

LA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE DILACIÓN EXTRAORDINARIA E INDEBIDA EN LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

DRA. ELENA B. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Granada

Sumario: *I. Introducción. II. Antecedentes. III. Otras propuestas para reparar las dilaciones indebidas: A) Solicitud de un indulto parcial o total; B) Indemnización patrimonial a cargo del Estado; C) Condena e inexecución de la sentencia D) Absolución por aplicación analógica de la institución de la prescripción; E) Valoración de las dilaciones indebidas en la individualización de la pena. IV. La nueva circunstancia atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento: A) Fundamento; B) Requisitos para su aplicación; C) Tratamiento jurídico de la nueva circunstancia atenuante. V. Conclusiones.*

Resumen: La LO 5/2010 de 22 de junio, que modifica el Código Penal de 1995, ofrece una solución definitiva para reparar los perjuicios ocasionados en un proceso con dilaciones indebidas. En concreto, incorpora una nueva circunstancia atenuante genérica (art. 21,6º CP), asumiendo la doctrina del Tribunal Supremo que afirmaba que se debía tener en cuenta en la determinación de la pena el efecto que las dilaciones indebidas han tenido sobre la persona del acusado. En este trabajo se analiza esta nueva figura, examinando inicialmente la solución que estaba ofreciendo el Tribunal Supremo a través de la circunstancia atenuante por analogía. Posteriormente, se estudia su fundamento y sus requisitos, algunos de los cuales, sorprendentemente, no coinciden en su totalidad con los que estaba exigiendo el Tribunal Supremo. Además, se aportan otras posibles soluciones para reparar el retraso injustificado en la Administración de justicia que han sido propuestas por la doctrina y la jurisprudencia y, final-

mente, se aportan unas conclusiones críticas sobre la nueva circunstancia atenuante.

Palabras clave: dilación indebida, atenuante, individualización de la pena

Abstract: The recent reform of the Spanish Criminal Code according to the LO 5/2010 provides a definitive solution to repair the damages caused by an extraordinary and unjustified delay in the proceedings of the judicial processes. This important legislative reform incorporates a new general attenuation (art. 21.6°), assuming the jurisprudence of the Supreme Court of Justice which promotes its consideration affecting to the penalty determination. This paper analyzes this new attenuation, starting from the interpretation that the Supreme Court did about the attenuation by analogy. Afterwards it is studied the foundations and the requirements demanded to appreciate this new attenuation, emphasizing that the new legislative regulation does not share the same features that the Supreme Court demanded. Besides it is studied the other existing alternatives to repair an unjustified delay in the application of the judicial process. Finally, the paper considers the alternative proposals that the academic literature and the jurisprudence have stated. Some conclusions are added at the end.

Key words: Unjustified delay, attenuation, culpability, penalty individual determination.

I. Introducción

El derecho del ciudadano a una decisión judicial en un plazo razonable está consagrado tanto a nivel interno —art. 24. 2° CE— como internacional —art. 6.1° Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950¹—. Estas disposiciones pretenden garantizar que los acusados no permanezcan durante un tiempo excesivamente largo bajo la implicación de una acusación, ya que «la lucha sin fin, las disputas insolucionadas, (...) la víctima sin rápida reparación... constituyen, sobre todo, palpables injusticias, originando una lenta y, por

¹ En este Convenio se encuentra la primera formulación internacional de este derecho que, posteriormente a nivel internacional también quedará reconocido en el art. 14. 3 c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966 o en el art. 67. 1. c) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional (1998).

tanto, defectuosa tramitación de los procesos»². Estos efectos se agudizan en el orden penal, ya que puede ser afectado el derecho fundamental a la libertad personal y otros derechos derivados, como el de reinserción y rehabilitación³. Además, se trata de un derecho constitucional⁴, y, por tanto, debe ser una garantía básica de toda persona frente a la actuación de los órganos judiciales⁵.

El derecho a un juicio sin dilaciones indebidas «es un derecho público subjetivo»⁶. Esto implica la obligación por parte de los poderes públicos de remover aquellos obstáculos que impidan el avance del proceso con normalidad. Por consiguiente, el legislador y las autoridades judiciales deben velar por la aceleración y celeridad del proceso⁷. En principio, se considera que este derecho tiene una naturaleza

² Cfr. PRIETO RODRIGUEZ, J. I. *Dilaciones indebidas y Derecho Penal. (Causas y remedios. Crítica a las soluciones jurisdiccionales arbitrales)* Akal Iure. Madrid, 1997. p. 9. En este mismo sentido REVENGA SÁNCHEZ, *Los retrasos judiciales: ¿Cuándo se vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas?* Tecnos. 1992. p. 9. También el Fiscal General del Estado en la Introducción a su Memoria del año 1996 hace referencia a este problema al señalar la necesidad de acelerar los procesos para la mejor consecución de sus fines «pues ni la víctima o perjudicado por el delito pueden esperar tanto tiempo a la satisfacción de sus pretensiones, ni el imputado puede permanecer en la incertidumbre creada sobre su situación».

³ La doctrina del TC se manifiesta en este sentido, exigiendo mayor rigor en los procesos penales. «En materia penal la dimensión temporal del proceso tiene mayor incidencia que en otros ordenes jurisdiccionales, pues están en entredicho valores o derechos que reclaman tratamientos diferentes... se acentúa singularmente en los supuestos de medidas preventivas de privación de libertad» (STC 35/1994 de 31 de enero FJ 2º [RTC 1994, 35]).

⁴ Ampliamente sobre este aspecto vid. GIMENO SENDRA, V. «El derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas». Poder Judicial, núm. especial I-1986. pp. 47 a 49.

⁵ En este sentido se manifiesta PRIETO RODRIGUEZ, J. I. *Dilaciones indebidas...* p. 10.

⁶ En este sentido vid. FERNANDEZ VIAGAS BARTOLOMÉ, O. «Las dilaciones indebidas en el proceso y su incidencia sobre la orientación de las penas hacia la reeducación y reinserción social» Poder Judicial, núm. 24. 1993. p. 47; CLIMENT DURÁN, J. M. «Sobre el reconocimiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas». Revista General de Derecho, N.º 564. 1991. pp. 7119 a 7135; PÉREZ MUÑOZ, Máximo «El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional» La Ley, n.º 4 1991. p. 1076.

⁷ Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en la sentencia de 31 de enero de 1993 [RTC 1994, 35] «es un derecho de carácter mixto: a) de prestación, consistente en el derecho a que los órganos jurisdiccionales cumplan su función con rapidez que permita la duración normal de los procesos, evitando dilaciones que limitan la efectividad de la tutela jurisdiccional; y b) al tiempo, reaccional, consistente en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en los que se incurra en dilaciones indebidas». En este sentido se manifiestan BARCELÓ I SERRAMALERA, M. y DIAZ MAROTO Y VILLAREJO, J. «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Poder Judicial. n.º 46. 1997; GARCÍA PÉREZ, J. J., «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español: el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas». Actualidad Civil, n.º 25. 1989, pp. 1 a 6; ROMERO COLOMA, A.

puramente procesal, esto es, sin consecuencias sustantivas. Ahora bien, como señala PRIETO RODRIGUEZ, «tal naturaleza predominantemente objetiva no es incompatible a priori con la posibilidad de atribuir efectos sustantivos a la hipótesis de la vulneración»⁸, ya que sería vaciar de contenido a este auténtico derecho subjetivo si las únicas soluciones posibles por vulnerarlo se limitasen, por ejemplo, a que se ordene la continuación del curso del proceso indebidamente paralizado, o simplemente se ordene a quien sea responsable la aceleración del mismo, o incluso se introduzcan reformas en las leyes procesales para reducir plazos y concentrar actos⁹.

Por este motivo, entendemos que esos retrasos injustificados de la Administración de Justicia deben tener una solución material¹⁰. La Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, que modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, ha ofrecido una solución concreta, incorporando una nueva circunstancia atenuante genérica. En concreto, se añade al catálogo de atenuantes del artículo 21 del Código Penal, la circunstancia de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento. El Preámbulo de esta Ley justifica la necesidad de realizar esta nueva reforma, entre otros motivos, porque la experiencia aplicativa del Código Penal ha ido poniendo en evidencia algunas carencias o desviaciones que precisan una corrección. Y como afirma este Preámbulo, «en materia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se ha con-

M. «*Problemática de la responsabilidad del Estado-Juez: especial referencia al tema de las dilaciones indebidas en la Administración de Justicia*». Actualidad Administrativa, n.º 29. 1994. pp. 413 y ss.

⁸ Cfr. PRIETO RODRIGUEZ, J. I. *Dilaciones indebidas...*, pp. 19 y 20.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ En este mismo sentido vid. GARCÍA PONS, E. «*El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el orden jurisdiccional Penal*». La Ley. Tomo 5. 1996. p. 1468; GRANADOS PÉREZ, C. «*Individualización de las penas: supuestos conflictivos*». Cuadernos de Derecho Judicial: la individualización y ejecución de las penas. CGPJ. 1993, p. 179; RUIZ VADILLO, E. «*Algunas breves consideraciones sobre las dilaciones indebidas en el proceso penal español*» Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n.º 1690. 1993, p. 117; FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, p. «*El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Civitas. 1994, pp. 217 y ss; LANZAROTE MARTÍNEZ, p. «*El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y su tratamiento en el nuevo Código Penal*». La Ley. Tomo 6. 1997, p. 1507. En un sentido contrario se manifiesta PÉREZ MUÑOZ, M. «*El Derecho a un proceso sin dilaciones...* p. 1085, afirmando que “el restablecimiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, a pesar de su plasmación en la Norma fundamental y de su interpretación por el Tribunal Constitucional, se encuentra muy lejos de estar garantizado al ciudadano en la realidad diaria de nuestros Juzgados y Tribunales, ya que este derecho Constitucional es “una pescadilla que se muerde la cola”», ya que el ciudadano invoca este derecho cuando se ha visto perjudicado por retrasos injustificados en la sustanciación de las actuaciones judiciales.

siderado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas. Se exige para su apreciación que el retraso en la tramitación tenga carácter extraordinario, que no guarde proporción con la complejidad de la causa y que no sea atribuible a la conducta del propio imputado. De esta manera se recogen los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía».

