

La Rebeldía Penal

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Magistrado
Doctor en Derecho

«Así es, mi pobre Juan; porque en España se castiga a los criminales, pero con mucha más dureza a los que, además de serlo, se dejan coger o no se escapan; en suma, a los tontos».

Luis Silvela, *El Código penal y el sentido común*,
Tipografía de Manuel G. Hernández, Madrid, 1886, p. 32.

RESUMEN

En el presente trabajo hemos llevado a cabo un detallado estudio de la figura procesal de la rebeldía penal, analizando su evolución histórica y los modelos que ofrece el derecho comparado, para así, desde dichos parámetros, poder realizar un análisis crítico de las respuestas que nuestro Derecho da a una situación procesal que en la práctica forense presenta una singular problemática. Para superar estas deficiencias se apuestan por algunas posibles soluciones.

Palabras clave: *rebeldía penal, proceso penal, enjuiciamiento en rebeldía.*

ABSTRACT

In the present paper we have carried out a detailed study of the procedural figure of criminal absence, analyzing its historical evolution and the models offered by comparative law, in order to do so, from these parameters, by carrying out a critical

analysis of the responses that our Law gives to a procedural situation that in forensic practice presents a singular problematic. To overcome these deficiencies, they bet on some possible solutions.

Keywords: *criminal absence, criminal procedure, "trial in absentia"*.

SUMARIO: I. Introducción. Sobre el concepto de rebelde como parte: I.1 Introducción. I.2 El problema de la existencia de partes en el proceso penal. I.3 La doctrina italiana. I.4 La doctrina española. I.5 El proceso como "Rechtslage". I.6 La doctrina alemana. I.7 La rebeldía como «situación procesal». I.8 Los contornos del concepto de rebelde.–II. Una mirada atrás para comprender el presente: II.1 La rebeldía en el Derecho romano. II.2 La doctrina medieval de la contumacia. II.3 La rebeldía en los textos y fueros medievales. II.4 La «revitalización» de la rebeldía en la Monarquía absoluta. II.5 Reglamentación del procedimiento contumacial en el siglo XVI. II.6 Las críticas desde la Ilustración y la Escuela clásica. II.7 El siglo XIX. La larga senda hacia el juicio oral. II.8 La meta: la necesaria comparecencia del acusado en el juicio.–III. La rebeldía penal en el derecho comparado: III.1 Los diversos sistemas regulatorios. III.2 El modelo del *Common Law*: el sistema británico y su evolución. III.3 La rebeldía en el Derecho norteamericano. III.4 El modelo del Derecho continental: notas características. III.5 El ordenamiento francés. III.6 La rebeldía en Alemania. III.7 El caso del Derecho italiano. III.8 Los Tribunales Penales Internacionales.–IV. La rebeldía penal en nuestro ordenamiento. IV.1 Notas características de nuestro sistema. IV.2 Fundamento y naturaleza jurídica de la presencia del imputado. IV.3 La rebeldía y sus presupuestos: la requisitoria. IV.4 El auto de rebeldía: sus efectos. IV.5 Rebeldía y derecho de defensa. IV.6 La rebeldía de la persona jurídica.–V. Balance conclusivo.

I. INTRODUCCIÓN. SOBRE EL CONCEPTO DE REBELDE COMO PARTE

I.1 Introducción

Resulta curioso que la figura de la rebeldía en el enjuiciamiento criminal, pese a su trascendental importancia en la práctica forense, haya suscitado tradicionalmente tan poca atención doctrinal, no solo si la comparamos con su homónima civil, sino también con el resto de institutos que vertebran nuestro proceso penal(1). Se podría así soste-

(1) En este sentido, y como simple botón de muestra de este diferente trato bibliográfico, podemos señalar que en la recopilación bibliográfica en materia procesal realizada en su día por Ramos Méndez para el periodo correspondiente al último cuarto de siglo XX, observamos que el número de trabajos referidos a la rebeldía en

ner, parafraseando a Carnelutti, que si la Ciencia procesal penal es la «cenerentola» del Derecho procesal⁽²⁾, la rebeldía penal sería «la cenicienta de la cenicienta». Si esta orfandad de estudios doctrinales podría ya de por sí justificar la realización de un trabajo como el presente, hemos de decir que el *leitmotiv* del mismo trasciende con mucho el mero prurito científico, pues ha sido nuestra experiencia judicial la que nos ha llevado a entender necesaria su elaboración. Y es que la peculiar, y en no pocas ocasiones, privilegiada situación en la que se encuentra el rebelde en nuestro proceso penal exige, en mi opinión, un detallado estudio de su actual estatuto jurídico, para poder así denunciar las deficiencias y disfunciones que el mismo presenta. Digo privilegiada situación pues, como con detalle veremos, creo que en su configuración hemos pasado de concebir al rebelde penal como una situación procesal claramente desfavorecida, a otra en la que incluso se encuentra en mejor situación de quien se halla a disposición de la justicia. Se ha transitado así de entender, por ejemplo, que el tiempo pasado en rebeldía no se computaba a efectos de prescripción (arts. 133 y 134 del Código Penal de 1870), que al penado que no acudía al juicio no se le podía abonar la prisión preventiva sufrida en esa causa (art. 5 de la Ley sobre abono de la prisión preventiva de 1901), o que al rebelde no se le permitía acceder al beneficio de la suspensión de la pena (art. 2 de la Ley de condena condicional de 1908), a todo lo contrario, llegándose en ocasiones, incluso, a permitírsele tener una participación activa en el proceso a través de la presentación de recursos. A ello habría que añadir la previsión de que, una vez habido, el

el proceso civil, multiplica por tres al relativo a los dedicados a la rebeldía penal (de un total de veintiocho registros sobre rebeldía, solo ocho referidos a la rebeldía penal). Vid. RAMOS MÉNDEZ, F., *Bibliografía procesal española (1978-2000)*, J. M., Bosch, Barcelona, 2001, p. 627 (índice) y referencias en pp. 129, 147, 268, 270, 397, 449, 500 y 541.

(2) CARNELUTTI, F., «La cenerentola», en *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 1, 1946, pp. 1 y ss. Su texto puede también verse en *Questioni sul Processo penale*, ed. Cesare Zuffi, Bologna, 1950, existiendo traducción al español realizada por Santiago Sentís Melendo, *Cuestiones sobre el proceso penal*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1994, pp. 13 y ss., en donde leemos: «Había una vez tres hermanas que tenían en común, por lo menos, uno de sus progenitores: se llamaban la ciencia del derecho penal, la ciencia del proceso penal y la ciencia del proceso civil. Y ocurrió que la segunda, en comparación con las otras dos, que eran más bellas y prósperas, había tenido una infancia y una adolescencia desdichadas (cit., p. 15). En una palabra, la teoría del proceso penal se halla todavía en una fase de neta dependencia respecto de la teoría del proceso civil; donde se trata de superar el empirismo, sirven casi exclusivamente los esquemas importados. De una elaboración indígena no digo que no haya huellas, pero sí que son casi irrelevantes; y menos todavía de una exportación del campo del proceso penal al del proceso civil. La cenicienta, justamente, se contentaba con los vestidos desechados por sus más afortunadas hermanas» (cit., p. 18).

acusado rebelde deba ser juzgado repitiendo de nuevo y de manera íntegra el juicio ya celebrado respecto de los coacusados que no eludieron la acción de la justicia, lo que en la práctica genera profundas disfunciones y traslada a la ciudadanía, muy particularmente a los testigos que tienen que deponer sucesivamente en un mismo juicio que se repite en el tiempo, una imagen de nuestro sistema procesal poco entendible. No han sido pocos los autores que han señalado lo criticable de esta situación, al entender que la suspensión del procedimiento supone llevar hasta las últimas consecuencias el principio de autodefensa, siendo que «la incomparecencia voluntaria del procesado, interfiriendo la marcha del proceso en su propio favor, representa una evidente injusticia por encontrarse en condiciones de privilegio con respecto al acusado que comparece, puesto que se le facilita la impunidad y especialmente con la parte contraria comparecida y leal a los dictados de la ley», dañando a un proceso que queda así colapsado por el rebelde que con ello burla a la justicia⁽³⁾, produciéndose, así, «desde el acopio material de actuaciones en los estantes de las oficinas judiciales por tiempo indefinido, hasta el incumplimiento, que es lo más grave, de las responsabilidades penales o patrimoniales, quedando el perjudicado sin resarcir debidamente sus daños y perjuicios, o siendo causa de grandes dilaciones»⁽⁴⁾. En definitiva, se critica que frente al que se encuentra a disposición de la justicia, se coloca en mejor situación jurídica a quien, incumpliendo su deber, se evade de la misma.

La añeja concepción, incompatible en un moderno «Estado de Derecho» (con mayúscula), de que el evadirse de la justicia no es sino el «ejercicio de un derecho natural», parece que sigue pesando. Son aquí recordables las palabras al respecto de Pacheco, cuando justificaba la impunidad del rebelde: «¿Por qué no se pena al que, perseguido por la justicia, apela al recurso de la fuga y se evade de sus persecuciones? ¿Por qué no se pena al que escapa de la cárcel, en que lo tienen preso, mientras se está sustanciando su causa? (...). La ley, nuestra ley, ha respetado los impulsos de la personalidad humana, que rechaza el mal, aunque sea evidentemente justo, cuando va a caer sobre ella (...). Lo que excusa al encarcelado que se fuga no es la idea de que

(3) JIMÉNEZ ASEÑO, E., *Derecho procesal penal*, prólogo de Leonardo Prieto Castro, vol. II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, s.f. (¿1949?), p. 292.

(4) Haciéndose eco de esta cita de Carlos Viada y López-Puigcerver, junto a la antes referida de Jiménez de Asenjo, GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Del procedimiento contra reos ausentes (arts. 834-846)», en GIMENO SENDRA, V., CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., y GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos penales*, tomo VI, Bosch, Barcelona, 2000, p. 887.

pueda ser inocente; lo que le excusa –ya lo hemos dicho– es el *instinto necesario de la naturaleza humana, que nos hace huir el mal, evitar el dolor*. Cuando ese *derecho del reo* contradice a los derechos sociales, el poder debe tomar precauciones para que no se realice, pero pierde su acción para llamarle delito, porque se haya realizado. ¿Teméis que se os escapen los presos? Tened cárceles seguras. ¿Teméis que se os evadan los presidiarios? Celad su custodia cuanto sea permitido a la prudencia humana. Pero no os extrañéis que se aprovechen de vuestros descuidos, porque para eso sería menester que fuesen santos o que no fuesen hombres»(5). Ahora bien, frente a ello, es recordable que también existieron autores decimonónicos que advirtieron del sinsentido de esta configuración del «rebelde». Así Luis Silvela, con su satírica pluma, y para criticar los plazos de prescripción de la pena aplicables, conforme a los Códigos penales de 1848 y 1870 (a diferencia de lo que dispuso el de 1822), a los que se hubieran fugado, siempre que no fuera al extranjero(6), escribirá: «Así es, mi pobre Juan; *porque en España se castiga a los criminales, pero con mucha más dureza a los que, además de serlo, se dejan coger o no se escapan; en suma, a los tontos*»(7).

(5) PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, J. F., *El Código penal, concordado y comentado*, Tomo I, 6.ª ed., Imprenta y Fundación de Manuel Tello, Madrid, 1888, pp. 503 y s. Existe moderna edición con estudio preliminar y anotaciones de TÉLLEZ AGUILERA, A., Edisofer, Madrid, 2000, pp. 481 y s.

(6) En efecto. Si el Código penal de 1822 prohibía expresamente, y en todo caso, la prescripción de la pena (art. 178), el de 1848 (y su versión de 1850) excluiría de la prescripción de la pena solo al que se hubiese fugado al extranjero (art. 127), precisando aún más el Código penal de 1870 al señalar en su artículo 134 que la prescripción de la pena «se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido para el caso en el que reo se presentare o sea habido, cuando se ausentare a país extranjero con el cual España no haya celebrado tratados de extradición o teniéndolos no tuviere comprendido en ellos el delito...».

(7) SILVELA, L. (bajo el pseudónimo, Elías Visllú –acróstico formado por la combinación de las mismas letras del nombre del autor–), *El Código penal y el sentido común*, Tipografía de Manuel G. Hernández, Madrid, 1886, p. 32. El citado párrafo se enmarca en el capítulo I de esta obra, titulado «La pena del torpe», en donde el autor relata un supuesto caso en el que un penado llamado Felipe Vinegras, que al haber huido de la justicia ha conseguido que la pena impuesta por asesinato haya prescrito, acude a visitar a su compañero en el delito y en la pena, Juan Oliveira, quien todavía se encuentra en prisión cumpliendo la pena a ambos impuesta, y que al verlo no da crédito: «Tú, tú, Felipe Vinegras, que como yo mataste a aquella mujer; que como yo la quemaste los pies y la arrebataste el dinero, ¿podrías ir a la Audiencia, al Consejo de Estado, a hablar al Fiscal para que me indulten a mí, a mí que llevo veinte años de sufrimientos, ya con el fusil defendiendo la plaza, ya recomponiendo las murallas con el agua hasta la cintura, arrastrando esta cadena, pasando frío, pasando hambre, casi sin vestir, viejo caduco y sin fuerzas?» (*Ibidem*), recibiendo como respuesta de éste lo transcrito en nuestro texto.

Es por ello que no está demás comenzar subrayando que el estar a disposición de la justicia y comparecer ante la misma cuando se es llamado es un deber de todo justiciable(8), no existiendo, en modo alguno, ese pretendido «derecho a la fuga». El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de afirmarlo tajantemente, y así en la STC 87/1984, de 27 de julio, ya señaló que «*la comparecencia personal del acusado en el proceso penal es un deber jurídico que se impone, no es un derecho que se le confiere o una carga que se le atribuye. El acusado debe estar en persona a disposición de los Tribunales*. Tanto es así, que la simple citación de la persona a quien se impute un acto punible cuando el citado no comparezca ni justificase causa legítima, podrá convertirse en orden de detención ex art. 487 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Es así poco explicable que quien ha infringido un deber pueda recibir del derecho como respuesta el colocarlo en mejor situación jurídica respecto de quien sí ha cumplido el mismo. La suavización de la doctrina de proscripción del abuso de representación que, como veremos, ha propiciado el propio Tribunal Constitucional, es una prueba de ello(9).

Por supuesto que no se trata de proponer un nuevo estatuto jurídico que vuelva su vista a concepciones pretéritas del rebelde penal, como las antes apuntadas, convirtiéndolo en un exponente de lo que podríamos llamar «Derecho procesal penal del enemigo». No es eso. Lo que entendemos necesario es un nuevo estatuto del rebelde en el que se combinen las necesarias garantías procesales que el mismo debe tener, con los derechos y garantías que, en un «Estado social y democrático de Derecho» (art. 1 CE), también son predicables de terceros, especialmente los de la víctima y demás perjudicados por el delito, y ello dentro de un marco regulatorio que viene franqueado no solo por las exigencias constitucionales sino también por la normativa europea, como la que ofrece, en cuanto al derecho a estar presente en el juicio, la Directiva de la Unión Europea (del Parlamento Europeo y del Consejo) 2016/343, de 9 de marzo de 2016(10). Compatibilizar todo ello en un «proceso debido» acorde con las citadas exigencias es

(8) Subrayándolo, Aguilera de Paz en sus celeberrimos comentarios: «Todo procesado está en el deber de comparecer ante el juez o tribunal que le llame para oír sus descargos o para la práctica de cualquier otra diligencia que fuere acordada en la causa a cuyas resultas estuviere sujeto». AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, 2.^a ed., Reus, Madrid, 1924, p. 782.

(9) Confróntese al respecto la STC 149/1986 con la STC 198/2003. Sobre ello volveremos más detenidamente en el epígrafe IV.

(10) *Diario Oficial de la Unión Europea*, 11.3.2016, pp. L 65/1 y ss.

posible, entendemos, desde los parámetros que nos proporciona el *principio de razonabilidad*(11).

Y para ello, hemos de reconocer que somos conscientes de la dificultad que presenta el estudio de la rebeldía en el seno de una ciencia, la del Derecho procesal penal, que, a diferencia de otras, siempre se ha caracterizado por un pensamiento problemático que le ha llevado a cuestionarse conceptualmente hasta sus más principales pilares, aquellos conformadores de lo que se ha venido en llamar la «trilogía estructural del proceso»(12). Podemos aquí recordar las palabras de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, hijo del que fuera Presidente de la II República, que desde su exilio mexicano, escribiría: «*del proceso penal sabemos dónde está pero no lo que es* (si es una relación o una situación jurídica, etcétera); *de la jurisdicción conocemos lo que es, pero no dónde está* (si en el Derecho procesal o en el constitucional), y *de la acción ignoramos lo que es* (pugna entre las teorías abstractas y concretas) y *dónde está* (si en el campo del derecho material o en el del derecho procesal)»(13). Y ejemplo bien claro de dicho confusionismo es el que se produce, como a continuación vamos a ver, en nuestro caso, a la hora de definir y acotar el propio concepto de rebelde penal, suscitándose en su entorno un cuestionamiento, de importantes consecuencias prácticas, sobre su aceptación como parte en el proceso, algo que, lógicamente, condiciona sus facultades de participación en el mismo, y propicia que se diluyan sus diferencias conceptuales con figuras afines.

I.2 El problema de la existencia de partes en el proceso penal

Cierto y verdad que dicho oscurantismo se enmarca en una polémica de mayor calado, cual es la referida a si en el proceso penal

(11) En este sentido, véase CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, con prólogo de Francesco Viola, Editorial de Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 2004, en donde se trata de aportar instrumentos para superar este «conflictivismo de derechos», algo sobre lo que Cianciardo, como nos recuerda Viola en el prólogo de la citada obra (pp. 9 y s.), ya se ocupó en su *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Pamplona, 2000.

(12) Vid. PODETTI, J. R., *Teoría y técnica del proceso civil (ensayo de una sistemática del Derecho procesal argentino)*, ed. Ideas, Buenos Aires, 1942, pp. 64 y ss., y después en «Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil», en *Revista de Derecho Procesal*, Argentina, I, núm. 1-3, 1944, pp. 113 y ss. Ambos trabajos sería publicados luego conjuntamente en 1963 (ed. Ediar, Buenos Aires).

(13) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)*, 3.ª ed. (1.ª 1947), Universidad Nacional Autónoma de México, 1991 (Reimpresión 2000), pp. 103 y s.

existen o no partes. Y es que, en efecto, el concepto de parte, forjado en el seno del proceso civil para expresar la existencia de unos sujetos que pretenden hacer valer unos derechos subjetivos frente a terceros(14), se hace difícilmente transportable al proceso penal, en donde es el Estado el que ejercer su poder punitivo (*ius puniendi*), sin que los sujetos intervinientes sean propiamente titulares de derechos subjetivos sobre los que puedan disponer (salvados los casos de los mal llamados delitos privados) y quedando rotundamente descartada la existencia de un «principio de legalidad invertido»(15) que consagre la existencia de un derecho fundamental de la víctima a obtener una condena penal(16). Es por ello que desde la doctrina procesal se han planteado diversas posiciones que van, desde los que sostienen que en el proceso penal no existen partes, a los que entienden que solo cabe hablar de partes en sentido procesal, formal o relativo, siendo la moderna doctrina la que se inclina por decantarse por la existencia de meros sujetos o situaciones procesales.

Y es que, en verdad, el debate sobre la existencia de partes en el proceso penal no es nada nuevo, pudiendo rastrearse su polémica hasta los mismos albores de la ciencia del proceso penal. Así, es en la Alemania de finales del XIX donde ya encontramos autores que categóricamente niegan la posible existencia de partes en el enjuiciamiento

(14) Recuérdese a este respecto la tradicional definición de *acción*, como «el derecho subjetivo puesto en pie de guerra», dada en su día por Georg Friedrich Puchta, o la formulada por Joseph Unger al afirmar que la acción es «el derecho que abandona la toga para ponerse el *sagum* (la roja capa militar romana)», todas ellas herederas del pensamiento germano, con Savigny a la cabeza, tan del gusto por las imágenes guerreras, algo compartido por la doctrina gala, como Aubry y Rauque, que afirmaría que la acción no era otra cosa que «le droit casqué et armé en guerre». La realizada por Puchta desde el formalismo conceptual ha tenido en el Derecho una amplia acogida por parte de quienes, Fernández-Escalante, con la ironía que le caracterizaba y a fin de criticarlos, denominaba (estirando el fonema “j” correspondiente a la “ch” germana) «los hijos de Puchta» («los hijos de pujjta»). Véase al respecto, Pelayo González-Torre, Á., «Manuel Fernández-Escalante. Un pensamiento iusfilosófico vital», en VV. AA. (Coordinados por Gustavo Villapalos Salas, Enrique San Miguel Pérez y Ángel Pelayo González-Torre), *Las formas de la felicidad. Estudios jurídicos en memoria de Manuel Fernández-Escalante*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2019, p. 129, nota 1. Sobre este autor me he ocupado ampliamente en mi: «Filosofía jurídica y política en la obra de Manuel Fernández de Escalante», en *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, Año XXIII, 2017, pp. 43-99.

(15) Véase al respecto, por todas, las SSTC 41/1997, de 10 de marzo –FJ 4.º–; 45/2005, de 28 de febrero –FJ 2.º– con profusa cita jurisprudencial; 145/2009, de 15 de junio –FJ 4.º–, y 94/2010, de 15 de noviembre –FJ 3.º–.

(16) Vide STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 4.º, doctrina reiterada, por ejemplo, en la STC 94/2010, de 15 de noviembre, con expreso recordatorio (FJ 3.º) de la STC 145/2009, de 15 de junio.

criminal, sobre la base del entender que el acusado no puede ser parte, al ser medio de prueba, ni al fiscal cabe atribuirle tal conceptualización desde el punto y hora de que no siempre adopta necesariamente una posición de acusación, sino que también puede intervenir a favor del acusado. Estos eran, por ejemplo, los argumentos que en 1884 esgrimía Richard E. John(17), a los que se adherirían autores de la talla de Melchior Stenglein(18), o de Adolf Wach en su conocido trabajo, publicado en 1914, sobre la estructura del proceso penal(19). Lógico sería que el iusnacimiento, con su afán por aniquilar las garantías propias del orden procesal de corte liberal, ahondara en esta senda, afirmando que un «proceso de partes» no se conjuga bien con un proceso penal autoritario de acusación pública que es iniciado de oficio(20) y cuyo último fin no es otro que «el cumplimiento de un grave e importantísimo deber estatal»(21). Sin embargo, no debemos obviar el trascendental hecho de que, el fundamento último de la crítica de la doctrina germana al concepto de partes en el proceso penal se cimienta en el anhelo de eliminar cualquier resto de una concepción inquisitiva del enjuiciamiento criminal que permitiera la disponibilidad del objeto del proceso(22).

(17) JOHN, R. E., *Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz*, Band I, Verlag Ernst Bezdold, Erlangen, 1884, p. 185.

(18) STENGLEIN, M., *Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrecht*, Enke, Stuttgart, 1887.

(19) WACH, A., “Struktur des Strafprozesses”, en VV. AA., *Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Karl Binding zum 7. August 1913*, Ducker & Humblot, München und Leipzig, 1914, pp. 1-40. Sobre el concepto de parte referido al proceso civil, ya antes, del mismo autor, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Erster Band, Ducker & Humblot, München und Leipzig, 1885, pp. 518 y ss.

(20) Resaltando esta idea DAHM, G., “Die Grenzen des parteiprozesses”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, band 52, I, 1932, pp. 587 y ss., esp. p. 592.

(21) GERLAND, H., *Des deutsche Strafprozess. Eine systematische Darstellung*, Mannheim, Berlin, 1927, p. 11.

(22) Abundando en la exigencia de este postulado en el Derecho público de un Estado moderno, ya ORTLOFF, H. F., *Staats und Gesellschaftsvertretung im Strafverfahren*, H. Laupp, Tübingen, 1892. Asimismo, MITTERMAIER, W., *Die Parteistellung der Staatsanwaltschaft in reformierten deutschen Strafverfahren*, Enke, Stuttgart, 1887. Puede verse, igualmente, SUESS, E., *Die Stellung der Parteien im modernen Strafproceße. Eine strafprocessuale Abhandlung in rechtsvergleichender Darstellung*, Manz und Universitäts-Buchhandlung, Wien, 1898, esp., pp. 113 y ss. MERKEL, P., “Amtsbetrieb oder Parteibetrieb im künftigen Strafprozess”, en *Festgabe für Dr. Karl Güterbock zur achtzigsten Wiederkehr seines Geburtstages*, Franz Vhalen Verlag, Berlin, 1910, pp. 71 y ss. SCHMIDT, R., *Prozeßrecht und Staatsrecht. Betrachtungen zur Systematik und zur Gesetzesreform des modernen Zivilprozeßrechts*, Braun, Karlsruhe, 1904, pp. 30 y ss.

I.3 La doctrina italiana

Frente a ello, la doctrina procesal italiana siempre se mostró más partidaria de admitir, con todas las matizaciones necesarias, el concepto de parte en el proceso penal, quizás debido al hecho de partir del primigenio postulado de que éste no era sino una relación jurídica procesal, mor a la dominante teoría de Bülow(23), concepción ésta que, pese a ser enunciada en un principio para el proceso civil, siempre se entendió que era perfectamente adaptable a cualquier otro tipo de proceso, el penal incluido(24). Autores de renombre como Eugenio Florian, serán así partidarios, sin ambages, de la existencia de partes(25), siendo que, incluso aquellos autores que soslayan el término(26), como hiciera Manzini(27), seguirán asumiendo la exis-

(23) Expresada fundamentalmente en BÜLOW, O., *Die Lehre von den Prozeßreden und die Prozeßvoraussetzungen*, Verlag von Emil Roth, Giesen, 1868, esp. pp. 237 y ss., y 297 y ss. De ese clásico existen varias traducciones, pudiendo citarse modernamente la realizada por Miguel Ángel Rosas Litschein, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Librería del Foro, Buenos Aires, 2008.

(24) En este sentido se posicionaba, ya a comienzos del XX, ANGIONI, M., *La dottrina del rapporto giuridico processuale civile nelle sue applicazioni al processo penale*, Meloni e Vitelli, Cagliari, 1913.

(25) FLORIAN, E., *Elementos de Derecho procesal penal*, traducción de Leonardo Prieto Castro, Bosch, Barcelona, 1934, en donde escribe: «La noción de parte no puede importarse del proceso civil, sino que debe construirse de modo correspondiente a la peculiar esencial del proceso penal; hay que atender al contenido propio del mismo. Y ahora, inspirados en este criterio, nos encontramos con dos elementos para construir el concepto: 1. La cualidad de sujeto de una de las relaciones jurídicas de derecho sustantivo (principal o accesorio) deducidas en el proceso. Según esto, será parte aquel que inicia o contra el que se inicia en el proceso penal una relación de derecho sustantivo, y así lo serían el Ministerio Público, el acusado, el actor civil, el civilmente responsable y el responsable para el pago de la multa. 2. La atribución al sujeto de que se trata de las facultades procesales necesarias para hacer valer la relación substancial. Es decir, que concurren y se combinan dos requisitos, uno substancial (el primero) y otro formal (el segundo) (...). En otras palabras, parte es el sujeto procesal de los derechos y las obligaciones sobre que se decide en cualquier medida en el proceso penal, en cuanto le haya sido reconocido la facultad de desplegar, con efectos, actividad procesal» (ob., cit., pp. 92 y s.).

(26) En este sentido, Guarneri nos dirá que «buen número de escritores evitan cuidadosamente la expresión de *parte*, referida a las *dramatis personae* del proceso penal, prefiriendo la de *sujetos procesales*, mucho menos comprometida». GUARNERI, J., *La partes en el proceso penal*, traducción de Constancio Bernaldo de Quirós, ed. José M. Cajica Jr., México, 1952, pp. 25 y s.

(27) MANZINI, V., *Tratado de Derecho procesal penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín de la 3.ª edición italiana (UTET, Torino, 1949), prólogo de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, tomo II, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, pp. 3 y ss., en donde habla de «sujetos» de la relación procesal, clasificándolos en primarios (juez, ministerio público e imputado) y secundarios (parte

tencia de una relación jurídica procesal entre sujetos, esto es, en el fondo, entre partes(28). La idea quedará tan profundamente arraigada en el pensamiento italiano que Giuseppe Bettiol llegará a afirmar que prescindir del concepto de relación jurídica en el proceso penal es algo «alarmante jurídica y políticamente hablando», pues permite desdeñar los postulados liberales y no frenar una concepción autoritaria del proceso penal(29). Se consolida así la dominante opinión de que en el proceso penal, la relación jurídico procesal está constituida por «partes procesales», es decir, por partes no en sentido material, al no ser sujetos de una relación jurídico material(30), sino en un sentido

civil, responsable civil), afirmando que ni siquiera el concepto de parte coincidiría con estos sujetos, pues lógicamente el juez no es parte. En el mismo sentido, ROMANO DI FALCO, E., *Sul concetto di parte nell procedimento penale*, Società Editrice Libreria, Milano, 1915, pp. 5 y ss. Estos sujetos nunca pueden confundirse, como nos recordara Frosali, con el personal coadyuvante del órgano judicial (secretarios, personal funcionario...). Vid. FROSALI, R. A., *Sistema penale italiano*, IV (Diritto processuale penale), UTET, Torino, 1958, p. 188.

(28) En tal sentido, afirmará Manzini, «La relación jurídico-procesal es la particular situación recíproca, regulada por el derecho, en que vienen a encontrarse, a consecuencia del ejercicio de sus facultades o del cumplimiento de sus obligaciones jurídicas, los sujetos competentes o autorizados para hacer valer su propia voluntad en el proceso penal en relación a la acción penal o a otra cuestión de competencia del juez penal». MANZINI, V., *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., tomo I, p. 112.

(29) En los años setenta, escribirá Bettiol con final pluma: «Afirmar, como hace 40 años hacían Goldschmidt y Sauer y antes aún Kohler, que el concepto de relación jurídico procesal es un concepto sin valor y del que se puede prescindir, es alarmante jurídica y políticamente. Tal planteamiento negativo de la idea de relación procesal ha justificado y explicado después, la dura ofensiva desencadenada por los juristas vinculados al verbo totalitario nacional-socialista, los cuales han negado todo derecho de ciudadanía a la ecuación proceso=relación jurídica procesal, precisamente porque sería de origen iluminista, ligada a la división de poderes y al reconocimiento de esferas autónomas de libertad del imputado y a precisos e inderogables deberes del juez hacia el mismo imputado (...). Nosotros creemos, por el contrario, que la idea del proceso como relación jurídica es una idea necesaria y llena de valor. Llena de valor porque subraya el contenido democrático-liberal de sus orígenes, en oposición con toda tendencia que quiera transformar el proceso penal en una simple intervención estatal con fines de desinfección social o de defensa social; necesaria porque ella nos permite estructurar el proceso en una serie ordenada de particulares relaciones entre varios sujetos, a fin de que, uniendo posiciones de derecho subjetivo a posiciones de deber jurídico-obligatorio, se pueda lograr el acto final (la sentencia) en un verdadero clima de legalidad». BETTIOL, G., *Instituciones de Derecho penal y procesal*, traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi (de la 2.ª edición italiana, Cedam, Padova, 1973), Bosch, Barcelona, 1977, p. 243.

(30) Insistiendo en esta idea Guarneri, J., *La partes en el proceso penal*, cit., esp. pp. 28 y ss. Del mismo autor, puede verse también su artículo «Puro proceso di parti», en *La Giustizia Penale*, núm. III, 1947, pp. 305 y ss.

formal(31), lo cual encuentra su anclaje doctrinal en la definición que de «parte» diera en su momento Chiovenda, el gran maestro del procesalismo italiano(32), al entender que «parte es quien, dentro de un proceso, pide en propio nombre una actuación de la ley o aquel frente al cual ésta es pedida», reafirmando así la idea de que lo que sea «parte» se deriva de la propia relación procesal, no siendo necesario buscar su significado allende de la misma, en particular en la relación sustancial o material objeto de la contienda, pues pueden existir sujetos de dicha relación material que no son partes, y partes del proceso que no son sujetos de aquella relación(33). Estas consideraciones las hacía Chiovenda en referencia al proceso civil, indicando que, efectivamente, pueden existir sujetos de la relación jurídico material (por ejemplo, codueños de la cosa litigiosa) que no sean parte del proceso

(31) Sobre el protagonismo de esta concepción formal del concepto de parte en el proceso penal, asentado en la doctrina italiana de forma dominante desde mitad del siglo pasado, por todos, Santoro, A., *Diritto processuale penale*, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1953, p. 172; LEONE, G., *Trattato di Diritto processuale penale*, I, Jovene, Napoli, 1961, p. 248, y *Manuale di Diritto processuale penale*, 12.ª ed. (1.ª 1971), Jovene, Napoli, 1986, pp. 14 y ss.; FOSCHINI, G., *Sistema di Diritto processuale penale*, I, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 81 y ss.; DE MARSICO, A., *Diritto processuale penale*, Jovene, Napoli, 1966, p. 35; GIARDA, A., *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 48 y ss.

(32) Único procesalista en el mundo al que sus paisanos le han honrado poniendo tras su muerte, acaecida en 1937, su nombre a su pequeño pueblo natal, Premosello (de poco más de dos mil habitantes), que desde 1959 se llama Premosello-Chiovenda.

(33) CHIOVENDA, J., *Principios de Derecho procesal civil*, traducción de José Casais y Santaló de la tercera edición italiana, tomo II, ed. Reus, Madrid, 1925, pp. 6 y ss. Próximo a esta concepción de parte encontraremos a Carnelutti, quien distinguirá entre partes materiales y partes procesales, señalando que las primeras son los «sujetos de la litis», es decir, los titulares del interés controvertido sobre los que recaen los efectos del proceso (concepto pasivo de parte), mientras que las segundas son los «sujetos del proceso», los que hacen el proceso (concepción activa de parte). CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho procesal civil*, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, con adiciones al Derecho español de Niceto Alcalá-Zamora, tomo II, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, pp. 60 y ss. Del mismo, *Instituciones del proceso civil*, traducido de la 5.ª edición italiana por Santiago Sentís Melendo, vol. I, EJE, Buenos Aires, 1973, pp. 174 y s. Y para el proceso penal, véanse sus *Lezioni sul processo penale*, vol. I, Ateneo, Roma, 1946, pp. 148 y ss. Y es que, como bien subrayara Ibáñez y García-Velasco, la citada concepción de Carnelutti no se aleja mucho de lo sostenido por Chiovenda, pues no se debe obviar que en Carnelutti el concepto de acción ha sido sustituido por el de pretensión, acto y no poder, por lo que al considerar como partes a los que hacen el proceso se asemeja a quienes, como Chiovenda, consideran parte al que ejercita y contra quien se ejerce la acción. IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, M., *Curso de Derecho procesal penal*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1969, p. 94.

(que se dirige solo contra uno de ellos), o contrariamente, dirigirse el proceso contra un tercero ajeno a aquella relación jurídico material (casos, por ejemplo, de relaciones entre acreedor pignorante y tercero pignorado). Pese a ello, estas aseveraciones entiendo son también predicables al proceso penal, en donde puede, por ejemplo, enjuiciarse a solo uno de los autores de un delito, existiendo otros que quedan fuera del mismo (por ejemplo, por ser menores, y por tanto deberse depurar su responsabilidad en otro proceso), y casos en los que son partes quienes no han cometido delito alguno (ejemplo, terceros que han de responder civilmente).

I.4 La doctrina española

Esta concepción «formal» de las partes del proceso penal será la que asimismo se imponga en la doctrina española, resultando en tal sentido bastante clarificadora la posición que en su día sustentara Silva Melero al precisar que la noción de parte en el proceso penal no se define por la titularidad de contrapuestos intereses, sino de «sujetos enfrentados procesalmente»(34), siendo que, como señalara Jiménez Asenjo, conforme con este sentido, las partes están siempre en una posición antagónica, desenvolviéndose la litis *inter invitos*, de forma permanente, de modo que «cesando esta razón, cesa la condición que califica a las partes y el proceso se desvanece en una entelequia, puesto que no existe interés alguno contradicho en obtener una sentencia, al no existir antítesis que le sostenga»(35).

Así, ya en la década de los cuarenta Miguel Fenech(36) se preocupaba en subrayar la insuficiencia del concepto material de parte en el proceso penal, pues, con similar criterio a lo que decía Chiovenda, ello supondría dejar reducidas las partes solo a las personas que intervinieron en el hecho delictivo, es decir, al sujeto agente del mismo y al ofendido por la acción, que serían el acusado y el acusador, siendo que el ordenamiento reconoce la existencia de partes, como por ejem-

(34) SILVA MELERO, V., «La estructura del proceso penal en relación con el concepto de parte», en *Revista de Derecho Procesal*, Año II, núm. 2, abril-junio 1946, pp. 247 y ss. En este trabajo (pp. 253 y ss.) el autor agrupa las opiniones doctrinales al respecto de la existencia de partes en el proceso penal en siete categorías, que van desde los que rotundamente la niegan a las que lo admiten con diversas matizaciones (solo formalmente, los que entienden que parte solo lo es el imputado, los que la admiten en el juicio oral pero no en la fase instructora...).

(35) JIMÉNEZ ASENJO, E., *Derecho procesal penal*, cit., vol. I, p. 142.

(36) FENECH NAVARRO, M., *Curso elemental de Derecho procesal penal*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1945, pp. 267 y s.

plo el actor popular o el responsable civil, que desbordan dicha estrecha concepción, por lo que se apostaba por un «concepto procesal de parte», entendiéndose por ésta la persona *rem in iudicium deducens*, de un lado, y de otro el *ius contra quem res in iudicium deducitur*, esto es, la persona que pide y aquella frente a quien se pide al órgano jurisdiccional la actuación de la pretensión penal y la de resarcimiento, en su caso, de donde surge la necesidad de una dualidad de partes, precisando el autor que ésta no es solo una distinción lógica, como ocurre en el proceso civil, sino real, pues a diferencia de éste, en el proceso penal se exige «la presencia real de las partes»(37), lo que como veremos, tendrá trascendencia a la hora de definir la rebeldía.

En esa misma línea de pensamiento abundarán luego autores como Gómez Orbaneja y Herce Quemada(38), quienes entenderán que en nuestro proceso penal puede hablarse de partes, pero «solo en un sentido relativo o limitado», y en cualquier caso diferente del utilizado en el proceso civil, y ello porque, en primer lugar, el ministerio fiscal pide la actuación de la ley no en su nombre ni como representante del Estado, sino en defensa de la legalidad; en segundo, porque las partes, excepto en los llamados delitos privados, no tienen disponibilidad del objeto del proceso, y en tercer lugar porque el principio de igualdad de armas, inspirador de cualquier proceso inter partes, está limitado en la fase sumarial del proceso penal, dada aquí la posición predominante que el fiscal ocupa en la misma.

Y no se separarán mucho de la opinión de que en el proceso penal solo existen partes formales autores posteriores, en una línea doctrinal que llega a la actualidad: Ramos Méndez(39), partiendo del principio de que la existencia de partes es algo ínsito a la propia naturaleza del proceso, pues cada parte es uno de los actores insustituibles del devenir procesal; Gimeno Sendra, Moreno Catena y Cortés Domínguez(40), reafirmando la existencia, en todo caso, de partes desde el punto de vista formal, concretadas en «quien pretende y frente a quien se ejerce la pretensión», si bien que, respecto del acusado admiten su

(37) *Ibidem*, p. 269.

(38) GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal penal*, 7.ª ed., Artes Gráficas y Ediciones S. A., Madrid, 1972, pp. 49 y ss.

(39) RAMOS MÉNDEZ, F., *El proceso penal, Sexta lectura constitucional*, J. M. Bosch, Barcelona, 2000, p. 63. Abundando en esta idea, ya en su *Derecho y Proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1979, pp. 51 y ss.

(40) GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Lecciones de Derecho procesal penal*, 1.ª ed., Colex, Madrid, 2001, p. 117. También, GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, 2.ª ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 219.

concepción de parte material; o Montero Aroca(41), subrayando que el concepto de parte en el proceso penal lo único que exige es no identificarlo con los sujetos de la relación jurídico-penal de carácter sustantivo.

I.5 El proceso como “*Rechtslage*”

Pues bien, este posicionamiento común, consistente en entender que la parte del proceso penal solo puede ser concebida como parte formal o procesal, tiene como presupuesto, como antes señalamos, el entender que el proceso penal no es sino una relación jurídica procesal la cual, lógicamente, exige una dualidad de partes. Sin embargo, esta concepción había encontrado una dura refutación en 1925, cuando James Goldschmidt publicó su celeberrimo libro *Der Prozeß als Rechtslage*(42), en donde como se expresa en su propio título, se concibe al proceso como una «situación jurídica», combatiendo abiertamente la teoría formulada por Bülow en 1868(43), a la que llegará a calificar como carente de valor alguno(44). Y es que, en efecto,

(41) MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILLAR, S., ESPARZA LEIBAR, I., y ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Derecho jurisdiccional III, Proceso penal*, 24.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 74. Montero Aroca insistirá pues en la existencia de partes en el proceso penal desvinculando tal concepción de vinculación alguna con la relación jurídico material, por lo que su concepción no puede ser considerada sino como de «parte formal o procesal»; así, luego de denunciar los intereses que subyacen cuando se niega la existencia de partes en el proceso penal (por ejemplo, cuando no se considera parte al ministerio fiscal, para así aldarabonar la opción de que sea él el que instruya las causas penales), concluirá afirmando que «parte es quien participa en la contradicción en que se resuelve todo proceso, y lo hace con la plenitud de los derechos procesales propios de la igualdad de armas» (MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 358 y ss. (esp. p. 367).

(42) GOLDSCHMIDT, J., *Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, (Abhandlungen aus der Berliner Juristischen Fakultät, II), Springer Verlag, Berlin 1925. Existen reimpressiones alemanas de 1962 y 1986 (Scientia, Aalen) y una traducción al español realizada por Jacobo López Barja de Quiroga, Ramón Ferrer Barquero y León García-Comendador Alonso, con presentación del primero, *Derecho, Derecho penal y proceso, III. El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2015.

(43) *Vide supra* nota 23.

(44) GOLDSCHMIDT, J., «Problemas jurídicos y políticos del proceso penal», Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y enero, febrero y marzo de 1935, en *Derecho, Derecho penal y proceso, I. Problemas fundamentales del Derecho*, (Jacobo López Barja de Quiroga, ed.), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, p. 766.

Bülow consideraba que el proceso era una relación jurídica de naturaleza pública y formal, que era diferente de la relación jurídica privada o material objeto del litigio, una relación jurídica pública entre el Estado y las partes, en virtud de la cual el Estado asumiría la obligación de impartir justicia a través del juez, y las partes deberían acatar la resolución judicial, teoría ésta de la relación jurídica procesal a la que, con algunas matizaciones, se adherirían grandes procesalistas alemanes de la época, como Adolf Wach, Konrad Hellwig o Josef Kohler(45), y que en la década de los veinte mantendrá el gran Beling(46).

Goldschmidt vendrá a refutar estos planteamientos, afirmando que en el proceso existe, no una relación jurídica (la relación jurídico-procesal) sino una *Rechtslage*, una «situación jurídica», siendo así que los intervinientes en el mismo no están sujetos al cumplimiento de unas obligaciones derivadas de relación jurídica alguna entre ellos, sino que sobre los mismos pesan unas cargas que dimanen de cada una de dichas situaciones procesales. «Resultantes de las diferentes situaciones procesales, existen cargas, no obligaciones»(47). Así pues, el juez tiene como misión dictar la sentencia, pero ello no se deriva de la existencia de una relación jurídica, de la que nunca podría ser ni sujeto ni objeto(48), sino que es un deber que dimana de su cargo

(45) WACH, A., *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, cit., pp. 518 y ss. Si bien, como ya advertimos, este autor negaría la existencia de partes en el proceso penal en su “Struktur des Strafprozesses”, ya citado (*vide supra* nota 19). Por su parte, Hellwig entenderá que las relaciones jurídicas que configuran el proceso no son triangulares, como afirmaban Bülow y Wach (entre juez y las partes), sino solo bidireccionales entre cada una de las partes y el juez (HELLWIG, K., *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Band, I, Deichert, Leipzig, 1903, § 151.), mientras que Kohler sostendrá que la citada relación solo lo era recíprocamente entre las partes (KOHLER, J., *Der Prozeß als Rechtsverhältnis. Prolegomena zu einem System des Zivilprocesses*, J. Bensheimer, Mannheim, 1888), una relación confrontada entre ellos («lucha») y no de solicitud al juez: “Der prozeß ist *Parteienkampf*, er ist nicht ein gegenseitiges Sichbeschweren vor dem Richter” (*op. cit.*, p. 11, –la cursiva es mía–). Resaltando estos aspectos, véase recientemente, REIMER, P., *Verfahrenstheorie, Ein Versuch zur Kartierung der Beschreibungsangebote für rechtliche Verfahrensordnungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, esp., pp. 170 y ss.

(46) BELING, E., *Derecho procesal penal*, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), 1943, (traducción de la edición alemana de 1928) esp. pp. 18 y ss., 37 y ss., y 74 y ss. (existe otra traducción de Miguel Fenech, ed. Labor, Barcelona, 1943). La famosa frase de Beling, según el cual «el Derecho penal no le toca al delincuente un solo pelo», con la que pretende hacer notar que es el Derecho procesal penal el que materializa las sanciones previstas en el Código penal, la encontramos en § 1.1, p. 2.

(47) GOLDSCHMIDT, J., *Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, cit., p. 133.

(48) *Ibidem*, p. 246.

(*Amtspflicht*); y las partes llevarán a cabo sus actos procesales en función de su distinta situación jurídica, como expresión de expectativas dirigidas a obtener una tutela jurídica que se plasma en la «cosa juzgada». Esta concepción dinámica del proceso (frente al planteamiento estático sustentado por la teoría de la relación jurídico-procesal de Bülow y sus seguidores)(49), hace que éste se defina como una prosecución finalista de dicha cosa juzgada(50). Así el proceso se concibe al margen del derecho sustantivo (relación jurídica material entre las partes, objeto del litigio), surgiendo «desde el derecho en sentido procesal y de las cargas procesales que imponen las situaciones jurídicas»(51), subrayando que esas situaciones jurídicas son «situaciones procesales» que vienen definidas como las expectativas fundadas que se tienen de obtener una sentencia judicial(52), expectativas, que no certidumbres, ya que la incertidumbre es algo consustancial al proceso, «puesto que la sentencia judicial nunca puede preverse con seguridad»(53).

En este sentido, es necesario subrayar que la aportación de Goldschmidt, pese a centrarse expositivamente más en el proceso civil(54), es una teoría general del proceso y, por lo tanto, su formulación resulta plenamente aplicable al proceso penal, algo que el mismo autor se preocupó de explicitar(55) y que luego, prestigiosos autores, con Eberhard

(49) *Ibidem*, p. 252: «Todo derecho en sentido jurídico material (estático) es un dominio sobre algo, mientras que todo derecho en sentido procesal (dinámico) es una perspectiva de obtener algo». La concepción estática del proceso la entiende Goldschmidt como herencia del Derecho romano, lo que explica que el prólogo de *Der Prozeß als Rechtslage*, realizado por el autor, se encabece con una cita de Oswald Spengler: “Die Römer schufen eine juristische Statik, unsere Aufgabe ist eine juristische Dynamik” («Los romanos crearon una estática jurídica; a nosotros nos corresponde crear una dinámica jurídica»).

(50) *Ibidem*, p. 255.

(51) *Ibidem*, p. 253.

(52) Reafirmando esta definición de situación jurídica (o procesal), *Ibidem*, pp. 255 y 259.

(53) GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso*, Labor, Barcelona, 1936, Recopilado en *Derecho, Derecho penal y proceso, I. Problemas fundamentales del Derecho*, (Jacobó López Barja de Quiroga, ed.), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, p. 832.

(54) Véase, a este respecto, GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso*, cit., pp. 813 y ss., en donde las referencias normativas son siempre a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(55) Así en GOLDSCHMIDT, J., «Problemas jurídicos y políticos del proceso penal», cit., pp. 766 y ss., en donde se expone su teoría confrontándola con la regulación del proceso penal español contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Schmidt a la cabeza(56), han venido a secundar, arraigando así en la doctrina germana la firme idea de que el proceso penal viene configurado como un conjunto concatenado de situaciones procesales(57).

I.6 La doctrina alemana

No es por ello extraño que, sobre la citada configuración, es decir, descartado que el proceso sea una relación jurídica, y definido el mismo como un conjunto de situaciones, haya proliferado en el procesalismo alemán la categórica afirmación de que en el proceso penal no existen partes, ni siquiera en su concepción formal(58), prefiriendo hablarse de «sujetos procesales» (*Prozeßsubjekte*) o de «participantes procesales» (*Prozeßbeteiligte*)(59). En tal sentido se expresará de

(56) Schmidt, en sus conocidos comentarios a la Ley Procesal penal alemana (StPO), con cita explícita a la obra de Goldschmidt, afirmará que «el proceso es la ordenación jurídica que se desarrolla de situación en situación, con fin de obtener una resolución judicial sobre una relación jurídica de Derecho material». SCHMIDT, E., *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Teil I (*Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts*), 2.^a Aufl. (1.^a 1952), Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1964, pp. 62 y s. Insistiendo en ello y descartando poder hablar en el proceso penal de partes, ni siquiera en sentido formal, SCHMIDT, E., *Deutsches Strafprozeßrecht. Ein Kolleg*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, §8, y ya antes en “Probleme der Struktur des Strafverfahrens unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten”, en *Deutsche Richterzeitung*, 1959, pp. 16 y ss.; De la época, también, NIESE, W., *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen: ein Beitrag zur allgemeinen Prozessrechtslehre*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1950.

(57) Siguiendo dichos postulados, entre los modernos autores, podemos citar a HEGER, M., “James Goldschmidt und der Strafprozess als Rechtslage”, en *Juristen-Zeitung*, 65. Jahrg., Nr. 13, Juli 2010, pp. 637 y ss.

(58) En este sentido ya Eberhard Schmidt señaló que no tiene sentido defender la existencia de partes en el proceso penal, tanto en su vertiente material como simplemente formal, puesto que ello ya solo está orientado a diferenciar los papeles procesales (léase situaciones) de acusación y defensa respecto de los del juez. SCHMIDT, E., *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, cit., p. 85.

(59) Así, por todos, vide: HENKEL, H., *Strafverfahrensrecht. Ein Lehrbuch*, 2.^a ed. (1.^a 1953), Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1968, p. 111.; SCHÄFER, K., *Strafprozeßrecht. Eine Einführung*, De Gruyter, Berlin-New York, 1976, kap. 9, marg. 4. Es más, incluso muchos de quienes asumen la teoría de la relación jurídica procesal, apuestan, no obstante, por el término «sujetos procesales», cuyos actos procesales crean «situaciones jurídicas». En este sentido escribiría Bauman: «En el tráfico jurídico civil los sujetos jurídicos realizan actos jurídicos y producen así consecuencias jurídicas determinadas; del mismo modo, en el proceso obran *sujetos procesales* (que, entre ellos, se hallan en una relación jurídica procesal) que realizan actos procesales, de los cuales surgen situaciones jurídicas procesales y, por último, el

manera categórica Roxin: «De manera distinta a aquello que sucede en el Derecho inglés, tampoco se puede calificar al proceso penal alemán como “proceso contradictorio de partes”. Una caracterización semejante sería incorrecta, no solo porque no son las “partes” las que dominan el proceso en las etapas decisivas, sino, sobre todo, porque la fiscalía alemana no está limitada al papel de acusador de cargo, sino que está obligada a la imparcialidad en virtud de la ley y también a la averiguación de las circunstancias de descargo. Por ello, en el Derecho procesal penal alemán no se debería utilizar, en principio, el concepto de “parte”, tampoco en un sentido únicamente “formal”, pues, posiblemente, cree solo confusión»(60).

Esta concepción eminentemente germana, pues, como hemos visto, de Goldschmidt trae causa, ha ido paulatinamente expandiéndose a otros países, en los que cada vez hay más autores que reniegan de la existencia de partes, *strictu sensu*, en el proceso penal. Así, y por lo que a España se refiere, debemos destacar que fue Prieto Castro de los primeros en seguir esta estela, lo cual no nos debe extrañar si tenemos en cuenta que el entonces catedrático de la Universidad de Zaragoza prestó su ayuda en 1936 para la aparición en español de la *Teoría general del proceso* de Goldschmidt(61) y tradujo a nuestro idioma su *Derecho procesal civil* (62), imbuyéndose ya desde aquel momento de su «sistema»(63), por lo que, como decimos, será uno de

objeto del proceso resulta impulsado hacia la meta del proceso (la decisión sobre el objeto del proceso)». BAUMANN, J., *Derecho procesal penal (Conceptos fundamentales y principios procesales)*, traducido de la 3.^a edición alemana por Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 129.

(60) ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, traducción de la 25.^a edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 123.

(61) Al inicio de esta obra y en nota al pie, Goldschmidt dispuso: «Advertencia del autor: Me complace en expresar mi reconocimiento muy profundo al profesor Leonardo PRIETO CASTRO, de la Universidad de Zaragoza, por la amable ayuda que me ha prestado al objeto de que el presente manual aparezca en un digno estilo castellano, literario y científico». GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso*, Labor, Barcelona, 1936, recopilado en *Derecho, Derecho penal y proceso, I...*, cit., p. 813.

(62) GOLDSCHMIDT, J., *Derecho procesal civil*, traducción de Leonardo Prieto Castro y adiciones sobre la doctrina y la legislación española de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, ed. Labor, Barcelona, 1936, modernamente recopilado en *Derecho, Derecho penal y Proceso, II. Derecho procesal civil*, (Jacobo López Barja de Quiroga, ed.), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010.

(63) En este sentido, una década después de la muerte de Goldschmidt, Leonardo Prieto Castro escribiría: «el mérito seguido por nuestro inolvidable amigo y eximio Maestro James Goldschmidt en su obra, consiste en la contemplación del dato de un sistema, y es válido no solo cuando sigue una línea normativa, sino también

los pioneros en rechazar el concepto de parte en el proceso penal en favor del de «sujetos que intervienen en el proceso penal»(64). Después, y más modernamente, otros autores españoles se han manifestado en el mismo sentido, pudiendo destacarse por su contundencia Pedraz Penalva, que llega a ofrecer media docena de argumentos para sostener su opinión(65).

cuando, empíricamente, refleja una realidad que, si es metajurídica o antijurídica, desde luego, no intenta consagrarla como si coincidiese con el concepto que nosotros, y aun él mismo, llamaríamos filosófico del Derecho procesal». PRIETO CASTRO, L., «Notas sobre la eficacia del proceso civil o político de pragmatismo procesal», en *Revista de Derecho Procesal* (Buenos Aires, Argentina), II (*Estudios en memoria de James Goldschmidt*), 1951, p. 217.

(64) Así escribirá: «Deliberadamente empleamos el concepto de sujetos del proceso penal eludiendo el de parte, porque si este término es perfectamente aplicable para otros órdenes del derecho procesal, no es completamente claro ni pacífico que en el proceso penal existan partes con la misma significación que en aquellos otros. La primera dificultad que se puede oponer al empleo incondicionado del concepto de partes es que en la fase llamada de sumario (...) mal se podría hablar de ellas, toda vez que el protagonista que se toma en consideración, distinto del juez, es una persona a quien se atribuye la comisión de un hecho tipificado por la ley penal. Y la segunda dificultad que surge, ahora en toda clase de proceso penal, es que, en éste no existe un sujeto que, con una base real o presunta de derecho subjetivo o de interés, pretenda, como en el proceso civil, una tutela jurídica que es la causa determinante de la actuación del órgano jurisdiccional, ya que el único titular del derecho que se hace efectivo en el proceso, el *ius puniendi*, es, según hemos dicho, el Estado». Termina el autor recordando que «en algún pasaje de la LECrim habla de interesados en lugar de partes». PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E., *Derecho procesal penal*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, pp. 109-111.

(65) Los argumentos esgrimidos por Pedraz se concretarán así, siguiendo a Schmidt (SCHMIDT, E., *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, cit., pp. 86 y ss.) en que: a) Las verdaderas partes discuten ante el Tribunal que resuelve la controversia, gozando de la posibilidad de transigir al estar situados sus intereses en el mismo plano, cosa que no acontece en el proceso penal (la conformidad debe de ser asumida por el juez); b) La diversa naturaleza de los intereses deducidos. El del fiscal es el interés público encargado de hacer posible la aplicación no discriminatoria de la Ley y la realización de los derechos y libertades fundamentales; el del acusado consiste en lograr la absolución, aunque ello suponga la impunidad de su delito, eludiendo la acción de la justicia; c) El fiscal no está obligado a acusar más que cuando considere que concurren los presupuestos fácticos y jurídicos exigibles para ello, en caso contrario pedirá la absolución convirtiéndose en un «defensor» del acusado; d) El fiscal puede interrogar al acusado, pero éste no puede interrogar a aquél; e) El acusador ha de alegar e introducir en el proceso elementos probatorios de cargo suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado; éste, sin embargo, puede limitarse a negar sin necesidad de alegar o justificar nada. Mientras que el acusador en sus actuaciones procesales ha de sujetarse a los dispuesto en la Ley, al acusado se le permite no solo guardar silencio, sino incluso mentir, ya que no se le exige juramento o promesa de decir verdad a lo que se le pregunte; f) Como afirma Eberhard Schmidt, incluso simbólicamente en el lugar que ocupan el fiscal y el acusado (en estrados aquél, en el banquillo éste) demuestra que

I.7 La rebeldía como «situación procesal»

Así pues, en este proceso dialéctico(66) de situaciones procesales en el que el proceso penal se convierte, no existirían partes sino, como hemos dicho, sujetos(67) o partícipes que en determinadas situaciones jurídicas deben soportar las cargas procesales impuestas por las mismas, las cuales se objetivan en las diversas actuaciones procesales(68). Esta concepción del proceso penal va a tener así una especial significación a la hora de acotar el concepto de rebelde penal y de definir el estatuto jurídico del mismo. Y es que el citado planteamiento nos permite liberarnos de la polémica consistente en dar respuesta a si una vez el procesado/acusado es declarado rebelde, mediante el dictado del oportuno auto judicial, éste sigue o no siendo parte del proceso, algo que con la concepción tradicional de la existencia de partes planteaba interesantes interrogantes, como la relativa a que pudiera seguir desplegando actividad procesal a través de sus representantes legales. Ya apuntamos, y volveremos a ello, que la llamada doctrina del abuso de representación no era pacífica ni en la propia jurisprudencia constitucional, no siendo infrecuente que, hasta el mismo día del juicio, el rebelde siga figurando en la causa asistido de su correspondiente abogado y procurador, al que, lógicamente, se le han ido dando traslado de todo lo actuado.

Ahora el enfoque es otro. *La rebeldía se concibe como una situación procesal que ha de venir configurada, ex lege, por el estatuto que a la misma corresponde*(69). Goldschmidt sostenía que, en su teoría

no son partes. Vid. PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho procesal penal*, tomo I (*Principios del Derecho procesal penal*), Colex, Madrid, 2000, pp. 89 y s.

(66) Vid. MEYER, J., *Dialektik im Strafprozeß*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1965.

(67) En este sentido, tanto el Anteproyecto de LECrim de 2011 como el de noviembre de 2020, llevan en su Título II del Libro I la rúbrica «Los sujetos del proceso penal», reglamentándose ahí la rebeldía del encausado.

(68) En este sentido, de forma palmaria, Goldschmidt afirmaba: «el contenido de la carga procesal es una situación». GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso...*, cit., p. 843.

