

LEX CRIMINALIS

BOLETÍN JURÍDICO PENAL DE LA ASOCIACIÓN JUDICIAL FRANCISCO DE VITORIA

Nº7 | marzo 2025 semestral. Año 3



El triunfo de la Muerte 1562 - 1563. Óleo sobre tabla, 117 x 162 cm Bruegel el Viejo, Pieter

¿De cuánto derecho de defensa disponemos tras la Ley Orgánica 5/2024? Los plazos de instrucción frente al investigado no identificado. Conociendo el delito de genocidio.

Nº7 marzo 2025. Semestral

LEX CRIMINALIS

Boletín Jurídico Penal de la Asociación
Judicial Francisco de Vitoria
ajfv@ajfv.es

CONSEJO ASESOR

Andrés Martínez Arrieta
José Luis Seoane Spiegelberg
Pascual Martínez Espín
Juan Francisco Mestre Delgado
María Luz García Paredes
María Lourdes Arastey Sahún
Blanca Lozano Cutanda

COMITÉ EDITORIAL:

Luis Juan Delgado Muñoz (Coord.)
Verónica Ponte García
Claudio García Vidales
Rafael Herreros López
Arturo Valdés Trapote
Verónica García Canal
Lucía Pro Martínez

Edita: Asociación Judicial Francisco
de Vitoria C/ Alberto Bosch nº 5, Bajo
A, Madrid
Diseño: Raspabook

ISSN: 3020-2132

EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD:

Las opiniones, comentarios y hechos consignados en cada artículo efectuados por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no han de ser necesariamente compartidos por los miembros del Comité Editorial y, por tanto, no se asume responsabilidad de los mismos por parte de éstos y de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. El Comité Editorial y la Asociación Judicial Francisco de Vitoria no se hacen responsables, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos

Sumario

03

¿DE CUÁNTO DERECHO DE DEFENSA DISPONEMOS?

por Sonia Calaza López. Catedrática de Derecho
procesal (UNED)

19

LOS PLAZOS DE INSTRUCCIÓN FRENTE AL INVESTIGADO NO
IDENTIFICADO

por César Calvo Espino, Fiscal en Villanueva de
la Serena (Badajoz)

33

CONOCIENDO EL DELITO DE GENOCIDIO

por Lucía Pro Martínez. Juez titular del
Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº
4 de Tolosa

¿DE CUÁNTO *DERECHO DE DEFENSA* DISPONEMOS?¹

HOW MUCH RIGHT TO DEFENSE DO WE HAVE?

Sonia Calaza López

Catedrática de Derecho procesal (UNED)

Fecha de recepción: 4 diciembre de 2024

Fecha de aceptación: 6 febrero de 2025

SUMARIO

1. Introducción
2. Derecho de defensa como dispensador de otros derechos
3. Consideraciones finales
4. Bibliografía

RESUMEN

Derecho de defensa lo tenemos toda/os -¡qué duda cabe!- a lo largo y ancho de todo el procedimiento de cualquier orden de nuestra única Jurisdicción. Lo sabemos. Lo contrario resultaría inconcebible, en un país democrático. Ahora bien: No se trata tanto de reconocerlo -proclamado ya está en el artículo 24.2 CE- como de cuantificarlo. No esperábamos que la nueva legislación ofreciese una (mera) reproducción legal de las garantías procesales de siempre, sino una ponderación normativa con detallado análisis de cuánto derecho de defensa -realmente- nos corresponde. En este artículo se aborda una analítica (de urgencia) de la reforma para destacar la necesidad de ofrecer una evaluación real del tan “manoseado” (en el plano de las ideas), como poco concretado (en el de la legislación) derecho de defensa.

¹ Este trabajo se enmarca en tres Proyectos de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación: (1º) “**El estado de partidos: raíces intelectuales, rupturas y respuestas jurídicas en el marco europeo**”, IP Remedios Morán Martín, (PID2021-124531NB-I00); (2º) “**Ejes de la Justicia en tiempos de cambio**”, IP Sonia Calaza (PID2020-113083GB-I00), Ayuda PID2020-113083GB-I00 ayuda financiado/a por MCIN/AEI/ 10.13039/501100011033 y (3º) “**Transición Digital de la Justicia**”, IP Sonia Calaza (RED 2021-130078B-100), Ayuda Referencia TED2021-130078B-I00 ayuda financiado/a por MCIN/AEI/ 10.13039/501100011033 y por la “Unión Europea NextGenerationEU/PRTR”.

ABSTRACT

We all have the right to defense -there is no doubt! - throughout the entire procedure of any order of our sole Jurisdiction. We know it. The opposite would be inconceivable in a democratic country. Now: It is not so much a matter of recognizing it - it is already proclaimed in article 24.2 CE - as of quantifying it. We did not expect the new legislation to offer a (mere) legal reproduction of the usual procedural guarantees, but rather a normative weighing with a detailed analysis of how much right of defense -really- corresponds to us. This article addresses an (urgent) analysis of the reform to highlight the need to offer a real evaluation of the much “handled” (at the level of ideas), as well as poorly specified (at the level of legislation) right of defense. .

PALABRAS CLAVE

Derecho de acción. Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de defensa. Proceso justo.

KEYWORDS

Right of action. Right to effective judicial protection. Right of defense. Fair process.

1. INTRODUCCIÓN

Que somos titulares del *derecho de defensa* en un Sistema democrático Justicia, ¡ya lo sabemos!; pero concretamente: ¿De cuánto *derecho de defensa* disponemos? De esta cuantificación debería haberse ocupado la

reciente la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa y no de una mera recopilación (sin una coherente actualización) de las garantías procesales de siempre². Y es que la oportunidad de afrontar, ¡por fin!, una regulación integral del derecho de defensa (en clave moderna) con todas sus proyecciones había llegado: tras casi medio siglo de la proclamación de nuestra Constitución española (en adelante: CE), -concretamente, después de 46 años- asistíamos -por vez primera- a la regulación del derecho de defensa. Era el momento ideal para afrontar su abordaje legislativo integral.

La nueva legislación parte de una consideración errónea, al calificar (o si se prefiere: considerar) este derecho (de defensa) como un derecho indisponible. ¿Quiere decir “indisponible” que “no está disponible”? Falso. El derecho de defensa -como elemental reacción frente al de acción- es de una disponibilidad total (en la práctica totalidad de procesos de todos los órdenes de nuestra única Jurisdicción): ¿Querrá referirse -el/la legislador/a-, tal vez, a que se trata de un derecho “irrenunciable”? También sería falso: lógicamente, ningún demandado -del orden civil o laboral- está obligado a reaccionar -en un sentido legalmente prefijado- frente al derecho a la tutela judicial

² Vid., un punteo de los derechos procesales de siempre, a la búsqueda de “novedades”, en CALAZA LÓPEZ, S., *¿Construcción de nuevos derechos procesales o simple evocación de las garantías de siempre?*, en “La evolución de los derechos subjetivos. Nuevos derechos. Nuevas cuestiones jurídicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, 2025.

efectiva. Y no digamos ya la Administración, en sus contencioso-administrativos, con los denominados *silencios* y sus complejas interpretaciones positivas o negativas.

El derecho de defensa no es -desde luego- ni indisponible ni irrenunciable; pero sí es (todo al contrario) imprescindible -desde su plena disponibilidad- en el marco de una Jurisdicción ordinaria democrática. De ahí que la regulación de un derecho tan elemental -como el de defensa- para la/os ciudadana/os en un Estado de Derecho -que propugna como uno de los valores esenciales de su ordenamiento jurídico, precisamente, la Justicia- sea (sin duda alguna) un destacado acierto.

Ahora bien, este derecho -el de defensa- consagrado en el artículo 24.2 CE- no debiera -como punto de partida- afrontarse con (absoluta) independencia del derecho de acción -con el que guarda, en feliz expresión incorporada a la nueva Ley Orgánica de defensa- una relación axiomática³: *sin tutela judicial efectiva no es posible una defensa real y sin una defensa efectiva es inviable el ejercicio de una real tutela judicial efectiva*. Y es que si ambos tipos de derechos -acción y defensa- se configuran como *dos caras de la misma moneda y como corolario inherente al funcionamiento de un Estado de Derecho*: no puede llegar a

comprenderse que la nueva legislación inaugure la pormenorizada regulación de una de las dos caras de esa moneda -concretamente: la *cruz*- sin afrontar (en el mismo texto legal)- la otra (la *cara*): el derecho de acción o derecho a la tutela judicial efectiva.

¿Es que acaso existe el derecho de defensa sin el ejercicio del previo derecho de acción? No: Ni en el

orden civil -*nemo iudex sine actore*- ni en el penal -*nemo iudex sine accusatore*- existe (ni podría existir sino a riesgo de adentrarnos en el Proceso de Kafka) el más mínimo derecho de defensa sin una acción (si se prefiere: pretensión) o acusación previa⁴. Por tanto: parece incomprensible esta regulación (sesgada) de la vuelta (procesal: la defensa) sin la ida (también procesal: el ataque): parece que, en este punto, estemos de vuelta (derecho de defensa) sin haber ido a ninguna parte (derecho de acción). Definitivamente: nos ha caído la *cruz* (de la defensa) sin que haya dado -siquiera- la *cara* (la tutela judicial efectiva).

La CE relaciona ambos tipos de derechos fundamentales -derecho de acción y derecho de defensa- en apartados consecutivos de un mismo artículo -el 24- en el que les otorga idéntica carta de naturaleza. Según el apartado primero de este precepto *“todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces*

3 Vid., CALAZA LÓPEZ, S. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M., “El derecho de defensa y su curiosa *ecuación axiomática* con el derecho de acción en la proyectada LO del Derecho de Defensa”, *Actualidad Civil* n.º. 2, Ed. La Ley, Madrid, enero, 2024.

4 Vid., una obra clásica sobre este binomio constitucional, en CALAZA LÓPEZ, S., *El binomio procesal. Derecho de acción-Derecho de defensa. Desde la concepción clásica romana hasta la actualidad*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.



y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Asimismo, el apartado segundo, reconoce el derecho de defensa, ahora entremezclado con otros derechos (también fundamentales) de naturaleza procesal: “*todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia*”.

El *derecho de defensa* aparece yuxtapuesto -en el texto constitucional- al *derecho a la asistencia de letrado*, como si ambos tipos de derechos gozasen de distintas proyecciones (de ahí su individualidad) pese su recíproca interconexión (destacada por la aludida yuxtaposición: *derecho a la defensa y a la asistencia de letrado*).

La legislación de defensa recién estrenada se refiere a esta conexión intrínseca entre el *derecho a la defensa* y la *defensa letrada*, con una curiosa atribución de los derechos de acción y defensa a distintos profesionales (como si sus distintas manifestaciones fueran estancas): “*De igual modo*

que los sujetos esenciales que implementan el otorgamiento de tutela judicial efectiva son los jueces y las juezas y los magistrados y magistradas, encargados del deber de juzgar y aplicar la ley, los profesionales de la abogacía están estrechamente unidos a la garantía del derecho de defensa”. De esta afirmación parece inferirse que entre tanto el (ejercicio) del *derecho de acción* corresponde a los profesionales del Poder Judicial (encargados de dar satisfacción jurídica a las controversias intersubjetivas y/o sociales); el del *derecho de defensa* corresponde (con las escasas excepciones en que cabe la autodefensa) a los profesionales de la Abogacía. Y esta es la filosofía de la reforma: una analítica de la defensa y de la defensa letrada (totalmente desconectadas de la acción) en versión declarativa, sin correlativa cuantificación del alcance (real) de estos derechos fundamentales. Y por supuesto, en plena era digital, sin el menor abordaje de sus proyecciones en clave tecnológica⁵.

La especial incidencia del derecho de defensa en los procesos penales -dónde (ciertamente) se arriesgan un buen número de derechos fundamentales (libertad, honor, intimidad, inviolabilidad de domicilio, etc.)- no debiera, por lo demás, desmerecer su trascendencia radical en otros órdenes jurisdiccionales (civil, contencioso y laboral)

⁵ CALAZA LÓPEZ, S. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M., “Acción y Defensa en clave digital: “Dos caras de una misma moneda” y un “brindis al sol” en la inminente Ley de Derecho de Defensa”, *Actualidad Civil* n.º. 4, Ed. La Ley, Madrid, abril de 2023.

dónde también se dilucidan derechos, intereses, bienes y situaciones de primera magnitud para el “día a día” de la ciudadanía.

La legislación (recién estrenada) parece referirse, en exclusiva, a la Jurisdicción penal; hasta tal punto llega a sobredimensionarse esta rama del ordenamiento jurídico (respecto de las restantes) que el segundo párrafo del preámbulo alude a esta prevalencia del siguiente modo: “*este derecho* (el de defensa, se entiende) *cobra una relevancia especial en el penal, particularmente para la persona que es investigada como sospechosa de haber cometido un delito, sobre todo cuando esta persona está privada de libertad*”. Y a ello añade (a modo de *excusatio non petita*): “*Desde luego, esto no significa que el derecho de defensa se limite a estas únicas situaciones; su protección abarca toda situación de controversia jurídica en la que pueda verse una persona y sea cual sea su posición*”. La *accusatio manifesta* llega después, cuando desarrolla -en 24 preceptos- el contenido del derecho de defensa, especialmente en perspectiva penal, conforme a (casi todos: ¡algunos faltan!) los principios, reglas y valores de siempre, así como sin la menor mención (ni mucho menos desarrollo) de garantías (tan novedosas y precisadas de urgente respuesta legal) como (entre otras) las siguientes:

- I. La intermediación y/o publicidad telemática (¿es real?).
- II. ¿Existe un derecho a la verdad

procesal? ⁶ ¿y a la digital? ¿dónde queda el entorno virtual?