De ahí que el inicio del estudio de esta nueva figura comenzará por sus antecedentes, es decir, el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la atenuante analógica de dilaciones indebidas, para posteriormente, analizar su fundamento y sus requisitos que, sorprendentemente no coinciden en su totalidad con los que ha estado exigiendo el Tribunal Supremo. Además, se aportarán otras posibles soluciones para reparar el retraso injustificado en la Administración de justicia propuestas por la doctrina y la jurisprudencia y, finalmente, se ofrecerán unas conclusiones críticas sobre la nueva circunstancia atenuante.

II. Antecedentes

La inclusión de esta nueva circunstancia atenuante viene a consolidar la doctrina jurisprudencial, iniciada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1991 [R.A. 9313], que afirmaba que se debía «tener en cuenta en la determinación de la pena el efecto que las dilaciones indebidas han tenido sobre la persona del acusado». También en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1992 [RJ/1992/6123], —a través de un voto particular del Magistrado Sr. Enrique Bacigalupo manifestando su disconformidad con la solución adopta (solicitud de indulto)—, se propuso la aplicación de la atenuante de análoga significación para atenuar la pena por la existencia de dilaciones indebidas.

En posteriores resoluciones se volverá a insistir en esta solución¹¹. Aunque no era una doctrina unánime¹², sin embargo, posteriormente

¹¹ SSTS de 2 de abril de 1993 [RA 137] y de 9 de noviembre de 1993 [RA 8382] Ponente de ambas Sr. Enrique Bacigalupo. En estas sentencias se afirma que «se debe atenuar notablemente la responsabilidad por aplicación analógica del núm. 10 del art. 9 CP-73».

¹² Esta propuesta ha sido rechazada por otras sentencias del Tribunal Supremo, por ejemplo, la sentencia del TS de 19 de mayo de 1997 [RA 4034], que entiende que las dilaciones indebidas no pueden valorarse como eximentes o atenuantes. Aunque

encontrará respaldo en el Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de Mayo de 1999, que adoptó definitivamente la solución de reparar judicialmente la vulneración del derecho fundamental a ser juzgado sin dilaciones indebidas computando en las penas aplicables los males injustificados que el procesado ha sufrido por el funcionamiento anormal de la justicia, pues consideraba que 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. Argumento éste que, como advierte JAÉN VALLEJO, «coincide en buena medida con el sostenido por el Tribunal Federal Alemán y el Tribunal Constitucional Alemán»¹³.

en otras ocasiones se reconoce, como por ejemplo la STS de 14 de octubre de 1992 [RA 8321], que «tal razonamiento en principio parece correcto, y podría ser útil de *lege ferenda*, pero de *lege data* carece de posibilidades de aplicación». El Tribunal considera que «para reducir la penalidad de los acusados en estos supuestos, no cabe esa vía analógica, ya que, ni puede verse disminuida su culpabilidad por esta causa, ni existe ninguna de las nueve primeras atenuantes del art. 9 CP-73 que nos sirvan de termino comparativo que cualquier analogía exige por definición». También el Tribunal Constitucional negó esta posibilidad en la sentencia de 31 de enero de 1994 [RTC 1994, 35] al señalar que el derecho a la tutela judicial efectiva no determina en los casos de dilaciones indebidas del proceso «la inejecución de la sentencia con la que ésta ha finalizado, ni tampoco la responsabilidad criminal ha de quedar alterada por la aplicación de eximentes o atenuantes por el hecho de eventuales dilaciones».

¹³ JAÉN VALLEJO, M. «Consecuencias jurídicas de las dilaciones indebidas en el proceso penal» Actualidad jurídica Aranzadi, n. 412. 1999, pp. 2 y 3. En concreto, hace referencia a las sentencias BGHSt 24, 239 y BverfG en Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1993, 3254, respectivamente y, además, apunta que en este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 15 de julio de 1982 (caso Eckle). En el ámbito europeo y como punto de referencia en el tratamiento de esta materia, se puede destacar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15-7-82 —caso Eckle c. Alemania—. Esa resolución ya entendió que la compensación de la lesión sufrida en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, debía tener lugar con una atenuación proporcionada de la pena como forma adecuada de reparación de la infracción del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable: el Tribunal Europeo se pronunció de forma favorable sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán, que sostenía que «la duración excesiva de un procedimiento penal puede constituir una circunstancia atenuante especial» (BGHSt 24, 239), por lo que el ámbito en el que debía tener lugar la reparación de la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas debía ser en la individualización de la pena, y no mediante el sobreseimiento de la causa. Esto respondería más bien a la institución de la prescripción del delito, que es una institución distinta en sus requisitos y efectos —aunque externamente parecida—, en la que *el autor que se beneficia de ella no ha sufrido necesariamente la pérdida de ningún derecho, es decir, no es preciso compensar una parte de la culpabilidad ya extinguida*. (STS núm. 934/1999 de 08-06-1999, rec. 1731/1999, ponente Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater). Un análisis detallado de esta sentencia en PASTOR, D. R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2002, pp.141 y ss.

El apoyo del la Sala de lo Penal a esta solución obedece fundamentalmente a tres razones. En primer lugar, se parte de que los Tribunales deben tener capacidad para reparar la lesión de un derecho fundamental. En segundo lugar, y desde la óptica del derecho a la tutela efectiva (art. 24.1 CE), se comprueba que el derecho de acceder a un Tribunal se vería prácticamente anulado si ese Tribunal careciera de la facultad de reparar la lesión jurídica. Y finalmente, hay que tener presente que después de la primera decisión del Pleno de la Sala¹⁴, se produjo una reforma de la ley penal y el legislador no aportó una solución expresa a esta cuestión¹⁵.

La primera sentencia que utilizó los argumentos del Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de Mayo de 1999 para reparar las dilaciones indebidas fue la sentencia de 8 de junio de 1999 del Tribunal Supremo. En ella se afirma que el Poder Judicial debe tener capacidad para reparar la lesión de un derecho fundamental, «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 jurídica constada. Desplazar esta facultad al Ejecutivo, por lo tanto, resulta difícilmente compatible con el art. 117 CE y podría vulnerar el principio de división de poderes en el que se asienta la CE»¹⁶.

En esta sentencia el Tribunal Supremo considera que las lesiones de los derechos fundamentales como consecuencia de un desarrollo irregular por un proceso con dilaciones indebidas deben ser abonadas en la pena, ya que tienen un efecto compensador de la parte de culpabilidad por el hecho extinguida por esa pérdida de derechos —ya que mientras un imputado está pendiente de resolución judicial puede sufrir menoscabos en sus derechos como la retirada del pasaporte, teniendo limitado su derecho a la libertad ambulatoria, exigiéndole presentarse ante la autoridad competente cada cierto tiempo o im-

¹⁴ La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en una reunión plenaria de 2 de octubre de 1992, acordó que estos perjuicios —dilaciones indebidas— no se pudieran tener en cuenta para determinar la existencia o cuantía de la responsabilidad criminal. Por este motivo, los únicos medios para mitigar los efectos perjudiciales derivados de un proceso con dilaciones indebidas eran la posibilidad de proponer o apoyar un indulto cuando se considerase oportuno, conforme a las normas propias de esta materia y, eventualmente, una indemnización a cargo del Estado con base en el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (arts. 106.2 CE y 292 y ss. LOPJ).

¹⁵ Estas razones se desarrollan en la argumentación jurídica de la primera sentencia que se ha pronunciado tras el Pleno del TS (STS de 8 de junio de 1999, [RA 5417]).

¹⁶ STS de 8 de junio de 1999, [RA 5417].

poniéndole depositar una fianza, etc.—. En concreto, el Tribunal afirma que se produce una situación análoga a la de las circunstancias posteriores a la consumación del delito previstas en los números 4º y 5º del art. 21 CP (circunstancias atenuantes de arrepentimiento y de disminución o reparación del daño causado). Por consiguiente, esta nueva línea jurisprudencial permite la atenuación de la pena para reparar los perjuicios ocasionados en un proceso con una duración que excede más de lo razonable mediante la aplicación de la circunstancia atenuante por analogía.

Este argumento se fundamenta en un Derecho Penal de culpabilidad y de acto¹⁷, pues todos los hechos posteriores a la comisión del delito tienen un efecto compensador de la culpabilidad que deben operar como atenuantes¹⁸. El propio legislador, como señala la sentencia de 8 de junio de 1999, ha reconocido que los hechos posteriores tienen incidencia sobre la medida de la pena para compensar parte de la culpabilidad ya que el ordenamiento jurídico reconoce dos maneras de compensar la culpabilidad, lo que el Tribunal denomina *compensación constructiva* y *compensación destructiva*.