(69) Esta, con las debidas matizaciones, era la postura que sostenía a mediados del siglo pasado Gaetano Foschini en su conocida monografía sobre el tema (*La Latitanza*, Giuffrè, Milano, 1943), en donde afirmaba que la «latitanza» (sustraerse voluntariamente a la ejecución de una medida cautelar coercitiva, según lo define el art. 296 del Código procesal pena italiano) era una situación jurídica conformadora de un «status». La figura de la latitanza fue una innovación del Código procesal de 1930, pues hasta ese momento no era objeto de un tratamiento autónomo, sino que venía considerada dentro de la contumacia. No obstante, Foschini (*op. cit.*, p. 4, nota 18), rastrea su uso hasta el siglo XVIII (en la obra GUGLIELMI DI LUCIGNANO, V., *Pratica criminale secondo lo stile dello Stato di Toscana*, Paolo Giovanelli e Compagni, Pisa, 1763, p. 59), además de su reflejo en el art. 93 del Código penal de 1890 (Código

de las situaciones procesales, la rebeldía (*Versäumnis*) se definía por el hecho del incumplimiento de una carga procesal, *la contravención de un deber*(70), siendo que en el rebelde penal este deber, como ya subrayamos más arriba, no es otro que el deber de estar en persona a disposición de los tribunales(71). Pues bien, lo que es más importante es la determinación de las consecuencias jurídicas que de este «desembarazamiento de un deber» han de derivarse. Y para ello, el pensamiento de Goldschmidt nos puede seguir alumbrando, pues nos permitirá cimentar nuestra opinión respecto a que el incumplimiento de dicho deber, en modo alguno puede dar como resultado el colocar al rebelde en una mejor situación jurídica que al no rebelde, ya que «*el incumplimiento de una carga implica el desaprovechamiento de una posibilidad procesal*»(72), y lógicamente, las consecuencias que de ello se deriven deben pechar sobre el incumplidor, regla ésta que, como muy certeramente afirmara Goldschmidt, debe regir en el proceso como también rige en la propia vida(73): «como la carga procesal es un imperativo del propio interés, no hay frente a ella un derecho del adversario o del Estado. Al contrario, el adversario no desea otra cosa, sino que la parte no se desembarace de su carga de fundamentar, de probar, de comparecer, etc. Se encuentra aquí el fenómeno paralelo al de los derechos procesales, frente a los cuales no hay obligación. En cambio, existe una relación estrecha entre las cargas procesales y las posibilidades, es decir, los derechos procesales de la misma parte, porque cada posibilidad impone a la parte la carga de aprovechar la posibilidad, al objeto de prevenir su pérdida. Puede establecerse el principio: *la ocasión obliga* o, más bien, impone una carga, y *la más grave culpa contra sí mismo es dejar pasar la ocasión*. Por demás, este principio no solo tiene valor en el proceso, sino también en la vida». En definitiva, «cuando la parte desaprovecha esta ocasión, ha de imputar las consecuencias (desfavorables) a sí misma»(74). Así

Zanardelli). En el mismo sentido, ahondando en la consideración del imputado como una situación jurídica, volvería Foschini en su «L'imputato come situazione giuridica-materiale», en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, marzo-abril 1949, pp. 125 y ss.

(70) GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso...*, cit., p. 844: «Es verdad que el término rebeldía significa propiamente, como el de contumacia, una desobediencia, es decir, *la contravención de un deber*, lo que se explica por el hecho de que el emplazamiento se practica por una autoridad judicial. Sin embargo, la rebeldía del demandado (léase también investigado/acusado) no es más que el descuidarse de una carga».

(71) Recuérdese el tenor literal de la STC 87/1984, de 27 de julio, ya citada.

(72) GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso...*, cit., pp. 842 y 844.

(73) *Ibidem*, p. 842.

(74) *Ibidem*, p. 843: «la perspectiva de un perjuicio procesal, sobre todo de una sentencia desfavorable, depende siempre de que la parte interesada no se ha desemba-

pues, entendemos que, definido el *rebelde* como una situación procesal, será el estatuto que del mismo la ley establezca el que configure las consecuencias jurídicas que de tal situación se deriven.

I.8 Los contornos del concepto de rebelde

No obstante, ello, debemos aquí perfilar los *contornos del concepto de rebelde*, para, por un lado, diferenciarlo de figuras afines (como la del simple ausente o la que da lugar a la extradición) y, por otro, para ubicarlo en el propio devenir de las distintas fases del proceso.

En primer lugar, se hace necesario, efectivamente, delimitar el concepto de rebelde de otras figuras afines, algo que el legislador español no ha contribuido, precisamente, a esclarecer⁽⁷⁵⁾. En este sentido, debemos recordar que la vigente regulación que nuestra Ley de Ritos hace de la rebeldía (Libro IV, Título VII), se encuentra en un título cuya rúbrica es «Del procedimiento contra reos ausentes», lo que explica que no falten autores que, por ejemplo, hablen indistintamente de rebelde y ausente, como si ambos conceptos fueran sinónimos⁽⁷⁶⁾, una confusión legislativa entre rebeldía y ausencia que, por cierto, no acontecía en la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, precedente directo de la vigente, cuyo capítulo IX de sus Disposiciones generales (arts. 128 y ss.)⁽⁷⁷⁾, de manera más correcta, se intitulaba «De la declaración de rebeldía del procesado y de sus efectos»⁽⁷⁸⁾, *nomen legis* mucho más preciso que el actual. Y

razado de una carga procesal, a saber: que según el principio de contradicción o de la audiencia bilateral, no puede dictarse un fallo desfavorable antes de que la parte tenga la posibilidad de ser oída. Cuando la parte desaprovecha esta ocasión, ha de imputar las consecuencias a sí misma».

(75) En tal sentido, *vid.* MONTERO AROCA, J., «La ausencia del imputado en el proceso penal español», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 2, 1977, pp. 581 y ss.; También en VV. AA. *Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro*, tomo II, Editora Nacional, Madrid, 1979, pp. 403 y ss. Luego recogido en *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 535 y ss.

(76) Así, utilizando el concepto de rebelde de manera extensiva, PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E., *Derecho procesal penal*, cit., p. 372, en donde se afirma que «a diferencia del procedimiento ordinario, que no se puede seguir en rebeldía del acusado, el art. 791 (hoy art. 786, referido al procedimiento abreviado) permite el proceso en rebeldía, siempre que se haya citado personalmente al rebelde, tenga éste domicilio conocido y si su presencia no es considerada imprescindible por el juez».

(77) *Gaceta de Madrid* núm. 359, 24 de diciembre de 1872, pp. 951 y s.

(78) De igual modo hacía la Compilación General de 1879 (Título II, Capítulo VIII, arts. 372 y ss.). *Vid. Compilación General de las disposiciones vigentes sobre el enjuiciamiento criminal*, concordada, anotada y seguida de observaciones por Herme-

es que, en efecto, lo que los vigentes artículos 834 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regulan en modo alguno es un procedimiento especial(79), sino un *mero incidente* aplicable a cualquier tipo de procedimiento, regulación de este incidente procesal en el que se especifican los supuestos, modo de acordar y efectos de la rebeldía (esto es, el estatuto jurídico de la rebeldía)(80), regulación que se circunscribe al rebelde, y no al ausente, figura ésta con la que no debería nunca confundirse en nuestra *lex data*.

Y es que el ausente se define por la realidad fáctica de quien, hallándose a disposición de los tribunales (pues se encuentra citado en legal forma), decide voluntariamente no acudir al juicio oral(81),

negildo María Ruiz y Rodríguez, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1880, pp. 88 y ss.

(79) Cosa que sí acontecía, por ejemplo, en Italia, en cuyo Código de Procedimiento Penal (*Codice di Procedura Penale*) de 1930, (arts. 497 y ss.), siguiendo en ello al Código de 1913, se regulaba un auténtico *Giudizio in contumacia* (a diferencia de lo que acontece en el Código vigente de 1988, máxime después de la reforma operada por Ley de 28 de abril de 2014). Por su parte, la Ordenanza Procesal Penal alemana (*Strafprozessordnung*), pese a que en los §§ 276 y siguientes se encuentran bajo la rúbrica de «procedimiento contra ausentes» (*Verfahren gegen Abwesende*), en realidad, desde el 1 de enero 1975 (entrada en vigor de reforma llevada a cabo por la Ley de introducción al Código penal –*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*– de 2 de marzo de 1974) se suprimió la posibilidad de enjuiciamiento en ausencia del rebelde, quedando la regulación circunscrita a asegurar las fuentes de prueba (§§ 285 y ss.) y a permitir embargos coactivos de su patrimonio para forzar su comparecencia (§§ 290 y ss.). No obstante, es preciso señalar que, si bien el ordenamiento alemán no permite el enjuiciamiento del rebelde, sí que cabe la posibilidad de juzgar al simple ausente, es decir a los que citados en legal forma no comparecieron al juicio, siempre que se trate de delitos de bagatela (§ 232). También en los delitos leves se permite que el acusado pueda solicitar quedar dispensado de acudir al juicio (§ 233).

(80) Algo que ya hizo notar Aguilera de Paz en sus Comentarios: «más que un procedimiento especial para los procesos en los que concurra las circunstancias de la ausencia de los culpables, lo que en rigor viene a establecerse es la determinación de las reglas a que debe ajustarse la declaración de la rebeldía del procesado y la regulación de los efectos de la misma». AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, cit., p. 783.

(81) Algunos autores como Garberí, confrontan a la rebeldía, la contumacia, entendiéndola a ambas como dos formas o manifestaciones de la ausencia. Así la contumacia (lo que aquí llamamos ausencia) se define como «un comportamiento negativo del inculpado el cual, aun conociendo la existencia de un proceso penal entablado en su contra y sus posibles consecuencias desfavorables, decide voluntariamente desobedecer las intimidaciones judiciales de comparecer», siendo que de tal concepto se derivarían sus notas definitorias, que resumidamente, vendrían a ser: incomparecencia de la persona contra la que se dirige el proceso, que la misma se halle citada debidamente (carencia de irregularidad en la citación), inexistencia de causa justificante de la incomparecencia (carácter voluntario de la ausencia), juicio en ausencia pero con asistencia de letrado, y existencia de estatuto jurídico legal que contemple la posibilidad de recurso de la sentencia dada en ausencia (recurso de anulación, en nuestro

mientras que en la rebeldía lo definitorio es el hecho de que el justiciable no se encuentra a disposición de la justicia. En el primer caso, en la ausencia, el ordenamiento procesal prevé (artículo 786 de la LECrim) que la preceptiva presencia del acusado en el juicio oral pueda ser excepcionada cuando, en el procedimiento abreviado, se cumplan unos determinados requisitos(82), mientras que en el segundo, en la rebeldía, se prevé un estatus jurídico específico para el justiciable que, en cualquier tipo de proceso penal, debiendo comparecer a presencia judicial, no fuera habido, o se hubiere sustraído a la acción de la justicia quebrantando la medida cautelar privativa de libertad impuesta. Como es fácilmente observable, y así se ha subrayado por la mejor doctrina, la ausencia es una situación de hecho, mientras que la rebeldía configura una situación de derecho o, en otras palabras, «un instituto de configuración legal»(83). Ahora bien, ambos institutos, rebeldía y ausencia, que, en nuestro ordenamiento, y a diferencia de lo que acontece, como veremos, en el derecho comparado, se encuentran bien diferenciadas, no por ello dejan de tener una intrínseca relación, pues la ausencia se alza como un ámbito jurídico excluyente de la rebeldía, por lo que en un estudio general de ésta debe tenerse muy presente para poder acotarla debidamente. Es por ello que en una reglamentación omnicompreensiva de los supuestos de

caso). Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Del procedimiento contra reos ausentes...», cit., pp. 893 y s. En el mismo sentido, identificando contumacia y ausencia (enjuiciamiento de ausente en el procedimiento abreviado), TAMAYO MUÑOZ, C., *El tratamiento de la rebeldía en el sistema procesal español*, ed. Liber Factory, Madrid, 2015, e-book.

Por su parte, y como prueba de la confusión terminológica al respecto en la doctrina, otros autores reservan el apelativo de contumacia al rebelde que, conociendo la existencia de un proceso contra él, no comparece voluntariamente (nuestro ausente a secas), frente al ausente, caracterizado por no tener tal conocimiento de la existencia de un procedimiento en su contra (nuestro rebelde). Así, FAIRÉN GUILLÉN, V., «El encausado en el proceso penal español», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXI, fasc. I, 1968, p. 48. En el mismo sentido, JIMÉNEZ ASENJO, E., *Derecho procesal penal*, vol. II, cit., pp. 291 y s., guiándose al respecto por la literatura extranjera, en especial, la italiana.

(82) A saber: citación personal o en el domicilio o persona indicada por el acusado en su declaración judicial (art. 775), ausencia no justificada del acusado, pena no superior a los dos años de privación de libertad o de seis años si se trata de pena de distinta naturaleza, solicitud realizada al inicio del juicio por el ministerio fiscal o de la (léase otra) parte acusadora, audiencia del letrado de la defensa (oposición no vinculante) y que el juez o tribunal estime que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento. Sobre tal marco regulatorio, por todos, FERNÁNDEZ-GALLARDO, J. Á., «Perspectiva actual del juicio en ausencia del acusado», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 117, III, diciembre 2015, pp. 219 y ss., esp., pp. 223-239.

(83) GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Del procedimiento contra reos ausentes...», cit., p. 881.

ausencia del imputado (en sentido genérico, abarcando desde el investigado al penado), ambas figuras deberían estar contempladas(84).

También se ha de diferenciar el rebelde del extraditado (o extraditable), es decir, del «rebelde» que se halla fuera de la jurisdicción española, pese a lo cual, ésta dispone de mecanismos jurídicos para hacerlo comparecer ante la misma, bien mediante el incidente de extradición previsto genéricamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, bien mediante otros mecanismos de entrega más ágiles y rápidos (euroorden). En cualquiera de estos casos, la persona que hallándose en el extranjero y teniendo una causa penal abierta contra él en nuestro país, que es requerida por las autoridades judiciales españolas para la puesta a su disposición, no tiene necesariamente porqué ser técnicamente un rebelde, es decir, no se exige como requisito previo a tal solicitud el hecho de que se haya decretado, mediante el correspondiente auto, la declaración de rebelde (piénsese en los supuestos de que el sujeto se encuentra localizado y a disposición de la justicia de un tercer país), si bien no faltarán muchas ocasiones en que ello se haya producido.

Asimismo, y ya para terminar de delimitar todos los supuestos de enjuiciamiento sin presencia del acusado, tendríamos una figura que, aunque en muchas legislaciones se incluye como supuesto de enjuiciamiento *in absentia*, no tiene en nuestro ordenamiento jurídico positivo ninguna previsión, y es el supuesto de la necesidad de que el acusado esté presente en todas y cada una de las sesiones del juicio oral. Aquí, a pesar de que la dicción literal del art. 786 de la Ley de Ritos es clara, al establecer la preceptiva presencia del acusado salvo los supuestos de enjuiciamiento en ausencia permitidos por dicho precepto, ha sido la jurisprudencia y la práctica judicial la que ha venido relajando tal obligatoriedad en determinados supuestos, siendo de ello paradigmática la doctrina constitucional sentada en la STC 77/2014.

Finalmente, decíamos, es necesario también configurar la situación procesal del rebelde en relación con las distintas fases de proceso, pues no son pocos los que se plantean la duda de la posible existencia de la rebeldía en la fase ejecutiva. Del tenor literal del art. 835 parece claro que la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace solo referencia a situaciones incardinables en fases anteriores a la existencia de una

(84) Véase en este sentido, JIMÉNEZ ASENJO, E., «El procedimiento contra reos ausentes, hoy 1980», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 4, 1980, pp. 679 y s., en donde distinguía entre la ausencia fáctica que se funda en el hecho de no ser conocido el paradero del inculpado (no se sabe dónde está, por lo que semeja hallarse perdido), y la ausencia con paradero conocido, sea dentro o fuera de España, y a disposición judicial.

sentencia penal firme: al procesado (art. 835.1.º), al detenido o preso (art. 835.2.º) y al que se hallare en libertad provisional (art. 835.3.º)(85). ¿No cabe, entonces, ordenar la requisitoria y luego decretar la rebeldía del penado que no comparece a una citación judicial (por ejemplo, para requerirle de cumplimiento de la pena impuesta) o del que se ha fugado del establecimiento penitenciario en que se hallaba cumpliendo la pena? Volvemos a repetir que, cierto es que el legislador procesal parece estar pensando que la rebeldía es referible únicamente para los supuestos en los que todavía no existe sentencia firme. Sin embargo, frente a ello, no falta quien, por ejemplo, hace una interpretación extensiva del término «preso», para incluir en él al «penado» que se fuga del establecimiento penitenciario(86), lo que también podría valer para la mención de «procesado» del núm. 1 del art. 835, entendiendo que dentro del mismo cabría el supuesto del penado que no es habido. Esta interpretación extensiva se observa incluso en la práctica judicial, en donde no es infrecuente que las buscas y capturas dictadas contra penados funden sus razonamientos jurídicos en las previsiones del artículo 835 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien que concordándolas con las genéricas previsiones contenidas en el artículo 990 de la Ley de Ritos.

En línea con lo dicho hemos de subrayar que además en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal hay una referencia expresa al «condenado rebelde», cosa que acontece en el artículo 490.7.º que, como sabemos, faculta a cualquier persona para que «pueda detener al procesado o condenado que estuviere en rebeldía». Y no han faltado invocaciones al concepto de «rebelde» a la hora de interpretar el artículo 2.2 de la Ley del Indulto, atribuyendo tal calificativo a «los que no estuvieren a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena» quienes, como sabemos, están exceptuados de poder ser indultados(87).

(85) En el mismo sentido art. 407 de la Ley Procesal Militar.

(86) Así, Garberí al definir la rebeldía como «la situación en que se encuentra el inculpado que no comparece o no es habido ni presentado ante el órgano judicial competente en el plazo fijado para ello en la requisitoria, por haberse ausentado, *por haber quebrantado su condena* o por incumplir la obligación de concurrir ante la autoridad judicial según las cautelas adoptadas al decretar su libertad provisional». GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Del procedimiento contra reos ausentes...», cit., p. 882. Obsérvese que esta interpretación también sería dable con el tenor literal del art. 407. 3.º de la Ley Procesal Militar, pues el mismo se refiere a «el que se hubiere fugado del establecimiento en que se hallare detenido, preso o *quebrantase su custodia*», tercer supuesto, junto a detenido y preso, que pudiera albergar al penado.

(87) Así en la Real Orden de 23 de septiembre de 1919 se disponía (instrucción 9.ª) que «se considerará para todos los efectos de este Real Decreto, que están a disposición del Tribunal sentenciador todos aquellos que no hubieren sido declarados

Pero, es más. Respecto a la aplicabilidad de la rebeldía en fase ejecutiva tenemos la previsión expresa del artículo 82.2 del Código Penal que, tras la reforma operada en el año 2015, establece en su párrafo segundo que «no se computará como plazo de suspensión (de la ejecución de las penas privativas de libertad) aquel en el que *el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía*». Es decir, que para el legislador penal sí que cabe que un penado, respecto de cuya pena privativa de libertad impuesta se ha acordado la suspensión de la ejecución de la misma por alguna de las modalidades previstas en los artículos 80 y siguientes del Código Penal, pueda ser declarado rebelde. Se podrá objetar que el legislador penal de la reforma llevada a cabo en nuestro texto punitivo por la Ley Orgánica 1/2015 no se ha caracterizado, precisamente, por su corrección técnica y su claridad expositiva (véase si no, por ejemplo, la confusa y oscura regulación del concurso medial que se hace en el artículo 77.3(88)), pero lo cierto es que el transcrito precepto dice, sin ambages, lo que dice, aludiendo a una situación de rebeldía que solo podría tener cabida si se realiza la interpretación extensiva de los números 1 y 2 del artículo 835 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los términos antes señalados.

Sea como fuere, lo cierto es que de lo expuesto se desprende la existencia de unos desajustes normativos que abonan nuestra idea de la necesidad de establecer un nuevo estatuto regulador de la situación de la rebeldía(89) en el que de manera clara y precisa se recojan todos

rebeldes». Sobre dicho requisito, y la necesidad de ser interpretado de forma extensiva, excluyendo el que se requiera estar ingresado en prisión y permitiendo que el penado esté domiciliado en una localidad distinta de «la demarcación de la Audiencia respectiva» (algo exigido en la derogada Real Orden de 24 de diciembre de 1914), véase Instrucción 5/1992, de la Fiscalía General del Estado.

(88) Crítica realizada expresamente por la propia jurisprudencia; en tal sentido, por ejemplo, Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo (en adelante, STS) 30/2018, de 19 de enero.

(89) Estando cada vez más extendida la definición de la rebeldía como una situación, la rúbrica bajo la que se regulase su estatuto bien podría rezar «*De la situación de rebeldía y de sus efectos*». Como ejemplos de la citada definición de la rebeldía como situación, por todos, pueden verse: «La rebeldía es una *situación* que deriva de la ausencia, de quien no ha comparecido al llamamiento judicial y en virtud de declaración formal al respecto» (GÓMEZ DE LIAÑO, F., *El proceso penal*, 5.^a ed., ed. Forum, Oviedo, 1997, p. 97). «*Situación procesal* en la que se encuentra el acusado que, en el término fijado en la requisitoria, no comparece a la presencia judicial, o que no sea encontrado y presentado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa» (MESTRE DELGADO, E., Voz «Rebeldía», en VV. AA. (Carlos García Valdés, dir.), *Diccionario de ciencias penales*, Edisofer, Madrid, 2000, p. 423). «La rebeldía en nuestro régimen jurídico procesal es una *situación jurídica*...» (FONT SERRA, E., Voz «Rebeldía», en VV. AA. (Alfredo Montoya Melgar, dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5465 y 5468). Por su parte el Diccionario

los supuestos en los que cabe tal declaración y, lo que es más importante, los efectos jurídicos que de ello se han de derivar.

Pero, antes de nada, y para poder alcanzar ese anhelado puerto, se hace necesario comenzar por los principios; mirar a la historia para entender el presente, pues solo así podremos intuir el porvenir.

II. UNA MIRADA ATRÁS PARA COMPRENDER EL PRESENTE

II.1 La rebeldía en el Derecho romano

Suele estar extendida la idea, no del todo exacta, de que el Derecho romano no contempló en enjuiciamiento penal en ausencia, o, mejor dicho, que fue muy reacio a su admisión, quizás debido ello a una lectura un tanto parcial de lo que en su día afirmara Mommsen en su referente monografía sobre el Derecho penal romano. Y es que el que fuera Premio Nobel de literatura del año 1902(90), efectivamente afirmó que «el procedimiento penal (romano) fue siempre un procedimiento odioso y rodeado de dificultades cuando en él no se admitía la defensa, o cuando ésta se hallaba mermada, aún en los casos en los que el citado fuese culpable de dicha no admisión y hasta aquellos otros en los que él mismo hubiera renunciado a la defensa»(91). Sin embargo, no es dable obviar que Mommsen también señaló la existencia de una primera manifestación del enjuiciamiento penal en ausencia, fundada en motivos de necesidad, que se dio en el procedimiento atribuido a los gobernadores de las provincias (en contraste con su prohibición en la justicia administrada en Roma)(92), afirmando que

del Español Jurídico (Real Academia de la Lengua y Consejo General del Poder Judicial), define la rebeldía como «situación jurídica, declarada judicialmente en el proceso, en que se coloca el demandado por su inicial, total y voluntaria inactividad, al no comparecer en el mismo dentro del plazo concedido...».

(90) La motivación de la Academia sueca para tal distinción fue calificar a Mommsen como «el más grandioso maestro con vida del arte de la escritura histórica, con una especial referencia a su obra monumental, Historia de Roma».

(91) MOMMSEN, T., *Römisches Strafrecht*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1899, p. 333. Existe traducción al español (desgraciadamente desprovista de las ricas y extensas notas que Mommsen introdujo en su original) por Pedro Dorado Montero, *Derecho penal romano*, La España Moderna, Madrid, s.f. (1898) (y reimpresión por ed. Temis, Bogotá, 1991), p. 219.

(92) MOMMSEN, T., *Römisches Strafrecht*, cit., p. 149 y *Derecho penal romano*, cit., p. 105, citando al respecto Mommsen, en su original, nota núm. 3, en que hace referencia a la obra de Cicerón, *Verres* (lib. 2, 41, 101. 42, y 102.).

será luego, ya en época imperial, cuando se produzca una expresa reglamentación del procedimiento criminal contra contumaces(93).

El citado rechazo del Derecho romano hacia el procedimiento contra el rebelde, aquilatado en el principio *absentem in criminibus damnare non debere*, era lógico en la etapa monárquica, pues aquí era el rey el que, bien en calidad de sumo sacerdote bien como jefe supremo militar, juzgaba unos hechos perturbadores de la *pax deorum* (delitos sacrales) o de la disciplina castrense (como la traición, la desertión o la cobardía), haciéndolo al margen de leyes y procedimientos determinados y teniendo al acusado a su presencia, para así, caso de condena, imponerle unas penas personales que se ejecutaban de inmediato. Las penas sacrales, impuestas para apaciguar a los dioses ofendidos, iban desde la muerte del condenado como sacrificio expiatorio (*deo necari*) al abandono del culpable (con la facultad otorgada a cualquiera para matarlo) y de todo lo que le pertenecía a éste en favor del dios ultrajado (*consecratio capitis et bonorum*). Por su parte, la represión en el ámbito militar no sería sino una manifestación del poder coercitivo ilimitado que, derivado del *imperium*, ostentaba el monarca, poder que ejercía sin sujeción a reglamentación alguna(94). Fuera de ello, los delitos entre particulares quedaban relegados a una venganza privada que tendría que esperar a la época republicana para ser sometida a la justicia estatal, muy particularmente a partir de la Ley de las XII Tablas.

Igualmente, en la concepción del Derecho penal romano de la República tenía, en principio, mal encaje la punición del rebelde, muy particularmente a partir del siglo II a. C., cuando el enjuiciamiento a través de asambleas (comicios) es sustituido por unos tribunales, primero extraordinarios (*quaestiones extraordinariae*) y luego, ya de manera estable, por unos permanentes (*quaestiones perpetuae*) instituidos por la ley y presididos por un magistrado, tribunales que serían

(93) MOMMSEN, T., *Römisches Strafrecht*, cit., p. 335 y *Derecho penal romano*, cit., 220.

(94) No obstante, para las infracciones menos graves (*scelus expiabile*) se conocía el *piaculum*, pena consistente en imponer al acusado la obligación de realizar una ofrenda expiatoria consistente en el sacrificio de un animal o la entrega de una entidad patrimonial para el culto de la divinidad ofendida. Sobre ello, y en general sobre la represión criminal ejercida por el rey en la Monarquía romana, vid. SANTA-LUCIA, B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Giuffrè, Milano, 1989, traducida al español por Javier Aparicio y Carmen Velasco, *Derecho penal romano*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 27 y ss., y bibliografía citada en pp. 37 y s.

generalizados y consolidados en la época de Sila(95). Y es que el proceso penal de las *quaestiones perpetuae* (96) se regirá ya por el principio acusatorio, lo que obligaba a la celebración de un juicio con presencia del acusado(97), el cual podía defenderse asistido de hasta seis abogados, tenía garantizada su intervención activa, pudiendo hablar hasta una vez y media más del tiempo del que disponía la acusación, y las decisiones que el acusado plebeyo creyera injustas podían ser «recurridas» ante el tribuno de la plebe, a quien competía ayudar al ciudadano frente a las injusticias que éste sufriera, siendo así que la intercesión contra el decreto de un magistrado debía de pronunciarse

(95) El primer tribunal criminal permanente fue instituido por la *Lex Acilia repetundarum*, de la época de Cayo Graco (años 123-122 a. C.), para juzgar las acusaciones de malversación promovidas contra los magistrados romanos, sirviendo éste de modelo para los posteriores tribunales permanentes institucionalizados en la época de Sila, siendo destacable que el primer tribunal permanente para juzgar al homicidio doloso (*quaestio de sicariis et veneficiis*) sería aprobado por la *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis* el año 81 a. C. Sobre la misma, ampliamente: CLOUD, J. D., “How did Sulla style his law de sicariis?”, en *The Classical Review*, New Series, vol. XVIII, núm. 2, 1968, pp. 140 y ss. Del mismo, “The Primary Purpose of the lex Cornelia de sicariis”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, band 86, 1969, pp. 258 y ss.; ROTONDI, G., *Leges publicae populi Romani: elenco cronologico con un'introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani*, Società Editrice Libreria, Milano, 1912 (reimpresión G. Olms, Hildesheim, 1962) pp. 357 y ss.; PANI, M., e TODISCO E., *Storia romana dalle origini alla tarda antichità*, Carocci, Roma, 2008, p. 172.; NEGRI, M., «Il “giovane” Cicerone, la Lex Cornelia de sicariis et veneficiis e la datazione del de inventione», en *Athenaeum, Studi di letteratura e storia dell'antichità*, núm. 95, 2007, pp. 183 y ss. En general, sobre la legislación penal de Sila, KUNKEL, W., *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, Beck, München, 1962.

(96) La jurisdicción de los tribunales criminales permanentes (en los últimos tiempos de la República llegó a haber nueve, cinco para delitos políticos –*maiestas*, *repetundae*, *ambitus*, *peculatus* y *vis*– y cuatro para delitos comunes –homicidio, parricidio, falsedad e injurias graves–) se extendía exclusivamente sobre Roma y en un radio de mil pasos de ella, si bien la doctrina romanista señala que, casi con toda seguridad, los municipios tenían sus propios tribunales de justicia que funcionaban con un procedimiento acusatorio similar al de aquéllos. Vid. SANTALUCIA, B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, cit., p. 89.

(97) No obstante, existían tres supuestos en los que no era necesaria la celebración del juicio: 1.º Cuando la persona confesaba haber cometido el delito (*confessus pro iudicato est*), considerándose equivalente a la asunción de la culpa la huida al destierro del imputado, el intento de soborno del acusador (D. 48.21.2 pr.) y el suicidio del imputado (caso de que no existiera ningún otro motivo aparente para que lo hubiera hecho). 2.º Cuando el delincuente fuera descubierto in fraganti (D. 47.2.7.1 .2-3), y 3.º Cuando el sujeto se ha levantado en armas contra el Estado romano y el Senado lo ha considerado como enemigo público (*hostis*). Al respecto, vid. KUNKEL, W., *Kleine Schriften: zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte*, Hermann Böhlau, Weimar, 1974, pp. 17 y ss.

«en el acto y a su presencia»(98). Este juicio formulario estaba vertebrado, como también había ocurrido antes en el procedimiento de *legis actiones*, en dos fases bien diferenciadas: una fase *in iure*, de iniciación y admisión de la denuncia, realizada ante el magistrado, y una fase *apud iudicem*, en donde una vez practicaba la prueba, los miembros del tribunal (los jueces o árbitros) emitían su veredicto, marcando en una tablilla encerada (*tabella*) una de las dos letras allí escritas, la A (*absolvo*) o la C (*condemno*), introduciéndolas a continuación en una urna de las que serían sacadas por el magistrado (que no votaba) para su escrutinio, siendo que en caso de empate procedía la absolución.

Se ha de señalar que es precisamente en este periodo del procedimiento formulario romano (siglo II a. C. hasta siglo III d. C.) donde comienzan a vislumbrarse las primeras manifestaciones del enjuiciamiento del rebelde, algo que acontece en el orden civil. Y es que, con el procedimiento formulario se superan los viejos formalismos del arcaico procedimiento de las *legis actiones* que, como es sabido, imponían unas rígidas fórmulas lingüísticas de carácter mágico-religioso que eran exigibles para obtener la condena del demandado, siendo así que la presencia de éste se alzaba en este procedimiento como fundamental e irremplazable(99), ya que este intercambio cruzado de palabras y gestos entre las partes constituía la propia esencia del proceso(100). Será ahora, con un procedimiento formulario desligado de ese rigorismo formal y presidido por el principio acusatorio,

(98) Vid. KUNKEL, W., *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung*, Böhlau Verlag, Köln-Graz, 1964, traducido al español por Juan Miquel, *Historia del Derecho romano*, Ariel, Barcelona, 1965, p. 89, en donde se subraya que el hecho de «llamar al tribuno» (*appellare*, lat. «llamar») para que revisara la decisión jurisdiccional, «*appellare ad tribunum*» o «*appellatio tribunorum plebis*», es el origen de nuestra «apelación» (apelar al tribunal). Refiriéndose a las competencias jurisdiccionales del tribuno de la plebe en el orden penal, si bien de pasada (pues la obra se centra en sus competencias en el orden civil), COCCHIA DI ENRICO, E., *Il Tribunato della plebe e la sua autorità giudiziaria. Studiata in rapporto colla Procedura civile*, Sta. Tip. Luigi Pierrro e figlio, Napoli, 1917, p. 90 (existe reimposición, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1971).

(99) No obstante, algunos autores han querido resaltar la existencia de una excepción a ello, es decir, de un enjuiciamiento en ausencia en ese Derecho procesal arcaico, representada por la *legis actio per pignoris capionem* (Gayo 4.29-30), procedimiento ejecutivo para el cobro de determinadas deudas de carácter público y sacro, que consistía en el embargo de bienes del deudor que no había pagado, para así asegurar el crédito, procedimiento que podía realizarse sin presencia del magistrado, en ausencia del adversario e incluso en *dies nefasti*. Vid. KASER, M., und HACKL, K., *Das römische Zivilprozeßrecht*, 2.^a Aufl., C. H. Beck Verlag, München, 1996, pp. 146 y ss.

(100) Al respecto, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y arbitraje en el Derecho romano*, Iustel, Madrid, 2006, p. 19.

cuando comienza a admitirse el enjuiciamiento en ausencia en el proceso civil, si bien que concretado en la fase *apud iudicem*. Y es que en la fase *in iure*, el proceso civil romano no podía ni iniciarse ni continuar, si el demandado no reconocía o contradecía la pretensión del demandante, realizando los alegatos que a su derecho convinieran y que permitían fijar los términos del proceso (*litis contestatio*). La no comparecencia del demandado en esta primera fase suponía que el mismo incurría en *indefesio*, y así, en caso de ejercicio de acciones personales, el magistrado podía embargar sus bienes, primeramente, y si persistía la incomparecencia, venderlos forzosamente para satisfacer al demandante, mientras que si la acción planteada por éste era real, el magistrado podía autorizar que, si la cosa litigiosa era un mueble que estaba presente, le fuera entregada inmediatamente al demandante (*duci vel ferri iubere*), y en caso de cosas muebles no presentes, conceder a éste una acción personal (*actio ad exhibendum*) para pedir al demandado que le entregara la cosa, y en su defecto la condena por el valor de la misma, siendo que en el supuesto de inmuebles, el magistrado dictaba el *interdictum quem fundum*, en virtud del cual se compelia al demandado a entregar el inmueble al demandante.

En cambio, es en la fase *apud iudicem* del procedimiento formulario civil donde encontraremos ya la primera manifestación del enjuiciamiento en ausencia, que luego se consolidará en el procedimiento contumacial instaurado en la *cognitio extraordinem* de la época imperial. En esta fase, los litigantes tenían obligación de comparecer ante el *iudex*, siendo que, si el demandado no lo hacía antes de las doce de la mañana, se aplicaba la regla contenida en la primera tabla de la Ley de las Doce Tablas, según la cual el juez debía resolver entonces el litigio a favor de la parte presente.

El procedimiento formulario, vigente durante toda la época clásica, comenzó a sufrir excepciones, apareciendo cada vez más casos en los que todo el litigio se resolvía en un solo momento procesal ante un magistrado, sistema excepcional (*extra ordinem*) que terminó por convertirse, en el siglo III, en el modelo del procedimiento jurisdiccional del Imperio(101). Ahora el procedimiento *per extraordinariam cognitionem* acaba con la clásica bipartición de fases (*in iure* y *apud*

(101) Como bien subrayara Iglesias, fueron razones de orden político-social – el carácter del régimen imperial, junto con la desaparición de las viejas libertades romanas –, las que favorecieron la instauración del nuevo sistema, que ya traía antecedentes del periodo clásico republicano, singularmente significados en la tramitación extraordinaria que entonces comenzó a darse a las controversias relativas a alimentos, fideicomisos, pago de honorarios de profesionales liberales, litigios con el Estado, etc. IGLESIAS, J., *Derecho romano*, Ariel, Barcelona, 6.ª ed. (1.ª, 1958), 1972, p. 220.

iudicem) y el principio acusatorio deja paso a un proceso regido por el principio inquisitivo, caracterizado por un principal protagonismo del magistrado, ya funcionario del Estado, en detrimento de las facultades que a las partes le confería el antiguo *ordo iudiciorum privatorum*, por lo que desaparece la necesidad de las antiguas prevenciones para hacer comparecer al demandado (*actio ad exhibendum e interdictum quem fundum*), pues surge un procedimiento contumacial para juzgar y dictar una sentencia contra el demandado rebelde que, sin causa justificada, se colocaba en dicha situación(102).

Pues bien, esta evolución observada en el proceso civil romano respecto al posible enjuiciamiento del rebelde encontró, con las debidas matizaciones, fiel reflejo en el proceso penal. Así hemos de recordar que, paralelamente a lo dicho respecto al civil, en el ámbito del proceso penal el sistema de los tribunales permanentes (*quaestiones perpetuae*) encontró definitiva sistematización al comienzo del mandato de Augusto, quien en el año 17 a. C. hizo votar la *lex Iulia iudiciorum publicorum*, que institucionalizaría un proceso acusatorio en el que no cabía el enjuiciamiento en rebeldía(103). Sin embargo, este sistema for-

(102) En este sentido, Torrent (voz «Contumacia», en *Diccionario de Derecho romano*, cit., p. 218) funda las razones de ello en que «al ser la *cognitio* un proceso público dominado por la autoridad judicial de principio a fin, el juicio podía proseguir, aunque el demandado no quisiera comparecer». Sobre dicho procedimiento civil contumacial, por todos, FILOMUSI GUELFI, F., *Il processo civile contumaciale romano*, Stabilimento tipografico dell'Ancora, Napoli, 1873; PETOT, P., *Le défaut in iudicio dans la procédure ordinaire romaine*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1912; STEINWENTER, A., *Studien zum römischen versäumnisverfahren*, Beck, München, 1914; ARU, L., *Il processo civile contumaciale: studio di Diritto romano*, L'Erma di Bretschneide, Roma, 1934 (existe reimpresión, 1971); CAMACHO EVANGELISTA, F., «La epistula de Claudio Quartino y el proceso en contumacia en las provincias (provincia Tarraconsense)», en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, núm. 11, 1964, pp. 299 y ss.; PROVERA, G., *Il principio del contradditorio nel proceso civile romano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1970, esp. pp. 183 y ss.

(103) Sobre la *lex Iulia iudiciorum publicorum* y la legislación augustea de la primera etapa del principado, por todos: ARANGIO-RUIZ, V., «La legislazione», en VV. AA., *Augustus. Studi in occasione del bimillenario augusteo*, Tip. della R. Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1938, pp. 101 y ss.; BIONDI, B., «La legislazione di Augusto», en VV. AA., *Conferenza augustea nel bimillenario della nascita*, Vita e Pensiero Editrice, Milano, 1939, pp. 141 y ss.; GIRARD, P. F., «Les leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, band 34, 1913, pp. 295 y ss. Más recientemente, SANTALUCIA, B., *Altri studi di Diritto penale romano*, Cedam, Padova, 2010, pp. 63 y ss., y 279 y ss. Los comentarios clásicos de Ulpiano a la misma aparecen en los libros VII a X de *Radovan officio proconsulis*, luego extractados en diversos pasajes del Digesto. Al respecto, vid. RUDORFF, A. F., *Über den liber de officio proconsulis*, Verlag der Akademie der Wissenschaften, Berlin, 1886; DELL'ORO, A., *I libri de officio*

jado en la citada *lex Iulia* pronto comenzó a retraerse(104) frente a la incipiente aparición de un nuevo procedimiento criminal, implantado a la par que se afianzaba la figura de un *princeps* que comenzaba a transitar hacia emperador. El viejo sistema acusatorio de los tribunales permanentes se acomodaba mal en un régimen cada vez más autoritario, régimen que ahora marginará al «juicio de jueces» (jurados) en pro de una justicia imperial administrada por el propio emperador o por alguno de sus delegados. Surge el procedimiento o *cognitio extra ordinem*, nombre que expresa que se trata de un sistema procesal surgido y desarrollado «fuera» del *ordo iudiciorum*.

El nuevo procedimiento penal *extra ordinem*(105), asentado de manera definitiva en la época imperial a partir del siglo III, será un procedimiento de marcado carácter inquisitorial, para cuyo inicio no es ya necesaria una acusación formal (*accusatio*), pues el emperador o su delegado, teniendo conocimiento de la *notitia criminis* por cualquier vía (denunciantes, delatores o conocimiento directo)(106), asumía por sí mismo la iniciativa y prosecución del proceso de manera discrecional, discrecionalidad que lógicamente conllevó la manifiesta disminución de las garantías procesales de los justiciables, los cuales podrían ser ahora condenados sin someterse a votación alguna de jueces o árbitros, como antaño, y serlo incluso a la pena de muerte, una

nella giurisprudenza romana, Giuffrè, Milano, 1960, esp. pp. 160 y ss.; FANIZZA, L., *Giuristi, Crimini, Leggi nell'età degli Antonini*, ed. Jovene, Napoli, 1982, pp. 24 y ss.

(104) En este sentido Santalucia (*Diritto e processo penale nell'antica Roma*, cit., p. 105) señala que el mencionado desarrollo comienza a perfilarse con Augusto mismo, con la entrada en función de dos nuevos tribunales criminales, uno constituido por el emperador con la asistencia de su *consilium*, el otro por el senado bajo la presidencia de los cónsules.

(105) Ampliamente, sobre el procedimiento *extra ordinem*, su gestación y caracteres: LAURIA, M., *Accusatio-inquisitio: memoria letta all'Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società Reale di Napoli*, ed. Torella, Napoli, 1934; BONINI, R., *I «libri de cognitionibus» di Callistrato: ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della «cognitio extra ordinem»*, Giuffrè, Milano, 1964; DAHYOT-DOLIVET, J., «La procédure pénale d'office en Droit romain», en *Apollinaris*, núm. 41, 1968, pp. 85 y ss.; PUGLIESE, G., «Linee generali dell'evoluzione del Diritto penale pubblico durante il principato», en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung*, II.14, 1982, pp. 722 y ss., esp. pp. 735 y ss. Con claridad expositiva ARANGIO-RUIZ, V., *Historia del Derecho romano*, traducción de la 2.^a edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez, 3.^a ed. Reus, Madrid, 1974, pp. 308 y ss.

(106) Al respecto, *vid.* FANIZZA, L., *Delatori e accusatori. L'iniziativa nei processi di età imperiale*, L'Erma di Bretschneide, Roma, 1988, esp. pp. 41 y ss., en cuanto al origen de las manipulaciones realizadas desde el poder político para la incoación de procesos por *crimen maiestatis* y las prevenciones al respecto dadas en el senadoconsulto Turpilliano (año 61).

pena que había caído en desuso, en cuanto a los ciudadanos romanos, desde el último siglo de la República (cuando fue en la práctica sustituida por el exilio con *aqua et ignis interdicto*), pena capital que conocerá cruentos modos ejecutivos que se separan del tradicional método de la decapitación mediante espada(107), tales como la crucifixión (*damnatio in crucem*), la exposición a las fieras en la arena (*damnatio ad bestias*) o la hoguera (*vivi crematio*)(108). De esta manera, será en este procedimiento penal extraordinario donde, de forma similar a lo ocurrido en el proceso civil, comienza a reglamentarse la posibilidad de un enjuiciamiento contumacial(109).

Se partía del tradicional principio de que, como regla general, el acusado debía de asistir al juicio, para lo cual se reglamentaban las oportunas citaciones. Pero cabía la posibilidad de que el ausente pudiera ser juzgado, siendo que para ello éste había de devenir en contumaz, siendo así que previamente el simple ausente era anotado en los protocolos del tribunal como *requirendus*, antecedente de nuestra requisitoria, inquirendole con ello a comparecer en el plazo que se le fijase, siendo que el incumplimiento de ello sería lo que daría paso a la citada declaración de *contumax* y la consecuente posibilidad de su enjuiciamiento en ausencia, quedando prohibido en ese juicio su defensa mediante representación, ya que lo único que se permitía era que su procurador pudiera justificar la incomparecencia del ausente (*Absens reus causas absentiae per procuratorem reddere potest*). Esta proscriptión de defensa del contumaz fue en su día puesta en duda por cierto sector doctrinal(110). Sin embargo, la moderna doctrina es clara al respecto(111), apoyándose para ello, por un lado, en la literalidad de los textos romanos, en particular en un texto de Papiniano

(107) Obsérvese que en el propio nombre de «pena capital» (*poena capitalis*, *poena capitis*) va ínsita la idea de cortar la «cabeza» (*caput-capitis*).

(108) Sobre las diferencias punitivas entre el sistema de las *questiones* y el del *cognitio extraordinem*, ampliamente, BRASIELLO, U., *La repressione penale in Diritto romano*, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1937.

(109) Sobre el mismo, por todos, BRASIELLO, U., *Sull'assenza dal giudizio nel processo penale romano*, Stabilimento Tipografico Editoriale, Urbino, 1933 (extracto del trabajo publicado en *Studi Urbiniti*, 7, 3-4, 1933); FANIZZA, L., *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, L'Erma di Bretschneide, Roma, 1992.

(110) Vid. DIENA, M., *Della procedura in contumacia nelle causa correzionali. Studio di legislazione e giurisprudenza*, Stab. Tip. Del Rinnovamento, Venezia, 1873, pp. 8 y s. (esp. nota 3 en p. 9, con cita de autoridad de Juan Voet en sus comentarios al *Pandectas*).

(111) En este sentido, ampliamente, FANIZZA, L., *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, cit., pp. 50 y ss. Cfr. LAURIA, M., *Accusatio-inquisitio...*, cit., p. 25 y las interesantes reflexiones sobre la figura del procurador romano en QUADRATO, R., voz «Rappresentanza (Diritto romano)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol.

recogido en el Digesto, según el cual «*inter accusatorem et reum cognitione suscepta, excusatio pro absente iustis rationibus admittitur*» (D. 48.1.10)(112), y, por otro, en la fundamental idea de que la responsabilidad penal en Roma era una responsabilidad personal, que solo podía perseguirse durante la vida del acusado, siendo a éste a quien correspondía su defensa(113), como se demuestra en el hecho de que expresamente se prevea la proscripción de defensa de la mujer condenada en ausencia por delito de adulterio(114) y, no de menor importancia, por la recíproca prohibición existente en el Derecho romano de que el actor ausente pudiera ejercer la acusación a través de representantes, sentenciando al respecto Paulo (Sent. 5.16.11) que «*Necque accusator per alium accusare neque reus per alium defendi potest, nissi ingratum libertum patronus accuset aut rei absentia defendatur*», esto es, que al igual que el acusador no puede recurrir a un tercero para acusar, tampoco el acusado puede hacerlo para defenderse, previsiones también aplicables en fase de apelación(115). Y todo ello traía causa del hecho de caracterizar al contumaz, como forma de ausencia y a diferencia de ésta(116), por su actitud de arro-

XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 417 y ss. MICELI, M., *Studi sulla rappresentanza nel Diritto romano*, Giuffrè, Milano, 2008.

(112) D. 48.1.10. «Habiéndose contestado la acusación entre el acusador y el reo, se admite excusa a favor del ausente por justas razones; y no sea condenado el reo citado tres veces cada día durante tres días, o no se falle estando presente el reo respecto a la calumnia del acusador ausente».

(113) FANIZZA, L., *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, cit., p. 51, y de la misma autora, «Il crimine e la morte del reo», en *Mélanges de l'Ecole française de Rome. Antiquité*, vol. 96, núm. 2, 1984, pp. 671 y ss.

(114) D. 48.5.11.2: «La que fue condenada entre las reas de adulterio, no puede ser defendida estando ausente». Se entiende así que se asemeja el status jurídico del hombre y la mujer ausentes, en cuanto a la imposibilidad de defensa por terceros. Ampliamente, FANIZZA, L., *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, cit., p. 52, con apoyo en otros trabajos doctrinales, tales como: PEPPE, L., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 113 y ss. GAROFALO, L., «La competenza a promuovere iudicia populi avverso donne», en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, núm. 52, 1986, pp. 451 y ss. ORESTANO, R., *L'appello civile in Diritto romano*, G. Giappichelli, Torino, 1966, p. 348. ANKUM, H., «Problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit roman classique», en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, núm. 32, 1985, pp. 135 y ss. (esp. p. 154).

(115) D. 49.9.1. «Y en general, de la causa que no se puede defender por medio de otro, tampoco se debe defender por medio de otro la apelación».

(116) Así la simple ausencia la define Ulpiano en D. 50.16.199: *libro VIII. De omnibus Tribunalibus*. «Debemos tener por «ausente» al que no está en el lugar en que se pide; porque no exigimos que el ausente esté en ultramar; y si acaso se hallara fuera de los suburbios, está ausente. Pero estando hasta en los suburbios se considerará que no está ausente, si no se ocultara». La diferencia entre la mera ausencia y la

gancia e insubordinación ante la citación judicial(117), caracterización tal, por cierto, que en su origen se refería exclusivamente al delito de insubordinación militar, siendo en el bajo imperio cuando se extiende a la renuente desobediencia a la orden judicial(118).

Así, de la detallada reglamentación bajo-imperial referida al enjuiciamiento en ausencia del contumaz encontraremos fiel reflejo en los textos integrados en el *Corpus Iuris Civilis*, de forma muy particular en el Digesto. Se partía, como decimos, de la regla general de no enjuiciar a ausentes, lo que tenía como fundamento el respeto del principio de audiencia, principio vertebrador del sistema acusatorio heredado de la época republicana. Así lo dirá Marciano en el Digesto (D. 48.17.1) «*ne quis absens puniatur; et hoc jure utimur, ne absentes damnentur; neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur*»(119). Es por ello, que todavía a la altura del año 211, gobernando Caracalla, se insistía en la importancia de citar a los acusados a juicio, prescribiendo los requerimientos necesarios para ello y las consecuencias que de las citaciones fallidas habrían de deducirse, concretadas en el embargo de sus bienes: «*Quam absenti, reo gravia crimina intentatur, sententia festinari non solet, sed annotari ut requi-*

contumacia, con las notas señaladas, es evidente en el pensamiento de Ulpiano D. 5.1.73 *Libro IV. De omnibus Tribunalibus*. «Y después de impetrado el edicto perentorio, cuando haya llegado su término, entonces debe citarse al ausente; y tanto si hubiere respondido, como si no, se tramitará la causa y se pronunciará sentencia; no siempre a favor de la parte presente, sino que a veces, si tuvo justa causa, vencerá la ausente. § 1. Pero si el que impetró el edicto perentorio estuviese ausente el día del conocimiento de la causa, y estuviera presente aquel contra quien se impetró, entonces se habrá de dejar sin efecto el edicto perentorio; y ni se conocerá de la causa, ni se pronunciará sentencia a favor de la parte presente. § 2. Dejado sin efecto el edicto, veamos, ¿podrá acaso el reo volver a ser demandado, o ciertamente quedará íntegro el litigio, feneciendo únicamente la instancia del edicto? Y es lo más cierto que tan solo haya fenecido la instancia, y pueda litigarse de nuevo. § 3. Ha de saberse, que el ausente condenado por el edicto perentorio, si apelara, no ha de ser oído, si es que por contumacia estuvo ausente; pero si no, será oído». Sobre las diferencias entre contumacia y latitancia («latitatio»), FANIZZA, L., *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, cit., pp. 32 y ss.

(117) Subrayando estas notas, FANIZZA, L., *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, cit., pp. 35 y s.

(118) Vid. VOLTERRA, E., «Contumacia nei testi giuridici romani, Appendice a Osservazioni sull'ignorantia iuris nel Diritto penale romano», en *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano «Vittorio Scialoja»*, núm. 38 (1-3), 1930, pp. 121 y ss. Luego, en el mismo sentido, BRASIELLO, U., *Sull'assenza dal giudizio nel processo penale romano*, cit., p. 26.

(119) D. 48.17.1 «Hay un rescripto del Divino Severo y Antonino Magno para que no sea castigado ningún ausente; y observamos este derecho, que los ausentes no sean condenados; porque la razón de equidad no consiente que alguien sea condenado sin haber sido oída su causa».

ratur, non utique ad poenam, sed ut potestas ei sit purgandi se, si potuerit» (Cod. 9.40.1)(120).

Ahora bien, en la práctica judicial se fue haciendo cada vez más común que la proscripción general de enjuiciamiento en ausencia quedara circunscrita a los procesos seguidos por delitos graves, sentenciado en tal sentido Paulo que «*in causa capital, absens nemo damnatur»* (Paulo, Sent. 5.5.8), recordándonoslo un rescripto de Gordiano III del año 243, en donde se cataloga el no juzgar a ausentes por delitos graves como «Derecho antiguo» y se prevé el recurso a la apelación si ello se incumpliera (Cod. 9.2.6)(121). Es en este contexto en donde se sitúa el trascendental, sobre todo por su influencia posterior para la elaboración de la doctrina medieval de la ausencia(122), rescripto de Trajano (98-117 d. C.) que Ulpiano, en el libro dedicado al cargo proconsular, lleva al Digesto (D. 48.19.5) y en donde, aparte de sentar el conocido principio de que «es mejor que se deje impune el delito de un culpable, que condenar a un inocente» («*satius enim esse, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare»*)(123), afirma que, si bien el principio general es «*absentem in criminibus damnari non debere»*, se debe permitir, al igual que ocurre en el proceso civil («*etiam absentes*

(120) Caracalla, Cod. 9.40.1. «El Emperador Antonino, Augusto, a Rustico. Cuando se intentan graves acusaciones criminales estando ausente el reo, no se suele apresurar la sentencia, sino que es anotado, de suerte que se le requiera, no ciertamente para sufrir pena, sino para que tenga facultad de sincerarse, si pudiere. Mas después que constituido en situación de ser requerido hubiere vuelto dentro de un año, si se hubiere sincerado del crimen, recupere a arbitrio del juez los bienes sellados; y si habiendo regresado dentro de este tiempo, hubiere fallecido después de su presentación, aunque todavía no se hubiere sincerado, transmita los bienes a sus propios herederos. Dada siendo cónsules Gentiano y Basso, año 211».

(121) Gordiano, Cod. 9.2.6. «Gordiano a Avidiano. Es derecho antiguo, que el ausente no puede ser acusado de crimen capital, sino que solamente suele ser anotado para ser requerido, si faltara. Y, por lo tanto, como dices que estando ausente e ignorándolo tú, a quien nunca se le había notificado acusación criminal alguna, fuiste condenado a las minas injustamente por el presidente de la provincia, cuida de acudir al prefecto del pretorio para que, al presente, defendiéndote tú, se pueda aclarar la verdad del caso, y él reformará con arreglo a su justicia todo lo que viere que se hizo de nueva manera y contra la forma establecida en las constituciones. Publicada a 4 de las Nonas de abril año 243, bajo el consulado de Ariano y de Pappo».

(122) En general, sobre la influencia del Derecho procesal penal romano de la *cognitio extra ordinem* en el proceso romano-canónico del *ius commune* medieval, LITEWSKI, W., *Der römische-kanonische Zivilprozeß nach den älteren ordines iudiciarii*, I-II, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellonskiego (Jagiellonian University Press), Krakau 1999.

(123) Reafirmando el origen de este principio trascendental del enjuiciamiento criminal hasta nuestros días, KUNKEL, W., *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung*, Böhlau Verlag, Köln-Graz, 1964, traducido al español por Juan Miquel, *Historia del Derecho romano*, cit., p. 74, nota 29.

pronuntiari oportet secundum morem privatorum iudiciorum»), juzgar a los contumaces, siempre que no se impongan penas graves, como la pena de muerte o la de trabajos forzados en las minas («*verum si quid gravius irrogandum fuisset, puta in metalla, vel capitis poenam non esse absentibus irrogandam*»)(124).

II.2 La doctrina medieval de la contumacia

El rescripto de Trajano ha sido profusamente estudiado por los especialistas(125), que, como ya hemos dicho, han subrayado su notable influencia en la elaboración de la doctrina medieval sobre el enjuiciamiento en ausencia(126), una doctrina que de manera detallada se preocupó por deslindar conceptos, realizar clasificaciones y perfilar los efectos jurídicos de la contumacia, a la vez que se cimentaba el principio de audiencia.

Así, se resaltarán que ya en la propia etimología del término contumacia (*contumax*, *contumaciter*, de *cum* y *temno* –despreciar, desdeñar–) se hace referencia a «un acto de desobediencia o de obstinada indocilidad»(127), cuando no de «orgullo y arrogancia»(128),

(124) Ulpiano D. 48.19.5. Ulpiano. *Del Cargo de Procónsul, Libro VII*. «El Divino Trajano respondió por rescripto a Julio Fronton, que tratándose de delitos no debía ser condenado un ausente. Mas el Divino Trajano respondió por rescripto a Asiduo Severo, que tampoco debía ser condenado alguien por sospechas; porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable, que condenar a un inocente. Mas contra los contumaces, que no hubiesen obedecido ni a las denuncias, ni a los Edictos de los presidentes, se debe fallar, aunque estén ausentes, según se acostumbra en los juicios privados. Cualquiera puede defender que estas cosas no son contrarias; luego ¿qué se dirá? Más bien se determinará, que contra los ausentes se pueden imponer penas ciertamente pecuniarias, o las que se refieren a la estimación, y se puede llegar hasta la relegación, si, prevenidos muchas veces, dejaran de comparecer por contumacia; pero si se hubiese de imponer alguna pena más grave, por ejemplo, la condenación a las minas o la pena capital, no se ha de imponer a los ausentes».

(125) Por todos, BRASIELLO, U., *Sull'assenza dal giudizio nel processo penale romano*, cit., pp. 16 y ss.; FANIZZA, L., *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, cit., esp. pp. 11 y ss., y 92 y ss.

(126) Al respecto, de obligada consulta, OBARRIO MORENO, J. A., *El proceso por contumacia. Origen, pervivencia y recepción*, Dykinson, Madrid, 2009. Del mismo, «El proceso por ausencia en la doctrina medieval», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 24, II, 2011, pp. 165 y ss., trabajos ambos que seguimos en la presente exposición.

(127) Vid. MARANTA R., *De ordine iudiciorum tractatus, vulgo speculum aureum, et lumen advocatorum*, Haeredes Iacobi Iuntae, Lugduni, 1557, Pars. VI, Rub. *De contumacia secundo membro iudicis*, núm. 7, f. 387.

(128) En este sentido, en efecto, Scaccia sostendrá que el mal ánimo de las partes contumaces se encuentra en una etimología del término, *cum* y *tumeo*, que

señalando que la misma, en cualquier caso, encuentra su razón «en la propia naturaleza del reo, que es fugarse de la justicia»(129). Las citadas notas de voluntariedad y renuencia prolongada en el tiempo(130), permitirán a Baldo y a comentaristas posteriores, una vez diferenciada la contumacia de la mera ausencia(131), establecer las causas o supuestos en los que, a su juicio, se podría incurrir en contumacia o rebeldía(132); a saber: cuando no se acudía a juicio («*quia nullo modo venit*»), cuando habiéndose personado se ausentaba del mismo sin permiso del tribunal («*quia venit et non stetit*») y cuando estando en el juicio se negaba a responder a las preguntas que se le hicieran («*quia praesens non vult respondere*»), a las que habría que añadir una cuarta referida a la perseverancia en la desobediencia judicial («*qui in contumacia perseverat, unde contumacia potest describi, quod est non obedientis pertinacia*»)(133). Se observa pues, un concepto amplio de contumacia que trasciende la mera no asistencia a juicio, existiendo supuestos en los que se parangona con lo que podríamos denominar falta de buena fe procesal, esto es, la del compareciente a juicio «que no actúa conforme a Derecho», o en palabras de Alberico de Rosate, «*quando citatus ad iudicium venit, sed non vult parere iuri*»(134).

significa estar hinchado, lleno de orgullo y arrogancia, lo que induce a la desobediencia y a la contumacia. SCACCIAE, S., *Tractatus de iudici causarum civilium, criminalium et haereticalium*, Sumpibus, haeredum Palthenianarum ex-Officina Hartmanni Palthenii, Frankfurt, 1618, Lib. I, cap. 91, 3, p. 280 (otra ed. Venetiis, 1648, p. 292).

(129) MAINUS, J. DE, (Iasonis Mayni Mediol), *In primam (secundam) Codicis partem Commentaria*, Lugduni, 1581, f. 125, Rub. *De iudicis*, § *Et si quindem*, núm. 3

(130) Vid. SAXOFERRATO, B. DE, *Commentaria Corpus Iuris Civilis. Digestus Vetus (In primam Veteris partem commentaria quibus praeter Alex. Barb. Seissell ... [et] aliorum adnotationes ... accesserunt ...)*, Augustae Taurinorum: apud Nicolaum Beuilaquam, 1574, fol. 54 v. (Rub. *Si quis ius didencti non obtemperaverit*, § *Omnibus*, núm. 13).

(131) UBALDI PERUSINI, B. (Baldo degli Ubaldi), *In Primum, Secundum & Tertium Cod. (Codicis), Lib. (Libros) Com. (Commentaria)*, Alex. Inmolen. Andreae Barb. Celsi, Venetiis, 1586, f. 137 v. (Rub. *De Procuratoribus*, Lex III (sic., léase IV), § *Quia Absente*, núm. 2).

(132) *Ibidem*, f. 179.

(133) UBALDI PERUSINI, B. (Baldo degli Ubaldi), *In VII, VIII, IX, X & XI Codicis Libros Commentaria*, Alexandri. Inmolen. Andreae Barb., Venetiis, 1586, f. 42 v. (Rub. *Quomodo et quando iudex*, Lex V, § *Consentaneum*, núm. 5).

