradas como una circunstancia en su vertiente básica y en otras en la cualificada, con las no desdeñables diferencias penológicas que ello puede generar. Y si entramos en el ámbito de qué situaciones pueden quedar amparadas dentro de la atenuante analógica la disparidad de criterios es aún mayor.

Lo que se tratará de mostrar en este trabajo, tomando como hilo conductor una concreta atenuante, la de colaboración con la justicia del art. 21. 4ª CP, son esas enormes variaciones penológicas que pueden tener lugar en la calificación de situaciones muy similares, lo que pone de relieve la considerable flexibilidad o elasticidad interpretativa que muestran en no pocas ocasiones los tribunales.

II. Sobre el fundamento y requisitos de la atenuante de colaboración con la justicia a través de la confesión del delito

El Código penal establece en su art. 21 4.ª que se atenuará la pena del delito cometido cuando se dé la circunstancia “de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.” Se trata de una atenuante de carácter postdelictivo –junto a la

reparación del daño del art. 21.5^a- que tiene su fundamento en razones de política criminal basadas en la idea de fomentar que el infractor colabore con la justicia, y promover con ello, a través de la atenuación de la pena, que el culpable del delito facilite la puesta en marcha de la persecución penal o, si ésta ya se ha iniciado pero aún no hay ningún sospechoso, que pueda verse agilizada con la aportación de la identidad del autor¹. La confesión, por tanto, ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa criminal².

Para que pueda concederse la atenuación del art. 21.4^a existen unos requisitos que deben concurrir en la conducta de confesión:

- ha de ser veraz y ajustada a la realidad³,

¹ CAMPO MORENO, “Arrepentimiento: alcance jurídico penal en el 'iter criminis' y en la responsabilidad criminal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, t. VII, p. 302; FARALDO CABANA (“La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo (los núms. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código penal de 1995)”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1997, p. 249; MUÑOZ CUESTA en MUÑOZ CUESTA/ARROYO DE LAS HERAS/GOYENA HUERTA, *Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995*, Pamplona, 1997, p. 145; PUENTE SEGURA, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Madrid (Colex), 1997, p. 402; ALONSO FERNÁNDEZ, *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño. Interpretación jurisprudencial y doctrinal de las circunstancias del artículo 21.4 y 21.5 del Código penal*, Barcelona, 1999, pp. 25, 37 y 53; GANZENMÜLLER ROIG/SOTO NIETO/HERRÁEZ PAGES/ESCUDERO MORATALLA/FRIGOLÁ VALLINA, *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código penal de 1995. Personas criminalmente responsables*, Barcelona, 2000; pp. 151, 154 y 155; BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Valencia, 2002, p. 164; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Valencia, 2003, pp. 388-389; SÁNCHEZ MELGAR, “Reflexiones en torno a la confesión como atenuante: la utilidad como razón de política criminal”, *La ley digital*, 5243/2012, p. 1; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Barcelona, 2015, p. 639; MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, en Corcoy/Mir, *Comentarios al Código penal*, Valencia, 2015, pp. 125-126; SOLAZ SOLAZ, “La circunstancia atenuante de confesión”, en *La Ley Penal. Revista de Derecho penal y penitenciario*, nº 14, 2015, pp. 81-82; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Valencia, 2019, pp. 463-464; POZUELO PÉREZ, “Confesión de la infracción”, *Memento Penal*, Madrid, 2019, marginal 4130; ALCÁCER GUIRAO, “Atenuante analógica”, *Memento Penal*, Madrid, 2019, marginal 4236. En contra, defendiendo una postura que denomina *no utilitarista*, GARRO CARRERA, en Batarrita/Garro, *Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitarista*, Valencia, 2008, pp. 98 y ss.; LA MISMA, “La atenuante de confesión: discusión sobre su fundamento”, en Batarrita/Garro, *Hechos postdelictivos e individualización de la pena*, Bilbao (Universidad del País Vasco), 2009, pp. 168 y ss.

² STS 394/2002 de 8 de marzo (ROJ 1676/2002); STS 613/2006 de 1 de junio (ROJ 3989/2006); SAP Madrid 179/2010 de 3 de mayo (ROJ 5919/2010); SAP Madrid 31/2010 de 5 de marzo (ROJ 3275/2010); SAP Valencia 236/2013 de 24 de abril (ROJ 1513/2013); SAP Vizcaya 10/2015 de 12 de febrero (ROJ 201/2015); SAP Tarragona 160/2016 de 15 de abril (ROJ 400/2016); SAP Madrid 38/2016 de 4 de febrero (ROJ 733/2016); SAP Zaragoza 85/2016 de 19 de abril (ROJ 578/2016); STS 16/2018 de 16 de enero (ROJ 38/2018); Las Palmas 66/2018 de 22 de febrero (ROJ 3/2018); STS 454/2019 de 8 de octubre (ROJ 3008/2019).

³ STS 356/2008 de 4 de junio (ROJ 3352/2008); STS 87/2012 de 17 de febrero (ROJ 1413/2012); STS 112/2015 de 12 de febrero (ROJ 738/2015); Las Palmas 66/2018 de 22 de febrero (ROJ 3/2018). Las STS 103/2008 de 19 de febrero (ROJ 1039/2008); SAN 24/2017 de 14 de septiembre (ROJ 3565/2017); STS 16/2018 de 16 de enero (ROJ 38/2018); STS 108/2019 de 5 de marzo (ROJ 736/2019) consideran que faltará el requisito de veracidad cuando se oculten elementos relevantes o se añadan falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal que pretenda eludir la responsabilidad de quien confiesa (señala la STS 108/2019 de 5 de marzo (ROJ 736/2019) que no se considera confesión la sola inculpación de otros si el

- ha de producirse ante las autoridades competentes para perseguir el delito,
- ha de cumplirse un requisito cronológico, pues ha de tener lugar antes de que el infractor sepa que el procedimiento se dirige contra él.

La exigencia de este último requisito se basa en que, si las autoridades ya conocen la existencia del delito y la identidad de quien lo cometió, la confesión prestada carece de valor auxiliar a la investigación en el que se basa el fundamento de esta atenuante⁴. Por ello es necesario que el autor de la infracción tome la decisión de contar a las autoridades la comisión de su delito cuando aquellas aún no tienen conocimiento del mismo o, incluso conociéndolo, y habiéndose iniciado el procedimiento, no tienen aún ningún sospechoso⁵. Es importante señalar que las motivaciones del infractor al ir a confesar no son relevantes: pueden deberse tanto al arrepentimiento como a la mera búsqueda del beneficio atenuatorio (por ejemplo, teme haber dejado huellas y que acaben encontrándolo, de modo que decide confesar porque sabe que de ese modo la pena será menor por la aplicación de la atenuante 21.4ª)⁶.

acusado no confiesa su hecho). La STS 16/2018 de 16 de enero (ROJ 38/2018), por su parte, matiza que esta atenuante no es incompatible con el mantenimiento de versiones defensivas en aspectos que no sean sustanciales, que pueden resultar no acreditados, siempre que no quede desvirtuada su propia finalidad. Ha de aclararse que esta exigencia de veracidad no contradice el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable (art.24.2 CE) puesto que ligar un efecto beneficioso a la confesión voluntariamente prestada no es privar del derecho fundamental a confesar si no se quiere (STC 75/1987 de 25 de mayo). Véase también POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa*, pp. 387-388.

⁴ STS 790/2008 de 18 de noviembre (ROJ 6442/2008), que admitió la atenuante en un caso en el que el infractor sólo conocía que se habían incoado unas diligencias destinadas a investigar los hechos. El procedimiento, a efectos de esta atenuante, se entiende comenzado con el inicio de las diligencias policiales, como primeras actuaciones de investigación del procedimiento penal (STS 1168/2006 de 20 de noviembre (ROJ 7450/2006); STS 790/2008 de 18 de noviembre (ROJ 6442/2008); STS 338/2020 de 19 de junio (ROJ 2013/2020)). Véase también SAP Lleida 74/2015 de 4 de marzo (ROJ 156/2015). En la doctrina, SOLAZ SOLAZ, *La Ley Penal. Revista de Derecho penal y penitenciario*, nº 14, 2015, pp. 82 y 83.

⁵ Es lo que sucedió en la SAP Vizcaya 10/2015 de 12 de febrero (ROJ 201/2015): la investigación policial había comenzado sin que lo supiera el autor y, cuando fue al domicilio de la víctima y vio en él a la policía, les dijo “no busquéis, que soy yo”.

⁶ En 1995 desapareció de la circunstancia atenuante de confesión y de la de reparación del daño (CP art.21.5ª) la expresión “arrepentimiento espontáneo”; prescindiéndose así de los factores subjetivos propios de ese sentimiento o actitud de arrepentimiento (STS 50/2008 de 20 de enero (ROJ 1003/2008) y, con ello, de la relevancia de las motivaciones del autor a la hora de confesar la infracción o reparar el daño causado (SAP Sevilla 83/2000 de 21 de julio (ROJ 3521/2000); STS 394/2002 de 8 de marzo (ROJ 1676/2002); STS 1352/2003 de 21 de octubre (ROJ 6470/2003); STS 1069/2003 de 22 de julio (ROJ 5275/2003); SAP Asturias 90/2006 de 24 de abril (ROJ 1304/2006); SAP Huesca 85/2006 de 19 de abril (ROJ 179/2006); SAP Madrid 94/2006 de 29 de septiembre (ROJ 7169/2006); SAP Salamanca 16/2006 de 23 de febrero (ROJ 118/2006); SAP Albacete 22/2007 de 17 de octubre (ROJ 972/2007); STS 307/2008 de 5 de junio (ROJ 2964/2008); SAP Madrid 363/2009 de 17 de septiembre (ROJ 9933/2009); SAP Madrid 31/2010 de 5 de marzo (ROJ 3275/2010); SAP Valencia 236/2013 de 24 de abril (ROJ 1513/2013); Las Palmas 66/2018 de 22 de febrero (ROJ 3/2018); SAP Badajoz 50/2019 de 22 de abril (ROJ 643/2019)). En la doctrina, BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes*, p. 159; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., pp. 639-640; MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, en *Comentarios al Código penal*, p. 126; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho penal. Parte General*, 7ª ed., Valencia, 2017, p. 193.

Si no se cumplen los tres requisitos, esto es, si la confesión no es veraz, si no se hace ante las autoridades competentes o si se hace una vez que el autor del delito ya conoce que el procedimiento se ha iniciado contra él no cabrá apreciar esta atenuante; como mucho, en situaciones excepcionales, podrá acudir a la atenuante analógica del art. 21.7ª porque concurra una ratio idéntica a la de la confesión del delito, como se verá más adelante.

En el caso de que sí se cumplan los tres requisitos y, además, la confesión implique una colaboración excepcional a la persecución del delito, podremos estar ante una atenuación muy cualificada.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha interpretado las tres modalidades de atenuación, básica, cualificada y analógica, de forma muy poco homogénea, desdibujando los límites de lo que debería ser esta atenuante al considerar como cualificada o incluso analógica lo que, conforme a la redacción legal, no sería más que una atenuante básica de confesión; o apreciando como atenuante básica lo que debería ser una atenuante analógica. A continuación se expondrá la confusa y poco coherente interpretación que una buena parte de la jurisprudencia ha dado de la atenuante 21.4ª.