- III. De existir ¿en qué se concreta nuestro derecho a la tutela judicial efectiva física y/o electrónica?
- IV. ¿Tienen derecho (las personas vulnerables) al facilitador judicial?⁷
- V. El denominado “derecho a comprender el Derecho”: ¿es una poesía (más) de la literatura jurídica romántica -de este siglo- o una realidad?⁸
- VI. ¿Es factible (y alguien se puede creer) que un mismo profesional (de la Abogacía) asuma el (doble) rol -en un mismo proceso- de Abogado contencioso y colaborativo?
- VII. ¿Qué pasa con esas costas y multa (por uso abusivo de la Justicia “como servicio público”)?⁹.

El listado de cuestiones (nuevas) a di-

6 Vid., CALAZA LÓPEZ, S., “Verdad y Justicia: juicio de adecuación a la realidad”, en *Derecho a la verdad. Perspectivas y regulación*, dirigido por De Prada Rodríguez, M., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2021.

7 Vid., CALAZA LÓPEZ, S., “Nueve ejes esenciales de la reforma de la Justicia penal y una clave asistencial (casi existencial: El facilitador judicial) no suman 10”, *Diario LA LEY* nº 10469, Sección Tribuna, 19 de Marzo de 2024, LA LEY.

8 Vid., CALAZA LÓPEZ, S., “Democratización de la Justicia: Los límites del lenguaje jurídico son los límites de la comprensión de la Justicia”, en *El Derecho a entender el Derecho. Alcance y límites del lenguaje jurídico*, Directora: Mercedes De Prada, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2023.

9 Vid., CALAZA LÓPEZ, S., “¿Una multa por litigar? Sí, Usted ha incurrido en un abuso de la Justicia como servicio público cuando debería haber procurado la desjudicialización de su conflicto”, *Nueva Fiscalidad* nº 2, Ed. Dykinson, Madrid, Abril-Junio 2024.

lucidar sería mucho más largo:

- I. ¿Está asegurada la (verdadera) titularidad del derecho de defensa?
- II. ¿Cómo se garantiza el acceso al proceso en el marco de todo su procedimiento?, esto es: ¿quién, cuándo y cómo puede conocer/se el (concreto) contenido de las actuaciones judiciales?
- III. ¿Existe realmente un eficaz “amparo colegial” sin una (acompañada) normativa habilitante respecto de los cauces sancionadores?
- IV. ¿Qué hay de la IA en los “sagrados” derechos de acción & defensa?
- V. El derecho a conocer los gastos, costas y costes generales del proceso -dentro de un mercado de libre competencia-: ¿integra el derecho de información? ¿cómo se gestiona y garantiza? ¿alguna consecuencia ante su incumplimiento?
- VI. La conciliación de la vida procesional & familiar (impecable en su reconocimiento): ¿no podría salvarse con un sistema (reglado) de sustituciones en lugar de provocar una suspensión (y con ella, una mayor dilación) de los procesos?
- VII. ¿Por qué la “justicia gratuita” en Ley distinta? ¿existirá alguna vez la *libre elección de abogado* dentro del turno de oficio? ¿no se resentirá la igualdad de armas en caso negativo?

VIII. Respecto de la defensa de las personas jurídicas: ¿su turno de oficio?, ¿su “secreto profesional” en el ámbito empresarial? ¿su “entrada y registro”? ¿su “confidencialidad”? ¿sus “mecanismos adecuados de resolución de controversias”?

IX. Y sobre todo, *más allá de la “puntualidad” (en horas) de juicios y/o vistas: ¿cómo no afrontar la “puntualidad” (en meses y hasta años) de los procesos?, esto es: ¿qué hay del “proceso justo sin dilaciones indebidas”?*

2. DERECHO DE DEFENSA COMO DISPENSADOR DE OTROS DERECHOS

La nueva legislación de defensa pretende -y así se reconoce en la propia Exposición de motivos- ser una *Guía de ruta para todos los operadores jurídicos*; si bien (pronto se constatará que) esta orientación legislativa gozará (en previsión) de escaso alcance práctico debido a sus constantes incursiones en el plano de los “ideales” así como a la escasa regulación de cuáles sean las verdaderas proyecciones del derecho de defensa, con una cuantificación real que permita calcular, de una vez por todas, el precio de la deslealtad (profesional), del incumplimiento (doloso) o de la (intolerable) negligencia en la (relevante) función defensiva, que por cierto -insisto- no debiera desconectarse de la actora o acusadora:

I. ¿O es que tan sólo precisan defensa letrada los demandados, acusados y/o recurridos?

II. ¿Realmente carecen de toda responsabilidad (en la defensa de sus respectivas posiciones) los Letrados de la parte actora/acusadora/recurrente?

III. ¿Acaso no sostienen (ni defienden) -quiénes accionan, acusan o recurren- una postura (esta vez activa) con tantas posibilidades de éxito o fracaso, como sus contrincantes procesales?

IV. ¿O la defensa y en particular, su defensa letrada tan sólo merece atención legal en el lado pasivo de la relación jurídica?

La respuesta global a las cuestiones precedentes resulta obvia: sin ningún género de duda, la bilateralidad de acción & defensa es “sagrada”.

El punto de partida de la nueva legislación no puede ser más inquietante: La nueva Ley de Defensa tiene por objeto regular -según su primer artículo- el derecho de defensa, reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española como derecho fundamental indisponible. Pero: ¿Indisponible? Insisto: ¿Tenemos la obligación de asumir la defensa? No parece que así sea -por ejemplo- en los procesos dispositivos, dónde la declaración en rebeldía comporta, pura y simplemente, la prosecución del procedimiento *inaudita parte*. Y es que si el derecho de defensa fuera indisponible en todo caso: ningún me-

dio disposición del objeto litigioso; ni mucho menos de resolución extrajudicial de controversias podría poner término -en ningún caso- al proceso.

Y es que, incluso en un territorio exclusivamente penal: ¿cabe afirmar categóricamente que el derecho de defensa sea indisponible cuando en determinados procesos -y bajo concretas circunstancias- puede culminar el proceso con un acto de conformidad? Y además: ¿No era la nueva onda expansiva de la Justicia, precisamente, la “desjudicialización”? ¿No se mantiene como “idea fuerza” la posibilidad de (llegar a) regular la mediación penal?

El derecho de defensa no puede ser calificado -y menos conforme a la actual filosofía de la Justicia como servicio público (al que acudir en casos de fracaso negociador)- de “indisponible”. Seguramente el legislador estaba pensando en atributos tales como el carácter “personalísimo” o la naturaleza irrenunciable (en ciertos procesos penales) del derecho de defensa; pero nunca en su “indisponibilidad”: si el derecho de defensa fuere indisponible -como anuncia la nueva legislación- entonces quedaría sesgada al menos (seguramente más) la mitad de nuestro ecosistema procesal: desde luego, asistiríamos al fin de todos y cada uno de los procesos dispositivos o con cierto margen de disposición (incluidos todos los procesos penales que, por la escasa tipificación de los delitos perseguidos, pueden seguirse en ausencia y la de aquellos otros que permiten cierto margen de dispo-

nibilidad de la pretensión mediante la asunción de una conciliación).

A renglón seguido, en el segundo apartado de ese mismo artículo primero, la nueva Ley de Defensa establece, de forma pareciera que “improvisada” lo siguiente: “*la Ley de Enjuiciamiento Criminal y las restantes leyes procesales desarrollarán el contenido del derecho de defensa en sus respectivos ámbitos*”. Y bien: Si todas las Leyes de Enjuiciamiento -civil, penal, administrativa & laboral desarrollan el contenido de este derecho-: ¿para qué necesitamos, entonces, una Ley orgánica de Defensa?

Esta afirmación resulta, además, poco atinada, por cuánto un par de artículos después -como no podía ser de otro modo en una Ley orgánica de Defensa- se desarrolla el contenido (general) de este derecho de defensa. Pero esta regulación del contenido viene precedida por una alusión al ámbito objetivo, respecto del que cabe destacar dos relevantes consideraciones: la primera, el reconocimiento expreso de la **defensa de las personas jurídicas en el proceso** (desde la entrada en vigor, hace ya casi 15 años, de la responsabilidad penal de estas personas: no cabe sino efectuar alusión explícita a su derecho de defensa); y la segunda, la **extensión o cobertura integral de este derecho respecto de los medios de resolución extrajudicial de controversias**.

Así, el segundo artículo de la (recién estrenada) Ley Orgánica de Defensa

establece que “*el derecho de defensa comprende el conjunto de facultades y garantías, reconocidas en el ordenamiento jurídico, que permiten a todas las personas, físicas y jurídicas, proteger y hacer valer, con arreglo a un procedimiento previamente establecido, sus derechos, libertades e intereses legítimos, en cualquier tipo de controversia ante los Tribunales y Administraciones Públicas o en los medios adecuados de solución de controversias regulados en la normativa de aplicación*”.

Como puede desprenderse del tenor literal de este precepto destinado al ámbito de aplicación de la norma, tanto objetivo (*cualquier tipo de controversia ante los Tribunales y Administraciones Públicas o en los medios adecuados de solución de controversias regulados legalmente estipulados*) como subjetivo (*todas las personas, físicas y jurídicas*), el derecho de defensa (muy a pesar del título normativo) no puede regularse desconectado del derecho a la tutela judicial efectiva; y buena muestra de ello la da el reconocimiento expreso del (único) cauce existente en la Jurisdicción para la defensa de los derechos e intereses legítimos: ese *procedimiento previamente establecido* -también referido en el precepto- para *proteger y hacer valer sus derechos, libertades e intereses legítimos*: ¿O es que tan sólo se protegen y hacen valer los derechos, libertades e intereses legítimos de la defensa pero no los de la acción/acusación?

En el momento actual, desconocemos -además- si se regularán -y cómo- los

medios de resolución extrajudicial de controversias. El *Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, de 20 de noviembre de 2024*, apela a tales medios (mediación, conciliación, opinión neutral de un experto independiente, oferta vinculante confidencial u otro tipo de actividad negociadora previamente tipificada) como *requisitos de procedibilidad* que deben cumplirse con carácter previo al inicio del proceso y establece, en su precepto 5.1.II, que “*se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negociadora se desarrolle directamente por las partes, o entre sus abogados o abogadas bajo sus directrices y con su conformidad, así como en los supuestos en que las partes hayan recurrido a un proceso de Derecho colaborativo*”.

Sin embargo, el artículo 6.2 de la misma proyectada legislación parece indicar exactamente lo contrario: “*únicamente será preceptiva la asistencia letrada a las partes cuando se utilice como medio adecuado de solución de controversias la formulación de una oferta vinculante, excepto cuando la cuantía del asunto controvertido no supere los 2.000 euros o bien cuando una ley sectorial no exija la intervención de letrado o letrada para la realización o aceptación de la oferta*”. Entonces: ¿Resulta preceptiva la defensa letrada o no? ¿En todos los casos o tan sólo en la oferta vinculante por importe superior a 2000 euros? Parece que su obligatoriedad se circunscribe a este exclusivo mecanismo extra jurisdiccional. Sin embargo: ¿alguien se puede imaginar una

negociación privada sobre un objeto litigioso de cierta complejidad sin un asesoramiento jurídico previo y/o coetáneo al momento de adopción del acuerdo?; ¿realmente podrá asumirse una opinión de un *experto independiente* sin la asistencia técnica de un jurista que nos asegure la inexistencia de la desventaja en la aceptación de la solución? Y así sucesivamente... cuando lo deseable sería -si es que estos medios integran ese “servicio público” Justicia- que no contribuyesen a incrementar los honorarios de la defensa: ¡¡tampoco los de la acción!!

Hasta la actual redacción del texto realmente (todavía pendiente de aprobación: *Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia*) ni siquiera sabíamos si estos “medios adecuados de resolución de controversias” precisaban intervención letrada o no; por cuánto dos preceptos consecutivos -de la (proyectada *Ley de Eficiencia*) - enunciaban respuestas dispares: frente al 5.1 dónde claramente se indicaba que el requisito de procedibilidad se estimaba cumplido cuando el “intento de acuerdo” se efectuaba con la asistencia letrada en esos casos en que, en todo caso, resultaba preceptiva (que por cierto lo son la práctica totalidad de procesos que integran nuestra Jurisdicción); el 6.2 indicaba que el único medio de resolución extrajudicial de controversias que precisaba intervención letrada era la oferta vinculante. ¿En qué quedamos?: ¿En todos los casos en que resulte preceptiva la intervención de letrado (por ra-

zón del eventual proceso posterior) o tan sólo en la oferta vinculante? Esta incógnita parece haberse despejado en favor de una “ficción”: tan sólo resulta preceptiva la intervención letrada en el caso de la oferta vinculante; pero, insisto: ¿realmente alguien se cree -pese a la generosa dispensa de la nueva dicción del precepto- que pueda llevarse a cabo cualquier actividad negociadora mínimamente compleja sin asistencia letrada?