(134) Para Alberico de Rosate la contumacia se manifestaba de tres maneras («*contumacia triplex est*»): cuando no se acudía a juicio –*non viniendo ad iudicem*– (bien porque el citado despreciaba la comparecencia, maliciosamente se ocultaba o impedía ser citado), cuando el citado comparecía a juicio, pero no actuaba conforme a Derecho («*quando citatus ad iudicium venit, sed non vult parere iuri*») y cuando la contumacia se alzaba como una ofensa notoria que el rebelde no deseaba corregir

Una vez sentado el concepto, la doctrina medieval se preocupará de realizar una pormenorizada tipología de la contumacia, pudiendo en tal sentido distinguirse entre un contumaz verdadero frente a uno ficticio, y una contumacia expresa frente a otra tácita. El contumaz verdadero («*contumax verus*») se definía por el hecho de estar citado en legal forma (personalmente o en su domicilio) y por la existencia de una manifestación expresa por parte del acusado de no querer asistir al juicio («*nolo venire*»)(135), siendo así que esta contumacia era considerada la más grave(136), por lo que, asimilada a la confesión, llevaba aparejada la imposibilidad de que el rebelde pudiera recurrir en apelación la sentencia condenatoria(137). Frente a él, el contumaz ficticio («*contumax fictus*»), era el que, al haber sido citado no personalmente, sino en su domicilio (con lo que pudo recogerlo tercera persona) o mediante pregón público, cabía siempre plantearse la duda sobre si efectivamente había recibido o tenido conocimiento de la citación(138), siendo por ello que a este rebelde se le permitía apelar la sentencia, siempre que plantara el recurso en el plazo de diez días a contar desde la fecha en que tuvo conocimiento de la sentencia(139). Junto a lo anterior, como decimos, Baldo(140) establece una tipología consistente en distinguir entre contumacia tácita y expresa, siendo la primera una citación que llega al destinatario, aunque no fuera de forma directa personal, y la segunda reservada para los casos en los que existiera una manifestación clara y expresa de no acudir al juicio.

(«*quando ofensa est notoria, et iussus à iudice non vult emendare*»). Vid. ROSATE ALBERICI A., *Dictionarium ad utriusque iuris utriusque iuris facilitatem pertingere nitenti maxime necessarium, rugosum quod prius erat & obscurum, octingentis & amplius quibus scatebat mendis repurgatum splendet*, Lugduni, 1548, *Litera C*, voz «*contumacia triplex est*». Folios no numerados.

(135) Vid. UBALDI PERUSINI, B. (Baldo degli Ubaldi), *In VII, VIII, IX, X & XI Codicis Libros Commentaria*, cit., (§ *Ea quae*), F. 41 v., y 42. Aquí Baldo establecerá una distinción entre «*contumacia tacita et minor*» (no se era citado personalmente, pero se enteraba con posterioridad, lo que daba pie a poder apelar), una «*contumacia maior*» (el no citado, no podía apelar, salvo que se personara ante el juez) y una *contumacia máxima* (que es la que al ser citado, manifiesta expresamente su intención de no comparecer, lo que cerraba la puerta a cualquier apelación).

(136) «*Ratio est, quia ese verus contumax, seu vera contumacia, es delictum*», en palabras de Scaccia. SCACCIAE, S., *Tractatus de appellationibus*, Typographia Iacobi Mascardi, Romae, 1612, *Quaestio 17, Limitatio 3*, núm. 8, p. 466.

(137) *Ibidem*, *Limitatio 1 y 2*, pp. 464 y s.

(138) UBALDI PERUSINI, B. (Baldo degli Ubaldi), *In Primum, Secundum & Tertium Cod.*, cit. f. 137 v.

(139) En este sentido, SCACCIAE, S., *Tractatus de appellationibus*, cit., *Quaestio 12*, núm. 12 y remisión a núm. 162-167, pp. 230 y 258.

(140) UBALDI PERUSINI, B. (Baldo degli Ubaldi), *In VII, VIII, IX, X & XI Codicis Libros Commentaria*, cit., (§ *Consentaneum*), f. 43.

Para poder declarar en rebeldía al contumaz regía el principio acusatorio, en el sentido de que la contraparte tenía que expresamente solicitarlo, es decir, que era preciso que la parte compareciente «*expresse accuset eius contumaciam*»(141). Y así, una vez declarada la contumacia se producían unos efectos jurídicos que, en el orden civil, eran muy parecidos a los que se estipulaban en el Derecho romano, a los que antes hicimos referencia, y que en resumidas cuentas suponía la momentánea privación de la tercera parte de los bienes del demandado a favor del actor («*missio in possessionem ex primo decreto*») (142), privación que de persistir la rebeldía podría extenderse, ya de manera definitiva, a todo su patrimonio(143). Este mecanismo sancionatorio era el que, básicamente, regía también en el proceso penal(144), ya que después de que el primer decreto supusiera confiscar la tercera parte de los bienes del rebelde penal, éste era declarado «convicto y confeso», pudiendo ya confiscársele todos sus bienes tras pasar un año en rebeldía(145). Ahora bien, la declaración de confeso penal acarrea también la pena de infamia y la inhabilitación para dar testimonio en juicio, siendo que transcurrido un año podía recaer sobre él la sospecha de herejía(146), y tratándose de delitos menores, se preveía que si al regresar el rebelde, éste era absuelto, aun teniendo ya sus bienes confiscados, debería no obstante permanecer en prisión tanto tiempo como el que estuvo en rebeldía(147).

(141) Vid. SAXOFERRATO, B. DE, *Commentaria Corpus Iuris Civilis. In secundam codicis partem commentaria quibus praeter Alex. Barb. Seissell Pom. Nicelli & aliorum adnotationes & contrarietatum Conciliationes*, Augustae Taurinorum: apud Nicolaum Beulaquam, 1574, fols. 64 y 64 v. (Lib. VII, Rub. *Quomodo et quando iudex sententiam proferre debet*, Ley VIII, § *Qui semel*, núm. 1-2). MAINUS, J. DE, (Iasonis Mayni Mediol), *In primam (secundam) Codicis partem Commentaria*, Lugduni, 1581, f. 125 v.

(142) MARANTA R., *De ordine iudiciorum tractatus, vulgo speculum aureum, et lumen advocatorum*, Haeredes Iacobi Iuntae, Lugduni, 1557, Pars. VI, Rub. *De contumacia secundo membro iudicis*, núm. 10, f. 388: «Secunda poena quam patitur contumax est, quia patitur missionem in possessionem ex primo decreto».

(143) *Ibidem*, núm. 11, f. 388: Vid. SCACCIAE, S., *Tractatus de iudici causarum civilium, criminalium et haereticalium*, Sumptibus, haeredum Palthenianarum ex-Officina Hartmanni Palthenii, Frankfurt, 1618, Lib. I, cap. 96, 16, p. 300.

(144) Ampliamente, SCACCIAE, S., *Tractatus de iudici causarum civilium, criminalium...*, cit., Lib. I, cap. 97, («De processu contra reum contumacem in causis criminalibus»), núm. 1-202, pp. 309-375.

(145) Vid. MARANTA R., *De ordine iudiciorum tractatus...* cit., Pars. VI, Rub. *De contumacia secundo membro iudicis*, núm. 23, ff. 391 y s.

(146) *Ibidem*, núm. 33, f. 393.

(147) «Et si volverit reverti ad defendendum se debet dicere causa in vinculis, & si venit absolvendus causa principali, adhuc debet stare tanto tempore in carcere quanto tempore duravit in contumacia». *Ibidem*, f. 393.

Como vemos, para la doctrina medieval la contumacia o rebeldía es una «situación jurídica» que merece recibir una respuesta punitiva acorde con su gravedad («*quod crescente contumacia, debet crescere poena*»), sobre todo, por el hecho de la renuencia y perseverancia que le caracteriza («*Nam peccare humanum est, sed perseverare diabolicum est*»)(148), entendiéndose así que en los casos más graves («*contumax verus*») debe recibir la calificación de auténtico delito, y como tal ser castigada(149). Hemos de tener presente que todo este edificio doctrinal alzado por los autores medievales sobre el enjuiciamiento en contumacia fue cimentado sobre las bases aportadas, no solo por el Derecho romano, sino también por el Derecho canónico(150), dentro

(148) PISTOIA, C. DA, *Lectura super Codice*, Heinrich Eggstein, Strasbourg, 1475, Rub. *Quomodo et quando iudex*, § *Consentaneum*, núm. 1: «quod crescente contumacia, debet crescere poena. Nam peccare humanum est, sed perseverare diabolicum est».

(149) Si bien que Scacciae, cuando estudia la contumacia como delito (*An contumacia sit delictum*), luego de exponer las distintas opiniones al respecto sustentadas por otros autores, concluirá que solo la contumacia que impida o altere el procedimiento judicial debe tener la consideración de delictiva. SCACCIAE, S., *Tractatus de iudici causarum civilium, criminalium...*, cit., Lib. I, cap. 93 (*An contumacia sit delictum*), núm. 1, p. 288.

(150) Eso sí, al margen de determinadas prácticas que hundían sus raíces en los ancestros del Derecho germánico, como acontecía, por ejemplo, con la condena en rebeldía que llevaba a cabo el Tribunal de Justicia de la Santa Vehma, sobre todo a partir del siglo XIII, en, entre otros lugares, Westfalia, Tribunal que imponía tal terror que hacía que pocos valientes se atrevieran a comparecer a sus citaciones, lo que ocasionaba su implacable condena. Así nos lo describía el que fuera fiscal del Tribunal Supremo, Federico Melchor Lamanette: «Pocos eran, pues, los que acudían al verse citados, y si no comparecían al tercer llamamiento, se les tenía por confesos, y el conde pronunciaba contra ellos el anatema vehémico, concebido en estos términos: “Investido de toda la fuerza y poder real, le privo de todo derecho a la justicia y libertad que obtuvo al ser bautizado; le proscribo y entrego a las más crueles angustias. Le privo de los cuatro elementos que Dios ha creado para los hombres. Le declaro fuera de la ley, sin paz, honor, ni seguridad; de suerte que pueda ser tratado como un réprobo y un maldito, indigno de toda justicia o libertad, lo mismo en los castillos que en las ciudades y sitios sagrados. Malditas sean su carne y sangre. Que no encuentre jamás reposo sobre la tierra; que le atormenten los vientos; que las cornejas, cuervos y aves de rapiña le persigan y destrocen: entrego su cuello al dogal, su cuerpo a los buitres, y ¡que Dios se apiade de su alma!”. Profería el conde presidente por tres veces esa terrible maldición, escupiendo en cada una de ellas, acción que imitaban todos los jueces, y que simbolizaba la expulsión del condenado de la comunidad humana: después arrojaba al suelo el atado de cuerdas que tenía delante, rogando encarecidamente a todos los reyes, príncipes, caballeros y escuderos, condes y escabinos del Santo Imperio, que auxiliaran con mano fuerte al tribunal secreto, a fin de conseguir el castigo del culpable. Quedaba desde aquel instante entregado por do quier a la muerte el sentenciado. Millares de personas, cuya misión nada podía revelar, recorrían la Europa con el único objeto de traerlo a su perdición. No había sitio alguno que pudiera prestarle seguro asilo: todo juez franco estaba obligado a

del cual se dieron importantes pasos para afianzar los principios de contradicción y de audiencia(151), sobre todo en cuanto concibieron su inobservancia como una causa de nulidad(152). Sin embargo, hay que resaltar que la condena penal de los contumaces estaba permitida cuando así lo exigía la gravedad del delito cometido, como era el caso de la herejía, siendo que, por ejemplo, así se dispuso expresamente en la Decretal *Veritatis est verbum* de 1198 al afirmar que «*si procedetur per viam inquisitionis contra absentem contumaciter, etiam lite non contestata testes recipit possunt et sententia definitiva ferri, etiam per viam depositionis, si hoc meretur delictum*»(153).

prenderle donde le encontrara y a ahorcarle en el árbol más cercano, dejando luego clavado en el tronco un puñal, cuyo mango figuraba una cruz, para que todos supieran que no se había cometido allí un asesinato», LAMANETTE, F. M., *La penalidad en los pueblos antiguos y modernos. Estudio histórico*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877, pp. 71 y s.

(151) Ampliamente, al respecto, RÜPING, H., *Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren*, Duncker und Humblot, Berlin, 1976, pp. 15 y ss. PICARDI, N., «Audiatur et altera pars. Le matrici storico-culturali del contraddittorio», en *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, vol XLVII, núm. 1, 2003, pp. 7 y ss. VELO DALBRENTA, D., «Nemo inauditur damnare potest. Storia, metamorfosi, limiti del principio del contraddittorio nel proceso penale», en VV. AA. (a cura di Maurizio Manzini e Federico Puppo), *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 115 y ss. (esp. 118 y ss.). En español, de capital importancia, MONTES, P. J., *El crimen de herejía (Derecho penal canónico)*, Casa Editorial de M. Núñez Samper, Madrid, 1918, pp. 161 y ss., esp. 203 y s.

(152) Como bien resalta Andrés Santos (ANDRÉS SANTOS, F. J., «El principio de audiencia y el contradictorio en la historia del Derecho europeo», cit., p. 140), el precedente de los desarrollos de la canonística se encuentra en la conmixión de elementos jurídicos germánicos y romanos en la praxis estatutaria de las ciudades del norte de Italia desde mediados del siglo XII. Esta adoptó la distinción romana entre sentencias nulas, que no producen ningún efecto jurídico y no necesitan un proceso ulterior para determinar su invalidez, y sentencias defectuosas, y tomó del Derecho germánico la idea de la fuerza formal de la sentencia, según la cual para llevar a efecto la nulidad de una sentencia era necesaria una impugnación especial. A partir de esta unión se desarrolló en el siglo XII la institución independiente del «recurso de nulidad». Entre las causas materiales que se consideraban para el ejercicio de esa reclamación se encontraba el defecto de audiencia en el juicio, con lo que el requisito de la audiencia de las partes se convirtió en presupuesto de validez de la sentencia, lo que dio lugar al desarrollo de nuestra máxima hasta la época moderna. Al respecto, vid. PADOA SCHIOPPA, A., *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, vol. II (*I glossatori civilisti*), Giuffrè, Milano, 1970, pp. 44 y ss.

(153) *Decretales Gregorii IX Pont. Max.*, Lutetiae Parisiorum, 1561, Liber II, Tit. XIII (*De dolo & contumacia*), cap. VIII, p. 717.

II.3 La rebeldía en los textos y fueros medievales

Y esta semilla, trufada de germanismo, arraigó profundamente en los ordenamientos medievales de diversos países, aun yendo no solo contra el principio general del Derecho romano clásico, sino incluso contra las propias tradiciones jurídicas nacionales. Así, por ejemplo, aconteció en Francia desde al menos el siglo XIV, siendo prueba de ello los casos recogidos en el Registro de Saint-Martin des Champs de París referidos a Girard de Neelle (1349) y Jehan Millon (1353)(154), quedando desde ese momento el procedimiento por contumacia francés vertebrado en dos fases (siendo la primera la que exigía hasta tres citaciones), que luego sería abreviado en la Ordenanza de 1539 (arts. 24 y s.)(155).

Por lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere hay que tener presente que el elemento germánico introducido por la invasión visigoda tuvo gran importancia en el Derecho y el proceso penal, como marcadamente señalara Eduardo de Hinojosa en su inmortal monografía(156), quedando su impronta muy marcada en los Fueros y textos medievales, debiendo en tal sentido subrayarse que el proceso penal germánico admitía, con una mayor amplitud que el Derecho romano, el enjuiciamiento en ausencia(157), permitiendo incluso la imposición al contumaz de penas capitales, y siendo precisamente ello

(154) Vid. TANON, L., *Registre criminel de la Justice de St. Martin des Champs, a Paris au XIV siècle*, Léon Willem Éditeur, Paris, 1887, pp. 210 y ss. (véase también, pp., cv-cvii). Asimismo, ESMEIN, A., *A History of Continental Criminal Procedure: With Special Reference to France*, translated by John Simpson, Little, Brown and Company, Boston, 1913, p. 162 y s. De este mismo autor, *Historie de la Procédure criminelle en France, et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII.^e siècle jusqu'à nos jours*, L. Larose et Forcel, Paris, 1882, pp. 154 y ss.

(155) Vid. ESMEIN, A., *Ibidem*, p. 163. Sobre este Ordenanza ampliamente, ESMEIN, A., *Historie de la Procédure criminelle en France...* cit., pp. 138 y ss.

(156) En tal sentido afirmarí el prestigioso historiador: «Esto se desprende del hecho de que desde el siglo IX (del cual datan los monumentos jurídicos más antiguos, posteriores a la invasión árabe, que tienen alguna importancia), se muestra la *influencia germánica en las esferas del derecho procesal y penal con sorprendente vigor*. En verdad, admira que la población de España, que tan romanizada estaba y en que rigió el derecho romano hasta Recesvinto, abandonara por completo su derecho tradicional adoptando instituciones del pueblo vencedor tan radicalmente distintas de las suyas. Es este uno de los ejemplos más convincentes del vigor que el derecho germánico ha mostrado en el curso de la Historia» (la cursiva es mía). HINOJOSA Y NAVEROS, E. DE, *El elemento germánico en el Derecho español*, Junta para la Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas (Centro de Estudios Jurídicos), Madrid, 1915, p. 11.

(157) Subrayando este dato diferenciador, por todos, DIENA, M., *Della procedura in contumacia nelle causa correzionali...* cit., p. 9 y ss.

lo que motivó que en la regulación que se realizara en el Fuero Real y en las Partidas solo se prevea el enjuiciamiento en rebeldía, precisamente, para las causas seguidas por delitos castigados con pena de muerte. El elemento germánico, en este aspecto, había desplazado a la tradición romana.

Así acontecía, en efecto, en el *Fuero Real*(158), en donde para los delitos de homicidio o de cualquiera otros castigados con pena de muerte («*en qué manera deben proceder los Jueces, contra el que fuere acusado sobre muerte, ó otra cosa que merezca pena de muerte*»), se establecía un complicado régimen, en donde se diferenciaba si el inculpado se hallaba (estaba «*raygado*») o no en la jurisdicción territorial del juez competente, de hasta tres sucesivas citaciones, con correlativas consecuencias a la falta de comparecencia en cada una de ellas, que iban desde el embargo de todos sus bienes al pago de multas procesales y costas, hasta finalmente terminar declarando al rebelde como culpable («*fechor*») del delito cometido, con la consiguiente imposición de la pena de muerte. Con razón se ha dicho(159) que esta rigidez y marcado tecnicismo frente a las previsiones previstas para el proceso civil estaban justificadas por la gravedad del hecho, entendiéndose que, si se quebrantaba la prisión preventiva prevista como norma general para estos casos, se ponía en marcha inmediatamente un detallado proceso en rebeldía con el que se pretendía evitar la impunidad del rebelde. En la misma línea, las *Partidas* abundarían en la posibilidad de que el rebelde, luego de las preceptivas citaciones, pudiera ser apresado por cualquiera, para así ponerlo a disposición de la autoridad judicial, siendo que si, pese a todo, ello no fuera posible, el juicio se celebraría en su ausencia hasta recaer la oportuna sentencia(160). Vemos pues, que como subraya la mejor doctrina(161), la rebeldía o contumacia en el Derecho castellano bajomedieval, según el modelo recibido del *Ius Commune*, consistía en la continuación del proceso a espaldas del rebelde y con

(158) *Fuero Real*, Libro II, Título III, Ley IV: «*En qué manera deben proceder los Jueces, contra el que fuere acusado sobre muerte, ó otra cosa que merezca pena de muerte. Vid. Los Códigos españoles, concordados y anotados, tomo I, Imprenta de la Publicidad a cargo de D. M. Rivadeneyra, Madrid, 1847, pp. 363 y s. En el mismo sentido, Fuero Real, Libro II, Título VIII, Ley III (Ibidem, pp. 366 y s.).*

(159) RAMOS VÁZQUEZ, I., «El proceso en rebeldía en el Derecho castellano», en *Anuario de Historia del Derecho español*, tomo LXXV, 2005, p. 736.

(160) Partida VII, Título I, Ley XVIII: *Vid. Los Códigos españoles, concordados y anotados, tomo IV, Imprenta de la Publicidad a cargo de D. M. Rivadeneyra, Madrid, 1848, p. 273.*

(161) RAMOS VÁZQUEZ, I., «El proceso en rebeldía en el Derecho castellano», cit., p. 737.

sus garantías procesales mermadas, hasta la conclusión del mismo, estableciéndose, en todo caso, una cierta presunción de culpabilidad del acusado.

II.4 La «revitalización» de la rebeldía en la Monarquía absoluta

Sin embargo, en la Edad Moderna las previsiones que sobre la rebeldía penal se hallaban contempladas en los citados textos bajomedievales se alzaron insuficientes, sobre todo en cuanto a su limitación a las causas y delitos castigados con pena de muerte, y ello debido, fundamentalmente, al exponencial crecimiento de la rebeldía que el severo régimen penal de la Monarquía absoluta producía. Y es que, en señeras palabras de Tomás y Valiente, «lo mejor que podía hacer un ciudadano cuando se veía envuelto como sujeto principal o secundario de una causa penal, era huir»(162), pues «desde luego, la legislación castellana colocaba al reo rebelde en inferioridad de condiciones, pero pese a todo convenía evadirse, aun con la certeza de que ello casi equivalía a obtener una sentencia condenatoria, porque el rebelde sabía que al cabo del tiempo podía presentarse a la justicia y tramitar el indulto con grandes probabilidades de éxito, o bien cambiar de nombre, oficio y domicilio y provocar echar tierra sobre su proceso»(163).

Esta necesidad de *revitalizar la rebeldía* debe enmarcarse en un fenómeno más amplio que vive el proceso penal a partir del siglo XVI, cuando los fines perseguidos por el mismo trascienden con mucho a la mera realización de la justicia. Y es que, en efecto, el proceso penal, en primer lugar, se alzaría como un elemento ideológico vertebrador de la unidad monárquica(164), siendo que mediante él el monarca «se

(162) TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglo XVI, XVII y XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969, p. 183. Y es que: «el proceso penal se nos muestra como una sorda lucha entre oficiales y jueces, por una parte, y los reos por otra. Unos y otros esgrimían un extenso repertorio de armas vagamente fundadas en la ley, pero de comprobada eficacia práctica. Quien podía más, vencía. Lo de menos en muchísimos casos era el esclarecimiento de la verdad, la consiguiente aplicación de la ley y la aceptación por el culpable de la justa condena. Lo decisivo era el interés egoísta de jueces y escribanos, y del lado de los culpados su astucia o picardía de profesionales de la delincuencia, o sus caudales, influencia en la corte y rango personal. El personaje más débil en estas contiendas solía ser el reo que no era profesional de la delincuencia ni pertenecía a estamento o grupo privilegiado: cuando en los autos aparecen acusados que reúnen estas características, el lector puede estar casi seguro de que serán condenados».

(163) *Ibidem*, p. 184.

(164) Y es que, en efecto, «desde la Baja Edad Media la historia del proceso reflejó como pocas instituciones el fenómeno de fortalecimiento del poder regio y la gradual centralización y concentración de funciones en sus manos. Es más (porque al

hacía presente» en la vida cotidiana de sus súbditos(165). Y a ello se habría de añadir un fin utilitarista que va a condicionar la propia configuración del proceso. Ahora la condena penal sería definitivamente concebida como una fuente de ingresos y de fuerza de trabajo, pues «interesaba la imposición de penas que supusieran recursos para la Hacienda regia, brazos para remar en las galeras reales, soldados para nutrir las filas del ejército o mano de obra para las construcciones públicas»(166).

Es evidente que el «nuevo proceso penal» de la Monarquía absoluta, «tan necesitado de condenas», había de revestirse de una agilidad y eficacia en el que el juicio en rebeldía debería jugar un papel fundamental. Ahora la condena del contumaz podrá ser por cualquier delito, si bien que se establecerán ciertas diferencias en función a la gravedad de los hechos que debían ser conocidos por cada tipo de tribunal, distinguiéndose así tres modos de proceder en contumacia: conforme al «estilo» de las ciudades, villas y lugares, de acuerdo al de la Corte y Chancillería, y finalmente al estilo de los pesquisidores(167), estable-

hablar de reflejar podemos entender que fue solo una de sus consecuencias), contribuyó poderosamente al mismo, convertido en uno de los principales instrumentos de acción del poder regio, un poder que hacía de la realización de la justicia su propio fundamento y legitimación de las facultades que recababa con carácter exclusivo». ALONSO ROMERO, M. P., «El proceso penal en la Castilla moderna», en *Estudis. Revista de Historia Moderna*, núm. 22, 1996, p. 200.

(165) «Al hacerse así presente día a día el poder del rey a través de los procesos, cumplían también éstos otro objetivo nada desdeñable desde esta misma perspectiva, un objetivo que podríamos calificar de “propagandístico”. Para aquellas gentes, el mejor “escaparate del Rey”, era, sin duda, la administración de justicia. (...) El proceso era, pues, espejo del rey justiciero, implacable, que castigaba a quien cometía un delito, pero también reflejo de su misericordia, de su comprensión hacia las debilidades humanas, de su poder de perdonar, la otra cara del Rey. Justicia y gracia fueron los dos ojos indisociables del poder regio, imprescindibles en aquel mundo de privilegio al que servía y sobre cuya hábil alternancia descansaba en buena medida la eficacia de aquel sistema punitivo. Para que ambos relucieran, se necesitaban recíprocamente; solo conociendo el castigo podía apreciarse el alcance del perdón (...). *Lo importante era que el Rey se notara*» (la cursiva es mía). ALONSO ROMERO, M. P., «El proceso penal en la Castilla moderna», cit., pp. 203 y s.

(166) *Ibidem*, p. 204: Más ampliamente, de la misma autora, ALONSO ROMERO, M. P., «Aproximación al estudio de las penas pecuniarias en Castilla (siglo XIII-XVIII)», en *Anuario de Historia del Derecho español*, tomo LV, 1985, pp. 9 y ss.

(167) «Y el proceso de estos es conforme a derecho, y estilo de las ciudades, villas y lugares destos Reinos y señoríos de sus Majestades. Y el segundo proceso en rebeldía, es al estilo de corte y chancillerías. Y el otro tercero, al estilo de los pesquisidores que su Majestad y los señores de su real consejo envían a pesquisas, sobre delitos que se ofrecen en sus reinos». MONTERROSO Y ALVARADO, G. DE, *Practica civil y criminal e instruccion de scriuanos*, Imp. Francisco Fernández de Cordoua, Valladolid, 1563, Quarto Tractado (De las causas criminales), f. 58.

ciendo, no obstante, todos ellos, un esquema similar de tres sucesivas citaciones y pregones, si bien que si en la justicia ordinaria de las ciudades impartida por jueces o alcaldes municipales cada uno de los tres plazos eran de nueve días, en el procedimiento seguido ante los alcaldes de la Corte o de las Chancillerías(168), o ante los jueces pesquisidores, dichos plazos se reducían a tres días por citación, llegando un momento incluso que Felipe II, en el año 1564, a fin de agilizar los trámites de las rebeldías que se siguieran en los tribunales superiores, ordenó que, para concluir los procedimientos en los Consejos y en las Audiencias, no se esperara a la última citación en rebeldía, bastando con la primera, es decir, pudiendo declararse rebelde transcurridos solo tres días desde la citación inicial(169), normas particulares de agilización que se dieron en diversas ocasiones, como por ejemplo, para permitir, pese a la prohibición que al respecto figuraba en las Partidas(170), el anuncio de recompensas para los que acusaren o manifestaren al rebelde, o para anudar directamente la condena a la declaración de rebeldía, como sucedió en la Pragmática que contra el bandidaje dictó Felipe IV en 1663(171).

(168) Estos plazos abreviados fueron acordados por los Reyes Católicos en Ley núm. 40 aprobada en las Cortes de Toledo en el año 1480. Véase *Novísima Recopilación*, Libro XII, Título XXXVII, Ley II., en *Los Códigos españoles, concordados y anotados*, tomo X, Imprenta de la Publicidad a cargo de D. M. Rivadeneyra, Madrid, 1850, p. 143.

(169) En tal sentido, véase, DE LAS HERAS SANTOS, J. L., *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Universidad de Salamanca, 1991 (Reimpresión 1994), p. 188.

(170) Efectivamente la *Partida* VII, Título I, Ley II, referida a las personas que podía acusar, negaban ello a, entre otros (a la mujer, al «moco» menor de catorce años, al pobre, al condenado por falso testimonio...), al «que rescibiera dineros por que acusasse a otro». Vid. *Los Códigos españoles, concordados y anotados*, tomo IV, Imprenta de la Publicidad a cargo de D. M. Rivadeneyra, Madrid, 1848, p. 257.

(171) Según Ramos Vázquez, «Acuciado entonces por los problemas que le causaban los numerosos asaltantes y bandidos que asolaban los caminos del país, el monarca decidió dictar una feroz pragmática para la represión de los mismos, estableciendo entre otras cosas *que qualquiera persona de qualquier estado, i condicion que sea, pueda libremente ofenderlos, matarlos, i prenderlos, sin incurrir en pena alguna, trayéndolos vivos, ó muertos ante los Jueces de los distritos*. En este caso, absolutamente original de la legislación española, no solo se permitía el apresamiento de reos por particulares ajenos a la administración de justicia, sino que además se excluían todas las condiciones impuestas en otros casos para ello. Siempre que el nombre de los bandidos coincidiese con los publicados por bando municipal, los particulares estaban legitimados para *prenderlos, o matarlos libremente: i según fuera la atrocidad, i calidad de las culpas, i delitos, en que hayan sido culpados*». RAMOS VÁZQUEZ, I., «La represión de los delitos atroces en el Derecho castellano de la Edad Moderna», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso. Chile), núm. 26, 2004, p. 268.

II.5 Reglamentación del procedimiento contumacial en el siglo XVI

Con independencia de ello, como hemos dicho, el procedimiento contumacial tenía ya en el siglo XVI una estructura y reglamentación bien definida, las cuales hundían sus raíces en las previsiones que al respecto se contemplaron dos siglos y medio antes, tanto en el *Espéculo* como en las *Partidas*(172), y que quedarán aquilatadas por los Reyes Católicos en el capítulo XIII de las *Ordenanzas de Alcalá* de 1503, que luego de diversas ratificaciones, como la realizada en 1566 por Felipe II, serían recogidas un año después en la *Nueva Recopilación* (Ley IV, Título X, Ley III)(173). Iniciado el procedimiento con el dictado del auto de prisión, el aguacil debía de dar fe ante el escribano del tribunal del hecho de haber ido a buscar al reo a su casa y a todos los lugares públicos que frecuentara, siendo el resultado de todo ello infructuoso, siendo entonces cuando el juez ordenaba que se procediera al primer llamamiento mediante pregones, pudiendo ya ordenar que se prestara fianza mediante el secuestro de sus bienes(174), fijando un emplazamiento del ausente de nueve o tres días, según ante la autoridad judicial en que se seguía la causa, como antes vimos, «requisitoria» ésta que se exponía en la puerta de la Audiencia o Juzgado que la emitía y en la que, señalando el nombre de la persona y del delito del que se le acusaba, se le ordenaba su presentación en la cárcel en el plazo indicado, siendo que su primer incumplimiento suponía que al reo se le imponía la llamada pena de «desprez», que como su propio nombre indica era merecedora por el «desprecio» que el ausente manifestaba a la requisitoria(175), pena que, además del

(172) *Partida* III, Tít. XVIII, Ley CVIII: Vid. *Los Códigos españoles, concordados y anotados*, tomo III, Imprenta de la Publicidad a cargo de D. M. Rivadeneyra, Madrid, 1848, pp. 246 y s. *Especulo*, Libro V, Tit. I, Ley X Vid. *Los Códigos españoles, concordados y anotados*, tomo VI, Imprenta de la Publicidad a cargo de D. M. Rivadeneyra, Madrid, 1849, p. 132.

(173) De donde pasaría a la *Novísima Recopilación*, Libro XII, Título XXVII (*Del procedimiento contra reos ausentes y rebeldes*), Ley I (*Nueva orden de proceder contra los reos ausentes y rebeldes*). Vid. *Los Códigos españoles, concordados y anotados*, tomo IV, Imprenta de la Publicidad a cargo de D. M. Rivadeneyra, Madrid, 1850, pp. 134 y s.

(174) Un mayor detalle del procedimiento que estamos exponiendo puede verse en RAMOS VÁZQUEZ, I., «El proceso de rebeldía en el Derecho castellano», cit., pp. 748 y ss.

(175) En este sentido, en el *Diccionario* de Andrés Cornejo, se dice: «Desprez: La omisión, ó falta en la que incurre el delinquente llamado por edictos, y pregones en no comparecer ante el Juez que le llama, á cuyo hecho se da este nombre por el desprecio que hace de su mandato. Compónese de la preposición *des*, y dicción *prez*,

embargo de los bienes, si es que éstos ya no se hubieran secuestrado con anterioridad, quedó fijada desde 1502 en la cantidad de sesenta maravedís. Dictado un segundo pregón y emplazamiento, su nuevo incumplimiento sería castigado con una nueva pena, la «pena del *homecillo*», reservada para los casos en los que el delito del que se le acusaba al reo ausente fuera de los castigados con la pena de muerte (176), y que desde el antes citado año de 1502 venía cuantificada en seiscientos maravedís. Sería finalmente la incomparecencia al tercer emplazamiento o pregón, fuera de tres o nueve días, lo que permitiría al juez el dictar un nuevo auto en el que se producía ya la formal acusación en rebeldía, dando una última oportunidad al rebelde para que compareciera en tres días, siendo que pasados y, por tanto, persistiendo la contumacia, se daba el pleito por concluso y el juez lo recibía a prueba por el término previsto para las causas civiles, practicándose así el juicio en rebeldía.

En este juicio, la rebeldía no se entendía como una *ficta confessio*, sino que podríamos decir que se producía una presunción *iuris tantum* de culpabilidad, en el sentido de que la misma podía ser desvirtuada con la prueba que en el juicio se practicara, previéndose así que el propio juez debía de informarse de oficio de la posible inocencia del

honor, y estimación que juntas valen lo mismo que contra honor. A éste falta el que vulnera los preceptos de la Justicia, por cuyo motivo se le condena en rebeldía en la pena que está estimada por su desprecio, denominada por esto *pena del desprez*». CORNEJO, A., *Apéndice al Diccionario Histórico y Forense del Derecho Real de España*, tomo II, Impresor Joaquín Ibarra, Madrid, 1784, p. 203. Por su parte, un siglo después en el *Diccionario Razonado* de Escriche leemos: Desprez: «Palabra anticuada que significa desprecio, y se usa para denotar la rebeldía del acusado que siendo llamado por edictos y pregones no se presenta en el tribunal. Llámase desprez esta rebeldía porque se supone que el emplazado que no acude desprecia el edicto en el que se le cita; y por este desprecio se le impone la pena llamada de desprez, que en lo antiguo era de sesenta maravedises y en el día es arbitraria». ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense (o sea, Resumen de las leyes, usos, prácticas y costumbres, como asimismo de las doctrinas de los jurisconsultos)*, Imprenta de J. Ferrer de Orga, Valencia, 1838, p. 175.

(176) Esta pena traía causa de la conocida con el mismo nombre en el *Fuero de León* (1017) y en el *Fuero Viejo de Castilla* (1248 y 1356) que se imponía a los pueblos en los que, habiendo acaecido un homicidio, no aparecía su autor. Así se expresa en el *Diccionario* de Bastús: «*Homecillo*, corrupción de homicidio. Según vemos en el *Fuero de León* y en el *Fuero Viejo de Castilla*, el *homecillo* era una pena impuesta a los pueblos en donde acaecía una muerte violenta si no parecía el agresor. Los herederos del muerto, sus parientes o sus siervos pedían a la autoridad que se enmendase o castigase aquel delito; y si practicadas las oportunas diligencias no se hallaba el delincuente, obligaba el Merino al pueblo a que pagara el *homecillo*. La cantidad que debía satisfacer era mayor o menor según el carácter o la calidad del muerto». BASTÚS, J., *Suplemento al Diccionario Enciclopédico*, Imprenta de Roca, Barcelona, 1833, p. 319.

rebelde, amén de poder contarse, al menos teóricamente, con un Defensor, normalmente un familiar, que se hacía cargo (aunque no era un procurador nombrado por el rebelde) de su defensa, o de un «Escusador», que podía intentar persuadir al juez de la existencia de causas que justificaran la ausencia y que propiciaran el sobreseimiento de la causa(177). Practicada la prueba y dictada la sentencia(178), ésta no se haría ejecutiva hasta transcurrido un año(179), pasado el cual se procedía, respecto a las penas pecuniarias y a las costas, a detraerlas de los bienes que durante la instrucción de la causa fueron secuestrados al reo ausente, para lo cual, si no se hubieron vendido con anterioridad, se ponían a la venta en pública almoneda, en un plazo de treinta días(180).

(177) Decimos «teóricamente» porque Fernández de Herrera nos dirá que estas previsiones no eran práctica habitual, en especial en los delitos perseguidos por la Santa Hermandad (en donde expresamente estaban prohibidas por Ley dada en Córdoba por los Reyes Católicos el 7 de julio de 1476 –*Nueva Recopilación*, Lib. VIII, Título XIII, Ley IX–), al entenderse suficiente con la tutela que de oficio el juez realizaba del ausente, y sobre todo, por el hecho de que no se trataba de un juicio ejecutivo, siendo que en éste sí era preceptiva la audiencia del condenado. FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLARROEL, G., *Práctica criminal, Instrucción (nuevo útil) de substancias las causas*, Imprenta de Don Gabriel del Barrio, Madrid, 1724, pp. 267 y s. En este sentido, es significativo que Alonso Romero afirme no haber podido constatar la efectiva intervención del defensor o del excusador en ninguno de los procesos por ella estudiados. ALONSO ROMERO, M. P., *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Universidad de Salamanca, 1982, pp. 176 y s.

(178) Hasta ese momento el rebelde podía comparecer ante el Tribunal o la cárcel, en cuyo caso, una vez pagadas las penas de *desprez* (y en su caso del *homecillo*) y las costas generadas, podría ser escuchado, con las pruebas de descargo que quisiera presentar, siendo válido todo lo actuado procesalmente hasta ese momento.

(179) En el siglo XVIII Felipe V (por Pragmática dada en Madrid los días 16 y 27 de enero de 1716 –*Nueva Recopilación*, Libro VIII, Título VIII, Auto 1–) rebajaría este plazo a dos meses para las sentencias condenatorias en ausencia por delito de duelo o desafío.

(180) Ampliamente, comentando todo el procedimiento del enjuiciamiento en rebeldía que, resumidamente, hemos expuesto, pueden verse: VILLADIEGO VASCUÑADA Y MONTAYA, A. DE, *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de Corte y otros ordinarios del Reino*, Impr. Luis Sánchez, Madrid, 1612, ff. 69 v., y ss.; DOMÍNGUEZ VICENTE, J. M., *Ilustración y continuación a la Curia Filípica (de Juan de Hevia Bolaños)*, tomo I, Imprenta de Don Gerónimo Ortega e Hijos de Ibarra, Madrid, 1790, pp. 358 y ss.; HEVIA BOLAÑOS, J. DE, *Curia Philípica*, Primero y segundo tomo, Oficina de Ramón Ruiz, Madrid, 1797, pp. 237 y ss.; VILANOVA Y MAÑES, S., *Materia criminal forense, o Tratado muy teórico y práctico, de los delitos y delincuentes en género y especie, para la segura y conforme expedición de las causas de esta naturaleza*, tomo II, Imprenta de Don Tomás Alban, Madrid, 1807, pp. 55 y ss.; SIÑERIZ (Y TRELLES), J. F., *Compendio de Derecho real de España extractado de la obra del Doctor Juan Sala (Bañuls)*, Imprenta de Don Pedro Sanz, Madrid, 1829, pp. 227 y s.; GUTIÉRREZ, J.

II.6 Las críticas desde la Ilustración y la Escuela clásica

Estas previsiones normativas del enjuiciamiento del rebelde penal, estuvieron, con distintas matizaciones(181), vigentes hasta bien entrado en siglo XIX, no siendo por ello extraño que, en tan dilatada aplicación, no faltaran voces que se alzaron en favor de los derechos procesales del rebelde. En este sentido, podríamos traer aquí a nuestro recuerdo los comentarios que Voltaire realizó en 1766 al *Dei delitti e delle pene* de Cesare Bonesana, el Marqués de Beccaria(182), en cuyo capítulo XXII, dedicado a «los procedimientos criminales y algunas otras formas», luego de exaltar al procedimiento penal romano, al que califica de noble, franco y magnánimo («*Certe procédure était noble & franche, elle respirait la magnanimité Romanine*»)(183), el ilustrado galo dirá: «si se trata de un crimen, el acusado no puede tener un abogado, por consiguiente no tiene más recurso que el de la huida; esto es lo que todas las máximas de la justicia le aconsejan; pero si se escapa, se expone a ser condenado, sea que el crimen haya sido probado o no. De modo que un hombre a quien se le pide algún dinero, no puede ser condenado por contumacia a menos que la deuda sea probada; pero cuando se trata de la vida, se puede condenar por contumacia, aunque el crimen no haya sido aún probado. ¡Cómo! ¡La Ley habría hecho más caso del dinero que de la vida! ¡Oh jueces!, consultad al piadoso Antonino y al buen Trajano; ambos prohíben el que un ausente pueda ser condenado»(184).

M., *Práctica criminal de España*, tomo I, 5.^a ed., Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid, 1828, pp. 347 y ss.; DE ALVARADO Y DE LA PEÑA, S., *Novísimo manual de Criminalística o sea breve Práctica criminal*, Imprenta de Tomás Jordán, Madrid, 1832, pp. 34 y ss.

(181) En este sentido, hemos de señalar que la misma fue modulada en ocasiones por reglamentaciones localistas que pretendieron dar puntual respuesta a problemas concretos. Sería, por ejemplo, el caso de la *Pragmática de los procesos de ausencia*, dada por Felipe IV el 29 de agosto de 1625, para el reino de Mallorca. Sobre dicha pragmática, ampliamente, PLANAS ROSSELLÓ, A., «El proceso penal en rebeldía en el Derecho histórico de Mallorca. La Pragmática de procesos en ausencia de 1625», en *Memòries de la Reial Acadèmia Mallorquina d'Estudis Genealògics, Heràldics i Històrics*, núm. 25, 2015, pp. 105 y ss., esp. pp. 112 y ss. (en pp. 123-125, se reproduce el texto de la citada Pragmática).

(182) VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des délits et des peines, Par un Avocats de Province*, s.l., 1766.

(183) *Ibidem*, p. 109: «Entre los romanos se oía a los testigos en público y en presencia del acusado, que podía responderles, interrogarles él mismo u oponerles un abogado. Este procedimiento era noble, franco y respiraba la magnanimidad romana. Entre nosotros todo se hace en secreto».

(184) *Ibidem*, pp. 112 y ss. Obsérvese lo inexacto de la remisión a Trajano pues, como ya vimos, fue en su conocido rescripto en donde, precisamente, se previó

El mismo recelo encontraremos en los más prestigiosos representantes de la Escuela clásica del Derecho penal, que entenderán necesaria la presencia del acusado para poder llevar a cabo una efectiva defensa en el juicio penal. Así Carrara afirmará que la persona del reo se alza en el plenario como algo absolutamente indispensable, pues un juicio «no puede ser un dardo lanzado al viento, sino que se necesita que se dirija contra alguien» («*un giudizio non può essere un dardo lanciato al vento, ma bisogna che sia diretto contro qualcuno*»), calificando de ilógico e inhumano el que se pueda concluir el proceso sin la participación directa de la persona contra el que éste se dirige(185), entendiendo que la comparecencia del reo siempre ha de ser en persona, dado que «*il diritto della difesa è nelle materia penali inalienabile*»(186).

II.7 El siglo XIX. La larga senda hacia el juicio oral

Pese a ello, lo cierto es que el procedimiento contumacial diseñado en los albores de la Edad Moderna, sobrevivió a la Ilustración(187) y estuvo vigente, como hemos dicho, hasta bien entrado el siglo XIX(188), cuando la Codificación vino a hacer desaparecer aquella vetusta reglamentación, con sus penas de *desprez* y del *homecillo*, y la sustituyó por un procedimiento que se presenta como el antecedente directo del que conocemos hoy en día en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este sentido, y teniendo como antesala lo

la posibilidad de condenar a ausentes a penas no graves.

(185) CARRARA, F., *Programma del Corso di Diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa*, Parte generale, 3.^a ed., Tipografia Giusti, Lucca, 1867, § 829, p. 496.

(186) *Ibidem*, § 872, p. 526.

(187) Como prueba de ello baste decir que, en el primer intento serio de codificación penal española, influido por ideas ilustradas, esto es, el Plan de Código criminal de 1787, elevado a Floridablanca, se acoge (parte III) la tradicional regulación del enjuiciamiento al rebelde (penas de *desprez* y *homecillo*, incluidas). Al respecto, véase CASABÓ RUIZ, J. R., «Los orígenes de la Codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXII, núm. 2, 1969, pp. 313 y ss., esp. pp. 329 y ss.

(188) Todavía el Código penal de 1822 preveía juzgar a los rebeldes, ejecutándose las penas a ellos impuestos en sus bienes, siendo no obstante que para ejecutar las penas corporales se exigía juzgarlos de nuevo. Art. 141: «El reo prófugo o ausente de cualquier otro modo, que con arreglo al Código de procedimientos fuere declarado rebelde y contumaz, será juzgado en ausencia y rebeldía, y la sentencia última que recayere se ejecutará desde luego en sus bienes en cuanto a las condenaciones pecuniarias, conforme a lo que se dispone en el mismo Código».

dispuesto en el Código Penal de 1822(189), será de capital importancia el principio sentado el artículo 12 del «Reglamento Provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real jurisdicción ordinaria» de 1835, según el cual «a ningún procesado se le podrá nunca rehusar, impedir ni coartar ninguno de sus legítimos medios de defensa, *ni imponerle pena alguna sin que antes sea oído y juzgado con arreglo a derecho por el juez o tribunal que la ley tenga establecido*»(190). Este reglamento, suscrito por el ministro de Justicia Manuel García Herreros, es el más importante de los aprobados en la época en lo que a la Administración de Justicia en general se refiere(191), siendo de ello dato significativo que Álvaro Gómez Becerra, Ministro de Gracia y Justicia que tomaría posesión tan solo dos días después de su promulgación, lejos de entorpecer su vigencia, elevó a las Cortes un Proyecto de Ley confirmándolo, y lo defendió de muchas de las críticas sobre él vertidas desde un corporativismo judicial mal entendido, promulgando circulares e instrucciones tendentes a su efectiva aplicación por todos los tribunales(192), siendo que para

(189) Como decíamos en la anterior nota, efectivamente, el Código de 1822 exigía que el rebelde que fuera condenado a penas corporales o infamatorias tuviera que ser, una vez habido o presentado, de nuevo juzgado, disponiendo en tal sentido el artículo 143: «Pero en cuanto a las penas corporales o infamatorias, o a cualquiera otras que se impongan en dicha sentencia, nunca se ejecutarán sino después de oír al reo, admitirle sus excepciones, y juzgarle de nuevo a su presencia si fuere aprehendido o se presentare».

(190) Real Decreto de 26 de septiembre de 1835. *Gaceta de Madrid*, núm. 282, 4 de octubre de 1835, p. 1117. También puede verse en: NIEVA, J. M. DE, *Decretos de la Reina Nuestra Señora Doña Isabel II, dados en Su Real Nombre por Su Augusta Madre la Reina Gobernadora, y Reales Órdenes, Resoluciones y Reglamentos generales expedidos por las Secretarías de Despacho universal desde el 1.º de enero hasta fin de diciembre de 1835*, tomo XX, Imprenta Real, Madrid, 1836, p. 399. También, *Reglamento Provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real jurisdicción ordinaria*, Imprenta de Santalo, Canalejas y Compañía, Córdoba, 1836, p. 5. Más modernamente, PELÁEZ DEL ROSAL, M., *Legislación orgánica y de Administración de Justicia*, tomo I, ed. del autor, Barcelona, 1974, p. 104.

(191) Resaltando este dato, por todos, LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la codificación española, I (Organización judicial)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998, p. 21.

(192) Al respecto, ampliamente, OCAMPO, A. G., «Memoria relativa a los principales actos del Excmo. Sr. D. Álvaro Gómez Becerra como ministro de Gracia y Justicia en 1835 y 1836, escrita por el mismo y encontrada después de su fallecimiento, ocurrido en 1855», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 48, 1876, pp. 107 y ss., y 185 y ss. Este mismo autor le dedicaría a Gómez Becerra su artículo «Apuntes biográficos del Excmo. Sr. D. Álvaro Gómez Becerra», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 46, 1875, pp. 350 y ss. Prueba de su aplicación sería su inclusión en MARTÍN CARRAMOLINO, J., *Método actual de la sustanciación civil y criminal en la Jurisdicción Real ordinaria (o Compilación lógica y metódica por el orden de materias, y de las atribuciones de cada funcionario en la*

colmar algunas de sus lagunas(193), en materia de enjuiciamiento criminal, se dictaron sucesivas disposiciones(194). Siguiendo así la estela marcada por el Reglamento provisional de 1835, y de su singular importancia para la vertebración de un nuevo proceso penal(195), se promulga en 1850 una «Ley provisional reformada, prescribiendo reglas para la aplicación de las disposiciones del Código Penal»(196), anexa a la versión del Código Penal aprobada ese año(197), y el 11 de abril de 1868 se autoriza por Ley al Ministerio de Gracia y Justicia

administración de justicia, que comprende todos los procedimientos judiciales, dictados ó restablecidos desde la publicación del Reglamento provisional de 1835 hasta fin de diciembre de 1838), 2.^a ed., Imprenta del Colegio de Sordomudos, Madrid, 1839, art. 160, p. 64.

(193) Sobre los aspectos positivos y defectos concretos de este Reglamento, en términos generales, puede verse, VICENTE Y CARAVANTES, J. DE, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, tomo I, Imprenta de Gaspar y Roig, Editores, Madrid, 1856, p. 93 y ss.

(194) Así, por todas: Real Decreto de 17 de octubre de 1835, «mandando que las causas contra eclesiásticos por delitos atroces se formen desde el principio, sustancien y fallen por los jueces y tribunales Reales», *Gaceta de Madrid*, núm. 297, de 19 de octubre de 1835, p. 1177; Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, «relativo á la sustanciación de las causas criminales en los segundos emplazamientos», *Gaceta de Madrid*, núm. 1451, de 6 de noviembre de 1838, p. 1.; Real Orden de 20 de diciembre de 1838, «dirigida á excitar el celo de los tribunales, y promover la más pronta administración de justicia», *Gaceta de Madrid*, núm. 1498, de 22 de diciembre de 1838, p. 1.

(195) Y es que el Reglamento de 1835, siguiendo en ello a la Constitución de 1812 (Título V, arts. 242 y ss.) además consagrar en su art. 12 el principio de audiencia, instituyó también: gratuidad de la justicia penal (sin perjuicio de imponer costas al condenado o al acusador que lo hizo infundadamente), consagración de la ley como única fuente del Derecho procesal, negando a la costumbre tal catalogación (principio de legalidad), instauración de garantías del detenido (proscripción del arresto arbitrario), prohibición de la tortura, garantías del derecho de defensa, publicidad del juicio con trascripción escrita de su acta, instauración de recursos (doble instancia) y mandato expreso de libertad inmediata tras el auto de sobreseimiento, sin que los recursos en tal sentido («recurso de consulta») tuviera efectos suspensivos. Es por ello por lo que el Reglamento de 1835, pese a su carácter antiliberal (se dicta bajo la vigencia del Estatuto Real de 1834, lo que explica su falta de apuesta por un Poder Judicial independiente), supuso un importante avance en el ámbito del proceso penal, reconociéndolo así, por ejemplo, Tomás y Valiente, al afirmar, pese a su visión crítica del mismo, que «es justo reconocer que trató de cortar algunos vicios de la legislación procesal vigente en materia de juicios penales». TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*, 4.^a ed. Tecnos, Madrid, 1983 (reimpresión 2016), p. 524.

(196) *Gaceta de Madrid*, núm. 5845, de 19 de julio de 1850, pp. 1 y s., siendo lo más significativo de la misma, la reglamentación del juicio de faltas.

(197) Real Decreto de 30 de junio de 1850, *Gaceta de Madrid*, núm. 5823, de 10 de julio de 1850, pp. 1 y ss.

para que se implante el juicio oral y público, así como el recurso de casación en materia criminal(198).

Sobre estas bases normativas, la «Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial» de 15 de septiembre de 1870(199), asentará el enjuiciamiento penal mediante un sistema en que se separan nítidamente las fases instructora y enjuiciadora, previendo la existencia de un juicio oral y público, practicado en única instancia, ante un tribunal colegiado que, para determinados delitos, será conformado con jurado (art. 276). Sobre la necesidad de implementar un juicio oral y público, practicado ante un tribunal colegiado, la Exposición de Motivos diría: «Defraudaría este proyecto la pública expectativa si conservara los Juzgados unipersonales y estableciese el principio de que el Juez instructor del sumario fallase la causa, organización defectuosa que los hombres de ciencia censuran y que nuestra historia jurídico legal rechaza (...). El juicio escrito, el procedimiento casi secreto y las dilaciones interminables de la forma actual de proceder en lo criminal están condenadas por la ciencia y cayeron en un completo descrédito. No tienen explicación posible esos procesos que, sobrecargados de diligencias inútiles, parecen más bien obras de curiales rutinarios que de verdaderos juriconsultos. En ellos, a fuerza de pesquisas inoportunas, se distrae la atención de los hechos interesantes y capitales, se da tiempo a que se borren las huellas del delito, a mentidas declaraciones, a pruebas falsas, a confabulaciones amañadas, a que los delincuentes burlen la acción de la justicia o a que si les alcanza, su castigo sea ya cuando se borró la memoria del crimen y cuando en gran parte ha perdido sus efectos la ejemplaridad de la pena (...) La presencia de público en los actos solemnes del juicio oral habrá de recordar a los jueces de las funciones que desempeñan y la gravedad y la dignidad y alteza de su cargo. Y el público, a su vez, contemplará en los jueces celo en el cumplimiento de un deber sagrado y pericia en el curso de los debates, leyendo al propio

(198) *Gaceta de Madrid*, Año CCVII, núm. 103, de 12 de abril de 1868, p. 1 (art. 3). El recurso de casación (con introducción del de revisión) sería regulado por Ley Provisional sobre el establecimiento del recurso de casación en los juicios criminales, de 8 de junio de 1870 (*Gaceta de Madrid*, Año CCIX, núm. 174, de 23 de junio de 1870, pp. 1 y s.), remarcando, para evitar que se convirtiera en una tercera instancia, su carácter extraordinario, y diez días después, por Ley provisional sobre reformas en el procedimiento para plantear el recurso de casación en los juicios criminales, de 18 de junio de 1870 (*Gaceta de Madrid*, Año CCIX, núm. 175, de 24 de junio de 1870, p. 1).

(199) *Gacetas de Madrid*, números 258 a 263, de 15 a 20 de septiembre de 1870. El texto de su edición oficial impresa por la imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia (Madrid, 1870) puede verse en PELÁEZ DEL ROSAL, M., *Legislación orgánica y de Administración de Justicia*, tomo I, cit., pp. 185 y ss.

tiempo en el rostro de aquellos hombres la inteligencia, la imparcialidad y rectitud con que desempeñan su cometido. En el animado drama de la vista, el plenario de ahora, misterioso en gran parte por falta de verdadera publicidad, habrá de sustituirse con escenas de interés vivísimo en que a la luz del día se presenten los cargos y descargos de los procesados, *en que los Jueces oigan directamente a los testigos y a los reos, sin que entre sus dichos y el Tribunal se interponga una relación más o menos fiel, pálida y fría, sin embargo, y en las que por la franqueza de las manifestaciones hechas por los delincuentes, por los recursos evasivos que éstos empleen, por su embarazo al contestar y por la sinceridad de sus asertos, puedan los Jueces conocer la inocencia o la criminalidad de los acusados*. Por otra parte, la forma del juicio oral y público y de la única instancia será siempre de necesidad absoluta e indispensable cuando el jurado intervenga, pues el juicio escrito es de todo punto incompatible con esta nueva institución»(200).

II.8 La meta: la necesaria comparecencia del acusado en el juicio

Esta evidencia de la absoluta necesidad de comparecencia del acusado en el juicio oral y público, lo que, por tanto, vetaba de manera categórica en enjuiciamiento en ausencia del rebelde, encontrará lógico reflejo en la *Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal* de 22 de diciembre de 1872(201), en donde ya aparece regulada «la declaración de rebeldía y sus efectos»(202), reglamentación casi idéntica a la que hoy conocemos, que pasaría de la citada Ley provisional de 1872 a la «*Compilación General de las disposiciones vigentes sobre el Enjuiciamiento Criminal*», autorizada por Ley de 30 de diciembre de 1878 y aprobada por Real Decreto de 16 de octubre de 1879, ahora bajo la

(200) Vid. PELÁEZ DEL ROSAL, M., *Legislación orgánica y de Administración de Justicia*, tomo I, cit., pp. 192-194.

(201) «Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal», de 22 de diciembre de 1872 (*Gaceta de Madrid*, Año CCXI, núm. 359, 24 de diciembre de 1872, tomo IV, pp. 949 y ss.). Edición oficial, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1872. Véase, también, *Ley provisional de enjuiciamiento criminal: anotada y seguida de los artículos de la Constitución y de los de la Ley provisional sobre la organización del poder judicial que están relacionados con ella*, Imprenta de la Biblioteca de Instrucción y Recreo, Madrid, 1873.

(202) Capítulo IX del Título Preliminar –*Disposiciones generales*–, arts. 128 a 140. Vid. *Ley provisional de enjuiciamiento criminal*, edición oficial, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1872, pp. 24 a 26. Asimismo, si bien en un título adicional (arts. 956 y siguientes), se regulaba el «procedimiento para la extradición de los procesados o condenados por sentencia firme que se hallen refugiados en país extranjero». Vid. *Ley provisional de enjuiciamiento criminal*, cit., pp. 181 y s.

rúbrica «De la declaración de rebeldía del procesado, y de sus efectos»(203), si bien que se ha de hacer notar que la Compilación recogía además un redundante y desubicado capítulo titulado «De las causas contra reos ausentes»(204), siendo ello lo que explique que en el traslado de los artículos 372 a 383 de la Compilación a los artículos 834 a 836 de la hoy vigente *Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882*, dicha regulación se ubique en un Título (actual Título VII del Libro IV) que lleva como nombre, tan mal heredado, «Del procedimiento contra reos ausentes», en lugar de «De la declaración de rebeldía del procesado, y de sus efectos», que sería lo más lógico y coherente con la fuente de donde trae causa.

III. LA REBELDÍA PENAL EN EL DERECHO COMPARADO

III.1 Los diversos sistemas regulatorios

Hemos visto hasta aquí como, una vez sentado el concepto de rebelde penal, la configuración del mismo se ha ido perfilando a lo largo de la historia, hasta llegar al presente. Pero para comprender el estatuto jurídico que del rebelde penal se ha esperar en la actualidad no basta con mirar al pasado, sino que también es necesario hacerlo a

(203) *Compilación General de las disposiciones vigentes sobre el Enjuiciamiento criminal*, de 16 de octubre de 1879, Capítulo VIII del Título II –Disposiciones relativas al enjuiciamiento criminal–, arts. 372 a 383. La Compilación nunca fue publicada en la Gaceta de Madrid (solo en la de 26 de noviembre de 1879 –núm. 330, p. 570– se hace referencia a la venta de su edición oficial en la portería del Ministerio de Gracia y Justicia y en la Carrera de San Jerónimo, núm. 40, almacén de papel de la viuda de Fernández Iglesias é hijos, al precio de 2 pesetas y 50 céntimos). Vid. *Compilación General de las Disposiciones vigentes sobre el enjuiciamiento criminal, concordada, anotada y seguida de observaciones por D. Hermenegildo María Ruiz y Rodríguez*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1880, pp. 88 a 90. Ahora el procedimiento de extradición, también en título adicional, se encontraba en los arts. 1020 y ss.

(204) Capítulo VII del Título IV (Del Plenario), en el que un único artículo (art. 859) se limitaba a señalar que «Las causas contra reos ausentes se sustanciarán hasta la conclusión del sumario. Terminado éste se archivarán hasta que sean habidos o se presentaren a disposición del Juzgado. Las causas en que haya además otros procesados presentes, continuarán sustanciándose respecto a éstos solamente», precepto copiado del art. 19 de la «Ley provisional sobre reformas en el procedimiento para plantear el recurso de casación en los juicios criminales», de 18 de junio de 1870 (*Gaceta de Madrid*, Año CCIX, núm. 175, de 24 de junio de 1870, p. 1), pero que no tenía mayor sentido, al estar ello ya previsto en los arts. 378 y 379 de la misma Compilación, preceptos copiados de los arts. 134 y 136 de la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872.

nuestro alrededor, a fin de conocer cuáles son los distintos sistemas regulatorios que, al respecto, el Derecho comparado ofrece. En este sentido, podemos comenzar señalando que en el panorama comparado encontramos una variedad de dichos sistemas, que irían desde aquéllos en los que, en principio, no se prevé ningún estatuto específico del rebelde, pues la exigencia de la presencia del acusado en el juicio es casi absoluta, a los que encuentran en su respectiva normativa una variada regulación, más o menos garantista, de las distintas «situaciones» que el rebelde puede tener en el proceso penal.

