

**SOBRE EL PLAZO DE DURACIÓN DE LA
INSTRUCCIÓN EN LAS CAUSAS ATRIBUIDAS
A LA FISCALÍA EUROPEA DELEGADA Y LA MÁS
QUE DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD DEL
ARTÍCULO 42 DE LA LEY ORGÁNICA
DE 1 DE JULIO DE 2021**

**ABOUT THE DURATION OF THE INVESTIGATION PROCEDURES
IN THE CASES ATTRIBUTED TO THE EUROPEAN DELEGATED
PROSECUTORS AND THE MORE THAN DOUBTFUL
CONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 42 OF THE ORGANIC LAW
OF JULY 1st, 2021**

José María Ayala de la Torre

Socio director de Ayala de la Torre Abogados.
Abogado del Estado en excedencia

Sumario: *I. El plazo de instrucción en el artículo 324 de la LECR y las consecuencias de realizar actuaciones fuera de plazo. II. El artículo 42 de la Ley Orgánica de 1 de julio de 2021 y la inaplicabilidad del artículo 324 de la LECR a las instrucciones de causas penales asumidas por la Fiscalía Europea Delegada. Problemas de constitucionalidad de la norma.*

Resumen: En el presente trabajo pretendemos interpretar el artículo 42 de la Ley Orgánica de 1 de julio de 2021 y la exclusión del artículo 324 de la LECR en los procedimientos de instrucción atribuidos a la Fiscalía Europea delegada, procediendo a un estudio sistemático de la evolución del plazo de instrucción en las causas penales desde una perspectiva constitucional del derecho de defensa y el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas y con todas las garantías

del artículo 24.2 de la CE. Concluyendo que carece de justificación constitucional el distinto tratamiento del plazo de instrucción en la LECr y en la Ley Orgánica de 1 de julio de 2021, que origina un tratamiento desigual que por ser discriminatorio vulnera el artículo 14 de la CE. Sin que encuentre justificación esa discriminación en la jurisprudencia del TJUE contenida en la sentencia de 5 de junio de 2018.

Palabras clave: Plazo máximo de instrucción, Fiscalía Europea, dilaciones indebidas, principio de igualdad, no clausura del procedimiento penal.

Abstract: In this paper we intend to interpret article 42 of the Organic Law of July 1st, 2021 and the exclusion of article 324 of the Criminal Procedure Act in the investigation procedures attributed to the European Delegated Prosecutors, doing a systematic study of the evolution of the investigation period in criminal cases from a constitutional perspective of the right of defence, the right to be tried without undue delay and the right to a due process recognized in Article 24.2 of the Spanish Constitution. Concluding that the different treatment of the investigation period in the Criminal Procedure Act and in the Organic Law of July 1st, 2021 lacks constitutional justification, as it originates an unequal and discriminatory treatment that violates Article 14 of the Spanish Constitution. This discrimination is not justified in the CJEU jurisprudence contained in the judgment of June 5th, 2018.

Key words: Maximum duration of the investigation period, European Public Prosecutor's Office, undue delays, equal treatment principle, non-closure of criminal procedures.

I. EL PLAZO DE INSTRUCCIÓN EN EL ARTÍCULO 324 DE LA LECR Y LAS CONSECUENCIAS DE REALIZAR ACTUACIONES FUERA DE PLAZO

La polémica en torno al plazo de duración de la instrucción de las causas penales y a los efectos del incumplimiento de los referidos plazos a través de la práctica de diligencias acordadas con anterioridad o con posterioridad a la expiración del plazo de instrucción, está, a día de hoy, totalmente superada, pudiendo señalar muy resumidamente los siguientes hitos más relevantes de la discusión:

1.º Un primer momento tiene lugar a raíz de la relevante **reforma operada a través de la Ley 41/2015**, que vino a dar redacción al artículo 324 de la LECR, poniendo fin al, en palabras del preámbulo de la

referida norma, «exiguo e inoperante» plazo de un mes de instrucción que contemplaba en su versión anterior el artículo 324 de la LECR¹, y fijando un plazo máximo de instrucción, así como las consecuencias procesales del incumplimiento de los referidos plazos.

Tras esa reforma, el artículo 324 vino a disponer:

«1. Las diligencias de instrucción se practicarán durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas.