En la *compensación constructiva* se tiene en cuenta el acto propio del autor en el sentido de los valores del orden jurídico. Este es el caso de las circunstancias atenuantes contempladas en los números 4 y 5 del art. 21 Cp. Estas circunstancias¹⁹ son entendidas como un *actus contrarius* que conlleva un reconocimiento expreso de la vigencia de la norma vulnerada y, por ello, permite compensar parte de la culpabilidad del momento de la comisión del delito, es decir, compensa el *demeritum* del acto con un mérito posterior. De ahí que en estos casos se produce una compensación constructiva de la culpabilidad porque se refieren a un acto propio del autor. Sin embargo, en la *compensación destructiva* también se adelanta una pérdida de derechos que «sin provenir del autor del delito», «es consecuencia del de-

¹⁷ Ampliamente sobre la culpabilidad como medida de la pena vid. ROXIN, C. *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Trad. Muñoz Conde, Madrid, 1981, pp. 180 y ss.; MIR PUIG, S. «Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena» en *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho* Ariel. Barcelona. 1994, pp. 172 y 173; KÖHLER, M. «Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung (erörtert am Problem der Generalprävention)». Heidelberg, 1983, p. 28; SCHÜNEMANN, B. «Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht» en *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin 1984, pp. 162 y ss.

¹⁸ En este sentido SOTO NIETO, F. «Efecto de las dilaciones indebidas en el proceso penal». *Diario la Ley* de 25 de octubre de 1999. p. 2.

¹⁹ En particular sobre estas circunstancias atenuantes vid. ALVAREZ GARCÍA, F. J. «Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima». *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 61. 1997, pp. 241 y ss.; POZUELO PÉREZ, L. «Las atenuantes 21.4 y 21.5 del actual Código Penal». *Cuadernos de Política Criminal*. n.º 65. 1998, pp. 403.

lito y del proceso al que éste da lugar». El Tribunal Supremo señala, a modo de ejemplo, el supuesto del art 58 CP, en el que se ordena abonar para el cumplimiento de la pena el tiempo de privación de libertad sufrido en prisión preventiva, y el art. 59 CP, referido también a la compensación de derechos ya sufridos por las medidas cautelares mediante su abono en la pena cuando ésta sea de una naturaleza distinta a la pena impuesta.

En definitiva, toda privación legítima de derechos durante el proceso constituye un adelanto de la pena que no puede operar contra el acusado. De lo contrario, se estaría vulnerando el principio de culpabilidad, ya que no se tendría en cuenta que el autor del delito ya ha extinguido parte de su culpabilidad con dicha pérdida de derechos. Por este motivo, esa extinción de culpabilidad debe ser compensada en la pena impuesta. En palabras del Tribunal Supremo «es decir, que el legislador ha tenido en cuenta que la equivalencia entre la pena aplicada y la gravedad del delito se debe observar incluso en el caso en el que, como consecuencia del delito, el Estado haya privado (legítimamente) al autor del mismo de derechos anticipadamente. Dado que la pena es, por sí misma, una reducción del «status» del autor respecto de sus derechos fundamentales, es evidente que toda privación de derechos sufrida legítimamente durante el proceso constituye un adelanto de la pena que no puede operar contra el acusado. Si se negara esta compensación de la pérdida de derechos se vulneraría el principio de culpabilidad, pues se desconocería que el autor del delito ya ha extinguido una parte de su culpabilidad con dicha pérdida de derechos y que ello debe serle compensado en la pena impuesta. Si la ley compensa las pérdidas legítimamente ocasionadas por el Estado en el curso de un proceso penal, es también evidente que, con más razón, debe proceder de la misma manera cuando la lesión jurídica no está justificada, por ejemplo, en el caso de las dilaciones indebidas en el proceso que es objeto de esta sentencia. Si el proceso ha durado más de lo razonable, el acusado ha sufrido una lesión jurídica que afecta a un derecho fundamental que le reconocen el artículo 24.2 CE y el artículo 6.1 CEDH. Esta lesión de un derecho personal del acusado, por lo tanto, tiene que ser abonada por el tribunal en la determinación de la pena, pues, como se dice en la doctrina moderna, mediante los perjuicios anormales del procedimiento, que el autor ha tenido que soportar, ya ha sido (en parte) penado. Como se ve, el paralelismo es total: si toda legítima privación de derechos producida por el proceso debe ser abonada para el cumplimiento de la pena, tanto más se deberá proceder de esta manera cuando la lesión sufrida por el acusado carezca de justificación». (STS de 9 de junio de 1999).

III. Otras propuestas para reparar las dilaciones indebidas

El legislador con esta nueva circunstancia de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación de un procedimiento ha otorgado efectos sustantivos a los perjuicios ocasionados al ciudadano por la defectuosa tramitación del proceso penal, al entender que mediante la reducción de la pena se compensa la parte equivalente de la gravedad de la culpabilidad, pues la pérdida del derecho que se ha ocasionado al acusado comporta una equivalente reducción de la «deuda» que el mismo tiene con la sociedad como consecuencia de la comisión del delito. Sin embargo, esta solución no ha sido bien acogida por todos. De ahí que la doctrina y, también los tribunales, hayan ofrecido otros medios reparadores para restablecer la violación de este derecho. Esas posibles soluciones para mitigar los efectos perjudiciales de las dilaciones indebidas en el proceso penal son las siguientes:

A) Solicitud de un indulto total o parcial

El indulto es una manifestación del Derecho de gracia estatal. Este derecho es una supervivencia de la antigua práctica en que el soberano ostentaba todos los poderes del Estado, incluido, naturalmente, el de administrar justicia. Entre las manifestaciones más palpables de esta soberanía, se encontraba la de castigar y perdonar. De ahí procede esta institución que consiste en la remisión total o parcial de la pena pero no de sus efectos. Nuestro Código Penal la contempla como una causa de extinción de la responsabilidad criminal en el art 130. 4º CP, y su regulación se establece en la centenaria Ley Provisional de 18 de junio de 1870 (Gaceta de 24-6-1870), modificada por ley 1/1988, de 14 de enero (BOE 15-1-1988).

El recurso a la petición de indulto ha sido el instrumento más extendido en la práctica de nuestros Tribunales²⁰ para la reparación de las dilaciones indebidas²¹, principalmente, porque la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en una reunión plenaria de 2 de octubre de 1992, acordó que los únicos medios para mitigar los efectos perjudi-

²⁰ STSS de 7 de octubre de 1992 [RA 7942]; 14 de octubre de 1992 [RA 8321]; 19 de mayo de 1997 [RA 4507]; 17 de marzo de 1998 [RA 8183]; 4 de diciembre de 1998 [RA 10083] y 17 de diciembre de 1998 [RA 10320].

²¹ Defiende esta solución en la doctrina junto con otras soluciones MANJÓN-CABEZ OLMEDA, A. *La atenuante analógica...*, pp. 341 y ss.; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.^a *La «nueva» atenuante de dilación...*, p. 62.

ciales derivados de un proceso con dilaciones indebidas eran la posibilidad de proponer o apoyar un indulto cuando se considerase oportuno, conforme a las normas propias de esta materia y, eventualmente, una indemnización a cargo del Estado con base en el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (arts. 106.2 CE y 292 y ss. LOPJ).

Además, en la actualidad, el art. 4.4. CP²² señala que «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»²³. Este precepto parece apoyar la solución del indulto, tal vez «porque el legislador se deja guiar por lo que viene siendo habitual en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, y decide facilitar expresamente la suspensión de la ejecución de la pena en tales casos»²⁴.

Pese a la existencia de esta norma, hay que tener presente que la reparación de la lesión de un derecho fundamental es una función que está atribuida al Poder Judicial y no al Poder Ejecutivo. De ahí, la dudosa compatibilidad de esta institución con el Estado de Derecho, ya que la vía del derecho de gracia podría incluso vulnerar el principio de división de poderes en el que se asienta un Estado Democrático de Derecho. En efecto, «el derecho de gracia es incompatible con el Estado de Derecho, ya que se trata de una prerrogativa del Jefe de Estado en cuya virtud puede dejar sin efecto las decisiones del orden jurisprudencial penal que ha aplicado las leyes votadas por el Parlamento de ese Estado»²⁵. Pero, además, como señala la sentencia del TS de 8 de junio de 1999, «ningún acusado tiene un derecho a ser indultado; el indulto no es ejercicio de una potestad jurídica sino

²² Ampliamente sobre la solicitud de indulto ante dilaciones indebidas vid. LLORCA ORTEGA, J. *La ley de indulto. (Comentarios, Jurisprudencia, formularios y notas para su reforma)*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003, pp. 25 y ss.

²³ Antes de la inclusión de este precepto en el Código Penal la doctrina criticaba la inexistencia de una norma expresa que posibilitase la suspensión de la ejecución de la pena mientras se esperaba el pronunciamiento de la concesión de indulto. En este sentido vid. BELLOCH JULBE, J. A. «*Las dilaciones indebidas*». Revista Jueces para la Democracia, n.º 7. 1989. p. 49 y CLIMENT DURAN, J. M. «*Sobre el reconocimiento...* p. 7789.

²⁴ Cfr. En este sentido MORENO-TORRES HERRERA, M.^a R. «*La valoración de las dilaciones indebidas en el proceso penal*». La Ley. núm. 4923 de 10 de noviembre de 1999. p. 3.

²⁵ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G. *Derecho Penal. Parte General (acorde con el nuevo Código Penal de 1995)* con la colaboración de Morales Prats, F. y Prats Canut, M. Cedecs, 1996, Barcelona. p. 667. En este mismo sentido MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BACOSO, J. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3^a ed. Civitas. Madrid. 1996. p. 223.

del derecho de gracia y como tal discrecional. El rechazo de una solicitud de indulto no puede ser recurrido ante ningún Tribunal; ni siquiera existe un derecho a que se dicte una resolución favorable o no sobre una petición de indulto».