III. ¿En qué casos puede aplicarse una atenuación cualificada de confesión del delito?

Una vez cumplidos los requisitos que se expusieron en el apartado anterior, para poder aplicar la atenuante de confesión de la infracción como muy cualificada debe existir un plus, algo adicional que permita al juez no sólo mantenerse en el límite inferior de la pena del delito concreto, sino poder incluso descender uno o dos grados. En otras palabras, deben darse todos los elementos de la atenuante genérica básica de confesión y *algo más*.

A la hora de fundamentar qué se entiende por atenuante cualificada puede considerarse jurisprudencia mayoritaria la que considera que para apreciar la existencia de esta atenuación debe concurrir “una especial intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes de hecho y cuantos elementos o datos puedan destacarse y ser reveladores del merecimiento y punición de la conducta del penado”⁷.

¿Cómo se articula esta especial intensidad en la atenuante de confesión? El

⁷ STS 471/1998 de 26 de marzo (ROJ 2027/1998); SAP Santa Cruz de Tenerife 758/2002 de 8 de julio (ROJ 1871/2002); SAP Huesca 85/2006 de 19 de abril (ROJ 179/2006); SAP Madrid 294/2010 de 14 de septiembre (ROJ 20594/2010); SAP Málaga 541/2011 de 4 de octubre (ROJ 1889/2011) -aunque esta sentencia añade como fundamento de la cualificación “una menor dolosidad o malicia en la intencionalidad delictiva, bien por la menor libertad volitiva del sujeto para delinquir o por la menor entidad del propósito criminal o acercamiento a la justificación”-; STS 104/2011 de 1 de marzo (ROJ 1316/2011); SAP Zaragoza 85/2016 de 19 de abril (ROJ 578/2016). En la doctrina, SOLAZ SOLAZ, *La Ley Penal. Revista de Derecho penal y penitenciario*, nº 14, 2015, p. 86.

supuesto paradigmático sería aquel en el que el autor no sólo confiesa los hechos, sino que, por ejemplo, aporta adicionalmente pruebas decisivas para el procedimiento o para la identificación de otros partícipes⁸.

Sin embargo, en la jurisprudencia nos encontramos con que la atenuante cualificada de confesión se aplica a la situación que se acaba de describir, pero también a otros supuestos distintos, creando una cierta disparidad de criterios, pues en no pocos casos la atenuante muy cualificada se aplica en situaciones que en realidad son sólo atenuantes básicas de confesión, donde no se aprecia ninguna colaboración excepcional con la justicia que vaya más allá de la confesión en sí.

Así, la SAP Alicante 906/1998 de 26 de diciembre (JUR 4988/1988) considera que la cualificación a quien confesó que había interpuesto una denuncia falsa se basaba en que hasta el momento no se había hecho ninguna investigación sobre los hechos ni existía la menor sospecha de que la denuncia fuera falsa y que no se había acusado aún a ninguna persona.

La STS 1069/2003 de 22 de julio (ROJ 5275/2003) fundamenta la cualificación en que el autor confiesa su homicidio dos años después indicando dónde se encontraba el cadáver “porque sin tal confesión no se hubiera descubierto al autor del homicidio”.

La SAP Valladolid 404/2006 de 23 de noviembre (ROJ 1397/2006) fundamenta la cualificación de quien confesó su participación en los hechos, entregando además las armas con los que los cometió, “dado que tuvo tiempo de esconder las armas o de ocultarlas por la vivienda antes de que llegara la policía (...) lo que hubiera dificultado en gran medida su condena por tal delito, y sin embargo entregó las armas y sus municiones”.

SAP Melilla 13/2006 de 2 de marzo (ROJ 38/2006) fundamenta la cualificación en que “el procesado, tras cometer los hechos, en vez de presentarse seguidamente en la Comisaría de Policía, pudo haberse marchado a Marruecos fácilmente, con lo que difícilmente se podrían haber esclarecido los hechos, y éstos habrían quedado impunes.”

La SAP Vizcaya 23/2006 de 3 de febrero (ROJ 467/2006) considera que hay cualificación porque la confesión constituye “en puridad el material inculpativo de cargo existente para emitir un pronunciamiento condenatorio”.

En la SAP Madrid 468/2010 de 30 de noviembre (ROJ 16415/2010), aunque el acusado no realizó “una confesión plena de lo acaecido y de su

⁸ SAP Madrid 451/2000 de 28 de octubre (ROJ 14756/2000); SAP Asturias 156/2004 de 9 de junio (ROJ 2094/2004); SAP Las Palmas 80/2004 de 15 de abril (ROJ 1181/2004); STS 359/2008 de 19 de junio (ROJ 2961); SAP Vizcaya 10/2015 de 12 de febrero (ROJ 201/2015); SAP Badajoz 50/2019 de 22 de abril (ROJ 643/2019). Como señala la SAP Valencia 280/2004 de 14 de octubre (ROJ 4399/2004), para que concurra la cualificación “tendrían que concurrir otros factores, fundamentalmente, la dificultad de un eventual esclarecimiento delictivo, por las circunstancias fácticas del suceso mismo o de su comisión”. En contra, SOLAZ SOLAZ, *La Ley Penal. Revista de Derecho penal y penitenciario*, nº 14, 2015, p. 84, pues considera que si la confesión no incluye la participación de otros intervinientes no resulta “total o completa”.

participación, si admitió ésta en lo sustancial, por lo que estimamos que la atenuante debe apreciarse como muy cualificada”⁹.

La SAP Madrid 179/2010 de 3 de mayo (ROJ 5919/2010) consideró que sin la confesión del acusado, una vez detenido, “no hubiera sido posible identificar, localizar y detener al destinatario de paquete con la droga”.

La SAP Barcelona 61/2013 de 6 de febrero (ROJ 1571/2013) aplica la atenuante muy cualificada -y, además, por vía analógica- a la confesión de un sujeto de haber matado a una persona cuando no existía ningún indicio ni prueba contra el acusado, habiéndose archivado provisionalmente la causa por falta de autor conocido.

La SAP Lleida 74/2015 de 4 de marzo (ROJ 156/2015), tras considerar cumplidos los requisitos de veracidad y confesión ante las autoridades antes de conocer que el procedimiento iba dirigido contra el autor, aprecia la cualificación por ser la conducta “objetivamente favorecedora de la investigación”.

Todos los supuestos que se acaban de exponer constituyen ejemplos paradigmáticos de una atenuante básica de confesión: esta tiene lugar cuando las autoridades no conocen los hechos y, por tanto, no hay abierto un procedimiento, o cuando el procedimiento está abierto pero no se tiene un sospechoso, y es el infractor quien aporta información sobre su identidad. Pero en ellos no se aprecia ese plus que justificaría una adicional, y sustancial, reducción de la pena por existir una colaboración excepcional con la justicia que vaya más allá de la confesión de los hechos y de la participación del autor en ellos.

Por otro lado, en la jurisprudencia también encontramos la apreciación de la atenuante cualificada de confesión pese a no concurrir uno de los requisitos legales, como es el elemento cronológico –lo cual podría conducir, bajo ciertas circunstancias, como se verá más adelante, a la apreciación de una atenuante analógica-; de hecho, no es infrecuente que la cualificación se aprecie en casos en los que el autor confiesa una vez ha sido detenido:

Un ejemplo lo encontramos en la SAP Barcelona 705/2001 de 26 de septiembre (ROJ 8706/2001): cuando la policía del aeropuerto le preguntó a la acusada por su procedencia su actitud nerviosa despertó las sospechas de aquella, por lo que le pidió que abriera su equipaje, momento en el que la acusada confiesa que llevaba cocaína; pese a entender que no debería concurrir ni atenuante básica de confesión ni cualificación, la audiencia aprecia la atenuante cualificada por haberlo solicitado el Ministerio Fiscal.

Especialmente llamativa es la SAP Las Palmas 66/2018 de 22 de febrero (ROJ 3/2018), que aprecia la atenuante en el caso del sujeto que confiesa cuando la policía se acerca a su casa “guiada por el reguero de sangre encontrado” por el hecho de mostrar “una actitud tendente sin más a reconocer la

⁹ En sentido muy parecido SAP Málaga 268/2011 de 13 de mayo (ROJ 1066/2011).

autoría de la muerte y también permite el registro en su casa y con ello facilita el importante hallazgo de la mochila de la víctima. Es más, entrega la ropa que portaba que está manchada de sangre y, por otro lado, comunica el lugar donde se deshizo del arma utilizada, la cual fue hallada tras el reconocimiento policial de la zona indicada. Así, cabe entender que debido a su información y colaboración la policía pudo desarrollar y culminar la investigación, que se encontraba en aquel momento en fase embrionaria, de manera rápida y eficaz. Por tal motivo, esta atenuante se va a tener en cuenta para el delito de asesinato, como cualificada”¹⁰.

La cualificación ha sido tenida en cuenta incluso cuando la confesión ha tenido lugar en el mismo juicio:

Puede destacarse la STS 1948/2001 de 29 de octubre (ROJ 8380/2001), que considera que hay ser flexible a la hora de valorar el elemento cronológico o la STS 394/2002 de 8 de marzo (ROJ 1676/2002), en la que el autor negó los hechos ante el Juez de Instrucción, pero los reconoció durante el juicio oral, mostrando conformidad con el relato fáctico, “aligerando notablemente el trámite de las sesiones en el plenario, lo cual constituye un nuevo acto de auxilio a la justicia”¹¹.

En otras ocasiones, concurriendo o no el elemento cronológico, el motivo de la cualificación no sólo no tiene que ver con una colaboración excepcional con la justicia, que vaya más allá de la mera confesión de los hechos, sino que tiene lugar por motivos que no parecen estar siquiera relacionados con el fundamento de la atenuante 21.4^a:

Así, por ejemplo, la STS 394/2002 de 8 de marzo (ROJ 1676/2002) considera que:

“La actitud del recurrente y las circunstancias personales que le rodean, entre las que juega un papel preponderante la edad, veinte años recién cumplidos en el momento de la comisión de los hechos (...) el impacto que ello supone, la admisión de la culpabilidad y el deseo de resocialización que puede desprenderse de la actitud colaboracionista del acusado, constituyen bases suficientes para estimar la atenuante como muy cualificada”.