No obstante, antes de la expiración de ese plazo, el instructor a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes, podrá declarar la instrucción compleja a los efectos previstos en el apartado siguiente cuando, por circunstancias sobrevenidas a la investigación, ésta no pudiera razonablemente completarse en el plazo estipulado o concurran de forma sobrevenida algunas de las circunstancias previstas en el apartado siguiente de este artículo.

2. Si la instrucción es declarada compleja el plazo de duración de la instrucción será de dieciocho meses, que el instructor de la causa podrá prorrogar por igual plazo o uno inferior a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes. La solicitud de prórroga deberá presentarse por escrito, al menos, tres días antes de la expiración del plazo máximo.

Contra el auto que desestima la solicitud de prórroga no cabrá recurso, sin perjuicio de que pueda reproducirse esta petición en el momento procesal oportuno.».

La referida reforma supuso un paso fundamental en la protección del derecho de defensa del investigado y en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, contemplados en el artículo 24.2 de la CE; todo ello por cuanto que (por utilizar la terminología de la Ley 2/2020 de reforma del artículo 324) «*como es sabido, el proceso penal es en sí mismo una pena, que comporta aflicción y costes para el imputado. Por identidad de razón por la que en otros ámbitos (por ejemplo, en materia tributaria o sancionadora) se establecen límites a la duración de las actividades inspectoras o instructoras, debe articularse un sistema que cohoneste la eficacia del proceso penal con los derechos fundamentales de presunción de inocencia, derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías que se sustancie en un plazo razonable*».²

¹ Exiguo e inoperante por cuanto que el trascurso del plazo provocaba únicamente el deber del secretario judicial de dar parte semanal de las razones que habían llevado a no finalizar la instrucción en el referido plazo de un mes, nada más.

² Como gráficamente señala la Sentencia del Tribunal Supremo 52/2022 de 21 de enero, Fundamento Jurídico Primero, *la finalidad de estos plazos es que ningún ciudadano quede cuestionado en su presunción de inocencia y sometido a proceso de*

No obstante la redacción de 2015 dejaba una serie de dudas que, doctrina y jurisprudencia se han ocupado de resolver, que podemos sistematizar del siguiente modo (STS de 18 de mayo y 22 de junio de 2017, entre otras):

- a) El establecimiento del plazo máximo para llevar a cabo la instrucción tiene la consideración de plazo propio siendo posible su ampliación previa «declaración de complejidad», con intervención de las partes.
- b) Transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el instructor deberá ineludiblemente dictar el auto de conclusión, si es procedimiento ordinario, o la resolución que proceda conforme al artículo 779 de la LECRIM. si se trata de procedimiento abreviado.
- c) Transcurridos dichos plazos no pueden practicarse más diligencias de prueba, sin perjuicio de incorporar a la causa las acordadas con anterioridad al transcurso del plazo y practicadas con posterioridad (diligencias probatorias «rezagadas»). Son válidas las diligencias probatorias realizadas después de expirado el plazo pero acordadas durante la vigencia del plazo de instrucción; no son válidas las diligencias probatorias acordadas con posterioridad al vencimiento del plazo de instrucción.
- d) El transcurso del plazo no supone, «en ningún caso» el archivo de la causa, si no concurren las circunstancias previstas en los artículos 637 y 641 de la LECR, sino la conclusión de la fase de instrucción y la continuación del proceso. Se trata de un efecto preclusivo por expiración del plazo de instrucción (por todas, Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo 62/2017 de 18 de mayo).

2.º Para disipar las escasas dudas interpretativas que quedaban, la **Ley 2/2020 de 27 de julio**, procedió a reformar el precepto, que queda redactado del siguiente modo:

«1. La investigación judicial se desarrollará en un plazo máximo de doce meses desde la incoación de la causa.

Si, con anterioridad a la finalización del plazo, se constatare que no será posible finalizar la investigación, el juez, de oficio o a instancia de parte, oídas las partes podrá acordar prórrogas sucesivas por periodos iguales o inferiores a seis meses.

investigación indefinido, inagotable y temporalmente irrazonable para una sociedad democrática.

Las prórrogas se adoptarán mediante auto donde se expondrán razonadamente las causas que han impedido finalizar la investigación en plazo, así como las concretas diligencias que es necesario practicar y su relevancia para la investigación. En su caso, la denegación de la prórroga también se acordará mediante resolución motivada.