Por consiguiente, entendemos que acudir a la petición de indulto no es la respuesta más adecuada, al margen de la difícil convivencia de esta institución con el Estado de Derecho, es una solución incompleta, ya que no existe garantía de que todo aquel que haya visto vulnerado su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas obtenga esta reparación. Dicho de otra manera, «la solicitud de indulto es sólo una esperanza de reparación, pero no una reparación en si misma»²⁶.

B) *Indemnización patrimonial a cargo del Estado*

Otra vía para la reparación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas cuando se produce su vulneración es la solicitud de una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado²⁷. En este sentido, el art. 121 CE establece que «los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley». La reparación de este derecho se debe realizar por vía administrativa y el procedimiento a seguir se establece en los arts. 292 y siguientes de la LOPJ.

La necesidad de solicitar expresamente la indemnización en la jurisdicción ordinaria ha sido criticada por un sector de la doctrina constitucional²⁸, ya que cuando se invoca la vulneración de este derecho ante la jurisdicción Constitucional mediante un recurso de

²⁶ Cfr. GARCÍA PONS, E. «*El derecho a un proceso sin dilaciones...*» p. 1468. Adoptando una posición crítica ante esta solución se manifiesta RUIZ VADILLO, E. «*Algunas breves consideraciones...*» p. 121;

²⁷ En este sentido BORJA JIMÉNEZ, E. *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 207 y 208.

²⁸ Cfr. RODÉS MATEU, A. *Consideraciones constitucionales...*, p. 21, citando a la doctrina constitucional que no admiten la idea de relegar la reparación del derecho a un proceso administrativo ulterior; GARCIA LLOVET, E. *Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*» Revista de Derecho Constitucional, núm. 36, 1992, pp. 292 y ss.; PÉREZ MUÑOZ, M. «*El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*» Revista Jurídica española, vol. 4, La Ley, 1991, p. 1083; RIBA TREPAT, C. *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, Bosch, Barcelona 1997, pp. 177 y ss.

amparo y éste resuelve positivamente no debería ser necesario realizar una nueva petición de reparación sustitutoria de responsabilidad patrimonial del Estado ante otra jurisdicción. Por tanto, considera ese sector doctrinal que no debería ser una petición independiente y ajena al propio Tribunal Constitucional y, por tanto, el Tribunal tendría que tener capacidad para resolver y cuantificar esa indemnización²⁹. Este argumento podría ser trasladado a la jurisdicción penal, pues la solicitud de una indemnización por el anormal funcionamiento de la Administración de justicia tampoco es ni directamente invocable ni cuantificable en la jurisdicción penal, lo que obligará al imputado después de sufrir dilaciones indebidas que inicie una nueva reclamación por vía administrativa, lo que provocará que tenga que esperar aun más tiempo para reparar su derecho vulnerado. En definitiva, «el justiciable debe esperar, tanto si tiene razón como si no la tiene, ya que el camino que lleva al restablecimiento del derecho continúa generando decepción. La evidencia es clara: la vía de reparación no es temporalmente justificable»³⁰.

C) *Condena e inejecución de la Sentencia.*

La inejecución de la condena establecida en la sentencia también ha sido alegada como medida para reparar las consecuencias negativas que provocan las dilaciones indebidas en la tramitación de un proceso³¹. Esta solución precisaría de una reforma del Código Penal, ya que no existe una norma que permita la inejecución de la pena como, por ejemplo, la regulada en el Código Penal alemán. Así es, el sistema penal alemán prevé la posibilidad de renunciar a la pena previa declaración de la culpabilidad del autor. En concreto, el § 60 StGB (dispensa de pena) permite renunciar a la pena si las consecuencias del delito también han afectado al reo. Este precepto está indicado para aquellos casos en que las consecuencias del delito son tan

²⁹ Cfr. RODÉS MATEU, A. *Consideraciones constitucionales...*, p. 21. Este autor apunta la existencia de alguna jurisprudencia constitucional (STC 180/1996, de 12 de noviembre; 35/1994, de 31 de enero y 41/1996, de 12 de marzo y un voto particular del magistrado Fernando García-Mon y Gonzalez-Regueral en la STC 33/1997, de 24 de febrero) que incluyó el derecho a la indemnización reparadora dentro del contenido del Derecho fundamental a un juicio sin dilaciones indebidas.

³⁰ Cfr. RODÉS MATEU, A. *Consideraciones constitucionales...*, p. 21

³¹ Esta vía se inició con la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 22 de febrero de 1989. Ampliamente con un comentario de esta sentencia en FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ. p. «*Las dilaciones indebidas en el proceso y su incidencia sobre la orientación de las penas hacia la reeducación y reinserción social*». Poder Judicial, n.º 24. 1991, pp. 37 y ss.

graves para el autor que la imposición de la pena resultaría notoriamente errónea³². Aunque ello no rige cuando la pena resultante de la aplicación de las reglas generales de individualización de la pena sea superior a un año de privación de libertad³³.

Sin embargo, esta posible solución ha sido rechazada expresamente por nuestros Tribunales. En este sentido, el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en la sentencia de 31 de enero de 1994 [RTC 1994, 35], afirma que el derecho a la tutela judicial efectiva no determina en los casos de dilaciones indebidas del proceso «la inejecución de la sentencia con la que ésta ha finalizado». También el Tribunal Supremo se opone expresamente a esta tesis, por ejemplo en la STS de 14 de octubre de 1992, [RA 8321], ha afirmado que «dictada sentencia, ésta evidentemente ha de ejecutarse en cuanto sea posible, y lo contrario supondría una denegación del derecho de tutela judicial del art. 24.2 CE». Incluso el propio art. 4.4 CP, al autorizar la suspensión de la ejecución de la sentencia, «parte de la ejecutabilidad de la sentencia recaída en un proceso con dilaciones indebidas. Es decir, que nuestro derecho no admite considerar que el proceso sin dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez de la sentencia»³⁴. De ahí, que «constatada judicialmente la ejecución de un hecho delictivo y declarada la consiguiente responsabilidad penal de su autor, el mayor o menor retraso en la conclusión del proceso no afecta a ninguno de los extremos en que la condena se ha fundamentado»³⁵.

D) Absolución por aplicación analógica de la institución de la prescripción

La prescripción se contempla en el art. 130, 5º y 6º CP como una causa de extinción de la responsabilidad criminal, ya que el paso del tiempo tiene efectos extintivos de la responsabilidad criminal. Por tanto, la prescripción está «fundamentada en la acción del tiempo sobre los actos humanos»³⁶, ya que con el paso del tiempo pierde senti-

³² Por ejemplo, en el caso de un delito de conducción temeraria que provoca un resultado de muerte de un peatón y, además, se produce la muerte de su propio hijo que acompañaba al condenado.

³³ Ampliamente sobre la función del § 60 StGB Roxin, Imme. *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*. 2ª ed. VVF. München 1995, pp. 235 y 236.

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1999 (FJ 1º) [R.A. 5417].

³⁵ Cfr. LANZAROTE MARTÍNEZ, p. «El derecho a un proceso sin dilaciones...» p. 1.510.

³⁶ Cfr. LANDROVE DÍAZ, G. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Tecnos. Madrid. 1985. p. 140.

do y significado el delito cometido «en la medida en que lo que ya es historia no conmueve la subsistencia de la sociedad, no requiere pena»³⁷.

La propuesta de dictar una sentencia absolutoria por analogía a la prescripción ha sido defendida por un sector de la doctrina³⁸, solicitándose también una atenuación de la pena por el transcurso del tiempo mediante la atenuante analógica del anterior artículo 21,6º CP³⁹. Sin embargo, esta solución en la actualidad tropieza con el fundamento que tradicionalmente se le ha atribuido a esta institución, como son razones de seguridad jurídica y no de justicia. Aunque, en realidad, este argumento es muy discutible porque, como advierte SILVA SANCHEZ, la prescripción en el Derecho Penal también tiene un fundamento material relacionado con el *ius puniendi*⁴⁰.

El Tribunal Constitucional —STC de 3 de mayo de 1993 [RTC 1993, 150]— ha declarado que «no cabe deducir del derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas, y que el proceso se tramite y resuelva en un plazo razonable, un derecho a que se juegue o produzca la prescripción penal, ya que son independientes. De tal manera que la apreciación de la existencia de una dilación indebida conduciría en todo caso, a que este Tribunal tomase las medidas necesarias para

³⁷ Cfr. RAGUÉS I VALLÉS, R. *La prescripción penal: fundamento y aplicación*. Atelier. Barcelona. 2004, pp. 41 y ss.

³⁸ Una propuesta similar de *lege ferenda* es la aportada por GOMEZ COLOMER. *Constitución y Proceso Penal*. Tecnos. Madrid. 1996. p. 237, al entender que sería posible incluir en la legislación un presupuesto procesal que se basara en impedir la celebración del juicio cuando ha transcurrido demasiado tiempo, esto es, una especie de prescripción procesal fundada en la máxima de aceleración del proceso. En un sentido distinto por considerar que de *lege lata* se puede adoptar esta solución se manifiestan RUIZ VADILLO, E. «Principios generales, Legalidad, Proporcionalidad, etc. La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal». Cuadernos de Derecho judicial. 1993. p. 53 y CLIMENT DURAN, J. M. «Sobre el reconocimiento del derecho... p. 7134. Este autor entiende que se debe proceder a la absolución porque si el juzgador estima que se ha violado el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, lo que en realidad está apreciando es que ha infringido un derecho procesal fundamental cuyo respeto es presupuesto imprescindible para poder entrar a examinar la cuestión de fondo.