Ahora bien, como a continuación veremos, la tradicional distinción sostenida por la doctrina a la hora de realizar una radical separación entre los ordenamientos situados en la órbita del *Common Law* y los que se rigen por el sistema romano-germánico (*Civil Law*)(205), debe modernamente ser matizada, pues en aquéllos se ha observado una progresiva evolución y acercamiento hacia éstos.

III.2 El modelo del Common Law: el sistema británico y su evolución

Es evidente que, en los ordenamientos sajones, en donde el proceso penal, por clara influencia de la contienda civil(206), se configuraba tradicionalmente de manera adversarial, era imposible un juicio sin presencia de ambas partes(207). Se resalta, así, por ejemplo, la insostenibilidad de la ausencia del acusado en un procedimiento en el que la culpabilidad de éste se dilucidaba en la ordalía del agua y del fuego(208). Así en el Derecho británico, la necesidad de la presencia

(205) Por todos, véase, PRADEL, J., *Droit pénal comparé*, 1.ª ed., Dalloz, Paris, 1995 (4.ª, 2016), p. 525.

(206) Vid. COHEN, N. P., “Trial in Absentia Re-Examined”, en *Tennessee Law Review*, núm. 40, Winter 1973, p. 167.

(207) Resaltando este dato, SKILBECK, R., “Frankenstein’s Monster. Creating a New International Procedure”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 2, 2010, pp. 451 y ss., esp. p. 459. Para este autor, en la creación de los tribunales penales internacionales se ha producido una peligrosa combinación de elementos procedentes de ordenamientos jurídicos fundados en culturas jurídicas distintas (Derecho sajón versus Derecho continental), lo que, a su juicio, puede producir importantes mermas de derechos, al recogerse en un mismo procedimiento elementos de uno y otro modelo (inquisitivo y acusatorio), poniendo como ejemplo de una de dichas distorsiones el enjuiciamiento en rebeldía.

(208) Vid. COHEN, N. P., “Can They Kill me if I’m Gone. Trial in Absentia in Capital Cases”, en *University of Florida Law Review*, vol. 36, 1984, pp. 274 y ss. No obstante ser la ordalía una práctica habitual en toda la Europa medieval, en su propio nombre va ínsita la impronta bárbara (alemán, *Ur-Theil*, juicio de dios), siendo que en el sistema inglés sufrió un importante freno con la *Assize of Clarendon*, dada por el

del acusado en el juicio se ha presentado históricamente como un elemento nuclear de su procedimiento penal⁽²⁰⁹⁾, siendo rastreable su exigencia desde «los más tempranos días del Derecho anglosajón»⁽²¹⁰⁾. Y así, luego de superadas las ordalías con la conquista normanda (1066) e instalado el sistema de “*trial by battle*”, lógicamente, se seguiría en él requiriendo la concurrencia de los «combatientes»⁽²¹¹⁾, siendo que más tarde (a partir de 1219) el tribunal por jurados también haría imposible su actuación a espaldas del acusado, y ello con fundamento en el requerimiento que a éste se le hacía para defenderse por sí mismo, sin asistencia de ningún conse-

Rey Enrique II en 1166, luego abolida en 1220 por Enrique III tras la prohibición establecida por el IV Concilio de Letrán de 1215. Sobre el origen de la ordalía y su expansión a caballo del Derecho germánico, por todos, véase: FEHR, H., *Der Zweikampf*, K. Curtius, Berlin, 1908; KÆGI, A., “Alter und Herkunft des Germanischen Gottesurtheils”, en *Festschrift zur Begrüßung der 39. Versammlung deutscher Philologen und Schulmänner, dargeboten von der Universität Zurich, Neue Züricher Zeitung*, núm. 351, 1887, pp. 40 y ss.; KOHLER, J., “Studien über die Ordalien der Naturvölker”, en *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, band V, 1884, pp. 368 y ss.; MAJER, F., *Geschichte der Ordalien, insbesondere der gerichtlichen Zweikämpfe in Deutschland: Ein Bruchstück aus der Geschichte und den Alterthümern der deutschen Gerichtsverfassung*, Akademischen Buchhandlung, Jena, 1795 (reimpresión por Zentralantiquariat der Deutschen Demokratischen Republik, Leipzig, 1970), esp. pp. 14 y ss. (bibliografía en pp. 1-3); PHILLIPS, G., *Über die Ordalien bei den Germanen in ihrem Zusammenhange mit der Religion*, Georg Weiß, München, 1847, pp. 3-29. De particular interés, por su sintética y clara presentación, PFALZ, F., *Die germanischen Ordalien*, Druck von C. G. Naumann, Leipzig, 1865, en donde, después de la exposición de diversas ordalías (pp. 3 y ss.), y de indagar sobre su nombre y significado (pp. 11 y ss.), se realiza un interesante recorrido sobre su origen y evolución histórica (pp. 18 y ss.), para terminar estudiando el reflejo de las mismas en el procedimiento criminal germano (pp. 31 y ss.).

(209) Ampliamente, BLACKSTONE, W., *Commentaries of the Laws of England, book the fourth*, 16.^a ed., Printed by A. Strahan for T. Cadell and J. Butterworth & son, London, 1825, pp. 342 y ss.

(210) “The right of an accused to be present at his trial is traceable to the earliest days of Anglo-Saxon law”. STARKEY, J. G., “Trial in Absentia”, en *St. John’s Law Review*, vol. 54, Issue 4, Summer 1979, pp. 721 y s.

(211) Vid. POLLOCK, F., and MAITLAND, F. W., *The History of English Law (Before the Time of Edward I)*, vol. II, 2.^a ed., Cambridge University Press, C. J. Clay and sons, London, 1898, pp. 593 y ss.; STEPHEN, J. F., *A History of Criminal Law of England*, vol. I, Macmillan and Co., London, 1883, pp. 59 y ss. De ahí que Radbruch nos recordara que el *fair* constituye la esencia del pleito inglés, un «juego» en donde lo “individual” tiene un especial protagonismo, señalando al respecto que ello explica que «en Inglaterra, la personalidad y la responsabilidad del juez no se esconden tras una mayoría anónima de un órgano colegiado». RADBRUCH, G., *El espíritu del Derecho inglés*, moderna edición, traducción de Juan Carlos Peg Ros, con anotaciones y epílogo de Heinrich Scholler y estudio preliminar de Miguel Ayuso, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, pp. 32 y 34.

jero(212). En este sentido, en su clásica obra sobre la historia del Derecho penal inglés, James Fitzjames Stephen nos recuerda lo esencial del procedimiento adversarial: «Con relación al objeto de los juicios criminales y el procedimiento es común que la gente tienda a olvidar su verdadero carácter. Frecuentemente se sostiene que un juicio criminal debe desarrollarse tan serenamente como una investigación científica... La verdad es que toda clase de litigios, y especialmente aquellos que asumen la forma de un juicio criminal, constituyen el sustituto de una guerra privada y son, y deben ser, conducidos con un espíritu de hostilidad que muchas veces puede ser ferviente y aún incluso apasionado [...]. Un juicio de alguna importancia siempre es algo así como una batalla, y el objeto de las reglas de procedimiento es mantener el combate dentro de límites razonables e impedir que los combatientes se ocasionen, uno a otro o a terceros, heridas que no sean las absolutamente esenciales a los propósitos de la contienda. Las heridas que sean esenciales para el objeto del litigio deben ser, de tal modo, permitidas. Dentro de sus propios límites, la batalla tiene que disputarse con espadas y no con floretes»(213).

Por esta razón, debido a la influencia del Derecho inglés en sus colonias, ésta fue siempre la tradición arraigada en el Derecho norteamericano. Sin embargo, en ambos modelos, las exigencias impuestas por la práctica hicieron que, con el tiempo, se viera la necesidad de que el enjuiciamiento del rebelde comenzara a tener su propio lugar. Claro exponente de este acercamiento lo vamos a observar en el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, en donde el enjuiciamiento del rebelde, y a diferencia de lo acontecido en el Derecho británico, comienza a gestarse ya a principios del siglo XX, por lo que a día de hoy cuenta ya con una historia centenaria. En este sentido, la aceptación del enjuiciamiento en ausencia ha sido mucho más acentuada en el Derecho americano que en el inglés, en donde, no ha sido sino hasta comienzos del presente siglo cuando dicha posibilidad ha sido acogida, y no sin pocas reticencias.

En efecto, fue en el año 2002 cuando la Cámara de los Lores decidió que los juicios en rebeldía formaban parte del *Common Law*. En la conocida sentencia de la causa *Regina versus Anthony Jones* (20 de febrero de 2002)(214) se sostuvo esta posibilidad, si bien que advirtiéndose expresamente que esta decisión discrecional del tribunal de enjuiciar al acusado en ausencia debía ser adoptada con la mayor de las cautelas, señalando la necesidad de ponderar aspectos como la gra-

(212) *Vid.*, STARKEY, J. G., "Trial in Absentia", cit., p. 723.

(213) STEPHEN, J. F., *A History of the Criminal Law of England*, vol. I., cit., p. 432.

(214) Sentencia del caso *Regina versus Anthony Jones* ([2002] UKHL 5).

vedad del delito(215), la conducta renuente a la asistencia al juicio, la verificación del debido emplazamiento, el interés público del asunto a juzgar o los perjuicios que se derivarían para la administración de justicia un retraso en el enjuiciamiento que mermara la memoria de los testigos. En esta trascendental sentencia se recuerda que en el Derecho tradicional inglés siempre se ha sostenido la necesidad de que el acusado asista al juicio, pues ello era una característica esencial de un enjuiciamiento por jurados, siendo sin embargo que en la práctica se plantearon problemas en los casos en los que el juicio, una vez iniciado, no podía proseguir por la ausencia de éste, bien involuntaria (por ejemplo, su enfermedad(216)) bien voluntaria (expulsión de la sala por su mal comportamiento(217) o casos de fuga(218)), reconociéndose en todos ellos la facultad discrecional del Tribunal para decidir si continuaba el juicio en ausencia del acusado o procedía a disolver al jurado, facultad discrecional que, se subrayaba, debía ser ejercida con gran cautela e imparcialidad, ponderando las circunstancias del caso, pues no todas las circunstancias han de tener la misma relevancia, no siendo, por ejemplo, equiparables la ausencia involuntaria por enfermedad que la de quien voluntariamente ha decidido fugarse. Con antecedentes puntuales sobre casos en los que el juicio se iniciaba sin la presencia del acusado(219), en la sentencia que comentamos se aborda en profundidad la compatibilidad del juicio en rebeldía con los postulados básicos del *Common Law* y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y se termina concluyendo que la facultad discrecional, con las cautelas vistas, que tradicionalmente se admitía para continuar el juicio en rebeldía, es también aplicable a los casos en los que dicho juicio se practica en su totalidad y desde el inicio en ausencia del acusado, concluyendo, sin ambages, que «si un acusado mayor de edad y sano juicio, con pleno conocimiento de un juicio próximo, se ausenta voluntariamente, no hay razón en principio para que su decisión de violar su obligación de com-

(215) Pero sin que ello fuera decisivo, pues «la principal preocupación del juez será asegurar que el juicio, si se lleva a cabo en ausencia del acusado, sea tan justo como lo permitan las circunstancias y conduzca a un resultado justo. Estos objetivos son igualmente importantes, ya sea que la ofensa sea grave o relativamente menor».

(216) Sentencias de los casos *Regina versus Abrahams* ([1895]21 VLR 343) y *Regina versus Howson* ([1981]74 CrAppR 172).

(217) Sentencias de los casos *Regina versus Berry* ([1897]104 LT Jo 110) y *Regina versus Browne* ([1906]70 JP 472).

(218) Sentencias de los casos *Regina versus Robert Jones* (n° 2) ([1972]1 WLR 887) y *Regina versus Elvis Shaw* ([1980]1 WLR 1526).

(219) Particularmente, Sentencia del asunto *Regina versus Jones, Planter and Pengelly* ([1991] CrimLR 856).

parecer tenga como efecto el suspender el proceso penal contra él, hasta el momento en que sea aprehendido o se entregue voluntariamente». Y así, ante el alegato de la defensa de que un juicio a espaldas del acusado, en donde por tanto se priva de la oportunidad de interrogar a los testigos, convertiría a éste en un «juicio de papel» abocado a la condena, se sostiene que «quien voluntariamente elige no ejercer un derecho no puede luego quejarse de que ha perdido los beneficios que podría haber esperado disfrutar si lo hubiera ejercido», señalando como ejemplos que «si un acusado rechaza una oferta de asistencia jurídica e insiste en defenderse a sí mismo, no puede luego impugnar la imparcialidad de su juicio sobre la base de que fue defendido con menos habilidad que un abogado profesional habría demostrado. Si, después de un pleno asesoramiento profesional, elige no ejercer su derecho a prestar testimonio jurado en el juicio, no puede impugnar la imparcialidad de su juicio sobre la base de que el jurado nunca escuchó su explicación de los hechos. Si decide voluntariamente no ejercer su derecho de comparecencia, no puede impugnar la imparcialidad del juicio por el hecho de que siguió un curso distinto al que habría seguido si hubiera estado presente y representado», precisando incluso que, si lo deseable es que, en casos de enjuiciamiento en rebeldía, el acusado pueda estar representado en el juicio mediante su abogado, ello tampoco es óbice en los supuestos en los que tal representación falta.

Y es muy interesante subrayar que la mencionada doctrina de la Cámara de los Lores se fundamenta, según ella misma explicita, en razones prácticas, pues «las consideraciones de justicia práctica apoyan la existencia de la discrecionalidad que el Tribunal de Apelación consideró que existían para acordar el enjuiciamiento en rebeldía. Para apreciar esto, solo es necesario considerar la hipótesis de un procesamiento de múltiples acusados en el que el veredicto justo dependa de que sean procesados y juzgados conjuntamente, siendo que, en la víspera del comienzo del juicio, un acusado se ausenta. Si el tribunal no tiene facultades discrecionales para iniciar el juicio contra ese acusado en su ausencia, se enfrenta a un agudo dilema: o todo el juicio debe ser retrasado hasta que el acusado ausente sea detenido, hecho que puede causar angustia real a los testigos y las víctimas; o que el juicio pueda ser iniciado contra los acusados que están presentes y no contra el acusado que ha huido, lo cual puede conferir a éste una ventaja totalmente injustificada. Afortunadamente, los casos de este tipo son muy raros. Pero un sistema de justicia penal no debe estar abierto a poder ser manipulado de tal manera».

Sobre los citados postulados jurisprudenciales, y muy particularmente a partir de 2008, se ha venido reafirmado en la jurisprudencia

británica que el *trial in absentia*, realizado con las citadas cautelas, no conculca el derecho a un juicio justo establecido en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos(220), siendo práctica muy extendida los juicios en ausencia en delitos relacionados con la seguridad vial.

III.3 La rebeldía en el Derecho norteamericano

Pero, decíamos que el mayor exponente del acercamiento de los ordenamientos del *Common Law* al enjuiciamiento en rebeldía lo encontramos en el caso del Derecho de los Estados Unidos de América, si bien que para comprender el complicado sistema norteamericano de justicia penal es necesario detenernos un momento. Y es que debemos comenzar señalando que el sistema de justicia penal de los Estados Unidos si se caracteriza por algo es por su complejidad, pues en él se combina, por un lado, la existencia de un sistema procesal penal federal, regido principalmente por la Constitución federal(221) y las reglas federales de enjuiciamiento criminal (*Federal Rules of Criminal Procedure*) adoptadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1944(222), y por otro lado, los particulares sistemas procesales penales de cada uno de los cincuenta Estados(223). Sin embargo, debido a la «cláusula de supremacía» de la Constitución federal, según la cual la «legislación constitucional» (integrada por la propia Constitución federal, más las leyes federales y los tratados internacionales suscritos por los Estados Unidos) es de obligado cumplimiento para todos los

(220) Véanse, por todas, Sentencias de los asuntos *Abdalla versus Health Professions Council*, ([2009] EWHC 3498 Admin.), *Jawid Yusuf versus The Royal Pharmaceutical Society of Great Britain* ([2009], EWHC 876 Admin.), *Varma versus General Medical Council* ([2008], EWHC 753 Admin.) y *Jatta versus Nursing & Midwifery Council* ([2009], EWCA Civ 824).

(221) Mejor deberíamos decir «el bloque de constitucionalidad» norteamericano, integrado por la Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776, la Declaración de independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776, la Constitución, propiamente dicha, de 17 de septiembre de 1787, y la Carta de Derechos (*Bill of Rights*) incorporada a la Constitución en 1791.

(222) Las Reglas fueron adoptadas el 22 de diciembre de 1944, y tras la autorización del Congreso, entraron en vigor el 21 de marzo de 1946, habiendo sido posteriormente profusamente reformadas.

(223) Y ello sin contar con la existencia del sistema procesal penal militar y de las peculiaridades de los sistemas procesales de los territorios con los que Estados Unidos tiene distintas relaciones jurídicas (Samoa, Puerto Rico, Islas Vírgenes e Islas Marianas).

Estados(224), se produce una integración armónica, siendo así que los diversos sistemas procesales penales de los respectivos Estados, nunca pueden «bajar» del umbral del sistema federal, si bien pueden garantizar un nivel más alto de protección de los derechos del inculgado. Es por ello que las garantías constitucionales y las normas establecidas en el *Federal Rules* se convierten así en el «núcleo duro» o «barrera infranqueable» del sistema de justicia penal norteamericano.

En el sistema norteamericano el viejo concepto británico del derecho al proceso debido (*due process of law*) encontró acomodo constitucional en varias enmiendas a la Constitución (Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta), mor a la aportación de una serie de ilustres magistrados que van desde Oliver Wendell Holmes(225) a William J. Rehnquist(226), heredando así un modelo adversarial (*Adversarial System*)(227) que, en principio, se basa en la inexcusable exigencia de un juicio oral y público, en el que, ante un jurado, se practiquen las pruebas con todas las garantías, en especial, las referidas a la defensa del acusado. El artículo III de la Constitución garantiza el derecho al juicio con jurado, y la Sexta Enmienda consagra el derecho del acusado a un juicio rápido y público ante un jurado imparcial, a lo que habría que añadir el compromiso asumido por el ordenamiento de los Estados Unidos al ratificar, sin reservas en este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en cuyo artículo 14, como es

(224) En tal sentido, dispone el artículo VI párrafo 2.º de la Constitución de los Estados Unidos de América: «Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que de ella dimanen, y todos los tratados que se celebren o que vayan a celebrarse bajo la autoridad de los Estados Unidos, constituirán la Ley suprema de la Nación; y los jueces de todos los Estados tendrán la obligación de acatarla, a pesar de cualquier disposición contraria que pudiera estar contenida en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado».

(225) «El más grande jurista norteamericano de su tiempo», en conocida expresión de Gustav Radbruch (*Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducción de Wenceslao Roces, 3.ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1965, p. 73). Y es que Radbruch manifestó en su obra, de manera reiterada, su gran admiración por “The great Dissenter” (llamado así, el gran inconformista, por sus brillantes sentencias en contra de la opinión dominante), destacando la definición que el mismo realizara de lo que sea la ciencia del Derecho («la ciencia del Derecho no es otra cosa que el pronóstico de lo que los tribunales harán en el caso concreto», *op. cit.*, p. 20). *Vide* RADBRUCH, G., *El espíritu del Derecho inglés*, cit., p. 49 y nota 33. Ampliamente, del mismo autor, “Oliver Wendell Holmes: Zur Biographie eines amerikanischen Juristen”, en *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, Jahrg. 1, Nr. 2, Mai 1946, pp. 25 y ss.

(226) Ampliamente, BODENHAMER, D. J., *Fair Trial. Rights of the Accused in American History*, Oxford University Press, New York, 1992.

(227) Resaltando su importancia, por todos, LAFAVE, W. R., and ISRAEL, J. H., *Criminal Procedure*, vol. I., West Publishing Co., Saint Paul (Minnesota), 1984, pp. 36 y ss.

sabido, se reconoce el derecho del acusado a un juicio público en el que, estando presente, pueda defenderse.

Sin embargo, esta idea de que el enjuiciamiento criminal americano tiene como paradigma el enjuiciamiento oral y público ante un jurado, no es más que una quimera, pues en realidad puede decirse que, en la práctica, el verdadero modelo de enjuiciamiento penal americano no es sino el «juicio por conformidad» (*Plea guilty*) (228), siendo así que más del noventa por ciento de los asuntos penales se concluyen con la asunción de la culpabilidad del acusado y, por tanto, sin necesidad de acudir a juicio (229). En tal sentido, son bastantes esclarecedoras las palabras de Weinreb (230) cuando afirmaba que «en un examen ajustado a la realidad, la conformidad es lo normal, y el paso al juicio, lo excepcional. Esta contradicción entre los modelos teórico y real del proceso penal es lo más chocante, porque nos vanagloriamos de ser un signo de nuestra cultura (el sistema acusatorio) y llevamos la admisión formal de culpabilidad del acusado mucho más allá de lo que permiten otros países, cuyos procedimientos criminales criticamos por entender que no están suficientemente basados en el modelo acusatorio. A la vista de la tan escasa frecuencia de los juicios en nuestro país, nuestra insistencia en nuestra superioridad deja mucho que desear». Es decir, puede afirmarse que, en la realidad, todo el sistema procesal penal norteamericano está preconcebido para conducir a la conformidad (231); este es el «espacio común del proceso

(228) Sobre el sistema norteamericano de conformidad, en nuestro idioma, véase: BARONA VILAR, S., *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 36 y ss.; BUTRÓN BALIÑA, P. M., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 95 y ss.; CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Comares, Granada, 1996, pp. 62 y ss.; MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M., «Los derechos del acusado en el sistema legal norteamericano», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2, 1977, pp. 621 y ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, pp. 27 y ss.; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Introducción al Derecho Norteamericano*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2017, pp. 149 y ss.

(229) Vid. SAVITZ, L., and JOHNSTON, N., *The Legal Process and Corrections*, John Wiley & Sons Inc., London, 1982; ALPERT, G. P., *The American System of Criminal Justice*, Sage Publications, Beverly Hills, 1984, esp. pp. 80 y ss.; Más genéricamente, COLE, G. F., SMITH, C. E., and DEJONG, C., *The American System of Criminal Justice*, 14.^a ed., Cengage Learning, Stanford, 2015, pp. 432 y ss.

(230) WEINREB, L. L., *Denial of Justice. Criminal Process in The United States*, The Free Press. Collier Macmillan Publishers, New York-London, 1977, pp. 71 y ss.

(231) Vid. ALSCHULER, A. W., “The Defense Attorney’s Role in Plea Bargaining”, en *The Yale Law Journal*, vol. 84, núm. 6, May 1975, pp. 1179 y ss.

penal»(232) que se alza como «inevitable»(233), y ello, pese a que no han sido pocas las críticas recibidas(234).

El cualquiera de los casos, bien sea en un juicio oral y público ante un jurado, bien en la declaración de culpabilidad asumida tras las negociaciones con la acusación (*Plea bargaining*), la presencia del acusado es necesaria, algo machaconamente subrayado por la jurisprudencia tradicional que siempre insistió en que el derecho a comparecer personalmente en juicio era una pieza esencial del proceso debido garantizado por la Constitución, afirmando así ya en 1884 que «el legislador ha considerado esencial para la protección de alguien cuya vida o libertad está involucrada en el enjuiciamiento de un delito grave (*felony*), el que éste se encuentre personalmente presente en el juicio, esto es, en cada fase del juicio en el que puedan quedar afectados sus derechos. La privación de su derecho a la vida o a su libertad sin estar el acusado presente, supondría una vulneración del derecho al proceso debido garantizado por la Constitución»(235).

Sin embargo, este derecho del acusado a estar presente en el juicio pronto comenzó a ser relativizado, entendiéndose que el mismo no debía de concebirse como un derecho absoluto. Razones prácticas llevaron a la necesidad de tal entendimiento(236). Y así fue como, luego de una línea abierta en la jurisprudencia de varios Estados(237), el 19

(232) HALLEVY, G., “The Defense Attorney as Mediator in Plea Bargains”, en *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 9, núm. 3, 2009, pp. 1 y ss.

(233) Reflexionando sobre ello, SCHULHOFER, S. J., “Is Plea Bargaining Inevitable?”, en *Harvard Law Review*, vol. 97, núm. 5, 1984, pp. 1037 y ss.

(234) Por todos: WILSON, M. J. W., “Deffense Attorney bias and the Rush to the Plea”, en *Kansas Law Review*, vol. 65, 2016, pp. 271 y ss.; BURKE, A. S., «Prosecutorial Passion, Cognitive Bias, and Plea Bargaining», en *Marquette Law Review*, vol. 91, 2007, pp. 183 y ss.

(235) *Vid. Hopt versus Utah*, 110 U. S. 574, 28 L. Ed. 262, 4 S. Ct. 202 (1884). En el mismo sentido, resaltando el derecho del acusado a estar presente en todas las fases de proceso, como un derecho absoluto e irrenunciable, *Lewis versus United States* (146 US 370 [1892]) y *Ball versus United States*, 140 U. S. 118 [1891]), sentencia ésta última que arraiga el derecho a estar presente en el *common law*, vinculándolo con el derecho a la última palabra del acusado, antes de sentenciarse el juicio. Respecto a la aplicabilidad de este derecho en los juicios penales celebrados conforme al Derecho de los distintos Estados, por todas, véanse Sentencias de los casos *Pointer versus Texas* de 1965 (380 US 400 [1965]), y *Kentucky versus Stincer* de 1987 (482 US 730, 745 [1987]).

(236) Sobre la citada evolución, TASSARA, L., “Trial in Absentia: Rescuing the Public Necessity Requiriment to Proceed with a Trial in the Defendant’s Absence”, en *Barry Law Review*, vol. 12, núm. 1. 2009, pp. 1 y ss. Del mismo autor, antes «El juicio en ausencia en el sistema federal de los Estados Unidos», en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 11, núm. 20-21, 2006, pp. 719 y ss.

(237) Así, frente a entender que la presencia del acusado no era un mero formalismo, sino la propia esencia del juicio penal (Sentencia *Temple versus Common-*

de febrero de 1912 el Tribunal Supremo norteamericano admitió por primera vez el enjuiciamiento de un acusado por un delito no capital que, una vez iniciado el juicio con su presencia, se ausentó voluntariamente del mismo. Se trataba del asunto *Díaz versus United States*(238), en donde se debía verificar si la condena impuesta por un Tribunal filipino a Gabriel Díaz, en su ausencia, vulneraba el derecho constitucional a estar presente en el juicio. Y así, después de decir que el derecho a la asistencia a juicio garantizado en el Derecho estatal (artículo 5 de la Ley filipina de 1 de julio de 1902) era el equivalente al reconocido en la Sexta Enmienda(239), se afirmó que «el acusado que no se halla bajo custodia del Tribunal (a su disposición) no puede hacer uso del derecho a ser oído para así derrotar el derecho que el gobierno tiene a juzgarlo, ausentándose voluntariamente (una vez iniciado el juicio con su presencia) y alegando así que, al amparo del derecho a estar presente en el juicio reconocido por la Sexta Enmienda, el juicio no puede continuar. Esta regla no sería de aplicación en los casos en los que el delito de que se acusa es un delito capital, o cuando el acusado se encuentra bajo la custodia o el control del tribunal». Así en los casos permitidos «la ausencia no anula lo que se ha practicado en el juicio, ni impide su conclusión, sino que actúa como una renuncia del acusado a su derecho a estar presente en el juicio y deja al tribunal libre de proceder, pudiendo acordar la continuación del juicio procediendo con la presencia de su abogado». Concluyendo de manera lapidaria que «la Constitución no garantiza ese privilegio de invocar la conculcación de derechos por quien voluntariamente ha provocado tal situación».

Como vemos, en este primer paso, se trataba de admitir el enjuiciamiento en ausencia de quien, habiendo estado presente al inicio del juicio, luego se ausentaba de él de manera voluntaria. Un paso posterior sería admitir el enjuiciamiento de quien era expulsado de la sala por el tribunal en el ejercicio de la policía de estrados. Ello sería abor-

wealth, 77 Ky (Kentucky) 769 [1879]), los Tribunales de algunos Estados fueron admitiendo el juicio en ausencia para delitos no capitales, siempre que se le garantizara la presencia al inicio del juicio. Por todos ellos, véanse Sentencias de los casos *Fight versus State* (7 Ohio 181 [1835]); *Hill versus State* (17 Wis –Wisconsin– 697 [1864]); *Robson versus State* (83 Ga –Georgia– 166 [1889]); *Commonwealth versus McCarthy* (163 Mass –Massachusetts– 458 [1895]); *People versus Edwards* (139 Cal –California– 527 [1903]). Estudiando profundamente el tema en esta jurisprudencia estatal anterior al caso Díaz, *vid.* GOLDIN, G. B., “Presence of the Defendant and Rendition of the Verdict in Felony Cases”, en *Columbia Law Review*, vol. 16, núm. 1, 1916, esp. pp. 21 y ss.

(238) *Díaz versus United States* (223 US 442 [1912]).

(239) Algo que ya había mantenido el Tribunal Supremo años antes en la Sentencia del caso *Kepner versus United States* (195 US 100 [1902]).

dado en la Sentencia de 31 de marzo de 1970, caso *Illinois versus Allen*(240). En este asunto, Allen fue enjuiciado por robo a mano armada por un tribunal de primera instancia de Illinois, siendo que, en el juicio, debido a la mala conducta por él desplegada, el juez, luego de advertirle, acordó su expulsión temporal de la Sala, permitiéndole luego volver, pero siguiendo el juicio con la sola intervención defensiva de su abogado. Recurrida la sentencia en apelación, el Tribunal de Illinois entendió que el derecho a estar presente en todas las fases del juicio e interrogar a los testigos era un derecho absoluto, fundándose para ello en la jurisprudencia de finales del XIX antes señalada(241), afirmando, sin ambages que «no puede imponerse ninguna condición al derecho absoluto de un acusado criminal a estar presente en todas las etapas del procedimiento», entendiéndolo por tanto como un derecho irrenunciable y considerando, para el caso concreto, que Allen «no debería haber sido excluido de la Sala durante su juicio, a pesar de su conducta disruptiva e irrespetuosa, siendo que lo adecuado sería el haberlo restringido por cualquier medio necesario, incluido su encadenamiento y amordazamiento». Sería contra esta concepción absoluta de los derechos previstos en la Sexta y Decimocuarta Enmiendas, contra lo que reaccionaría el Tribunal Supremo norteamericano, y basándose en sentencias de los años treinta(242), afirmó que «mantenemos explícitamente hoy en día que un acusado puede perder su derecho a estar presente en el juicio si, después de haber sido advertido por el juez de que será expulsado si continúa su comportamiento perturbador, insiste en conducirse de una manera tan desordenada, disruptiva e irrespetuosa, que su juicio no pueda llevarse a cabo con él en la sala de audiencias. Una vez perdido, el derecho a estar presente puede, por supuesto, ser reclamado tan pronto como el acusado esté dispuesto a comportarse consistentemente con el decoro y respeto inherentes al concepto de los tribunales y los procedimientos judiciales. Es esencial para la correcta administración de la justicia penal que la dignidad, el orden y el decoro sean las características de todos los procedimientos judiciales en nuestro país. El flagrante desprecio en la sala de audiencias de las normas elementales de conducta apropiada no debe ni puede ser tolerado. Creemos que hay al menos tres vías

(240) *Illinois versus Allen* (379 US 337 [1970]). Sobre este asunto, FLAUM, J. M., and THOMPSON, JAMES, R., “The Case of the Disruptive Defendant: Illinois v. Allen”, en *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, vol. 61, núm. 3, 1970, pp. 327 y ss.

(241) Con cita expresa de las Sentencias de los casos *Hopt versus Utah* (110 US 574 [1884]) y *Shields versus United States* (273 US 583 [1927]).

(242) Sentencias de los casos *Snyder versus Massachusetts* (291 US 97 [1934]) y *Johnson versus Zerbst* (304 US 358 [1938]).

constitucionalmente permisibles para que un juez de primera instancia maneje estos casos: atar y amordazar al acusado, manteniéndolo así presente; acusarlo de desacato; o sacarlo de la Sala del tribunal hasta que prometa comportarse correctamente»(243). Todas estas previsiones, admitidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, tendrían, como ahora veremos, su debido acomodo en la regla núm. 43 de las *Federal Rules of Criminal Procedure*, que, por cierto, entre sus varias reformas, la que tuvo lugar el 2 de abril de 1974 lo fue, precisamente, para incorporar la doctrina sentada en el caso *Allen*.

Sin embargo, la posibilidad de enjuiciar a un rebelde sin que éste haya estado presente al inicio del juicio siempre ha sido un tema espinoso en el Derecho norteamericano, por entender que ello supone un ataque frontal a uno de los pilares del sistema adversarial. Bien es cierto que esta posibilidad comenzó a plantearse ya en los años treinta(244), siendo reseñable que ese mismo año, el *American Law Institute*, en su *Model Code of Criminal Procedure*, así lo admitió, y poco después, en 1939, fue cuando se incorporó a la legislación del Estado de Arizona(245), desde donde se extendió a los ordenamientos de otros Estados sureños, como Texas o Luisiana(246). Pero será en la década de los setenta cuando esta polémica cuestión tenga reflejo jurisprudencial. Así, el 24 de julio de 1972 se decide la trascendental sentencia del caso *United States versus Santoro/Tortora*(247), dada en el Estado de Nueva York. Y es que John Tortora, junto a Samuel Santoro, habían sido condenados en ausencia, por lo que recurrieron en apelación al entender conculcadas las garantías contempladas en la

(243) No obstante, la propia sentencia, más adelante, muestra sus recelos respecto a la solución de encadenar y amordazar al acusado, señalando que la misma solo debería adoptarse como último recurso, pues «no solo es posible que la visión de los grilletes y las mordazas pueda tener un efecto significativo en los sentimientos del jurado sobre el acusado, sino que el uso de esta técnica es en sí mismo una afrenta a la misma dignidad y decoro de los procedimientos judiciales. Además, una de las principales ventajas del acusado de estar presente en el juicio, su capacidad para comunicarse con su abogado, se reduce considerablemente cuando el acusado se encuentra en una condición de total restricción física».

(244) Sobre el tema, ampliamente, STARKEY, J. G., “Trial in Absentia”, cit., pp. 726 y ss.

(245) Era lógico que fuera un Estado del Sur, limítrofe con México, en donde, debido a las altas tasas de rebeldía penal por delitos graves, se planteara la necesidad de permitir el enjuiciamiento del rebelde en su total ausencia (sin exigir su presencia al inicio del juicio).

(246) Vid. STARKEY, J. G., “Trial in Absentia”, cit., p. 727, nota 31.

(247) 464 F.2d 1202 (2d Cir.). *Santoro versus United States* (409 US 1063 [1972]). Vid. ANOLIK, I., and GRISWOLD, E. N., *Santoro (Samuel) versus U. S. Supreme Court Transcript of Record with Supporting Pleading*, Gale Ecco, U. S. Supreme Court Records, Charleston S. C., 2011.

regla 43 de las *Federal Rules*, en cuanto al derecho a estar presentes en el inicio del juicio.

Pues bien, en la citada sentencia se estableció que «como cualquier garantía constitucional, el derecho del acusado a estar presente en el juicio puede ser renunciado»(248), afirmando textualmente que «aunque hasta la fecha, con excepción de los tribunales de un Estado(249), la renuncia solo se ha admitido si el acusado estuvo presente al inicio del juicio, no vemos razón para no admitir lo mismo cuando el acusado está ausente antes de que el jurado haya sido seleccionado (inicio del juicio)». Partiendo así de que la renuncia de los derechos se caracteriza por la una voluntad ejercida con conocimiento de las consecuencias que de dicha renuncia pueden derivarse, se entiende que «la ausencia deliberada de quien sabe que está acusado en un proceso penal y que el juicio comenzará un día determinado, indica, nada más ni menos, que una intención por obstruir la ordenada prosecución de la justicia, siendo que ningún acusado tiene el derecho unilateral de fijar el tiempo o las circunstancias bajo las cuales será juzgado»(250), siendo así que «cuando un juez designa una fecha para el juicio, la obligación del acusado es comparecer ante el Tribunal en esa fecha (...) Y es que, sin la existencia de esta obligación, la disposición de las causas penales quedaría sujeta a los caprichos de los acusados, que podrían así frustrar a la justicia mediante su ausencia a los juicios. Hoy más que nunca, el interés público exige que los procesos penales sean tramitados con diligencia, y cuanto mayor sea el retraso entre la acusación y la fecha del juicio, mayor será la probabilidad de que los testigos no puedan aparecer o que sus recuerdos se hayan desvanecido y su testimonio sea menos convincente (...). La ausencia consciente y deliberada de un acusado no priva al tribunal de la potestad para iniciar el juicio y proseguirlo hasta que se alcance un veredicto».

Ahora bien, para que sea posible este enjuiciamiento del rebelde penal es necesaria que la adopción de la decisión de enjuiciarlo esté rodeada de unas garantías, y así «el juez debe comprobar que el acusado ha tenido una notificación adecuada de los cargos y procedimientos que existen en su contra», por lo que «debe constar

(248) Con cita expresa de la Sentencia del caso *Snyder versus Massachusetts* (291 US 97 [1934]).

(249) Se refería así al Estado de Arizona, Sentencia del caso *State versus Tacon* (107 Ariz. 353, 488 P.2d 973 [1971]), ratificada por sentencia 407 U. S. 909 [1972].

(250) Citando a continuación expresamente la Sentencia *U. S. versus Bentvena* (319 F.2d 916 (2d Cir.) (cert. Deneg. 375 U. S. 940, 84 S. Ct. 345, 11 L. Ed. 2d 271 [1963]).

claramente en el expediente que se informó al acusado cuándo debía iniciarse el procedimiento y que voluntariamente, con conocimiento de causa y sin justificación, no estuvo presente en el momento y lugar designados antes de que el juicio pudiera proceder en su ausencia, lo cual asegura que al acusado se le ha concedido la oportunidad de estar presente en todas las etapas críticas del juicio contemplado en la regla 43 de las *Federal Rules*, y por lo tanto, se le garantiza el derecho al debido proceso. En definitiva, habiendo recibido una notificación efectiva de cuándo se llevará a cabo el proceso, en ausencia de alguna excusa convincente, el acusado no puede obstruir el curso de la justicia al ausentarse del proceso».

En la citada línea garantista, poco después, se pronunciaría la sentencia del caso *Tacon versus Arizona*(251), cuya decisión data de 21 de febrero de 1973. Aquí Tacon fue condenado en rebeldía a una pena de prisión de entre cinco y cinco años y seis meses, por un delito de tráfico de marihuana. Su ausencia fue debida a que, sin bien antes del inicio del juicio abandonó voluntariamente, tras ser licenciado del ejército, el Estado de Arizona, para marchar al de Nueva York, si no acudió al mismo fue por defectos en la notificación (retraso de correos en su entrega) y por las dificultades económicas que tuvo para poder hacer el viaje, llegando finalmente a Arizona cuando el juicio ya había concluido. Es por ello que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, luego de entender que la cuestión en este caso de si la renuncia (tácita) a estar presente en el juicio estaba lejos de ser una frivolidad, y subrayar que el acusado ni huyó ni se escondió de la justicia, recordó que «la renuncia es ordinariamente una renuncia voluntaria o el abandono de un derecho o privilegio con conocimiento de ello, por lo que la determinación de si ha habido una renuncia voluntaria y consciente del derecho debe depender, en cada caso, de los hechos y circunstancias particulares que rodean ese caso, incluyendo los antecedentes, la experiencia y la conducta del acusado», siendo que en el caso enjuiciado no podía llegarse a la consideración de entender que el acusado había voluntariamente renunciado a su derecho a estar presente en el juicio.

Esta línea aperturista hacia la admisión del juicio del rebelde penal (desde el inicio del juicio) se fue consolidando, frente a la dicción literal de la regla 43 de las Reglas Federales que inicialmente partía de la exigencia taxativa de estar presente el acusado desde la comparecencia inicial hasta el dictado de la sentencia, siendo así que la propia regla 43 fue sucesivamente enmendada a partir de los años setenta. Sin embargo, en el año 1993 el Tribunal Supremo Federal dio un paso

(251) Arizona 353, 488 P.2d 973 (1971), 410 U. S. 351 (1973).

atrás y volvió a exigir que el acusado estuviera al menos presente en el comienzo del juicio, avalando por tanto el juicio en ausencia solo en los supuestos de rebeldía sobrevenida a dicha fase judicial. Este cambio jurisprudencial fue dado en la Sentencia *Crosby versus United States*, de 13 de enero de 1993(252). Michael Crosby, junto a otras personas, fueron acusadas de una estafa consistente en vender fraudulentamente unos medallones conmemorativos del ejército norteamericano con el falaz argumento de que las ganancias serían destinadas a financiar un parque temático en honor a los militares veteranos. Después de comparecer y declararse no culpable ante el magistrado federal del distrito de Minnesota, fue puesto en libertad bajo fianza y con la obligación de permanecer en el Estado, compareciendo posteriormente para ser citado a la celebración del juicio, siendo así que llegado el día del mismo no compareció, realizándose gestiones infructuosas para su localización y constatándose que había abandonado su domicilio, por lo que el Tribunal, a la vista de los perjuicios que la suspensión del juicio acarrearía, tanto para el Jurado ya constituido como para la propia agenda del órgano judicial, decidió que, estando presentes el resto de acusados y todos los letrados, procedía el enjuiciamiento en ausencia, decisión que luego tumbó el Tribunal Supremo Federal en la sentencia que cometamos, al señalar que según la dicción textual de la regla 43 de las Reglas Federales del Procedimiento Penal la excepción al deber de estar presente el acusado en el juicio solo estaba en ese momento referida a los casos en los que el mismo se ausenta de manera voluntaria una vez iniciado el juicio, siendo por tanto obligatoria su presencia en dicho momento procesal(253).

Siguiendo esta estela jurisprudencial, la citada regla 43 se ha ido enmendando desde la sentencia *Crosby versus United States*, haciéndolo de manera sucesiva en los años 1998, 2002 y 2011, quedando finalmente perfilados los supuestos en lo que cabe el enjuiciamiento en rebeldía: a) ausencia sobrevenida una vez comparecido al inicio del juicio y siempre que no sea un delito castigado con pena capital; b) ausencia total (incluido el inicio del juicio) en los casos de delitos menores (castigados con multa o prisión de hasta un año de duración)

(252) *Crosby versus United States* (506 US 255 [1993]).

(253) Sobre la «doctrina Crosby», *vid.* CAREY, M. E., “Recent Developments: Crosby v. United States: Criminal Trial May Not Proceed if Defendant Is Not Present at Commencement of Trial”, en *University of Baltimore Law Forum*, vol. 23, núm. 3, Spring 1993, pp. 22 y s. TASSARA, L., “Trial in Absentia: Rescuing the Public Necessity Requirement to Proceed with a Trial in the Defendant’s Absence”, *cit.*, pp. 164 y ss.

siempre que lo solicite por escrito (cabiendo en estos casos también la comparecencia por videoconferencia); c) cuando el acusado sea expulsado de la sala por el Tribunal en ejercicio de la competencia de policía de estrados, y d) cuando el acusado sea una persona jurídica representada por un abogado que está presente en el juicio.

III.4 El modelo del Derecho continental: notas características

Pero dejemos el Derecho del *Common Law*, y centrémonos ahora en el Derecho continental europeo, en donde se enmarca nuestro ordenamiento jurídico. Y lo primero que tenemos que señalar es que, fruto de la herencia romano-germánica, en los ordenamientos europeos continentales podemos encontrar unas notas comunes a la hora de regular la rebeldía penal, y ello sin desconocer, no obstante, la existencia de importantes características diferenciadoras.

En efecto. El principal denominador común que encontramos en los distintos ordenamientos procesales europeos a la hora de regular la rebeldía penal lo aporta la normativa supranacional representada por los tratados y convenios internacionales ratificados por los distintos países y que, como es bien sabido, quedan así integrados en su normativa interna y obligan a interpretar ésta a la luz de aquéllos. En este sentido, y como punto de partida, resulta de singular interés el estándar mínimo que garantiza el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en donde, a la hora de perfilar el derecho a un juicio justo, se establecen una serie de garantías, entre las cuales *se ha querido ver* el derecho del acusado a comparecer en el juicio. Y me explico. El tenor literal del artículo 6.1 del citado Convenio reza textualmente: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley...». Repárese que aquí, a diferencia de otros textos internacionales⁽²⁵⁴⁾, no se hace

(254) Textos internacionales que sí concretan el derecho del acusado a ser personalmente oído por el Tribunal. Así, por ejemplo, el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que «*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial*, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal». Y en el mismo sentido, el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala; «*Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial*, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella...», y en el art. 14.3 precisa: «*Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho*, en plena

referencia al derecho de la persona a ser oído por el Tribunal, que garantizaría por tanto el derecho a estar presente en el juicio, sino que el derecho es a que «la causa» sea oída, pública y equitativamente, por un Tribunal, algo que perfectamente puede cumplirse en los juicios celebrados sin la presencia del acusado. Es por ello que, con todo acierto, se ha dicho(255) que ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos(256) el que, en su jurisprudencia, «ha descubierto» el citado derecho en las entretelas del art. 6, entendiéndose así que, aunque efectivamente no lo contemple de manera expresa, se ha de considerar incluido implícitamente dentro de las garantías exigibles en un proceso equitativo.

Se parte así del principio de que, como regla general, el juicio penal ha de celebrarse con la presencia del acusado, lo cual no obsta para que, sobre la base del reconocimiento del derecho del acusado a estar presente en el juicio, los diversos ordenamientos nacionales puedan regular los distintos supuestos en los que cabría el enjuiciamiento en ausencia del mismo, ya por voluntad expresa de éste o porque se hubiera sustraído a la acción de la justicia. Y es que el mismo Tribunal Europeo de Derecho Humanos, que ha consagrado «ex novo» el derecho del acusado a estar presente en el juicio(257), es el que también,

igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d) *A hallarse presente en el proceso* y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo».

(255) HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a un proceso penal equitativo», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 115 (Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos), 2009, p. 357.

(256) En este sentido, *vide* SSTEDH de 12 de febrero de 1985 (*caso Colozza contra Italia*) o de 24 de mayo de 2007 (*caso Da Luz Domingues Ferreira contra Bélgica*).

(257) La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado la cuestión de si el derecho a estar presente en el juicio es predicable solo del juicio de instancia o es también referible a las vistas de los ulteriores recursos (apelación, casación), señalando al respecto que, en relación a la apelación la presencia del acusado a la misma en modo alguno reviste la misma importancia que en la primera instancia, por lo que los diversos ordenamientos tienen capacidad para establecer el grado de participación personal del acusado en esta fase procesal (STEDH de 19 de diciembre de 1989, *caso Kamasinski contra Austria*), señalando incluso que la exigencia de tener que personarse para poder recurrir no es una carga desproporcionada (STEDH de 23 de julio de 2020, *caso Chong Coronado contra Andorra*). En la misma línea, respecto al recurso de casación, ha señalado que el modelo casacional propio de cada país puede negar la participación del acusado ante la Corte Casacional, pudiendo excluir al mismo en favor del «monopolio del uso de la palabra a abogados especializados» (STEDH de 26 de julio de 2002, *caso Meftah et alt., contra Suiza*).

en su jurisprudencia, ha abordado la posibilidad de su enjuiciamiento en ausencia, siempre que concurren determinadas condiciones. Por decirlo sintéticamente, podemos señalar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha supeditado la aceptación del enjuiciamiento en ausencia del acusado a que la misma nunca sea debida a causas no imputables al mismo (desconocimiento de la citación, imposibilidad física de acudir, el estar privado de libertad, ingresado en un centro hospitalario...)(258), señalando expresamente respecto a los supuestos de rebeldía o contumacia que cuando existe una clara, expresa y recepticia voluntad del acusado de no comparecer a juicio, no resulta «en principio» reprobable, desde los parámetros del Convenio, ni el enjuiciamiento en ausencia del rebelde, ni, en su defecto, el uso de mecanismos de aseguramiento (incluida «cierta coerción»)(259) o de extradición (entendida ésta en sentido amplio) que permitan el enjuiciamiento con su presencia(260), subrayando en todos estos casos la necesidad de realizar un juicio de ponderación que, balanceando la legítima consecución de la eficacia del proceso penal con el derecho de defensa del acusado, permita dar una respuesta proporcional(261), entendiéndose en todo caso que existe vulneración del art. 6 cuando el acusado ha tenido una imposibilidad real de participar de manera activa en su defensa(262).

En una línea similar, se ha movido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que a la hora de compaginar el derecho a un proceso equitativo y recibir una tutela judicial efectiva, contemplado en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en donde, en parecidos términos al art. 6 del Convenio Europeo solo establece el derecho de toda persona a «que su causa sea oída» equitativa y públicamente por un juez independiente e imparcial) y los derechos de defensa garantizados en el art. 48 de la

(258) Ampliamente, por todas, *vide*, además de caso *Colozza* ya citado: SSTEDH de 28 de agosto de 1991 (caso *FCB contra Italia*), 20 de marzo de 2005 (caso *Harizi contra Francia*), 1 de marzo de 2006 (caso *Sejdovic contra Italia*), 8 de junio de 2006 (caso *Kaya contra Austria*), 3 de diciembre de 2009 (caso *Aliyjev contra Bulgaria*), 14 de enero de 2010 (caso *Popovitsi contra Grecia*), 24 de abril de 2012 (caso *Haralampiev contra Bulgaria*), 5 de noviembre de 2013 (caso *Izet Haxhia contra Albania*), 6 de octubre de 2015 (caso *Coniac contra Rumanía*), 25 de septiembre de 2018 (caso *K contra Albania*), 20 de febrero de 2020 (caso *Jafarzade contra Azerbaijan*) y 4 de junio de 2020 (caso *Vlasova y otros contra Rusia*).

(259) STEDH de 23 de noviembre de 1993 (caso *Poitrimol contra Francia*).

(260) Por todas, SSTEDH de 14 julio de 2001 (caso *Medinica contra Suiza*) y 10 de noviembre de 2004 (caso *Sejdovic contra Italia*).

(261) *Vide* SSTEDH de 21 de enero de 1999 (caso *Van Geyselghen contra Bélgica*) y 13 de febrero de 2001 (caso *Krombach contra Francia*).

(262) STEDH de 26 de julio de 2018 (caso *B. contra Georgia*).

misma (en donde solo se hace una referencia general a que «se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa»), ha terminado igualmente reconociendo que «el derecho del acusado a comparecer en el juicio constituye un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo», lo que no ha de significar que tal derecho sea un derecho absoluto, por lo que no se vulnerará el mismo en los supuestos de enjuiciamiento en su ausencia cuando el acusado tuvo cumplido conocimiento de la fecha y lugar del juicio y no se presentó de forma voluntaria, siendo entonces enjuiciado con la presencia de su abogado(263).

Por lo que aquí y ahora nos interesa, es importante dejar subrayado que ha sido en primer lugar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y más concretamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y luego la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las que han venido a fijar un «núcleo duro» de la regulación del rebelde penal, en el sentido de, aun partiendo del reconocimiento del derecho del acusado a asistir al juicio, entender dable la admisión del enjuiciamiento en su ausencia cuando se den las previsiones antes dichas. Es pues esta normativa la que habría de tener nuestro ordenamiento jurídico como marco referencial, un marco referencial que, repetimos, en modo alguno proscribiera el enjuiciamiento del rebelde.

Pasemos, pues, a continuación, a exponer, siquiera someramente, la regulación que de la rebeldía penal hacen algunos de los países de nuestro entorno.

III.5 El ordenamiento francés

Desde principios del siglo XIX, concretamente desde el Código de Instrucción Criminal de 1808, el ordenamiento francés del Nuevo Régimen venía permitiendo los juicios en ausencia para determinados delitos(264), estableciendo una regulación que en lo básico se ha mantenido durante casi dos siglos, pues el Código Procesal Penal de 1959 no hizo sino seguir los postulados de la citada instrucción decimonónica(265). Dicha normativa tenía una clara influencia del

(263) Por todas, STJUE, Gran Sala, de 26 de febrero de 2013 (*asunto Meloni*) y STJUE, Sala 1.ª, de 6 de septiembre de 2012 (*asunto Trade Agency*).

(264) Con fundamentos que se remontan a la Ordenanza Criminal de 26 de agosto de 1670, dada por Luis XIV.

(265) Para una visión general de la historia de la contumacia penal en el país galo puede verse LAINGUI, A., «Histoire de la procédure de contumace en France», en VV. AA., *Contumace et Défaut criminel*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 259 y ss.

modelo inquisitivo, siendo que el procedimiento contumacial presentaba varias notas singulares que lo alejaban del acusatorio. Se trataba, en efecto, de un procedimiento fundamentalmente escrito, que se ventilaba ante jueces profesionales y no ante un jurado, y en el que la asistencia letrada estaba vetada (art. 630 del Código Procesal Penal); la sentencia condenatoria del rebelde no podía apreciar atenuantes (art. 632) ni ser recurrida en casación (art. 636), siendo solo posible que, si el acusado comparecía antes de que la pena impuesta hubiese prescrito, cabría la «*purge*», es decir, la anulación de la sentencia y la celebración de un nuevo juicio con la presencia del acusado (art. 639).

Desde la década de los noventa de la pasada centuria, esta regulación fue objeto de duras críticas por parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos, y muy particularmente por la Sentencia de 23 de noviembre de 1993 (caso *Poitrinol contra Francia*), en donde se entendió vulnerado el derecho a un juicio justo por las limitaciones del derecho de defensa e imposibilidad de acceso a la casación que contenía la antes citada regulación⁽²⁶⁶⁾. Sin embargo, fue la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2001 (caso *Krombach contra Francia*) la que dejó definitivamente «tocado» al sistema francés de enjuiciamiento en ausencia. Y es que en esta sentencia se critican arduamente las limitaciones del derecho de defensa que tenía el rebelde penal, muy particularmente la previsión del citado artículo 630 del Código de Procedimiento Penal, que expresamente señalaba que «Ningún asesor ni procurador judicial podrá presentarse en nombre del rebelde». Frente a dichas previsio-

(266) No obstante señalar que la votación de esta sentencia fue favorable a la estimación de la demanda por cinco votos frente a cuatro, siendo así que en el voto particular formulado por el juez Pettiti se afirmaba: «He votado con la minoría la no violación del artículo 6 del Convenio. En mi opinión, la decisión de la mayoría introduce exigencias procesales en el proceso penal que van más allá de las contenidas en el artículo 6. El derecho de todo acusado a ser defendido por un abogado de su elección o nombrado de oficio, no significa que el acusado que se sustrae voluntariamente y sin excusa legítima a la presencia ante el Tribunal cuando es regularmente y efectivamente convocado, pueda ser representado por un abogado para ser juzgado con efecto de juicio contradictorio. La obligación de comparecer es un elemento esencial del proceso penal. Hay que respetar los derechos de las víctimas y partes civiles que serían, en caso contrario, privados de la posibilidad de interrogar al acusado. Esta facultad de representación es concebible para los delitos menores: cada legislación nacional puede definir el umbral de pena que permita o no la representación por un abogado. Se puede concebir igualmente que en la fase de casación la facultad de recurrir pueda abrirse incluso a quien no haya comparecido en apelación. Si el acusado puede eludir cualquier comparecencia, esto obstaculizará el que el proceso sea justo de acuerdo con el artículo 6, teniendo en cuenta a los recurrentes, víctimas y partes civiles».

nes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recordando las garantías mínimas que ya se contemplaban en Resolución (75) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa(267), y partiendo de la consideración de que «un procedimiento que se desarrolla en ausencia del inculpado no es en sí mismo incompatible con el Convenio, si puede conseguir posteriormente que un tribunal resuelva de nuevo, tras haberle oído, sobre el fundamento de la acusación de hecho y de derecho», afirmó que «Aunque no absoluto, el derecho de todo acusado a ser efectivamente defendido por un abogado, dado el caso designado de oficio, figura entre los elementos fundamentales de un proceso equitativo. Un acusado no pierde este derecho por el mero hecho de su ausencia en los debates. Incluso si el legislador debe poder desanimar las abstenciones injustificadas, no puede sancionarlas derogando el derecho a la asistencia de un defensor».

A partir de ese momento, el Estado francés se planteó la necesidad de reformar en profundidad su sistema de enjuiciamiento en rebeldía, siendo que ello tuvo lugar con la Ley núm. 204, conocida *Ley Perben II*, de 9 de marzo de 2004(268), que instituye un procedimiento de rebeldía (*procédure de défaut criminel*) que viene a solventar alguna de las tradicionales deficiencias antes señaladas, que como dijimos, se remontaban a hace dos siglos. Ahora el procedimiento en rebeldía deja de ser un proceso especial y se rige por las reglas del procedimiento común, si bien con sus normas particulares, lo que hace que el principio acusatorio y el derecho de defensa queden reforzados.

En la actualidad el procedimiento en rebeldía viene así regulado en los artículos 379-2 a 380 del Código Procesal Penal francés. Así se entiende que cabrá el enjuiciamiento en rebeldía cuando el acusado esté ausente sin una excusa válida en el momento de apertura del juicio oral, o cuando la ausencia del acusado se verifique en el curso de las sesiones del juicio y no sea posible suspenderlas hasta que se persone (art. 379.2). Para decidir sobre el enjuiciamiento en rebeldía el

(267) Según las cuales, «1. Nadie podrá ser juzgado si no ha recibido previamente y efectivamente una citación entregada en tiempo útil para permitirle comparecer y preparar su defensa, salvo si está establecido que se ha sustraído voluntariamente a la justicia [...]. 4. No procede juzgar al inculpado en su ausencia si es posible y oportuno transmitir el procedimiento a otro Estado o presentar una demanda de extradición. 5. Cuando el inculpado es juzgado en su ausencia, se procede a la administración de las pruebas en la forma habitual, y la defensa tiene el derecho de intervenir [...]. 7. Toda persona juzgada en su ausencia debe poder impugnar la sentencia por todas las vías de recurso que le habrían sido posibles si hubiera estado presente».

(268) La Ley tomaba su nombre del ministro de Justicia que la impulsó, Dominique Perben, y tenía como principal objeto una amplia reforma en materia de delincuencia organizada.

tribunal examinará el asunto y resolverá sobre la acusación sin la asistencia de los jurados, salvo si estuvieran presentes otros acusados juzgados simultáneamente durante las sesiones, o si la ausencia del acusado hubiera sido constatada tras el inicio de las mismas. Si un abogado estuviera presente para asegurar la defensa de los intereses del acusado ausente, el procedimiento se desarrollará conforme a las disposiciones de los artículos 306 a 379-1, es decir, de manera ordinaria, con la lógica excepción de las disposiciones relativas al interrogatorio o a la presencia del acusado. En ausencia de abogado para asegurar la defensa de los intereses del acusado, el tribunal resolverá sobre la acusación tras haber oído a la parte civil o a su abogado y los requerimientos del ministerio fiscal. En caso de condena a una pena firme privativa de libertad, el tribunal expedirá orden de detención contra el acusado, salvo si ésta hubiera sido ya expedida (art. 379.3). Como garantía del enjuiciamiento en rebeldía se prevé expresamente (art. 379.4) que, si el acusado condenado en rebeldía se entregara o fuera detenido antes de la extinción de la pena por prescripción, la sentencia de la *Cour d'assises* se entenderá anulada y se procederá a un nuevo examen del asunto por el mismo Tribunal. En cualquier caso, la persona condenada en rebeldía no puede recurrir en apelación (art. 379.5).

III.6 La rebeldía en Alemania

En Alemania, el mandato constitucional de que «todos tendrán derecho a ser oídos ante un Tribunal» (art. 103.1 de la *Grundgesetz*) se conjuga con la tradicional desconfianza que el ordenamiento procesal penal germano ha mostrado ante la posibilidad de realizar juicios penales sin la presencia del acusado, mor al respeto al principio de inmediación. En este sentido ya escribía Baumann que(269): «El acusado debe ver lo que ocurre y escuchar lo que se expone (principio de la oralidad) y poder ajustar su defensa conforme a ello. El proceso penal produce consecuencias jurídicas demasiado terminantes como para consentir que un procedimiento se lleve a cabo en ausencia del acusado. Este criterio vale incluso si el acusado no quiere estar presente. Aquí se presenta, por un lado, el pensamiento de que es imposible renunciar a un derecho de tanta trascendencia (el de estar presente) y, por el otro, aquel según el cual el juez puede valorar libremente, en la apreciación de la prueba, el comportamiento del acusado (deber de estar presente por motivos referentes a la investigación de la

(269) BAUMANN, J., *Derecho procesal penal* ..., cit., pp. 87 y s.

verdad)». Ello explica que el párrafo 1.º del § 230 de la Ordenanza Procesal Penal (*Strafprozessordnung*), no deje, en principio, lugar a dudas: «no se celebrará un juicio oral contra el acusado que se encuentre ausente»(270), por lo que se prevé (§ 230.2) que si dicha ausencia no estuviera debidamente justificada, el Tribunal podrá ordenar que para el próximo señalamiento el acusado sea conducido por la Fuerza Pública o puede dictar directamente una orden de detención, limitada a la duración del juicio, siendo que para todo ello se entiende que es necesario que en la citación a juicio que se hizo al acusado, se le aperciba de estas posibles consecuencias derivadas de su voluntaria incomparecencia, siendo el principio de proporcionalidad el que motiva que la detención sea una medida subsidiaria respecto a la mera conducción forzosa(271).