2. Las diligencias de investigación acordadas con anterioridad al transcurso del plazo o de sus prórrogas serán válidas, aunque se reciban tras la expiración del mismo.

3. Si, antes de la finalización del plazo o de alguna de sus prórrogas, el instructor no hubiere dictado la resolución a la que hace referencia el apartado 1, o bien esta fuera revocada por vía de recurso, no serán válidas las diligencias acordadas a partir de dicha fecha.

4. El juez concluirá la instrucción cuando entienda que ha cumplido su finalidad. Transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el instructor dictará auto de conclusión del sumario o, en el procedimiento abreviado, la resolución que proceda.»

El Tribunal Supremo ha venido a interpretar el precepto y extraer una serie de consecuencias que se resumen en la **Sentencia 455/2021**:

- a) La fijación de plazos máximos de instrucción constituye una opción de política legislativa que determina que las diligencias de investigación acordadas y practicadas fuera de este plazo serán nulas, sin posibilidad de subsanación (sin perjuicio de las denominadas «diligencias rezagadas», que se acuerdan dentro del plazo de instrucción, pero cuya práctica se produce tras la finalización de este plazo, conforme al actual art. 324.2 LE-Crim). Por eso los plazos de instrucción son de obligado cumplimiento, sin que sea admisible una interpretación flexible de los mismos.³
- b) Pese a ser una opción de política legislativa, el establecimiento de un plazo de instrucción entra dentro del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías del artículo 24.2 de la CE⁴, existiendo una relación directa entre el

³ Por ello, el Tribunal Supremo, en la referida sentencia, hace suyos los argumentos de la Sala de la Audiencia Provincial de Murcia, al sostener que la ampliación indebida del plazo de instrucción «constituye un fraude al derecho fundamental del investigado a un proceso sin dilaciones indebidas contrario a la Ley y a la Constitución».

⁴ Esta afirmación del Tribunal Supremo pudiera parecer una contravención de la interpretación que de las dilaciones indebidas hizo en su momento el Tribunal Constitucional, en concreto en la sentencia 103/2006 de 6 de julio, FD 5º, al indicar: «este derecho es una expresión constitucional que encierra un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, porque no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones supone una vulneración del derecho

establecimiento de un plazo de instrucción y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

- c) El legislador ha querido fijar un plazo de «movilidad práctica temporal de diligencias» en la fase de instrucción, y que más que de preclusión se trata de que el Fiscal, en el ejercicio de su función de postulación de la práctica de diligencias y potenciación, también de su labor instructora, sea el que las inste ante el juez de instrucción y ejerza una función fiscalizadora de la agilización de las diligencias, así como que no transcurra el plazo fijado de seis meses al momento de los hechos y de doce en la actualidad que evite la paralización de las diligencias⁵.
- d) La práctica de diligencias de investigación de forma extemporánea conlleva indefensión material para el investigado. La vulneración del derecho de defensa reside en que se hubiese permitido «a la acusación aportar diligencias de investigación que no podía haber aportado, y construir un material para sostener la acusación altamente improcedente, basado en una actuación contra legem que debe tener la sanción de la nulidad de lo aportado fuera de los plazos legales. (Por eso) La indefensión no fue formal, sino material». En un sentido similar, también afirma el Alto Tribunal que admitir la práctica de diligencias tras el fin del plazo de instrucción «produciría un desequilibrio de la reciprocidad entre las partes en el proceso», pues el Ministerio Público debe tener una postura proactiva en el procedimiento, «sancionándose la pasividad con la declaración de nulidad de diligencias extemporáneas».
- e) La consecuencia del incumplimiento del plazo de instrucción es la nulidad de las actuaciones posteriores a ese plazo (salvo si hubiera sido acordadas con anterioridad a la expiración del plazo).
- f) Se excluye cualquier riesgo de impunidad por el transcurso de los plazos al excluirse que su agotamiento dé lugar al archivo automático de las actuaciones fuera de los supuestos en que proceda el sobreseimiento libre o provisional de la causa⁶.

fundamental que estamos comentando (por todas, STC 54/2014, de 10 de abril, FJ 4º), sin que, por otra parte, el derecho fundamental referido pueda identificarse con un derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales, configurándose a partir de la dimensión temporal e todo proceso y su razonabilidad».