³⁹ Cfr. RAGUÉS I VALLÉS, R. *La prescripción penal: fundamento y aplicación...* pp. 120 y ss.

⁴⁰ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M. «¿Cuándo se interrumpe la prescripción de un delito?. A propósito del Fundamento de Derecho 1º de la sentencia de la AP Barcelona (Secc. 3ª) de 22 de enero de 1999 (La Ley 1999, 9688). La Ley de 24 de noviembre de 1999, p. 5. Este autor entiende que la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción obedece a la prescripción de naturaleza civil y no penal, ya que la prescripción penal «no tiene que ver con las partes del proceso ni con su seguridad jurídica, sino con el Derecho penal entendido como potestad punitiva del Estado y el fundamento material del ejercicio de tal potestad».

que cese esa dilación o incluso podría justificar una reparación de los daños causados por vía indemnizatoria».

E) Valoración de las dilaciones indebidas en la individualización de la pena

Un amplio sector de la doctrina defiende que las dilaciones indebidas deben producir un efecto en la individualización de la pena. Esta solución se ha fundamentado de diversas maneras; la defendida por el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999⁴¹, que ya ha sido analizada y, además, la que considera que las dilaciones indebidas se pueden fundamentar en la no necesidad de pena, principalmente, como una causa de punibilidad⁴².

La reparación de un proceso con dilaciones indebidas por razones de *necesidad de pena* no ha llegado a aplicarse en nuestros Tribunales, aunque ha sido propuesta en las SSTs de 11 de diciembre de 1992

⁴¹ Comparten este fundamento BACIGALUPO ZAPATER, E. «Principio de culpabilidad e individualización de la pena» en el Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ángel Torío López, Comares, Granada, 1999, pp. 33 y ss.; CHOCLAN MONTALVO, J. A. *Individualización judicial de la pena: Función de la culpabilidad y de la prevención en la determinación de la sanción penal*. Colex. Madrid, 1997, p. 186; MORENO TORRES HERRERA, M.^a R. «La valoración de las dilaciones indebidas en el proceso penal». La Ley. núm. 4923 de 10 de noviembre de 1999. P 3; MOLINS RAICH, M. «Dilaciones indebidas y culpabilidad» La Ley, n.º 6236, 2005, p. 3; ZUGALDIA ESPINAR, J. M. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010, p. 66; REDONDO HERMIDA, A. «La atenuante analógica de dilaciones indebidas en la reciente jurisprudencia» La Ley penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, n.º 42, 2007, pp. 97 y ss.

⁴² RODRIGUEZ RAMOS, L. *Compendio de Derecho Penal...*, p.170; ASUA BATARRITA, A. «Dilaciones indebidas e individualización de la pena. Insuficiencias de *lege lata* y de la *praxis jurisprudencial*» en Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena, coordinado por Asua Batarrita y Garro Carrera, Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, p. 261; De la misma autora, «Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional». en el Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ángel Torío López, Comares, Granada, 1999, pp. 237 y ss.; CABEZA OLMEDA, A. *La atenuante analógica...*, pp. 348 y 3491, esta autora propone esta solución de *lege ferenda*, pero de *lege lata* considera que las dilaciones indebidas se podrían valorar dentro de las «circunstancias personales del delincuente» del artículo 66.6º CP, acomodando la pena «no sólo al injusto, a la culpabilidad y a la necesidad de pena que expresan las circunstancias y deciden el marco penal, sino también a la conveniencia de menor pena aconsejable por motivos de prevención especial evidenciados por el paso del tiempo, sin olvidar que esta individualización de la cantidad concreta de pena a la baja no es incompatible con el recurso al indulto»; DOMINGUEZ IZQUIERDO, E. M.^a *La «nueva» atenuante de dilación...*, p. 63.

[RA 10213] y de 25 de octubre de 1993 [RA 7961] que afirman que «con la dilación se rompe la coherencia jurídica y la relación que entre el delito y la pena debe existir. Por de pronto, la menor incriminación del hecho enjuiciado, la ya también menor necesidad del *ius puniendi*». En definitiva, el Tribunal entiende que las dilaciones indebidas deberían «originar una benévola postura por parte del Tribunal si el reproche penal ha perdido mucho de su vigor, de su fuerza moral, de su legitimidad»⁴³, porque «el Tribunal que juzga más allá de un plazo razonable, cualquiera que sea la causa de demora, incluso por carencias estructurales que surgen con el aumento del número de causas, está juzgando a un hombre distinto en su circunstancia personal, familiar y social, y la pena no cumple ya o no puede cumplir las funciones de ejemplaridad y rehabilitación o reinserción social del culpable, que son los fines que la justifican»⁴⁴.

IV. La nueva circunstancia atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento

La inclusión de la nueva circunstancia atenuante de dilación indebida viene a consolidar, como se ha señalado, la doctrina jurisprudencial adoptada en el Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de Mayo de 1999. Por tanto, el legislador ha admitido definitivamente la posibilidad de reparar el derecho vulnerado mediante una disminución proporcionada de la pena en el momento de su individualización. La existencia de esta nueva circunstancia atenuante requiere un análisis más detenido de su fundamento, de los requisitos para su aplicación y de las particularidades —como la comunicabilidad a los partícipes, la compatibilidad con otras circunstancias, etc.— que presenta cualquier circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

A) Fundamento

El Tribunal Supremo, desde la primera sentencia de 8 de junio de 1998 en la que aplicó lo acordado en el Pleno de la Sala de lo Penal

⁴³ Cfr. 25 de octubre de 1993 [R.A. 7961].

⁴⁴ Cfr. STSS de 21 de enero de 1994 [RA 82].

del Tribunal Supremo de 21 de Mayo hasta la actualidad ha fundamentado la atenuación de la pena ante la existencia de dilaciones indebidas en que se «debe compensar la parte equivalente de la gravedad de la culpabilidad en la determinación de la pena, pues la pérdida del derecho que se ha ocasionado al acusado comporta una equivalente reducción de la «deuda» que el mismo tiene con la sociedad como consecuencia de la comisión del delito»⁴⁵. De ello no se puede deducir que el autor sea menos culpable, ya que, evidentemente, «ello no es posible porque (las dilaciones) dependen de circunstancias ajenas a la acción, sino de que aquella culpabilidad se compensa posteriormente, como lo haría la pena impuesta en la sentencia, cuando el reo padece un mal como consecuencia del ilícito culpable cometido»⁴⁶.

Esta afirmación significa tener en cuenta que «la pena constituye, exteriormente considerada, una pérdida de derechos fundamentales, (y) se ha considerado por la doctrina más moderna, que 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»⁴⁷.

La filosofía de esta solución «emerge claramente de los arts. 58 y 59 CP y pone de relieve que lo decisivo es la pérdida del derecho porque comporta un adelanto parcial de la reducción del status jurídico del autor que debe ser abonada en la pena para mantener la equivalencia entre la gravedad de ésta y la gravedad de una culpabilidad en parte extinguida por dicha anticipación parcial de la pena»⁴⁸. Si se negara esta compensación de la pérdida de derechos se vulneraría el principio de culpabilidad, pues se desconocería que el autor del delito ya ha extinguido una parte de su culpabilidad con dicha pérdida de derechos y, por ello, debe serle compensado en la pena impuesta. Por tanto, los perjuicios ocasionados al imputado por el retraso injustificado en la administración de justicia se pueden equiparar, —de manera similar a la prisión preventiva o a la privación de derechos acordados cautelarmente—, a una pena anticipada⁴⁹ y, por

⁴⁵ STS de 25 de mayo de 2010 (RJ 2010/6143)

⁴⁶ En este sentido se manifiesta CHOCLAN MONTALVO, J. A. *La individualización...* p. 188.

⁴⁷ STS de 7 junio de 2010 (RJ 2010/2692).

⁴⁸ STS de 25 de mayo de 2010 (RJ 2010/6143)

⁴⁹ En este sentido, aunque exclusivamente referido a la prisión preventiva, se manifiesta RODRIGUEZ RAMOS, L. «*Inconstitucionalidad de la vigente regulación de la prisión preventiva*» Actualidad jurídica Aranzadi, núm. 451. Pamplona 2000, p. 3. Un punto de vista crítico y contrario al entender que la prisión preventiva no puede considerarse

ello, es preciso compensar esa «pena» ya cumplida, es decir, esa pérdida de derechos ya sufridos —compensación destructiva— en la medida de la pena, compensando parte de la culpabilidad del momento de la comisión del delito mediante la nueva circunstancia atenuante de dilación extraordinaria e indebida.

Gráficamente podría ser el caso de un sujeto que ha realizado un delito y la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad por ese hecho realizado es, por ejemplo, de siete años. Supongamos que ha estado en prisión preventiva durante dos años y que la tramitación de su proceso se ha dilatado en cinco años, comparándolo con otros procesos que tienen similar complejidad y sin que ese retraso se le pueda imputar al comportamiento del demandante ni a la conducta de los tribunales. En este supuesto concreto, podría afirmarse que el imputado anticipadamente ya ha cumplido parte de la pena, por un lado, porque hay que tener presente el tiempo que ha estado privado de libertad provisionalmente (art. 58 CP) y, por otro, porque la pérdida de derechos ocasionado por el retraso injustificado en la Administración de justicia sería semejante al cumplimiento de una pena (art. 21.6º). De ahí, que el Tribunal en el momento de proceder a la individualización de la pena debe tener presente que el imputado ha compensado parte de la culpabilidad por el hecho y, por tanto, tiene que abonar la pena que ha cumplido anticipadamente.