Sin embargo, pese a lo dicho, y como la “realidad se impone”, el ordenamiento alemán no ha podido dejar de dar respuesta a determinadas manifestaciones de la ausencia del acusado en el juicio que, por obvias razones de sentido común, deben tener una cumplida acogida. Y así, en parecidos términos a lo que ocurre en nuestro ordenamiento, podríamos distinguir entre el enjuiciamiento del rebelde propiamente dicho, esto es, de quien no está a disposición de la justicia, y el enjuiciamiento en ausencia del acusado que sí lo está.

1. Empezando por este último, hemos de decir que el “*enjuiciamiento en ausencia*” del acusado que se encuentra a disposición de la justicia, tiene en el ordenamiento germánico varias manifestaciones(272).

Así, en primer lugar, existen provisiones expresas que en realidad se refieren a la posibilidad de que el acusado «no esté presente en todas las sesiones del juicio», ya porque, una vez que hubiera declarado, así lo solicitara, y el Tribunal lo entendiera dable por considerar que ya no es necesaria su participación (§ 231), bien porque desplegara una conducta dolosa tendente a impedir celebrar el juicio (§ 231

(270) § 230.1: “Gegen einen ausgebliebenen Angeklagten findet eine Hauptverhandlung nicht statt”.

(271) Resaltando estas garantías, ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, cit., p. 371.

(272) Detenidamente estudiadas por STEIN, U., “Die Anwesenheitspflicht des Angeklagten in der Hauptverhandlung”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 97, núm. 2, 1985, pp. 303 y ss. Véase también, MAATZ, K. R., “Die Fortsetzung der Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten”, en *Deutsche Richterzeitung*, núm. 91, 1991, pp. 200 y ss. Comentarios con bibliografía pueden verse en LÖWE-ROSEMBERG (Hrsg., von Peter Rieß), *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO Grosskommentar*, 25 auflage, IV band, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2001, pp. 217 y ss.

a)(273), o porque el acusado tenga que ser expulsado de la Sala durante el juicio por manifestar una conducta inadecuada y obstativa al buen desarrollo del mismo (§ 231 b).

Junto a ello, existen asimismo supuestos en los que la Ordenanza procesal alemana permite juzgar al ausente en atención a la menor entidad de los asuntos a juzgar: serían los casos que se trate de juzgar delitos castigados con pena de multa (de hasta 180 días multa), privación del derecho a conducir vehículos o confiscación (§ 232); cuando tratándose de delitos que llevan multa superior o pena de prisión de hasta seis meses de duración, el acusado así lo solicita expresamente y el Tribunal, luego de escucharlo accede a dispensarle de su deber de acudir al juicio (§ 233); cuando se juzgan «delitos privados» (entiéndase, perseguidos solo por acción privada), en donde se permite que el acusado comparezca mediante un representante legal (§ 387); o cuando hay juicio en el procedimiento por mandato (equivalente a nuestro procedimiento por decreto) por haberse planteado por el acusado oposición (§ 412). Paralelamente, y por razones de carencia de relevancia, se entiende innecesaria la intervención del acusado en las fases de apelación y casación (§§ 329 y 350).

Existen asimismo supuestos, contemplados en el § 247, en los que se acuerda una «ausencia temporal» del acusado motivadas por dos tipos de razones: el primero por concurrir un interés superior de la justicia, siendo ello lo que acontece en los casos en los que el acusado tiene que abandonar la sala para permitir que un testigo (o un coacusado) declare sin sentirse intimidado por su presencia, o porque el que declara es un menor edad que, por dicha circunstancia, también puede sentirse coartado(274); y en segundo lugar, cuando por razones de salud del propio acusado, se entiende conveniente que éste abandone la Sala por un tiempo. Para cualquiera de estos supuestos, el citado precepto dispone que tan pronto el acusado vuelva a la Sala deberá ser informado por el juez del contenido de lo practicado sin su presencia. No obstante, hemos de señalar que los loables fines de protección de

(273) Este párrafo es conocido como «*parágrafo de la huelga de hambre*», ya que fue introducido para dar respuesta a los casos en los que acusados de terrorismo se ponían en tal situación con la finalidad de invocar que no se hallaban en condiciones físicas de ser sometidos a juicio. Así el precepto prevé que, una vez consultado al médico, el Tribunal puede acordar el enjuiciamiento en ausencia del acusado si evidencia que efectivamente estamos ante la presencia de una artimaña dolosa del mismo.

(274) Detallado estudio al respecto de dicha protección de los testigos, específicamente en el ámbito del enjuiciamiento de delitos sexuales, puede verse en ULLRICH, C., *Schutz des verletzten Zeugen durch Entfernung des Angeklagten gemäß StPO 247 im Bereich der Sexualdelinquenz*, LIT Verlag, Münster, 1998.

los testigos previstos tradicionalmente en el § 247 han sido colmados más fácilmente por las nuevas tecnologías y así, en 1998 la Ley de protección de testigos introdujo el § 247a, que permite garantizar el testimonio de los citados testigos mediante su deposición por videoconferencia, algo muy generalizado en el caso de menores(275).

2. Junto a estos supuestos de enjuiciamiento en ausencia del acusado, tendríamos lo que técnicamente sería la *rebeldía penal*, es decir, el estatuto del sujeto procesal que no se encuentra a disposición de la justicia, bien porque “se hallan ilocalizados al desconocerse su paradero, o porque se encuentran en el extranjero y su comparecencia a juicio no resulta factible o razonable”, definición ésta que textualmente hace el § 276(276).

Para estos casos, inicialmente existía la regulación de todo un procedimiento dedicado al enjuiciamiento de los rebeldes(277) que, bajo la rúbrica «procedimiento contra ausentes» (*Verfahren gegen Abwesende*), estaba recogida en el capítulo VIII del Libro II de la Ordenanza Procesal Penal (§§ 276-295). Esta regulación no escapó a duras críticas, muy especialmente en los años setenta, por entenderla conculcadora de los principios de audiencia e intermediación y del derecho de defensa(278), llegándose a afirmar que tal procedimiento estaba «agotado» (279), lo que propició que en la reforma de 2 de marzo de 1974(280) se suprimiera la posibilidad de enjuiciamiento del rebelde (derogando los §§ 277 a 284), siendo ahora en tal sentido taxativo el tenor del § 285.1, según el cual «contra un ausente (léase rebelde) no tendrá lugar ningún juicio oral»(281), quedando pues circunscrita la regulación vigente a asegurar las fuentes de prueba (§ 289) y a forzar la comparecencia del

(275) Vid. SCHEUMER, M., *Videovernehmung kindlicher Zeugen: zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes*, Universitätsverlag, Göttingen, 2007.

(276) § 276: “Ein Beschuldigter gilt als abwesend, wenn sein Aufenthalt unbekannt ist oder wenn er sich im Ausland aufhält und seine Gestellung vor das zuständige Gericht nicht ausführbar oder nicht angemessen erscheint”.

(277) Regulación que, contemplada en la Ordenanza desde sus inicios, recogía la herencia de una tradición secular, ya estudiada por Hugo MEYER en su conocida monografía, *Das Strafverfahren gegen Abwesende, geschichtlich dargestellt und vom Standpunkt des heutigen Rechts geprüft*, Verlag von Georg Reimer, Berlin, 1869.

(278) Así, por todos, OPPE, W., “Das Abwesenheitsverfahren in der Strafprozeßreform”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Jahrg. 5, März 1972, pp. 56 y ss.

(279) DÜNNEBIER, H., “Das Kontumazialverfahren ist abgeschafft”, en VV. AA. (Herausgegeben von Hans Lüttger in Verbindung mit Hermann Blei und Peter Hanau), *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag: am 1. Januar 1972*, Walter de Gruyter, Berlin, 1972, pp. 669 y ss.

(280) Reforma llevada a cabo en la Ordenanza procesal por la Ley de introducción al Código penal –*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*– de 2 de marzo de 1974, con entrada en vigor el 1 de enero de 1975.

(281) § 285.1: “Gegen einen Abwesenden findet keine Hauptverhandlung statt”.

rebelde a través de embargos coactivos de su patrimonio (§§ 290-294) y «salvoconducto de libertad» (§ 295), siendo que para la adopción de las mismas el ausente puede estar representado por un abogado (§ 286), si bien el rebelde no tiene derecho a que se le notifiquen las resoluciones (§ 287), pudiendo ser mediante edictos públicos como se le requiera para comparecer (§ 288).

Respecto al aseguramiento de prueba, se establece que después de la apertura del juicio oral el juez puede acordar que se tomen las pruebas que crea necesarias (§ 289), pruebas anticipadas que lógicamente servirán para juzgar al rebelde en caso de que sea habido.

En cuanto a los mecanismos tendentes a forzar la comparecencia del rebelde, la orden de incautar los bienes de éste exige como presupuesto que el delito del que se le acusa lleve aparejada pena de prisión superior a los seis meses de duración o multa de más de ciento ochenta días, y que concurran los mismos requisitos que exigiría la emisión de una orden de detención (§ 290), siendo que tal embargo patrimonial(282) cesará tan pronto desaparezcan los motivos que llevaron a acordarlo (§ 293), tales como la aparición del rebelde o el archivo definitivo del procedimiento por cualquier motivo (fallecimiento del rebelde, prescripción...). Y por lo referible al «salvoconducto de libertad», consistente en garantizar al rebelde el quedar exento de ser detenido si, antes del juicio, se presenta voluntariamente ante el Tribunal (§ 295), solo señalar que la doctrina ha sido muy crítica respecto a la virtualidad práctica de esta medida(283), ante la exigencia de caución para su adopción y el hecho de que se revoque automáticamente en caso de condena a pena de prisión.

Una vez concluida la fase de investigación y constatada por el Tribunal la evidente rebeldía del acusado, se procede a la suspensión del procedimiento (§ 205), a través de un auto que acuerda el sobreseimiento provisional, resolución recurrible en queja conforme a lo dispuesto en el § 304.

(282) La resolución por la que se acuerda la incautación patrimonial del rebelde ha de ser obligatoriamente publicada en el Boletín Oficial de Alemania y, discrecionalmente, en cualquier otro medio que determine el Tribunal (§ 291), siendo que, desde la publicación en aquél, el rebelde pierde el derecho de disponer «inter vivos» de los citados bienes (§ 292).

(283) Por todos, ROXIN, C., *Derecho procesal penal...*, cit., p. 521.

III.7 El caso del Derecho italiano

Particular interés presenta el modelo italiano de rebeldía, dadas sus peculiaridades y reformas tenidas, lo que justifica que nos ocupemos de él con un poco de mayor detalle. Y es que, con una herencia secular a sus espaldas(284), el ordenamiento procesal penal italiano ha venido realizando una detallada y detallista regulación de la situación en que se encuentra la persona que, sometida a un proceso penal, no se halla, o deja de hallarse, a disposición de la justicia. Ello ha propiciado que se lleguen a distinguir hasta cuatro situaciones diferentes.

En la fase inicial de proceso, la referida a la indagación preliminar llevada a cabo por el Ministerio Público, puede ocurrir que cuando se va a realizar la primera notificación a un imputado que se encuentra en libertad, éste no sea hallado, encontrándose por tanto en estado de «*irreperibilità*» (ilocalizable), un concepto que no aparece formalmente recogido hasta el Código Procesal Penal italiano de 1930 (art. 170), pues los Códigos de 1865 y 1913 no contenían sino una regulación general del modo de realizar las notificaciones(285), siendo que sobre sus previsiones la mejor doctrina(286) definió al *irreperibile* como «aquella situación objetiva de falta de una dirección del imputado que sea útil a efectos de notificación». Para estos casos, el Código de 1930 preveía una regulación «pro actione», en el sentido de que el interés de la misma era la prosecución del procedimiento, para lo que se entendía suficiente que una vez se dictara el decreto de «*irreperibilità*» y se le nombrara al imputado un abogado, las notificaciones se entenderían hechas a éste mediante el depósito de las mismas en la secretaría (judicial o del ministerio fiscal) y el abogado quedaba habilitado para representar al imputado en todas aquellas actuaciones procesales, salvadas aquellas que la ley obligase a que fueran realizadas personalmente por el imputado o por un procurador especial. Sin embargo, la reforma llevada a cabo en 1955, por impulso del reconocimiento constitucional (1947) del derecho de defensa como un derecho fundamental inviolable, supuso una potenciación en la posi-

(284) Ampliamente al respecto, por todos, puede verse, MOSCARINI, P., *La contumacia dell'imputato*, Giuffrè, Milano, 1997, esp. pp. 7 a 240.

(285) Así, por ejemplo, el art. 112 del Código procesal de 1913 disponía que, si no se tenía conocimiento de la residencia o morada del imputado, éste sería notificado colocando una copia de la misma en la puerta del Ayuntamiento de la localidad de su nacimiento y de la casa de la última morada de la que se tuviera conocimiento, y si ésta no fuera conocida, dicha copia se expondrá en la puerta de la Corte, Tribunal o Pretura en la que se siga el procedimiento.

(286) «Oggetiva situazioni di macanza di un recapito dell'imputato utile ai fini della notificazione». FOSCHINI, G., *La Latitanza*, Giuffrè, Milano, 1943, p. 15.

ción de garante del abogado del imputado ilocalizado, introduciendo la figura de la «restituzione nel termine» en el art. 175 del Código Procesal Penal, recurso que le permitía retrotraer las actuaciones en los casos de que el avance procesal hubiera sido a espaldas del conocimiento efectivo del imputado(287).

Sobre las citadas premisas, el vigente Código Procesal Penal italiano de 1988, en su art. 159, y bajo la rúbrica «*Notificazioni all'imputato in caso di irreperibilità*», dispone que si la autoridad judicial (juez o fiscal), luego de intentar notificar de manera infructuosa al imputado no detenido por los modos ordinarios previstos en el art. 157 (personalmente, o en su defecto, a la persona que conviva con él en su domicilio o al potero de dicha finca) y tras investigar entonces el paradero del imputado (incluida la consulta a la Administración penitenciaria por si se hallara privado de libertad en un establecimiento penitenciario)(288) sin obtener resultado, emitirá el llamado «*decreto di irreperibilità*», en el que, después de habersele designado un abogado defensor al imputado, se acuerda que a partir de ese momento todas las notificaciones se realizarán a la persona de este representante legal(289). Como vemos, el decreto de *irreperibilità* se basa en una presunción, cual es que el imputado tendrá conocimiento de lo notificado porque así se lo hará llegar su Letrado(290), siendo por ello por lo que la eficacia del mismo está

(287) En este sentido, *vide* CAVALLARI, V., *Le notificazioni nell'processo penale*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 244 y s. Ampliamente, al respecto, CASSANO, M., e CALVANESE, E., *Giudizio in contumacia e restituzione nel termine*, Giuffrè, Milano, 2008.

(288) La detallada regulación de las exigencias de investigación sobre el paradero del imputado impuestas a la autoridad ha llevado a algún autor a hablar de «*situazione di protoirreperibilità*». MORSELLI, C., *Il «render noto» nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 273. Estas rígidas exigencias hacen que la validez del Decreto pueda ser puesta en entredicho si no se cumplimenta adecuadamente la investigación exigida a la autoridad sobre el paradero del imputado, crítica aún mayor si tenemos en cuenta que el mismo procedimiento es, ex art. 161.4, el predicable respecto al imputado que sí que dio un domicilio, pero que por caso fortuito o fuerza mayor no pudo poner en conocimiento de la autoridad el cambio del mismo. *Vid.* SECHI, P., *Il patrocinio dei non abbienti nei procedimenti penali*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 78, n. 43.

(289) Como veremos, esta solución es análoga a la prevista en el Código procesal penal para los casos de imputado «latitante» o evadido (art. 296). *Vide*, ampliamente, TRINCI, A., e VENTURA, V., *Notificazioni e processo senza imputato*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 367 y ss. (esp., en cuanto a notificación al latitante y evadido, pp. 409 y ss.).

(290) Siendo esta la razón por la que ha sido sometido a una dura crítica (que no compartimos) por parte de la doctrina italiana, en donde se resalta la confrontación entre este modo de notificar, con las exigencias de efectivo conocimiento por parte del imputado del acto notificado a su abogado. En este sentido, ya se pronunciaban auto-

limitada en el tiempo, cesando la misma, conforme dispone el art. 160, si se dicta en fase de instrucción, cuando se cierra la fase de indagaciones preliminares y, si es adoptado después, con el dictado de la sentencia, en los casos que, según el ordenamiento italiano, el enjuiciamiento sea posible(291). Como vemos la «irreperibilità» es una *situación procesal* que cobra sentido solo en lo referido al ámbito de la notificación de las resoluciones procesales respecto del imputado que se halla ilocalizado, dando con ello respuesta, única y exclusivamente, a cómo han de llevarse a cabo dichas notificaciones para garantizar el impulso procesal. Es por ello por lo que el Derecho italiano, una vez resuelta la citada problemática, regula de manera diferenciada, otras «situaciones procesales», cuales son la «latitanza», la «assenza» y la «contumacia».

La *latitanza* es la situación procesal en la que se coloca el imputado que voluntariamente, encontrándose privado cautelarmente de libertad (o dictada la orden de encarcelamiento) se evade; o hallándose en libertad, pero con la obligación de permanecer en un domicilio o con la prohibición de viajar, lo incumple(292). Como vemos, en ambos supuestos el imputado se coloca en situación de «ilocalizado» de manera voluntaria y sobrevenida, lo que le diferencia del mero «irreperibile», si bien que la solución penal que ofrece el ordena-

res como: VASSALLI, G., «Sul diritto di difesa giudiziaria nell'istruzione penale», en VV. AA., *Scritti giuridici in onore della Cedam*, tomo II, ed. Cedam, Padova, 1953, p. 582; CARULLI, N., *Il diritto di difesa dell'imputato*, ed. Jovene, Napoli, 1967, p. 31; o DALIA, A. A., «L'accertamento dell'irreperibilità dell'imputato», en *Giur. Merito*, 2-1, 1970, p. 38. En la misma línea, modernamente: FORTUNA, E., «Gli atti», in VV. AA. (Ennio Fortuna, Raimondo Giustozzi, Elvio Fassone, Stefano Dragore), *Manuale pratico del processo penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 289; LOZZI, G., *Lezioni di procedura penale*, ed. G. Giappichelli, Torino, 2009 (últ. 2017), p. 182. En este sentido, TONINI, P., *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2013 (últ. ed., 2018), subraya (p. 183) que «il codice ha voluto contemperare due esigenze fondamentali ma contrastanti. Da un lato, quella di portare alla conoscenza effettiva del destinatario l'atto da notificare. Dall'altro lato, l'esigenza di accertare il reato e assicurare la celebrità degli adempimenti formali».

(291) En cualquier caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo italiano ha subrayado la importancia de cumplir con las previsiones del art. 160.4 en el sentido de que es necesario dictar un nuevo decreto para cada fase procesal, siendo nulo en juicio celebrado sin la citada renovación (así, últimamente Corte di Cassazione Penale, secc. 5.^a, Sentencia 50080, de 2-11-2017).

(292) Art. 296: «É latitante chi volontariamente si sottrae alla custodia cautelare, agli arresti domiciliari, al divieto di espatrio, all'obbligo di dimora o a un ordine con cui si dispone la carcerazione». La doctrina ha subrayado el carácter tasado de los presupuestos necesarios de la latitanza. Por todos, *vide*, PALUMBO, A., *Le notificazioni nel rito penale*, ed. Jovene, Napoli, 1992, pp. 161 y s.; JAZZETTI, A., e PACINI, M., *La disciplina degli atti nel nuovo processo penale*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 169.

miento italiano es la misma que la prevista para éste: una vez constatados los hechos que dan lugar a la misma, el juez declara mediante decreto «lo stato di latitanza» (art. 295.2) y ordena que se le designe un abogado en la causa en que se acuerda (art. 296.2), siendo a este Letrado al que se le notificarán las posteriores resoluciones (art. 165.3). Equiparándose a todos los efectos el latitante y el evadido (art. 296.5), se adoptarán las medidas tendentes a su localización y detención (entre las que expresamente se prevé la posibilidad de la interceptación de sus comunicaciones telefónicas y de otras formas de telecomunicación, art. 295.3), siendo así que el estado de latitanza durará hasta tanto la misma no sea revocada, el delito o la pena hayan prescrito, o se hayan extinguido por alguna otra causa de las previstas legalmente (art. 296.4).

Así pues, en resumen, y de una manera genérica y gráfica, podríamos decir que la *irreperibilità* es la situación del imputado que se encuentra en busca, y la *latitanza* la del evadido que se halla en busca y captura.

Ahora bien, al margen de dichas situaciones procesales, existían otras dos que tenían más relevancia para nuestro estudio, pues se relacionaban con la posibilidad de enjuiciar al imputado sin estar presente en el juicio. Y estas dos situaciones procesales eran la ausencia y la contumacia.

Hasta el año 1999, la ausencia (*assenza*) era el estatus jurídico del acusado que de forma voluntaria rehusaba, expresa o tácitamente («pide o consiente»), a estar presente en el juicio, siendo así que el juicio se celebraba estando representado por su abogado. Esta era la previsión que contenía el art. 488 del Código Procesal Penal italiano hasta la reforma llevada a cabo por la Ley núm. 479, de 16 de diciembre de 1999 (Legge Carotti), cuyo art. 39 vino a derogarlo. Asimismo, hasta dicho año se contemplaba en el art. 487 la figura de la *contumacia*, referida al acusado que no acudía voluntariamente a la audiencia preliminar, pudiendo en tales casos y bajo determinadas circunstancias, ser enjuiciado, siendo para ello representado por su abogado. El sistema italiano tradicional estaba, pues, basado en entender que el estar presente en el juicio era, no tanto un deber sino un derecho, que por lo tanto podía ser renunciado, y que el requisito para poder juzgar al acusado incompareciente se basaba en el conocimiento, no tanto efectivo cuanto presunto, de la existencia del proceso por parte de dicho acusado. Estos pilares, que habían sido incluso ratificados por el Tribunal Constitucional italiano(293), fueron objeto de arduas críticas

(293) Así en Sentencias de la Corte Costituzionale tales como: 170/1976, de 12 de julio; 188/1980, de 16 de diciembre; 9/1982, de 1 de febrero; 316/1990, de 26 de junio y 5 de julio; 301/1994, de 15 de julio; 399/1998, de 12 de diciembre...

doctrinales y terminó siendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la que, en sucesivas condenas al Estado italiano, vino a abrir profundas grietas en los mismos, siendo ello la base de sucesivas reformas (así, por ejemplo, la operada por Ley 60/2005) que culminaron con la llevada a cabo por la Ley núm. 67, de 28 de abril de 2014, que es la que establece el sistema actualmente vigente.

En efecto. Fue ya en 1985 cuando el Tribunal Europeo de Derecho Humanos realizó una primera crítica en profundidad sobre el sistema de enjuiciamiento del rebelde penal contemplado en el entonces Código Procesal italiano de 1930. En la Sentencia de 12 de febrero de 1985 (caso *Colozza contra Italia*) el Tribunal Europeo señaló que se causaba notable indefensión al acusado que había sido enjuiciado en rebeldía sin tener conocimiento de la existencia de procedimiento, máxime cuando una vez enterado de la existencia del mismo, no se le había dado la posibilidad de ser oído. Se entendía que era inadmisibles que de la declaración de «latitanza» se pudiera presumir que el acusado tenía cumplido conocimiento de la existencia del procedimiento, no pudiendo equipararse ello al haber renunciado a estar presente en el juicio⁽²⁹⁴⁾. La promulgación del nuevo Código de Procedimiento Penal en 1988 (con entrada en vigor en 1989), y pese a los teóricos

(294) Las palabras del Tribunal Europeo eran claras y rotundas: «Ahora bien, no se trata aquí de un inculpado a quien se ha dirigido una notificación personal y que, después de haber tenido de este modo conocimiento de los motivos de la acusación, renuncia expresamente a comparecer y defenderse. Las autoridades italianas han inferido tal renuncia de la cualidad de “latitante” que otorgaban al señor Colozza, basándose en una simple presunción (apartados 12 y 20 supra). En opinión del Tribunal, esta presunción no está suficientemente basada. No se deduce del examen de los hechos que el demandante haya tenido noticia de la apertura de diligencias contra él. Estaba, sin más, considerado al corriente, gracias a las notificaciones depositadas en la secretaría del juez de instrucción y después en la del Tribunal. Además, las investigaciones realizadas para encontrarle fueron inadecuadas: se limitaron a la residencia en la que se le había buscado en vano en 1972 (vía Longanesi) y al domicilio indicado en el Registro Civil (vía Foanteiana); ahora bien, se sabía que él ya no vivía allí (apartados 10 y 12 supra). El Tribunal concede una importancia particular a la circunstancia de que ciertos servicios de la Fiscalía y de la policía de Roma habían conseguido en el curso de otras diligencias la nueva dirección del interesado (apartado 15 supra); era, pues, posible localizarle incluso en ausencia –invocada por el Gobierno como excusa– de un banco de datos. La situación observada por el Tribunal es difícilmente conciliable con la diligencia que los Estados contratantes deben desplegar para asegurar el disfrute efectivo de los derechos garantizados por el artículo 6 (ver, *mutatis mutandis*, la Sentencia Ártico de 13 mayo 1980 [TEDH 1980, 4], serie A núm. 37, p. 18, § 37). En conclusión, de los documentos de que ha dispuesto el Tribunal no se desprende que el señor Colozza haya renunciado a comparecer y a defenderse, ni que haya tenido la intención de sustraerse a la justicia. El Tribunal no tiene, pues, que determinar si un acusado que ha eludido verdaderamente a la justicia pierde al mismo tiempo el beneficio de los derechos en cuestión».

intentos de conciliar sus postulados con los lineamientos fijados por la jurisprudencia europea, no dio una satisfactoria respuesta a la nuclear cuestión del conocimiento efectivo del acusado del procedimiento que se seguía contra él en su ausencia, criticándose que se hubiera producido una inversión en la carga de la prueba, en el sentido de que fuera él quien tuviera que probar este hecho negativo. Las críticas arreciaban desde diversos frentes, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los primeros años del presente siglo condenó a Italia por ello en trascendentes sentencias.

Así, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de mayo de 2004 (caso *Somogyi contra Italia*) comenzaba recordando la doctrina sentada en el caso *Colozza*, señalando que, si bien un juicio en ausencia no es por sí mismo incompatible con el derecho a un juicio justo garantizado en el art. 6 del Convenio, sí que «se produce una denegación de justicia si un individuo condenado *in absentia* no puede obtener posteriormente que un tribunal se pronuncie nuevamente, tras haberle oído, sobre el fundamento de la acusación tanto de hecho como de derecho, mientras no se establezca de manera inequívoca que ha renunciado a su derecho a comparecer y a defenderse»(295). Se insistía pues en la necesidad del puntual conocimiento de la existencia del procedimiento por parte del acusado y su derecho a utilizar, llegado el caso, la «*restituzione nel termine*», contemplada, como ya dijimos, en el art. 175 del Código procesal penal italiano, y en virtud de la cual, «En caso de condena en rebeldía [...], el acusado podrá solicitar la reapertura de la apelación contra la sentencia, si puede probar que no ha tenido conocimiento [de la sentencia] [...] sin que haya habido falta por su parte o, si se hubiese notificado [...] a su abogado la sentencia pronunciada en rebeldía [...], si puede probar que no se ha negado voluntariamente a conocer de los actos del procedimiento».

Pues bien, en el caso *Somogyi*, el juez penal italiano de Rimini entendió que el Sr. Tamas Somogyi había renunciado a su derecho a comparecer en la audiencia preliminar ya que, aun informado por carta certificada de las acusaciones formuladas en su contra y de la fecha de la vista, éste no se preocupó ni de presentarse ante el órgano judicial ni de designar un abogado. Frente a ello, el Sr. Somogyi argumentaba que nunca tuvo real conocimiento de que se siguiera un procedimiento contra él y que estuviera citado para una audiencia, pues la carta certificada que el Juzgado le remitió tenía mal puesta la dirección y la firma que figuraba en el acuse no era la suya, impugnando en repetidas ocasiones dicha autenticidad, algo que cayó en

(295) En el mismo sentido, recordaba el TEDH su Sentencia 71555/2001 de 16 de octubre de 2001 (caso *Einhorn contra Francia*), § 33.

saco roto ante las autoridades italianas que no realizaron indagación alguna al respecto, dieron por válida la notificación y celebraron el juicio en ausencia, sin permitir luego la «restitutio nel termine», una vez que la sentencia fue notificada.

Ante ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye que «teniendo en cuenta el lugar eminente que el derecho a un proceso justo ocupa en una sociedad democrática, el artículo 6 del Convenio implica para todo tribunal interno la obligación de verificar si el acusado ha tenido la posibilidad de conocer las diligencias efectuadas contra él cuando, como en este caso, surge sobre esta cuestión una impugnación que no parece de entrada carecer manifiestamente de seriedad», siendo que «el Tribunal de apelación de Bolonia y el Tribunal de Casación no procedieron a dicha verificación, privando al demandante de la posibilidad de corregir, llegado el caso, una situación contraria a las exigencias del Convenio. De esta forma, no se efectuó ningún control escrupuloso para determinar, más allá de toda duda razonable, si la renuncia a comparecer del condenado era inequívoca». Y termina la sentencia que comentamos haciendo alusión a un interesante tema en relación al conocimiento del acusado sobre el procedimiento contra él seguido. Y es que uno de los argumentos barajados por las autoridades italianas es que dicho conocimiento se pudo inferir de la difusión periodística del caso y del hecho de que sobre el mismo el propio acusado concediera una entrevista a un medio de comunicación. En este sentido el Tribunal Europeo señala que: «En lo relativo, por último, a la afirmación del Gobierno según la cual el demandante se enteró de todos modos de las diligencias a través del periodista que le entrevistó o de la prensa local, el Tribunal recuerda que avisar de las diligencias llevadas a cabo contra alguien constituye un acto jurídico de tal importancia que debe responder a condiciones de forma y de fondo que garanticen el ejercicio efectivo de los derechos del acusado; ello se desprende, por lo demás, del artículo 6.3 a) del Convenio. *No es suficiente un conocimiento vago y no oficial*».

El mismo año 2004, Italia vuelve a ser condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 10 de noviembre de 2004 (caso *Sejdovic contra Italia*). Y es que al Sr. Cloce Sejdovic se le imputó un delito de homicidio, dictándose auto de prisión preventiva, si bien que la misma no pudo ser ejecutada al huir al extranjero el Sr. Sejdovic, quien por lo tanto fue declarado en situación de «latitanza», se le nombró abogado de oficio y fue juzgado y condenado en rebeldía, siendo que dicha sentencia adquirió firmeza al no ser recurrida en apelación por su Letrado. Detenido el condenado dos años después en Alemania, este país se negaría a extraditarlo, por entender

que en Italia no se garantizaba al condenado, en un grado suficiente de certeza, la posibilidad de obtener la reapertura de su proceso.

La primera cuestión nuclear volvía a ser el cumplido conocimiento de la existencia del procedimiento por parte del imputado, siendo que las autoridades italianas entendían que el Sr. Sedjovic había renunciado a su derecho a comparecer en la audiencia preliminar ya que se encontraba en paradero desconocido tras cometer el homicidio, situación voluntariamente realizada de la que debería deducirse su voluntad de sustraerse a la justicia. Sin embargo, el Tribunal Europeo sostiene que «no considera necesario especular sobre las razones que indujeron al demandante a abandonar su domicilio e ir a Alemania. Recuerda que avisar a una persona de las diligencias abiertas en su contra constituye un acto jurídico de tal importancia que debe responder a unas condiciones de forma y de fondo que garanticen el ejercicio efectivo de los derechos del acusado; ello se desprende, por lo demás, del artículo 6.3 a) del Convenio. Un conocimiento vago y no oficial no es suficiente (reitera el Tribunal aquí lo que ya dijo en la sentencia del caso Somogyi). En consecuencia, suponiendo incluso que el demandante hubiese estado directamente al corriente de la apertura de un proceso penal en su contra, no se podría por ello concluir que renunciara de forma inequívoca a su derecho a comparecer en la audiencia».

Y en segundo lugar se aborda el análisis relativo a si el Derecho italiano, a través de la conocida figura de la «restituzione nel termine», garantiza el derecho del rebelde a un juicio justo, concluyendo al respecto que «suponiendo incluso que, como dice el Gobierno, un condenado que desea presentar una solicitud de revocación de la caducidad no deba presentar ninguna prueba de ausencia de un comportamiento intencionado para sustraerse a la justicia, el Tribunal señala que el artículo 175 del Código Procesal Penal italiano no confiere al acusado, que nunca ha sido informado de forma efectiva de las diligencias, el derecho incondicional a obtener la reapertura del plazo para presentar recurso. Como señaló, con mucha razón, la propia Fiscalía de Roma, en el caso del demandante el nuevo proceso no era automático, planteándose previamente por el contrario la cuestión de si la declaración según la cual el acusado había “huido” era errónea». Es por ello por lo que el Tribunal Europeo recuerda que «un condenado del que no pueda considerarse que ha renunciado inequívocamente a comparecer, debe en toda circunstancia poder obtener que un tribunal vuelva a pronunciarse sobre el fundamento de la acusación. La mera posibilidad en este sentido, dependiendo de las pruebas que pudieran presentar la Fiscalía o el condenado en cuanto a las circunstancias que rodearon la declaración de huida, no puede satisfacer las

exigencias del artículo 6 del Convenio. De ello se deriva que el remedio previsto en el artículo 175 del Código Procesal Penal italiano no garantizaba al demandante, en un grado suficiente de certeza, la posibilidad de personarse y defenderse en un nuevo proceso. No se ha alegado ante el Tribunal que el demandante dispusiese de otros medios para obtener la reapertura del plazo para interponer recurso o la celebración de un nuevo juicio».

La crítica formulada por el Tribunal de Estrasburgo al sistema de revisión del juzgado en rebeldía prevista en el art. 175 del Código Procesal Penal italiano, llevó a que se aprobara la Ley 60/2005, de 22 de abril, que modificaba el citado precepto, cuyo tenor literal sería ahora: «En caso de condena en rebeldía (...), se abrirá nuevamente el plazo para impugnar la sentencia, a solicitud del acusado, salvo si este último ha tenido conocimiento real (*effettiva conoscenza*) del procedimiento [entablado contra él] o de la sentencia (*provvedimento*) y ha renunciado voluntariamente a comparecer o a impugnar la sentencia. Las autoridades efectúan toda verificación necesaria al respecto». Y además se añadía un párrafo 2bis según el cual: «La demanda indicada en el párrafo 2 deberá presentarse, so pena de inadmisibilidad, dentro de los treinta días que siguen a la fecha en la que el acusado ha tenido conocimiento efectivo de la sentencia. En caso de extradición desde el extranjero, el plazo para presentar la demanda comenzará a partir del momento en que el acusado sea entregado [a las autoridades italianas] (...)».

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de junio de 2005 (*caso R. R. contra Italia*) volvió a condenar a Italia por la insuficiencia de las previsiones de la revisión del juicio del condenado en rebeldía que se contemplaban en el art. 175 del Código procesal en la redacción que este precepto tenía antes de la citada reforma 2005, y que fueron las que se aplicaron al caso en cuestión. Y en relación a la reforma llevada a cabo por la Ley 60/2005 simplemente señala que «después de finalizar el proceso del demandante, se introdujeron en Italia unas reformas legislativas. Concretamente, la Ley núm. 60 de 2005 modificó el artículo 175 del Código Procesal Penal. En términos de las nuevas disposiciones, el plazo para impugnar una sentencia dictada en rebeldía vuelve a abrirse a petición del condenado. Esta norma tiene solamente una excepción, en el caso de que el acusado haya tenido un «conocimiento real» del procedimiento entablado contra él o de la sentencia y haya renunciado voluntariamente a comparecer o a impugnar la sentencia. Además, el plazo para presentar una solicitud de revocación de caducidad para las personas que se encuentren en una situación similar a la del demandante, se ha

ampliado de diez a treinta días. Es cierto que estas nuevas disposiciones no son aplicables al demandante o a cualquier otra persona que se encuentre en una situación similar y que haya conocido efectivamente su condena o haya sido entregada a las autoridades italianas más de treinta días antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley núm. 60 de 2005. Sin embargo, el Tribunal considera que sería prematuro, en esta fase y en ausencia de una jurisprudencia interna que aplique disposiciones de esta Ley, examinar la cuestión de si las citadas reformas son eficaces. A este respecto, señalar igualmente que una demanda sobre una condena en rebeldía y sobre la eficacia del mecanismo previsto en el artículo 175 del Código Procesal Penal está actualmente pendiente ante la Gran Sala (Sejdovic contra Italia, núm. 56581/2000)» (296).

Como vemos en el año 2005 (297) se produce un primer intento de adaptar la legislación italiana a las exigencias perfiladas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación al enjuiciamiento en rebeldía, muy particularmente en lo relativo al efectivo conocimiento del imputado del procedimiento contra él seguido y la posibilidad de, una vez condenado, instar una revisión del juicio (298). Sin embargo, desde muy pronto se comenzaron a alzar voces que entendían insuficiente la reforma que representaba la Ley 60/2005 y que apostaban por una de mayor calado (299), reforma que cristalizará definitivamente con la vigente Ley 67/2014, de 2 de abril.

La reforma de 2014, manteniendo las situaciones procesales de «irreperibile» y de «latitante», en los términos antes vistos, ha proce-

(296) Por Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de marzo de 2006 se ratificó esta sentencia de 10 de noviembre de 2004, insistiendo que artículo 175 del Código Procesal Penal italiano (en redacción anterior a Ley 60/2005) no garantizaba al acusado, con un grado suficiente de certidumbre, la oportunidad de estar presente y defenderse a sí mismo durante un nuevo juicio. En la misma línea se pronunciarían las SSTEDH de 28 de septiembre de 2006 (caso *Hu contra Italia*) y 14 de diciembre de 2006 (caso *Ay Ali contra Italia*).

(297) El antecedente de la Ley 60/2005, fue el Decreto Ley 21 de febrero de 2005, en el que se establecían «*Disposizioni urgenti in materia di impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna*», que entró en vigor el 23 de febrero, Decreto Ley luego convertido en la citada Ley 60, de 22 de abril, que entró en vigor el 24 del mismo mes.

(298) Véase al respecto, PAPAGNO, C., *Contumacia e processo Equo*, Giuffrè, Milano, 2010, esp. pp. 73 y ss.; MOSCARINI, P., «Il giudizio in absentia nell'ottica delle giurisdizioni internazionali ed in una recente legge italiana», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2005, pp. 573 y ss.; RIVELLO, P., «La vicenda Somogyi di fronte all'alta Corte di Cassazione: un'importante occasione di riflessione», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, pp. 1071 y ss.

(299) Por todos, vide CHIAVARIO, M., «Non è tutto oro quello che luccica nel nuovo processo in absentia», en *Diritto e Giustizia*, núm. 19, 2005, p. 10; Del mismo, «Una riforma inevitabile: ma basterà?», en *Legislazione Penale*, 2005, pp. 253 y ss.

dido a reformular los institutos de la derogada ausencia y de la contumacia, haciéndolo de tal manera que, desaparecido el termino contumacia, se reglamenta *ex novo* la figura del imputado ausente, dando redacción para ello a los artículos 420 bis a 420 *quinquies* del Código Procesal Penal. La filosofía de la reforma(300) es evitar el enjuiciamiento contumacial que hasta ese momento tantas críticas habían recibido, muy particularmente de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo(301), partiendo así del principio de la necesidad de suspender el procedimiento en los casos en los que no existe prueba de que el imputado tiene cabal conocimiento del mismo.

Ahora, en efecto, se parte del principio general de que la ausencia del imputado acarrea la suspensión del proceso. En tal sentido, y bajo dicha rúbrica («sospensione del processo per assenza dell'imputato»), el art. 420 *quater* dispone que «Fuera de los casos previstos en los artículos 420 bis y ter y al margen de la hipótesis de una nulidad de notificaciones, si el imputado no está presente, el juez suspende la audiencia y dispone que la policía judicial se lo notifique personal-

(300) Sobre la misma, ampliamente: CASSANO, M., «Restituzione nel termine e abolizione della contumacia: Il residuo ambito di applicabilità dell'art. 175 CPP», en VV. AA. (a cura di Carlotta Conti, Antonella Marandola e Gianluca Varraso), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Cedam, Padova, 2014, pp. 207 y ss.; CHINNICI, D., «Sospensione del processo nei confronti degli irreperibili», en VV. AA., *Il libro dell'anno del diritto 2015*, ed. Giovanni Treccani, Roma, 2015, pp. 573 y ss.; CONTI, C., «Processo in absentia a un anno dalla riforma: praesumptum de praesumpto e spunti ricostruttivi», en *Diritto penale e processo*, 2015, pp. 461 y ss.; DEI-CAS, E. A. A., «Il procedimento penale nei confronti di imputati irreperibili tra giurisprudenza della Corte Europea e normativa interna», en VV. AA., *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., pp. 189 y ss.; FOCARDI, F., «Le nuove ricerche e la revoca della sospensione», en VV. AA. *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 2014, pp. 273 y ss.; MANGIARACINA, A., «Il tramonto della contumacia e l'affermazione di un'assenza multiforme», en *La Legislazione Penale*, 4, 2015, pp. 556 y ss.; MOSCARINI, P., «Una riforma da tempo necessaria: l'abolizione della contumacia penale e la sospensione del processo contro l'imputato irreperibile», en VV. AA. *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 2014, pp. 239 y ss.; SANTALUCIA, G., «Il processo in absentia e il giudizio di appello», en VV. AA., *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 2014, pp. 295 y ss.; TONINI, P., e CONTI, C., «Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"», en *Diritto penale e processo*, 2014, pp. 509 y ss.; TONINI, P., e INGENITO, M., «La sospensione del processo contro l'irreperibile e la frattura legislativa tra vecchia contumacia e nuova assenza», en VV. AA. *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 2014, pp. 179 y ss.; VV. AA. (a cura di Daniela Vigoni), *Il giudizio in assenza dell'imputato*, G. Giappichelli, Torino, 2014.

(301) Y del propio Tribunal Constitucional italiano, así en Sentencia núm. 317 de 4 de diciembre de 2009, en donde se exponen las fallas del art. 175 («restituzione nel termine») desde la óptica de las garantías procesales previstas constitucionalmente.

mente al imputado», siendo que si dicha notificación resulta infructuosa el juez debe de acordar la suspensión del proceso («il giudice dispone con ordinanza la sospensione del processo nei confronti dell'imputato assente»), salvo, claro es, los supuestos que procediera dictar una sentencia absolutoria porque concurriera algunos de los supuestos previstos en el art. 129, esto es, que el hecho no existiera o no fuera delito, que el imputado no fuera su autor, que el delito ya estuviera extinguido por alguna de las causas previstas en la ley o que faltara algún requisito de procedibilidad. Durante la suspensión del proceso, el juez puede, a petición de parte, realizar prueba anticipada, esto es, la que no pueda demorarse hasta la celebración del juicio (art. 420 quater, núm. 3).

Y, ¿cuáles son, entonces, los supuestos en lo que no procede la suspensión del proceso, sino el enjuiciamiento en ausencia? Pues los previstos en los artículos 420 bis antes citado(302); a saber:

1. Cuando el imputado, éste detenido o libre, haya expresamente renunciado a asistir a la misma (art. 420 bis, núm. 1). Se hace hincapié en la necesidad de que la citada renuncia sea expresa.

2. Supuestos en los que se equipara la existencia de la antes señalada renuncia por concurrir alguno de los que la doctrina italiana llama «hechos sintomáticos», previstos en el art. 420 bis núm. 2, a saber: que el imputado en el curso del procedimiento ya hubiera declarado o fijado un domicilio; que se encontrase detenido o sometido a una medida cautelar; cuando hubiera designado un abogado particular («difensore di fiducia»); cuando hubiera sido citado mediante una notificación personalmente recibida, tuviera cabalmente conocimiento del proceso o se sustraiga voluntariamente a dicho conocimiento. Se trata pues de, a diferencia de la renuncia expresa recogida en el núm. 1, supuestos de renuncia tácita, pues la misma se infiere de los citados «fatti sintomatici».

3. Casos de abandono del juicio, esto es, cuando el acusado, una vez comparecido, abandona de manera voluntaria la Sala o no comparece a las siguientes sesiones del juicio (art. 420 bis núm. 2 *in fine*).

En todos estos casos, al imputado ausente se le considera procesalmente presente en el proceso a través de la representación que del

(302) Aunque el art. 420 *quater* hace referencia también a los supuestos del art. 420 *ter*, lo previsto en este precepto no es una suspensión del proceso por ausencia propiamente dicha, sino simplemente un aplazamiento de la vista por incomparecencia del imputado o su Letrado por impedimento. Así el art. 420 *ter* dispone que cuando el imputado (o su letrado), aún en el caso de estar detenido, no comparece por voluntad propia, sino por concurrir un impedimento ajeno a la misma (caso fortuito, fuerza mayor u otro legítimo impedimento), el juez debe aplazar la vista, disponiendo que se le vuelva a citar.

mismo hace su abogado y el proceso continúa en su ausencia, siendo que, si el imputado aparece antes de dictarse resolución del mismo, el juez, incluso de oficio, revoca el acuerdo de proceder en ausencia (art. 420 bis núm. 4), siendo que si el imputado aporta prueba que acredita que su ausencia fue debida a una falta de conocimiento de la celebración del proceso que no le es imputable o por concurrir un impedimento por causa de caso fortuito, fuerza mayor u otro impedimento legítimo, se aplaza la audiencia y el imputado puede pedir la práctica de prueba o repetición de la ya practicada (art. 420 bis 4).

Lógicamente si el imputado-acusado no comparece antes de terminar el proceso, éste concluye con el dictado de la correspondiente sentencia, siendo que si es luego de la misma cuando comparece el acusado-condenado, éste puede invocar, ex art. 604.5 bis (precepto introducido con la reforma de 2014), la nulidad de la sentencia demostrando que la misma se produjo fuera de alguno de los supuestos en los que se permitía en enjuiciamiento en ausencia antes vistos, o dicho a la inversa, que debió de procederse a la suspensión del proceso de conformidad con lo dispuesto en el art. 420 *quater*. Anulada en su caso la sentencia dictada en ausencia, por concurrir alguno de los defectos señalados, el citado art. 604.5 bis prevé que el juez de la apelación ordenará la retroacción de las actuaciones a la Instancia («Il giudice di appello annulla altresì la sentenza e dispone la restituzione degli atti al giudice di primo grado»)(303), entendiéndose aquí la doctrina(304) que, pese a que la ley no da solución expresa al respecto, se ha de entender que dicha retroacción conlleva la invalidación de lo actuado en el juicio de primera instancia, pues lo contrario supondría no solo una conculcación del derecho de defensa sino del principio de contradicción. Lógicamente, estas previsiones vienen a sustituir a la «restituzione nel termine», en la regulación que a la misma daba el hasta ahora art. 175.2, quedando ésta, a partir de la reforma de 2014, circunscrita a los supuestos de condena del ausente en el procedimiento especial de «procedimiento per decreto» (procedimiento escrito para delitos castigados solo con pena de multa, similar a nuestro infrautilizado procedimiento por decreto de adopción), impuesta mediante «decreto penale».

(303) Similar mecanismo es previsto para los casos de la sentencia dada en casación. *Vide* arts. 623.1 y 625ter.

(304) CANZIO, G., «Il processo in absentia a un anno dalla riforma: le ricadute sui giudizi di appello e di cassazione», en *Diritto penale e processo*, vol. 21, 2015, p. 874.

III.8 Los Tribunales Penales Internacionales

No queremos terminar este epígrafe sin hacer una breve referencia a la regulación que tiene la rebeldía penal en las causas que se siguen en los distintos Tribunales Penales Internacionales que, históricamente, se han ido constituyendo para enjuiciar delitos de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad conformadores del que se ha venido en llamar Derecho internacional humanitario. Ya dijimos que la institución de este tipo de Tribunales se ha hecho a caballo entre los modelos del proceso penal del *Common Law* y del *Civil Law*, lo que ha llevado a algún autor⁽³⁰⁵⁾ a, de manera crítica, definirlos como una especie de Frankenstein procesal en los que, de manera peligrosa, se combinan elementos procedentes de distintas culturas jurídicas, lo que produce importantes disfunciones en aspectos nucleares como las garantías en la instrucción, el rol desempeñado por las víctimas, el modelo de defensa y representación del acusado, o el sistema de recursos⁽³⁰⁶⁾. Y las críticas no son nuevas, pues se remontan ya a la creación del más famoso «Tribunal Penal Internacional»⁽³⁰⁷⁾ conocido en la historia⁽³⁰⁸⁾.

(305) SKILBECK, R., “Frankenstein’s Monster. Creating a New International Procedure”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 2, 2010, pp. 451 y ss.

(306) Ampliamente en este sentido, *vide* la obra colectiva, CARTER, L., and POCAR, F. (eds.), *International Criminal Procedure (The Interface of Civil Law and Common Law Legal Systems)*, Edward Elgard Publishing Inc., Cheltenham (UK) – Northampton (USA), 2013.

(307) Entrecorramos Tribunal Penal Internacional porque como bien se ha subrayado, tanto el Tribunal de Núremberg como el de Tokyo deberían catalogarse más certeramente como «tribunales multinacionales», ya que solamente podían considerarse representativos de una parte de la comunidad internacional (los vencedores de la II Guerra Mundial). En este sentido, véase DELGADO CÁNOVAS, J. B., *Naturaleza y estructura básica del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia*, Comares, Granada, 2000, pp. 6 y s.

(308) En efecto, respecto al Tribunal de Núremberg ya advertía Quintano: «Lo verdaderamente insólito desde el punto de vista procesal, en el juicio de Núremberg, fue la inexistencia de una instrucción previa por separado, dándose el caso extraordinario de un proceso criminal desarrollado prácticamente en una sola etapa, en que instrucción y juicio se ejercitaron por el mismo órgano jurisdiccional. Explicable tan grave anomalía por razones prácticas y políticas, es deseable que ese precedente no sirva a la hora de estructurar un procedimiento criminal internacional de carácter permanente. Tampoco pudo favorecer a la unidad procesal, como puede imaginarse, la diversidad de las técnicas anglo-sajonas y continental europeas, con la añadidura de las rusas, bien que en la práctica prevaleciesen casi siempre las primeras. Ello, que en lo material penal pudo ser y fue un defecto, vale como mérito en lo procesal, por suponer el procedimiento anglosajón el de más segura garantía en favor de los incul-

En este contexto, y en cuanto a la rebeldía penal, hemos de señalar que ya en los juicios de Núremberg se admitió la posibilidad de que alguno de los acusados pudiera ser juzgado en rebeldía, siendo así que textualmente lo permitía el art. 12 del *Estatuto Constituyente del Tribunal Militar Internacional de Núremberg*(309), firmado en Londres el 8 de agosto de 1945 por las potencias aliadas, según el cual, «El Tribunal tendrá derecho a proceder contra una persona ausente acusada de los crímenes señalados en el artículo 6.º (léase crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad) de esta Carta, si no ha sido encontrada o si el Tribunal por cualquier razón considera necesario, en defensa de los intereses de la justicia, proceder a la audiencia en ausencia del acusado». No obstante, de una lectura general del Estatuto se evidencia que se partía del principio general de la presencia del acusado en el juicio, siendo que la regulación procedimental del mismo se hacía sobre dicha premisa, previéndose su intervención al inicio y fin del plenario (art. 24, b y j) y reconociéndosele el derecho de defensa, el cual comprendía un haz de derechos entre los que se encontraban desde ejercer él mismo su defensa, a participar activamente en el interrogatorio de testigos (art. 16). No es dable obviar que la importancia de las penas que en los juicios de Núremberg (*Nürnberger Prozesse*) se podían imponer, que llegaban hasta la pena de muerte, y, sobre todo, la publicidad y ejemplaridad de la justicia que se quería impartir, hacían deseable la preferente presencia de los acusados en el juicio, siendo así que de los veintidós encartados en dicho procedimiento (juicio principal), solo uno de los diecinueve condenados (tres, fueron absueltos por falta de pruebas), Martin Bormann, lo sería en rebeldía, imponiéndosele la pena capital, si bien con la prevención de que si fuera habido y antes de la ejecución, si existieran nuevas pruebas, la condena de muerte podría ser revisada, y a la luz de las mismas, ser aminorada o incluso anulada por el Consejo de Control para Alemania, conforme a lo dispuesto en el art. 29 del Estatuto(310).

pados». QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho penal internacional e Internacional penal*, CSIC, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955, tomo I, p. 428.

(309) Su texto íntegro puede verse en QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho penal internacional...*, cit., pp. 408 y ss.

(310) Véase el documento oficial *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International, Nuremberg, 14 Novembre 1945 – 1er. Octobre 1946*, Tribunal Militaire International Nuremberg, Nuremberg, 1947, p. 367, en donde leemos: «Au cas où Bormann serait encore en vie et viendrait à être arrêté, le Conseil de Contrôle pour l'Allemagne pourrait, en vertu de l'article 29 du Statut, examiner tout fait atténuant et modifier ou réduire la condamnation s'il le juge convenable». Resaltando este dato, MCGOVERN, J., *Martin Bormann*, William Morrow & Co., New

Por su parte, y en cuanto al conocido generalmente como «Tribunal de Tokyo», esto es, el *International Military Tribunal of Far East*, creado el 19 de enero de 1946 para depurar las responsabilidades criminales cometidas en la II Guerra Mundial por los dirigentes de Japón (excluido su emperador), señalar que su estatuto sigue el modelo del de Núremberg, si bien con algunas notables diferencias (como la mayor participación de países en la conformación del Tribunal)(311), siendo que el enjuiciamiento en ausencia fue contemplado de particular manera en el art. 4, según el cual «Si un miembro está ausente en cualquier momento y luego puede estar presente, participará en todos los trámites procesales subsiguientes, a menos que declare en audiencia pública que está descalificado debido a la falta de familiaridad con los trámites que tuvieron lugar en su ausencia». Sin embargo, y a diferencia de su homónimo del Núremberg, en el de Tokio no hubo ningún enjuiciamiento en rebeldía.

Desde entonces se han creado *ad hoc* varios Tribunales Penales Internacionales para enjuiciar las responsabilidades penales dimanantes de conflictos bélicos, siendo que en la regulación de los mismos se han observado las deficiencias antes mencionadas, muy particularmente en cuanto a una más precisa reglamentación del estatuto del rebelde penal(312), siendo que en la mayoría de ellos no se ha previsto, en principio, la posibilidad de su enjuiciamiento, partiendo pues, del principio de que el acusado ha de comparecer a presencia del Tribunal, si bien hay notables excepciones.

Así, por ejemplo, en el caso del *Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia*, creado por Resolución 827, de 25 de mayo de 1993, del

York, 1968, p. 178. No obstante, estas previsiones nunca tuvieron en realidad virtualidad alguna, toda vez que Bormann había fallecido el 2 de mayo de 1945 en Berlín, como consecuencia del bombardeo aliado, siendo encontrados sus restos en 1973, cuando unos obreros realizaban trabajos de excavación en la calle *Invalidenstrasse*, junto a la estación Lehrter (Berlín Oeste), siendo identificados forensemente gracias a su radiografía dental, y declarado judicialmente fallecido en el año 1998, luego de estudios genéticos de sus huesos.

(311) Vid. QUINTANO R., *Tratado de Derecho penal internacional...*, cit., pp. 433 y ss., y más ampliamente INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL OF FAR EAST (ed. Donald Cameron Watt, R. John Pritchard and Sonia M. Saide), *The Tokyo War Crimes Trial*, Garland, 1981, y la monografía de HORWITZ, S., *The Tokyo Trial*, Carnegie Endowment for International Peace, New York, 1950 (existe moderna edición, Literary Licensing, LLC, 2013).

(312) Véase ampliamente, WHEELER, C. H., *The right to be present at trial in International Criminal Law*, ed. Brill, Leiden, 2018, esp. pp. 103 y ss.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas(313), y que cerró el 31 de diciembre de 2017(314), su Estatuto regula un procedimiento en el que el acusado está en todo momento a disposición del Tribunal, siendo que ya en el art. 20.2 se dispone que «La persona en contra de la cual se haya confirmado un procesamiento será detenida en virtud de una resolución o una orden de arresto del Tribunal Internacional, se le informará de inmediato de los cargos que se le imputan y se la remitirá al Tribunal Internacional», reconociéndosele al acusado (art. 20.2) su «derecho a ser oído públicamente» y a «hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor» (art. 21.4.d). Nada cambia en este sentido, en la reglamentación dada en las Reglas de Procedimiento y Prueba de este Tribunal, aprobadas el 11 de febrero de 1994(315).

Cosa distinta acontecía en el *Tribunal Criminal Internacional encargado de juzgar a los presuntos responsables de actos de genocidio o de otras graves violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda*, creado por Resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 8 de noviembre de 1994(316), y que dejó de funcionar el 31 de diciembre de 2015(317), pues aquí, si bien en su Estatuto se siguen las mismas previsiones que lo contemplado para el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia(318), es la regla 82 bis de las Reglas sobre el Procedimiento y Prueba de este Tribunal, aprobadas el 29 de junio de 1995, la que dispone que si el acusado es reacio a comparecer ante el Tribunal, éste puede acordar el enjuiciamiento en su ausencia, siempre que concurren

(313) Véase su texto en el BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1993, pp. 33001 y ss., en donde se publica a efectos de su incorporación al ordenamiento jurídico español. Solo recordar que este Tribunal solo puede imponer penas privativas de libertad y no pena capital (art. 24 de su Estatuto).

(314) Desde entonces es el *Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales*, con sede en La Haya (Holanda), creado por Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1966/2010, de 22 de diciembre de 2010, el que ejerce parte de sus funciones. Con fecha 5 de noviembre de 2018 se han acordado las reglas que regulan el tratamiento que han de recibir los detenidos que se encuentren a disposición de este *Mecanismo* en espera de juicio o de resolverse la apelación de su sentencia.

(315) *Vide*, especialmente reglas 74 y ss., reguladoras del plenario ante el Tribunal.

(316) Véase su texto en el BOE núm. 123, de 24 de mayo de 1995, pp. 15183 y ss.

(317) Desde entonces es el *Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales*, con sede en Arusha (Tanzania), creado por Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1966/2010, de 22 de diciembre de 2010, el que ejerce parte de sus funciones.

(318) Así en su art. 14 hay una remisión al Reglamento de aquél, contemplándose similares previsiones de detención y puesta a disposición del Tribunal (art. 18.2) y derechos del acusado (art. 20).

tres requisitos: que hubiera comparecido personalmente en la comparecencia previa prevista en la regla 62 (en donde se le notifica formalmente la acusación y los derechos que le asisten), que hubiere sido formalmente notificado, requiriéndosele que se presente a juicio, y que esté representado en el plenario por su abogado.

En cuanto a otros Tribunales Internacionales especiales creados *ad hoc* (319), señalar que el *Tribunal Especial para Sierra Leona* (320), creado luego de Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1315, de 14 de agosto de 2000, y el Acuerdo entre Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona sobre el establecimiento de este Tribunal (321), acordado el 16 de enero de 2002, no cuenta en su reglamentación con previsión expresa alguna del enjuiciamiento del rebelde, y si bien en el art. 14.1 de su Estatuto hace una remisión a las reglas procedimentales del Tribunal Internacional de Ruanda, que las entiende aplicables, *mutatis mutandi*, a su procedimiento, lo cual en principio abriría una vía de entrada del posible enjuiciamiento en ausencia, en los términos señalados en la regla 82 bis antes señalada para el Tribunal de Ruanda, entendemos que ello no es así, pues dicha regla 82 bis fue introducida en las Reglas Procedimentales de aquél Tribunal en las enmiendas adoptadas en mayo de 2003, por lo que, a fecha de aprobación del Estatuto del Tribunal de Sierra Leona (2002), dicha regla no existía, siendo que el art. 14 señalado prevé asumir solo las reglas vigentes en dicho momento.