⁵ Téngase en cuenta que con la reforma operada por la Ley 2/2020 puede ser acordada de oficio por el Juez la prórroga, aun cuando no sea solicitada por el Fiscal.

⁶ «El artículo 324 LECR no crea una nueva causa de extinción de la responsabilidad penal», como acertadamente dice el apartado 20 del Fundamento de derecho segundo

Resta por decir que la **Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2021 de 8 de abril** ha de quedar totalmente superada por esta jurisprudencia toda vez que la misma mantiene una interpretación de los plazos máximos incompatible con los derechos del investigado, al indicar que los plazos máximos no tienen una «conexión directa» con el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) o con el derecho a un proceso equitativo en plazo razonable (art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), sin que sea posible «vincular los plazos —más que de un modo remoto— con el tiempo razonable para la tramitación del procedimiento». La finalidad de los plazos máximos de instrucción sería, según la Circular FGE 1/2021, la de «ordenar el curso del procedimiento».⁷

Esta afirmación de la Fiscalía General del Estado de la inexistencia de conexión directa entre los plazos máximos de la instrucción y los derechos de los investigados es manifiestamente contraria no sólo al preámbulo de la LO 2/2020 que modifica el artículo 324 de la LE-Crim, al que antes se ha hecho referencia, sino que también se separa del anterior criterio de Fiscalía, el defendido en la Circular 5/ /2015 de la FGE, sobre los plazos máximos de la fase de instrucción, donde se afirmaba que «no debe olvidarse que una de las principales finalidades de esta norma es garantizar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», que «la limitación de los plazos de instrucción está en conexión con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas» y que «el incumplimiento de los plazos podrá generar una infracción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas».⁸

de la STS 455/21 que venimos comentando. No obstante no crear una nueva causa de exención de responsabilidad, es cierto que no serán válidas las actuaciones de instrucción acordadas con posterioridad al vencimiento del plazo de instrucción, incluida la declaración en calidad de investigado, siendo así que si vence el plazo sin que haya declarado el investigado como tal no cabrá sino acordar el sobreseimiento provisional sin que quepa la posterior reapertura del procedimiento, salvo si ésta se fundamenta en algo distinto a aquello que formaba parte de la investigación al tiempo del vencimiento del plazo de instrucción.

⁷ Tratando de volver, de esta suerte, a la superada polémica de si nos encontramos ante un plazo propio o impropio.

⁸ También en esto conviene «estar de acuerdo con uno mismo»; como decía Deleuze, el filósofo de la diferencia, «no hay nada más peligroso que no estar de acuerdo con uno mismo».

II. EL ARTÍCULO 42 DE LA LEY ORGÁNICA DE 1 DE JULIO DE 2021 Y LA INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 324 DE LA LECR A LAS INSTRUCCIONES DE CAUSAS PENALES ASUMIDAS POR LA FISCALÍA EUROPEA DELEGADA. PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA

Consecuencia del Reglamento UE 2017/1939 de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, es el surgimiento, como órgano de la Unión y con personalidad jurídica propia, de una Fiscalía Europea para la persecución e investigación de los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión, Fiscalía que «*iniciará y llevará a cabo sus investigaciones sin retrasos injustificados*» (artículo 5 del Reglamento) y la aprobación de la Ley Orgánica de 1 de julio de 2021, en cuyo artículo 4.2 se establece que la Fiscalía Europea tendrá competencia para el conocimiento de los delitos contra la Hacienda de la Unión no referidos a impuestos directos nacionales, el fraude de subvenciones y ayudas europeas, el delito de blanqueo de capitales que afecten a bienes procedentes de los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión; de los delitos de cohecho cuando perjudiquen o puedan perjudicar a los intereses financieros de la Unión y del delito de malversación cuando perjudique de cualquier manera los intereses financieros de la Unión y el delito de contrabando cuando afecten a los intereses financieros de la Unión.