Este efecto compensador, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1993 (RJ 1993/3016), «también se deduce directamente del art. 1º CE, dado que, siendo la justicia uno de los valores superiores del orden jurídico, se deben computar en la pena los males injustificados que el acusado haya sufrido a causa de un proceso penal irregular, 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».

B) Requisitos para su aplicación

El preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio de modificación del Código Penal indica que «se exige para su apreciación que el retraso en la tramitación tenga carácter extraordinario, que no

una pena anticipada porque vulneraría el principio de presunción de inocencia. MAURACH, GÖSSEL Y ZIFF. *Derecho Penal. Parte General* Ed. Astrea. Volumen 2. Buenos Aires. 1995, p. 812.

guarde proporción con la complejidad de la causa y que no sea atribuible a la conducta del propio imputado. De esta manera se recogen los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía».

Estos requisitos coinciden en su mayoría con los que estaba exigiendo el Tribunal Supremo para la aplicación de la atenuante analógica de dilaciones indebidas, que estaba reproduciendo la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y, que a su vez, fueron copiados de una manera prácticamente literal de los criterios ofrecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para interpretar el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

En principio, podríamos pensar que se trata de varios requisitos, pero todos están entrelazados y podrían reconducirse a uno sólo, ya que, en realidad, éstos son parte de los criterios que utiliza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para establecer el carácter razonable de la duración del procedimiento.

En concreto y según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para determinar cuando un procedimiento tiene una duración razonable hay que valorar las circunstancias de la causa y tener en consideración los siguientes criterios: a) *complejidad del caso*: valorando las dificultades jurídicas excepcionales en cuanto al fondo del asunto, al número de demandados y demandantes, b) *comportamiento del demandante*: teniendo en cuenta si tiene alguna responsabilidad en la naturaleza dilatoria del procedimiento y, c) *la conducta de los Tribunales*: con el objeto de determinar si los retrasos pueden ser atribuidos a los tribunales competentes⁵⁰.

Nuestros Tribunales entienden que la frase sin dilaciones indebidas empleada por el art. 24.2 CE expresa un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido concreto debe ser obtenido mediante la aplicación, de 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 ordi-

⁵⁰ Sentencias del TEDH, caso Foti y otros (10 de diciembre de 1982); caso Guincho (S. 10 de julio de 1984); caso Lechner y Hess (S. 23 de abril de 1987); Caso Milasi (S. 25 de junio de 1987); caso Moreira de Azevedo (S. 23 de octubre de 1990) y caso Vernillo (S. 20 de febrero de 1991); Caso González Doria Durán de Quiroga (28 de octubre de 2003).

narios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés del demandante, su conducta procesal y la conducta de las autoridades⁵¹.

Aunque un sector mayoritario de la doctrina constitucional entiende que el mero incumplimiento de los plazos obligatorios por parte del órgano judicial ya tendría que originar una dilación indebida⁵², lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha dotado a este derecho del mismo contenido que el derecho establecido en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. Por ello, el art. 24.2 CE no se identifica en nuestra jurisprudencia con el simple retraso de los plazos establecidos en las reglas que organizan el proceso, nuestro Tribunal no ha constitucionalizado el derecho a los plazos procesales, sino que ha constitucionalizado el derecho de toda persona a que su causa se resuelva dentro de un tiempo razonable⁵³. Dicho de otra manera, por dilación indebida no se está diciendo nada diferente que lo que dice el art. 6.1 del Convenio Europeo⁵⁴.

El plazo⁵⁵ a tener en cuenta para valorar la razonabilidad, según el Tribunal Europeo de Derechos humanos, se inicia con la acusación⁵⁶,

⁵¹ De acuerdo con estos criterios, la solución del supuesto debatido depende del resultado que se obtenga de la aplicación de los mismos a las circunstancias en él concurrentes. En este sentido SSTC 220/2004, de 29 de noviembre [RTC 2004, 220]; 153/2005, de 6 de junio [RTC 2005, 153]; 82/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 82]; 4/2007, de 15 de enero [RTC 2007, 4]; 178/2007, de 23 de julio [RTC 2007, 178], y 38/2008, de 25 de febrero [RTC 2008, 38].

⁵² RODÉS MATEU, A. «Consideraciones constitucionales...», p. 9; RAMOS MÉNDEZ, F. *La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil* Justicia 83, núm. 1, 1983, p. 37; ORILLA TREPAT, C. *La edificación temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*. Bosch. Barcelona, 1997, p. 105; BARCELÓ Y SERRAMALERA, M y DIAZ MAROTO Y VILLAREJO, J. «El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» Revista del poder judicial, núm. 46, Madrid. 1997, p. 22 y DIAZ MAROTO Y VILLAREJO, J. «La doctrina del Tribunal constitucional sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y su repercusión en el ámbito penal». Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 8. Pamplona. 2008, p. 5; GIMENO SENDRA, J. V. «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas». Derechos Humanos, núm. Especial CGPJ. Madrid. 1988, p. 54.

⁵³ SSTC 160/2004, de 4 de octubre [RTC 2004, 160]; 177/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 177]; 153/2005, de 6 de junio [RTC 2005, 153]; 82/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 82]; 4/2007, de 15 de enero [RTC 2007, 4].

⁵⁴ DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a un proceso sin dilaciones y su repercusión en el ámbito penal». Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 8. Pamplona. 2008, p. 4.

⁵⁵ Ampliamente sobre las propuestas del Consejo de Europa relativas a la necesidad de concretar los plazos en ASUA BATARRITA, A. «Dilaciones indebidas e individualización de la pena...», p. 205.

⁵⁶ En este sentido las Sentencias del TEDH en el caso Deweer (S. 27 de febrero de 1980); Caso Ringelsen (S. 16 de julio de 1971); caso Eckle (S. 15 de junio de 1982).

pudiéndose tratar de una fecha anterior al sometimiento de la causa al órgano jurisdiccional que va a conocer en el juicio⁵⁷. De esta forma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos adopta una concepción material y no formal de la acusación, definiéndola «como notificación oficial emanada de la autoridad competente del reproche por haber cometido una infracción penal»⁵⁸. Ese plazo no se entiende concluido hasta que quede cubierto la totalidad del procedimiento, es decir, comprende todos los posibles recursos hasta que se dicte sentencia firme⁵⁹. Finalmente, en caso de condena, no debe entenderse acabado el plazo hasta que se termine definitivamente el fundamento de la acusación, por ejemplo, hasta la fijación de las penas globales⁶⁰. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según los criterios señalados, ha estimado que el plazo excedió más de lo razonable, por ejemplo, en el caso Eckle⁶¹, — con procesos que se prolongaron durante diecisiete años y tres semanas uno y con una duración de diez años, cuatro meses y diez días otro—, en el caso Lechner y Hess⁶² —ocho años, tres meses y diecinueve días— o en el caso Milasi⁶³ —nueve años y siete meses—.

La extralimitación del plazo procesal, como pone de relieve RODÉS MATEU⁶⁴, puede originarse por una omisión judicial o por un retraso en la práctica judicial. La primera de ellas, la omisión judicial puede darse en dos situaciones diferentes; la omisión propia y la omisión impropia⁶⁵. La omisión propia se fundamenta en la ausencia integral, con carácter formal o material, de actividad o respuesta judicial a una petición de la parte, sin embargo la omisión impropia no comporta inactividad presente ya que se aprecia actividad formal del órgano *a quo*, pero inadecuadas para solucionar el caso —por ejemplo dictar una resolución expresa de contenidos dilatorios (STC 119/1983, de 14 de diciembre), o realizar excesivas actuaciones judiciales innecesarias (STC 47/1987, de 22 de abril)—.

⁵⁷ Vid. las Sentencias del TEDH en el caso Deweer, (27 de febrero de 1980); Caso Ringeisen, (16 de julio de 1971).

⁵⁸ Cfr. Sentencia del TEDH caso Deweer de 27 de febrero de 1980.

⁵⁹ Vid. Sentencias del TEDH en el caso Ringeisen (S. 16 de julio de 1971); caso Milasi (S. 25 de junio de 1987); caso Lechner y Hess (S. 23 de abril de 1987).

⁶⁰ En este sentido en el caso Eckle, (S. 15 de julio de 1982).

⁶¹ Sentencia del TEDH en el caso Eckle, S. de 15 de julio de 1982.

⁶² Sentencia del TEDH en el caso Lechner y Hess de 23 de abril de 1987, tomando como punto de partida el momento de la acción ante el Tribunal Civil Regional de Viena y de finalización en el momento de la notificación de la sentencia por el Tribunal.

⁶³ Sentencia del TEDH en el caso Milasi de 25 de junio de 1987.

⁶⁴ RODÉS MATEU, A. «Consideraciones constitucionales a un proceso sin dilaciones indebidas». Revista Catalana de Derecho Público, num. 33. 2006, pp. 7 y 8

⁶⁵ STC 324/1994, de 1 de diciembre.

Además, para determinar el carácter razonable de la duración del procedimiento hay que tener presente *el comportamiento del demandante*, teniendo en cuenta si tiene alguna responsabilidad en la naturaleza dilatoria del procedimiento⁶⁶.

En ocasiones se ha exigido que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente, ya que la vulneración del derecho no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión, esa denuncia previa constituye una colaboración del interesado en que la tarea judicial. Sin embargo, esta exigencia de una conducta activa del imputado ha sido superada por la jurisprudencia, principalmente, a partir del año 2000 y, en la actualidad, el Tribunal considera que «en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar porque en el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad. Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos. Por consiguiente, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, 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 atribuye⁶⁷, negándole en caso contrario el reconocimiento de los efectos negativos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificados»⁶⁸.