La SAP Zaragoza 85/2016 de 19 de abril (ROJ 578/2016), en un supuesto en el que el sujeto mata a su madre asfixiándola con unas bolsas de plástico, y que confiesa en el momento en el que es descubierto el cadáver, considera que concurre la cualificación porque “el beneficio reportado para la

¹⁰ Véanse también SAP Valladolid 239/2004 de 15 de julio (ROJ 1003/2004); SAP Salamanca 16/2006 de 23 de febrero (ROJ 118/2006); SAP Murcia 13/2006 de 14 de marzo (ROJ 2613/2006); SAP Barcelona 677/2009 de 21 de julio (ROJ 7059/2009); SAP Zaragoza 43/2010 de 11 de octubre (ROJ 3211/2010); SAP Madrid 294/2010 de 14 de septiembre (ROJ 20594/2010); SAP Madrid 179/2010 de 3 de mayo (ROJ 5919/2010).

¹¹ Véanse también SAP Murcia 30/2006 de 28 de septiembre (ROJ 2197/2006) (que admite la atenuante por vía analógica); SAN 6/2007 de 15 de octubre (ROJ 6198/2007); STS 853/2012 de 31 de octubre (ROJ 7159/2012); STS 638/2017 de 27 de septiembre (ROJ 3464/2017).

Administración de Justicia por el procesado al renunciar a su derecho de no declararse culpable ha sido absoluto”. En este caso la sentencia parece estar confundiendo la ratio de la atenuante de la confesión del delito con la ratio de los incentivos para que haya conformidad por parte del acusado, institución que el legislador sólo ha previsto en determinados supuestos.

La SAP Almería 142/2015 de 23 de marzo (ROJ 490/2015), por su parte, fundamenta la cualificación en “el arrepentimiento que manifestaba la acusada en su conducta, calificada por ella misma como un error en su vida”. Resulta llamativo este argumento, porque desde la entrada en vigor del actual Código penal la confesión del delito ya no forma parte de la atenuante de “arrepentimiento espontáneo”, motivación que, como se ha señalado al principio de este trabajo, es irrelevante para conceder o no la atenuación a quien confiesa.

Asimismo, se ha considerado que lo que permite apreciar la especial cualificación es la concurrencia con otra atenuante, como la de la reparación del daño¹², lo cual, además de técnicamente incorrecto, no sería necesario, pues la apreciación concurrente de las dos atenuantes como no calificadas permitiría el mismo efecto atenuatorio de poder reducir la pena en uno o dos grados –la regla del art. 66 sirve tanto para una atenuante calificada como para la suma de dos atenuantes básicas-, pero sin desbordar los límites legales de la interpretación de la atenuante 21.4^a.

Puede concluirse de este apartado la existencia de disparidad de criterios y de falta de rigor a la hora de apreciar cuándo una atenuante de confesión debe considerarse como básica o como calificada, lo que no sólo resta seguridad jurídica, sino efectos penológicos muy desiguales ante supuestos semejantes, todo ello por la ausencia de un criterio unificador.

IV. ¿Cuáles son los supuestos en los que puede aplicarse la atenuante analógica de confesión?

a) Sobre el alcance en general de la atenuante analógica

El art. 21.7^a establece la posibilidad de reducir la pena cuando concurra “cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”. Esto significa que, una vez el legislador ha establecido taxativamente las circunstancias atenuantes en los apartados 1 a 6 del art. 21, la finalidad de la atenuante analógica es la de ofrecer al aplicador de la ley un margen para poder atenuar la pena en aquellos supuestos que no encajan exactamente en la descripción legal de las atenuantes pero que guardan con ellas un mismo fundamento, una misma ratio¹³. A partir de aquí, el alcance

¹² STS 1948/2001 de 29 de octubre (ROJ 8380/2001); SAP Sevilla 83/2000 de 21 de julio (ROJ 3521/2000).

¹³ BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes*, p. 198, señala que se evita de este modo una rigidez excesiva en la determinación de la pena dentro del ámbito de la atenuación; en el mismo sentido, OTERO

que debe tener ese margen otorgado por el legislador al juez es debatido, pudiendo encontrarse varias líneas interpretativas.

Jurisprudencialmente se ha evolucionado desde una concepción más rígida o rigurosa de la estructura y fundamento de la atenuante analógica¹⁴ hasta una más flexible que, en sus diferentes variantes, es la imperante en la actualidad.

Dentro de la línea más rigurosa la jurisprudencia del TS sostuvo la exigencia de una semejanza morfológica o estructural con una de las atenuantes genéricas, de modo que si, en el supuesto de hecho concreto aparecían factores que en conjunto definían el presupuesto de aplicación de una atenuante –esto es, coincidían en forma y estructura-, pero faltaba algún requisito para que esta pudiese ser tomada en consideración, se podía aplicar una atenuante de análoga significación¹⁵. Las razones que fueron invocadas para abandonar esta línea interpretativa fueron, por un lado, que podía llevar a confundir atenuante analógica con atenuante incompleta¹⁶ y, por otro, que una aplicación rigurosa de la similitud en cuanto a la forma y la estructura de la atenuante de referencia podía llevar a que en realidad pudiera aplicarse esta y no fuera necesario acudir a la atenuante analógica -en otras palabras: si se exigía un parecido prácticamente idéntico con la concreta atenuante es que concurrían los requisitos para poder aplicarla directamente-; esto, además, hacía que quedara un ámbito de aplicación muy estrecho para aplicar la atenuante analógica.

Esta línea jurisprudencial es la que afirma la “existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal”, “pero cuidando también de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten los requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente”¹⁷, señalándose también que no puede ser aplicada la atenuante analógica “cuando falten los requisitos básicos de la atenuante-

GONZÁLEZ, *La circunstancia atenuante analógica en el Código penal*, Valencia, 2003, p. 32 habla de una mayor flexibilidad en la determinación de la pena. Bajo la regulación anterior a 1995 señalaba ORTS BERENGUER, *Atenuante de análoga significación: estudio del art. 9, 10º del Código penal*, Valencia, 1978, pp. 51 y 54, que el legislador buscaba eludir los riesgos de las penas inflexibles, tratando de lograr la máxima individualización en la imposición de la pena.

¹⁴ ORTS BERENGUER, *Atenuante de análoga significación*, pp. 67-69 habla de una línea uniforme del TS desde 1871, a la que califica de rígida y restrictiva, pues se exigía que la analogía, entendida como semejanza, había de quedar perfectamente demostrada y debía emparentarse forzosamente con una concreta atenuante de las legalmente especificadas, que debía ser mencionada explícitamente.

¹⁵ Véase ORTS BERENGUER, *Atenuante de análoga significación*, pp. 67 y ss., BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes*, pp. 202, y la jurisprudencia citada en las dos obras. Sobre la evolución del TS en relación con la atenuante analógica véase también MONTIEL, “La analogía en las circunstancias atenuantes”, *La Ley* 10536/2011, pp. 4-8.

¹⁶ Véase BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes*, pp. 202-203.

¹⁷ STS 104/2011 de 1 de marzo (ROJ 1316/2011); STS 418/2015 de 29 de junio (ROJ 3229/2015); ATS 1555/2016 de 10 de noviembre (ROJ 10545/2016); STS 720/2017 de 6 de noviembre (ROJ 4310/2017); STS 345/2019 de 4 de julio (ROJ 2393/2019); SAP Huelva de 11 de junio (ROJ 564/2001); SAP Madrid 309/2005 de 3 de junio (ROJ 6599/2005); SAP Madrid 294/2010 de 14 de septiembre (ROJ 20594/2010). Véase también SÁNCHEZ MELGAR, *La ley digital*, 5243/2012, p. 3.

tipo, porque en tal caso se establecería un criterio contrario al mandato legal” pero “tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo”¹⁸.

Es decir, la jurisprudencia ha pasado a flexibilizar su comprensión de la atenuante analógica al entender que, más allá de una comparación morfológica o estructural, la clave residiría en la existencia de una similitud entre la situación del caso concreto y el fundamento de las atenuantes del art. 21.

Pero a partir de aquí coexisten en la jurisprudencia dos líneas distintas: una entiende que la semejanza ha de plantearse *con el fundamento de una de las concretas atenuantes*¹⁹ -que en mi opinión es la interpretación correcta- y otra considera que la semejanza ha de establecerse *con el fundamento genérico de todas ellas*²⁰.

Así, en la jurisprudencia la primera línea considera que “la aplicación de una atenuante por analogía debe inferirse del fundamento de la atenuante que se utilice como referencia”²¹, mientras que la segunda línea afirma que “la Jurisprudencia más moderna entiende que la analogía requerida en el artículo 21.6 CP no es preciso que se refiera específicamente a alguna de las otras circunstancias descritas en el mismo (como se venía exigiendo

¹⁸ STS 132/2019 de 12 de marzo (ROJ 1511/2019); STS 578/2019 de 26 de noviembre (ROJ 3787/2019); STS 345/2019 de 4 de julio (ROJ 2393/2019); STS 732/2018 de 1 de febrero (ROJ 346/2019).

¹⁹ En la doctrina esta postura es defendida por BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes*, pp. 205-206; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, Madrid, 2007, pp. 298-299 y 309; MÁRQUEZ DE PRADO, “La atenuante por analogía: una situación incierta”, *Poder Judicial*, nº 33, 1994, p. 109. Una posición intermedia sostiene OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia atenuante analógica*, pp. 48-51 y 94 (también en OTERO GONZÁLEZ/CASTRO MORENO; “La atenuante analógica tras las reformas del Código penal por la LO 11/2003 y LO 15/2003”, *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 27, 2006, p. 29), pues afirma que de las atenuantes “una, en concreto, ha de constituir el referente de la atenuante analógica, aunque esa comparación debe hacerse sobre el mismo fundamento que, repito debe –porque es único- ser inducido de todas ellas”; MONTIEL, *La Ley 10536/2011*, p. 8; SANTANA VEGA, “La atenuante analógica de cuasi-prescripción. Especial referencia a los delitos de corrupción”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIX (2019), p. 126.

²⁰ En la doctrina esta idea ha sido sostenida por ORTS BERENGUER, *Atenuante de análoga significación*, p. 77; DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Atenuantes por analogía. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Requisitos y casuística*, Valencia, 1995, p. 28; FARALDO CABANA, *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1997, p. 238; ALCÁZER GUIRAO, *Memento Penal 2019*, marginal 4225; PUENTE RODRÍGUEZ, “La atenuante analógica de cuasi-prescripción”, *La Ley 2091/2016*, p. 3, quien se muestra partidario de una concepción amplia de la atenuante analógica. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., p. 645 opta por una vía intermedia, conforme a la cual debe existir analogía respecto al efecto de modificación de injusto, imputación personal o conveniencia de pena, pero también respecto a la específica razón que constituye el fundamento particular de cada atenuante (véase también MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, en *Comentarios al Código penal*, p. 130).