Por su parte el artículo 42.2.º dispone que *las previsiones contenidas en el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no serán de aplicación en los procedimientos que se sigan ante la Fiscalía Europea.*

El artículo 324 de la LECrim ha quedado, por consiguiente, taxativa y expresamente excluido en los procedimientos que son competencia de la Fiscalía Europea, asumiendo el prelegislador (el Gobierno en el Proyecto de ley orgánica) y el legislador (en la norma final) la recomendación del CGPJ contenida en el Informe sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento interno al Reglamento de la Unión Europea 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

Así las cosas, el argumento del CGPJ para excluir la aplicación del artículo 324 de la LECrim a los procedimientos cuya competencia se atribuye a la fiscalía europea delegada se encuentra en el apartado sexagésimo séptimo:

«Ni en la regulación del inicio del procedimiento investigador, ni en la de su conclusión, se hace referencia a los límites de su duración, encontrándonos únicamente con la referencia al «tiempo mínimo imprescindible para la consecución de los fines que le son propios» en el artículo 71.1 del ALO. Si bien, el que las investigaciones de la Fiscalía Europea puedan verse sujetas a plazos máximos impuestos por los Derechos nacionales entrañaría un riesgo o dificultad para el eficaz desarrollo de las funciones de investigación de la Fiscalía en todo el territorio de la Unión, sería procedente que el prelegislador aclarase la no aplicación del límite temporal de la instrucción del artículo 324 de la LECrim.»

Añadiendo el apartado nonagésimo del referido informe:

«El apartado 2 del artículo 71 viene a desarrollar uno de los principios básicos que rigen la actividad de la Fiscalía Europea, de acuerdo con el artículo 5 del Reglamento, consistente en que el inicio y desarrollo de las investigaciones se llevará a cabo «sin retrasos injustificados». En línea con este principio, el prelegislador ha dispuesto que los Fiscales Europeos Delegados deben impulsar el procedimiento de investigación, evitar su paralización y asegurarse de que «se desarrolla en el tiempo mínimo imprescindible para la consecución de los fines que le son propios». La opción del Reglamento de sujetar la duración de la investigación a un límite temporal de carácter principal («sin retrasos injustificados») debe leerse en línea con la STJUE de 5 de junio de 2018, Kolev y otros, en la que el Tribunal de Justicia consideró que el artículo 325 TFUE se oponía a una norma nacional que un límite temporal al procedimiento de investigación de delitos que afecta a los intereses financieros de la Unión (apdos. 49 a 76). El Anteproyecto debería, explicitar, en este sentido, la no aplicabilidad por vía supletoria de los límites temporales de la instrucción previstos en el artículo 324 LECRIM.»

Por consiguiente, la razón de la exclusión del artículo 324 de la LECR y del plazo de doce meses máximo de duración de la instrucción cuando se trata de causas atribuidas a la Fiscalía europea se basa en la doctrina contenida en la sentencia de 5 de junio de 2018 del TJUE y las conclusiones que la misma alcanza sobre el artículo 325 del TFUE, en concreto en el apartado 76 de la referida sentencia:

«El artículo 325 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido que se opone a una normativa nacional que establece un procedimiento de clausura del proceso penal como el regulado en los artículos 368 y 369 del Código Procesal Penal, en la medida que tal normativa se aplique a procesos incoados por fraude grave u actividad ilegal grave que afecte a los intereses financieros de la Unión en materia aduanera. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional dotar de plena eficacia al artículo 325 TFUE, apartado 1, inaplicando, en su caso, dicha normativa y velando al mismo tiempo por garantizar el respecto de los derechos fundamentales de las personas acusadas.»

Como se ve con facilidad, la conclusión alcanzada por esta Sentencia de la Gran Sala trae causa del hecho de que si se aplicasen los artículos 368 y 369 del código Procesal Penal de Bulgaria se vulneraría el artículo 325 del TFUE dado que el juez nacional búlgaro debe decretar la clausura del proceso penal a instancia de la persona acusada cuando, transcurrido el plazo de dos años, incrementado en tres meses y medio y en otro adicional de un mes, el fiscal no ha concluido la investigación y, en su caso, establecido y notificado a la defensa los cargos, y presentado un escrito de acusación al juez. Es decir, conforme al Derecho procesal búlgaro, en esos casos, el trascurso del plazo del procedimiento de instrucción conllevaba la obligatoriedad para el juez nacional de decretar la clausura del proceso.

Precisamente esa obligación de decretar la clausura del proceso por el trascurso de los plazos es el presupuesto de la contravención del derecho interno al derecho de la UE, en concreto al artículo 325 del TFUE, en cuya virtud:

«1. La Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión».