Una vez despejada esta incógnita (esencial para dar respuesta a la ¿justicia gratuita de los “medios de solución extrajudicial de controversias”?); no resulta clara, ahora, la respuesta a la siguiente cuestión: ¿Se extiende al arbitraje este ámbito de aplicación? La nueva legislación se refiere, en su ámbito de aplicación objetiva, a *cualquier tipo de controversia ante los Tribunales y Administraciones Públicas o en los medios adecuados de solución de controversias regulados en la normativa de aplicación*; pero no hace una expresa mención del arbitraje, cuando sabemos que no puede entenderse incluido dentro de aquellos *medios adecuados de solución de controversias* por su particular naturaleza heterocompositiva, frente a la autocompositiva (característica de las soluciones negociadas).

La respuesta a esta segunda incógnita tiene, por suerte, una (positiva) respuesta franca, pero no en este precepto (como sería lo coherente por versar, precisamente, sobre el ámbito de aplicación), sino en otro -concretamente

el tercero (en su apartado séptimo)-destinado al contenido del derecho de defensa: *Los principios establecidos en este artículo resultarán aplicables, con sus especificaciones propias, al derecho de defensa cuando se ejercite acción, petición o controversia ante Administraciones Públicas, en procedimientos arbitrales, o, en su caso, cuando se opte por un medio adecuado de solución de controversias.*

Tras la (incomprensible) derivación (efectuada en el primer artículo de esta legislación de defensa) del contenido del derecho de defensa a las leyes de procedimiento de los distintos órdenes jurisdiccionales, el artículo tercero (como en un *contrasentido*) procede a enumerar el contenido de este derecho y lo hace con ese mismo título “contenido”, tratamiento que el legislador rechazó en aquel primer artículo para encomendar a otras leyes; recuérdese: *La Ley de Enjuiciamiento Criminal y las restantes leyes procesales desarrollarán el contenido del derecho de defensa en sus respectivos ámbitos.*

En todo caso y pese al *contrasentido*; hemos de celebrar que una legislación orgánica de defensa detalle el contenido -en el que son (proyecciones de este árbol de la ciencia procesal: *acción & defensa* “todos los que están”, pero no están “todos los que son”- de tan relevante derecho: ¡qué menos! Así, según su tercer artículo, el derecho de defensa comprende:

1. La prestación de asistencia letrada

o asesoramiento en Derecho y la defensa de los intereses legítimos de la persona a través de los procedimientos previstos legalmente.

2. El derecho de defensa incluye, en todo caso, el derecho al libre acceso a los Tribunales de Justicia, a un proceso sin dilaciones indebidas, a que se dicte una resolución congruente y fundada en Derecho por la jueza o el juez ordinario e imparcial predeterminado por la ley, así como a la invariabilidad de las resoluciones firmes y a su ejecución en sus propios términos. El derecho de defensa incluye, también, las facultades precisas para conocer y oponerse a las pretensiones que se formulen de contrario, para utilizar los medios de prueba pertinentes en apoyo de las propias y al acceso a un proceso público con todas las garantías, sin que en ningún caso pueda producirse situación alguna de indefensión.
3. En las causas penales, el derecho de defensa integra, además, el derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable, a la presunción de inocencia y a la doble instancia, de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los

menores. Estos derechos resultarán de aplicación al procedimiento administrativo sancionador y al procedimiento disciplinario de acuerdo con las leyes que los regulen.

Como puede desprenderse de la lectura de este precepto, todos y cada uno de los derechos fundamentales de naturaleza procesal -integrantes del artículo 24 de la CE (en sus apartados uno y dos)- se encuentran relacionados (sin orden ni concierto) en este amplio cajón de sastre.

Y al término del corazón de la nueva legislación -este artículo tercero- se relacionan (algunos de) los consabidos principios de siempre: *Las leyes procesales salvaguardarán el principio de igualdad procesal. En aras de la seguridad jurídica y del buen funcionamiento del servicio público de Justicia, el legislador podrá condicionar el acceso a la jurisdicción, a los medios de impugnación y a otros remedios de carácter jurisdiccional al cumplimiento de plazos o requisitos de procedibilidad, que habrán de ser suficientes para hacer efectivo el derecho de defensa y deberán estar inspirados por el principio de necesidad, sin que en ningún caso puedan generar indefensión.* En este breve extracto se mencionan los principios de igualdad procesal, seguridad y necesidad. Sin embargo, resulta claro que no deben quedar en el olvido (como mínimo) los de legalidad (con su complementaria oportunidad), contradicción, publicidad, intermediación

y concentración. Puestos a relacionar principios, sin la menor concreción, seamos generosos en su declaración. Porque la genérica alusión a la *igualdad procesal* (sin la menor información adicional) o a la *necesidad* (para referirse ahora a los plazos procesales u otros requisitos de procedibilidad) no concreta, realmente, nada. En el penúltimo apartado del mismo precepto se apela, asimismo, al principio *pro actione*, al sancionar que *“el ejercicio del derecho de defensa estará sujeto al procedimiento legalmente establecido. Cualquier duda sobre su interpretación y alcance se resolverá del modo más favorable al ejercicio del derecho”*.

Y llega por fin la digitalización. El apartado quinto de este tercer precepto augura que *“la utilización de los medios electrónicos en la actividad de los Tribunales y la Administración de Justicia, así como ante otras Administraciones Públicas, deberá ser compatible con el ejercicio efectivo del derecho de defensa en los términos previstos en las leyes”*. Esta es toda la información que ofrece la legislación de defensa sobre la digitalización del derecho de defensa: ¿Cuál es -concretamente- esa compatibilidad electrónica defensiva? ¿Significa esta afirmación que en cuánto la digitalización colisione con ese “ejercicio efectivo” del derecho de defensa debe decaer toda posible virtualización de las actuaciones y comunicaciones? ¿Qué hay de los escritos procesales (en plataformas electrónicas), de las vistas (telemáticas) o incluso, de los documentos generativos? ¿Cuál será

el impacto de la digitalización -que ya ha llegado a nuestros Juzgados y Tribunales -por obra del *Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo-* en el derecho de defensa? Una regulación del derecho de defensa desconectada del derecho de acción y sin la menor referencia a la digitalización carece, como punto de partida, de una mínima vocación de futuro.

La (recién estrenada) legislación de defensa debiera haber aprovechado esta oportunidad para desarrollar todas y cada una de las proyecciones o ramificaciones de los derechos de acción & defensa, en lugar de dejar esbozado un esqueleto legislativo con preceptos de naturaleza programática -y por tanto, dependientes de ulteriores desarrollos legislativos- o de incierto cumplimiento¹⁰. Esta nueva legislación también debiera haber asumido la puntual regulación de aspectos tan trascendentales para la abogacía como el “amparo colegial”, con establecimiento, tal y como se venía reclamando por parte

10 Vid., en este sentido, SANTAMARÍA PASTOR, J. A. y ESCRIBANO MOLINA, A. cuando señalan que “muchos de los preceptos de la Ley son de naturaleza programática o directiva, que deberán ser desarrollados por normas posteriores o mediante actuaciones materiales de las instituciones colegiales (por ejemplo, el deber que el artículo 8 impone a los profesionales de la abogacía de seguir una formación legal continua y especializada)”, Una norma que todos los abogados deben conocer y estudiar: la novísima Ley Orgánica del derecho de defensa, *Diario LA LEY*, Nº 10619, Sección Opinión, 2 de Diciembre de 2024, LA LEY

de este cuerpo¹¹, de sanciones reales. Y desde luego, debiera haber concretado algo más acerca de esa “formación continua especializada” con especial incidencia en materia tecnológica de los nativos analógicos¹².

3. CONSIDERACIONES FINALES

La legislación de defensa (recién estrenada) ha supuesto un avance decisivo en la recolección de nuestros derechos (y garantías) procesales de siempre, con mención programática de algunas nuevas derivadas de aquellos (ya consagrados: ¡también sagrados!) derechos clásicos -a saber: la claridad,

11 RIBÓN SEISDEDOS, E., lo ha dejado claro: “El ICAM propuso una regulación más ambiciosa que obligase a las administraciones y órganos judiciales a abrir expedientes por cada incidencia y adoptar medidas concretas para restaurar los derechos del abogado afectado. Esto era crucial no solo para proteger a los profesionales, sino también para garantizar el derecho de defensa de los ciudadanos. Sin esta robustez, el amparo colegial se reduce a una mera formalidad, sin efectos prácticos reales”, en VV.AA. (Álvaro Perea González; Salvador González Martín; Eugenio Ribón Seisdedos; Jesús M. Sánchez García; Sofía Damas Almagro; Juan Francisco Pérez de la Cruz), “Diálogos para el futuro judicial XC. La Ley Orgánica del Derecho de Defensa”, *Diario LA LEY*, nº 10617, Sección Justicianext, 27 de noviembre de 2024, LA LEY, pp. 18 y 19.

12 Vid., SÁNCHEZ GARCÍA, J. M., cuando advierte, con su habitual clarividencia, que “es imposible concebir el ejercicio de la profesión sin ser un buen orador y los nuevos programas informáticos (porque la inteligencia no dejar de ser un software, también el generativo, mucho más eficiente de lo que hasta ahora habíamos conocido) sirven para que mejoremos en nuestras habilidades profesionales y ser más eficientes, con reducción de tiempos, en la función documentalista que siempre hemos necesitado los abogados y las abogadas, pero jamás sustituirá a ese profesional del Derecho” , en VV.AA. (Álvaro Perea González; Salvador González Martín; Eugenio Ribón Seisdedos; Jesús M. Sánchez García; Sofía Damas Almagro; Juan Francisco Pérez de la Cruz), “Diálogos para el futuro judicial XC. La Ley Orgánica del Derecho de Defensa”, *Diario LA LEY*, nº 10617, Sección Justicianext, 27 de noviembre de 2024, LA LEY, pp. 18 y 19.

precisión y sencillez de las comunicaciones jurídicas o la calidad defensiva-, así como con alusión a algunas “buenas intenciones” -puntualidad de juicios y vistas o formación continua de nuestra/os abogada/os-.

Sin embargo, la nueva legislación ha dejado pasar esta (excelente) ocasión para consolidar las garantías tantas veces amenazadas en nuestro día a día: ese principio de igualdad procesal o “igualdad de armas” (¿cómo se garantiza, en el día a día de nuestros procesos judiciales, si los (tan variados) justiciables se encuentran asesorados por abogados individuales y/o colectivos con desigual “formación jurídica”?; ¿qué es -exactamente- “el derecho a la calidad de la asistencia jurídica gratuita?” y sobre todo: ¿cómo se cuantifica?¹³; ¿cuál será la consecuencia (la causa ya la sabemos) cuando esas *vistas, comparencias y actos judiciales* no se realicen con puntualidad?; ¿qué es la “accesibilidad universal” predicable de prácticamente de todo el desplegable de derechos que se erigen en ramificaciones del “árbol de la ciencia defensiva”?¹⁴; ¿cuál es exactamente la función del abogado (colaborativo) en la búsqueda de solución armoniosa previa a la (posible) entrada en juicio (donde desarrollará la clásica labor contenciosa de siempre)?; ¿por qué

no se menciona al facilitador judicial cuando es la figura clave del acceso (real) a la Justicia de las personas con discapacidad?; ¿quién explica -a los justiciables- esos *criterios de inteligencia artificial* empleados por las plataformas digitales?; pero sobre todo: ¿de cuánto derecho de defensa disponemos?.

Como decía al inicio de este texto: que somos titulares del *derecho de defensa* en un sistema democrático de Justicia, ¡ya lo sabemos!; pero concretamente: ¿De cuánto *derecho de defensa* disponemos? La nueva legislación se limita a reproducir el reconocimiento legislativo de los “derechos procesales” (erigidos en ramificaciones de la desvenijada “ecuación axiomática”: acción & defensa) de siempre (cuya génesis se encuentra en la misma CE) con una tímida mención (romántica) a otros “de nueva generación” -así, por ejemplo: la claridad y/o calidad defensiva-; pero no aborda, sin embargo, la cuantificación de cada uno de ellos: ¿qué sucede si la defensa es deficiente, negligente o peor aún, culposa? Y ¿cuál es el estándar de calidad? ¿cuáles los mecanismos de claridad? ¿quiénes los responsables de la deficiencia, insuficiencia, negligencia o malignidad defensiva? ¿cuál es el cauce para perseguir esas (reprochables) conductas?

13 Vid., en este punto, PINTO PALACIOS, F., “El estándar Strickland y el derecho a una defensa eficaz. A propósito de la STS 383/2021, de 5 de mayo”, *Diario LA LEY* nº. 10304, junio de 2023, Editorial LA LEY

14 Vid., CALAZA LÓPEZ, S., “El árbol de la ciencia procesal: acción & defensa en clave permanente”, *Actualidad Civil* nº 12, 2024.