²¹ STS 1047/1999 de 27 de julio (ROJ 5457); STS 1050/1999 de 19 de octubre (ROJ 6468/1999); STS 1258/1999 de 17 de septiembre (ROJ 5580); STS 1047/2001 de 30 de mayo (ROJ 4525/2001); STS 1620/2003 de 27 de noviembre (ROJ 7539/2003); STS 1057/2006 de 3 de noviembre (ROJ 6901/2006); STS 1168/2006 de 20 de noviembre (ROJ 7450/2006); STS 544/2007 de 21 de junio (ROJ 4461/2007); STS 1026/2007 de 10 de diciembre (ROJ 8327/2007); STS 397/2008 de 1 de julio (ROJ 3347/2008); STS 509/2008 de 21 de julio (ROJ 4008/2008); STS 405/2010 de 29 de abril (ROJ 2170); STS 104/2011 de 1 de marzo (ROJ 1316/2011); STS 240/2012 de 26 de marzo (ROJ 2206/2012); STS 513/2014 de 24 de junio (ROJ 2906/2014); STS 418/2015 de 29 de junio (ROJ 3229/2015); STS 345/2019 de 4 de julio (ROJ 2393/2019).

tradicionalmente), sino que es suficiente para su apreciación que la misma se refiera a la idea básica que inspira el sistema de circunstancias atenuantes, es decir, la menor entidad del injusto, el menor reproche de culpabilidad o la mayor utilidad a los fines de cooperar con la justicia desde una perspectiva de política criminal”²².

Esta segunda visión más amplia de lo que puede incluirse en la atenuante analógica es la que permitió que, antes de 2010, pudiera incluirse dentro de la atenuante analógica una situación como la de las dilaciones indebidas. Así, cabe destacar como punto de inflexión la STS de 14 de diciembre de 1991 (ROJ 7023/1991) según la cual se ha de:

“tomar cuenta en la determinación de la pena el peso que la dilación indebida ha tenido sobre la persona del acusado, reconociendo de esta manera una atenuación de la pena legalmente establecida. El fundamento de esta compensación, como es claro, 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 art. 9,10.º CP, dado que las circunstancias atenuantes previstas en dicho art. 9 CP responden, básicamente, a la reducción de la culpabilidad, toda circunstancia derivada del proceso y que tenga sobre los derechos del acusado efectos de carácter afflictivo, importa una anticipada retribución que, paralelamente, se debe reflejar en la pena que se imponga.”²³

Se asentaba así una línea jurisprudencial que introducía la atenuante analógica de dilaciones indebidas²⁴, hasta su incorporación como atenuante propia en 2010, basándose en que:

²² STS 426/2005 de 6 de abril (ROJ 2069/2005); STS 524/2008 de 23 de julio (ROJ 4458); STS 837/2010 de 29 de septiembre (ROJ 5127/2010); STS 667/2019 de 14 de enero de 2020 (ROJ 64/2020).

²³ El TS, no obstante, ha oscilado en su posición al respecto (véase ampliamente sobre este tema MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, pp. 155 y ss. y JAÉN VALLEJO, “Consecuencias jurídicas de las dilaciones indebidas en el proceso penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 412, 1999, pp. 1-6): así, se mostró reacio a admitir las dilaciones indebidas dentro de la atenuante de análoga significación en los acuerdos del TS de 2 de octubre de 1992 y de 29 de abril de 1999 en los que se planteó, respectivamente, que ante la denuncia de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas estas fundamentaban la posibilidad de solicitar el indulto y la indemnización correspondiente por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, y que no cabía imponer una atenuante analógica por falta de base legal para ello), Sin embargo, en el Acuerdo del TS de 21 de mayo de 1999 se decidió que “La solución jurisdiccional a la lesión producida por la existencia de un proceso con dilaciones indebidas, es la de compensarla con la penalidad procedente al delito a través de la circunstancia de análoga significación del art. 21.6 del CP”.

²⁴ Críticos con la atenuante analógica de dilaciones indebidas: BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes*, p. 207; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, pp. 66 y 200-201, donde afirma que es “una construcción “extra legem”, contraria al art. 21.6, que exige análoga significación, o mejor dicho, “contra legem” y prohibida por el art. 4 CP.”; OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia*

“las lesiones de derechos fundamentales que son consecuencia de un desarrollo irregular del proceso deben ser abonadas en la pena pues tienen también un efecto compensador de la parte de culpabilidad por el hecho extinguida por dicha pérdida de derechos, es decir, una situación que es análoga a la de las circunstancias posteriores a la consumación del delito que prevén los núms. 4 y 5 del art. 21 CP”²⁵

Tal analogía es compleja de entender, pues la culpabilidad por el hecho queda fijada precisamente con su realización, y no puede verse afectada retroactivamente tras la consumación del delito por acontecimientos posteriores, ni siquiera la confesión del delito o la reparación del daño²⁶.

Pero la flexibilización interpretativa de la atenuante analógica aún tenía más recorrido, superando con creces los límites legalmente establecidos en el artículo 21.7^a: partiendo de la idea de que la semejanza se tiene que dar con el fundamento genérico de las atenuantes, la jurisprudencia del TS ha llegado a considerar que la semejanza no se acaba en el artículo 21, sino que puede darse también con atenuantes específicas de la Parte Especial, con eximentes que no cumplan los requisitos para ser eximentes incompletas²⁷, con circunstancias conectadas con algún elemento esencial de un concreto tipo penal o, globalmente, con la idea genérica de atenuación de la pena²⁸. Esta línea comienza con la STS 1180/2001 de 2 julio (ROJ 5699/2001), cuyo texto se consigna a continuación, y que se ha invocado en no pocas sentencias posteriores hasta la actualidad²⁹.

atenuante analógica, pp. 125 y ss.; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, “Dilaciones indebidas en el proceso penal y atenuante analógica del art. 21.6^a del Cuerpo Punitivo”, *Revista Poder Judicial* n° 86, 2007, pp. 80-81; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, “La nueva atenuante por dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento”, *La Ley Penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2011, n° 80, p. 53. Se muestran a favor PÉREZ-CRUZ MARTÍN/RODRÍGUEZ GARCÍA, “Regulación del derecho a un proceso penal sin dilaciones indebidas: de la *atenuante analógica* a la *atenuante específica* del Código penal”, *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 15, 2011, p. 570.

²⁵ STS 742/2003 de 22 de mayo (ROJ 3471/2003). Hablan de compensación de la culpabilidad en estos casos, entre otras, las STS 934/1999 de 8 de junio (ROJ 4032/1999); STS 858/2004 de 1 de julio (ROJ 4682/2004); STS 115/2005 de 31 de enero (ROJ 469/2005); STS 569/2008 de 19 de septiembre (ROJ 5463) e incluso “compensación destructiva” de la culpabilidad las STS 934/1999 de 8 de junio (ROJ 4032/1999) y STS 283/2003 de 24 de febrero (ROJ 1238/2003), que entienden que las atenuantes postdelictivas compensan la culpabilidad de forma constructiva, mientras que en el caso de las dilaciones indebidas se trataría de una compensación destructiva, partiendo de que “toda privación de derechos sufrida legítimamente durante el proceso constituye un adelanto de la pena que no puede operar contra el acusado”.

²⁶ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, p. 185 señala la imposibilidad de vinculación con las atenuantes 21.4^a y 5^a porque se trata de actuaciones posteriores positivas y valiosas del autor del delito, vinculadas con el hecho delictivo y que “son suyas”, a diferencia de lo que sucede con las dilaciones indebidas, que ni tienen que ver con el autor ni con el ilícito cometido. Véase también SANTANA VEGA, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIX (2019), pp. 154-155.

²⁷ En contra de que la atenuante analógica pueda extenderse a las circunstancias eximentes, invocando el art. 4.3 CP OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia atenuante analógica*, p. 55.

²⁸ En contra OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia atenuante analógica*, p. 55, quien invoca el art. 4.3 CP; SANTANA VEGA, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIX (2019), pp. 130-131.

²⁹ Entre otras, STS 865/2005 de 24 de junio (ROJ 4181); STS 1137/2005 de 6 de octubre (ROJ 5939/2005);

«Esta Sala considera que pueden ser apreciadas circunstancias atenuantes por analogía: a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código Penal; b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código Penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; e) por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código Penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas».

Como puede apreciarse, se desbordan completamente los límites establecidos en el art. 21.7ª -que habla de “cualquier otra circunstancia de análoga significación *que las anteriores*”- al incluir circunstancias *posteriores* que nada tienen que ver con el contenido y fundamento de las atenuantes del art. 21 que, ha de insistirse, son las únicas a las que se hace referencia en el punto 7.

Una de las consecuencias de esta enorme ampliación de lo que puede considerarse amparado en la circunstancia 21.7ª es la llamada atenuante analógica de cuasi-prescripción³⁰, conforme a la cual si un delito no ha prescrito pero ha transcurrido mucho

STS 164/2006 de 22 de febrero (ROJ 802/2006); STS 1057/2006 de 3 de noviembre (ROJ 6901/2006); STS 1168/2006 de 20 de noviembre (ROJ 7450/2006); STS 145/2007 de 28 de febrero (ROJ 1462/2007); STS 544/2007 de 21 de junio (ROJ 4461/2007); STS 1026/2007 de 10 de diciembre (ROJ 8327/2007); STS 25/2008 de 29 de enero (ROJ 669/2008); STS 397/2008 de 1 de julio (ROJ 3347/2008); STS 359/2008 de 19 de junio (ROJ 2961/2008); STS 575/2008 de 7 de octubre (ROJ 5041/2008); STS 1191/2009 de 26 de noviembre (ROJ 7779/2009); STS 1290/2009 de 23 de diciembre (ROJ 8484/2009); STS 6/2010 de 27 de enero (ROJ 542/2010); STS 741/2010 de 26 de julio (ROJ 4211/2010); STS 104/2011 de 1 de marzo (ROJ 1316/2011); STS 240/2012 de 26 de marzo (ROJ 2206/2012); STS 922/2012 de 4 de diciembre (ROJ 7840/2010); STS 228/2013 de 22 de marzo (ROJ 1919/2013); STS 199/2014 de 4 de febrero (ROJ 1007/2014); STS 513/2014 de 24 de junio (ROJ 2906/2014); STS 505/2016 de 9 de septiembre (ROJ 2774/2016); STS 165/2017 de 14 de febrero (ROJ 1037/2017); STS 111/2019 de 5 de marzo (ROJ 718/2019); STS 345/2019 de 4 de julio (ROJ 2393/2019); ATS 1138/2019 de 31 de octubre (ROJ 13817/2019); STS 667/2019 de 14 de enero de 2020 (ROJ 64/2020). Expresamente en contra de que se desborde el contenido del art. 21 MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, p. 229, al afirmar que la atenuante analógica no puede incluir nada que no esté dentro del art. 21 CP; MONTIEL, *La Ley 10536/2011*, pp. 8-9, quien considera esta interpretación *arbitraria*.

