

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

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

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

-

---

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

## La colaboración premiada: justicia premial encubierta

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

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

#### 1. Introducción

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>27</sup>«Fue aperturada el 29/07/2014, dimanante de las DP 275/08, incoadas por auto de 06/08/2008, con motivo de la denuncia formulada por el acusado José Luis Peñas Domingo, quien, desde el primer momento, ha colaborado de forma esencial en la investigación, exponiendo el modo de operar del grupo liderado por Francisco Correa. Asimismo, aportó junto con su denuncia numerosas grabaciones de conversaciones mantenidas con otros acusados, que la corroboran y han sido de gran ayuda para un mejor esclarecimiento de los hechos y partícipes en ellos» (STS 507/2020, Antecedentes de Hecho, n.º 5). Otra vez: «ha sido esencial para la averiguación y esclarecimiento de los hechos, en lo que a él y quienes con él participaron en los mismos se refiere, tanto por la aportación de determinadas conversaciones que grabó, como por la descripción de esos hechos y partícipes, en particular en lo relativo a la actividad desarrollada por Francisco Correa» (STS 507/2020, Antecedentes de Hecho, III).

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

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

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

su fiabilidad». Además, señala que este posicionamiento está de acuerdo con las líneas jurisprudenciales de la propia corte según la que «el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización del testimonio que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno (AATC 1/89, de 13 de enero; 899/2013, de 13 de diciembre)»<sup>31</sup>. Es más, para denegar este recurso el Tribunal Supremo se fundamenta en las permisiones legislativas relacionadas con los acuerdos entre acusación y defensas en el sumario y en el procedimiento abreviado<sup>32</sup>, «que pueden abocar, en algunos supuestos, a sentencias de conformidad», así como en el Código Penal, que permite una atenuación relevante en delitos contra salud pública y terrorismo cuando haya colaboración activa y abandono voluntario de sus actividades. El Tribunal Supremo concluye que «ninguna queja constitucional se ha planteado contra esta regulación, de modo que las alegaciones de quiebra de un juicio justo, desequilibrio, tutela judicial, igualdad y demás vulneraciones que se denuncian carecen de fundamento»<sup>33</sup>.

Por consiguiente, exclusivamente a partir de estos argumentos, el Tribunal Supremo cierra este apartado y deniega el pedido del recurrente, admitiendo, por lo tanto, un acuerdo extraprocésal no fundamentado directamente en ninguna permisión legal y posteriormente concedido debido a una interpretación analógica de la confesión (la que ha pasado a incluir el beneficio penal para las confesiones que ocurrieran tras el conocimiento del culpable sobre el proceso penal para la colaboración con la justicia)<sup>34</sup>.

Francisco Correa, en su segundo motivo de recurrir<sup>35</sup> adujo que la atenuante analógica de confesión debe ser extendida a todos los delitos y penas en todos sus apartados, extensión no realizada por la Audiencia Nacional, la que, llegando a justificar la aplicación de la atenuante, «luego no llega a aplicar la rebaja penológica, imponiendo las mismas penas al recurrente que a aquellos a quienes no aprecia la concurrencia de la atenuante». Así, «el recurrente discrepa de tal razonamiento por cuanto ninguna regla penológica permite la no aplicación de una circunstancia atenuante por la gravedad objetiva de los hechos. Y por ello dada la especial intensidad y utilidad de la confesión para la investigación, esta atenuante debe ser considerada como muy cualificada con rebaja en todas las penas impuestas en dos grados»<sup>36</sup>.

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

---

<sup>31</sup> Citan, además, la posición del propio Tribunal Supremo en otros fallos donde «ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en estos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad (SSTS 29-10-90; 28-5-91; 14-2-95; 23-6-98; 3-3-2000)».

<sup>32</sup> Respectivamente arts. 655,688 y 694 LECrim y los artículos 779.5º, 784.3º, 787 y 801 LECrim.

<sup>33</sup> STS 507/2020, FD n.º 819.

<sup>34</sup> MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *Las excusas absolutorias en Derecho Español: doctrina y jurisprudencia*, 214, p. 35; FARALDO CABANA, «Comentario al Artículo 21.7», en CUERDA ARNAU (ed.), *Comentarios al Código Penal. Tomo I*, 2023, p. 304; GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Atenuantes de reparación y de confesión: equívocos de la orientación utilitarista*, 2008, p. 127; ORTIZ PRADILLO, *Los delatores en el proceso penal*, p. 230.

<sup>35</sup> Al amparo del N.º 1 del art. 849 LECrim, por indebida inaplicación de los arts. 21. 7º y 4º CP, y art. 66.1 y 2 CP (STS 507/2020, p.146).

<sup>36</sup> STS 507/2020, FD n.º 63.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 4. Reflexión final

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

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

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

---

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

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

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

<sup>52</sup> STS 507/2020, FD n.º 55

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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