Que la legislación venga cargada (como los Reyes Magos) de regalos -un generoso reconocimiento y hasta resurgimiento de derechos- es algo esperanzador; pero si queda en el plano de los ideales (por su ineficaz contraste con

las obligaciones que encaran cada uno de aquellos derechos), entonces: aquella esperanza se torna en desolación y al término, en frustración. ¿De qué nos sirve confiar en un derecho tan (inofensivo) como el que se refiere a la puntualidad de las vistas, comparecencias y/o actos judiciales si una sobrecarga del trabajo judicial ofrecerá, en un buen número de ocasiones, una realidad contraria a este (esperanzador) derecho? ¿cómo explicarle al justiciable que la irrealización de su derecho comportará un fastidio en lugar de una sanción? Y sobre todo: ¿cómo hacerle comprender que un buen número de derechos (reconocidos en un texto normativo) son “ideales románticos”? Si la Justicia llega tarde (en años: no en “minutos u horas” de retraso de las vistas, comparecencias y/o actos judiciales); si la Justicia cuesta mucho (resulta cara porque esos honorarios, en un mercado de libre competencia, no se pueden encorsetar: tan solo, a lo sumo, comunicar); si la Justicia resulta (muchas veces) poco comprensible (ni una mínima mención al facilitador judicial de las personas vulnerables por diversas causas, principalmente la mayor edad y/o discapacidad); si la Justicia impone multas por su (supuesto) “uso abusivo como servicio público” cuando los justiciables no han procurado -hasta la extenuación- el acuerdo¹⁵; prefiero detenerme aquí, pero (¡por supuesto!) podría seguir poniendo “reparos” a los óbices (no insalvables, pero óbices) al (sagrado) binomio procesal: entonces... ¿cuáles son las grandes ventajas de ese binomio *acción & defensa* en el marco de este “servicio público”? y sobre todo, insisto: ¿ante quién/es, cuándo y cómo pueden los justiciables (asfixiados por un alto coste económico, temporal y psicológico) reclamar ese *déficit defensivo* que parece salvaguardar la nueva Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa?. *Parole. Parole. Parole...*

4. BIBLIOGRAFÍA

- CALAZA LÓPEZ, S., *El binomio procesal. Derecho de acción-Derecho de defensa. Desde la concepción clásica romana hasta la actualidad*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.
- CALAZA LÓPEZ, S., “Verdad y Justicia: juicio de adecuación a la realidad”, en *Derecho a la verdad. Perspectivas y regulación*, dirigido por De Prada Rodríguez, M., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2021.
- CALAZA LÓPEZ, S., “Democratización de la Justicia: Los límites del lenguaje jurídico son los límites de la comprensión de la Justicia”, en *El Derecho a entender el Derecho. Alcance y límites del lenguaje jurídico*, Directora: Mercedes De Prada, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2023.
- CALAZA LÓPEZ, S., “¿Una multa por litigar? Sí, Usted ha incurrido en un abuso de la Justicia como servicio público cuando debería haber procurado la desjudicialización de su conflicto”, *Nueva Fiscalidad* nº 2, Ed. Dykinson,

¹⁵ Vid., CALAZA LÓPEZ, S., “¿Una multa por litigar? Sí, Usted ha incurrido en un abuso de la Justicia como servicio público cuando debería haber procurado la desjudicialización de su conflicto”, *Nueva Fiscalidad* nº 2, Ed. Dykinson, Madrid, Abril-Junio 2024.

Madrid, abril-junio 2024.

- CALAZA LÓPEZ, S., “Nueve ejes esenciales de la reforma de la Justicia penal y una clave asistencial (casi existencial: El facilitador judicial) no suman 10”, Diario LA LEY nº 10469, Sección Tribuna, 19 de marzo de 2024, LA LEY.
- CALAZA LÓPEZ, S., “Nueve ejes esenciales de la reforma de la Justicia penal y una clave asistencial (casi existencial: El facilitador judicial) no suman 10”, Diario LA LEY nº 10469, Sección Tribuna, 19 de Marzo de 2024, LA LEY.
- CALAZA LÓPEZ, S., “¿Una multa por litigar? Sí, Usted ha incurrido en un abuso de la Justicia como servicio público cuando debería haber procurado la desjudicialización de su conflicto”, Nueva Fiscalidad nº 2, Ed. Dykinson, Madrid, Abril-Junio 2024.
- CALAZA LÓPEZ, S., “El árbol de la ciencia procesal: acción & defensa en clave permanente”, *Actualidad Civil* nº 12, 2024.
- CALAZA LÓPEZ, S., ¿Construcción de nuevos derechos procesales o simple evocación de las garantías de siempre?, en “La evolución de los derechos subjetivos. Nuevos derechos. Nuevas cuestiones jurídicas”, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, en prensa: 2025.
- CALAZA LÓPEZ, S., “Democratización de la Justicia: Los límites del lenguaje jurídico son los límites de la comprensión de la Justicia”, en *El Derecho a entender el Derecho. Alcance y límites del lenguaje jurídico*, Directora: Mercedes De Prada, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2023.
- CALAZA LÓPEZ, S. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M., “Acción y Defensa en clave digital: “Dos caras de una misma moneda” y un “brindis al sol” en la inminente Ley de Derecho de Defensa”, *Actualidad Civil* nº. 4, Ed. La Ley, Madrid, abril de 2023.
- CALAZA LÓPEZ, S. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M., “El derecho de defensa y su curiosa ecuación axiomática con el derecho de acción en la proyectada LO del Derecho de Defensa”, *Actualidad Civil* nº. 2, Ed. La Ley, Madrid, enero, 2024.
- PINTO PALACIOS, F., “El estándar Strickland y el derecho a una defensa eficaz. A propósito de la STS 383/2021, de 5 de mayo”, Diario LA LEY nº. 10304, junio de 2023, Editorial LA LEY
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso y ESCRIBANO MOLINA, Albino, Una norma que todos los abogados deben conocer y estudiar: la novísima Ley Orgánica del derecho de defensa, Diario LA LEY, Nº 10619, Sección Opinión, 2 de Diciembre de 2024, LA LEY
- VV.AA. (Álvaro Perea González; Salvador González Martín; Eugenio Ribón Seisdedos; Jesús M. Sánchez García; Sofía Damas Almagro; Juan Francisco Pérez de la Cruz), “Diálogos para el futuro judicial XC. La Ley Orgánica del Derecho de Defensa”, Diario LA LEY, nº 10617, Sección Justicianext, 27 de noviembre de 2024, LA LEY

LOS PLAZOS DE INSTRUCCIÓN FRENTE AL INVESTIGADO NO IDENTIFICADO

THE DEADLINES FOR INVESTIGATION AGAINST AN UNIDENTIFIED SUSPECT

CÉSAR CALVO ESPINO

Fiscal de la fiscalía de zona de Villanueva de la Serena (Badajoz)

Fecha de recepción: 23 enero de 2025
Fecha de aceptación: 24 febrero de 2025

SUMARIO

- I. Breve referencia a las reformas del artículo 324 LECrim.
- II. Diligencias de instrucción ante la expiración de los plazos.
- III. Diligencias intempestivas.
- IV. Reflexión sobre una interpretación alternativa.
- V. Conclusiones.
- VI. Bibliografía.

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto, partiendo diversas resoluciones tanto del Tribunal Supremo como de Audiencias Provinciales, proponer, enriquecer, el debate acerca de si el propósito de las dos reformas del artículo 324 LECrim es impedir la prosecución de una investigación penal frente a quién ha sido, por primera vez, identificado transcurridos los plazos del precepto. Además, ante el supuesto de que no se ampliara el plazo general de un año o las prórrogas sucesivas, se duda de que quién adquiriera la condición de investigado de forma intempestiva, sufra perjuicio alguno. Se propone una serie de criterios para eludir que, el supuesto de hecho referido, suponga una suerte de impunidad. Especial mención se contienen los votos particulares de la Sentencia de Pleno del TS de 6 de noviembre de 2024.

ABSTRACT

The purpose of this article is to propose and enrich the debate, based on various rulings from both the Supreme Court and Provincial Courts, on whether the aim of the two reforms to Article 324 of the Criminal Procedure Act (LECrim) is to prevent the continuation of a criminal investigation against someone who has been identified for the first time after the time limits established by the provision have expired. Furthermore, in the scenario where the general one-year term or successive extensions are not extended, it is questioned whether someone who unexpectedly acquires the status of an accused party would suffer any harm. A series of criteria are proposed to prevent the aforementioned scenario from resulting in a form of impunity. Special mention is made of the dissenting opinions in the Supreme Court Plenary Judgment of November 6, 2024.

PALABRAS CLAVE

Investigación; 324; prórroga; declaración del investigado; intempestiva.

KEYWORDS

Criminal investigation; 324; extension; direct examination; untimely

I. BREVE REFERENCIA A LAS REFORMAS DEL ARTÍCULO 324 LECRIM

Voy a comenzar con un comentario que leí en una red social. Su autor decía algo de la siguiente literalidad –“*qué importante es conocer el derecho procesal para ganar un asunto*”. Esta opinión, dada por un letrado, se basaba en la estimación de sus argumentos tras un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial con relación a la práctica de diligencias fuera de los plazos establecidos en el artículo 324 LECrim. Aunque se podría escribir mucho sobre tal afirmación, lo cierto es que, en una primera aproximación, la misma es falaz¹. Mucho más, si el tema de fondo es la regulación actual otorgada por el artículo 324 de la LECrim. Un precepto sobre el que mucho se ha escrito doctrinal y jurisprudencialmente; ha sido objeto de reformas en los años 2015 (Ley 41/2015, de 5 de octubre) y 2020 (Ley 2/2020, de 27 de julio); y, sobre el que el Tribunal Supremo se pronuncia con cierta frecuencia².

¹ Steve Allen. (2017) “Las 59 falacias lógicas más poderosas con ejemplos y descripciones simples de comprender”: Una falacia es “un error en el Razonamiento”.

² STS 974/2024, de 6 de noviembre de 2024, Voto particular 34. ECLI:ES:TS:2024: 5586. “Sí para destacar los muchos, graves y complejos problemas que tanto una como otra regulación han suscitado y a los que nos enfrentamos diariamente los tribunales”.

El artículo 324 ha sido reformado dos veces en los últimos años³. La razón de ser de estas modificaciones del texto original (1882) es impedir que cualquier ciudadano pueda verse sometido a una instrucción penal sine die. La Exposición de Motivos de la LECrim de 1882 decía originariamente: “(...) sería temerario negar que aún bajo la legislación vigente no es raro que un sumario dure ocho o más años, y es frecuente que no dure menos de dos”. La Ley de 1882 obligaba al juez, al mes de incoado un sumario sin concluirlo, de dar “parte cada semana a los mismos a quienes lo haya dado al principiarse aquél, de las causas que hubiesen impedido su conclusión”. En palabras del T.C. en Auto de 4 de julio de 2017, “en la redacción originaria del precepto el incumplimiento del plazo de un mes sólo llevaba aparejado un seguimiento especial del procedimiento”.

En el año 2015, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, reformó esta primera redacción con el objetivo de “establecer disposiciones eficaces de agilización de la justicia penal con el fin de evitar dilaciones indebidas”. Posteriormente, el Preámbulo de la Ley 2/2020, de 27 de julio, por la que se modifica el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fundamentaba la nueva regulación de la siguiente manera: “Si bien establecer sin más un límite máximo a la duración de la instrucción se ha evidenciado pernicioso por cuanto puede conducir a la impunidad de la persecución de delitos complejos, no es menos cierto que establecer ciertos límites a la duración de la instrucción supone una garantía para el derecho de los justiciables”. Se podría objetar o esperar que, en sendas exposiciones de motivos, el legislador hubiera fundamentado los periodos establecidos y sus posteriores prórrogas. La FGE, a través de la Circular 5/2015, añadió otro aspecto más en la importancia de la introducción de los plazos de instrucción, esto es, se introducían “controles y límites temporales a la instrucción, con el objetivo de circunscribirla exclusivamente a la práctica de las diligencias necesarias para la preparación del juicio, dejando para el plenario el desarrollo de la auténtica actividad probatoria”. Por tanto, es pacífico que el objetivo es evitar que una persona pueda ser investigada indefinidamente⁴.

II. DILIGENCIAS DE INSTRUCCIÓN ANTE LA EXPIRACIÓN DE LOS PLAZOS

El Alto Tribunal ha tenido ocasión de ir asentando una Jurisprudencia con el objetivo de aclarar los diversos planteamientos. La mencionada STS 974/2024, de 6 de noviembre, en el punto 33 del voto particular así lo recuerda “esta Sala

³ El 21 de marzo de 2024, se presentó proposición de Ley de modificación del artículo 324 de la LECrim. Publicado el 5 de abril de 2024 en el Boletín de las Cortes Generales de la XV Legislatura. Sería la tercera reforma en los últimos diez años.

⁴ Así lo han entendido autores de prestigio como el Fiscal de Sala Jaime Moreno Verdejo y Pedro Díaz Torrejón, entre otros, en “Dos años de aplicación práctica de la versión 2.0 del sistema de plazos del proceso penal” de 28 de julio de 2022. Editorial: SEPIN.

ha tenido la oportunidad de abordar algunos de ellos como los relativos a la naturaleza de las diligencias intempestivas; su inutilizabilidad a efectos inculpatorios; su potencial aprovechamiento probatorio; la conexión funcional habilitante entre diligencias tempestivas y diligencias ordenadas transcurrido el plazo de investigación legal o judicialmente fijado; el régimen temporal de adquisición de diligencias instructoras en supuestos de conexión procesal o concursos delictivos; el arranque del cómputo en caso de que por razón de aforamiento corresponda investigar el hecho justificable a este Tribunal Supremo”.