³⁰ Sobre esta cuestión véase PUENTE RODRÍGUEZ, *La Ley 2091/2016*, crítico con esta figura; RAGUÉS I VALLÈS, “La atenuante analógica de cuasiprescripción”, *InDret*, 3/2017, p. 21, quien considera acertada esta atenuante en el supuesto de los delitos que tienen previstos los plazos de prescripción más prolongados y de los delitos imprescriptibles; también crítica SANTANA VEGA, “La atenuante analógica de cuasi-prescripción.

tiempo desde su comisión y está próximo a prescribir, cabría acudir a la atenuante analógica basándose en la:

“necesidad de prevenir la inactividad de las autoridades, evitando así la desidia institucional, que provoca serios perjuicios a la víctima —en este caso, limitada en su capacidad de determinación—, pero que también menoscaba el derecho del imputado a que el cumplimiento de la pena no desborde, por extemporáneo, los fines que le son propios”³¹ o en que si “el fundamento de la prescripción del delito es el olvido social del mismo” (...) el tiempo transcurrido desde su comisión sin investigación, atenúa la culpabilidad por ese casi olvido social del delito”³².

Por tanto, si el juez penal puede incluir dentro de la atenuante analógica no sólo lo que pueda parecerse en su ratio o fundamento a una atenuante del art. 21, o al de todas ellas, sino también lo que se parezca a la ratio de otras atenuantes del Código penal – o incluso eximentes-, o a circunstancias vinculadas con tipos penales de la parte especial o, de forma más amplia, a una situación que pueda constituir en su opinión un menor injusto, una menor culpabilidad o una menor necesidad de pena por razones político-criminales, la pregunta que cabe hacerse es ¿tiene algún límite el juez penal para atenuar lo que a su juicio, acertado o no, deba tener menos pena usando para ello la atenuante analógica?³³ A tenor de la evolución de flexibilidad interpretativa que ha experimentado, y que podría seguir experimentando la atenuante del art. 21.7^a, parecería que la respuesta a esa pregunta debe ser negativa³⁴.

En ocasiones se ha justificado este mayor margen de discrecionalidad del juez a la hora de aplicar la atenuante analógica por el hecho de que juega a favor del reo, permitiendo al juez que pueda disminuir el rigor punitivo de nuestro Código penal,

Especial referencia a los delitos de corrupción”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIX (2019), pp. 144 y ss., quien habla de que a través de esta atenuante se estaría suplantando al legislador (*Ibidem*, p. 165).

³¹ STS 883/2009 de 10 de septiembre (ROJ 5709/2009).

³² STS 77/2006 de 1 de febrero (ROJ 504/2006). Se muestra crítica con esta “atenuante innovada en la doctrina jurisprudencial” al entender que esa “doctrina pueda ser discutida, por su difícil anclaje en la norma penal vigente” la STS 416/2016 de 17 de mayo (ROJ 2032/2016). También se distancia la STS 290/2014 de 21 de marzo (ROJ 1350/2014): admite por un lado que “podría explorarse algún campo para una atenuante analógica o para una petición de indulto cuando ese largo tiempo entre los hechos y la condena convierta en perturbadora la prisión por tratarse de un sujeto ya rehabilitado”, pero también señala que una “una data de los hechos muy remota pueda ser ponderada a la hora de graduar la pena (art. 66 CP), aunque nunca por la vía de la atenuante por cuanto en ese caso no concurre su fundamento.”

³³ Como señala PUENTE RODRÍGUEZ, *La Ley 2091/2016*, p. 15, haciendo reducción al absurdo, ¿por qué no una atenuante analógica de “cuasi-fallecimiento” o de “cuasi-cumplimiento” de la condena?

³⁴ Con todo, cabe invocar alguna excepción a esta interpretación excesivamente amplia y flexible de la atenuante analógica: así, la STS 667/2019 de 14 de enero de 2020 (ROJ 64/2020) (Ponente Ana Ferrer) niega que esté amparado en la atenuante 21.7^a el consentimiento de la víctima en un delito de quebrantamiento de condena por incumplimiento la pena de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima, argumentando que no se “prevé el consentimiento de la víctima entre las causas de justificación generales, por lo que ningún parangón analógico puede establecerse con las demás circunstancias incluidas en los artículos 20 y 21.”

que ciertamente es severo, cuando el juez lo considera excesivo. Pero esta creación judicial de atenuantes³⁵ chocaría con el art. 4 de CP, que es claro al afirmar que:

“Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas” y que el juez o tribunal “acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.”

Esto es: si el juez o tribunal entiende que la aplicación rigurosa de la ley conduce a una pena que le resulta notablemente excesiva podrá solicitar el indulto y acudir al Gobierno para proponer que el precepto que conduce a ese resultado que le parece penalmente demasiado severo sea derogado o modificado³⁶. De otro modo, se corre el riesgo, en mi opinión, no sólo de llegar a interpretaciones insatisfactorias³⁷, sino también de reducir enormemente -por ejemplo, por la vía de una atenuante analógica muy cualificada- una sanción penal, sin tener en cuenta las razones que el legislador tenía para prever su imposición.

³⁵ Véase BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes*, p. 205 cuando afirma “Ha sido el legislador, y no el juez, ni tampoco el intérprete, quien ha elegido, por razones muy legítimas, establecer un sistema de medición de la pena taxativamente determinado (...) Si le dotamos a la atenuante analógica de una comprensión tan amplia, estaríamos introduciendo un componente incongruente dentro de la lógica y de la ideología que inspira este sistema, que no es otro que marcar unos límites precisos al arbitrio judicial”. Afirma también que “la interpretación que autoriza la ley es la analógica y no la creadora”, DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Atenuantes por analogía*, p. 28. A favor de aceptar la creación judicial de causas de atenuación de la pena a partir de la analogía se muestra MONTIEL, *La Ley 10536/2011*, pp. 2-4, quien considera que si el juez atenúa la pena, incluso en los casos no regulados por la ley, no se obstaculizarían las pretensiones preventivas del Derecho penal.

³⁶ Como señala expresamente BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes*, p. 205, “Si por estricta aplicación de la ley, una conducta está más severamente penada de lo que merece la gravedad del hecho o la culpabilidad del autor, la vía no es la atenuante analógica (salvo que goce de la identidad de significado a otra circunstancia atenuante típica), sino la solicitud del indulto correspondiente, total o parcial, del Gobierno”.

³⁷ Imaginemos, por ejemplo, el siguiente supuesto: conforme al art. 426 CP, quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de la autoridad o funcionario si denuncia antes de que se abra el procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos. Si el sujeto denuncia cuando ya van por él o incluso pasados los dos meses de plazo ¿qué impediría, con la flexibilidad interpretativa actual, que se le impusiera una atenuante analógica? Lo mismo cabría decir respecto del delito fiscal: ¿qué impediría aplicar también aquí la atenuante analógica si quien ha cometido un delito fiscal paga la deuda tributaria mucho tiempo después de los dos meses transcurridos desde la citación judicial que el art. 305.6 establece como plazo para acceder a la atenuación en uno o dos grados de la pena correspondiente al delito fiscal cometido. Es más, dado que el TS ha invocado que la atenuante analógica puede referirse tanto a las atenuantes genéricas como a las específicas, ¿podría acabar siendo la jurisprudencia aún más imaginativa y considerar que puede aplicarse esa atenuación de uno o dos grados en vez de la muy inferior atenuación (la mitad inferior de la pena si sólo concurre una atenuante) que se conseguiría aplicando el art. 66? Si a esto se responde negativamente, aún sería posible conseguir efectos muy parecidos si un tribunal entendiera que ese pago muy tardío de la deuda tributaria pudiera considerarse una atenuante analógica muy cualificada. Como se trata de mostrar en este trabajo, hay disparidad de criterios jurisprudenciales a la hora de entender cuándo se puede aplicar una atenuante cualificada, con lo que nada sería imposible.

La interpretación de la que se parte en este trabajo, como ya se ha apuntado más arriba, es que la atenuante analógica no sólo ha de limitarse al contenido del art. 21 sino que ha de aplicarse a situaciones que guardan, respecto de una concreta atenuante, la misma *ratio* o fundamento. Y esa analogía, además, ha de justificarse. Así, en mi opinión, no cabe invocar sin más y de forma genérica que existe un “menor injusto” o una “menor culpabilidad” para aplicar la atenuante del art. 21.7ª, sino que hay que justificar que los hechos a los que se está aplicando suponen un menor injusto o una menor culpabilidad equivalentes a los que fundamentan la concreta atenuante con la que se está estableciendo la comparación.

La analogía con el “menor injusto” debe limitarse a la analogía con las aminoraciones de injusto *previstas* como atenuaciones (es decir: atenuantes analógicas de causas de justificación incompletas). EL art. 21.7 no otorga al Juez la posibilidad de decidir si en algún caso concreto una conducta de las tipificadas por el legislador tiene una “carga de injusto” menor por motivos distintos de los previstos en las concretas atenuantes (o por motivos análogos a los de esas concretas previsiones legales). Lo contrario sería permitir al juez revisar la valoración que el legislador hace de las conductas tipificadas.

Por las mismas razones, la analogía con la “menor culpabilidad” no puede extenderse a supuestos de menor culpabilidad *no previstos* en las atenuantes o eximentes incompletas. En este sentido, apelar por ejemplo a una analogía con un “menor conocimiento potencial de la antijuridicidad” no respetaría el tenor literal del art. 21.7ª (ya que no se trata de una circunstancia de análoga significación a *ninguna* de las expresamente previstas).

Un ejemplo claro se da en el caso de las dilaciones indebidas. Es difícilmente admisible que hubiese analogía con una circunstancia de las previstas en el artículo 21 cuando la jurisprudencia dice que el padecimiento sufrido por el procesado ha sido análogo a una “compensación de la culpabilidad” (es decir: a la compensación de la culpabilidad *mediante pena estatal*). Así, la analogía se establece entre ese padecimiento y la pena estatal, no con ninguna atenuante.

La exasperación de esta violación del tenor literal del art. 21.7ª llega cuando se permite la analogía no ya con las atenuantes “anteriores”, como dice el precepto, sino con las “posteriores” (el parentesco o, en el extremo, las expresamente previstas en la parte especial y que no pueden encajar en el art. 21) o incluso con causas de *extinción de la responsabilidad criminal* que no guardan relación alguna con la *ratio* de ninguna atenuante.

Del mismo modo, tampoco puede invocarse que concurren genéricamente “razones político-criminales” para reducir la pena por la vía de la atenuante analógica, ya que, en última instancia, el si y el cómo de lo que contiene el Código penal se explica por razones político-criminales. Por eso es necesario fundamentar qué concreta razón político-criminal se da en los hechos que se invocan como análogos.