⁶⁶ Así, por ejemplo, la STS de 11 de octubre de 2010 (RJ 7835) consideró que no se vulneraba el derecho a un proceso sin dilaciones en la paralización de la causa porque el acusado estaba fugado y oculto bajo una identidad falsa durante tres años. En este mismo sentido la STS 21 de octubre de 2010 (RA 7879) consideró vulnerado este derecho fundamental por once años en la tramitación de la causa, que era complicada, residiendo la víctima en el extranjero y habiendo contribuido el acusado a su retraso con recursos y dilación excesiva en la formulación del escrito de defensa.

⁶⁷ Algunos autores han visto en ello un beneficio para el imputado «Tampoco puede perderse de vista los beneficios que, ocasiones, pueden comportar para el acusado... ya sea por la eventualidad de la prescripción del delito o de la pena, ya sea por el simple hecho de alargar en el tiempo la imposición de la eventual sanción penal y las consecuencias desfavorables que de ello se deriven. De hecho no se denuncia ante el órgano judicial... para así obtener una compensación o un resarcimiento». DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.^a *La «nueva» atenuante de dilación ... pp. 62 y 63.* En el mismo sentido HUERTA TOCILDO, S. «*La singularidad de la atenuante de dilaciones indebidas...* p. 1049.

⁶⁸ Vid. STS de 7 de junio de 2010 (RJ 201/2692); STS de 30 de octubre de 2006 (8259). En sentido contrario STS (Sala de lo Militar) 22 DE mayo de 2001 (5146).

El Tribunal Supremo también ha tenido presente para valorar la existencia de dilaciones indebidas *la conducta del Tribunal* con el objeto de determinar si los retrasos pueden ser atribuidos a ellos⁶⁹. Sin embargo, la nueva circunstancia atenuante no hace ninguna referencia a esta exigencia. Ello puede ser atribuido a un descuido del legislador o, tal vez, a una mayor permisividad en la valoración de la conducta de los Tribunales. Lo cierto es que esta omisión podría cambiar la ya arraigada doctrina del Tribunal Supremo en la aplicación de la anterior circunstancia de dilaciones indebidas por analogía que sí exigía considerar la conducta de los Tribunales. Sin embargo, es de suponer que si durante doce años en la apreciación de las dilaciones indebidas se ha estado valorando la conducta de los Tribunales en la actualidad se continúe en esta misma línea.

Es importante determinar si los retrasos pueden ser atribuidos a lo Tribunales competentes porque en la aplicación de la atenuante por analogía de dilaciones indebidas la jurisprudencia⁷⁰ ha interpretado que la sobrecarga de trabajo del órgano jurisdiccional no puede constituir una causa de justificación, ya que, admitir lo contrario, dice el Tribunal Constitucional, significaría dejar vacío de contenido esencial el referido derecho fundamental. «En tal sentido, una avalancha momentánea de procedimientos que pueda sorpresivamente sobrecargar la actividad de un órgano judicial podría justificar el retraso en adoptar las medidas necesarias para satisfacer las pretensiones de las partes; lo que no puede suceder es que lo «normal» sea el funcionamiento «anormal» de la justicia, pues los Estados han de procurar los medios necesarios a sus Tribunales a fin de que los procesos transcurran en un «plazo razonable»⁷¹. De ahí, que si se prescinde de este requisito en la aplicación de la nueva circunstancia atenuante podría suponer un paso atrás, al darse el riesgo de que los tribunales volvieran a adoptar la doctrina anterior al año 2000⁷², que

⁶⁹ Así, por ejemplo, la STS de 7 de junio de 2010 RA 2692 consideró vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas por una paralización del procedimiento durante ocho meses por el error de enviar la causa al Juzgado de lo Penal, en vez de a la Audiencia Provincial.

⁷⁰ Vid. SSTC 160/2004, de 4 de octubre [RTC 2004, 160]; 153/2005, de 6 de junio [RTC 2005, 153].

⁷¹ DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a un proceso sin dilaciones...*, p. 5 hace referencia a las SSTEDH en los casos Buchholz, Eckle y Zimmermann-Steiner.

⁷² STSS de 8 de junio de 1999 (RJ 1999, 5417); 8 de junio de 2000 (1113/2000) y de 24 de junio de 2000 (RJ 2000, 6327) Según estas resoluciones serán datos a tener en cuenta para apreciar dilaciones indebidas: a) La complejidad del proceso; b) Los márgenes ordinarios de duración de procesos del mismo tipo; c) La conducta procesal del demandante, de modo que no se puede imputar el retraso a su actuación pa-

permitía que el órgano judicial tuviera en cuenta los medios que tenía a su disposición para considerar si se ha vulnerado o no el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Finalmente, es preciso aclarar que aparece un nuevo término en la regulación de la atenuante que puede resultar perturbador. En concreto, el legislador hace referencia a la dilación «extraordinaria» e indebida. Algunos autores han deducido de la palabra «extraordinaria» la exigencia de un nuevo requisito. En este sentido se manifiesta DOMINGUEZ IZQUIERDO⁷³, que lo ubica entre otros requisitos no incluidos en la anterior atenuante y, reconociendo que se trata de un término relativo, considera que la «dilación además de ser indebida ha de presentar un carácter anormal, ser extraordinaria»⁷⁴ y hace referencia, por un lado a que «el retardo exceda de lo que se considera normal u ordinario o dilaciones (citando la STS 457/2010 de 25 de mayo) «verdaderamente clamorosas y que se sitúan muy fuera de lo corriente o de lo mas frecuente» y de otra, a dilaciones que se encuentran fuera de lo que es debido, esto es, que suponen la vulneración de los deberes de actuación en la tramitación de la causa. Y estos dos requisitos han de estar unidos para adquirir su pleno significado toda vez que un retraso muy significativo no siempre tiene que ser legítimo»⁷⁵. Esta definición apenas se diferencia de lo que se entiende por dilación indebida, ya que si la dilación indebida debe ser, además, extraordinaria podría llegarse a la conclusión de que se estaría limitando la aplicación de la nueva circunstancia atenuante a los casos en que el tribunal ha estado apreciando la atenuante de dilación indebida por analogía como muy cualificada —como ocurre en la sentencia citada por esta autora de 25 de mayo de 2010 (RJ 2010/6143), en la que se solicita la atenuante de dilaciones indebidas por analogía como muy cualificada—. Esta interpretación supondría privar de una reparación por dilaciones indebidas en la mayoría de las ocasiones, ya que el carácter extraordinario de la dilación como muy cualificada está siendo interpretada por nuestra jurisprudencia, por ejemplo, en el caso en que la duración del proceso penal fue de nueve años (Sentencias TS 655/2003, de 8 de mayo (RJ 2003, 4722), o para reparar en términos penológicos la excesiva duración del proceso que duró ocho años (STS 291/2003, de 3 de marzo (RJ 2003, 5150), o en un proceso que tardó 15 años en resolverse (STS 896/2008, de 12 de diciembre (RJ 2008, 7287) o, incluso, un proceso

siva u obstruccionista; d) Las consecuencias que de la demora se siguiesen al demandante; y e) *la actuación del órgano judicial y los medios de que disponía el mismo.*

⁷³ DOMINGUEZ IZQUIERDO, E. M.^a *La «nueva» atenuante de dilación...*, pp. 74 y ss.

⁷⁴ DOMINGUEZ IZQUIERDO, E. M.^a *La «nueva» atenuante de dilación...*, p. 72.

⁷⁵ DOMINGUEZ IZQUIERDO, E. M.^a *La «nueva» atenuante de dilación...*, p. 72.

que se tramitó durante 18 años (STS 132/2008, de 12 de febrero (RJ 2008, 2972)).

Por ello, el término dilación «extraordinaria» no es un nuevo requisito, sino que corresponde con la denominación de esta nueva circunstancia atenuante. Esta afirmación se deduce de la redacción de la propia circunstancia, pues el legislador hace referencia a «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», siendo su nombre dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento y sus requisitos que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa. En efecto, como ya se ha indicado, el Tribunal Constitucional entiende que un proceso sin dilaciones indebidas es aquel que no se desenvuelve en condiciones normales, durando más de lo razonable. Y para establecer el carácter «razonable» de la duración del procedimiento, y ante la ausencia en nuestra legislación de una norma específica que lo determine, como señala el Tribunal Constitucional⁷⁶, se debe acudir a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que considera que para establecer el carácter razonable de la duración del procedimiento, hay que valorar las circunstancias de la causa y tener en consideración los criterios establecidos por la jurisprudencia, siendo esos criterios a) la complejidad del caso; b) el comportamiento del demandante y, c) la conducta de los Tribunales.

C) Tratamiento jurídico de la nueva circunstancia atenuante

Aparte de los efectos jurídicos que producen las circunstancias en la determinación de la pena, hay que hacer referencia al tratamiento jurídico que cabe dispensar a la nueva circunstancia atenuante de dilación extraordinaria e indebida en cuestiones relativas a su condición de circunstancia atenuante genérica. Este estudio está condi-

⁷⁶ Hay que tener presente, conforme al art. 10. 2 CE, que las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretan de acuerdo a los Tratados y Acuerdos Internacionales suscritos por España. Nuestra jurisprudencia constitucional de manera reiterada y constante reconoce el valor que a tales efectos tiene la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha perfilado el criterio de plazo razonable, siendo equivalente o similar al utilizado por nuestro art. 24.2 CE, y «*constituye un verdadero «corpus» doctrinal que ha sido asumido por este Tribunal*» SSTC de 14 de marzo [RTC 1984, 36]; 23 de enero [RTC 1985, 5]; 24 de noviembre [RTC 1988, 223]; 14 de junio [RTC 1993, 683].

cionado por las críticas que ha sufrido la atenuante de dilaciones indebidas por analogía porque hay un sector de la doctrina⁷⁷ que considera que las dilaciones indebidas no pueden tener la consideración de circunstancia atenuante.