Ningún cuestionamiento se puede efectuar a las investigaciones finalizadas en su primer año o en cualquiera de las prórrogas dictadas conforme a derecho. No obstante, sí han merecido reconocimiento expreso, la validez de las diligencias acordadas en plazo, pero recibidas posteriormente (“diligencias rezagadas”⁵). Se resuelve en el apartado segundo del artículo 324 LECrim de la siguiente manera: *“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”*.

Mayor problemática ha surgido con las pesquisas acordadas tras la expiración de los correspondientes plazos. Y, dentro de las mismas, diferente tratamiento o efecto si se trata de una diligencia testifical, pericial, documental o si es la declaración del investigado.

III. DILIGENCIAS INTEMPESTIVAS

III.1 Diligencias de investigación diferentes a la declaración de investigado.

La consecuencia de estas pesquisas que fueron acordadas con incumplimiento de los plazos es la **irregularidad**. No cabe hablar de nulidad. Así lo estableció la STS 836/2021, de 3 de noviembre de 2021⁶, **“no cabe hablar de nulidad** (como impondría el artículo 11 de la LOPJ) sino de intempestividad que convierte a la diligencia, como genuina fuente de prueba, en irregular, debiéndose entender como tal la obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio, pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales -vid. SSTs 1328/2009, de 30 de diciembre, 115/2015, de 5 de marzo-. Esta postura se reitera en la STS 52/2022, de 21 de enero de 2022, Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde⁷; en el caso concreto, se impugnaba la llegada de una pericial transcurridos los plazos legales. Criterio pacífico y reiterado en

⁵ Arantazu Echandía Esteban (Fiscal Fiscalía Provincial de Toledo) y Juan Luis Ortega Calderón (Fiscal Fiscalía Provincial de Madrid). Reflexiones entre fiscales sobre diligencias y plazos de instrucción (1ª Parte): Vencimiento del plazo y diligencias admisibles., Diario La Ley, Nº 10171, Sección Tribuna, 16 de Noviembre de 2022, LA LEY.

⁶ STS 836/2021, de 3 de noviembre de 2021. ECLI:ES:TS:2021: 4054

⁷ STS 52/2022, de 21 de enero de 2022. ECLI:ES:TS: 2022: 273

STS 1144/2024, de 12 de diciembre de 2024⁸. Asimismo, el TS se plantea las consecuencias de si se hubiera acordado traspasados los mismos *“aunque la pericia se hubiera acordado después, nos encontraríamos ante **un mero supuesto de irregularidad procesal** del que no se deriva ninguna indefensión para la parte, esto es, si la instrucción se hubiera agotamiento (tal vez “acotado”) en el plazo inicialmente previsto no hubiera supuesto para el recurrente un desenlace más favorable que el que ha soportado”*.

Por último, debe traerse a colación la reciente sentencia del Pleno del TS de 6 de noviembre de 2024, ponente Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina⁹, que recuerda *“la regla general de imposibilidad de practicar diligencias de investigación fuera de plazo tiene dos excepciones, una prevista en la ley y otra declarada por esta Sala. En primer lugar, el artículo 324.7 aplicado y el actual artículo 324.2 de la LECrim disponen la validez de las diligencias aportadas fuera de plazo, pero acordadas con anterioridad a la finalización del plazo. En segundo lugar, en la STS 605/2022, de 16 de junio¹⁰, hemos declarado que pueden practicarse fuera de plazo las diligencias de instrucción que **se deriven inescindiblemente (diligencias funcionales¹¹)** de otras diligencias ya admitidas dentro de plazo”*. La razón de esta irregularidad es la siguiente: *“vencido el plazo, el juez de instrucción **carece de competencia** para seguir investigando (STS 605/2022, de 16 de junio).”* Ahora bien, considerada esta naturaleza en la fase sumarial, *“nada impide que la información probatoria derivada de las diligencias practicadas fuera de plazo, pueda aportarse a juicio. Es decir, se trata de diligencias irregulares (STS 455/2021, de 27 de mayo).”*

Por tanto, en el momento de recaer el auto de transformación, ante el supuesto de haberse acordado alguna diligencia superados los plazos referidos y recibida información “ex novo”; debe razonarse porqué cabe dictarse la resolución

8 STS 1144/2024, de 12 de diciembre de 2024. ECLI:ES:TS:2024:6255. “Las informaciones en cuya obtención no se ha lesionado ningún derecho fundamental no quedan afectadas, por su intempestiva aportación mediante diligencias sumariales en la fase previa, por la regla de exclusión del artículo 11 LOPJ sino por la regla de inutilizabilidad “ad hoc” prevista en el propio artículo 324 LECrim en relación con lo dispuesto en el artículo 242 LOPJ.

9 STS 974/2024, de 6 de noviembre de 2024. ECLI:ES:TS:2024: 5586

10 STS 605/2022, de 16 de junio de 2022. ECLI:ES:TS:2022:2514. En la sentencia citada se había solicitado a un operador de Internet los datos de registro de una cuenta de correo, así como las IP de las conexiones registradas por esa cuenta y, a raíz de la contestación ofrecida por el operador, se acordó, ya rebasado el plazo de instrucción, la remisión de la dirección de IP asociada a uno de los correos para proceder a la identificación de su titular. Se argumentó que no se trataba de una sucesión de diligencias de investigación funcionalmente diferenciadas sino de diligencias con una incuestionable conexión funcional, en la medida en que para conocer lo que evidenció la segunda de las diligencias la primera diligencia operaba como indefectible presupuesto.

11 Arantzazu Echandía Esteban (Fiscal Fiscalía Provincial de Toledo) y Juan Luis Ortega Calderón (Fiscal Fiscalía Provincial de Madrid). Reflexiones entre fiscales sobre diligencias y plazos de instrucción (1ª Parte): Vencimiento del plazo y diligencias admisibles., Diario La Ley, Nº 10171, Sección Tribuna, 16 de Noviembre de 2022, LA LEY. “Son consecuencia de aquélla primera diligencia y precisamente dotan de eficacia instructora a aquélla, reforzando con ello su relevancia sustantiva, puesto que sin ellas la diligencia que les antecede reduciría su eficacia instructora”.

de acomodo en procedimiento abreviado, sin tenerse en cuenta aquella/s diligencias acordadas transcurridos los límites temporales. Así lo señala, la STS 176/2023, de 13 de marzo¹², con referencia a los dos últimos apartados de la redacción de 2015 (criterio mantenido en la actualidad), *“estos dos últimos apartados del precepto permiten concluir, de un lado, que las diligencias practicadas fuera de plazo no son válidas y, de otro, que finalizada la instrucción, en función de las diligencias que se hayan practicado hasta ese momento y sólo con ellas, se habrá de decidir si el proceso ha de continuar o si, en otro caso, procede acordar su sobreseimiento”*.

III.2 Diligencia de declaración de la persona investigada e identificada

La mayoría de los procedimientos se inician con una o varias personas individualizadas y filiadas. La denuncia (artículo 259 y siguientes LECrim), la querrela (art. 270 y ss.) o el atestado policial han llevado a cabo esa labor previa, a la judicialización, de identificación de la persona a la que presuntamente se le atribuye la autoría de un hecho delictivo. Sobre este particular, no cabe ninguna duda de que, la toma de declaración del investigado plenamente identificado, debe llevarse a cabo cuanto antes para garantizar el derecho de defensa, tal y como ha señalado el TC en muchas sentencias¹³. La labor instructora debe tener lugar con escrupuloso respeto a los periodos referidos (artículos 269, 299 y 777 LECrim).

Por tanto, si la declaración (de la persona plenamente identificada ab initio) se acuerda transcurrido el plazo general o sus prórrogas, su naturaleza es “in-

¹² STS 176/2023, de 13 de marzo de 2023. ECLI:ES:TS:2023:1841

¹³ Sentencia número 128/1993 , de 19 abril (RTC 1993\128), del Tribunal Constitucional, conforme a la cual, es doctrina reiterada la de que la vigencia del derecho constitucional de defensa en el ámbito del proceso penal abreviado conlleva una triple exigencia: a) en primer lugar, y a fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral sin que se les haya otorgado posibilidad de participación alguna en la fase instructora, la que de nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado, de tal suerte que la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal, para lo cual ha de regir también en este proceso ordinario una correlación exclusivamente subjetiva entre la imputación judicial y el acto de acusación; b) en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez de instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, garantía que ha de reclamarse en este proceso penal como consecuencia de la supresión del auto de procesamiento y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción (a salvo, claro está, que el Juez adopte una resolución de archivo o de sobreseimiento), al menos sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de abogado defensor; y c) no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales cuando, de las diligencias practicadas, pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del proceso penal, por deducirse del estado de las actuaciones o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar o acto de imputación formal (art. 118.1.o y 2.o LECrim.), ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LECrim.), se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente su puesta en conocimiento, razón por la cual dicha actuación procesal habrá de estimarse contraria al art. 24 C.E. y, por ende, acreedora de la sanción procesal de la «prueba prohibida» (art. 11.1.o L.O.P.J.).

tempestiva” por cuanto se vulnera, se imposibilita, el ejercicio del derecho de defensa al haber transcurrido los referidos plazos. Abundando en el espíritu de ambas reformas, lo cierto es que el investigado debe tener una garantía de que la instrucción tendrá una limitación temporal.

III.3 Diligencia de declaración de la persona investigada no identificada.

Mayor complejidad presentan los casos en los que es el órgano judicial el que debe averiguar quién es el posible autor. Existe un número importante de procesos que se inician sin dicha identificación y que confían en la labor instructora la concreción de la/s persona/s autor/as de los hechos. Son supuestos comunes en los que la labor de investigación puede ser, incluso, minuciosa: declaraciones de testigos, ofrecimientos de acciones, diligencias tecnológicas (artículo 588 y ss. LECrim), documentación, periciales...Desde luego, lo primero que podemos pensar es que si se alcanza el umbral del año y las actuaciones no han permitido concretar a una persona, debe llevarse a cabo el sobreseimiento provisional (art. 641.2 LECrim).

Sin embargo, la redacción vigente guarda silencio al respecto, a diferencia de la existente en 2015¹⁴. Hay Audiencias Provinciales donde se considera que, ante esta situación de tener que “esperar” el resultado de diligencias acordadas en plazo, no cabe el sobreseimiento (no tendría amparo legal) y que la única fórmula sería la de tener que prorrogarse la investigación. Estas resoluciones se fundamentan en que, en aquellos casos en que se han acordado una o varias diligencias y el juzgado espera el resultado, no cabe el archivo provisional como fórmula de interrupción de los plazos. La fórmula sería prorrogar. Entre otros el Auto de la Audiencia de Lleida, sec. 1ª, A 19-12-2022, nº 681/2022, rec. 569/2022¹⁵ *“no es posible utilizar el sobreseimiento a la espera de recibir los resultados de periciales o documentales que previamente hayan sido acordadas -como sucede en este caso- con la finalidad de interrumpir los plazos de instrucción previstos en el art. 324.1 de la LECrim. ya que dicha forma de proceder no está amparada por la ley, pues supondría eludir la aplicación de una norma imperativa, por la vía indirecta del art. 324.3 b) LECrim, siendo que el propio precepto a que nos venimos refiriendo ya articula mecanismos para dar solución a situaciones como la que ahora se nos plantea, esto es, a fin de evitar el transcurso del plazo de instrucción en el supuesto que deban practicarse determinadas pruebas que previsiblemente tardarán un cierto tiempo en ser practicadas, tales como la declaración de complejidad o las prórrogas del plazo de instrucción”*. Muy similar,

¹⁴ Artículo 324, en su redacción de 2015: “3. Los plazos previstos en este artículo quedarán interrumpidos: a) en caso de acordarse el secreto de las actuaciones, durante la duración del mismo, o b) en caso de acordarse el sobreseimiento provisional de la causa.”

¹⁵ Auto de la Audiencia de Lleida, sec. 1ª, A 19-12-2022, nº 681/2022, rec. 569/2022. ES:APL:2022:966A

la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, en Auto de 13-02-2023, nº 143/2023, rec. 870/2022¹⁶ *“Pero en ningún caso, está prevista la posibilidad de adoptar el sobreseimiento provisional de la causa mientras se está a la espera del resultado de una diligencia de investigación acordada -en el presente caso un informe pericial-. En estos casos, el propio artículo 324 de la LECrim prevé una solución para remediar el supuesto de autos, e incluso, para aquellos supuestos en que pudiera preverse que, tras recibir el informe, surgiera la necesidad de practicar cualquier otra diligencia de instrucción, que no es otra que la de acordar la prórroga de los plazos en los términos previstos en el art. 324.1 del citado texto legal”*.

Brevemente, me referiré a dos supuestos diferentes. Aquel en que no es posible identificar a la persona; y aquel en que, siendo incluso reconocible la persona investigada estaría a la espera un informe, documentación o pericial.