Por ejemplo, si la ratio del art. 21.5^a es la pretensión político-criminal de promover e incentivar la pronta reparación a la víctima, podría apreciarse la atenuante analógica en una reparación tardía pero relevante a la víctima, porque estaríamos partiendo de la misma ratio. Del mismo modo, si el fundamento del art. 21.4^a es la consecución del objetivo político-criminal de incentivar o promover la colaboración con la justicia en el esclarecimiento de los hechos por parte de quien los ha cometido, podría apreciarse, como se verá en el siguiente epígrafe, una atenuante de análoga significación a la de aquella atenuante si, por ejemplo, la confesión del delito es extemporánea pero implica una aportación extraordinaria de colaboración con la justicia. En definitiva, no valdría la invocación de una razón político-criminal que no esté contemplada por el legislador a la hora de establecer las demás atenuantes del art. 21 CP.

b) *El alcance de la atenuante analógica de confesión del delito*

Tal y como se ha tratado de mostrar en el apartado anterior, podría apreciarse una atenuante analógica de la circunstancia 21.4^a si, faltando alguno de sus requisitos³⁸, cabe apreciar identidad de fundamento con la atenuación por confesión. Así, no podría darse si falta el requisito de veracidad, pues en tal caso desaparece toda semejanza con la atenuante de referencia. Respecto del segundo de los requisitos, si la confesión no se hace ante instancias policiales o judiciales, como es lo habitual, pero tiene lugar ante alguien que reviste en otro sentido carácter de autoridad, estaríamos igualmente ante una atenuante básica de confesión -no sería necesario acudir a la atenuante analógica-: esto sucedería si un delito fiscal se confiesa ante funcionarios de la Agencia Tributaria³⁹.

No obstante, se ha apreciado atenuante analógica, y no básica, en la STS 307/2008 de 5 de junio (ROJ 2964/2008), ante una confesión realizada ante médicos por entender que “son médicos legalmente obligados por el artículo 262 LECr a comunicar la comisión del mismo a las autoridades (...) dado que los médicos de un hospital público son funcionarios obligados a denunciar y en este sentido son representantes de las autoridades de persecución del delito”. El reconocimiento que hace la sentencia de la capacidad de los médicos del sistema público como representantes de las autoridades para perseguir el delito no casa con el hecho de que se haya optado por la atenuante analógica y no la básica.

También se apreció atenuante analógica de confesión en la SAP Santa Cruz de Tenerife 214/2014 de 2 de junio (ROJ 658/2014) por el hecho de

³⁸ Pues, como señala la SAP Albacete 22/2007 de 17 de octubre (ROJ 972/2007), no es procedente ni necesaria la calificación como atenuante analógica cuando concurren los requisitos necesarios indicados para la aplicación de la atenuante como propia.

³⁹ Como sucede en la SAP Málaga 541/2011 de 4 de octubre (ROJ 1889/2011). Véase también SOLAZ SOLAZ, *La Ley Penal. Revista de Derecho penal y penitenciario*, nº 14, 2015, p. 84.

llamar el acusado al 112 diciendo que había acuchillado a su esposa, pidiendo una ambulancia y esperando hasta que llegó la policía, a la que se entregó.

Más dudosos son los supuestos en los que la confesión tiene lugar ante la víctima o ante terceros. Si es ante la víctima, tiene que quedar claro que se inicia a partir de ésta, y debido a la confesión, el proceso penal⁴⁰.

En el caso de que la confesión sea ante terceras personas podemos imaginar, por ejemplo, que una persona le confiesa a un amigo que ha cometido un delito y este informa a la policía, quien pone en marcha el procedimiento. En un caso como este, en mi opinión, no cabría la apreciación de la atenuante de colaboración con la justicia salvo que el autor encargara a ese amigo, ante la imposibilidad de hacerlo él mismo, que acudiera a las autoridades⁴¹. Pero se trataría de una atenuante básica de confesión, sin que fuera necesario acudir a la atenuante analógica.

Cabe destacar en este punto la STS 1357/2009 de 30 de diciembre (ROJ 8455/2009), que apreció atenuante analógica cuando el acusado reconoció los hechos y su participación en ellos ante un periodista que durante una entrevista le preguntó por ellos, lo que hizo que la Guardia Civil iniciara una investigación. La sentencia aprecia la atenuante incluso como muy cualificada, porque las declaraciones ante el medio de comunicación “no es que sean relevantes a la depuración de la conducta, sino que son esenciales en su indagación e investigación”. Ello debería conducir a una atenuante simple, no cualificada, pues no se aprecia ninguna especial intensidad.

¿Y si el elemento que falta es el cronológico? En este caso habría que diferenciar tres supuestos:

- Si la confesión tiene lugar cuando el procedimiento penal está abierto pero aún no se conoce la identidad del autor.
- si la confesión tiene lugar no sólo cuando se ha iniciado el procedimiento sino que este se dirige contra el infractor, pero este no lo sabe cuando confiesa.
- Si la confesión se produce cuando el procedimiento está ya iniciado contra el infractor y él lo sabe.

En el primer supuesto, cuando el procedimiento penal está abierto pero aún no se conoce la identidad del autor y es la confesión la que aporta precisamente esa información, cabría apreciar una atenuante básica de confesión, esto es, no hace falta acudir a la analógica: como se señaló más arriba, en el artículo 21.4^a se exige que la confesión tenga lugar “antes de conocer que el procedimiento se dirige contra él” lo

⁴⁰ Un supuesto de confesión a la víctima que la jurisprudencia ha valorado como atenuante analógica los encontramos, por ejemplo, en la STS 78/2017 de 9 de febrero (ROJ 440/2017), en la que la confesión fue realizada ante los responsables de la empresa en la que trabajaba el autor y contra quien había cometido delitos de apropiación indebida.

⁴¹ Como señala SOLAZ SOLAZ, *La Ley Penal. Revista de Derecho penal y penitenciario*, nº 14, 2015, p. 84.

que incluye tanto el supuesto de que el procedimiento aún no se haya iniciado en absoluto o que, una vez iniciado éste, aún no haya sospechosos y es la confesión la que aporta el dato de la identidad del autor.

En el segundo supuesto podría apreciarse también una atenuante básica de confesión pues, aun cuando las autoridades tuvieran conocimiento del delito y se hubiera iniciado el procedimiento contra el infractor, éste no lo sabía en el momento de confesar, y el legislador penal admite esa posibilidad al exigir en el tenor literal de esta atenuante que el sujeto confiese “antes de conocer” que el procedimiento estaba abierto contra él. En este supuesto, aunque materialmente no se ha cumplido el objetivo de ahorrar esfuerzos de investigación y facilitar la instrucción de la causa criminal, pues las autoridades ya la habían iniciado, se mantiene la idea de incentivar al infractor a colaborar con la justicia admitiendo la atenuación cuando aquel intenta cumplir con ese objetivo desconociendo que estaban ya sobre su pista.

Sin embargo, en el tercer caso no se cumplen los requisitos del art. 21.4^a, pues quien confiesa no lo hace “antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él”, sino después de conocerlo, con lo que la confesión no aporta nada que las autoridades no supieran ya en relación con la existencia del delito y la identidad del sospechoso. Por eso, en estos casos la única y excepcional posibilidad de apreciar la atenuante analógica de confesión⁴² supondría que, junto al reconocimiento de los hechos, exista, como ha reconocido una buena parte de la jurisprudencia, una aportación extraordinaria de colaboración con la justicia⁴³; por ejemplo, aportar pruebas decisivas o incluso la implicación de otras personas.

⁴² Destaca en este punto el argumento sostenido por una parte de la jurisprudencia del TS que señala la necesidad de acudir en estos casos a la atenuante analógica porque la actitud de colaboración con la justicia que implica confesar el delito antes de que el autor sepa que el procedimiento se dirige contra él “no es fácil que se produzca en la práctica (...) De ahí que por razones de política criminal, deba rellenarse el espacio existente entre tal postura y actitud, repetimos que excepcional en términos estadísticos, y la confesión de los hechos cuando la Policía judicial detiene al sospechoso, aun con un principio de prueba en su contra, resultando entonces muy útil a la investigación la clarificación de los hechos, lo que contribuirá a su completo esclarecimiento. (...) De ahí, que nuestra jurisprudencia haya integrado tal puesta en conocimiento del órgano instructor de datos que supongan cualquier género de colaboración, incluida naturalmente la propia confesión del imputado, con la construcción de la correspondiente atenuante analógica, actividad que supone también la admisión de los hechos por quien declara, aunque ya existan elementos indiciarios de sospecha que recaigan sobre aquél.” (STS 215/2105 de 17 de abril (ROJ 1889/2015); ATS 1079/2016 de 16 de junio (ROJ 6503/2016); ATS 1182/2016 de 30 de junio (ROJ 7739/2016); ATS 1654/2016 de 17 de noviembre (ROJ 11081/2016); ATS 38/2018 de 14 de diciembre (ROJ 12646/2017); STS 224/2017 de 30 de marzo (ROJ 1215/2017); ATS 535/2018 de 22 de marzo (ROJ 4816/2018); ATS 1475/2018 de 29 de noviembre (ROJ 13861/2018); ATS 255/2019 de 21 de febrero (ROJ 2780/2019); ATS 162/2019 de 24 de enero (ROJ 1571/2019). En las Audiencias Provinciales SAP Valencia 236/2013 de 24 de abril (ROJ 1513/2013); SAP Palma de Mallorca 108/2014 de 28 de octubre (ROJ 2299/2014); SAP Guadalajara 18/2016 de 23 de junio (ROJ 206/2016); SAP Barcelona 78/2018 de 5 de septiembre (ROJ 11166/2018). Véase también SÁNCHEZ MELGAR, *La ley digital*, 5243/2012, p. 3.

⁴³ Además de las sentencias recogidas en la nota a pie anterior: ATS 1045/2001 de 23 de mayo (ROJ 9412/2001); SAP Huelva de 11 de junio (ROJ 564/2001); STS 527/2008 de 31 de julio (ROJ 4343/2008); SAN 54/2010 de 2 de noviembre (ROJ 5532/2010); SAP Huesca 85/2006 de 19 de abril (ROJ 179/2006); STS

Es lo que sucede en la STS 199/2010 de 10 de marzo (ROJ 2119/2010) en la que “el detenido desempeñó un papel activo –incluido un intercambio de ropas con un agente de policía- con el fin de lograr la detención de otros implicados”.

En la SAP Asturias 90/2006 de 24 de abril (ROJ 1304/2006) la confesión se produjo cuando se recibió declaración al acusado en calidad de imputado y, según la audiencia, al confesar los hechos precisó “detalles y extremos que incluso le eran muy perjudiciales” y que tuvieron “un relevante interés en el esclarecimiento del delito”.

En la STS 1365/2005 de 22 de noviembre (ROJ 7170/2005) se rechaza precisamente la concurrencia de atenuante analógica porque la policía ya conocía la identidad del culpable y éste no presta ninguna colaboración especial con la justicia.

No obstante lo anterior, estos mismos supuestos han sido considerados por otra parte de la jurisprudencia como atenuantes analógicas de confesión, pero en grado muy cualificado⁴⁴, entendiéndose que la colaboración extraordinaria con la justicia es lo que permite no sólo acudir a la vía de la atenuante analógica, sino que además la cualifica. En otras ocasiones se ha apreciado la atenuante analógica sin que concurra siquiera esa cualificación⁴⁵.