Una de las objeciones que ha recibido la atenuante de dilaciones indebidas por analogía es que origine una situación análoga a la de las circunstancias posteriores a la consumación del delito previstas en los números 4º y 5º del art. 21 CP (circunstancias atenuantes de arrepentimiento y de disminución o reparación del daño causado). En concreto, se afirma que no existe tal semejanza —sin entrar en el debate de cuál es el fundamento de cada una de ellas— porque partiendo de la premisa de que todas sean posteriores al hecho, la aplicación de las atenuantes de los artículos 21, 4º y 5º CP requiere un comportamiento del autor relacionado con el delito y en las dilaciones indebidas el autor no realiza ningún comportamiento⁷⁸. Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada porque los Tribunales no han exigido en todas las ocasiones que el propio autor realice un comportamiento para obtener la aplicación de la circunstancia atenuante. Este es el caso de la atenuante de reparación del daño, ya que los tribunales la están apreciando cuando el comportamiento lo ha realizado un tercero, por ejemplo, cuando la indemnización se ha llevado a cabo por una Compañía de Seguros⁷⁹.

En relación con la comunicabilidad de las circunstancias también se ha considerado que la atenuante de dilaciones indebidas no se somete al régimen general. Como es sabido, algunas circunstancias que concurren en el autor pueden ser transmitidas al partícipe. Para ello,

⁷⁷ MANJÓN-CABEZ OLMEDA, A. *La atenuante analógica...*, pp. 294 y ss.; DOMINGUEZ IZQUIERDO, E. M.^a *La «nueva» atenuante de dilación...*, p. 78; ASUA BATARRITA, A. «*Causas de extinción o de exclusión o de restricción de la punibilidad del fundamento jurídico constitucional*». En el nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ángel Torío López. Comares. Granada. 1999, p. 237.

⁷⁸ MANJÓN-CABEZ OLMEDA, A. *La atenuante analógica...*, p. 292. Citados por esta autora defendiendo el mismo argumento FERNANDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, p. «*Las dilaciones indebidas en el proceso y su incidencia sobre la orientación de las penas hacia la reeducación y reinserción social*». Poder Judicial, núm. 24. 1991, p. 125; OTERO GONZALEZ, P. y CASTRO MORENO, A. «*la atenuante analógica tras la reforma del Código Penal por LO 11/2003 y LO 15/2003*» La Ley Penal, núm. 27, 2006, p. 10.

⁷⁹ Sentencia de la AP Zaragoza (Sección 1º), de 2 de julio de 1999 ARP 1999/2900; En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete (Sección 1ª), de 28 de septiembre de 2007 (JUR 2006/148640). Aunque se trata de una doctrina no unánime porque en sentido contrario también se manifiesta el Tribunal, por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª), de 10 de octubre de 2007 (JUR 2008/69705) o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 13 de septiembre de 2010 (JUR 2010/369015).

hay que estar a lo establecido en el art. 65 CP que establece las reglas de comunicabilidad de las circunstancias al partícipe. El art. 65 CP señala que «las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal, agravarán o atenuarán la responsabilidad solo de aquellos en quienes concurren. 2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito». La transmisión de las circunstancias personales está condicionada legalmente a su concurrencia en la persona del partícipe, además de la exigencia de conocimiento⁸⁰. En el caso concreto de la nueva circunstancia atenuante de dilación extraordinaria e indebida la doctrina penal⁸¹ que se ha pronunciado sobre ella ha considerado que al ser una circunstancia que no se relaciona con la actitud del sujeto sino con el desarrollo del proceso no es comunicable por ninguno de los casos contemplados en el artículo 65 CP, pues entiende que no es una circunstancia ni de naturaleza personal ni material. Sin embargo, esta circunstancia, acorde con el fundamento asignado, tiene una naturaleza de carácter personal porque el imputado es quien sufre «personalmente» los perjuicios provocados por el retraso injustificado en la administración de justicia y, esa pérdida de «sus derechos» no es transmisible al partícipe, pues sólo concurre en la persona que ha sufrido las dilaciones indebidas y, por tanto, sólo a él se le puede abonar en la pena la pérdida de derechos por el retraso injustificado del proceso.

Sin embargo, hay unanimidad cuando se analiza la compatibilidad de la atenuante de dilaciones indebidas con el resto de las circunstancias. Todos los autores entienden que ésta es compatible con todas las atenuantes y con todas las agravantes⁸².

Finalmente, para proceder a la consideración de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal es imprescindible que «los elementos o requisitos que integran o fundamentan su apreciación estén probados con igual claridad meridiana que el hecho mismo»⁸³. «Esta exigencia de prueba significa que las agravantes y las

⁸⁰ PÉREZ ALONSO, E. J. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010, p. 442.

⁸¹ MANJÓN-CABEZ OLMEDEA, A. *La atenuante analógica...*, pp. 290 y ss.; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.^a *La «nueva» atenuante de dilación...*, pp. 78 y 79.

⁸² Pese a esta afirmación, críticamente MANJÓN-CABEZ OLMEDEA, A. *La atenuante analógica...*, p. 294. «La compatibilidad es absoluta, en el sentido de que nada tiene que ver con ninguna, por lo que no se interfieren, ni se solapan, ni se excluyen».

⁸³ Sentencia del Tribunal de la AP Sevilla, sección 4^ª, de 3 marzo de 2000 [RA 2000/512].

atenuantes requieren de un substrato material para conformar su vertiente objetiva, no pudiéndose fundar en hipótesis, ya que esta base fáctica constituye el objeto de referencia obligado de la vertiente subjetiva (dolo)»⁸⁴. Por este motivo, para proceder a la apreciación de las circunstancias el Juez está obligado a probar en la sentencia que el sujeto tiene conocimiento de que está ante la situación descrita en la circunstancia, en este caso, que conoce que se ha producido un retraso injustificado en la administración de justicia, produciéndole una pérdida de sus derechos.

V. Conclusiones

La nueva circunstancia atenuante de dilaciones indebidas proporciona a los tribunales una herramienta para reparar la lesión de este derecho fundamental. Por ello, mi valoración global es muy positiva, porque se consolida una solución adecuada y eficaz que permite al Tribunal que juzga que se ha producido la lesión de un derecho la capacidad para su reparación. Además, sería necesario que se dotara a la Administración de justicia de más medios para evitar los retrasos injustificados y, por tanto, que este derecho a un proceso sin dilaciones indebidas quedara completamente garantizado.

Hay que reconocer la existencia de otras posibles soluciones propuestas por la doctrina y por la jurisprudencia para reparar las dilaciones indebidas, que son viables también mediante una reforma del Código Penal —la condena e inexecución de la sentencia, absolución por aplicación analógica de la institución de la prescripción o su valoración en la individualización de la pena como una causa de punibilidad—, sin embargo su reconducción a una circunstancia atenuante «tiene una consecuencia práctica altamente importante, toda vez que somete la atenuación de la pena al régimen general de su individualización de la pena. De esta manera, se excluye todo riesgo de arbitrariedad en el manejo de los principios aquí establecidos. La pena aplicable junto con la pérdida del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas habrá respetado la proporción adecuada entre el hecho y su sanción, dentro de los límites en los que el legislador ha considerado que ello debe tener lugar para no frustrar la estabilización de la norma infringida»⁸⁵.

⁸⁴ Cfr. PÉREZ ALONSO, E. J. *Teoría General de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Edersa. Madrid. 1995, p. 317.

⁸⁵ SST de 25 de mayo de 2010 (RJ 2010/6143).

Pese a la primera afirmación, la nueva regulación de la atenuante de dilaciones indebidas también tiene algunos aspectos negativos, principalmente, porque su redacción ha sido poco afortunada. En primer lugar, porque el legislador la denomina dilación extraordinaria e indebida y ese nuevo término de «extraordinaria» puede resultar perturbador, ya que algunos autores lo están interpretado como un nuevo requisito, lo que podría ocasionar mayores exigencia para su apreciación, pudiéndose incluso llegar a equipararla con la anterior atenuante de dilación indebida por analogía como muy cualificada. Y en segundo lugar, hay que destacar que el legislador ha omitido el requisito de valorar la conducta del Tribunal, requisito que sí estaba siendo exigiendo en la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas por analogía, lo que podría suponer un paso atrás, al darse el riesgo de que los tribunales volvieran a adoptar la doctrina anterior al año 2000⁸⁶, que permitía al órgano judicial que tuviera en cuenta los medios a su disposición para considerar si se ha vulnerado o no el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

⁸⁶ STSS de 8 de junio de 1999 (RJ 1999, 5417); 8 de junio de 2000 (1113/2000) y de 24 de junio de 2000 (RJ 2000, 6327) Según estas resoluciones serán datos a tener en cuenta para apreciar dilaciones indebidas: *a)* La complejidad del proceso; *b)* Los márgenes ordinarios de duración de procesos del mismo tipo; *c)* La conducta procesal del demandante, de modo que no se puede imputar el retraso a su actuación pasiva u obstruccionista; *d)* Las consecuencias que de la demora se siguiesen al demandante; y *e)* *la actuación del órgano judicial y los medios de que disponía el mismo.*