Sobre el primer caso, un ejemplo: una persona mata o intenta matar a otra y se desconoce prácticamente nada de su autoría. La policía judicial, partiendo de diversas pesquisas, solicita al juzgado instructor toda una serie de medidas. El resultado de cámaras cercanas a los hechos; declaraciones de testigos; análisis de los repetidores de antena móvil (BTS) y como consecuencia de estas solicita más diligencias, etc. Y, obviamente, el tiempo previsto del año transcurre sin poder saber quién es el autor del hecho investigado. Ante una situación de esta envergadura, donde se han practicado diligencias debidamente; los medios con los que se cuenta son insuficientes¹⁷; la pendencia y decisión sobre muchos otros asuntos del juzgado sigue incólume... me surge la duda, partiendo de la mencionada finalidad o ratio legis, de si, ante el infortunio de que no se prorrogara la investigación, pudiera **anularse** ulteriormente cuando siquiera había una persona identificada. De hecho, no es nada infrecuente identificar, filiar, a una persona transcurrido un año. Ante ello, el primer mecanismo legal en que se piensa para evitar el transcurso de los plazos es el sobreseimiento provisional (art. 641.2 LECrim). Decisión que, como hemos expuesto, no es pacífica ni mucho menos. Por tanto, parecería que la única opción es la prórroga de los plazos. Esta opción, a mi modo de ver, nos lleva a una situación procesal para la que no creo que esté ideado el artículo 324 LECrim. Parecería que la instrucción se ha convertido en una suma de periodos caducos. Y, para el caso, en que, por numerosas circunstancias, no se prolongaran los plazos o se revocara el sobreseimiento provisional, se beneficié una persona que, material y procesalmente,

¹⁶Auto Audiencia de Barcelona, sec. 7ª, en Auto de 13-02-2023. ES:APB:2023:657A

¹⁷“Sugerencias en torno a la reforma de los plazos máximos de instrucción judicial (art. 324 LECRIM)”, José Antonio Tomé García, Profesor Titular de Derecho Procesal UCM (Acreditado para Catedrático), La Ley Penal, Nº 145, Sección Derecho Procesal Penal, Julio-Agosto 2020, Wolters Kluwer: “La propuesta de derogación se fundamentaba en una serie de razones, que recogía la Exposición de Motivos de la misma, y que podemos reconducir, fundamentalmente, a las siguientes: a) La reducción de plazos no es compatible con la escasez de medios materiales y personales de nuestra administración de justicia en la situación actual”.

desconocía la existencia de una causa penal. De esta manera, aparece el espacio de impunidad proscrito por la norma.

III.4 Declaración de la persona “reconocible” como investigada pendiente de informe o diligencia

La segunda situación a la que me refiero es aquella en la que, para poder atribuirse *formalmente* la condición de persona investigada, se requiere un informe pericial constitutivo o formalizador de la tipicidad del hecho. Esto suele suceder en delitos contra la hacienda pública (artículo 305 y ss. CPenal), en los que se exigen 120.000€ de cuota defraudada (condición objetiva de punibilidad¹⁸); delitos contra los derechos de los trabajadores (artículo 316 a 318 CPenal) en los que, la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales) debe ser, al menos, grave; y otros similares.

Efectivamente, la práctica forense exige la necesidad de informes provenientes de organismos oficiales para configurar la punibilidad del hecho. Ello puede suponer retrasos. En estos casos, lo normal es que el órgano instructor reitere oficios y, en su caso, sobresea. Frente a esta actuación, las anteriores resoluciones o, por ejemplo, el Auto de la A.P. Girona 24 de noviembre de 2020¹⁹ matizan: *“(la prórroga) se efectuó en fraude del art. 324 LECr, es decir, para evitar las consecuencias de la expiración del plazo que en aquél precepto se establecía. Ningún otro sentido cabe atribuir a las distintas decisiones de crisis del proceso. Así, obsérvese lo insólito de acordar el sobreseimiento provisional de las actuaciones, y a la vez continuar tramitando el mismo, solicitando informe a Inspección de Trabajo, recepcionándolo y ordenando dar traslado al Ministerio Fiscal, a fin que interese lo que a derecho proceda. (...) No habiéndose acordado la complejidad de la causa, dentro del plazo de seis meses a contar desde la fecha señalada, no cabe sino entender que no procede la práctica de la declaración en calidad de investigados de los recurrentes.”*

Parto, desde luego, de aquellos supuestos en que la recepción de estos informes excede del año, incluso más. Podría darse la circunstancia de que estos órganos (también saturados), tardaran varias prorrogas en responder. Yo creo que lo procedente es el sobreseimiento provisional. En otras palabras, si uno de los objetivos de la reforma es impedir la “pena de banquillo”, ¿es más garantista para un ciudadano verse imputado desde el primer momento, acordando su declaración en tal condición, aunque su punibilidad “esté pendiente”, o esperar a que el

¹⁸ STS 14 de noviembre de 2024. ECLI: ES:TS:2024:5577. Entre otras muchas. “el importe superior a ciento veinte mil euros, en la concepción mayoritaria de la jurisprudencia, merece la catalogación de condición objetiva de punibilidad”.

¹⁹ Auto de la A.P. Girona 24 de noviembre de 2020. ES:APGI:2020:1286A

órgano judicial reciba los anteriores informes? En el supuesto de un accidente laboral en que se sabe quién es el presunto responsable ¿se le toma declaración desde el primer momento o se espera a que la Inspección señale que la infracción fue grave? Esta posibilidad de que recaiga la “pena de banquillo” sin un aspecto tan esencial o *conditio sine qua non* para una imputación formal ya fue advertido en las discusiones parlamentarias de reforma del año 2020²⁰. Además, y no menos relevante, es que la persona imputada en la jurisdicción penal está o ha sido investigada en una primera vía administrativa o social.

III.5 La declaración extemporánea del investigado en la Jurisprudencia

La vigencia de la presente norma ha provocado, en muchas ocasiones, que la declaración de la persona a investigar tenga lugar excedidos los plazos de instrucción. Más concretamente, aquella diligencia de declaración que se acuerda y se practica tras excederse los plazos del artículo 324 LECrim. Esta situación, sobre la que se ha pronunciado el TS en numerosas ocasiones, ha obligado a deslindar entre la naturaleza meramente como “objeto de prueba” o “como otorgamiento de un estatus procesal”.

Sobre este particular se pronunció, en una cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional, mediante **Auto de pleno nº 5/2019, de 29 de enero de 2019**²¹ *“En este sentido, hemos dicho que ‘lo que prohíbe el artículo 24 CE es que el inculpado no tenga participación en la tramitación de las diligencias de investigación judiciales o que la acusación se fragüe a sus espaldas, sin haber tenido conocimiento alguno de ella’.* En igual sentido se pronunció la FGE en la **Circular 1/2021** destacando su condición de garantía procesal: *“(…) En aquellos casos en que hubiere expirado el plazo, las/os sras./es. Fiscales deberán sostener que la declaración de la persona investigada resulta admisible y plenamente válida, atendida su condición de garantía procesal”.*

Los dos votos particulares de la sentencia del **TS de Pleno 974-2024**²² promueven una **reconsideración** en cuanto a la naturaleza de la declaración de investigado. En el caso que analiza esta resolución, el Juez llamó por segunda

²⁰ En las propias sesiones de debate parlamentario (BOCG Núm. 49-5 1 de julio de 2020), se advierte la «infradotación de medios materiales y personales en la inmensa mayoría de los juzgados encargados de la instrucción en todo el territorio nacional»; «Acortar los plazos de investigación sin incrementar los medios, en la situación real de la administración de justicia, en la práctica equivale a introducir serias dificultades para que la investigación de delitos se complete en los plazos previstos». Continúa el fundamento de la proposición de Ley de derogación «el sistema instaurado no impide la denominada «pena de banquillo» e incluso puede favorecer que el Ministerio Fiscal dirija la acusación contra cualquier persona sin haberse podido completar».

²¹ Auto de pleno del Tribunal Constitucional 5/2019, de 29 de enero de 2019. ECLI:ES:TC:2019:5A

²² STS nº 974/2024, de 6 de noviembre de 2024, Voto particular Magistrados Andrés Palomo Del Arco y Javier Hernández García (f 34 a 43). ECLI:ES:TS:2024: 5586.

vez a quienes ya habían sido inculcados y, además, “*tenían pleno conocimiento de su contenido y desarrollo, lo cual garantizó su derecho defensivo a la actualización inculpatoria que previene el artículo 775 LECrim*”. Sobre la naturaleza escriben “*En nuestro modelo procesal es perfectamente posible disociar fines indagatorios y fines garantizadores en la llamada de la persona investigada al proceso*”. Estos dos magistrados finalizan, de forma relevante, “*cabría oponer a lo anterior que esa inculpación tardía impediría a la persona investigada defenderse por expiración del plazo del artículo 324 LECrim, por lo que se le causaría una grave indefensión. Pero creemos que el argumento es débil. Por una razón esencial: el principio de adquisición temporal es oponible a la acusación, no a la defensa. Limita la actividad indagatoria del Estado, no la correlativa actividad defensiva de la persona investigada. no parecería compatible con el contenido constitucionalmente garantizado del derecho de defensa que la persona investigada se viera privada de proponer cualquier diligencia (...)*”.

Puedo añadir, a favor de considerar que la imputación tiene por objeto garantizar los derechos de la defensa la ubicación del artículo 118 LECrim. Este aparece en el Libro I, Título V, Capítulo I “Del derecho a la defensa, a la asistencia jurídica gratuita”, reforzando su importancia frente a las diligencias de instrucción previstas en el Libro II “Del sumario”. Además, no debe olvidarse que puede acogerse a su derecho constitucional a no declarar. Segundo, la ley de ritos le permite aportar otras pruebas en las siguientes fases: en la fase intermedia (artículo 784.2 LECrim), en el inicio de las “sesiones de juicio oral” (art. 785.1.II LECrim) o pruebas que “se propongan para practicarse en el acto de juicio” (art. 786.2 LECrim). Por último, si durante la instrucción la defensa solicitara un lapso de tiempo para aportar elementos de descargo y, el órgano judicial lo estimara pertinente, se puede atender al art. 324.4 LECrim “*El juez concluirá la instrucción cuando entienda que ha cumplido su finalidad*”. Supondría un reforzamiento de las garantías. Por un lado, no ha tenido conocimiento con anterioridad “librándose” de cualquier tipo de aflicción y, por otro, el instructor o la instructora le permite motivadamente presentar esos medios de prueba.

IV. Reflexión sobre una interpretación alternativa

No me confundo si dijera que la práctica forense sostiene que el inicio del cómputo del plazo de instrucción es la incoación de la causa, en todo caso; que la finalidad de la fase de instrucción no es solo el esclarecimiento del hecho sino también, y como es lógico, averiguar la identidad de su autor o autores. Frente a esta postura dominante, quiero, humildemente, exponer una serie de razones o fundamentos por los cuales el inicio del cómputo de los plazos de instrucción debería efectuarse **cuando la persona investigada se encuentra plenamente**

te identificada. Los argumentos interpretativos a favor de esta posición son: 1º) Una interpretación **teleológica**²³ del precepto. La norma pretende limitar el carácter perjudicial, **aflictivo**²⁴ de una investigación sin límite temporal. Lo hace frente a quién la sufre, frente a una o varias personas investigadas. Ahora bien, considerar rígidamente los plazos y favorecer a quién todavía siquiera ha sido identificado, sólo nos conduce a espacios de impunidad. Además, evitar estos espacios fue el fundamento de la reforma de 2020.

2º) Hay otros elementos de la propia dicción del artículo que permiten avalar

23 García Amado, Juan Antonio (2020): “aquella interpretación, de las posibles, que provoque una aplicación de la norma interpretada en la que el fin de la norma se cumpla mejor o en mayor medida que en las otras interpretaciones posibles.”

24 Mismo criterio que es compartido por la STS nº 52/2022, de 21 de enero “*la finalidad de estos plazos es que ningún ciudadano quede cuestionado en su presunción de inocencia y sometido a proceso de investigación indefinido, inagotable y temporalmente irrazonable para una sociedad democrática*”. En otras palabras, si no se puede perjudicar a ninguna persona, nadie está “*soportando aflicción y costes*”.



esta tesis. Esto es, la norma parte de que la defensa se encuentra personada en el procedimiento: “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”. Este traslado abre un litis procesal entre quienes pueden considerar suficientes las diligencias o quienes necesiten más. Aunque podría entenderse que fueran las partes acusadoras quienes deban promover la prórroga de los plazos para evitar la caducidad, el objetivo es otro. Es decir, parece contradictorio que sean las acusaciones y el instructor quienes deban velar por los plazos mientras nadie está identificado. Contradictorio para las acusaciones porque estas pretenden que se conozca quién es el responsable; y para el/la instructor/a porque, además, el apartado 4 compele a concluir la instrucción “cuando entienda que ha cumplido su finalidad”. Esta será acercarse, en la mayor medida de lo posible, a la realidad material de lo denunciado/ investigado.

3º) Otra perspectiva que añadir a estas consideraciones sería *grosso modo* de filosofía política, sobre el concepto “**investigación judicial**”. Si partimos de un concepto “clásico” de Estado, autores como G. Jellinek o M. Weber lo conceptualizan como una entidad autónoma con poder dentro de un territorio y sobre una concreta población. Pues bien, sobre esas personas del territorio es sobre las que se podía ejercer el aparato coactivo (administrativo-judicial) y con los medios de los que estaba dotado el estado. Sin embargo, la actividad delincinencial en la actualidad ha cambiado y lo seguirá haciendo en los tiempos venideros. De hecho, es cada vez más habitual que la actuación policial/judicial se circunscriba a un ámbito mayor al del propio Estado y tenga que acudir a medios (grandes corporaciones) que **no puede controlar**²⁵. Es llamativo, la cantidad de delitos que se cometen a través de Internet (estafa informática²⁶, cyberbulling, sexting...) o redes internacionales, aunque no es el objeto del artículo.