En cambio, el supuesto de hecho necesario para declarar la incompatibilidad del derecho interno con el referido artículo del TFUE, sencillamente, no se da en Derecho español. En efecto, como hemos visto, el artículo 324 de la LECR establece un plazo propio cuyo incumplimiento genera la nulidad de las actuaciones de instrucción realizadas con posterioridad a ese plazo salvo que hubieran sido acordadas antes de la expiración del término, sin que exista riesgo alguno de impunidad por el mero transcurso de los plazos al descartar que su agotamiento dé lugar al archivo automático de las actuaciones fuera de los supuestos en que proceda el sobreseimiento libre o provisional de la causa. Es decir, transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el instructor deberá ineludiblemente dictar el auto de conclusión, si es procedimiento ordinario, o la resolución que proceda conforme al artículo 779 de la LECRIM. si se trata de procedimiento abreviado, sin que el artículo 324 de la LECR, por consiguiente, haya previsto una *nueva causa de extinción de responsabilidad penal* (como ha dicho gráficamente la STS 455/2021, antes comentada).

Nuestra regulación procesal es, en definitiva, perfectamente compatible con el artículo 325 del TFUE y con la doctrina contenida en la Sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018 e impide que se vulneren

los intereses financieros de la UE, y protege, al propio tiempo, el derecho del investigado a un procedimiento sin dilaciones indebidas, cumpliendo, de esta suerte de forma escrupulosa, el principio básico establecido en el artículo 5. 5 del Reglamento 2017/1939 de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea en el que establece que *«la Fiscalía Europea iniciará y llevará a cabo sus investigaciones sin retrasos injustificados.»*

Llegado este punto y **siendo compatible la legislación procesal española con el Derecho de la Unión** y la protección de sus intereses financieros debemos plantearnos si el artículo 42 de la Ley Orgánica de 1 de julio de 2021 contraría el **principio de equivalencia**, dado que el artículo 324 de la LECR establece una regulación más favorable sin duda para el investigado. Nuevamente en este punto debemos traer a colación lo dispuesto en la sentencia de 5 de junio de 2018 del TJUE, en concreto en el apartado 75, al indicar que *«el tribunal remitente no puede decretar la clausura del proceso penal con arreglo a la normativa nacional controvertida en el litigio principal por el mero hecho de que dicha clausura parezca constituir la solución más favorable para las personas acusadas en relación con el derecho de éstas a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable y con sus derechos de defensa. En efecto, si los tribunales nacionales están facultados para aplicar sus estándares nacionales de protección de ellos derechos fundamentales, es a condición de que esa aplicación no ponga en peligro la primacía, la unidad y la efectividad del derecho de la Unión»*. Y nuevamente descartar la aplicación de esa doctrina al caso concreto, dado que en nuestra ley procesal penal el trascurso del plazo no origina la clausura del proceso, sino la finalización de la instrucción, sin que se haya configurado una nueva causa de extinción de la responsabilidad penal.

Finalmente, debemos analizar si esta regulación específica del artículo 42 de la Ley orgánica de 1 de julio de 2021, una vez determinado que no es una consecuencia necesaria del Derecho de la Unión, es **compatible con la Constitución española** y con el bloque de constitucionalidad⁹.

A tal efecto, hemos de indicar que el artículo 324 de la LECrim tiene la finalidad de delimitar el marco temporal de las diligencias, por-

⁹ Definido por Ignacio de Otto, con base al artículo 28.1 de la LOTC de 3 de febrero de 1979, como el conjunto de normas cuya infracción determina la inconstitucionalidad de otras normas que, sin embargo, tienen idéntico rango que las primeras.

que el investigado no puede ser sometido a proceso de investigación indefinido, inagotable y temporalmente irrazonable. Estando conectada esta finalidad con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, derecho amparado en el artículo 24.2 de la CE y, a su vez, con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE. Además, este límite temporal en el desarrollo de un procedimiento judicial también está protegido en el artículo 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en doctrina reiterada a propósito del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (por todas, STC 103/2006 antes citada), ha venido a indicar que *este derecho es una expresión constitucional que encierra un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, porque no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones supone una vulneración del derecho fundamental que estamos comentando (por todas, STC 54/2014, de 10 de abril, FJ 4º), sin que, por otra parte, el derecho fundamental referido pueda identificarse con un derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales, configurándose a partir de la dimensión temporal e todo proceso y su razonabilidad, como acertadamente ha señalado, ahora sí, la Fiscalía en su Circular 1/2021 de 8 de abril; y de igual modo es doctrina reiterada del TJUE señalar, en esa línea, que el carácter razonable de la duración del proceso no pueda fijarse en relación con un límite máximo preciso, determinado de forma general, sino que debe ser apreciado caso a caso, en función de la complejidad y trascendencia del caso.*