Difusa es la posibilidad de enjuiciamiento en rebeldía en las causas seguidas en las *Salas Especiales de los Tribunales de Camboya*, creadas por Ley de 10 de agosto de 2002 (modificada el 27 de octubre de 2004), cuya regulación procedimental la encontramos en el Acuerdo, de 6 de junio de 2003, adoptado entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al procesamiento, con arreglo al Derecho de Camboya, de los crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática. En virtud del art. 2 del Acuerdo, éste se aplica en Camboya a través de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales, tal como fuera aprobada y modificada, y así, si bien no está contemplado en la citada Ley el enjuiciamiento en rebeldía, el art. 33,

(319) Para un análisis exhaustivo de estos Tribunales puede verse ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A., and KLEFFNER, J. K. (eds.), *International Criminal Courts – Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.

(320) Sobre el mismo, ampliamente, BLANC ALTEMIR, A., «El Tribunal Especial para Sierra Leona: un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario», en *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 19, 2003, pp. 101 y ss.

(321) Como Anexo a dicho Acuerdo, figuraba el Estatuto del Tribunal.

modificado, establece que «si los procedimientos existentes no abordan una cuestión en particular, o si hubiere incertidumbre con respecto a la interpretación o aplicación de dichos procedimientos, o si se pusiere en tela de juicio su compatibilidad con las normas internacionales, se podrán consultar las reglas de procedimiento establecidas en el plano internacional». Ello hipotéticamente permitiría que, planteado el caso del enjuiciamiento de un rebelde penal, el Tribunal, al amparo del citado precepto y para colmar la laguna de su reglamentación, pudiera acudir a otros textos internacionales, entre ellos los de la Corte Penal Internacional, en busca de criterios hermenéuticos que hicieran dable juzgar al acusado sin su presencia.

Más explícita es la reglamentación de las *Salas Especiales de los Tribunales de Timor Oriental*, instituidas por el Reglamento n.º 2000/15 de la Administración Transitoria de las Naciones Unidas en Timor Oriental, de 6 de junio de 2000, siendo que en sus Normas provisionales del procedimiento penal, aprobadas el 25 de septiembre de 2000, se contempla (Sección 5.1) que si bien se parte de la regla general de que «no se realizará el juicio de una persona en ausencia de ésta, salvo en las circunstancias definidas en el presente reglamento», dichas circunstancias se concretan en una doble posibilidad de enjuiciamiento sin la presencia del acusado: 1) cuando, el acusado caiga en rebeldía o bien manifiesta su voluntad de ser enjuiciado en ausencia, siempre que se respete la comparecencia personal exigida para la audiencia preliminar prevista en la sección 29 (sección 5.2); y 2) cuando hubiera tenido que ser expulsado del plenario en ejercicio de la policía de estrados previste en la sección 48.2 (sección 5.3). Y en cuanto al *Alto Tribunal Penal Iraquí*(322), creado tras la intervención norteamericana en Iraq para derrocar a Saddam Husein, decir que, instituido el 10 de diciembre de 2003 (con clara influencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional), cuenta con Reglas de Procedimiento y Prueba aprobadas el 23 de diciembre de 2004, siendo que en la regla 56 de las mismas se señala que cabe el enjuiciamiento en ausencia del acusado de conformidad con lo previsto al respecto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal Iraquí, Ley 23/1971, en donde efectivamente así se prevé (arts. 149, 183.2 y 243 a 248).

Por su parte, el *Tribunal Especial para el Líbano*, creado por Resolución núm. 1664 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 29 de marzo de 2006, para juzgar a los responsables del atentado contra ex el primer ministro libanés, Rafiq Hariri que tuvo

(322) Hasta el año 2005 llamado *Tribunal Especial Iraquí*. Sobre el mismo, ampliamente, NEWTON, M. A., «El Alto Tribunal Penal Iraquí: controversias y contribuciones», en *International Review of the Red Cross*, núm. 862, junio 2006, pp. 1 y ss.

lugar el 14 de febrero de 2005, cuenta con un Estatuto, aprobado por Resolución núm. 1757 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 30 de mayo de 2007, que es sin duda el que aporta una mayor reglamentación del enjuiciamiento en ausencia del acusado, de todos los hasta ahora estudiados⁽³²³⁾, pues si bien reconoce al acusado el derecho a estar presente en el proceso (art. 16.d), contempla expresamente y de manera clara el enjuiciamiento en ausencia del acusado (art. 22), haciéndolo además, y esto es muy significativo, de manera imperativa, al señalar que (art. 22.1): «El Tribunal Especial celebrará el juicio en ausencia del acusado cuando éste: a) Haya renunciado expresamente y por escrito a su derecho a estar presente; b) No haya sido entregado al Tribunal por las autoridades estatales competentes; c) Se haya dado a la fuga o se encuentre en paradero desconocido, siempre que se hayan adoptado todas las medidas razonables para asegurar su presencia ante el Tribunal e informarle de la acusación confirmada por el Juez de Instrucción». Y como garantías de este enjuiciamiento *in absentia*, se prescribe que el Tribunal velará para que (art. 22.2): «a) El acusado sea notificado, se le entregue el escrito de acusación o se le informe de otro modo de la acusación por medio de anuncios en los medios informativos o de una comunicación dirigida al Estado de residencia o nacionalidad; b) El acusado designe un letrado defensor de su elección, cuyos honorarios serán sufragados por el propio acusado o, cuando éste acredite su derecho al beneficio de justicia gratuita, por el Tribunal; c) La Oficina de Defensa del Tribunal asigne un letrado defensor al acusado si éste no lo ha nombrado por sí mismo o se ha negado a hacerlo, a fin de garantizar la plena representación de sus derechos e intereses». Como última garantía se prevé (art. 22.3) que, si el acusado no hubiera designado un letrado defensor de su elección y fuera condenado en ausencia, tendrá derecho a que el Tribunal Especial repita el juicio en su presencia, a no ser que acepte el fallo.

Finalmente, y en lo referente al Tribunal Penal Internacional de carácter permanente que representa la *Corte Penal Internacional*, creada a iniciativa de Naciones Unidas en Roma el 17 de julio de 1998⁽³²⁴⁾, hemos de decir que su Estatuto es claro al afirmar que «el acusado estará

(323) Ampliamente, al respecto, WHEELER, C. H., *The right to be present at trial in International Criminal Law*, cit., esp. el capítulo “The evolution of the right to be present since the introduction of the Special Tribunal for Lebanon’s Statute”, pp. 237 y ss.

(324) Instrumento de Ratificación por España publicado en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002, pp. 18824 y ss.

presente durante el juicio» (art. 63.1)(325), lo que explica la detenida regulación que el mismo hace de los mecanismos de cooperación internacional para hacer efectiva la puesta a disposición de los acusados ante la Corte (arts. 86 y ss.). Así pues, las únicas referencias al enjuiciamiento en ausencia del acusado las encontramos en las Reglas de Procedimiento y Prueba aprobadas el 9 de septiembre de 2002, concretamente en las reglas 124 a 126, referidas, en cualquier caso, solo respecto a la comparecencia en la audiencia previa, en la que se produce la confirmación de los hechos que se le imputan al mismo.

IV. LA REBELDÍA PENAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO

IV.1 Notas características de nuestro sistema

A la vista de lo expuesto en el anterior epígrafe, podemos comenzar resaltando una serie de notas características que, a grandes rasgos, califican el sistema que nuestro ordenamiento jurídico hace de la rebeldía penal. Y es que, de lo estudiado, podemos afirmar que existen dos modelos básicos a la hora de dar respuesta a la rebeldía penal(326), entendida ésta en el sentido amplio como ausencia de la parte pasiva del proceso penal: o entender que el principio de audiencia obliga a que el imputado se halle personalmente a disposición de la justicia en todo momento, por lo que la única solución posible es la suspensión del proceso mientras aquél no sea habido; o bien, relativizar la citada exigencia y, por tanto, permitir que el proceso continúe, siendo que, llegado el momento, el rebelde (llámese así o denomínesele ausente, contumaz, *latitante*...) pueda ser juzgado, siempre que se le otorguen una serie de garantías. Lógicamente estos dos «modelos puros» presentan luego diversas manifestaciones, en las que, como acontece en la mayoría de las ocasiones, los mismos revisten connotaciones eclécticas, si bien que lo importante para encuadrar a un ordenamiento dentro de uno u otro modelo es el principio general y dominante que lo rige. Sin embargo, podríamos concluir afirmando que, como vimos,

(325) Previéndose (art. 63.2) solo excepcionales y extremas medidas de expulsión si el acusado perturba «continuamente» el desarrollo normal del juicio, permitiéndose en dicho caso que el mismo dé instrucciones desde fuera a su abogado a través de «tecnologías de comunicación».

(326) De los mismos, ya se hacía eco de manera muy gráfica Herce Quemada en GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal penal*, 7.^a ed., Artes Gráficas y Ediciones S. A., Madrid, 1972, p. 368.

no existe ningún sistema puro que lleve el principio de audiencia a sus últimas consecuencias, ni aún en los ordenamientos que serían encuadrables en el primer modelo, como sería el caso de los ordenamientos enmarcados en el *Common Law*, en donde, como ya estudiamos, se ha observado una progresiva evolución.

Pues bien, nuestro sistema procesal penal vendría así caracterizado en esta materia por un eclecticismo que combinaría el principio preponderante de suspensión del proceso (estatus del rebelde en sentido estricto), con la posibilidad del enjuiciamiento en ausencia del acusado en determinadas condiciones, siendo que el principal factor determinante de tal diferenciación será la efectiva notificación y la gravedad del delito que se ventila en el proceso penal en cuestión. En este sentido, el modelo más parecido, aun con las diferencias ya expuestas, sería el alemán. Ahora bien, en primer lugar, y a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos, como el citado alemán, y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nos encontramos con que nosotros tenemos perfectamente asumida la diferencia entre estas dos figuras procesales, que cuentan con un régimen jurídico propio: la del ausente y la del rebelde, las cuales, lejos de quedar englobadas bajo una misma terminología, reciben así un tratamiento diferenciado, si bien que, como ya explicamos en el epígrafe II, la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, por una confusión histórica al transportar la reglamentación contenida en la *Compilación general de 1879*, rubricó el actual Título VII del Libro IV con el mal heredado nombre de «Del procedimiento contra reos ausentes», en lugar de denominarse «De la declaración de rebeldía del procesado y de sus efectos», que sería lo más lógico y coherente con la fuente normativa de donde trae causa⁽³²⁷⁾.

Junto a ello, hemos de catalogar nuestro sistema de especialmente garantista, pues entendemos que con el mismo se cumplen, de manera

(327) Y es que como dijimos, la *Compilación General de 1879*, en sus artículos 372 a 383 daba regulación a «De la declaración de rebeldía del procesado y de sus efectos», en similares términos a como se hacía en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (arts. 128 a 140). Sin embargo, junto a ello, la *Compilación*, de una manera desubicada, copiaba el art. 19 de la «Ley provisional sobre reformas en el procedimiento para plantear el recurso de casación en los juicios criminales», de 18 de junio de 1870, haciéndolo en el solitario artículo 859, que integraba el Capítulo VII del Título IV (Del Plenario), titulado «De las causas contra reos ausentes». La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 lo que haría sería mezclar regulación y *nomen legis*, de tal forma que transportaba la regulación dada en la *Compilación* a los rebeldes en los citados arts. 372 y siguientes (ahora recogidos en los arts. 834 y ss.), pero bajo la rúbrica del antiguo art. 859, solo sustituyendo «De las causas», por «Del procedimiento» contra reos ausentes.

cualificada, ese «núcleo duro» fijado por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a que ya hicimos referencia en el anterior epígrafe. Baste señalar que la prioritaria garantía, concretada en que nadie sea juzgado penalmente en su ausencia si es que no tiene cumplido conocimiento de que se sigue contra él un proceso, queda en el Derecho español plenamente colmada. Ahora bien, esta reglamentación diferenciada de rebelde/ausente, está, no obstante, en nuestro Derecho vigente, trufada de algunas deficiencias y defectos técnicos que vamos a continuación a abordar.

IV.2 Fundamento y naturaleza jurídica de la presencia del imputado

No es difícil concretar cuáles son las razones que han llevado a nuestro legislador, como al del resto de ordenamientos jurídicos comparados, a tener que dar respuesta jurídica a los supuestos en los que el imputado (en sentido amplio) no se encuentra, en las diversas fases del proceso, a disposición de la justicia. Podemos recordar aquí las precisas y preciosas palabras del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, cuando en la conocida sentencia del caso *Tortora* afirmó que «Hoy más que nunca, el interés público exige que los procesos penales sean tramitados con diligencia, y cuanto mayor sea el retraso entre la acusación y la fecha del juicio, mayor será la probabilidad de que los testigos no puedan aparecer o que sus recuerdos se hayan desvanecido y su testimonio sea menos convincente (...). La ausencia consciente y deliberada de un acusado no priva al tribunal de la potestad para iniciar el juicio y proseguirlo hasta que se alcance un veredicto»(328). Y en similar línea afirmará nuestra Sala 2.^a del Tribunal Supremo que «El fundamento de la continuación del juicio oral, pese a la ausencia de uno de los acusados declarado rebelde, radica en la necesidad de enjuiciar en el tiempo debido los hechos objeto del proceso penal basado en la necesidad de que éste no haya comparecido injustificadamente y obra en la causa la declaración de rebeldía que impide la celebración del juicio contra él, y la posibilidad de su celebración frente a otros imputados que deben ser enjuiciados sin que deba depender de las hipotéticas situaciones procesales de un imputado la actuación del sistema de enjuiciar hechos»(329). Podríamos, pues, resumir la citada fundamentación en el principio de razonabilidad que exige balancear los derechos que en lid concurren en

(328) Sentencia de 24 de julio de 1972, caso *United States versus Tortora* [464 F.2d 1202 (2d Cir.)], ap. 29.

(329) STS 934/2003, de 24 de junio, (FJ 1.º).

el proceso penal, en aras a una adecuada Administración de Justicia. Y es que no debemos olvidar que, como reiteradamente ha sostenido el Tribunal Constitucional, «la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 CE»(330).

Más problemática es en cambio la determinación de la naturaleza jurídica de la citada presencia del imputado, máxime si tenemos en cuenta que, como acertadamente se ha subrayado, eso es lo que precisamente distingue a la rebeldía penal respecto de su homónima civil(331). En este sentido, queda fuera de toda duda de que existe un derecho del «imputado» (investigado/acusado/condenado) de comparecer personalmente en el proceso y participar activamente en el mismo, pues dicho derecho queda incardinado en el derecho fundamental del derecho a la defensa (art. 24.2 de la CE) y reconocido, como ya hemos estudiado, por los Tratados Internacionales ratificados por España y por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ahora bien, a ello se han de realizar una serie de precisiones.

En primer lugar, este derecho no tiene la misma virtualidad en todas las fases del proceso ni en todas ellas encuentra la misma razón de ser. Así, en la fase de instrucción y de enjuiciamiento se entiende capital la presencia del investigado/acusado para poder desplegar su derecho de defensa, máxime cuando su persona puede ser objeto mismo de prueba, no solo con la posibilidad de declarar en fase instructora y ser interrogado en el plenario, sino también de quedar sometido a otro tipo de diligencias y pruebas que podrían ir desde el reconocimiento en rueda hasta la obtención de restos biológicos del mismo para su posterior análisis. En este sentido, hemos de recordar que la doctrina del Tribunal Constitucional, desde su señera STC 186/1990, de 15 de noviembre, viene resaltando la trascendental e

(330) Por todas, SSTC 127/2000, de 16 de mayo, (FJ 3.º); 292/2000, de 30 de noviembre, (FJ 9.º); 198/2003, (FJ 7.º); 173/2011, de 7 de noviembre, (FJ 2.º), y 199/2013, de 5 de diciembre, (FJ 8.º).

(331) En este sentido afirma certeramente Garberí: «aunque las declaraciones de rebeldía que pueden recaer en los procesos civil y penal posean un mínimo común denominador, que no es otro que en de la constatación de la *ausencia de hecho* o *falta de comparecencia* del sujeto pasivo del procedimiento cuando es requerido para cumplir un determinado acto procesal, la distancia que, en muchos aspectos jurídicos, separa la una de la otra es considerable, debido fundamentalmente a la diferente naturaleza jurídica que la comparecencia ante el órgano judicial de la parte procesal pasiva reviste en los procesos civil y penal». GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Del procedimiento contra reos ausentes (arts. 834-846)», en GIMENO SENDRA, V., CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., y GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos penales*, tomo VI, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 867 y s.

ineludible participación personal que ha de tener el imputado (ahora llamado «investigado» tras la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015), en la fase instructora, afirmando que en la primera fase jurisdiccional del procedimiento abreviado (fase de instrucción preparatoria o diligencias previas) la Ley ordena expresamente la intervención del imputado en la obligada comparecencia e interrogatorio judicial, en la que se le informará de sus derechos y de los hechos que se le imputan (art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento criminal), quedando así desde ese momento el investigado, ya como parte personada, facultado para «tomar conocimiento de lo actuado» y «formular las alegaciones que estime oportunas para su defensa», así como para «pedir cuantas diligencias estime pertinentes», sin perjuicio, como es obvio, de la facultad del juez para decidir sobre la utilidad de lo alegado e interesado. Con ello, según la citada sentencia, se permite satisfacer las exigencias que incluye el artículo 24 de la Constitución española para todo proceso, a fin de garantizar «el acceso al proceso de toda persona a quien se le atribuya... un acto punible y que dicho acceso lo sea en condición de imputado, para garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra ella, aun en la fase de instrucción judicial, situaciones de indefensión». De ello resulta que la acusación no puede dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de investigada «puesto que, de otro modo, se podrían producir, en la práctica, acusaciones sorpresivas de ciudadanos con la consiguiente apertura contra ellas del juicio oral, aun cuando no hubieren gozado de la más mínima posibilidad de ejercitar su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora». Además, «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 la puesta en conocimiento de la imputación» (STC 273/1993, de 20 de septiembre, FJ 2.º).

En cambio, la participación personal del acusado decae en necesidad en la fase de recurso, pues ventilándose en la misma cuestiones eminentemente jurídicas se entiende en principio superflua su participación, al estar debidamente asistido de su Letrado, habiendo señalado expresamente la jurisprudencia que dicha falta de participación personal en modo alguno causa indefensión, pues, como leemos en la Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018, «la audiencia del condenado no es preceptiva en la vista de un recurso de apelación donde quien tiene que comparecer

para efectuar las correspondientes alegaciones es la dirección letrada del recurrente, al objeto de exponer los motivos en lo que basa su recurso de apelación. Ninguna indefensión se causa con ello al recurrente, ya que no interviene en la vista de una apelación, ni se le da la palabra, por lo que no existe la vulneración alegada. En cualquier caso, ante una alegación por un quebrantamiento de forma como el postulado, debe hacerse constar en qué medida se le ha causado indefensión, o perjuicio procesal en la vista, cuando quien interviene es el letrado del recurrente, y no éste»(332).

Y, contrariamente, en la fase de ejecución penal la participación personal del ya condenado se alza ineludible, ya que el mismo es en muchas ocasiones el «propio objeto de la sanción»(333) (así, por ejemplo, en las penas privativas de libertad o en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad), siendo el principio de personalidad del cumplimiento penal el que exige que sea el condenado el que cumpla personalmente la pena a él impuesta (lo que en puridad llevaría a tener que rechazar, por ejemplo, la multa que abona un tercero en nombre del penado). Ello no obsta a que debamos subrayar que, lógicamente, el penado sigue siendo titular de su derecho de defensa en fase de ejecución penal, pudiendo aquí desplegarlo en aras a defender sus legítimos intereses, así tanto en materia de acceso a sustitutivos penales como, propiamente, durante el cumplimiento de la pena (incidentes de acumulación de penas, abono de prisión preventiva, intervención ante la jurisdicción de vigilancia penitenciaria...). No obstante, resulta en este sentido de particular interés señalar que la doctrina constitucional del abuso de representación, de la que trataremos más adelante, precisamente se vio modulada en la STC 198/2003 en relación a la necesaria personación del penado en el trámite de revocación de su libertad condicional.

Pero si la comparecencia personal del investigado, acusado o penado en el proceso penal es un derecho, también es un deber, habiendo afirmado en este sentido el Tribunal Constitucional que «existiendo un deber jurídico de comparecencia personal para ejercer la defensa en el proceso penal, tanto en el proceso ordinario como en el procedimiento abreviado, debe reputarse en principio razonable y justificada una interpretación judicial de las normas procesales encaminadas a disuadir de la incomparecencia injustificada del investigado o acusado. El investigado o acusado debe estar en persona a disposición de los Tribunales; tiene, por tanto, el deber de

(332) STS 371/2018, de 19 de julio, (FJ 2.º).

(333) Resaltando este extremo, SERRA DOMINGUEZ, M., *Estudios de Derecho procesal*, ed. Ariel, Barcelona, 1969, p. 688.

comparecer al llamamiento del Tribunal, hasta el punto de que, de no hacerlo así, la orden de comparecencia puede transformarse en orden de detención, conforme determina el artículo 487 LECrim, así como el artículo 763 LECrim»(334).

Así, por lo tanto, nos encontramos que el sujeto pasivo del proceso penal tiene en nuestro ordenamiento el «derecho-deber» de comparecer personalmente ante el órgano judicial, un deber éste que en modo alguno puede entenderse que sea un mero deber moral, sino, antes al contrario, un auténtico deber jurídico, toda vez que su incumplimiento acarrea importantes consecuencias en el ámbito del Derecho(335), si bien que entre ellas no está, lógicamente, la absoluta laminación del derecho de defensa.

De la naturaleza híbrida del citado «derecho-deber» se deriva que su faz positiva, el derecho, tenga importantes connotaciones, siendo así que las posibilidades de su renuncia entendemos se encuentran seriamente limitadas, al punto de poder concluir, como ahora veremos, que dicho derecho en realidad no es renunciabile, pues no puede entenderse como tal renuncia la existencia de la previsión legal del enjuiciamiento en ausencia o la dispensa al acusado de estar presente en todas las sesiones del juicio, cuando en ambos casos la misma queda sujeta a duras condiciones de admisibilidad.

En efecto. Como es sabido, en nuestro ordenamiento se prevé la posibilidad de que en el procedimiento abreviado se celebre el juicio en ausencia del acusado que se encuentra citado en legal forma, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en el artículo 786.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, requisitos entre los que figura la necesidad de que el enjuiciamiento en ausencia sea solicitado por el ministerio fiscal o la parte acusadora, y que el juez o tribunal, oída la defensa, entienda que «existen elementos suficientes para el enjuiciamiento». De ello se deduce que la celebración del juicio en ausencia no depende exclusivamente de la mera voluntad del acusado, quien, aunque libremente qui-

(334) SSTC 87/1984, de 27 de julio, (FFJJ 4.º y 5.º); 149/1986, de 26 de noviembre (FJ 2.º), y 24/2018, de 5 de marzo (FJ 4.º).

(335) Como ha subrayado la mejor doctrina constitucionalista, ni siquiera el derecho-deber del trabajo consagrado en el art. 35 de la Constitución española, puede entenderse que se trate de un mero deber moral, pues si bien es verdad que están constitucionalmente proscritos los trabajos forzados, ello no permite deducir que exista un «derecho a la pereza», ni que el legislador no tuviera cobertura constitucional para adoptar eventuales medidas legislativas (por ejemplo de índole fiscal) desfavorables para la holganza, al margen de las prestaciones personales obligatorias previstas en el art. 31.3 de la Constitución. *Vid.* Díez-PICAZO, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 432.

siera renunciar a su derecho a estar presente en el juicio, ello sería solo un requisito previo(336), pues lo determinante para la celebración del juicio en ausencia es la voluntad de las partes acusadoras de celebrar el juicio y la resolución final que en tal sentido adopte el juez o tribunal(337).

Por su parte, y en cuanto a la supuesta renuncia del acusado a estar presente en alguna de las sesiones del juicio hemos de señalar que, si bien ello no está previsto legalmente, la práctica (existencia de largos juicios cuyas sesiones se demoran incluso durante meses) ha impuesto que sea la jurisprudencia la que la haya acogido, siendo en tal sentido subrayable que el Tribunal Constitucional ha venido asumiendo la doctrina consolidada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que considera el derecho del acusado a estar

(336) En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional ha subrayado la exigencia de dicha voluntad de no comparecer y la necesaria acreditación de la misma, como requisito previo del enjuiciamiento en su ausencia, afirmando que «Este Tribunal tiene declarado que (i) el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) exige la presencia del acusado en el juicio oral por la relevancia de las consecuencias que pueden derivarse del procedimiento penal y la circunstancia de que el juicio oral es el momento decisivo en el que con publicidad y plena contradicción se hace efectivo el derecho de defensa debatiendo acerca de la fundamentación de las pretensiones de condena y la fuerza de convicción de las pruebas aportadas por la acusación y la defensa para desvirtuar la presunción de inocencia; (ii) en aquellos supuestos en que esté legalmente establecido, la posibilidad de celebrar un juicio oral en ausencia del acusado queda condicionada, entre otros aspectos, a que se haya garantizado suficientemente su presencia, dándole la oportunidad de comparecer mediante una citación que produzca un conocimiento efectivo y, por tanto, verificando que la ausencia es el resultado de una decisión voluntaria» (STC 77/2014, de 22 de mayo, FJ 2.º).

(337) Similares argumentos, *mutatis mutandi*, serían predicables respecto al enjuiciamiento de delitos leves cuyos acusados residen fuera de la demarcación del Juzgado (estos están exentos de la obligación de comparecer por así disponerlo el art. 970 de la LECrim), ya que el art. 971 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal expresamente señala que «la ausencia injustificada del acusado no suspenderá la celebración ni la resolución del juicio, siempre que conste haberle citado con las formalidades prescritas en esta Ley, a no ser que el Juez, de oficio o a instancia de parte, crea necesaria la declaración de aquél». No obstante, sobre esta posibilidad de enjuiciamiento en ausencia, el Tribunal Constitucional ya criticó hace dos décadas la falta de previsión expresa en la Ley del mecanismo de revisión con que el condenado en ausencia podría alegar haber sido enjuiciado a espaldas de su conocimiento, afirmando en tal sentido que «Pues bien, puesto que en el juicio de faltas, pese a su menor entidad, se ventilan cuestiones de la misma índole que en los demás juicios penales y que, por lo tanto, afectan a los mismos derechos fundamentales, no es posible, desde un punto de vista constitucional, otorgar en el validez a la condena *in absentia* sin posibilidad de juicio rescisorio, sin que competa a este Tribunal sino, en su caso, a la jurisdicción ordinaria o al legislador, precisar cuál ha de ser, en concreto, la vía por la que ese juicio puede hacerse efectivo» (STC 135/1997, de 21 de junio, FJ. 6.º *in fine*).

presente en el juicio como un «derecho renunciabile», afirmando al respecto que «Esta jurisprudencia, según declara la STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 4.º, es coincidente con la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El primero ha establecido que la presencia del acusado en el juicio es un derecho básico de éste, pero que no se infringe el art. 6 del Convenio europeo de derechos humanos cuando el acusado, debidamente emplazado, decida libremente renunciar a su presencia en el juicio (STEDH de 23 de noviembre de 1993, caso Poitrimol c. Francia, § 35). El segundo ha afirmado, en relación con los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo y a la defensa (arts. 47 y 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), que el derecho del acusado a comparecer en el juicio constituye un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo, pero que el acusado puede renunciar a ese derecho por su libre voluntad, expresa o tácitamente, siempre que la renuncia conste de forma inequívoca, se acompañe de garantías mínimas correspondientes a su gravedad y no se oponga a ningún interés público relevante. (STJUE de 26 de febrero de 2013, C-399/11, *asunto Melloni*, apartado 49)» (STC 77/2014, de 24 de mayo, FJ 2.º).

En este sentido, bien verdad es que con esta doctrina constitucional, en línea como decimos con la sentada por el Tribunal de Estrasburgo y del propio Tribunal de la Unión Europea, ya se adelanta lo que finalmente ha sido recogido en la Directiva 2016/343, de 9 de marzo, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, en donde se parte de entender dicha presencia como un derecho de la persona acusada y, por lo tanto, renunciabile. No obstante, mientras la citada Directiva no se transponga a nuestro ordenamiento, entendemos que los condicionamientos antes señalados impuestos por nuestra *lex data* permiten seguir poniendo en tela de juicio la consideración del derecho a estar presente en el juicio como un puro derecho(338), pues, en cualquier caso, la decisión o no de celebrar el juicio en ausencia siempre será resolución de Tribunal, el cual deberá ponderar *ad casum* las circunstancias concurrentes para adoptar la misma.

(338) En el mismo sentido, redacción del art. 787 en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficacia procesal del Servicio Público de Justicia de 15 de diciembre de 2020, y art. 59 del Anteproyecto de LECrim de 2020.

IV.3 La rebeldía y sus presupuestos: la requisitoria

Como ya hemos adelantado, la rebeldía *strictu sensu*, es decir la situación procesal en que se encuentra el sujeto pasivo del proceso penal cuando no se halla a disposición de la justicia, y por tanto no cabe el enjuiciamiento en su ausencia, la encontramos regulada básicamente en los artículos 834 a 846 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, preceptos que reglamentan un «procedimiento especial» que han permanecido prácticamente inalterables en su redacción desde la promulgación de la citada ley en 1882(339), con la única excepción de las previsiones que para la rebeldía de las personas jurídicas se contemplan en el artículo 839 bis, introducido en la reforma operada en nuestra Ley de Ritos por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, sobre medidas de agilización procesal. Fuera de dicho marco normativo, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal encontraremos otra previsión de la rebeldía penal en el artículo 784.4 referido al procedimiento abreviado.

La citada doble regulación de la rebeldía (procedimiento ordinario en los artículos 834 y siguientes, frente al artículo 784.4 reservado para el procedimiento abreviado), tiene concretas consecuencias. Así, en primer lugar, produce una disfunción en lo relativo al momento procesal en que la rebeldía ha de adoptarse, cuando la ignorancia del paradero se produce ya en la fase de instrucción. Así, en estos casos, si estamos ante un procedimiento ordinario la rebeldía se adopta una vez transcurrido el plazo indicado en la requisitoria (art. 839), si bien el efecto suspensivo de la causa se demora hasta que se dicte el auto de conclusión del sumario, según expresamente dispone el artículo 840 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («Si la causa estuviere en sumario, se continuará hasta que se declare terminado...»). En cambio, en el procedimiento abreviado se prevé que la declaración de rebeldía se produzca una vez abierto el juicio oral (art. 784.4, «si abierto el juicio oral, los acusados se hallaren en ignorado paradero), por tanto después del auto de apertura del juicio oral, y ello porque solo procederá la misma si la pena que se solicita al acusado es superior a la que permite su enjuiciamiento en ausencia («si la pena solicitada excediera de los lími-

(339) Solo la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, se limitó a precisar en el artículo 845 que será el secretario judicial (hoy letrado de la Administración de Justicia) el que interese que se le nombre abogado y procurador de Oficio al reo que se hubiere fugado u ocultado después de notificada la sentencia y estando pendiente el recurso de casación, y en el artículo 846 que será el juez o tribunal el que, una vez sea presentado o habido el rebelde, acuerde la reapertura de la causa para continuarla según su estado.

tes establecidos en el párrafo 2.º del apartado 1 del artículo 786»)(340), lo que lógicamente exige conocer el contenido de los escritos de acusación, siendo ello lo que comporta que, mientras que los escritos de conclusiones provisionales del procedimiento ordinario no contemplarán referencia alguna a los que ya han sido declarados rebeldes, los escritos de acusación del procedimiento abreviado, dado que éstos son presentados ante el órgano instructor (art. 780.1) antes de que éste dicte auto de apertura del juicio oral (art. 783), sí que contendrán la acusación que se dirige contra los que, solo luego, serán declarados rebeldes(341). Y en segundo lugar, como luego veremos, la declaración de rebeldía en el procedimiento ordinario se alza como requisito ineludible para poder continuar la causa y juzgar al resto de los acusados (art. 842), siendo que en el procedimiento abreviado ello no es así, toda vez que a tenor de la literalidad del párrafo 1.º del artículo 786, cabe no suspender el juicio por la incomparecencia injustificada de un acusado, aún no declarado en rebeldía, y juzgar a los presentes si, oídas las partes, el juez o tribunal así lo acuerda.

Pero, centrémonos ahora en la regulación matriz de la rebeldía. En primer lugar, hay que comenzar señalando que en el núcleo normativo contenido en los citados artículos 834 y siguientes, en modo alguno se regula un «procedimiento especial», y ello pese a encontrarse ubicado sistemáticamente, con Título propio (el VII), en el Libro IV de la Ley

(340) Recordar que en los casos de penas no superiores a los dos años de prisión la notificación del auto de apertura del juicio oral puede no ser practicada personalmente al acusado, siendo válida la realizada al procurador o la llevada a cabo en la persona o domicilio indicados por el investigado en su declaración instructora. En tal sentido, la Junta de Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid acordó, en jornada de unificación de criterios celebrada con fecha 6 de junio de 2012, el siguiente acuerdo: «a) Corresponde al juzgado de instrucción notificar al acusado el auto de apertura del juicio oral, con entrega de copia de los escritos de acusación, y dictar, en su caso, el auto de busca y captura; b) La notificación se realizará a su procurador si con anterioridad el imputado se ha personado en la causa con abogado que le defienda y procurador que le represente; c) Cuando no se haya designado procurador la notificación se realizará en el domicilio designado en España o en la persona designada por el imputado para que lo reciba en su nombre a los efectos del artículo 775 de la LECrim. Cuando la pena supere los dos años de prisión la notificación se debe realizar personalmente».

(341) Salvo que lógicamente, la busca y captura, y posterior archivo de las actuaciones respecto de una de las personas contra las que inicialmente se dirigió el procedimiento, haya sido antes de que ni siquiera se le haya tomado declaración en calidad de imputado (léase, investigado), pues en este caso, no estando incluida su persona en el auto de transformación de las Diligencias previas en Procedimiento abreviado (art. 779.4.ª LECrim), no cabrá dirigir escrito acusatorio contra él. *Vide* al respecto STC 24/2018, de 5 de marzo (FJ 2.º), haciéndose eco de ello por aplicación de la doctrina sentada, y de sobra conocida, en la STC 186/1990, de 15 de noviembre.

de Enjuiciamiento Criminal («De los Procedimientos especiales», arts. 750 a 846), pues lo en él regulado poco tiene que ver ni con un procedimiento, ni menos aún con uno especial(342), como sí lo son, por ejemplo, el abreviado (arts. 754 a 794), el procedimiento para enjuiciamiento rápido (arts. 795 a 803) o el de aceptación por Decreto (art. 803 bis). En realidad, lo contemplado en los citados preceptos no es sino un mero incidente procesal(343) en el que se da respuesta a la situación procesal en la que ha de quedar el sujeto pasivo que no se halla a disposición de la justicia, en según qué fase del proceso, y que

(342) Así, en efecto, frente a la tradicional opinión Aguilera de Paz que consideraba adecuada la consideración de la rebeldía como un procedimiento especial («pues al fin y al cabo da lugar la rebeldía de los procesados a determinados trámites especiales, no comunes a todas las causas», AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, cit., pp. 782 y s.), la moderna doctrina es partidaria de criticar dicho calificativo, por entenderla como «una incidencia que puede darse en cualquiera de los procedimientos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal» (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Instituciones de Derecho procesal penal*, Akal, Madrid, 1999, p. 209; ídem en *Tratado de Derecho procesal penal*, 6.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2014), «porque en realidad a través de estos trámites no se actúa ninguna pretensión punitiva, sino que solo tienen por objeto la puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales, Juez Instructor o Tribunal Sentenciador, de los imputados, procesados o acusados (también los condenados en el caso de la extradición) que tratan de eludir la acción de la justicia situándose en ignorado paradero (caso de los ausentes en rebeldía) o bien trasladándose a un país extranjero (supuesto de extradición)» (CALDERÓN CEREZO, Á. y CHOCLAN MONTALVO, J. A., *Derecho procesal penal*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 558), en definitiva, como dijera Prieto-Castro (PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E., *Derecho procesal penal*, cit., p. 379), «no comprenden ningún sistema de normas reguladoras de ningún proceso o procedimiento, sino que se preocupan de la busca del inculpaado que no comparece cuando debiera hacerlo, por un lado, y por otro lado, de los efectos de la incomparecencia, llamada rebeldía», o más gráficamente, en palabras de Ramos Méndez, «meros apuntes que afectan solo a algún trámite procesal» (RAMOS MÉNDEZ, F., *El proceso penal*, cit., p. 315).

(343) En una ciencia tan «problemática» como la procesal, el concepto de incidente no podía sino ser harto controvertido. En este sentido Carnelutti afirmaba que «el problema de los incidentes es sin exageración, uno de los más graves entre los que se refiere al procedimiento; culmina en él aquella dificultad que parece en verdad un rompecabezas, la de decidir pronto y bien» (CARNELUTTI, F., *Instituciones del proceso civil*, traducción de la 5.ª edición italiana por Santiago Sentís Melendo, vol. II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, p. 52), y en el mismo sentido nuestro Jaime Guasp sostenía que los incidentes gozan «de una triste y bien merecida fama de plaga procesal, por los inagotables recursos que brindan a los litigantes de mala fe» (GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, vol. I., M. Aguilar, Madrid, 1950, p. 983), llegando, de manera exagerada, Alcalá-Zamora a concluir que «son ellos (los incidentes) los que, multiplicados hasta el infinito..., contribuyen en gran medida... a hacer de nuestro enjuiciamiento uno de los más lentos de la tierra» (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de Derecho procesal*, Góngora, Madrid, 1934, pp. 239 y s.).

no pudo ser juzgado en ausencia dentro de las previsiones legales contempladas para el procedimiento abreviado (art. 786)(344). Es por ello que la regulación del estatuto procesal del rebelde penal tendría que tener acogida en la ley procesal, como nos enseña el Derecho comparado, dentro de las normas generales del proceso, siendo esta la solución por la que optó el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 (arts. 46 y ss.) y la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 (arts. 52 y ss.), y la que sigue el actual Anteproyecto de 2020 (art. 58).

En la regulación pues, de este incidente procesal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal distingue entre los aspectos formales de la declaración de rebeldía, y los efectos que de la misma se derivan. Estudiemos en este apartado los primeros.

Los *aspectos formales de la declaración de rebeldía* encuentran su reglamentación en los artículos 834 a 839 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en donde se establece como presupuesto necesario para la adopción de la misma la correspondiente emisión de una requisitoria, siendo en tal sentido palmario el artículo 834 al señalar que «será declarado rebelde el procesado que en el término fijado en las requisi-

(344) En este sentido, y como continuación a lo dicho en la anterior nota, hemos de señalar que la doctrina procesalista no se ha puesto tradicionalmente de acuerdo en si el incidente procesal abarca cuestiones tanto materiales como procesales, o si, por el contrario, debe circunscribirse a estas últimas (sobre esta polémica, ampliamente, por todos *vid.* SAAVEDRA GALLO, P., «Reflexiones sobre los incidentes en el proceso declarativo civil», en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 1, 1992, pp. 171 y ss., esp., pp. 185-187). El vigente artículo 387 de la Ley de Enjuiciamiento Civil opta por una concepción amplia, al disponer que «son cuestiones incidentales las que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso», distinguiendo a continuación entre cuestiones incidentales de especial pronunciamiento (que no suspenden el curso del proceso y se dirimen, por tanto, en la sentencia antes de entrar a resolver el objeto principal, art. 389) y cuestiones incidentales de previo pronunciamiento (que al suponer, por su naturaleza procesal, un obstáculo a la continuación del procedimiento, conllevan una suspensión del mismo, arts. 390 y 391). Desde este marco teórico general, es evidente que el incidente de rebeldía penal es una cuestión incidental de previo pronunciamiento, pues su resolución, en el caso de haber varios acusados, supone la suspensión del proceso, con archivo provisional respecto del rebelde, y su continuación en relación a los demás. En cualquier caso, es importante distinguir entre la cuestión incidental propiamente dicha (la rebeldía fáctica), y el procedimiento previsto para resolver la misma: «La cuestión incidental es el punto u objeto litigioso que surge en el proceso ligada directamente a la cuestión principal. Mientras que el procedimiento incidental es el modo, forma o conjunto de trámites que se siguen para resolver la cuestión incidental» (SAAVEDRA GALLO, P., «Reflexiones sobre los incidentes en el proceso declarativo civil», cit., p. 187.).

torias no comparezca, o que no fuese habido y presentado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa».

La requisitoria, como «modo de comunicarse de los Jueces y Tribunales entre sí», cuenta en nuestro Derecho con una inveterada tradición, entroncando con las «cartas de guiamiento» que el Rey castellano (o los adelantados y alcaldes por su mandato), en sus funciones jurisdiccionales, emitía «quando les mandaba facer pesquisa ó que recabden algunos malfechores» (Partida III, Título XVIII, Leyes XXIV a XXVI). En este sentido, ya en la *Práctica Criminal* de Fernández de Herrera se disponía que: «De vnos Tribunales y juzgados á otros, en Castilla se expiden diversos géneros de despachos, para que a los ministros que van dirigidos los executen; vnos son solo para asegurar, prendiendo el delincente, y estos comunmente se llaman *requisitorias de guia*; otros para prender, y embargar bienes, y remitir el precio con autos, si los huviere, en las formas de estos; ó otros, que se expiden sobre alguna circunstancia, que para darla cobro, es necesario cometerse durante el curso de las causas. Ay tambien diferencias según los Jueces que la remiten, y á quien se dirigen, ocasionándose tal vez disputas sobre el modo de tratamiento, que vnos hazen á los otros, y términos con que se habla en los despachos»(345). Así las cosas, desde los primeros años del siglo XIX la requisitoria vendría siendo definida como «el despacho de un juez a otro, en que le requiere, con el término y cortesía que se debe, ejecute algún mandamiento suyo»(346), afirmando al respecto Joaquín Escriche en su celeberrimo *Diccionario Razonado* que la misma no es sino «el despacho de un juez á otro requiriéndole ó exhortándole á que ejecute algún mandamiento suyo. La requisitoria se usa especialmente para citar ó emplazar al demandado ó reo que se halla en territorio de otro juez»(347).

La citada requisitoria irá precedida en ocasiones por la *puesta en averiguación de paradero y domicilio* del luego requisitoriado, prevista en el artículo 178 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien que si el citado precepto hace referencia exclusivamente a los

(345) FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLARROEL, G., *Práctica criminal, Instrucción (nueva útil) de substancias las causas*, Imprenta de Don Gabriel del Barrio, Madrid, 1724, p. 53.

(346) D. J. F. A., *Diccionario Judicial (que contiene la explicación y significación de las voces que están más en uso en los Tribunales de Justicia)*, Imprenta de D. Miguel de Burgos, Setiembre de 1831, p. 208.

(347) ESCRICHE, J., *Diccionario Razonado de legislación civil, penal, comercial y forense (o sea, Resumen de las leyes, usos, prácticas y costumbres, como asimismo de las doctrinas de los jurisconsultos)*, Imprenta de J. Ferrer de Orga, Valencia, 1838, p. 587.

supuestos en los que se desconozca su domicilio, no es infrecuente hacer uso de dicha averiguación cuando se tienen dudas de que el domicilio que consta en autos ya no se corresponde con el de la persona en cuestión o, simple y llanamente, cuando se desconoce el paradero del mismo y se prevé (por ejemplo, por la conducta procesal desplegada con anterioridad) que de ser localizado, atenderá a las citaciones. Sin embargo, ha de dejarse bien claro que la puesta en averiguación de paradero y domicilio en modo alguno se alza como un requisito ineludible previo para el dictado de la requisitoria, habiendo tenido ocasión de señalar el Tribunal Supremo que el no cumplimiento de las previsiones que al respecto realizan los artículos 178 y 432 (éste último referido a los testigos ilocalizados) no constituye una infracción de norma esencial del procedimiento, «pues se trata de una disposición propia de la época de sanción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; pero que en la sociedad masiva actual carece de toda practicidad, prueba de ello es que el artículo 762.3.^a de la citada Ley no estableció tal trámite para el procedimiento abreviado» (348). Y es que, efectivamente, en el artículo 762.3.^a se señala que «si el que hubiere de ser citado no tuviere domicilio o no fuere encontrado por la Policía Judicial en el plazo señalado a ésta, el Juez o Tribunal mandará publicar la correspondiente cédula por el medio que estime más idóneo para que pueda llegar a conocimiento del interesado, y solo cuando lo considere indispensable acordará su divulgación por los medios de comunicación social», siendo por ello que nada obsta para que se dicte de manera directa la correspondiente requisitoria (art. 762.4.^a) cuando la averiguación de paradero resulta ociosa, como ocurre, por ejemplo, cuando se constata que el sujeto ya se encuentra requisitoriado por otros Juzgados o Tribunales. Con independencia de ello, hemos de recordar que según la literalidad del artículo 784.2, en el procedimiento abreviado la requisitoria antesala de la declaración de rebeldía ha de adoptarse «si, abierto el juicio oral, los acusados se hallaren en ignorado paradero», por lo que hasta dicho momento procesal el investigado será normal que se encuentre en situación de averiguación de paradero.

La razón de ser de la exigencia de la requisitoria no es otra que la de dar por acreditada la voluntad del requisitoriado de sustraerse a la acción de la justicia, siendo en tal sentido bastantes gráficas las palabras al respecto formuladas en su día por Aguilera de Paz, al señalar que «para ser declarado rebelde un procesado, es imprescindible lla-

(348) Véanse, por todas SSTS 9/2005, de 10 de enero [con cita de la STS 471/1995, de 30 de marzo]; núm. 484/2009, de 5 de mayo; y 150/2010, de 5 de marzo.

marle y buscarle previamente, cuyo mandamiento es lo que se denomina requisitoria, siendo también necesario la fijación de un plazo para que se presente, a contra de cuyo vencimiento ha de reputársele ausente o en rebeldía, porque el hecho de su falta de presentación demuestra ya su propósito de sustraerse a la acción de la justicia, habiendo lugar a la estimación de las consecuencias jurídicas de su ausencia, toda vez que transcurrido dicho término la sociedad ha cumplido ya con el deber que el sentimiento de justicia le imponía, y desde entonces debe considerarse de culpa del procesado su falta de comparecencia, por cuyo motivo le declara rebelde, sometiéndole a los efectos y resultados propios de tal declaración» (349). Como vemos, en realidad se trata de un simple juicio de inferencia: dando por supuesto el conocimiento que el requisitoriado tiene de su deber de comparecer ante la justicia (algo que no siempre tiene por qué ser así), mor al sistema de publicación de la requisitoria al que luego aludiremos, se deduce que la infracción de dicho deber es debido a su voluntad de eludir a la justicia, lo que permitirá que se le declare rebelde, teniendo dicha declaración en sus orígenes una clara connotación sancionadora, como después veremos con detalle.

Los presupuestos materiales del dictado de la requisitoria (que obligan al Juez o Tribunal a dictarla tan pronto como los mismos concurran, ex art. 836) vienen contemplados en el artículo 835, en donde se establece que «Será llamado y buscado por requisitoria: 1.º El procesado que al ir a notificársele cualquiera resolución judicial no fuere hallado en su domicilio por haberse ausentado, si se ignorase su paradero; y el que no tuviese domicilio conocido. El que practique la diligencia interrogará sobre el punto en que se hallare el procesado a la persona con quien dicha diligencia deba entenderse, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 172 de esta Ley; 2.º El que se hubiere fugado del establecimiento en que se hallase detenido o preso; 3.º El que, hallándose en libertad provisional, dejare de concurrir a la presencia judicial el día que le esté señalado o cuando sea llamado».

Ya apuntamos las deficiencias que la regulación de la requisitoria presenta en atención al tenor literal del citado precepto, pues el mismo se circunscribe a situaciones procesales, todas ellas, anteriores a la existencia de una sentencia penal firme, al referirse siempre a «procesado», «detenido o preso» y al que se encuentra en «libertad provisional», si bien que una interpretación flexible, que es la seguida en la práctica para fundamentar el dictado de las requisitorias, permite incardinar en el número 2.º al penado que se evade del establecimiento

(349) AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, cit., p. 785.

penitenciario (por analogía del penado interno con el concepto genérico de preso) y en el número 3.º a los penados que, en fase de ejecución, no atienden alguna citación para comparecer (por ejemplo, para requerirle de ingreso en prisión)(350), siendo que una interpretación restrictiva nos llevaría a entender que, dado que dicha regulación se anuda con la obligada declaración de rebeldía (art. 836), el legislador lo que está manifestando es que no cabe la misma una vez dictada sentencia firme, algo que se contradeciría con el hecho de que el artículo 82.2 del Código penal, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, disponga en su párrafo segundo que «no se computará como plazo de suspensión (de la ejecución de las penas privativas de libertad) aquel en el que el *penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía*».

Además, la propia redacción del artículo 835 ha planteado bastantes dudas interpretativas, y así, por ejemplo, respecto de lo previsto en el número 1.º se ha cuestionado que el mismo parece que se circunscribe solo al supuesto de que sea imposible la localización del procesado cuando se le vaya a notificar una resolución, dejando, por tanto, fuera los casos de quienes, siendo efectivamente localizados y debidamente notificados, se sustraen luego a la acción de la justicia, no cumpliendo lo ordenado y volviendo a colocarse en situación de ilocalizados, por lo que la doctrina se ha planteado si en tales casos cabría ya declarar directamente la rebeldía o, si por el contrario, se hace necesario acordar una nueva requisitoria, solución esta última que, en principio, es la más acorde con el tenor del artículo 834(351), si bien que, en muchos casos, la menos operativa, pues con ello se podría dar cobertura a una concatenación infinita de requisitorias ante consecutivos incumplimientos por parte del requisitoriado.

La requisitoria, se materializa en el correspondiente auto, que es conocido en el lenguaje forense como «*auto de busca y captura*», y

(350) Y es que puestos a tener que utilizar la analogía, parece más razonable fundamentar las requisitorias en fase ejecutiva en los citados numerales del artículo 835 que tener que acudir a las genéricas previsiones de los artículos 512 y 762.3.ª, preceptos ambos que se incardinan en la regulación de la fase instructora del proceso, máxime si tenemos en cuenta que para las requisitorias expedidas conforme al primero de dichos artículos, el artículo 513, al señalar el contenido formal de la misma, se incluye «el delito por el que se le procesa», y «la cárcel donde deba ser conducido».

(351) De esta opinión era también Aguilera Paz al señalar que: «Esta última solución es la que a nuestro juicio se halla conforme con el espíritu de la ley y con el precepto terminante del artículo 834, según el cual, es requisito indispensable para declarar la rebeldía el previo llamamiento por requisitoria, y que el llamado no comparezca o no sea habido dentro del término de ella». AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, cit., p. 785.

ello porque el contenido material de la requisitoria no es la mera búsqueda del requisitoriado sino que, precisamente por haber sido infructuosa la misma(352), se acuerda su detención, siendo por ello por lo que, como bien ha subrayado la moderna doctrina(353), la requisitoria tiene en verdad una doble naturaleza, pues si bien en primer lugar es un simple acto de comunicación que tiene por objeto en poner en conocimiento del inculpado la necesidad de que éste comparezca ante el juez o tribunal en el plazo en ella indicado, también es un acto de naturaleza coactiva, pues la misma acarreará la detención del requisitoriado y la puesta a disposición judicial para que se practiquen las diligencias ordenadas en la requisitoria, que podrán ir, según los casos, desde la mera notificación de una resolución al ingreso en prisión.

En este sentido, y para dar respuesta al procedimiento a seguir una vez que, detenido el requisitoriado, es puesto a disposición judicial, el artículo 516 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, luego de la redacción dada al mismo por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, dispone que «En la resolución por la que se acuerde buscar por requisitorias, el Juez designará los particulares de la causa que fueren precisos para poder resolver acerca de la situación personal del requisitoriado una vez sea habido. Testimoniados la resolución judicial y los particulares por el Secretario judicial, se remitirán al Juzgado de Guardia o se incluirán en el sistema informático que al efecto exista, donde quedarán registrados», añadiendo el art. 517, también redactado por la citada novela, que «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 505.6, presentado el requisitoriado ante un Juzgado de Guardia, el Juez, si fuera necesario para resolver, podrá solicitar el auxilio del órgano judicial que hubiera dictado la requisitoria o, en su defecto, del que se hallare de guardia en este último partido judicial, a fin de que le facilite la documentación e información a que se refiere el artículo anterior». La finalidad de ambos preceptos, introducidos en nuestra Ley de Ritos por la citada Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, quedan claramente expresados en la Exposición de Motivos de la misma, al decir que «Igualmente, se dota de contenido a los artículos 516 y 517 para dar pronta respuesta y legalizar cuanto antes la situación personal del (requisitoriado) detenido que se presenta ante

(352) En este sentido es bastante gráfico el tenor literal del artículo 407 de la Ley Procesal Militar (Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril) que comienza señalando que «Serán llamados por requisitoria cuando hubieren sido ineficaces las diligencias practicadas en su busca...».

(353) GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Del procedimiento contra reos ausentes (arts. 834-846)», cit., pp. 883 y s.

un Juzgado de guardia». Para facilitar la cumplimentación de lo dispuesto en los citados artículos 516 y 517, el Real Decreto 576/2014, de 4 de julio, modificó el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia(354), creando para ello el «fondo documental de requisitorias»(355).

En lo referido al *contenido formal de la requisitoria*, el artículo 837 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que la misma «expresará todas las circunstancias mencionadas en el artículo 513, excepto la última, cuando no se haya decretado la prisión o detención del procesado», siendo que las citadas circunstancias del artículo 513 (dedicado a la busca y captura de quien será detenido para acordar lo procedente sobre su prisión preventiva) se concretan en el «nombre y apellidos, cargo, profesión u oficio si constaren(356), del procesado rebelde(357), y las señas en virtud de las que pueda ser identificado, el delito porque se le procesa, el territorio donde sea de presumir que se encuentra y la cárcel adonde deba ser conducido», a las que el artículo 837 añade: «la del número del artículo 835 que diere lugar a la expedición de la requisitoria», y «el término dentro del cual el procesado ausente deberá presentarse, bajo apercibimiento de que en otro caso será declarado rebelde y le parará (sic, léase deparará) el perjuicio a que hubiere lugar con arreglo a la ley».

Singular importancia, subrayada por la jurisprudencia, es el que la requisitoria exprese de manera clara el término dentro del cual debe ser capturado y presentado el requisitoriado(358), pues el vencimiento del mismo es el que propicia la declaración de rebeldía conforme, sin ambages, dispone el artículo 839: «Transcurrido el plazo de la requisi-

(354) Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, que instituye y regula el «Sistema de Registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia» (conocido como SIRAJ), en donde se contempla la inclusión en el mismo de las requisitorias (art. 10 apartado c).

(355) En tal sentido, véase Disposición Adicional 4.^a al Real Decreto 95/2009 antes citado.

(356) Las referencias al cargo, profesión u oficio del requisitoriado fueron una novedad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 al objeto de facilitar su busca y captura, no existiendo dicha previsión ni en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (art. 400 por remisión del art. 131) ni en la Compilación General de 1879 (art. 659 por remisión del art. 375).

(357) Obsérvese la incorrección técnica de llamar «procesado rebelde» a quien en modo alguno ha podido ser ya declarado rebelde.

(358) Dicho plazo será fijado discrecionalmente por el juez, pero en la práctica se ha extendido el uso forense de que, cuando las previsiones de localización son pocas y en aras a que la declaración de rebelde pueda hacerse prontamente, el mismo se fije en diez días.

toria sin haber comparecido o sin haber sido presentado el ausente, se le declarará rebelde»(359). En palabras del Tribunal Constitucional(360): «La fijación de plazo en la requisitoria, tal y como ordena la Ley, no es solamente garantía de una administración de justicia ordenada y pronta. Cuando existen reos en situación de prisión preventiva, es una garantía esencial para que el Tribunal competente no sacrifique su libertad personal más allá del tiempo imprescindible para constatar la rebeldía del coacusado ausente». Pero, respeto al citado plazo debemos hacer unas consideraciones. Lo dicho es válido cuando hablamos de requisitoriados en fase de instrucción y enjuiciamiento, pues en estos casos urge, efectivamente, la necesidad de dictar prontamente el auto de rebeldía, rebeldía que mantendrá la busca y captura de la persona hasta tanto el delito (o mejor dicho, la acción penal) no prescriba, debiendo procederse a la baja de la misma tan pronto se alcance dicho plazo, momento en el que se desarchivará el procedimiento (que debió ser archivado provisionalmente con el dictado del auto de rebeldía) y se acordará la prescripción. Sin embargo, si el requisitoriado es un condenado, la busca y captura del mismo extenderá su eficacia hasta tanto no se colme el plazo de la prescripción de la pena.

Y si, como afirmara Aguilera de Paz, «la requisitoria es el llamamiento solemne, formal y decisivo, que hace la autoridad judicial al procesado, cuyo paradero se desconoce, teniendo por objeto darle a conocer que la justicia le llama y le busca, porque debe comparecer ante ella, y que su comparecencia ha de tener lugar dentro del plazo fijado en dicho llamamiento, es de todo punto indudable la conveniencia de que le dé a la misma la mayor publicidad posible, para que pueda producir mejor su resultado, a fin de que el reo no pueda alegar ignorancia ni tener motivo para disculpar su falta de presentación»(361), lógico es que el artículo 838 disponga que «La requisitoria se remitirá a los Jueces, se publicará en los periódicos y se fijará en los sitios públicos mencionados en el artículo 512, uniéndose a los autos la original y un ejemplar de cada periódico en que se haya publicado». Obsérvese que el citado reenvío normativo es solo a lo previsto en el artículo 512, que se refiere a la remisión de la requisitoria a los Jueces de Instrucción en cuyo territorio hubiese motivo para sospechar que el

(359) En la regulación de la declaración de rebeldía en el procedimiento abreviado el art. 784.4 es menos explícito, pero no por ello deja de transmitir el mismo mandato: «el Juez mandará expedir requisitoria para su busca y captura, declarándolos rebeldes si no comparecieren o fuera hallados».

(360) STC 41/1996, de 12 de marzo, (FJ 6.º).

(361) AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, cit., pp. 790 y s.

requisitoriado se halle, la publicación en los Diarios Oficiales (BOE y Diarios de las Comunidades Autónomas)(362) y la difusión por edictos fijados en la Oficina del Juzgado o Tribunal que dicta la requisitoria y en la de los Juzgados de Instrucción a que se hubiera remitido, medios de dar a conocer éstos que con fina ironía criticó en su día Magín Fábrega, catedrático de Derecho procesal que fuera en los años veinte en la Universidad de Barcelona, al señalar que(363): «Las requisitorias ofrecen un inconveniente práctico, y es que, como nadie tiene más interés en leerlas que la persona a quien se busca, *suelen servirle de antorcha para guiarle en su fuga*, pues desde el momento en que deben expresarse los lugares en que se cree que está, natural es que procure hallarse en otra parte». Por ello, llama la atención que el citado artículo 838 no se remitiera también al artículo 515, en el que se prevé la comunicación de las requisitorias a las fuerzas policiales, algo sobre lo que redundaba el más moderno artículo 762.4.^a al ordenar categóricamente que «las requisitorias que hayan de expedirse se insertarán en el fichero automatizado correspondiente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y, cuando se considere oportuno, en los medios de comunicación escrita». Es pues, la inserción de las requisitorias en las bases de datos policiales a través del antes citado «Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia (SIRAJ)»(364) lo que hoy por hoy garantiza la efectividad de la requisitoria, habiendo quedado en la práctica relegadas al desuso las previsiones de publicación antes señaladas, que como ya hemos dicho, tenían una eficacia muy limitada. Las nuevas tecnologías han impuesto así nuevos medios de comunicación de las requisitorias y estamos seguros que en el futuro aportarán muchas más, piénsese por ejemplo a través de redes sociales, siendo en tal sentido reseñable que en la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 se preveía la posibilidad

(362) Respecto a la publicación de las requisitorias en los Diarios Oficiales (en su momento concretados en los Boletines de la Provincia donde el requisitoriado tuvo su última residencia y en la Gaceta de Madrid –hoy BOE–) señalar que a principios del XIX ello suponía «una labor ímproba y gasto considerable de tiempo» (AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo II, 2.^a ed., Reus, Madrid, 1923, p. 308), por lo que por Reales Órdenes del Ministerio de Gobernación de 17 de febrero de 1909 (*Gaceta de Madrid*, núm. 49, 18 de febrero de 1909, pp. 416 y s.) y 11 de mayo de 1910 (*Gaceta de Madrid*, núm. 133, 13 de mayo de 1901, pp. 287 y s.) dispusieron los modelos abreviados en que debían aparecer publicadas las requisitorias en dichos periódicos oficiales.

(363) FÁBREGA Y CORTÉS, M., *Lecciones de Procedimientos Judiciales*, 3.^a ed., Librería Bastinos de José Bosch, Barcelona, 1928, p. 502.