V. Conclusiones

Como se señaló al principio del trabajo, la práctica jurisprudencial de las circunstancias modificativas se caracteriza por una excesiva elasticidad interpretativa, lo que se ha tratado de poner de relieve en relación con la atenuante de colaboración con la justicia del art. 21.4ªCP. Todo lo mostrado en este trabajo muestra, en mi opinión, una problemática disparidad de criterios en la aplicación de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad penal: y si no hay criterios unitarios y coherentes para apreciar cuándo concurre una atenuante de confesión en su modalidad básica, cualificada o analógica se acaban desdibujando los límites entre ellas, dando lugar a muy

495/2010 de 24 de abril (ROJ 2906/2010); STS 104/2011 de 1 de marzo (ROJ 1316/2011); STS 1374/2011 de 22 de diciembre (ROJ 9000/2011); STS 784/2017 de 30 de noviembre (ROJ 4684/2017); ATS 313/2018 de 15 de febrero (ROJ 2421/2018); STS 635/2018 de 12 de diciembre (ROJ 4221/2018); STS 454/2019 de 8 de octubre (ROJ 3008/2019); SAP Badajoz 50/2019 de 22 de abril (ROJ 643/2019). En la doctrina, BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes*, p. 210; SOLAZ SOLAZ, *La Ley Penal. Revista de Derecho penal y penitenciario*, nº 14, 2015, p. 85; ALCÁCER GUIRAO, *Memento Penal 2019*, marginal 4236; para SÁNCHEZ MELGAR, (*La ley digital*, 5243/2012, pp. 4-5), no es necesaria una aportación extraordinaria; basta con que la confesión tardía sea de algún modo útil.

⁴⁴ STS 1047/1999 de 27 de julio (ROJ 5457); SAP Madrid 363/2009 de 17 de septiembre (ROJ 9933/2009); SAP Las Palmas 78/2008 de 10 de junio (ROJ 1465/2008); SAP Barcelona 876/2007 de 8 de octubre (ROJ 10561/2007).

⁴⁵ SAP Murcia 30/2006 de 28 de septiembre (ROJ 2197/2006), en la que se admitió la atenuante analógica por mera ausencia del requisito cronológico, confesando el autor en el mismo juicio, sin que hubiera una aportación extraordinaria.

diferentes consecuencias penológicas. Si lo que debe ser, conforme a la redacción legal del art. 21.4ª, una atenuante básica se aprecia como analógica o cualificada, se acaba vaciando de contenido a aquella. Y si no hay claridad acerca de cuál debe ser el alcance de la atenuante de confesión en su modalidad cualificada o analógica, se pierde en seguridad jurídica, pudiendo derivarse penas muy diferentes ante situaciones semejantes.

Si el Código penal establece como requisito de la atenuación que el autor del delito confiese antes de conocer que el procedimiento se dirige contra él no cabe apreciar la atenuación básica ante una confesión tardía; sólo se podrá apreciar, en su caso, una atenuante analógica de confesión -lo que, como hemos visto, no sucede siempre-. Y si es este el camino elegido, tendrá que haber idéntica ratio entre esa confesión que no reúne los requisitos legales de la atenuante 21.4ª y el fundamento de ésta: esto es, la confesión tardía, una vez iniciado el procedimiento y conocida la identidad del sospechoso, de algún modo tiene que ahorrar esfuerzos de investigación y facilitar la instrucción de la causa criminal; por eso se exige que implique una aportación extraordinaria a la marcha del procedimiento. Pero también se ha visto que en la jurisprudencia en no pocas ocasiones estas confesiones pueden ser tratadas bien como atenuantes básicas, bien como analógicas e incluso como atenuantes analógicas muy cualificadas.

La necesidad de dejar claros los límites no es una cuestión caprichosa, pues la aplicación de la ley *tal y como la ha establecido el legislador*, constituye una garantía para el ciudadano, la establecida por el principio de legalidad. Y el legislador ha dejado claros los requisitos necesarios para que concurra la atenuante 21.4ª, los cuales están intrínsecamente relacionados con su fundamento. La razón por la cual se atenúa la pena en caso de confesión reside en el objetivo de facilitar o agilizar la puesta en marcha y funcionamiento de los mecanismos de persecución penal, o, cuando menos, en el de reducir su intensidad o duración. Y el requisito cronológico contenido en la atenuante 21.4ª confirma este fundamento, pues si el objetivo no fuera facilitar la puesta en marcha del procedimiento se podría admitir la atenuación en caso de que la confesión se produjera una vez abierto éste. De igual modo, sirve también al mismo fin el hecho de que, junto a la apertura, el precepto exija además que el autor del delito confiese *antes* de que conozca que el procedimiento está dirigido contra él; en la medida en la que el proceso estuviera ya dirigido contra el autor del delito, la colaboración por parte de éste resultaría ya inútil, pues la persecución penal ya habría comenzado en la dirección adecuada sin la cooperación del sujeto⁴⁶.

Del análisis de los fundamentos de algunas sentencias citadas en el trabajo parece deducirse la voluntad de algunos jueces y tribunales de poder alcanzar efectos atenuatorios mayores de los que otorga la actual regulación de la atenuante 21.4ª. Así lo entiende, por ejemplo, Sánchez Melgar, para quien deberían poder superarse

⁴⁶ POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa*, pp. 390-391.

en ocasiones las limitaciones que impone el elemento cronológico de esta circunstancia con el fin de poder apreciar la atenuación. En palabras de este autor “es conveniente que podamos interpretar la atenuante de confesión en términos que permitan una mayor operatividad, con objeto de que tenga un alcance jurídico más general, y además que produzca beneficios en cuanto a la política criminal y una bonificación para el imputado que esté dispuesto a reconocer los hechos y su participación en su primera declaración, ya se trate de una declaración policial o judicial”⁴⁷.

La cuestión es que, incluso si partiéramos de que el problema reside efectivamente en una insatisfactoria regulación de la atenuante de confesión del delito, la solución no ha de consistir en una interpretación que vaya más allá de lo marcado por el principio de legalidad. El camino debería ser el establecido en el art. 4 del Código penal, esto es, que los jueces y tribunales apliquen la atenuante tal y como la ha previsto el legislador, y que propongan, desde su experiencia, una reforma legislativa⁴⁸ en el sentido que les parezca más adecuado para que las modalidades básica, cualificada y analógica de la atenuante de confesión se puedan adecuar mejor a la realidad de los supuestos de colaboración con la justicia que llegan a su conocimiento.

Bibliografía

- ALCÁCER GUIRAO, “Atenuante analógica”, *Memento Penal*, Madrid, 2019, marginal 4236.
- ALONSO FERNÁNDEZ, *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño. Interpretación jurisprudencial y doctrinal de las circunstancias del artículo 21.4 y 21.5 del Código penal*, Barcelona, 1999.
- BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Valencia, 2002.
- CAMPO MORENO, “Arrepentimiento: alcance jurídico penal en el 'iter criminis' y en la responsabilidad criminal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, t. VII, pp. 283 y ss.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Atenuantes por analogía. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Requisitos y casuística*, Valencia, 1995.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, “La nueva atenuante por dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento”, *La Ley Penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2011, n° 80, pp. 44 y ss.
- FARALDO CABANA (“La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo (los núms. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código penal de 1995)”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1997, pp. 237 y ss.

⁴⁷ SÁNCHEZ MELGAR, *La ley digital*, 5243/2012, p. 2.

⁴⁸ Es lo que parece sugerir la SAP Zaragoza 43/2010 de 11 de octubre (ROJ 3211/2010), que señala la necesidad de que esta atenuante tenga un contenido diferente, afirmando que “urge una nueva redacción de esta atenuante en supuestos de confesión y colaboración con la Justicia, lo que redundará en ahorrar costes y reducir recursos públicos, pero sobre todo dando seguridad y rapidez a su enjuiciamiento”.

- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, “Dilaciones indebidas en el proceso penal y atenuante analógica del art. 21. 6ª del Cuerpo Punitivo”, *Revista Poder Judicial* nº 86, 2007, pp. 63 y ss.
- GANZENMÜLLER ROIG/SOTO NIETO/HERRÁEZ PAGES/ESCUDERO MORATALLA/FRIGOLÁ VALLINA, *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código penal de 1995. Personas criminalmente responsables*, Barcelona, 2000.
- GARRO CARRERA, en Batarrita/Garro, *Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitarista*, Valencia, 2008.
- GARRO CARRERA, “La atenuante de confesión: discusión sobre su fundamento”, en Batarrita/Garro, *Hechos postdelictivos e individualización de la pena*, Bilbao (Universidad del País Vasco), 2009, pp. 157 y ss.
- JAÉN VALLEJO, “Consecuencias jurídicas de las dilaciones indebidas en el proceso penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 412, 1999, pp. 1 y ss.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, Madrid, 2007.
- MÁRQUEZ DE PRADO, “La atenuante por analogía: una situación incierta”, *Poder Judicial*, nº 33, 1994, pp. 105 y ss.
- MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Barcelona, 2015.
- MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, en Corcoy/Mir, *Comentarios al Código penal*, Valencia, 2015.
- MONTIEL, “La analogía en las circunstancias atenuantes”, *La Ley* 10536/2011, pp. 1 y ss.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Valencia, 2019.
- MUÑOZ CUESTA en MUÑOZ CUESTA/ARROYO DE LAS HERAS/GOYENA HUERTA, *Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995*, Pamplona, 1997.
- ORTS BERENGUER, *Atenuante de análoga significación: estudio del art. 9, 10º del Código penal*, Valencia, 1978.
- ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho penal. Parte General*, 7ª ed., Valencia, 2017.
- OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia atenuante analógica en el Código penal*, Valencia, 2003.
- OTERO GONZÁLEZ/CASTRO MORENO; “La atenuante analógica tras las reformas del Código penal por la LO 11/2003 y LO 15/2003”, *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 27, 2006, pp. 22 y ss.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN/RODRÍGUEZ GARCÍA, “Regulación del derecho a un proceso penal sin dilaciones indebidas: de la atenuante analógica a la atenuante específica del Código penal”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 15, 2011, pp. 555 y ss.
- POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Valencia, 2003.
- POZUELO PÉREZ, “Confesión de la infracción”, *Memento Penal*, Madrid, 2019, marginal 4130.
- PUENTE RODRÍGUEZ, “La atenuante analógica de cuasi-prescripción”, *La Ley* 2091/2016, pp. 1 y ss.
- PUENTE SEGURA, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Madrid, 1997.
- RAGUÉS I VALLÈS, “La atenuante analógica de cuasiprescripción”, *InDret*, 3/2017, p. 1 y ss.
- SÁNCHEZ MELGAR, “Reflexiones en torno a la confesión como atenuante: la utilidad como razón de política criminal”, *La ley* 5243/2012, p. 1 y ss.
- SANTANA VEGA, “La atenuante analógica de cuasi-prescripción. Especial referencia a los delitos de corrupción”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIX (2019), pp. 107 y ss.
- SOLAZ SOLAZ, “La circunstancia atenuante de confesión”, en *La Ley Penal. Revista de Derecho penal y penitenciario*, nº 14, 2015, pp. 80 y ss.