La cuestión es que en muchas ocasiones para saber quién o quiénes son los autores debe solicitarse información a entes privados nacionales o internacionales (compañías telefónicas; entidades bancarias domiciliadas en el extranjero o sin sede física en España; oficio a redes sociales, etc.). Puede observarse como el límite clásico del territorio del Estado ha sido superado; cómo el órgano judicial tiene que traspasar las fronteras nacionales y estar a la espera de la

25 De la misma manera, cabría preguntarse hasta qué punto tiene el órgano judicial que verse obligado a prorrogar continuamente una investigación para esperar informes que serían necesarios para la propia tipicidad de los hechos: principalmente informes de hacienda o la inspección del trabajo (vgr).

26 Según la página web del Ministerio del Interior del Gobierno de España (<https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2024/Balance-de-Criminalidad-Primer-Trimestre-2024.pdf>) “en apenas ocho años (hasta marzo de 204), las estafas informáticas conocidas en el año 2023 crecieron un 509,1% sobre las registradas en 2016”.

información que se le aporte (total o parcialmente); es más, podría hablarse de una erosión o pérdida de soberanía en el sentido clásico. El Estado, a través del ejercicio facultativo del poder judicial, ya no tiene el control total sobre los medios necesarios para impartir justicia. Me cuestiono si frente a esta realidad y los plazos referidos ¿el propio Estado ha decidido (frente al no identificado) autolimitarse a través del único medio que tiene para poder perseguir-reprimir el delito? ¿puede una instrucción anularse porque el órgano judicial obvió la prórroga, frente a quien tuvo conocimiento pasado el primer año e incluso podría hallarse fuera del territorio nacional²⁷?

4º) Si se acogen los argumentos anteriores, ante el supuesto objetivo en que se sobrepasen los plazos y no se haya podido identificar a nadie ¿cuál es el objetivo de considerar los plazos como límites caducos? ¿hay algún otro propósito para impedir continuar la investigación hasta el límite de la prescripción? Entender que, ante la falta de identificación, debió haberse sobreseído la causa antes uno, dos, tres meses... es partir de la consideración caduca de los plazos. Otra posibilidad sería entender que, con el sobreseimiento por el transcurso de los plazos, se evita un coste a la Administración. Ahora bien, ni en el preámbulo, ni en los debates parlamentarios se encuentra nada de que la finalidad de los plazos de instrucción tenga por objeto garantizar una suerte de **“ahorro”** a la Administración.

V. Conclusiones

Todo el análisis anterior y las diversas hipótesis, resulta ocioso decirlo, podría zanjarse *lege ferenda*. No obstante, “con estos mimbres”, a mi modo de ver, la cuestión dista bastante de encontrarse clarificada. Además, tengo serias dudas de que se haya alcanzado el verdadero fin de la norma. Principalmente, porque tras la fase de investigación hay otras que tienen una pendencia igual o superior. Para mi es una reforma que no puede satisfacer a nadie. Por un lado, el investigado tendrá una sentencia firme varios años después de los hechos. La parte perjudica quién, también sufrirá los plazos, puede encontrarse ante un archivo o sobreseimiento por alguna de las razones que hemos expuesto. Y, para los órganos judiciales y la fiscalía ha aumentado la carga laboral. Tampoco es baladí, dejando a un lado la posible revocación²⁸ de las resoluciones al respecto

²⁷ El artículo 324.2 e), según la reforma de 2015, preveía la declaración de complejidad cuando “implique la realización de actuaciones en el extranjero”.

²⁸ La STS de Pleno 974/2024, de 6 de noviembre contiene dos votos particulares suscritos por ANDRÉS PALOMO DEL ARCO Y JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA. Dichos magistrados cuestionan frente al resto del Pleno que, vía casacional, se pueda acordar la nulidad del auto de transformación en procedimiento abreviado y el efecto de retroacción anudado. “Objetamos, contundentemente, es que la intempestividad de las diligencias practicadas pueda discutirse, como una suerte de gravamen inmune al desarrollo del proceso, en el acto del juicio oral, abriéndose la vía para que en la propia instancia o en el recurso que se interponga contra la sentencia pueda apreciarse y ordenarse, como consecuencia, la nulidad de la decisión de prosecución y, con efectos retroactivos, la inutilizabilidad a fines inculpativos de dichas diligencias”.

que, en muchas ocasiones, las consecuencias de la intempestividad son mayores que la propia extinción de la responsabilidad por prescripción. Además, en la situación de hecho analizada de la expiración de los plazos frente al investigado no identificado, surge una “duda razonable” sobre cómo concretar un perjuicio para quién ni siquiera conocía la existencia de un procedimiento penal contra su persona²⁹.

VI. Bibliografía

Steve Allen. (2017) “Las 59 falacias lógicas más poderosas con ejemplos y descripciones simples de comprender”: Una falacia es “un error en el Razonamiento”.

Fiscal de Sala Jaime Moreno Verdejo y Pedro Díaz Torrejón. (28 de julio de 2022). “Dos años de aplicación práctica de la versión 2.0 del sistema de plazos del proceso penal”. Editorial: SEPIN.

Arantzazu Echandía Esteban (Fiscal Fiscalía Provincial de Toledo) y Juan Luis Ortega Calderón (Fiscal Fiscalía Provincial de Madrid). 16 de noviembre de 2022. *Reflexiones entre fiscales sobre diligencias y plazos de instrucción* (1ª, 2ª y 3ª Parte): Vencimiento del plazo y diligencias admisibles., Diario La Ley, Nº 10171, Sección Tribuna, LA LEY.

Alfonso Rodríguez, Adriano J (2024): *El cómo frente al quien en la reforma de la instrucción penal: Diagnóstico y cambios: Revista de Derecho UNED*, núm. 33, 191-240. <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/issue/view/1871/729>.

Hans Kelsen (2011) *Teoría pura del derecho*. Ed Trotta.

Bibliografía consultada.

García Amado, Juan Antonio (2020) “Razonamiento jurídico y argumentación”. Ed. Eolas Manuales.

Alexy, Robert (2018) “Teoría de la argumentación jurídica”. Ed. CEPC.

Jellinek, Georg (2012) “Teoría general del Estado”. Ed. Fondo de cultura económica.

Weber, Max (2012) “Sociología del poder”. Los tipos de dominación. Ed. Alianza Editorial (bolsillo).

Gimeno Sendra, Vicente (2019) “Manual de Derecho Procesal Penal”. Ed. Civitas

²⁹ Morales, Pedro (2025, 22 de enero) “¿cómo archivar una causa penal sin pisar el juzgado? Análisis del artículo 324. <https://www.economistjurist.es/events/como-archivar-una-causa-penal-sin-pisar-el-juzgado-analisis-del-articulo-324-lecrim/>

CONOCIENDO EL DELITO DE GENOCIDIO

GENOCIDE, EXPLAINED



LUCÍA PRO MARTÍNEZ

Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Tolosa

Fecha de recepción: 23 enero de 2025
Fecha de aceptación: 24 febrero de 2025

SUMARIO

1. Introducción
2. Evolución y debates
3. Los crímenes “más graves”
4. La singularidad del crimen de genocidio
5. Conclusiones
6. Bibliografía

RESUMEN.

Este artículo pretende hacer una teoría general del crimen de genocidio. En primer lugar, explicando brevemente su origen y evolución histórica, así como su tipificación internacional y nacional. Después, distinguiéndolo de los demás delitos tipificados por el Estatuto de la Corte Penal Internacional: crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión. Y finalmente explicando los conceptos clave que conforman este tipo delictivo: la intención y el concepto de grupo.

ABSTRACT

This article aims to provide a general theory of the crime of genocide. Firstly, by briefly explaining its origin and historical evolution. Then, by distinguishing it from the other crimes defined by the Statute of the International Criminal Court: crimes against humanity, war crimes and aggression. And finally, by explaining the key concepts that make up this crime: intention and the concept of group.

PALABRAS CLAVE

Genocidio; Dolus specialis; Destruir; Grupo; Corte Penal Internacional

KEY WORDS

Genocide; Dolus specialis; Destroy; Group; International Criminal Court

1. INTRODUCCIÓN

El exterminio de un grupo como tal ha sido durante muchos siglos un “crimen sin nombre”¹. Una barbarie metida dentro de los horrores de guerras, dictaduras y otras formas de represión. Y, sin embargo, las circunstancias históricas vividas en el siglo XX hicieron sentir la necesidad de diferenciar este crimen de otros que engloban las mismas actividades y que son perpetrados por los mismos actores; e incluso la necesidad de crear instituciones que reflejen en particular esa situación, la protejan internacionalmente y le atribuyan una pena concreta. El crimen en cuestión recibió el nombre de *genocidio*. El uso mediatizado del término ha tendido a banalizar su significado extendiéndolo a cualquier masacre, cualquier violación en masa de los derechos humanos. Sin embargo, el genocidio remite a un concepto muy particular, que conviene utilizar rigurosamente. ¿Qué actitud concreta estamos pensando al invocar el crimen de genocidio? ¿Por qué se consideró necesaria esta institución, si ya estaban penadas individualmente todas las actividades que engloba?

En este artículo, dentro de la sección de esta revista titulada “Delitos para Dummies”, pretendo exponer este delito para que puedan entenderlo lectores juristas y no juristas. Explicaré brevemente los orígenes y evolución histórica de este tipo delictivo, y su diferencia con los demás crímenes tipificados por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, para después analizar sus particularidades: bien jurídico protegido, *dolus specialis* (la importancia de la intención) y el sujeto pasivo (la importancia del “grupo”).

2. EVOLUCIÓN Y DEBATES

El término “genocidio” fue acuñado por Raphaël Lemkin en su libro *El poder del eje en la Europa ocupada*, en 1944, tras la masacre del pueblo judío en el marco de la segunda guerra mundial. Es una combinación de *genos* (término griego para “raza” o “clan”) y *cide* (sufijo latino que viene de la palabra *cadere*, “matar”). Lemkin lo definió inicialmente como “La puesta en práctica de acciones

¹ Wiston Churchill, El camino hacia el desastre, discurso agosto 1941, via mundosgm.com

coordinadas que tienden a la destrucción de los elementos decisivos de la vida de los grupos nacionales, con la finalidad de su aniquilamiento.”². Sin embargo, en contra de lo que hubiese deseado Lemkin, el concepto de genocidio no se utilizó en los juicios del final de la guerra, como documenta Raul Hilberg en su libro *La destrucción de los judíos europeos*.³

La definición y los límites de lo que comprende este crimen han sufrido sutiles pero poderosos cambios tras largos debates. El borrador original de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio definía el genocidio como “actos deliberadamente cometidos con intención de destruir a un grupo nacional, racial, religioso o político por razón del origen nacional o racial, la creencia religiosa o la opinión política de sus miembros”⁴. Esta definición añadía a la de Lemkin la particularización de los grupos que se incluían en la definición. Precisamente sobre esto ha versado gran parte de la discusión entablada acerca de la delimitación del concepto.

2 LEMKIN, Raphael. *El poder del Eje en la Europa ocupada*. 1944. ISBN: 9875742932.

3 HILBERG, Raul. *La destrucción de los judíos en Europa*. Madrid: Akal, 2005, capítulo “Los juicios”. Págs. 1178 a 1233. ISBN: 8446018098.

4 ANDREOPOULOS, George J. *Genocide conceptual and historical dimensions*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, cop. 1994. Pág 32. ISBN: 0812232496.



Uno de los puntos más controvertidos fue durante años la inclusión o no de los grupos “políticos y sociales”, que sí se incluía en la Resolución 96 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 11 de diciembre de 1946 sobre el crimen de genocidio. No incluir a estos grupos suponía ignorar, entre otros, a los muertos en las matanzas de Guinea Ecuatorial bajo el mandato de Macías, a los millones de civiles soviéticos eliminados por ser “enemigos del Estado” entre 1920 y 1939, o considerar que fueron víctimas de una naturaleza distinta aquellas que murieron a manos del régimen nazi no por ser judíos o gitanos, sino por ser comunistas, homosexuales o tener discapacidades físicas o mentales. Sin embargo, se concluyó que tales grupos no se incluirían en la definición de este crimen, por la presión de varias potencias de la época, en particular de la Unión Soviética.

Ha habido también discusión doctrinal sobre lo que constituye legalmente un “grupo”, sobre los rasgos que deben compartir sus miembros. La jurisprudencia y la doctrina parecen haber llegado a la conclusión de que son la estabilidad, la cohesión, la independencia y la identificación los que permiten dilucidar si un conjunto de individuos conforma efectivamente un grupo.

Sobre el término “racial” se ha discutido también, ya que el estudio actual de las ciencias sociales niega la existencia misma de razas definidas en la población humana. Esta cuestión fue salvada en pocas palabras por Jean Paul Sartre en su *Reflexiones sobre la cuestión judía*: “El judío es un hombre al que los otros hombres tienen por judío”⁵. Lo mismo puede aplicarse a una raza. Vemos aparecer aquí la idea, que analizaré más adelante, de que es la intención del perpetrador la que hace de un crimen un genocidio.