(364) En tal sentido, el artículo 6.1 del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, instituye y regula el «Sistema de Registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia» (conocido como SIRAJ).

de que en los delitos de mayor gravedad se pudiera acordar la difusión de la imagen del requisitoriado «incorporada mediante carteles y a través de los medios de comunicación públicos o privados».

Claro es que las previsiones legales vistas hasta aquí sobre la adopción de requisitorias y su publicación son siempre referidas a los casos en los que el requisitoriado es una persona física (supuesto más normal), siendo que *cuando se trata de una persona jurídica*, es el artículo 839 bis, introducido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la reforma llevada a cabo por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, el que establece su normativa especial, que por ello estudiaremos más bajo, en epígrafe independiente.

IV.4 El auto de rebeldía: sus efectos

Cumplidas pues con las previsiones señaladas, esto es, dictada la correspondiente requisitoria y llegado a término el plazo en ella indicado sin que el requisitoriado (persona física) comparezca voluntariamente o sea habido y presentado ante la autoridad judicial que ordenó su busca y captura, se ha de proceder a tenerlo como rebelde, para lo cual dicha autoridad dictará el correspondiente *auto de rebeldía*. Sobre ello un par de notas.

Si bien las previsiones del artículo 839 parecen a primera vista tautológicas respecto a lo ya afirmado en el artículo 834, pues su contenido real es prácticamente el mismo, y con independencia de que algunos autores entienden que ambos preceptos en realidad son complementarios al ser «resultado de la conjunción de ambos mayor claridad y precisión»(365), lo cierto es que sobre la literalidad del artículo 839 podemos hacer unos comentarios. En primer lugar, lo que en el artículo 834 es «procesado», se convierte ahora en el artículo 839 en «ausente», reflejo una vez más de la deficiencia técnica de la regulación que estamos estudiando. Pero es que además llama la atención que, a diferencia de lo que se prevé en el artículo 836 respecto a las requisitorias («*Inmediatamente* que un procesado se halle en cualquier de los casos...»), el artículo 839 ninguna perentoriedad impone para el dictado de la rebeldía, siendo así que si como dijimos la requisitoria debe fijar de manera expresa el término dentro del cual debe ser capturado y presentado el requisitoriado (art. 837.2.^a), siendo este

(365) AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, cit., p. 792.

«plazo de vigencia de la requisitoria»(366) un requisito esencial de la misma subrayado por la jurisprudencia, ningún sentido tiene que cumplido el mismo no se acuerde de manera inmediata la rebeldía del requisitoriado, la cual se alza como un deber ineludible del órgano emisor de la requisitoria según el propio tenor literal del citado artículo 839(367).

En cuanto a la necesidad de que la resolución que adopta la rebeldía revista la forma de auto, si bien el artículo 839 no lo dice expresamente («se declarará rebelde») es evidente que la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuenta con ello, siendo así que el artículo 252 de manera explícita dispone que los Tribunales remitirán directamente al Registro Central de Procesados y Penados (léase Penados y Rebeldes) notas autorizadas «de los autos en que se declare la rebeldía de los procesados». Asimismo, hemos de tener presente que, entendido, como ya dijimos, el «procedimiento contra reos ausentes» como un incidente procesal, su resolución, ex artículo 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha de revestir necesariamente la forma de auto, auto que, como ya hemos adelantado, ha de inscribirse en el «Registro de Penados y Rebeldes», siendo que desde el año 2009 éste queda conformado por el «Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes», regulado en el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero(368), siendo que en el mismo se ha de anotar preceptivamente el plazo de vigencia de la rebeldía(369), la cual tendrá como fecha de expiración aquélla en la que procederá la prescripción del delito (o de la pena, en el caso de penados rebeldes).

(366) En el SIRAJ se ha de incluir expresamente la fecha del cese de vigencia de la requisitoria, como así lo dispone el artículo 10 apartado c) del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, ya citado, si bien con una redacción manifiestamente mejorable (pues se presta a confundir la duración de la requisitoria con la de la pena –caso de que el buscado fuera un penado–) al afirmar: «c) Órdenes de busca, indicando el órgano judicial que la acuerda, fecha de la misma, tipo de procedimiento, delito objeto del procedimiento, pena y duración de la misma».

(367) En este sentido subraya Garberí que «la declaración de rebeldía puede ser definida como la resolución que *ha de decretar* el órgano judicial... La emisión de dicha declaración constituye, pues una *verdadera obligación judicial*, a la que se proveyerá cuando el inculpado no haya sido localizado y detenido, o, habiendo sido localizado, no comparezca ante el Juez en el plazo que éste le habrá señalado en el auto de requisitoria. No es correcto afirmar, por lo tanto, que el procesamiento, o la incursión del inculpado en alguna de las causas del art. 835 LECrim, son auténticos presupuestos de la declaración de rebeldía, pues en puridad lo son de la requisitoria, resolución ésta obligatoriamente anterior a aquélla». GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Del procedimiento contra reos ausentes (arts. 834-846)», cit., p. 885.

(368) Art. 2 apartado b) Real Decreto 95/2009.

(369) Art. 10 apartado a) del Real Decreto 95/2009.

La doctrina se ha preocupado en cuestionarse qué es entonces lo que procesalmente acontece cuando se resuelve ese «incidente procesal» que es el llamado «procedimiento especial contra reos ausentes» regulado en la Ley de Ritos y que, como hemos visto, culmina con el dictado del auto de rebeldía. Conviniendo que, efectivamente, decir que con ello se solventa una «crisis procesal» es simplemente no decir nada⁽³⁷⁰⁾, y descartada la naturaleza de medida cautelar que algunos autores quisieron fundamentar en las previsiones de la Ley Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970⁽³⁷¹⁾, parece lo más acertado concluir, como hemos venido sosteniendo en este trabajo, que la declaración de rebeldía tiene «naturaleza constitutiva de una situación procesal», o, en palabras de Herce Quemada, «una situación jurídica que produce determinados efectos en los procesos por delitos», por lo que «no cabe, pues, hablar de un proceso *de* rebeldía, sino de procesos seguidos *en* rebeldía»⁽³⁷²⁾.

Pues bien, dejando para el apartado siguiente el espinoso tema de la recurribilidad del auto de rebeldía, pasemos sin más demora a los

(370) Y es que el término crisis procesal ha sido utilizado en ocasiones como una especie de cajón de sastre en el que se incluyen situaciones tan dispares como son, desde las causas de terminación anticipada del proceso por voluntad de las partes o la interrupción y paralización del procedimiento, hasta los incidentes e, incluso, la reconstrucción de autos por su pérdida total o parcial. En este sentido es recordable como ya Guasp, hace más de medio siglo, teorizando sobre las mismas, las adjetivara como manifestaciones de «anormalidad procesal», afirmando al respecto que: «Fenómenos de la más variada hechura vienen razonablemente a alojarse en esta categoría de la crisis procesal una vez que en ellos se medita atentamente, aunque la pobreza dogmática de muchas legislaciones, entre las que la nuestra se encuentra, no permiten de primera intención descubrir en tales supuestos su auténtica naturaleza». GUASP, J., «La paralización del proceso civil y sus diversas formas», en *Revista de Derecho Procesal*, tomo VII, núm. 3, 1951, p. 380.

(371) Según el artículo 19. 2.ª de la Ley 16/1970, de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto de 1970: «El Juez podrá adoptar las siguientes medidas cautelares con relación al presunto peligroso: (...) Segunda. Declararle rebelde, si dejare de comparecer sin justa causa al llamamiento judicial, acordando su internamiento preventivo». No obstante, la reforma operada en dicho texto por la Ley 43/1974, de 28 de noviembre, hizo desaparecer la rebeldía como modalidad de medida cautelar, quedando como únicas medidas cautelares adoptables en dicho procedimiento la detención y el internamiento preventivo. Pese a ello, Ortells seguiría defendiendo la naturaleza de medida cautelar, por entender que tanto en la declaración de rebeldía como en la adopción de las requisitorias concurrían todos los presupuestos y características propias de las medidas cautelares de carácter personal. *Vid.* ORTELLS RAMOS, M., «La ausencia del imputado en el proceso penal. Consideración especial de la incomparecencia», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2-3, 1978, pp. 433 y ss.

(372) GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal penal*, cit., p. 368.

efectos jurídicos que se derivan del dictado de la citada resolución, o lo que es lo mismo, el estatuto jurídico de esa situación jurídico-procesal que podemos llamar «estado de rebelde». Y aquí lo primero que tenemos que subrayar es el profundo cambio de orientación que ha sufrido el estado de rebelde desde su regulación originaria en la Ley de Enjuiciamiento de 1882 y lo que acontece en la actualidad, algo a lo que ya hemos hecho referencia en alguna ocasión anterior, es decir, de la existencia de un tránsito en considerar al rebelde como una situación desfavorable, dotando su estatuto jurídico de unas connotaciones claramente punitivas, a la configuración del mismo como una mera «solución procesal» que permite, cuando existen más acusados, la prosecución del proceso respecto de estos, colocando así al rebelde, en no pocas ocasiones, en una situación de privilegio.

Los citados orígenes punitivos de la situación del rebelde penal se explicitan claramente en el tenor literal del artículo 837 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando al concretar cuál debe de ser el contenido material de la requisitoria y señalar al respecto la exigencia de que en la misma se exprese el término dentro del cual el requisitoriado debe presentarse, añade: «bajo el apercibimiento de que en otro caso será declarado rebelde y le pasará el perjuicio a que hubiere lugar con arreglo a la ley». Repárese el término empleado por el legislador decimonónico: «perjuicio», y confróntese con la redacción que el legislador del año 1967 instaurador de los procedimientos de urgencia utiliza (art. 791. 7.ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su redacción dada por Ley 3/1967, de 8 de abril, luego convertido en art. 791.4) y que llega hasta el actual artículo 784.4: «el Juez mandará expedir requisitoria para su llamamiento y busca, declarándolos rebeldes, si no comparecieren o no fueren hallados, *con los efectos prevenidos en esta ley*». Se pasa pues, de «perjuicios a que hubiere lugar» a simples «efectos prevenidos en esta ley».

Y, ¿cuáles eran aquellos «perjuicios» que con arreglo a la Ley podrían sufrir los declarados en rebeldía penal y los reos ausentes? Pues los mismos se concretaban, fundamentalmente, en tres, y tenían gran trascendencia para la situación del rebelde. En primer lugar, en el Código penal vigente en los tiempos de la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, el Código penal de 1870, se preveía expresamente que el tiempo pasado en rebeldía no se computaba a efectos de prescripción del delito, ni para el de la pena si la fuga se hubiera llevado a cabo en un país extranjero desde el que no se pudiera extraditar al penado. En tal sentido, el artículo 133 señalaba que la prescripción del delito se interrumpía «desde que se paralice el procedimiento, a no ser por rebeldía del procesado», y en cuanto a la pena,

el artículo 134, señalaba que la prescripción de la misma se interrumpiría cuando el penado «se ausentare a país extranjero con el cual España no haya celebrado tratado de extradición, o teniéndolos, no estuviere comprendidos en ellos el delito».

En segundo lugar, la Ley de 1901 que autorizaba el abono de la prisión preventiva(373), vetaba el mismo al penado que no acudiera personalmente al juicio(374), señalando en tal sentido en su artículo 5.º que «Cuando al formular la acusación, o después de formulada en una causa, resultare que el procesado había estado preso preventivamente un tiempo igual o mayor que la pena más grave que contra él se solicite, el Tribunal resolverá, por determinación especial, la libertad del procesado, si no estuviere reducido a prisión por otra causa, sin perjuicio de continuar el procedimiento; y si señalado el día del juicio no compareciere el procesado por motivos no justificados, quedará excluido de los beneficios de esta ley».

Por último, la actitud del rebelde era castigada con la prohibición de que el mismo pudiera disfrutar en la causa en que fue ésta declarada, del beneficio de la suspensión de la pena, siendo ello expresamente dispuesto en la Ley de condena condicional de 17 de marzo de 1908(375), cuyo artículo 2.º disponía «Serán condiciones indispensables para suspender el cumplimiento de la condena: (...) Segunda. Que no haya sido declarado en rebeldía».

(373) La «Ley sobre abono de tiempo de prisión preventiva en las causas criminales», de 17 de enero de 1901 (*Gaceta de Madrid*, Año CCXL, núm. 18, viernes, 18 de enero de 1901, p. 229). Con anterioridad a esta Ley, solo el Código Penal de 1822 había previsto el abono de la prisión preventiva (art. 98), no existiendo previsión alguna en los Códigos de 1848 ni 1870. Las cicateras previsiones de la Ley de 1901 (al circunscribirse a las penas correccionales y alcanzar solo la mitad en lo que no excediere del primer año, previsiones calificadas de «mezquinas y complicadas» por Quintano –QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 326–), desaparecen ya en los Código penales posteriores (art.114 del Código Penal de 1928, y arts. 33 de los Códigos de 1932 y 1944, que enlazan con el artículo 58 del Código vigente).

(374) Algo, referido *strictu sensu* al ausente (y no al rebelde, que no es juzgado), ya previsto en el añejo Real Decreto de 9 de octubre de 1853 (*Gaceta de Madrid*, núm. 283, de 10 de octubre de 1853, p. 1), en el que, luego de establecer que «A los reos que en lo sucesivo fueren sentenciados a penas correccionales se les abonará para el cumplimiento de sus condenas la mitad del tiempo que hubiesen permanecido presos» (art. 1), exceptuó de ello (art. 2), entre otros, a «3.º. Los reos ausentes que, llamados en legal forma, no se hubiesen presentado voluntariamente».

(375) «Ley confiriendo á los Tribunales ordinarios la atribución de otorgar motivadamente por sí, ó aplicar por ministerio de la ley, la condena condicional, que deja en suspenso la aplicación de la pena impuesta», de 17 de marzo de 1908, *Gaceta de Madrid*, Año CCXLVII, núm. 79, jueves, 19 de marzo de 1908, pp. 1157 y s.

Y todavía podríamos añadir la manifestación del algún otro perjuicio que la legislación penal especial tenía reservado para el rebelde, como ocurría en la Ley de contrabando y defraudación de 3 de septiembre de 1904(376), en cuyo artículo 117 se establecía el enjuiciamiento y condena de los rebeldes, si bien con algunas garantías para los así condenados, al preverse que en caso de serlo a penas pecuniarias el reo podía pedir la reapertura de la causa en el plazo de un año, y la cautela que las penas personales impuestas en rebeldía no se ejecutarían sin haber sido oído el penado una vez que se presentare o fuera habido, previsiones que se mantendrían en la «Ley Penal y Procesal de Contrabando y Defraudación» de 14 de enero de 1929(377) y que desaparecerían ya en el Texto refundido de la Ley de Contrabando y Defraudación aprobado por Decreto de 11 de septiembre de 1953(378).

Como vemos los perjuicios citados hacían que el régimen del rebelde penal pudiese calificarse de claramente sancionatorio, pues para evitar que se sustrajera a la justicia penal se le imponía, con efectos intimidatorios, unas gravosas consecuencias jurídicas que impedían la prescripción del delito, dificultaban la de la pena, y gravaban el cumplimiento de la condena que, en su día, se le impusiera. Todo ello ha desaparecido en el vigente régimen del rebelde penal, en donde, por ejemplo, cierta jurisprudencia viene a entender que ni las requisitorias ni el auto de rebeldía paralizan el plazo de prescripción del delito(379), algo que, entendemos, puede ser cuestionable, pues si

(376) «Ley reformando la legislación penal y procesal en materia de contrabando y defraudación con arreglo a la ley de bases de 19 de julio de 1904», de 3 de septiembre de 1904 (*Gaceta de Madrid*, núm. 254, 10 de septiembre, pp. 870 y ss.)

(377) «Ley Penal y Procesal de Contrabando y Defraudación» aprobada por Real Decreto-Ley núm. 271, de 14 de enero de 1929 (*Gaceta de Madrid*, núm. 17, 17 de enero de 1929, pp. 508 y ss.). Esta Ley Penal y Procesal de Contrabando y Defraudación de 1929, que fue declarada vigente durante la II República por Decreto del Ministerio de Hacienda, firmado por Indalecio Prieto, de 9 de junio de 1931 (*Gaceta de Madrid*, núm. 161, 10 de junio de 1931, p. 1280), constituía en palabras de Cuello Calón, más que una ley penal especial, un pequeño Código penal autónomo del común que, además de los delitos y las faltas de contrabando y defraudación, contiene una parte general con preceptos específicos propios». Vid. JIMÉNEZ ASEÑO, E., *Manual de Derecho penal especial*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950, p. 164.

(378) «Texto refundido de la Ley de Contrabando y Defraudación» aprobado por Decreto de 11 de septiembre de 1953 (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 311, 7 de noviembre de 1953, pp. 6590 y ss.). En este texto refundido, que expresamente deroga a la Ley de 1929, la represión del contrabando y la defraudación salían de la órbita penal y se residenciaban en sede administrativa (*vide*, al respecto art. 49 del mismo).

(379) Argumentando respecto del auto de rebeldía que el mismo «por su propia naturaleza y finalidad no solo no hace avanzar el trámite, sino que lo paraliza». Por

el fundamento es que el auto de rebeldía no hace sino paralizar la prosecución del procedimiento, ello quiere decir que hasta ese momento el mismo se encontraba «dirigido contra el culpable», por lo que el *dies a quo* de la prescripción debería ser la fecha de dicho auto, y no antes(380), plazo prescriptorio que según la última jurisprudencia(381), quedaría de nuevo interrumpido si se dicta una orden europea de detención, se halle o no localizado el rebelde.

Ahora los únicos «perjuicios» normativos previstos para el rebelde se concretan en la imposibilidad de computar el tiempo en que un acusado se encuentra en rebeldía para fundamentar una atenuante de dilaciones indebidas, que dicho periodo no compute en el plazo de la suspensión condicional de la pena, ex artículo 82.2 último párrafo del Código penal, y que al rebelde se le puedan decomisar sus bienes, según prevé el artículo 127 ter del Código penal. Y colocamos entrecuillado el término perjuicios porque, a nuestro entender, estas previsiones, muy particularmente las dos primeras, si bien no son favorables a la situación del rebelde, no pueden considerarse propiamente punitivas.

En efecto. Que la jurisprudencia haya insistido hasta la saciedad afirmando que el periodo en que un acusado se ha encontrado en rebeldía no puede servir luego para fundamentar la apreciación de una atenuante de dilaciones indebidas(382), ni siquiera analógica, no encuentra otra explicación en que este hecho nunca puede hallar acomodo, ni en la letra, ni en el fundamento de la citada atenuación. Y es que la atenuante prevista, desde la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, en el artículo 21.6.^a de nuestro Texto Punitivo(383) se concreta en la existencia de una «dilación extraordi-

todas, véanse desde STS 1219/1997, de 11 de octubre (FJ único) a la STS 1486/2004, de 13 de diciembre (FJ 1.^o). En el mismo sentido, por ejemplo, Sentencia de la sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Madrid 173/2015, de 2 de marzo (FJ 2.^o).

(380) Interpretación por la que parece apostar la STS 314/2020, de 15 de junio (FJ 3.^o), acotando el plazo de prescripción entre el auto de rebeldía y la detención.

(381) Así STS 41/2021, de 21 de enero.

(382) Por todas, SSTS 298/2018, de 19 de junio (FJ 4.^o), 689/2018, de 21 de diciembre (FJ 10), y 376/2020, de 15 de junio (FJ 6.^o).

(383) Hemos de recordar que hasta la citada reforma la apreciación de dicha atenuante se canalizaba a través de la atenuante analógica prevista en el entonces art. 21.6.^a, y ello después de una larga polémica, en la que los Acuerdos no jurisdiccionales del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1992 y 29 de abril de 1997 apostaron respectivamente por el indulto y la indemnización como formas de compensar la dilación, no siendo hasta el Acuerdo plenario de 21 de mayo de 1999 (la STS 934/1999, de 8 de junio es la primera que lo aplica) cuando se entiende que la citada compensación debe encauzarse por vía de la atenuante analógica.

naria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado», señalando al respecto la jurisprudencia que «el derecho al proceso sin dilaciones viene configurado como la exigencia de que la duración de las actuaciones no exceda de lo prudencial, siempre que no existan razones que lo justifiquen. O que esas propias dilaciones no se produzcan a causa de verdaderas “paralizaciones” del procedimiento o se debieran al mismo acusado que las sufre, supuestos de rebeldía, por ejemplo, o a su conducta procesal, motivando suspensiones, etc.»(384). Y es que difícilmente puede atribuirse la dilación al órgano judicial cuando el motivo de la misma no es sino el actuar renuente para con la justicia del propio justiciable. El no poder beneficiarse el rebelde de esta atenuación, por el citado lógico motivo, en modo alguno puede considerarse un castigo al mismo.

Por similares razones entendemos que la previsión del artículo 82.2 del Código penal, introducida por la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, tampoco tiene un contenido material tal que pueda considerarse punitivo, pues la misma responde al cambio de régimen que con la citada reforma se ha operado en la determinación del *dies a quo* del plazo de la suspensión, el cual ha pasado de la fecha de notificación de la resolución que acordaba la misma a la de la simple fecha de la citada resolución, por lo que iniciándose ahora el plazo de la suspensión de la ejecución de la pena, ex artículo 82.2, con el dictado de esta resolución («El plazo de suspensión se computará desde la fecha de la resolución que la acuerda»)(385) parece lógico que no se compute como suspensión el tiempo en el que el condenado no se halla a disposición de la justicia («No se computará como plazo de suspensión aquél en el que el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía»), pues durante el mismo no sería comprobable la efectividad del cumplimiento de las condiciones a las que la suspensión pudo quedar condicionada ex artículo 83 del Código penal. Además, si la situación de rebeldía lo fuera desde el mismo momento en que se acuerda la suspensión, la falta de realización de los apercibimientos y requerimientos legales vetaría la posibilidad de futuras

(384) STS 1124/2010, de 23 de diciembre, (FJ 2.º). En el mismo sentido *vide*, por todas, SSTs 122/2013, de 15 de febrero (FJ 7.º) y 200/2018, de 25 de abril (FJ 5.º).

(385) No obstante, este precepto precisa que si la suspensión fue acordada en la sentencia condenatoria de instancia (no firme), como ha de ser «siempre que ello resulte posible» (art. 82.1), el cómputo de la suspensión comienza cuando la misma devenga firme. Si la suspensión se acordara posteriormente, en fase de ejecutoria, la fecha que marca el inicio del cómputo es la del auto que acuerde la suspensión.

actuaciones contra el penado, por ejemplo, revocando la suspensión acordada por no cumplir las obligaciones impuestas.

Cuestión diferente acontece con la previsión contenida en el artículo 127 ter del Código penal, que dispone: «1. El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos: a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos, b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido. 2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal». Aquí, sí que existe un evidente perjuicio material, si bien que el mismo se produce luego de un procedimiento contradictorio en el que se han podido hacer valer los intereses y derechos del rebelde. En cualquiera de los casos, hemos de subrayar que el decomiso no tiene naturaleza estrictamente penal, al ser una mera «consecuencia accesoria», habiendo subrayado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, particularmente en relación a la posibilidad del decomiso sin condena, que éste no tiene naturaleza penal, al no fundamentarse en la culpabilidad, sino patrimonial, asemejándose así más a una restitución por un enriquecimiento injusto.

Dicho lo cual, esto es, subrayada la desaparición de «perjuicios punitivos» en el régimen vigente de la rebeldía penal, pasemos a estudiar los efectos concretos que el auto de rebeldía produce en nuestro ordenamiento, haciéndolo en función de la fase del proceso penal en el que es declarada la rebeldía.

Por lo que a la *fase de instrucción* se refiere hemos de señalar que en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que reglamenta la misma(386) ya se contemplan algunas previsiones específicas que

(386) Hemos de tener aquí presente la hipertrofia que en nuestra Ley de Ritos es observable en la regulación de la fase de instrucción frente a otras fases del proceso (escandalosa en el caso de la fase ejecutiva), lo que lleva en la práctica a tener que recurrir a la misma, en no pocas ocasiones, para completar las lagunas que presenta la reglamentación de, por ejemplo, la fase plenaria (sirva como ejemplo, el acudir a la normativa de la declaración de testigos en el sumario, en temas como la dispensa de declarar, conducción forzosa de los mismos...).

hacen referencia a la rebeldía, siendo así que los artículos 585 y 587 dan normas específicas para la apertura de la correspondencia postal (permitiendo su apertura sin su presencia, con entrega luego a un familiar mayor de edad y quedando en su defecto bajo la custodia del Secretario judicial), el artículo 490.7.º faculta a cualquiera a detener «al condenado que estuviere en rebeldía» y los artículos 534 y 535 hacen referencia a la obligación del fiador de quien se encuentra en libertad provisional para que «presente al rebelde» en el plazo de diez desde la incomparecencia de aquel al llamamiento judicial, siendo que en caso contrario se procederá a hacer efectiva la fianza. Sin embargo, nos hemos de cuestionar si todas estas menciones al rebelde lo son en un sentido técnico, y por tanto, siendo exigible la declaración formal mediante auto del estado de rebelde, pues es dudoso que, por ejemplo, para la apertura de un paquete postal, en donde se sospecha que hay droga, sea necesario para poder abrirlo sin la presencia de su destinatario el que éste se halle formalmente declarado en rebeldía, o si por el contrario, en el curso de una instrucción, bastaría, como parece más lógico, con que solo se encontrase en ignorado paradero.

En cualquier caso, el efecto principal que nuestra legislación otorga al auto de rebeldía dictado en fase de instrucción es que la misma continúa con normalidad hasta su conclusión, siendo entonces cuando procede acordar, también mediante auto, la suspensión y archivo provisional del procedimiento que se dirige contra el rebelde o rebeldes, pudiendo a partir de ese momento, caso de existir otros investigados que se encuentran a disposición de la justicia, continuar el procedimiento respecto de ellos, quienes así podrán ser finalmente juzgados. Así lo disponen expresamente los artículos 840 y 842, prosecución ésta del procedimiento contra los no rebeldes que se alza no como una facultad del juez, sino como un mandato impuesto por el legislador que así «lo ordena»(387). Contrariamente a ello, como ya adelantamos, en el ámbito del procedimiento abreviado, el artículo 786.1 permite enjuiciar a los acusados presentes, aun cuando no se haya declarado la rebeldía respecto al que no se haya a disposición de la justicia, «si, oídas las partes, el Juez o Tribunal así lo acuerda»(388), siendo en tal punto muy expresivo el Tribunal Supremo cuando afirma que: «Pero este efecto se limita al declarado rebelde, al disponer la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 843) que, si no todos lo han sido, la causa se continúa respecto a los demás. Es obvio que, si la declara-

(387) Así lo subraya la jurisprudencia, como por ejemplo las SSTS 163/2000, de 11 de febrero (FJ 1.º), 897/2004, de 15 de julio (FJ 1.º) o la 937/2009, de 25 de septiembre (FJ 3.º).

(388) Véase al respecto STS 727/2017, de 8 de noviembre (FJ 3.º).

ción de rebeldía de alguno no impide el enjuiciamiento de los otros, menos aún la mera procedencia de esa declaración, aún no dictada, puede acarrear lo que la declaración de la misma no produce. La rebeldía de uno obsta el enjuiciamiento de éste, pero no es nunca condición para el enjuiciamiento de los demás: la suspensión que su declaración origina no atañe a los que no han sido declarados rebeldes. (...) El recurrente en el presente caso interpreta incorrectamente esta norma al entender que sin la previa declaración de rebeldía del otro coacusado no cabía el enjuiciamiento del comparecido, olvidando así la facultad del Tribunal de no suspender el Juicio contra éste, si disponía de elementos de juicio para juzgarle con independencia»(389). Así las cosas, en el procedimiento abreviado el auto de rebeldía no se alza como requisito ineludible para poder enjuiciar al resto de acusados presentes en el juicio, bastando, por ejemplo, que el incomparecido se encuentre simplemente en paradero desconocido(390).

Pero volvamos a los efectos que el auto de rebeldía tiene en la fase instructora. Claro es que, aunque la fase sumarial debe concluirse aun cuando se haya declarado la rebeldía del investigado, ello no hará posible la realización de aquellas diligencias que necesariamente requieren la intervención personal del mismo, como, por ejemplo, una reconstrucción de hechos, o cuando es el propio investigado el que se

(389) STS 163/2000, de 11 de febrero (FJ 1.º).

(390) En este sentido, afirma la STS 2067/2001, de 12 de noviembre (FJ 2.º): «El quebrantamiento de forma prevenido en el número quinto del art. 850 de la LECrim, que ha de ponerse en relación con los arts. 746 y 793 1.º de la misma Ley Procesal, se refiere a los supuestos en que el Tribunal haya decidido no suspender el juicio para los acusados comparecidos, en el caso de no haber concurrido algún acusado, siempre que hubiere causa fundada que se oponga a juzgarles con independencia y no haya recaído declaración de rebeldía. El art. 793.1 LECrim, aplicable al Procedimiento Abreviado que es por el que se enjuiciaba la causa que ha dado lugar al presente recurso, autoriza que, si alguno de los acusados deja de comparecer sin motivo legítimo, apreciado por el Juez o Tribunal, podrá éste acordar, oídas las partes, la continuación del juicio con los restantes. En el caso actual el Tribunal acordó la continuación del juicio porque el acusado incomparecido se encontraba en paradero desconocido, ya lo había estado durante la Instrucción y no era previsible («valorable», en la expresión concreta utilizada por el Tribunal «a quo») que fuese a comparecer en caso de suspensión, dada su situación. Este criterio es básicamente correcto. Si el acusado incomparecido no solo no ha justificado su ausencia sino que ni siquiera ha podido ser citado por desconocerse su paradero habiendo abandonado el domicilio que proporcionó al Tribunal, constanding además que esta situación de paradero desconocido es persistente pues el acusado incomparecido no ha podido ser localizado en fases anteriores del procedimiento, puede racionalmente considerarse que la suspensión constituirá una dilación irrazonable e inútil pues el acusado incomparecido tampoco comparecerá en el nuevo juicio al resultar imposible su citación dado de su ignorado paradero».

alza como objeto de la diligencia (reconocimientos en rueda, realización de cuerpos de escritura...). Fuera de estos casos, el resto de diligencias de investigación serán posibles, desde el registro domiciliario (ya que el artículo 569 prevé la forma de practicarse si el interesado no fuere habido) a la intervención de sus comunicaciones, siendo recordable en este último sentido que en el Derecho italiano el artículo 295.3 de su Código procesal penal prevé la posibilidad de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y de otras formas de telecomunicación, al objeto de localizar al latitante. Cuestión distinta será el valor probatorio que, como prueba preconstituida, dichas diligencias puedan tener luego en el juicio oral⁽³⁹¹⁾, siendo precisamente estos argumentos lo que llevaron a la doctrina tradicional a despejar las críticas formuladas respecto a la prosecución de la fase instructora a espaldas del rebelde y la posible conculcación con ello del principio de contradicción. Sobre esta cuestión volveremos en el apartado siguiente, cuando abordemos las relaciones entre la rebeldía y el derecho de defensa del rebelde.

Por su parte, cuando el artículo 840 permite que se sigan practicando diligencias sumariales hasta tanto dicho sumario «se declare terminado por el Juez o Tribunal competente», se ha de entender que dicha habilitación se extiende a cuando una vez dictado el oportuno auto de conclusión, y remitidos los autos al Tribunal competente para el enjuiciamiento ex artículo 622, el mismo es revocado por éste (art. 630), devolviéndose así «el proceso al Juez que lo hubiere remitido, expresando las diligencias que hayan de practicarse» (art. 631), algo

(391) En este sentido la jurisprudencia ha denegado, por ejemplo, tal valor a las actas del registro domiciliario hecho cuando el interesado estaba en paradero desconocido. En tal sentido nos recordaba el Auto del Tribunal Supremo 2831/2009, de 10 de diciembre (FJ 5.º): «En el supuesto de autos ésta no estuvo presente en el registro practicado en su domicilio porque, como consta en las actuaciones, cuando éste se practicó, se hallaba en paradero desconocido. Ante su ausencia la citada diligencia se practicó en presencia de sus padres, también moradores de dicha vivienda. En cualquier caso la ausencia de la recurrente en la práctica de la citada diligencia, según una doctrina consolidada del Tribunal Constitucional –STC 219/2006 de 3 de Julio con citación de otras muchas– acogida por esta Sala –STS 51/2009 de 27 de julio o, STS 1108/2005 de 22 de Septiembre– podría afectar al valor de prueba preconstituida o anticipada de las actas que documentaron la diligencia, pues no se garantizó el principio de contradicción, pero no impide, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia citada, que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso por vías distintas a la propia acta, especialmente a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción, que es precisamente lo que ha ocurrido en el supuesto de autos».

que, como sabemos, en modo alguno contamina la imparcialidad de dicho Tribunal(392).

Declarada pues la rebeldía y acordada la suspensión y archivo de las actuaciones respecto del rebelde, el artículo 843 prevé que en el auto de suspensión se haga una reserva de acciones civiles a favor de la parte ofendida por el hecho delictivo imputable a éste. Y es que esta parte ofendida lógicamente ve cercenado el ejercicio de sus acciones civiles en el proceso penal por la suspensión y archivo del mismo, siendo que con la citada reserva se le permite ejercer sus pretensiones restitutorias, reparadoras e indemnizatorias en el correspondiente proceso civil, sin que ello tenga repercusión alguna en los embargos realizados ni las fianzas prestadas, no siendo por tanto alzados aquéllos ni canceladas éstas, mor al expreso mandato al respecto realizado por el antes citado precepto. Lógicamente, en el caso de que fueran varios los perjudicados y solo uno o unos fueran los que, en su propio interés, ejercieran sus acciones en la jurisdicción civil, la sentencia allí ganada será plenamente ejecutable sobre los bienes que estuvieran embargados, sin que nada puedan obstar el resto de perjudicados que no ejercieron en aquella vía su acción, pues «en otro caso resultaría el absurdo de que la apatía o la malicia de los demás perjudicados que por cualquier motivo, más o menos lícito, no instasen la declaración en vía civil de sus presuntos derechos, vendría a perjudicarse un derecho legalmente reconocido, lo cual no puede admitirse en buenos principios jurídicos»(393).

Las señaladas previsiones del artículo 843 son aplicables tanto al supuesto en el que el proceso se suspende por haberse declarado la rebeldía del único o todos los investigados (por tanto, no continúa el procedimiento contra nadie), como si se archiva respecto de uno o varios rebeldes y se continúa contra el resto, siempre que en este caso el perjudicado lo sea por unos hechos imputables a alguno de los rebeldes. Sin embargo, cosa distinta ocurre con la devolución de los efectos e instrumentos del delito y las piezas de convicción, las cuales, según ordena el artículo 844, sí serán devueltas a sus legítimos propietarios («que no resulten civil ni criminalmente responsables del delito») si la suspensión y archivo es respecto de todos los investigados («cuando la causa se archive por estar en rebeldía todos los procesados...»), si bien que en estos casos dicho precepto establece como cautelas el que por parte del Secretario (hoy Letrado de la Admi-

(392) Vide así SSTC 145/1988, de 12 de julio (FJ 7.º) y 85/1992, de 8 de junio (FJ 2.º).

(393) Véase, al respecto, Consulta resuelta por la redacción de la revista *Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 88, 1890, pp. 34 y s.

nistración de Justicia) previamente se extienda una diligencia que consigne la descripción minuciosa de todos los efectos que se devuelven y que, asimismo, antes de la citada devolución, se proceda a la tasación pericial que habría de realizarse si la causa hubiera de continuar con su curso ordinario, añadiendo una remisión a la salvaguarda prevista en los artículos 634 y 635, esto es, que deberán quedar retenidos los efectos que no tengan dueño conocido y cuando, aun perteneciendo a una persona determinada, sea un tercero el que solicita tal retención hasta que se resuelva la acción civil que se propusiere entablar, siendo en este último caso que si el juez o tribunal accede a ello deberá fijar el plazo en que dicho tercero solicitante de la retención debe acreditar ante él que ha entablado efectivamente dicha acción civil, ya que de no hacerlo se levantará la retención de los efectos y se procederá a la entrega de sus propietarios.

Dejando la fase de instrucción y entrando ya en la *fase de juicio oral*, decir que es el artículo 841 el que dispone que «si al ser declarado en rebeldía el procesado se hallare pendiente el juicio oral, se suspenderá éste y se archivarán los autos»(394). El precepto peca de una mala redacción, pues parece como si proscribiera la celebración de todo juicio oral en causa en la que se haya declarado la rebeldía de un acusado, y ello solo es cierto en los supuestos en los que el único acusado o todos los acusados son declarados en rebeldía, pues en otro caso, esto es, habiendo otros acusados que se hallan a disposición de la justicia, el artículo 842, ya estudiado, es de plena aplicación, y por tanto, cabe suspender el juicio respecto al rebelde o rebeldes, y proceder a celebrar el juicio oral con los demás(395). Y, es más. La citada regulación es solo predicable para el procedimiento ordinario, en donde la declaración de rebeldía se alza como un requisito *sine qua non* para juzgar al resto de acusados, pues como ya hemos estudiado, y a lo dicho más arriba nos remitimos, en el procedimiento abreviado

(394) Debemos recordar que, en este supuesto, también son aplicables las previsiones del artículo 843, referidas a la reserva de la acción civil en favor de los perjudicados, con mantenimiento de embargos y fianzas.

(395) Solo hacer notar que respecto al juicio que se celebre contra los no rebeldes, la sentencia que ponga fin al mismo, si es condenatoria, impondrá las costas con la deducción correspondiente desde que en dicho procedimiento se declare la rebeldía respecto de alguno o algunos de los encartados, por lo que «las costas deben distribuirse en proporción al número de imputados, solo hasta el momento en que se hubiera producido la declaración de rebeldía y, a partir de entonces, las mismas no deberían gravar más que a los presentes y contra los que se siguieron realmente las restantes actuaciones» (STS 1889/2002, de 13 de noviembre, FJ 4.º, con cita expresa de la Sentencia de la misma Sala de 23 de marzo de 1987, FJ 4.º, que a su vez remite a la Sentencia de 19 de abril de 1969).

el artículo 786 permite incluso el enjuiciamiento de los acusados presentes sin necesidad de que se declare expresamente la rebeldía de quien por dicho motivo no es juzgado, sin que ello suponga causar indefensión alguna a los que se juzgan(396).

Ahora bien, se puede plantear el problema de los casos en los que la rebeldía sobreviene una vez iniciado el juicio oral, cuando éste ha de dilatarse durante varias sesiones, algo que el citado artículo 841 no prevé, pues el mismo se circunscribe a cuando «el procesado se hallare pendiente del juicio oral», es decir, a la fase que media entre la conclusión del sumario y antes de celebrarse el juicio. Se trataría de un supuesto normalmente encuadrable en lo previsto en el artículo 835.3.º antes visto, es decir, la de quien hallándose en libertad provisional deja de concurrir a la presencia judicial el día en que le está señalado, y siempre, claro es, que no pueda ser enjuiciado en ausencia por cumplirse las previsiones del artículo 786 párrafo 2.º. Aquí entendemos que si estamos en un procedimiento abreviado se podría hacer uso de lo dispuesto en párrafo 1.º del citado artículo 786, que como ya hemos visto prevé el enjuiciamiento de los presentes, aunque el incompareciente no se encuentre declarado formalmente en rebeldía, por lo que el juicio no tendría que suspenderse sino solo contra el ausente, pudiendo continuar contra los presentes. En caso contrario, tratándose de un procedimiento ordinario, y ante la defectuosa redacción del citado artículo 841, cabrían dos posibilidades. En primer lugar, utilizar la previsión contenida en el artículo 746.6.º párrafo 2.º según el cual «no se suspenderá el juicio por la enfermedad o incomparecencia de alguno de los procesados citados personalmente, siempre que el Tribunal estimare, con audiencia de las partes y haciendo constar en el acta del juicio las razones de la decisión, que existen elementos suficientes para juzgarlos con independencia»(397), por lo que procedería juzgar solo a los presentes y dejar para el futuro el enjuiciamiento por separado del

(396) Por todas, SSTS 618/2018, de 4 de diciembre (FJ 1.º), y 384/2020, de 9 de julio, (FJ 2.º).

(397) La jurisprudencia se ha preocupado de perfilar los supuestos y requisitos necesarios para poder aplicar las previsiones del citado artículo 746.6.º párrafo 2.º. Véanse al respecto, por todas: SSTS 1850/2002, de 3 de diciembre (FJ 2.º) y 1029/2003, de 7 de julio (FJ 4.º). En la primera de ellas leemos: «Ahora, en el momento procesal en que nos hallamos, cuando ya se ha celebrado el juicio oral y cuando además conocemos el resultado de ambos juicios, así como las pruebas utilizadas para condenar, podemos afirmar que, sin lugar a dudas, fue acertada la resolución del Tribunal de no suspender el juicio oral. La declaración de uno más entre los doce acusados hacía perfectamente posible que los otros once pudieran ser juzgados sin la presencia en el mismo acto de este que luego fue objeto de otro juicio posterior y de otra sentencia distinta, aunque con imposición de las mismas penas que a la mayoría de los demás acusados. Se trataba de uno más entre doce sin ninguna particu-

incompareciente. En otro caso, entendiendo que no fuera dable ello, lo único procedente sería suspender el juicio ex artículo 746 1.º y dictar la correspondiente requisitoria que lleve a la declaración de rebeldía que permita archivar provisionalmente el proceso contra el ya rebelde y continuar el juicio con los restantes, todo ello realizado en un breve plazo de tiempo (por ejemplo, fijando la vigencia de la requisitoria en el conocido plazo de diez días), lo que permitirá conservar la validez de las sesiones plenarias ya celebradas(398), siendo así acordado conforme a lo dispuesto en el artículo 748.

laridad concreta en relación con los otros miembros de la tripulación, de modo que podía prescindirse de su declaración para el debido enjuiciamiento de los demás».

Ahora bien, hemos de destacar que la jurisprudencia resalta como requisito esencial el que se justifique la existencia de elementos suficientes como para juzgar a los presentes con independencia del que no comparece. Así la STS 626/2016, de 13 julio (FJ 5.º), dice: «La infracción que consideramos cometida –decidir la no suspensión sin justificar expresamente la viabilidad del enjuiciamiento separado– dada la vulneración que implica del derecho a la defensa de quien devino penado, además de para el derecho a la tutela del acusador, determina la nulidad de los actos procesales de enjuiciamiento conforme a lo dispuesto en el artículo 238.3.º de la ley Orgánica del Poder Judicial por lo que, de conformidad con el artículo 240.2 de la misma, cabe declararla, incluso de oficio, una vez que, como en este caso, las partes han sido oídas al respecto. Por ello debemos estimar, en parte, el recurso de la defensa del penado, con los efectos en parte solicitados por la acusación popular. Pero en la limitada medida de: a) no afectar con esta resolución la competencia del Tribunal de instancia para decidir con absoluta libertad de criterio sobre la suspensión, que no sobreseimiento, de la vista del juicio oral que no del total procedimiento; b) que la resolución que al efecto adopte deberá justificar, no solamente la razón de la mera eventual continuación respecto del acusado no doliente, sino muy específicamente que existen razones que justifican la posibilidad de enjuiciar a los coacusados de manera separada».

(398) Como bien advierte la jurisprudencia: «el sistema admite la interrupción durante un corto espacio de tiempo y su reanudación dentro de un espacio temporal no demasiado largo; de tal manera que si este lapso se extiende en demasía es necesario anular la parte del juicio celebrada, señalándose un nuevo día para el comienzo de las sesiones». STS 2228/1994, de 23 de diciembre (FJ 8.º). Como es bien sabido, para el Procedimiento abreviado el artículo 788.1 prevé que la validez de lo practicado antes de la suspensión del juicio es dable si dicha suspensión no sobrepasa, de sesión suspendida a reanudada, los treinta días (ha de entenderse hábiles). *Vide* al respecto STS 1080/2002, de 6 de junio (FJ 4.º). No obstante, la jurisprudencia ha relativizado la necesaria consecuencia de tener por nulo todo lo celebrado si se sobrepasa dicho plazo de treinta días, y así, por ejemplo, ha amparado supuestos excepcionales de imposibilidad de reanudar el juicio dentro de dicho plazo por no tener días hábiles libres el Tribunal (STS 581/2000, de 7 de abril [FJ 3.º]), o cuando la superación de dicho plazo lo fue con la aquiescencia del Letrado de la defensa (STS 470/1999, de 29 de marzo, [FJ 4.º]), llegando a afirmar que «por el principio de unidad del ordenamiento jurídico no dejaría de ser un contrasentido jurídico que en el procedimiento abreviado la superación del plazo de 30 días para la suspensión o aplazamiento de la sesión del juicio oral, art. 788.1, implique la nulidad de la prueba practicada y en el

Cabe todavía la posibilidad de que la rebeldía acontezca en un momento posterior a la celebración del juicio oral, esto es, cuando ya se ha dictado la correspondiente sentencia y, por tanto, nos encontremos en *fase de su posible impugnación*. En este caso, el artículo 845, de nuevo con poca fortuna en su redacción, señala que «si el reo se hubiere fugado u ocultado después de notificada la sentencia y estando pendiente el recurso de casación, éste se sustanciará hasta definitiva, interesando el secretario judicial (hoy letrado de la Administración de Justicia) que se nombre al rebelde abogado y procurador de oficio. La sentencia que recaiga será firme. Lo mismo sucederá si habiéndose ausentado u ocultado el reo después de haberle sido notificada la sentencia, se interpusiere el recurso por su representación o por el Ministerio Fiscal después de su ausencia u ocultación».

Se parte pues aquí de que el juicio penal se celebró estando presente el acusado, siendo así que tras el mismo y recayendo una sentencia no firme por estar recurrida, el «reo», fuera éste condenado o absuelto, se «fuga u oculta». La referencia al término reo puede suscitar dudas, pues si bien es verdad que en su concepción originaria (del latín *reus*), haría referencia al simple procesado o acusado⁽³⁹⁹⁾, lo cierto es que modernamente se ha extendido la idea de asimilarlo al de condenado⁽⁴⁰⁰⁾,

procedimiento por sumario –aplicable al enjuiciamiento de los delitos más graves, con penas privativas de libertad superiores a 9 años– se permite la suspensión sin fijación de plazo máximo y por tanto, con validez de lo actuado (arts. 744, 746 y 748 LECrim)» (STS 97/2010, de 10 de febrero [FJ 3.º]).

(399) Algo que ya expusiera Mommsen con su magistral estilo (*Derecho penal romano*, cit., pp. 131 y s.) al escribir al respecto: «*Reus*, por razón de su procedencia etimológica, no significaba más sino la parte en el procedimiento privado, cualquier que fuese la forma de éste y el papel que en el mismo correspondiera desempeñar a cada una de las partes; en efecto, *res*, de donde *reus* se deriva, era una palabra que se aplicaba frecuentemente, igual que nosotros lo hacemos con la palabra cosa, a las cosas jurídicas con especialidad. El nombre de *reus* dejó de usarse muy pronto con aplicación al demandante y quedó solo para el demandado, por regla general, pero sin distinguir, a lo menos en el uso jurídico, entre el demandado en el juicio civil o el del juicio penal». Sería pues luego cuando se vendría a emparejar el término *reus* con la parte pasiva del proceso penal, de donde el «reus» quedaría así confrontado procesalmente al «actor» (vide al respecto, TORRENT RUIZ, A., voz «Reus» en *Diccionario de Derecho romano*, cit., p. 1111), es decir, como sinónimo de demandado o acusado (así todavía lo contemplaba Escriche en su *Diccionario*, cit., pp. 584 y s.), siendo que con dicho sentido se utiliza actualmente en expresiones como «in dubio pro reo». Este sentido, más técnico, es el que, por cierto, se ha mantenido hasta la actualidad en el Derecho canónico, en donde se utiliza como equivalente a persona sometida a juicio (vide, *Codex Iuris Canonici*, cánones 1720.1.º, 1723 §§ 1 y 2, 1724 § 2, 1726 y 1727).

(400) Así, definiendo al reo como «el que ha cometido algún delito por el que se hizo digno de castigo» (primera acepción ya del término «reo» en el *Diccionario Judicial* de 1831, cit., p. 207), o sea, como sinónimo de condenado («persona condenada por la comisión de un hecho delictivo» (Esteban Mestre, en *Diccionario de*

por lo que quizás sería preferible utilizar simplemente el término sentenciado, máxime si tenemos en cuenta que dicho sentenciado al que el precepto se refiere puede ser tanto el condenado como el absuelto, pues como hemos visto el artículo 845 también prevé el supuesto de que, habiendo sido absuelto, la sentencia sea recurrida «por alguna de las acusaciones», interpretación ésta que debemos dar a dicho precepto aunque la literalidad del mismo haga solo referencia al recurso planteado por el ministerio fiscal, interpretación amplia predicable, igualmente, en lo referido a la catalogación del recurso planteado que, lógicamente, también podrá ser el de apelación.

Así pues, en resumidas cuentas, el artículo 845, y a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos europeos con el aval de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (401), viene a establecer que la rebeldía del sentenciado producida después del dictado de la sentencia no cierra la posibilidad de ser recurrida por parte de éste, sustanciándose igualmente hasta su resolución en caso de que la rebeldía acontezca habiéndose ya presentado recurso. Ahora bien, con la plena implantación en nuestro sistema de la doble instancia penal, diseñado ya en la Ley Orgánica 5/1995 y que ha culminado con la Ley 41/2015, de 5 de octubre, se ha de entender que el recurso ordinario a que en primer lugar se ha de referir el precepto es el de apelación, por lo que para su presentación no es necesaria la provisión de abogado y procurador distinto de los que ya tenía el sentenciado cuando fue juzgado, siendo solo cuando la rebeldía tenga lugar tras la sentencia de apelación cuando, al objeto de que ésta pueda ser recurrida en casación, será necesaria tal provisión, en caso de que el procurador y Letrado de la causa no tengan habilitación para ello (letrados y procuradores del turno de oficio no habilitados para actuar en casación).

Como vemos, el régimen del rebelde penal en fase del recurso es completamente distinto a lo que acontece en la fase instructora y de enjuiciamiento, pues mientras que en éstas lo que se produce es la suspensión del procedimiento y el archivo de las actuaciones respecto al rebelde, en la fase de impugnación se permite la presentación y

Ciencias Penales, cit., p. 443), o «merecedor de ser condenado», siendo este sentido en el que lo utiliza en ocasiones en Código Penal (así, art. 138, «el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio...»).

(401) Efectivamente, el Tribunal de Estrasburgo ha avalado los supuestos en los que no se ha permitido al abogado del condenado en ausencia recurrir la sentencia por no estar ello permitido en los respectivos ordenamientos (como ocurre actualmente en Francia). Véanse SSTEDH de 21 de enero de 1999 (caso *Van Geyseghem contra Bélgica*), de 13 de febrero de 2001 (caso *Krombach contra Francia*) y de 6 de noviembre de 2012 (caso *Neziraj contra Alemania*).

sustanciación del recurso estando el sentenciado en rebeldía. Y ello es así porque si la presencia del investigado/acusado se entiende de trascendental importancia en las fases de instrucción y enjuiciamiento, no sucede lo mismo en la de recurso, pues como ya dijimos, con cita expresa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo(402), en ésta la participación del sentenciado se entiende superflua, al debatirse en esta fase cuestiones eminentemente jurídicas y estar debidamente asistido el rebelde para ello de su abogado.

Finalmente, el artículo 846 intenta dar solución a la vicisitud de que el declarado rebelde comparezca o sea presentado ante la autoridad judicial en los supuestos en los que la causa contra él dirigida había quedado suspendida ex artículos 840 y 841, es decir, antes de la celebración del juicio oral, ordenando al respecto que «el Juez o Tribunal abrirá nuevamente la causa para continuarla según su estado». La redacción procede de la reforma llevada a cabo por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que se ha limitado a precisar que la reapertura es una decisión que debe tomar el juez o tribunal, pues hasta entonces no se hacía referencia competencial alguna («se abrirá nuevamente la causa» decía el precepto).

Así las cosas, aparecido o presentado el rebelde cuando la causa quedó archivada antes de la celebración del juicio oral, se reaperturará la misma por resolución judicial que paralizará el plazo de prescripción, procediéndose a continuar la fase intermedia del proceso por la situación en que se hallaba y señalándose así el procedimiento para celebrar el juicio oral. Mayor problema presenta el caso de que el rebelde se presente al inicio, o una vez iniciado, el juicio contra los acusados que no fueron declarados en rebeldía, algo que la literalidad del artículo 846 no contempla. A este respecto la mayoría de la doctrina(403) sigue la solución que en su día diera la Fiscalía del Tribunal Supremo, en su añeja Memoria del año 1899(404), que resolvió la duda planteada al respecto en el sentido de que, a pesar de la comparecencia del rebelde, debía de continuarse el juicio tan solo en cuanto a los que no incurrieron en rebeldía, y después de terminado dicho

(402) STS 371/2018, de 19 de julio, (FJ 2.º).

(403) Desde Aguilera de Paz (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, cit., p. 809), a Garberí («Del procedimiento contra reos ausentes (arts. 834-846)», cit., p. 892), pasando por Herce Quemada (GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal penal*, cit., p. 371).

(404) *Memoria que, en cumplimiento á lo dispuesto en el art. 15 de la ley adicional á la orgánica del poder judicial, eleva al gobierno de S. M. sobre el estado actual de la administración de justicia en España el Fiscal del Tribunal Supremo Don Salvador Viada y Vilaseca*, Imprenta de los Hijos de M. G. Hernández, Madrid, 1899, p. 144.

juicio, abrirse la causa de nuevo respecto del rebelde que compareció en tal estado, y ello por considerar que en realidad en este caso no se puede dar cumplimiento inmediato a lo preceptuado en el artículo 846 que ordena la reapertura de la causa que fue provisionalmente archivada, al no existir previsión legal alguna en el artículo 746 (ni siquiera en el núm. 6 referido como sabemos a «revelaciones o retracciones inesperadas que produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria») que permita suspender para ello el juicio, y además porque dicha posible suspensión implicaría una especie de castigo para los acusados que no se sustrajeron a la acción de la justicia. A ello habría que añadir que habría supuestos en los que sería del todo punto imposible el enjuiciamiento del rebelde aparecido, lo que ocurriría cuando, al haberse suspendido la causa tras la conclusión del sumario y, por tanto, antes de declararse la apertura del juicio oral, no existiesen por tanto escritos ni acusatorio ni defensivo (conclusiones provisionales en el procedimiento ordinario).

Sin embargo, entendemos que esta solución apriorística dada por la doctrina con base a la citada Memoria de Fiscalía del Tribunal Supremo es excesivamente rigorista, por lo que somos de la opinión de que habrá casos en los que si el rebelde aparece al inicio del juicio señalado para el resto de acusados, cabría la posibilidad de su enjuiciamiento si se cumplen con los requisitos básicos exigibles para ello, algo no tan raro en el procedimiento abreviado, a saber, que haya al menos escrito acusatorio y auto de apertura de juicio oral, y siempre que lógicamente el rebelde aparezca debidamente asistido del Letrado que le defenderá en el juicio y que nada oponga para la celebración del mismo con las pruebas que han sido admitidas, siendo que de ser así, esto es, habiendo solicitud expresa de dicho enjuiciamiento por parte del rebelde y de su abogado, ninguna indefensión se ha de entender que ello le ocasiona, pudiendo así el juez o tribunal acordar la reapertura de la causa a la que se refiere el artículo 846 en trámite de cuestiones previas, trámite en el que entiendo que habrá que escuchar igualmente al resto de partes, siendo en este sentido que el resto de defensas, caso de existir conflicto de intereses entre ellas, podrán solicitar la suspensión del juicio para poder preparar el mismo ante la irrupción de una prueba a practicar, la del coimputado, que les pudiera perjudicar, petición de suspensión que podría ser acogida en virtud de lo dispuesto en el artículo 745 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal(405).

(405) Según el cual «el presidente del Tribunal podrá suspender la apertura de las sesiones cuando las partes por motivos independientes de su voluntad, no tuvieren

IV.5 Rebeldía y derecho de defensa

Ya hemos señalado como una de las cuestiones más espinosas que puede plantear el estatuto del rebelde penal tiene que ver con la situación que el mismo presenta desde el punto de vista del derecho de defensa, lo que explica que hayamos decidido tratar este tema en apartado separado. Y es que son planteables aquí varias cuestiones relativas a la posible indefensión que el régimen jurídico estudiado puede ocasionarle al rebelde penal, cuestiones que irían desde la posibilidad de recurrir la propia declaración de rebeldía, a su posible participación en el juicio que se celebre contra otros acusados, pasando por las consecuencias derivadas de la práctica de diligencias sumariales y la celebración de juicio oral a sus espaldas. Es por ello que debamos hacer una exposición, lo más sistemática posible, de dichos problemas.

Como sabemos, el estatuto del rebelde penal tiene como acta de nacimiento el auto de declaración de rebeldía, siendo así que el primer interrogante es si tanto éste, como el auto de busca y captura que le antecede, son recurribles por el requisitoriado/rebelde. En principio, al ser ambos una resolución judicial que revisten la forma de auto le son de aplicación el régimen de recursos previstos legalmente para la impugnación de estas resoluciones interlocutorias, por lo que dictados por un juez de instrucción (supuesto más normal) o un juez de lo penal, serían recurribles en reforma y apelación en virtud de lo dispuesto en los artículos 217 y 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo por ello que en cualquier modelo de dichos autos que pueda consultarse se verá el oportuno pie de recurso. Sin embargo, la cuestión se complica si tenemos en cuenta que la presentación de dichos recursos exige inexorablemente la firma de Letrado (art. 221), por lo que si la busca o la rebeldía son dictados en un momento procesal muy incipiente (así al intentar ser llamados para tomarles declaración en calidad de investigados) sería necesaria la oportuna designación de Letrado de oficio para poder hacer valer el derecho al recurso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 118.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es a partir de ese momento, es decir, constituida la «situación procesal de rebeldía», cuando comienza la mayor problemática relacionada con el rol procesal que el rebelde ha de tener en una causa en la que se practicarán diligencias sumariales sin su

preparadas las pruebas ofrecidas en sus respectivos escritos». No obstante, la literalidad del precepto, la jurisprudencia admite la suspensión de juicio a su amparo en los supuestos de proposición de nuevas pruebas cuya práctica, sin la debida preparación, pudiera ocasionarles indefensión. *Vide*, al respecto, por todas, STS 710/1997, de 20 de mayo (FJ 2.º).

conocimiento y participación y, concluido el sumario, se archivarán las actuaciones respecto del mismo, pudiendo celebrarse el juicio oral con el resto de acusados.

En cuanto a la posible realización de diligencias en fase de instrucción a espaldas del rebelde ya adelantamos que ninguna indefensión al mismo se le ocasiona pues, como dijimos, ninguna diligencia que exija su directa intervención personal será practicada, salvo, claro es, aquellas que el propio legislador se ha preocupado en reglamentar la forma de realizarlas en ausencia del interesado, como acontece con la apertura de correspondencia postal y telegráfica en los artículos 585 y 587 o el registro domiciliario en el artículo 569. Son estas las razones que llevaron a la mejor doctrina a, ya en el siglo pasado, despejar cualquier duda sobre la afección del derecho de defensa del rebelde por la práctica de estas diligencias(406).

Cuestión distinta será, como ya dijimos, el valor probatorio que estas diligencias sumariales puedan tener luego en el juicio oral que se celebre, debiendo en este caso distinguirse entre el juicio que se lleve a cabo con los acusados no rebeldes y el juicio al que eventualmente pueda ser sometido el rebelde, si éste se presenta o es habido antes de que prescriba el delito (o más técnicamente dicho, que prescriba la acción para enjuiciar unos hechos de apariencia delictiva)(407).

(406) Así, por ejemplo, AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, cit., p. 794, en donde leemos: «...pero el fundamento de esta impugnación desaparece, teniendo en cuenta la clase de diligencias que pueden ser practicadas en ese caso y la razón que ha tenido la ley para no decretar la suspensión del procedimiento hasta la ejecución de las mismas. En efecto, en el estado procesal a que nos referimos no puede practicarse actuación alguna que requiera la presencia personal del procesado por impedirlo la ausencia y rebeldía del mismo; y, en su virtud, quedará reducida la continuación del procedimiento, posterior a la declaración citada, a la práctica de aquellas diligencias necesarias para los fines de la instrucción sumarial y que pueden ser practicadas sin el concurso del inculpado, al cual no se causa perjuicio con ello, toda vez que el sumario no es más que una preparación para el juicio, y de celebrarse éste puede practicarse prueba en él y deshacerse lo que hubiere en el sumario prejudicial o desfavorable para el acusado; pero aun cuando se le causaren, cuya sería la culpa, por su voluntaria e indebida falta de comparecencia».