Por ello la inconstitucionalidad de la norma no va a derivar del artículo 24.2 de la CE o no exclusivamente, si bien el criterio de la STS 455/2021 parecería ir en esa línea, sino de la vulneración del principio de igualdad que consagra el artículo 14 de la CE, que exige que supuestos iguales sean tratados de forma igual y supuestos desiguales de forma desigual, siendo discriminatorio tratar de forma desigual supuestos iguales.

En efecto, no aplicar el artículo 324 de la LECR cuando el delito, por ejemplo, fiscal afecta intereses financieros de la Unión y aplicarlo cuando el delito fiscal afecte a intereses financieros del Estado es directamente contrario al principio de igualdad y carece de toda razonabilidad¹⁰, no resultando de recibo que una instrucción esté o no

¹⁰ Que una norma sea constitucional depende, al fin y al cabo, de que sea razonable, como decía Carl Schmitt.

sujeta a un plazo en función del órgano competente para conocer de la causa. Lo contrario es hacer de peor derecho a quien delinque en función del titular del bien jurídico protegido.

En este sentido, ha de indicarse que el TC ha venido a señalar que *«el art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.»* (STS 200/2001, de 4 de octubre), habiendo señalado igualmente que *«así planteadas las cosas, no es impertinente recordar que, como tiene con reiteración señalado este Tribunal, el artículo 14 CE, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas. La igualdad a que el artículo 14 se refiere, que es la igualdad jurídica o igualdad ante la ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados.»* (STC 49/82 de 14 de julio).

Por consiguiente, la inconstitucionalidad de la norma viene determinada por la disconformidad del artículo 42 de la Ley orgánica de 1 de julio de 2021 con el artículo 14 de la CE por cuanto que contempla una aplicación de una consecuencia desigual a un supuesto igual, lo que sin duda contravienen la igualdad y prohibición de discriminación.

Queda por dilucidar cómo articular esa pretensión de inconstitucionalidad, debiendo recordar que nuestro ordenamiento jurídico contempla una doble vía: el control concentrado de inconstitucionalidad de las leyes a través del recurso de inconstitucionalidad, que sólo

corresponde a ciertos sujetos legitimados y en el plazo de tres meses a contar desde la publicación de la norma en el BOE; y el control difuso de constitucionalidad, a través de la cuestión de inconstitucionalidad, que debe promover el órgano judicial cuando, en cualquier tipo de proceso, considere que una norma con rango de cuya validez dependa el fallo sea contraria a la Constitución, tal y como indica el artículo 163 de la CE.

Habida cuenta de que el plazo de tres meses desde la publicación de la ley en el BOE, establecido en la LOTC para interponer el recurso de inconstitucionalidad, ha sido sobradamente superado sin que se haya interpuesto el referido recurso de inconstitucionalidad, la única vía será el planteamiento por el órgano judicial, siendo así que la Fiscalía Europea no es un órgano judicial a efectos del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, lo que exigirá al investigado instar a la Fiscalía la finalización del plazo de instrucción invocando el artículo 324 de la LECR en relación con la inconstitucionalidad del precepto y, caso de que la Fiscalía rechace por decreto la finalización de la instrucción, deberá reproducir la cuestión ante el Juez de Garantías a través del correspondiente recurso frente al referido decreto, solicitando al Juez de Garantías el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad; y si el Juez de Garantías no promoviese la referida cuestión de inconstitucionalidad por entender que la norma es acorde a la Constitución, el investigado siempre podrá, previo agotamiento de las vías ordinarias, promover el recurso de amparo constitucional por vulneración del artículo 14 de la CE (artículo 53.2 de la CE), siendo así que el propio Tribunal Constitucional, en tal caso, pueda, al estimar el recurso de amparo constitucional, plantear al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad de la norma (la denominada autocuestión de inconstitucionalidad prevista en el artículo 55.2 de la LOTC) por entender que la misma contraviene la Constitución.