Retrospectivamente, puede decirse que el genocidio existió en la Historia mucho antes de que fuera establecido el concepto. Fue, por ejemplo, un rasgo característico de las guerras de la Antigüedad, que con frecuencia terminaban con el exterminio o la esclavización de los pueblos vencidos. Recordemos las deportaciones masivas de los faraones egipcios o el destino de Cartago tras ser derrotada por Roma. De manera más clara, la práctica del exterminio en masa ha estado presente en los conflictos del siglo XX, como correlato de la sociedad de masas y la guerra total, de manera que es frecuente considerar que la masacre del pueblo armenio a manos de los turcos en 1915-1923 fue el primer genocidio moderno. Pero en toda esta cuestión de la aplicabilidad histórica del concepto de genocidio, lo que late detrás es la incómoda vinculación de este con la historia del colonialismo y el imperialismo europeos en América, Asia,

5 SARTRE, Jean Paul. *Reflexiones sobre la cuestión judía*. Barcelona: Seix Barral, 1946. ISBN: 9788432227981.

África y Oceanía. Particularmente, la historia de la conquista y la colonización de América y del destino de los pueblos indígenas bajo la dominación europea sobrevuela cualquier intento de definir con precisión qué es y qué no es un genocidio. Por este motivo, la cuestión del genocidio y su discusión revisten características especiales en América Latina hasta nuestros días.

Estos, entre otros, son los debates que han rodeado el concepto de genocidio, hasta llegar a la definición de 1998, que sigue intacta en la actualidad, en el artículo 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional:

“Se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- A) Matanza de miembros del grupo;*
- B) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;*
- C) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;*
- D) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;*
- E) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.”⁶*

El genocidio en nuestro Ordenamiento Jurídico

En España, el genocidio se tipifica en el actual artículo 607 del Código Penal:

“1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1.º Con la pena de prisión permanente revisable, si mataran a alguno de sus miembros.

2.º Con la pena de prisión permanente revisable, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.

3.º Con la pena de prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.

4.º Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

5.º Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los numerales 2.º y 3.º de este apartado.

2. En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación especial

⁶ Art 6 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998.

para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente.”

Hasta llegar a la redacción actual, sufrió modificaciones en 1995 (para castigar específicamente la apología del genocidio), 2007 (para despenalizar la negación de los delitos de genocidio por orden del Tribunal Constitucional⁷), 2010 (para incluir a los grupos de personas con discapacidad) y 2015 (para incluir la pena de prisión permanente revisable; y eliminar la tipificación específica de su apología). La primera vez que el genocidio se incluyó en nuestra legislación como delito fue en 1971, con la Ley 44/1971 de 15 de noviembre sobre reforma del Código Penal. España se adhirió a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio el 13 de septiembre de 1968, ratificado en el BOE de 8 de febrero de 1969.

3. LOS CRÍMENES “MÁS GRAVES”

El Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998) recoge, en su artículo 5, cuatro crímenes a los que limita su competencia, calificándolos de “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”. Estos son: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Se les da un estatus cualificado a nivel internacional, en tanto que las penas que llevan aparejadas son especialmente duras, se califican como imprescriptibles, y se atan a la jurisdicción universal; es decir, que podrán ser perseguidos por cualquier Estado en cualquier momento. Se establece así porque se considera que son estos crímenes, y no otros, los que atentan contra bienes especialmente valiosos para los seres humanos: los que llamamos “derechos humanos”.

A menudo hay confusión a la hora de diferenciar entre sí los cuatro crímenes señalados como “más graves”. Para explicar la singularidad del genocidio, hay que empezar por analizar cómo se diferencia de los otros tres.

Genocidio vs. crímenes de lesa humanidad

La descripción legal de los crímenes de lesa humanidad (en la actualidad, tras sufrir sucesivos cambios) es la que sigue:

⁷ Tribunal Constitucional. «Sentencia del Tribunal Constitucional en la cuestión 5152-2000». Boletín Oficial del Estado. Consultado el 8 de agosto de 2012.

“1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: (...)”⁸

La lista de actividades que se tipifican como crímenes de lesa humanidad es extensa y, a efectos de la diferenciación de los delitos que nos ocupa, no es demasiado relevante. Lo que caracteriza este delito, al igual que ocurre con el de genocidio, es el encabezado de este párrafo primero del Estatuto de Roma. He mencionado ya, y después pasaré a explicar, la particularidad de la intención de destruir a un grupo del crimen de genocidio. Esta no se aprecia en los crímenes de lesa humanidad, que requieren sin duda una intención (“con conocimiento de dicho ataque”), pero simplemente la intención general de delinquir, eliminando así explícitamente la posibilidad de cometer estos crímenes por imprudencia (respaldado por el artículo 30 del mismo Estatuto de Roma de 1998). De hecho, hay una parte de la doctrina que considera el genocidio como una forma especial de crimen de lesa humanidad.

Genocidio vs. crímenes de guerra

Por su parte, los crímenes de guerra, descritos minuciosamente en el artículo 8 del Estatuto de Roma, protegen bienes individuales (cosa que se aprecia tanto en las actividades penadas como en el marco que para penarlas se establece) y, como rasgo fundamental, requieren la conexión con un conflicto armado. Éste puede ser nacional o internacional, pero requerirá siempre la ocupación militar.

El genocidio puede apreciarse en el marco de un conflicto armado, pero ello no es requisito del delito. El ejemplo clásico de genocidio es la Shoah, que se perpetró en el marco de la Segunda Guerra Mundial, y sin embargo se califica siempre de forma separada, no como una actividad de guerra más.

Genocidio vs. agresión

Por último, queda diferenciar el genocidio del crimen de agresión. En su día, el Estatuto de Roma dejó sin definir este crimen, con una remisión a una futura disposición que lo definiese. En 2010 se aprobó la Resolución RC/Res.6 definiendo el crimen de agresión, que quedó incluido en el Estatuto de Roma como artículo 8 bis.

El crimen de agresión se define como un ataque cometido contra “la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado” por parte

⁸ Art 7, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998.

de un sujeto “en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado”. Dos elementos esenciales lo distinguen del genocidio: su objeto, que no es un grupo definido de ciudadanos, sino una manifestación del poder de otro Estado; y la falta de *mens rea*, ya que no se requiere la intención de destruir al objetivo para apreciar crimen de agresión, basta con perpetrar el ataque.

Recapitulando, pues, tendríamos cuatro conceptos conectados, aunque distintos: en primer lugar, el genocidio, que se basa en la intención de destruir a un grupo como tal; después, los crímenes de lesa humanidad, que se tratan de ataques generalizados o sistemáticos contra una población civil, sin necesidad de la intención de destrucción y sin la caracterización de la población atacada como grupo; los crímenes de guerra, que son el arsenal de crímenes cometidos en el curso de un conflicto armado; y, por último, el crimen de agresión, que es el ataque por parte de un dirigente político o militar contra el poder de otro Estado.



4. LA SINGULARIDAD DEL CRIMEN DE GENOCIDIO

Un bien jurídico difuso

El “bien jurídico”, en derecho, significa el bien o valor de la vida de las personas que es protegido por la ley. Si nos remontamos a la mencionada Resolución 96 (I), vemos que el bien jurídico fue una de las primeras cosas que se intentaron delimitar al tipificar el delito de genocidio:

“la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación del derecho a la vida de seres humanos individuales”.

El Tribunal Federal Constitucional de Alemania ha indicado que el crimen de genocidio defiende un bien jurídico “supra individual”. Ello partiendo de la noción de que el genocidio es claramente un crimen pluri-ofensivo: no se refiere a un bien jurídico único. En este sentido la Secretaría de las Naciones Unidas, siguiendo a Lemkin, distinguió entre tres clases de genocidio en los comienzos del debate para la definición del concepto: físico, biológico (referido a la restricción de nacimientos) y cultural (referido a la destrucción de las características morales y sociológicas del grupo).

No podemos acotar, pues, un bien jurídico particular, por lo que la explicación de la existencia de este delito hay que buscarla, no en el elemento físico del delito, sino en el mental.

La importancia de la intención: el *dolus specialis*

“El delito de genocidio está caracterizado por su *dolus specialis* o intención especial, que reside en el hecho de que los actos que se imputan deben haber sido cometidos con la intención de destruir total o parcialmente al grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.”⁹

Este fragmento de la sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso Akayesu del 2 de septiembre de 1998, la primera sentencia internacional en materia de genocidio, pone en evidencia que lo que reviste al genocidio de la gravedad que se le atribuye es la intención del perpetrador de acabar con un grupo específico, de borrarlo en adelante de la historia¹⁰.

⁹ Sentencia del Tribunal Criminal Internacional de Ruanda, de 2 de septiembre 2011, párrafo 517.

¹⁰ El TPIR fue creado en 1994 por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para perseguir a los responsables del genocidio de Ruanda o genocidio Tutsi.

Se ha dicho a menudo que para apreciar este *dolus specialis* es necesario que exista un plan preconcebido y concertado por numerosos sujetos. Aunque teóricamente la definición del delito no contempla necesariamente la existencia documentada de un plan, en la práctica los tribunales siempre lo han considerado como pieza fundamental del caso. Es cierto que es en un plan, diseñado por un grupo de individuos que más tarde cometen en concierto una serie de delitos en masa, donde se puede apreciar la intención explícita, si existe, de acabar con otro grupo, además de los aspectos materiales necesarios a la hora de enjuiciar: las actividades específicas cometidas por cada sujeto, las cadenas de mando, los lugares de actuación, los medios utilizados para perpetrar las matanzas, etcétera.

La importancia del grupo: ¿por qué es más relevante querer eliminar a un grupo que a muchas personas independientes?

La Resolución 96 (I), antes citada, continúa diciendo:

“(...) tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa grandes pérdidas a la humanidad en la forma de contribuciones culturales y de otro tipo representadas por esos grupos humanos y es contraria a la ley moral y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas.”

Tenemos en este fragmento una clave de la especial gravedad que se atribuye al genocidio. Este crimen, y solo éste, busca la eliminación permanente de un sector de la humanidad. Puede ser grande o pequeño pero es, por definición, un grupo único; es decir, irrepetible. El vacío vertiginoso que ello causa en la historia es, a mi parecer, lo que ha llevado a la comunidad internacional (doctrina, jurisprudencia y organismos internacionales) a calificar el genocidio como “crimen de crímenes.”

5. CONCLUSIONES

- El delito de genocidio está tipificado a nivel internacional por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, junto con los delitos de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión: es imprescriptible y perseguible a nivel internacional.
- En España, está tipificado como delito desde 1971, con sucesivas modificaciones hasta el actual artículo 607 del Código Penal.
- Lo que caracteriza este delito es que se perpetren determinados actos con la intención inequívoca de destruir un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes.

- Se considera un crimen más grave que la suma de los actos delictivos que lo componen por pérdidas a la humanidad en la forma de contribuciones culturales y de otro tipo representadas por esos grupos humanos.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ANDREOPOULOS, George J. *Genocide conceptual and historical dimensions*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, cop. 1994. ISBN: 0812232496.
- ANTELME, Robert. *La especie humana*. Madrid: Arena Libros, 2001. ISBN: 8493070866.
- Tribunal Criminal Internacional de Ruanda. Caso Akayesu. Sentencia de 2 septiembre 1998.
- BRUNETEAU, Bernard. *El siglo de los genocidios: violencias, masacres y procesos genocidas desde Armenia a Ruanda*. Madrid: Alianza Editorial, 2006. ISBN: 8420648469.
- España. Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998. Boletín Oficial del Estado núm. 126, de 27 de mayo de 2002, páginas 18824 a 18860.
- FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina. *El genocidio en el derecho penal internacional: análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. ISBN: 9788499850092.
- GLOVER, Jonathan. *Humanidad e inhumanidad: una historia moral del siglo XX*. Madrid: Cátedra, 2001. ISBN: 8437619254.
- GURRIARÁN, José Antonio. *Armenios: el genocidio olvidado*. Pozuelo de Alarcón (Madrid): Espasa-Calpe, 2006. ISBN: 9788467028096.
- HILBERG, Raul. *La destrucción de los judíos en Europa*. Madrid: Akal, 2005. ISBN: 8446018098.
- LEMKIN, Raphael. *El poder del Eje en la Europa ocupada*. Buenos Aires: Prometeo Editorial, 1944. ISBN: 9875742932.
- LEMKIN, Raphael. *Genocidios. Escritos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2015. ISBN: 9788425916540.
- LEVI, Primo. *Si esto es un hombre*. Barcelona: El Aleph, 2006. ISBN: 9788496333727.
- MATES, Reyes. *La filosofía después del Holocausto*. Barcelona: Riopiedras Ediciones, 2002. ISBN: 8472131610.
- SARTRE, Jean-Paul. "Le génocide", *Les Temps Modernes*, núm. 259 (1967), pp. 953-971.
- SAENZ DE TEJADA, Ricardo. "Las redes político-económicas ilícitas". *Análisis de la Realidad Nacional*, núm. 82(2015), pp.14-33.
- SCHABAS, William. *Genocide in international law: the crime of crimes*. Cambridge-New York: Cambridge University Press, 2000. ISBN: 0521782627.