Relación de jurisprudencia

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

STS 338/2020 de 19 de junio (ROJ 2013/2020)
STS 578/2019 de 26 de noviembre (ROJ 3787/2019)
ATS 1138/2019 de 31 de octubre (ROJ 13817/2019)
STS 454/2019 de 8 de octubre (ROJ 3008/2019)
STS 345/2019 de 4 de julio (ROJ 2393/2019)
STS 132/2019 de 12 de marzo (ROJ 1511/2019)
STS 108/2019 de 5 de marzo (ROJ 736/2019)
STS 111/2019 de 5 de marzo (ROJ 718/2019)
ATS 255/2019 de 21 de febrero (ROJ 2780/2019)
ATS 162/2019 de 24 de enero (ROJ 1571/2019)
STS 667/2019 de 14 de enero de 2020 (ROJ 64/2020)
ATS 38/2018 de 14 de diciembre (ROJ 12646/2017)
STS 635/2018 de 12 de diciembre (ROJ 4221/2018)
ATS 1475/2018 de 29 de noviembre (ROJ 13861/2018)
ATS 535/2018 de 22 de marzo (ROJ 4816/2018)
ATS 313/2018 de 15 de febrero (ROJ 2421/2018)
STS 732/2018 de 1 de febrero (ROJ 346/2019)
STS 16/2018 de 16 de enero (ROJ 38/2018)
STS 784/2017 de 30 de noviembre (ROJ 4684/2017)
STS 720/2017 de 6 de noviembre (ROJ 4310/2017)
STS 638/2017 de 27 de septiembre (ROJ 3464/2017)
STS 224/2017 de 30 de marzo (ROJ 1215/2017)
STS 165/2017 de 14 de febrero (ROJ 1037/2017)
STS 78/2017 de 9 de febrero (ROJ 440/2017)
ATS 1654/2016 de 17 de noviembre (ROJ 11081/2016)
ATS 1555/2016 de 10 de noviembre (ROJ 10545/2016)
STS 505/2016 de 9 de septiembre (ROJ 2774/2016)
ATS 1182/2016 de 30 de junio (ROJ 7739/2016)
ATS 1079/2016 de 16 de junio (ROJ 6503/2016)
STS 416/2016 de 17 de mayo (ROJ 2032/2016)
STS 418/2015 de 29 de junio (ROJ 3229/2015)
STS 215/2015 de 17 de abril (ROJ 1889/2015)
STS 112/2015 de 12 de febrero (ROJ 738/2015)
STS 228/2013 de 22 de marzo (ROJ 1919/2013)
STS 513/2014 de 24 de junio (ROJ 2906/2014)
STS 290/2014 de 21 de marzo (ROJ 1350/2014)
STS 199/2014 de 4 de febrero (ROJ 1007/2014)
STS 922/2012 de 4 de diciembre (ROJ 7840/2010)
STS 853/2012 de 31 de octubre (ROJ 7159/2012)
STS 240/2012 de 26 de marzo (ROJ 2206/2012)
STS 87/2012 de 17 de febrero (ROJ 1413/2012)
STS 1374/2011 de 22 de diciembre (ROJ 9000/2011)
STS 104/2011 de 1 de marzo (ROJ 1316/2011)
STS 837/2010 de 29 de septiembre (ROJ 5127/2010)
STS 741/2010 de 26 de julio (ROJ 4211/2010)

STS 405/2010 de 29 de abril (ROJ 2170)
STS 495/2010 de 24 de abril (ROJ 2906/2010)
STS 199/2010 de 10 de marzo (ROJ 2119/2010)
STS 6/2010 de 27 de enero (ROJ 542/2010)
STS 1357/2009 de 30 de diciembre (ROJ 8455/2009)
STS 1290/2009 de 23 de diciembre (ROJ 8484/2009)
STS 1191/2009 de 26 de noviembre (ROJ 7779/2009)
STS 883/2009 de 10 de septiembre (ROJ 5709/2009)
STS 790/2008 de 18 de noviembre (ROJ 6442/2008)
STS 575/2008 de 7 de octubre (ROJ 5041/2008)
STS 569/2008 de 19 de septiembre (ROJ 5463)
STS 527/2008 de 31 de julio (ROJ 4343/2008)
STS 524/2008 de 23 de julio (ROJ 4458)
STS 509/2008 de 21 de julio (ROJ 4008/2008)
STS 397/2008 de 1 de julio (ROJ 3347/2008)
STS 359/2008 de 19 de junio (ROJ 2961)
STS 307/2008 de 5 de junio (ROJ 2964/2008)
STS 356/2008 de 4 de junio (ROJ 3352/2008)
STS 103/2008 de 19 de febrero (ROJ 1039/2008)
STS 25/2008 de 29 de enero (ROJ 669/2008)
STS 50/2008 de 20 de enero (ROJ 1003/2008)
STS 1026/2007 de 10 de diciembre (ROJ 8327/2007)
STS 544/2007 de 21 de junio (ROJ 4461/2007)
STS 145/2007 de 28 de febrero (ROJ 1462/2007)
STS 1168/2006 de 20 de noviembre (ROJ 7450/2006)
STS 1057/2006 de 3 de noviembre (ROJ 6901/2006)
STS 613/2006 de 1 de junio (ROJ 3989/2006)
STS 164/2006 de 22 de febrero (ROJ 802/2006)
STS 77/2006 de 1 de febrero (ROJ 504/2006)
STS 1365/2005 de 22 de noviembre (ROJ 7170/2005)
STS 1137/2005 de 6 de octubre (ROJ 5939/2005)
STS 865/2005 de 24 de junio (ROJ 4181)
STS 426/2005 de 6 de abril (ROJ 2069/2005)
STS 115/2005 de 31 de enero (ROJ 469/2005)
STS 858/2004 de 1 de julio (ROJ 4682/2004)
STS 1620/2003 de 27 de noviembre (ROJ 7539/2003)
STS 1352/2003 de 21 de octubre (ROJ 6470/2003)
STS 1069/2003 de 22 de julio (ROJ 5275/2003)
STS 742/2003 de 22 de mayo (ROJ 3471/2003)
STS 283/2003 de 24 de febrero (ROJ 1238/2003)
STS 394/2002 de 8 de marzo (ROJ 1676/2002)
STS 1948/2001 de 29 de octubre (ROJ 8380/2001)
STS 1180/2001 de 2 julio (ROJ 5699/2001)
STS 1047/2001 de 30 de mayo (ROJ 4525/2001)
ATS 1045/2001 de 23 de mayo (ROJ 9412/2001)
STS 1050/1999 de 19 de octubre (ROJ 6468/1999)
STS 1258/1999 de 17 de septiembre (ROJ 5580)
STS 1047/1999 de 27 de julio (ROJ 5457)

STS 934/1999 de 8 de junio (ROJ 4032/1999)
STS 471/1998 de 26 de marzo (ROJ 2027/1998)
STS de 14 de diciembre de 1991 (ROJ 7023/1991)

Sentencias del Tribunal Constitucional

STC 75/1987 de 25 de mayo

Sentencias de la Audiencia Nacional

SAN 24/2017 de 14 de septiembre (ROJ 3565/2017)
SAN 54/2010 de 2 de noviembre (ROJ 5532/2010)
SAN 6/2007 de 15 de octubre (ROJ 6198/2007)

Sentencias de Audiencias Provinciales

SAP Albacete 22/2007 de 17 de octubre (ROJ 972/2007)
SAP Alicante 906/1998 de 26 de diciembre (JUR 4988/1988)
SAP Almería 142/2015 de 23 de marzo (ROJ 490/2015)
SAP Asturias 90/2006 de 24 de abril (ROJ 1304/2006)
SAP Asturias 156/2004 de 9 de junio (ROJ 2094/2004)
SAP Badajoz 50/2019 de 22 de abril (ROJ 643/2019)
SAP Barcelona 78/2018 de 5 de septiembre (ROJ 11166/2018)
SAP Barcelona 61/2013 de 6 de febrero (ROJ 1571/2013)
SAP Barcelona 677/2009 de 21 de julio (ROJ 7059/2009)
SAP Barcelona 876/2007 de 8 de octubre (ROJ 10561/2007)
SAP Barcelona 705/2001 de 26 de septiembre (ROJ 8706/2001)
SAP Guadalajara 18/2016 de 23 de junio (ROJ 206/2016)
SAP Huelva de 11 de junio (ROJ 564/2001)
SAP Huesca 85/2006 de 19 de abril (ROJ 179/2006)
SAP Las Palmas 66/2018 de 22 de febrero (ROJ 3/2018)
SAP Las Palmas 78/2008 de 10 de junio (ROJ 1465/2008)
SAP Las Palmas 80/2004 de 15 de abril (ROJ 1181/2004)
SAP Lleida 74/2015 de 4 de marzo (ROJ 156/2015)
SAP Madrid 38/2016 de 4 de febrero (ROJ 733/2016)
SAP Madrid 468/2010 de 30 de noviembre (ROJ 16415/2010)
SAP Madrid 294/2010 de 14 de septiembre (ROJ 20594/2010)
SAP Madrid 179/2010 de 3 de mayo (ROJ 5919/2010)
SAP Madrid 31/2010 de 5 de marzo (ROJ 3275/2010)
SAP Madrid 363/2009 de 17 de septiembre (ROJ 9933/2009)
SAP Madrid 94/2006 de 29 de septiembre (ROJ 7169/2006)
SAP Madrid 309/2005 de 3 de junio (ROJ 6599/2005)
SAP Madrid 451/2000 de 28 de octubre (ROJ 14756/2000)
SAP Málaga 541/2011 de 4 de octubre (ROJ 1889/2011)
SAP Málaga 268/2011 de 13 de mayo (ROJ 1066/2011)

SAP Melilla 13/2006 de 2 de marzo (ROJ 38/2006)
SAP Murcia 30/2006 de 28 de septiembre (ROJ 2197/2006)
SAP Murcia 13/2006 de 14 de marzo (ROJ 2613/2006)
SAP Palma de Mallorca 108/2014 de 28 de octubre (ROJ 2299/2014)
SAP Salamanca 16/2006 de 23 de febrero (ROJ 118/2006)
SAP Santa Cruz de Tenerife 214/2014 de 2 de junio (ROJ 658/2014)
SAP Santa Cruz de Tenerife 758/2002 de 8 de julio (ROJ 1871/2002)
SAP Sevilla 83/2000 de 21 de julio (ROJ 3521/2000)
SAP Tarragona 160/2016 de 15 de abril (ROJ 400/2016)
SAP Valencia 236/2013 de 24 de abril (ROJ 1513/2013)
SAP Valencia 280/2004 de 14 de octubre (ROJ 4399/2004)
SAP Valladolid 404/2006 de 23 de noviembre (ROJ 1397/2006)
SAP Valladolid 239/2004 de 15 de julio (ROJ 1003/2004)
SAP Vizcaya 10/2015 de 12 de febrero (ROJ 201/2015)
SAP Vizcaya 23/2006 de 3 de febrero (ROJ 467/2006)
SAP Zaragoza 85/2016 de 19 de abril (ROJ 578/2016)
SAP Zaragoza 43/2010 de 11 de octubre (ROJ 3211/2010)