(407) Como hemos tenido oportunidad de precisar en alguna otra ocasión, el término «prescripción del delito» es técnicamente incorrecta, toda vez que es evidente que el delito no existe hasta tanto no se consagra como tal en una sentencia condenatoria firme, por lo que en realidad cuando hablamos de prescripción del delito nos estamos refiriendo a la prescripción de la acción para perseguir unos hechos que tienen caracteres de delictivos, siendo por ello más acertada (aunque no del todo) la rúbrica legal que utilizó el Código Penal de 1928 al hablar de «la prescripción de la acción para perseguir y continuar la persecución de los delitos». Véase mi *Derecho penal. Parte General*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 772 y s.

En cuanto al primero, la piedra angular sobre la que se cimentará el valor probatorio de las diligencias que se practicaron en fase instructora vendrá dado, no tanto por la intervención en ellas del rebelde, como por la participación que en las mismas tuvieron los acusados no rebeldes, que son los que ahora se están juzgando, debiendo tenerse presente en este sentido que la jurisprudencia ha evolucionado en relación a la exigencia de contradicción en las diligencias sumariales, y así el propio Tribunal Constitucional(408) ha señalado que no es preciso que la contradicción sea efectiva en el momento en que se presta la «declaración sumarial inculpatória», pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. «Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial», por lo que, en definitiva, no existe vulneración del principio de contradicción cuando, «aun existiendo una falta de contradicción inicial, ésta tiene lugar con posterioridad de modo que se posibilita ulteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa». Así pues, «el principio de contradicción se respeta, no solo cuando el demandante (su dirección letrada) goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable», como, por ejemplo, cuando la ausencia de contradicción efectiva sea imputable al propio acusado o a su defensa(409). Esta es la doctrina seguida por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo(410), en línea, por cierto, con la sentada al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos(411).

(408) Véanse por todas, SSTC 155/2002, de 22 de julio (FJ 10.º), 187/2003, de 27 de octubre (FJ 4.º), 206/2003, de 1 de diciembre (FJ 2.º) y 1/2006, de 16 de enero (FJ 5.º).

(409) STC 134/2010, de 2 de diciembre (FJ 3.º).

(410) Véanse, así, SSTS 1031/2013, de 12 de diciembre (FJ 4.º), 270/2016, de 5 de abril (FJ 1.º), 211/2017, de 29 de marzo (FJ 2.º) y 441/2017, de 19 de junio (FJ 3.º).

(411) Así, en la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de diciembre de 2011 (caso *Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido*), se afirma que la posibilidad de contradicción, al menos potencial, mediante el contra-interrogatorio del testigo de cargo, no es una regla de validez absoluta, sino un principio de elevado rango, susceptible de ser ponderado y modulado con otros intereses en virtud de las circunstancias de cada caso. En la STS 441/2017 citada en la anterior nota se lleva a cabo una interesante glosa de la doctrina sentada por la esta sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (FJ 3.º).

Mayor interés presenta el valor probatorio de las diligencias sumariales realizadas estando el investigado en rebeldía y que luego pretenden adquirir valor probatorio en el juicio que contra éste se celebre, una vez que el mismo se presentó a la autoridad judicial o fue hallado y puesto a disposición de ésta. Aquí también serían aplicables las consideraciones hechas anteriormente respecto al valor de aquellas diligencias que se practicaron sin contradicción debido precisamente a encontrarse en situación de rebelde penal, debiendo indicarse que como regla general, y por tanto al margen de la práctica de diligencias que en su ausencia se realizaron con previsión legal al respecto (como, por ejemplo, las ya citadas de registro domiciliario o apertura de correspondencia postal y telegráfica), la doctrina expresamente fijada al respecto por el Tribunal Constitucional es clara y tajante, señalándose en tal sentido que son valorables las diligencias sumariales que se realizaron sin la participación del acusado rebelde (por ejemplo, la declaración de un coimputado) precisamente porque éste se hallaba ya en dicha fase instructora, huido o en rebeldía(412), es decir, que su no sometimiento a contradicción fue por causa a él solo atribuible.

Descartada pues la indefensión por la práctica de diligencias sumariales sin la participación del rebelde, debemos preguntarnos si ello supone que hasta que se concluya el sumario, y una vez se archive provisionalmente la causa contra el rebelde, éste debe tener siempre una actitud pasiva en el procedimiento o si, por el contrario, puede participar en el curso del mismo, a través de sus representantes, con la formulación de recursos. Es esta la polémica cuestión relativa a la doctrina del abuso de representación.

La citada *doctrina del abuso de representación* comenzó a forjarse en la jurisprudencia constitucional a mediados de la década de los años ochenta, viniendo a señalar que el requisito legal de la comparecencia personal del entonces llamado imputado para poder ejercer el derecho de defensa en el proceso penal en modo alguno era una exigencia irrazonable ni desproporcionada, por lo que el rechazo judicial a las personaciones del rebelde en la causa a través de su procurador y abogado no vulneraban su derecho de defensa. Esta era la doctrina matriz y originaria de la doctrina del abuso de representación que se contenía en las Sentencias del Tribunal Constitucional 87/1984, de 27 de junio y 149/1986, de 26 de noviembre(413).

(412) SSTC 187/2003, de 27 de octubre (FJ 4.º) y 115/1998, de 1 de junio (FJ 4.º). Particularmente, sobre no participación en prueba anticipada, STS 613/2018, de 29 de noviembre (FJ 8.º).

(413) Sobre la que se fundamentarán muchas resoluciones de nuestros Juzgados y Tribunales, *vide* por todas, Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección

Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 87/1984 se razona que «el sistema seguido por la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 834 a 846) se basa en primer término en el principio de sujeción del acusado al procedimiento. La comparecencia personal del acusado en el proceso penal es un deber jurídico que se le impone, no es un derecho que se le confiere o una carga que se le atribuye. El acusado debe estar en persona a disposición de los Tribunales (FJ 4.º)». El requisito de la comparecencia personal para ejercer la defensa en el proceso penal no es «irrazonable o desproporcionado», pues «la presencia personal del acusado en el proceso penal es un deber», cuya finalidad es clara: «de un lado, el acusado debe estar a disposición de la justicia para sufrir en su caso el cumplimiento coactivo de la pena. De otro lado, su propia presencia puede ser conveniente y aún necesaria para el esclarecimiento de los hechos. Por último, si la situación persiste concluido el sumario no puede celebrarse la vista oral ni haber sentencia, respecto del rebelde, con lo que se paraliza el procedimiento, al menos parcialmente, con daño evidente no solo de los particulares posiblemente afectados, sino también de los intereses públicos cuya importancia en el proceso penal no es necesario destacar. Quien incumple ese deber y se substraе voluntariamente a la acción de la justicia y pretende además sustituir la obligada comparecencia personal por una comparecencia por medio de representante... se coloca en una situación anómala respecto al proceso, al exigir sus derechos al mismo tiempo que incumple sus deberes, y perturba gravemente el desarrollo del procedimiento» (FJ 5.º).

Además, tampoco resulta que la exigencia de la comparecencia personal en la fase instructora «incida sustancialmente en el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales y en el derecho a la defensa», pues «en la fase sumarial se realizan sobre todo actos de investigación, y solo las diligencias que no pueden reproducirse en el juicio tienen la consideración de actos de prueba», a lo que se añade que «según la regulación de la rebeldía en nuestro ordenamiento procesal penal, cuando esta se produce en la fase sumarial el sumario se instruye hasta su conclusión, pero no puede celebrarse juicio oral ni dictarse sentencia en relación con el rebelde, es decir, se suspende el curso de la causa respecto al rebelde, causa que se abrirá nuevamente si aquel se presenta o es habido» (FJ 6.º).

En la misma línea, la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1986 reitera que el derecho de defensa se ha de ejercer dentro del proceso legalmente establecido y con cumplimiento de

1.ª, de 6 de noviembre de 2000 (Recurso de queja núm. 12/2000, FJ 1.º).

sus requisitos, concluyendo, en consecuencia, que la negativa a que el rebelde se persone en el sumario por medio de procurador no vulnera los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa. En efecto, «el proceso ordinario por delito está regido por el principio de sujeción del acusado al procedimiento, que impone a éste el deber jurídico de la comparecencia personal» y «la razonabilidad y no incidencia sustancial en el derecho de defensa» de esta exigencia de comparecencia personal han sido ya declaradas en la STC 87/1984, con un doble fundamento. En cuanto a la razonabilidad, por «el deber del acusado de someterse personalmente al proceso penal en garantía del mejor esclarecimiento de los hechos y del cumplimiento coactivo de la pena que pueda imponerse»; y, respecto a la escasa injerencia en el derecho de defensa, porque «la suspensión de la causa, mientras dura la situación de rebeldía, impide que el procesado sea condenado en su ausencia y le permite ejercitar su derecho de defensa, cuando se proceda a su reapertura por haberse presentado o ser habido, pudiendo en este momento aportar al Tribunal sentenciador todas las alegaciones y pruebas pertinentes que decida utilizar frente a la acusación» (FJ 2.º)(414).

Ahora bien, la citada doctrina sentada sobre el abuso de representación en los años ochenta sufrió una importante modulación en la primera década del presente siglo, al entenderse que existen supuestos en los que la exigencia de comparecencia personal no está prevista legalmente y por ello resultaría desproporcionada la negativa a la personación mediante abogado y procurador, juicio de proporcionalidad al respecto que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha preocupado de subrayar(415).

(414) Como bien se ha preocupado de subrayar el Tribunal Constitucional (STC 24/2018, de 5 de marzo, FJ 2.º): «Valga advertir ya en este momento que si bien las SSTC 87/1984 y 149/1986 se refieren a supuestos planteados en el proceso penal ordinario por delito, la conclusión que se alcanza en ellas en cuanto al principio de sujeción del acusado al procedimiento y el consiguiente deber de comparecencia personal en el proceso, en garantía del mejor esclarecimiento de los hechos y del cumplimiento coactivo de la pena que pueda imponérsele, resulta perfectamente trasladable a los casos en que el proceso penal se sustancie por los cauces del procedimiento abreviado, como acontece en el presente asunto».

(415) En este sentido es recordable que dicha jurisprudencia viene sosteniendo que, efectivamente, los Estados disponen de una amplia libertad de configuración para decidir cómo garantizar el derecho a la defensa y la asistencia letrada del acusado en sus sistemas judiciales (por todas, STEDH 24 de mayo de 1991, caso *Quaranta contra Suiza*, § 30) y que la compatibilidad con el derecho de defensa de las limitaciones legalmente impuestas al mismo depende de las circunstancias del proceso particular y de la clase del proceso mismo. Así el derecho a la defensa y a la asistencia letrada puede adoptar diversas formas (entre las que puede encontrarse la

Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2000, de 30 de marzo, que abordó la cuestión de la posibilidad de conceder la extradición para el cumplimiento de sentencias dictadas en ausencia, se advierte(416) que «ciertamente, el acusado tiene el deber de comparecer al llamamiento del Tribunal, hasta el punto de que, de no hacerlo así, la orden de comparecencia puede transformarse en orden de detención (STC 87/1984, de 27 de julio, FJ 4). Cualquier otra sanción procesal que pretenda anudarse a la incomparecencia ha de ser proporcionada a la conducta que se sanciona y, por consiguiente, no puede alterar las garantías básicas del proceso justo, máxime cuando lo que se ventila en él es una pena especialmente grave, adecuada, tal vez, al delito cometido, pero irrazonable y arbitraria como sanción del incumplimiento de un deber procesal» (FJ 15.º). Y termina afirmando que «en el caso de los derechos procesales, precisamente por su naturaleza formal, la voluntad de renuncia ha de hallarse, con mayor razón, rodeada de un mínimo de garantías para que no quede desnaturalizada. Lo que, evidentemente, ocurre en casos como el presente en que, al hallarse el acusado sometido a una imputación que comporta una pena muy grave, la comparecencia implica normalmente su ingreso en prisión y, por consiguiente, una constricción en virtud de la cual no cabe otorgar a la falta de comparecencia valor de renuncia»(417).

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2003 que se refería a la denegación de personación mediante procurador de quien se halla huido de la justicia, en el expediente de revocación de la libertad condicional, subraya que la conocida doctrina sentada en las Sentencias 87/1984 y 149/1986 lo es para la fase sumarial del proceso

representación ante el órgano judicial), pero se aplica en cualquier caso a todo el proceso penal, e incluso a la fase previa de detención policial (SSTEDH de 27 de noviembre de 2008, caso *Salduz contra Turquía*, §§ 50 a 55; y 29 de enero de 2015, caso *Yevgeniy Petrenko contra Ucrania*, § 89). Es por ello por lo que la incomparecencia voluntaria del acusado no justifica la limitación absoluta del derecho de defensa (por todas, SSTEDH de 23 de noviembre de 1993, caso *Poitrimol contra Francia*, § 38; 29 de julio de 1998, caso *Omar contra Francia*, §§ 40 a 44; 21 de enero de 1999, caso *Van Geyselgem contra Bélgica*, §§ 33-35; 13 de febrero de 2001, caso *Krombach contra Francia*, §§ 85-90; y 8 de noviembre de 2012, caso *Neziraj contra Alemania*, §§ 55-56).

(416) Con cita expresa de las SSTEDH de 23 de noviembre de 1993, caso *Poitrimol contra Francia*, § 38; 22 de septiembre de 1994, caso *Lala contra Holanda*, § 27; 29 de julio de 1998, caso *Guerin contra Francia*, §§ 44 y 45; y 29 de julio de 1998, caso *Omar contra Francia*, §§ 40-44.

(417) En el mismo sentido, SSTEDH de 29 de julio de 1998 (caso *Guerin contra Francia*, núm. 43) y antes, 27 de febrero de 1980 (caso *Deweert contra Bélgica*, núm. 54).

por delito, donde la presencia del procesado puede ser conveniente o necesaria para el esclarecimiento de los hechos y donde se excluye la condena en ausencia, doctrina que debe modularse en atención a la necesaria compatibilidad con el derecho de defensa en función de las circunstancias del proceso particular y de la clase del proceso mismo(418), por lo que, al tratarse en el supuesto analizado de la posibilidad de que el huido al que se le ha revocado la libertad condicional pueda personarse a través de sus representantes legales, se considera necesario llevar a cabo la citada ponderación entre los derechos a no padecer indefensión y a ser defendido por abogado desde el principio general de sujeción del acusado al procedimiento y del deber cualificado de comparecer de quien ha sido condenado penalmente, vinculado al interés subyacente de que los pronunciamientos penales sean ejecutados en sus propios términos. Y para ello, la sentencia que comentamos traerá a colación la doctrina ya adelantada en la antes citada Sentencia 91/2000 relativa a la proporcionalidad de las consecuencias asignadas a la incomparecencia, que no pueden alterar las garantías básicas del proceso justo, señalando al respecto que lo que ha de resolverse es «si la exclusión condicionada del derecho de defensa del demandante es respuesta proporcionada a su incomparecencia –teniendo en cuenta, por lo demás, que la propia personación del demandante conllevaba su inmediato ingreso en prisión–, pues las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable» (FJ 6.º).

Desde dicha atalaya interpretativa, la Sentencia 198/2003, en su Fundamento Jurídico 5.º, advierte que en casos como el enjuiciado, a diferencia de lo que sucede en los supuestos a los que se refieren las Sentencias 87/1984 y 149/1986, el condicionamiento judicial del ejercicio del derecho de defensa a la comparecencia del reo «no viene impuesta por la literalidad de la norma legal» y tampoco se infiere «de las reglas esenciales que disciplinan la tramitación del expediente de revocación de libertad condicional, como una fase o incidencia que es del proceso penal de ejecución, en la que se dilucida el mantenimiento de los beneficios penitenciarios de quien ya no está amparado por la presunción de inocencia y sufrió la reprobación que implica la condena penal. En fin, la presencia del penado no se justificaría en particulares ventajas para la resolución de las cuestiones que pudiera plantear el penado en los recursos judiciales contra la revocación de su libertad condicional», por lo que concluye que «a la vista de las circunstancias descritas –las particulares del presente caso y del pro-

(418) Vid. STEDH de 14 de diciembre de 1999 (caso *Khalifaoui contra Francia*, § 37).

ceso judicial, conviene insistir— no cabe entender que exista una estricta necesidad derivada del interés general, atinente a la presencia del penado, que justifique la decisión judicial de excluir absolutamente el ejercicio del derecho de defensa de este durante la tramitación del expediente de revocación de libertad condicional» (FJ 7.º), conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional tras contraponer los valores o bienes jurídicos concurrentes (el derecho de defensa y el innegable interés general de que un condenado penalmente quede a disposición de los órganos judiciales a fin del adecuado cumplimiento de su condena), estimando que si bien la exigencia de comparecencia personal del reo «puede contribuir a la consecución de objetivos legítimos conectados con el interés general», sin embargo «no queda justificada la estricta necesidad de la medida (juicio de necesidad) en su relación con el derecho de defensa, por lo que la negativa judicial a admitir la personación mediante procurador, a la vista de las circunstancias concurrentes, se estima como una reacción desproporcionada ante la impropia conducta procesal del penado» (FJ 7.º).

Hemos de tener en cuenta que la personación del huido en el expediente de revocación de libertad condicional tiene una muy estrecha relación con el tema nuclear de la posibilidad de presentar recursos por parte de quien no se halla a disposición de la justicia, cuestión ésta de la que se ocupa la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2011, de 18 de julio, en donde se aborda como una cuestión atinente al derecho de acceso a los recursos la negativa judicial a conocer de la impugnación de la resolución que acuerda la prisión provisional, al no hallarse a disposición del órgano judicial el reclamado en el procedimiento de orden europea de detención y entrega, aunque sí personado. Esta sentencia advierte que el supuesto procesal difiere de los analizados en las Sentencias 87/1984 y 149/1986, referidas a la personación del procesado rebelde mediante procurador en procesos penales propiamente dichos, y también del resuelto en la Sentencia 198/2003, relativa a la denegación de la personación mediante abogado y procurador en el expediente de revocación de la libertad condicional, por lo que la doctrina constitucional contenida en esas sentencias no resulta de aplicación (FJ 4.º). Con ello la Sentencia 132/2011 venía a destacar que el canon de enjuiciamiento era el propio del derecho de acceso a los recursos (FJ 3.º), y, en todo caso, en aplicación de ese canon de control, se concluye que la circunstancia de no estar el reclamado a disposición del órgano judicial no podía fundar legítimamente la decisión judicial de no conocer los recursos y escritos presentados por la representación del reclamado, por carecer esa exigencia de cobertura legal y porque la cuestión jurídica controvertida no exigía para su

resolución que el reclamado se hallase a disposición del órgano judicial; máxime cuando el cumplimiento de esa exigencia de sujeción conllevaría la privación de libertad durante el período de tiempo empleado en la sustanciación del recurso (FFJJ 4.º y 5.º).

Toda la anterior doctrina, que conjuga el deber de estar a disposición de la justicia con el derecho de defensa, volverá a ser decisiva en el caso de la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2018, de 5 de marzo, en donde se analiza la cuestión de quien se pretende personar en la fase instructora del proceso penal a través de procurador y abogado y declarar mediante videoconferencia desde Rusia.

Partiendo de que, efectivamente, «de acuerdo con el principio de sujeción del acusado al procedimiento que rige con carácter general en nuestro ordenamiento penal, el deber jurídico de comparecencia personal para ejercer la defensa en el proceso penal ordinario y en el procedimiento abreviado, incluso en la fase instructora, responde a una finalidad constitucional legítima»(419), y que «ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto, de ahí que sea descartable de principio toda interpretación que postule en materia penal un derecho incondicional a la defensa mediante abogado sin estar el investigado o acusado a disposición del Tribunal»(420), se entiende que «los derechos que el artículo 24 CE reconoce han de ser ejercitados dentro del proceso legalmente establecido y con cumplimiento de los requisitos que cada caso requiera, interpretados de manera razonable y no pudiendo ser tales que, de hecho, supriman o cercenen de manera sustancial el derecho de defensa», por lo que «los derechos a la defensa y a ser defendido por abogado pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos, de tal suerte que, existiendo un deber jurídico de comparecencia

(419) «Toda vez que la presencia del investigado o acusado puede ser conveniente y aún necesaria para el esclarecimiento de los hechos, sin perjuicio del interés general en que aquel se encuentre a disposición de la justicia para sufrir, en su caso, el cumplimiento coactivo de la pena, pues no cabe olvidar el interés general que subyace en que los pronunciamientos penales sean ejecutados en sus propios términos (SSTC 87/1984, FJ 5.º; 149/1986, FJ 2.º, y 198/2003, FJ 6.º). En efecto, “la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 CE» (por todas, SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3.º; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 9.º; 198/2003, FJ 7.º; 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2.º, y 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 8.º).

(420) «Ya que ello incitaría a los implicados en hechos delictivos a negarse a su presentación ante la justicia o a organizar su huida mientras que sus Letrados pleitean por ellos» (STC 198/2003, FJ 6.º).

personal para ejercer la defensa en el proceso penal, tanto en el proceso ordinario como en el procedimiento abreviado, debe reputarse en principio razonable y justificada una interpretación judicial de las normas procesales encaminada a disuadir de la incomparecencia injustificada del investigado o acusado (...). Ahora bien, cualquier otra sanción procesal que pretenda anudarse a la incomparecencia injustificada de aquel ha de ser proporcionada a la conducta que se sanciona y, por consiguiente, no puede alterar las garantías básicas del proceso justo, máxime cuando lo que se ventila en él es una pena especialmente grave, adecuada, tal vez, al delito cometido, pero irrazonable y arbitraria como sanción del incumplimiento de un deber procesal» (FJ 4.º).

En definitiva, «el innegable interés de que el investigado o acusado se halle a disposición del Tribunal debe modularse en relación con el derecho de defensa (art. 24.2 CE), garantía esencial de un proceso justo. No debe olvidarse en este sentido que, con carácter general para todos los procesos penales, el artículo 118 LECrim (en la redacción resultante de la reforma introducida por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre) determina que toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento». Y es por ello que, «para que pueda entenderse compatible con el derecho de defensa (art. 24.2 CE y art. 118 LECrim) una decisión judicial de rechazo de la personación del investigado o acusado mediante procurador o abogado, con fundamento en que aquel se encuentra sustraído a la acción de la justicia, resulta necesario: i) que el condicionamiento judicial del ejercicio del derecho de defensa a la comparecencia personal del investigado o acusado venga impuesto por la norma legal reguladora del concreto proceso de que se trate o se infiera razonablemente de las reglas generales que disciplinan la tramitación de ese proceso; y ii) que la negativa judicial a la personación del investigado o acusado mediante procurador o abogado, por no hallarse aquel a disposición del Tribunal, supere las exigencias del juicio de proporcionalidad» (...) «Se trata por tanto de determinar si la medida restrictiva del derecho de defensa contribuye a conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del tal propósito (juicio de necesidad); y, finalmente, si es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más ventajas o beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros

bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)» (FJ 5.º).

Aplicando estos parámetros al caso analizado, el Tribunal Constitucional concluye que si bien se cumplieron las exigencias del juicio de proporcionalidad y de idoneidad (pues en principio la exigencia de la presencia del investigado en la fase instructora del procedimiento abreviado, expresamente prevista por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es necesaria para comunicarle formalmente la imputación y darle la oportunidad de declarar y poder así concluir la investigación), no así ocurrió con el de necesidad, pues «no permite considerar satisfecho el juicio de necesidad, atendiendo a las particulares circunstancias del caso. En efecto, la afirmación del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 en el Auto de 30 marzo de 2016 (confirmada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) de que la ausencia del investigado se debe a su propia decisión, vinculada a la idea del abuso de derecho y la estrategia procesal fraudulenta (al afirmar que aquel pretende personarse mediante procurador mientras permanece huido), elude toda consideración de las razones alegadas por el recurrente sobre la inexistencia de citación para comparecer durante la dilatada instrucción, así como sobre su voluntad de colaboración efectiva con la justicia española, al indicar su domicilio en Rusia y manifestar su disponibilidad de declarar por videoconferencia, dada la invocada imposibilidad de desplazarse a España por problemas de salud. No es irrelevante destacar, en este sentido, que el recurrente aporta una resolución dictada en el mismo proceso penal del que trae causa la demanda de amparo, referida a otro de los investigados, al parecer residente también en Rusia durante la instrucción, del que se hace constar que se encuentra personado mediante procurador y abogado y se le ha recibido declaración a través de videoconferencia, medio este compatible en sí con el derecho de defensa»(421).

Pero los problemas de la rebeldía relacionados con el derecho de defensa no se agotan con los relacionados con la estudiada doctrina del abuso de representación. Antes al contrario, existen otras manifestaciones de dicha problemática dignas de atención.

En primer lugar, hemos de destacar que está sólidamente consolidada la doctrina que viene a sostener que el hecho de que en el juicio que se siga contra los no rebeldes no pueda practicarse la prueba solicitada, por cualquiera de las partes, consistente en la declaración del coimputado rebelde, en modo alguno le ocasiona a dicha parte propo-

(421) Véanse, por todas, SSTEDH de 5 de octubre de 2006 (caso *Marcello Viola contra Italia*, § 67) y 24 de abril de 2012 (caso *Gennadiy Medvedev contra Rusia*, § 98).

nente indefensión alguna(422), al tratarse de una prueba que, aun habiendo sido admitida por ser pertinente y necesaria, es de imposible práctica(423), abriéndose aquí la posibilidad de dar lectura a la declaración que el rebelde hizo en fase sumarial al amparo de lo dispuesto en el artículo 730 de la Ley de Ritos, al entenderse que es una prueba admitida (declaración del coimputado) que no puede practicarse por causas ajenas a la voluntad de la parte proponente, siendo a tal punto irrelevante que en el juicio en cuestión no se esté juzgando al rebelde, al ser aquí aplicable la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 80/2003, de 28 de abril (FJ 7.º) que entendió constitucionalmente válida la lectura por la vía del artículo 730 de la declaración sumarial prestada, con las debidas garantías e intervención de todas las partes, de quien después no fue juzgado por sobrevenirle una enfermedad mental, declaración por tanto introducida en el juicio de unos terceros(424).

En este sentido, debemos confrontar dicha solución con la doctrina jurisprudencial que niega la posibilidad de introducir en el juicio del acusado ausente lo declarado por éste en fase sumarial(425). Así

(422) *Vide*, por todas, SSTS 876/2007, de 26 de octubre (FJ 2.º), 352/2012, de 11 de mayo (FJ 5.º) y 1001/2012, de 18 de diciembre (FJ 1.º). Asimismo, véase Sentencia de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Madrid 446/2007, de 26 de septiembre (FJ 2.º), con profusa cita jurisprudencial.

(423) En este sentido, la jurisprudencia subraya que, como requisitos materiales, la prueba ha de ser *pertinente*, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate; ha de ser *relevante*, que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo; ha de ser *necesaria*, es decir, que dadas las circunstancias del caso y las pruebas ya disponibles, tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone de modo que su omisión le cause indefensión; y ha de ser *posible*, en atención a las circunstancias que rodean su práctica. *Vide* por todas, STS 102/2006, de 6 de febrero (FJ 1.º).

(424) Y es que, para el Tribunal Constitucional, como recuerda la STS 926/2006, de 6 de octubre (FJ 5.º): «lo decisivo es que las declaraciones sumariales que se consideran sean sometidas a confrontación y pueden ser contradichas por las partes».

(425) STS 1020/1999, de 23 de junio (FJ 2.º), en donde se sostiene: «Ocurrió algo que no es frecuente que llegue a ser examinado en casación. Se celebró el juicio oral en ausencia del acusado, que había sido citado personalmente y en su declaración inicial en el Juzgado había sido advertido de esta posibilidad procesal (art. 789.4), porque el Ministerio Fiscal había pedido pena de un año de prisión, encontrándose de acuerdo las partes al respecto, conforme consta en el acta del juicio. Se cumplían así todos los requisitos exigidos en el párrafo segundo del art. 793.1 LECrim para tal celebración en ausencia del acusado en el trámite del procedimiento abreviado. Era conforme a la Ley Procesal tal celebración y, según dice dicho art. 793.1, concurriendo esos requisitos el Juez o Tribunal puede acordar la no suspensión del juicio “si estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento”. Es decir, puede prescindirse en tales casos de la presencia del acusado porque haya otras pruebas con

hemos de diferenciar entre la prohibición de introducir la declaración sumarial del acusado que es juzgado en ausencia, y la permitida introducción, por la vía del artículo 730, de lo que declaró en fase instructora un coimputado declarado luego rebelde, declaración que es introducida en el juicio de los no rebeldes. Y es que con la imposibilidad de acceso por la vía del artículo 730 de las declaraciones previas del ausente no se trata de premiar al acusado que ha incumplido el deber (que no derecho) de acudir al juicio, sino de no agravar las consecuencias que de ello se derivan, hasta el punto de considerar que el juicio así celebrado al ausente no respete las reglas del proceso debido. En este sentido, es dable subrayar que el enjuiciamiento en ausencia debe ser solicitado por las acusaciones y acordado por el juez si se entiende que existen elementos suficientes para juzgar al acusado sin su presencia, por lo que sería una contradicción que cumpliéndose con dichas previsiones ordenadas por el artículo 786, y, por tanto, luego de solicitarse y acordarse el enjuiciamiento en ausencia por entender que «existen elementos suficientes para el enjuiciamiento del ausente», las mismas acusaciones que lo solicitaron entendieran a continuación necesario acudir a la lectura de la declaración sumarial del ausente por la vía del artículo 730, es decir, por no poder practicarse en el plenario una prueba que ahora sí entienden necesaria⁽⁴²⁶⁾. Cuestión distinta, objeto de reflexión que supera este espacio, sería si acordado el enjuiciamiento en ausencia a petición de las acusaciones y con oposición de la defensa, ésta pudiera pedir que se practicara, como prueba de descargo, la declaración sumarial de su cliente.

independencia de las declaraciones de éste (como en realidad ocurrió en el caso presente). Pero lo que no puede hacer el Juzgado de lo Penal o la Audiencia es dar validez como prueba de cargo a unas declaraciones del acusado hechas durante la instrucción. Si se quiere utilizar la confesión del imputado como prueba del hecho o de su autoría, el Juzgado o Tribunal que conoce del juicio oral ha de suspenderlo, señalar para otra fecha y citar al acusado para que asista el juicio, haciéndole saber la obligación que tiene de acudir con el apercibimiento de ser detenido o conducido por la fuerza pública si incumpliera esa obligación. Lo que no cabe hacer es tomar como prueba de cargo unas declaraciones hechas en la fase de las diligencias previas cuando pueden repetirse en el acto del plenario (STC 76/1993, entre otras muchas). No nos hallamos ante una prueba que se hubiera anticipado o preconstituido en la instrucción, sino ante las manifestaciones de un acusado que pueden repetirse en el juicio oral que constituye la sede natural u ordinaria de todas las pruebas».

(426) No obstante, hemos de señalar que la proscripción de la lectura de la declaración sumarial del acusado ausente no ha sido acogida unánimemente por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, siendo que en alguna ocasión sí que lo han admitido (por ejemplo, Sentencia 258/2011, de 11 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 15.^a, FJ 2.^o).

Por otro lado, y volviendo al juicio de los no rebeldes, señalar que la petición de suspensión del juicio que pudieran realizar los Letrados de éstos por no poder practicarse en dicho juicio la testifical consistente precisamente en la deposición del rebelde, es algo que ha dejado zanjado el Tribunal Supremo, al entender incompatible la situación de rebelde y testigo(427), afirmándose que la denegación de esta prueba, en modo alguno, supone causar indefensión a la parte proponente(428).

Cuestión diferente a la estudiada (esto es, al rol procesal que el rebelde puede tener en el juicio de los no rebeldes) es la que hace referencia a la problemática que suscita la situación inversa, es decir, que, una vez celebrado el juicio con los no rebeldes, el rebelde sea habido o presentado, y se proceda, por tanto, a su enjuiciamiento de forma separada, planteándose aquí el problema de la posible intervención en dicho juicio de los acusados ya juzgados. En este sentido, ha existido una larga y profunda polémica entre los que piensan que dicha intervención habría de ser en todo caso como coimputados, y la opinión, finalmente dominante, de los que opinan que lo han de hacer en calidad de testigos.

La primera opinión se funda en el entendimiento de que «si bien no puede negarse que el enjuiciamiento de los hechos y el dictado de

(427) STS 897/2004, de 15 de julio (FJ 1.º): «Desde luego la situación de rebeldía de alguno o algunos de los procesados no justifica la suspensión del curso de la causa en relación con los que no se hallan en esta situación, es más, el artículo 842 LECrim lo que ordena es su continuación en relación a los últimos, cuando expresa que si fueren dos o más procesados y no a todos se les hubiese declarado en rebeldía, se suspenderá el curso de la causa respecto a los rebeldes hasta que sean hallados, y se continuará respecto a los demás. Este mandato está corroborado, como aduce el Ministerio Fiscal, en el artículo 746.5 LECrim, que se refiere a la suspensión del juicio solo cuando alguno de los procesados enfermase repentinamente hasta el punto de que no pueda continuar formando parte del juicio, y en el 850.5 LECrim, cuando sanciona como quebrantamiento de forma el caso de que el Tribunal haya decidido no suspender el juicio para los procesados comparecidos, en el caso de no haber concurrido los acusados, solo cuando hubiere causa fundada que se oponga a juzgarles con independencia y no haya recaído la declaración de rebeldía, luego la situación de los testigos invocados no puede disociarse de su situación de procesados rebeldes en la causa. A partir de este entendimiento su comparecencia en la misma como meros testigos tampoco sería posible procesalmente si tenemos en cuenta la distinta posición del testigo y el procesado que no está obligado a prestar declaración bajo juramento. Por ello el Tribunal no estaba obligado a acordar la suspensión del juicio. Por otra parte, tampoco era posible la presencia de los mismos en el Plenario en la medida que no estaban a disposición de la Audiencia Nacional y por ello en cualquier caso la prueba pretendida no era posible, siendo ésta una condición para estimar el quebrantamiento de forma que se denuncia».

(428) Así, en STS 292/2018, de 18 de junio (FJ 2.º).

la correspondiente sentencia, suponen pasar a un estadio procesal distinto, ello no implica una modificación de las circunstancias que configuran el status de coimputado, aquellas razones materiales subsisten de forma fundamental, y por tanto no existe razón alguna para convertirlo en un testigo, y valorar su declaración únicamente en términos de credibilidad» (429). Este posicionamiento contó originariamente con cierto respaldo jurisprudencial (430), al entenderse que «ya en la fase probatoria del juicio contradictorio las declaraciones de los acusados no debieron confundirse con las pruebas testificales, porque no cabía someter aquéllas al régimen jurídicos de éstas, como hizo la Sala de instancia, con cuatro de los seis acusados. Como ha dicho esta Sala en Sentencia de 18 julio 1996, en consonancia con la doctrina procesal, “testigo es la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciado como testigo directo, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como testigo de referencia”. Testigos no son por tanto ni pueden serlo nunca los imputados, y especialmente los acusados, amparados por su derecho a no declarar contra sí mismos (artículo 24. 2.º de la Constitución Española), que se extiende tanto al aspecto de su personal intervención en un hecho como a la realidad del hecho mismo imputado. La declaración de un coimputado, carente de la obligación de decir verdad exigible a los testigos (Sentencia de 20 febrero 1996) no puede ser sometida al régimen legal de la prueba testifical practicada bajo juramento y deber de veracidad, con la posibilidad en caso contrario de incurrir en falso testimonio. Si, como declara la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 octubre 1994, no se debe someter al imputado al régimen de declaraciones testificales cuando de las diligencias practicadas puede 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, obvio es decir que lo mismo rige con mayor razón cuando el imputado alcanza el status de acusado al estar dirigida ya contra él una

(429) BACH FABREGÓ, R., «¿Cuál es el régimen de la declaración del coimputado ya juzgado en el enjuiciamiento del coacusado? ¿Coacusado o testigo?», en VV. AA. (Javier Hernández García, dir.), *99 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, Manuales de Formación Continuada núm. 51/2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, p. 113.

(430) Así ya en la STS (n/c núm.) de 15 de septiembre de 1989 (FJ 2.º).

concreta pretensión punitiva. Lo contrario comporta vulneración de la tutela del derecho constitucional a un juicio con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución), en que en este caso incurrió el Tribunal sentenciador por las razones ya expuestas; lo que determina, como solicita el Ministerio Fiscal, la nulidad del juicio oral (artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)»(431). Sobre estas bases se fundamentó la posición adoptada por la Fiscalía General del Estado en su Consulta núm. 1/2000, en la que en realidad venía a sustentar una posición mixta pues, si bien es verdad que al juicio el ya juzgado debía ser llamado en calidad de coimputado (por lo que no se le podía tomar juramento ni quedar obligado al deber de decir verdad, sin asistírle el derecho de indemnización propia de los testigos), se le aplicaba el régimen de los testigos en caso de incomparecencia (multa y conducción, y nunca medidas cautelares o busca y captura), permitiéndose la lectura de su declaración, por la vía del artículo 730, en caso de que la práctica de la deposición plenaria no fuera posible.

Frente a ello, algunas sentencias del Tribunal Supremo comenzaron a apostar por la segunda opción, esto es, que el ya juzgado compareciera en el nuevo juicio como testigo(432), siendo finalmente el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2.008, el que acordó que «la persona que ha sido juzgada por unos hechos, y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismos hechos, declara en el plenario como testigo, y por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad». Así pues, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto a este polémico tema quedó así concretada, y por tanto, como señala la Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2017(433), «cuando el coimputado ya condenado comparece como testigo en el juicio posterior contra los otros acusados, la jurisprudencia ha considerado que su posición procesal es la de testigo, con las obligaciones propias de este estatus, como son el deber de comparecer al llamamiento judicial y la obligación de declarar, y en cuanto a la

(431) STS 971/1998, de 27 de julio (FJ 3.º). Por su parte, las Sentencias 848/1998, de 23 de junio (FJ 3.º) y 1045/1999, de 26 de julio (FJ 3.º), resaltarían que el coimputado es un sujeto procesal cuya declaración no es exactamente ni testimonio ni confesión, aunque participa, en cierto modo, de una y otra. Cuestión distinta en la introducción en el nuevo plenario de la declaración que como acusados realizaron los ya juzgados en su juicio a través de su reproducción documental. *Vide* al respecto STS 449/2019, de 3 de octubre (FJ 1.º).

(432) Opción por la que apostaba ya la STS 627/1994, de 12 de marzo (FJ 2.º). Véase también, Sentencia de la misma Sala 501/2006, de 5 de mayo (FJ 3.º).

(433) STS 843/2017, de 21 de diciembre (FJ 1.º).

valoración de su declaración, conforme a lo acordado en el Acuerdo de 16 de diciembre de 2008, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad», si bien que añadiendo que «no obstante, esa racionalidad suele requerir que tal declaración, sea tamizada por las cautelas exigidas para admitir la suficiencia del testimonio del coimputado como prueba de cargo; pues más allá de la mera atribución nominalista de testigo o coimputado, lo determinante es como perdura y le afecta su relación con el objeto del proceso; y de ahí que convenga recordar dichos requerimientos. Como expresa la Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo núm. 675/2017, de 16 de octubre, con abundante cita de la jurisprudencia constitucional y de esta propia Sala Segunda, las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocésal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio. Sin embargo, hemos llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece en calidad de testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino que lo hace como acusado, por lo que está asistido del derecho a no declarar en su contra y no reconocerse culpable y exento en cuanto tal de cualquier tipo de responsabilidad que pueda derivarse de un relato mendaz. Superar las reticencias que se derivan de esta posición procesal exige de unas pautas de valoración de la credibilidad de su testimonio particularmente rigurosas, que se han centrado en la comprobación de inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones y la concurrencia de otros elementos probatorios que permitan corroborar mínimamente la versión que así se sostiene (SSTC 115/98, 118/2004, de 12 de julio o 190/2003, de 27 de octubre)». Y añade el alto Tribunal que «en todo caso, nuestra Jurisprudencia ha ido otorgando un valor creciente a las pautas objetivas de valoración de la credibilidad de la declaración del coimputado, expresando (SSTS 763/2013, de 14 de octubre; 679/2013, de 25 de septiembre; 558/2013, de 1 de julio ; 248/2012, de 12 de abril o 1168/2010, de 28 de diciembre, entre muchas otras) que la operatividad de la declaración del coimputado como prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia –cuando sea prueba única–podía concretarse en las siguientes reglas: a) La declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional. b) La declaración inculpativa de un coimputado

es prueba insuficiente, como prueba única, y no constituye por sí sola actividad probatoria de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia. c) La aptitud como prueba de cargo suficiente de la declaración de un coimputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado. d) Se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externos que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración y la intervención en el hecho concernido. e) La valoración de la existencia de corroboración del hecho concreto ha de realizarse caso por caso. f) La declaración de un coimputado no se corrobora suficientemente con la de otro coimputado».

Para finalizar podemos hacer mención a un nuevo problema que puede plantear el enjuiciamiento por separado y posterior del rebelde y que no es otro que la posible vinculación que en dicho juicio pueda tener la sentencia que en su día se dictó respecto de los no rebeldes. Se ha de partir aquí de que la sentencia recaída en el juicio de los no rebeldes no produce ni efecto de cosa juzgada ni ninguno otro en el juicio que posteriormente se celebre cuando el rebelde sea habido o presentado(434), pues éste tendrá como único objeto el enjuiciamiento *ex novo* de éste. Sin embargo, si ello es así, no menos verdad es que los hechos que se declararon probados en aquel juicio «tenderán» a ser igualmente acreditados en el juicio posterior si la prueba repetida no sufre variaciones importantes y, máxime, si el juez que celebra ambos juicios es el mismo, por lo que sería ilógico que éste realizara una distinta valoración de los mismos, y ello con independencia de que, a la luz de dicha prueba, pueda entenderse que el acusado ahora juzgado tuviera o no participación en los hechos, lo que daría lugar a, acreditados los mismos, absolverlo por no quedar probada su vinculación con ellos. Pero puede ocurrir que en el nuevo juicio se presenten nuevas pruebas que lleven a no dar como acreditados los hechos que sí lo fueron en el anterior juicio, siendo que de producirse ello, se abriría la posibilidad de que en aquella primera sentencia fuera objeto del recurso extraordinario de revisión al amparo de lo previsto en el artículo 954.1 apartado d) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal(435).

(434) La doctrina unánime subraya esta ausencia de efectos, por todos *vide* GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Del procedimiento contra reos ausentes (arts. 834-846)», cit., p. 892.

(435) Como ya apuntaba la STS 897/2004, 15 de julio, (FJ 1.º *in fine*).

IV.6 La rebeldía de la persona jurídica

Como ya adelantamos más arriba, nuestro ordenamiento jurídico, en línea con lo que hacen otros Derechos de nuestro entorno (Austria, Italia...) ha procedido a prever una regulación específica de la rebeldía cuando se trata de declarar rebelde, no a una persona física, sino a una jurídica. Así, el artículo 839 bis, introducido, como ya dijimos, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la reforma llevada a cabo por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, es el que establece la citada normativa especial, señalando al respecto que: «1. La persona jurídica imputada únicamente será llamada mediante requisitoria cuando no haya sido posible su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido; 2. En la requisitoria de la persona jurídica se harán constar los datos identificativos de la entidad, el delito que se le imputa y su obligación de comparecer en el plazo que se haya fijado, con Abogado y Procurador, ante el Juez que conoce de la causa; 3. La requisitoria de la persona jurídica se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y, en su caso, en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado; 4. Transcurrido el plazo fijado sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, continuando los trámites procesales hasta su conclusión». El citado precepto ha dado lugar en la doctrina a un profundo análisis crítico(436), llegando a conclusiones en ocasiones dispares, por ejemplo, respecto al posible enjuiciamiento en rebeldía de la persona jurídica. Y es que, en verdad, el artículo 839 bis da para un detenido estudio.

Para poder entender bien lo preceptuado en este artículo debemos tener presente el régimen general del enjuiciamiento penal de la persona jurídica instaurado en nuestro sistema desde la reforma del Código penal introducida por la Ley Orgánica 5/2010 y que culmina con la operada por Ley Orgánica 1/2015(437), en donde, como es bien sabido, se instituye una auténtica responsabilidad penal autónoma y directa de las personas jurídicas (aunque no de todas) por la comisión de unos determinados tipos delictivos. En este régimen, en donde lo normal(438) será

(436) *Vid.*, por todos, NEIRA PENA, A. M., *La defensa penal de la persona jurídica*, Aranzadi, Pamplona, 2018; De la misma autora, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

(437) Al respecto ampliamente mi *Derecho penal. Parte general*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 204-218.

(438) En este sentido debe recordarse que el artículo 31 ter del Código Penal ya prevé que, aunque no se haya podido individualizar, juzgar o condenar a la persona física a que se refiere el art. 31 bis 1, incluso porque ésta haya fallecido o haya sido declarada rebelde, se podrá exigir la responsabilidad penal a la persona jurídica.

que junto a la persona jurídica se juzgue también a la persona física que le transfiera la responsabilidad a aquélla (las «personas físicas competentes vinculadas a la jurídica» a que se refiere el art. 31 bis 1 del Código penal), se ha producido en el ámbito procesal un «contagio corpóreo» de la persona física con la jurídica a ella vinculada(439), siendo al respecto paradigmático lo preceptuado en el núm. 1 del artículo 786 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal(440), y sin que ello sea, no obstante, obstáculo para que, como veremos, sea posible su enjuiciamiento en ausencia. Pero vayamos con el contenido del artículo 839 bis.

En primer lugar, hemos de destacar que según dispone el núm. 1 del citado precepto, el ámbito de la llamada mediante requisitoria, como requisito previo y necesario para su posterior declaración como rebelde, está estrictamente limitado, pues «únicamente será llamada (la persona jurídica) cuando no haya sido posible su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido», por lo que parecen quedar fuera de dicho llamamiento aquellos supuestos en los que, teniendo y siendo conocido en domicilio social de la persona jurídica, la citación no pueda llevarse a cabo por cualquier motivo, como por ejemplo, que el citado domicilio registral ya no exista o esté cerrado, o que no pueda encontrarse a nadie que recoja la citación (supuestos de empresas inactivas, en proceso de liquidación...). Es por ello por lo que la interpretación más plausible sería aquella que hiciera pivotar el requisito del llamamiento por requisitoria a todos los supuestos en los que no es factible la citación en el domicilio social de la persona jurídica, sea porque el mismo es desconocido, sea porque, aun siendo conocido, no es posible realizar la citación, pues entiendo que lo realmente impor-

(439) Criticado por cierto sector doctrinal que entiende que el legislador se ha dejado llevar en este sentido por la inercia, sin recabar que dicha presencia física («obsesión de ver sentada en el banquillo a la persona jurídica») puede resultar en ocasiones perturbadora para el proceso penal, olvidando que lo realmente trascendente es que la misma pueda defenderse, para lo cual basta con su personación con abogado y procurador. *Vid.* DEL MORAL GARCÍA, A., «Peculiaridades del proceso penal con personas jurídicas acusadas», en VV. AA. (Ignacio Serrano Butragueño y Antonio del Moral, coords.), *El juicio oral en el proceso penal. Especial referencia al procedimiento abreviado*, 2.ª ed. Comares, Grabada, 2010, p. 730.

(440) Dispone dicho art. 786 bis 1: «Cuando el acusado sea una persona jurídica, ésta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados. Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio. No se podrá designar a estos efectos a quien haya de declarar como testigo».

tante no es tanto si hay o no domicilio conocido, cuanto si se ha podido o no citar a la persona jurídica.

Producida pues la frustrada citación para la primera comparecencia ante la autoridad judicial, la requisitoria se libraré a los únicos efectos previstos en el núm. 2 del artículo 839 bis, esto es, *informarle* del delito que se le imputa y *requerirle* para que en un determinado plazo comparezca con procurador y abogado. Entendemos igualmente que el precepto es deficitario de un contenido esencial de cualquier requisitoria y que no es otro que el necesario *apercibimiento* a la persona jurídica requisitoria de que, en caso de no comparecer en el plazo indicado, se le declarará rebelde con los efectos previstos en la ley, por analogía con lo dispuesto en el artículo 837.2.^a *in fine*. El limitado contenido de la requisitoria dirigida contra una persona jurídica es lógico, si tenemos en cuenta que contra la misma no cabe acordar medidas cautelares personales de privación de libertad, por lo que, a diferencia de la requisitoria de las personas físicas, nunca se acordará la detención de nadie, siendo así que gráficamente podemos decir que la misma se limita a la *busca, pero no a la captura*, de la persona jurídica.

Y también en cuanto al modo de publicar la requisitoria, el artículo 839 bis, en su núm. 3, lo restringe a la publicación «en el Boletín Oficial del Estado y, en su caso, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado». Obsérvese que aquí se produce una inversión con respecto a lo que dijimos para la publicación de las requisitorias de las personas físicas, pues la publicación edictal, denostada al olvido en aquéllas, se convierte en el único medio de publicación de las requisitorias dictadas contra personas jurídicas, debiendo no obstante tenerse en cuenta que, al objeto de compaginar la citada regulación con las conocidas reticencias que la jurisprudencia constitucional ha mostrado ante dicho medio de citación y emplazamiento en el proceso penal (si bien que, cierto y verdad, para las personas físicas)(441), no estaría de más que, en la línea interpretativa que apuntamos antes en relación al

(441) En este sentido podemos recordar cómo el Tribunal Constitucional ya en la STC 135/1997, de 21 de julio, señaló que (FJ 4.º): «el art. 24.1 C.E. exige la correcta citación de las partes a través de los actos de comunicación establecidos en la ley. La presencia en juicio hace real la posibilidad de defensa y, en tal medida, el citado precepto constitucional impide, con carácter general, una resolución judicial de fondo inaudita parte salvo en los casos de incomparecencia por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable al procesado citado personalmente (SSTC 112/1987, 151/1987, 89/1991 o 123/1991). Por dichas razones este Tribunal ha venido insistiendo desde sus primeras resoluciones en la necesidad de que los órganos judiciales realicen los actos de comunicación con las partes con sumo cuidado y respeto a las

núm. 1 del artículo 839 bis, el juez fuera especialmente cauteloso en dejar clara constancia de que la citación a la persona jurídica fue de todo punto inviable.

Las limitaciones hasta ahora señaladas en cuanto a la búsqueda por requisitorias de la persona jurídica son coherentes con el vigente sistema de representación que la misma tiene en el proceso penal, pero cambiarían radicalmente si se optase por conferir *ex lege* la citada representación, en defecto de que existiera persona física específica designada al efecto por la jurídica, a «quien ostente el máximo poder real de decisión en el órgano de gobierno o administración, o como administrador de hecho de la entidad», como preveía la Propuesta de Código Procesal Penal presentado al Ministerio de Justicia el 25 de febrero de 2013 (art. 51), siendo así que bajo este nuevo planteamiento sí que cabría la busca y captura de dicho representante (art. 51.3)(442)

normas procesales que los regulan (SSTC 57/1987, 16/1989, 110/1989, 142/1989 y 103/1994).

En el proceso penal este principio general se ve aún reforzado con exigencias adicionales, dada la intensidad y el alcance de los derechos fundamentales en juego, por lo que atendiendo a intereses constitucionalmente relevantes, nuestro ordenamiento procesal penal, en consonancia con las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa fijadas en Resolución (75) 11 de 21 de mayo, trata de asegurar la presencia del acusado en el acto del juicio oral no solo exigiendo una especial minuciosidad en su citación, para así garantizar la posibilidad de defensa, sino también estableciendo numerosas reservas a la posibilidad de una condena en ausencia.

En lo que se refiere a la legitimidad de la citación edictal para comparecer en juicio penal, y más concretamente en el juicio de faltas, el supuesto sometido a debate es en parte similar a otros ya analizados y resueltos por este Tribunal en sus SSTC 54/1985, 196/1989, 123/1991, 19/1993 o 103/1994. En ellas hemos declarado que la citación y el emplazamiento edictal son válidos constitucionalmente, pero por ser “ficciones jurídicas con un significado más simbólico que real [...] cuya recepción por el destinatario no puede ser demostrada” han de entenderse necesariamente como “un último y supletorio remedio [...] subsidiario y excepcional [...] reservado para situaciones extremas, cuando la persona buscada no pueda ser habida” –STC 29/1997, fundamento jurídico 2.º, y en el mismo sentido SSTC 97/1992 y 193/1993– habiendo de quedar sometida su práctica a condiciones rigurosas, entre las que se encuentran: a) haber agotado antes las otras modalidades de citación con más garantías –arts. 166 a 171 y 178 LECrim que prevén la citación personal con entrega de cédula, en su defecto a través de los parientes que habitaren en el domicilio o de los vecinos más próximos a éste, y en caso de domicilio desconocido orden de busca a la Policía judicial–; b) constancia formal de haberse intentado la práctica de los medios ordinarios de citación, y c) que la resolución judicial de considerar al denunciado como persona en ignorado paradero o con domicilio desconocido se funde en un criterio de razonabilidad que lleve a la convicción de la ineficacia de aquellos otros medios normales de comunicación (SSTC 234/1988, 16/1989, 196/1989, 9/1991 y 103/1994)».

(442) Art. 51.3 de la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013: «En caso de incomparecencia injustificada podrá acordarse contra quien haya de representar a la persona jurídica orden de detención para su comparecencia forzosa».

y por tanto la requisitoria sería también remitida, no solo a los citados boletines oficiales, sino también a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 52.4, párrafo 2.º).

Pero donde el artículo 839 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal presenta una mayor problemática es en su último número, cuando afirma que «Transcurrido el plazo fijado (en la requisitoria) sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, *continuando los trámites procesales hasta su conclusión*». Se plantean a este respecto las dudas de cómo interpretar dicha previsión, es decir, si con la misma se hace referencia a que los citados trámites procesales se refieren a la instrucción de la causa o si, por el contrario, lo que dice el precepto es que, declarada la rebeldía de la persona jurídica, el proceso continúa contra el mismo hasta su completa finalización, por tanto, juzgando en rebeldía a dicha persona jurídica.

El tenor literal del precepto y la ausencia de previsión alguna de que, a diferencia de lo que ocurre con las personas físicas (art. 848), el procedimiento quede suspendido en su curso y archivadas las actuaciones respecto del rebelde, amén de la «aparente» admisión del enjuiciamiento en rebeldía recogido en el apartado segundo del artículo 786 bis(443), parecen, en opinión del algunos, abonar la segunda de las antes señaladas interpretaciones, esto es, la de permitir completar todo el procedimiento penal estando declarada la rebeldía de la persona jurídica.

Sin duda alguna, esta opción hermenéutica es menos garantista para los derechos de la persona jurídica, pero cuenta a su favor con permitir evitar actuaciones obstructivas y dilatorias de la persona jurídica a la que se la imputa una responsabilidad penal, actuaciones en ocasiones tendentes a la simple búsqueda de la prescripción(444). Además, esta era la opción del prelegislador del 2011(445), el cual

(443) Y es que una interpretación restrictiva de este precepto nos debe llevar a entender que lo que en él se regula es el enjuiciamiento de la persona jurídica ausente en el juicio, no de la declarada en rebeldía, pues lo que permite aquí el enjuiciamiento es la *incomparecencia* de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación» (art. 786 bis párrafo 2.º de la LECrim), de donde se ha de entender que la persona jurídica está personada, ha designado a una persona para que la represente y ésta, pese a estar citada para el juicio, no ha comparecido.

(444) Resaltado este dato, PORTAL MANRUBIA, J., «El proceso penal contra la persona jurídica en su ausencia», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, mayo 2012, pp. 153 y ss., (esp. p. 155).

(445) Así el art. 54.4 del Anteproyecto de Nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado por el Consejo de Ministros del 27 de junio de 2011 establecía que: «Transcurrido el plazo fijado sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, continuando los trámites de la causa con el abogado y el procurador designados de oficio y entendiéndose con éstos todos los trámites procesales hasta su

mejoraba la regulación actual y la hacía más clara, pues preveía expresamente que en caso de incomparecencia del requisitoriado y declarada la rebeldía de la persona jurídica, se le nombraría de oficio abogado y procurador, siendo con ellos con los que se entenderían todos los trámites procesales hasta su conclusión (art. 54.4), previéndose la celebración del juicio oral con la simple presencia de dichos profesionales (art. 52.3). Y en la misma línea, y ya sin ambages, la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 afirmaba en su artículo 53.3 párrafo 3.º que «no se suspenderá la causa por rebeldía del encausado que no sea una persona física», apostillando en el artículo 54.2 que «cuando el encausado no sea una persona física podrá realizarse el enjuiciamiento en rebeldía en todo caso».

Los peligros de permitir el enjuiciamiento de la persona jurídica declarada rebelde sin ni siquiera haber sido ésta citada para prestar la primera declaración como imputado/investigado, en definitiva, «juzgarla sin ser oída» y sin tener la certeza que ello ha sido por causa exclusivamente voluntaria, no solo nos aleja de los referentes existentes en el Derecho comparado, que en estos casos exigen que la rebeldía tenga efectos suspensivos(446), sino que va contra los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, lo que puede llevar a que se entienda mermado el derecho de defensa, sobre todo si tenemos en cuenta que no está previsto ningún medio impugnatorio de la sentencia que, en rebeldía, pudiera dictarse contra la persona jurídica, debiendo en este sentido hacerse notar que incluso en el enjuiciamiento en ausencia (que no rebeldía) previsto en el art. 786 bis no se

conclusión». En iguales términos se pronuncia el art. 86.4 del Anteproyecto de LECrim de noviembre de 2020.

(446) En tal sentido, en Italia el Decreto Legislativo núm. 231, de 8 de junio de 2001 sobre *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*, luego de establecer un sistema obligatorio de representación y defensa de la persona jurídica (pues si ésta no comparece y nombra abogado y procurador se les provee de oficio, arts. 39 y 40), y prever la declaración de rebeldía (*contumacia*) de la persona jurídica que no comparece (art. 41), dispone en su artículo 43.4 que si no es posible la primera citación para declarar, luego de un segundo intento, se acuerda la suspensión del procedimiento. Por su parte, en Austria la *Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für mit gerichtlicher Strafe bedrohte Handlungen (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz – VbVG)*, del año 2015 (con entrada en vigor el 1 de enero de 2006) dispone en su § 23 que solo se permite el juicio en ausencia de la persona jurídica si ésta fue citada de manera efectiva (“*wirksam*”) y con el apercibimiento correspondiente (“*wenn die Ladung zur Hauptverhandlung wirksam zugestellt wurde und in der Ladung diese Rechtsfolgen angedroht wurden*”), debiendo estar representada y asistida por un abogado.

cuenta con la posibilidad de que el condenado acuda al recurso de anulación previsto en el artículo 793, pues según el tenor del mismo, ello solo es predicable respecto a los condenados en ausencia del artículo 786 apartado 1.º, segundo párrafo, es decir, a las personas físicas.

En este sentido, debemos recordar que nuestro Tribunal Supremo, ya en la pionera Sentencia de la Sala 2.^a de 2 de septiembre de 2015 nos recordaba que(447): «Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del Código penal. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que *cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal*». Sobre estos postulados la propia jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal ha continuado perfilando el estatus procesal de la persona jurídica en el proceso penal, reafirmando que el derecho a la presunción de inocencia no puede quedar al margen del mismo, señalando así en la Sentencia de 16 de marzo de 2016 que(448): «Basta con reparar en algo tan elemental como que esa responsabilidad se está exigiendo en un proceso penal, las sanciones

(447) STS 514/2015, de 2 de septiembre (FJ. 3.º). Por su parte, la STS 154/2016, de 29 de febrero, luego de volver a recordar lo dicho en la anterior, se ocupó de, entre otras cosas, subrayar la importancia del respeto de derecho de defensa de la persona jurídica en el proceso penal, en particular en lo relativo a la manera de estar representada en el juicio cuando ésta también se encuentra acusada, produciéndose así un conflicto de intereses. Sobre esta última cuestión y su relación con la privación del derecho a la última palabra, *vide* asimismo STS 583/2017, de 19 de julio, FJ 2.º).

(448) STS 221/2016, de 16 de marzo, FJ 5.º, en donde añadía: «En efecto, de hacerlo así se estaría olvidando que, sea cual fuere el criterio doctrinal mediante el que pretenda explicarse la responsabilidad de los entes colectivos, ésta no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física. La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis 1 b). Solo responde cuando se hayan “[...]incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso”. Los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos. La pregunta es obvia: ¿puede sostenerse que el desafío probatorio que asume el Fiscal no incluye la acreditación de que ese incumplimiento de los deberes de supervisión es grave? En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probato-

impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquéllas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el *ius puniendi* del Estado (...). El proceso penal es incompatible con una doble vía probatoria, aquella por la que discurre la prueba de la acción de la persona física y aquella otra por la que transita la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica. Y, desde luego, la reivindicación de un *mismo contenido material para el derecho a la presunción de inocencia, ya se proclame respecto de una persona física, ya para una persona jurídica*, no puede interpretarse como una puerta abierta al privilegio procesal de la persona colectiva. Antes al contrario, la atribución de un doble significado a lo que constituye, no ya un derecho constitucional, sino un principio estructural del proceso penal, es lo que lleva implícito el riesgo de desvirtuar uno de los pilares del enjuiciamiento penal».

Por su parte, hemos de recordar que ya la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2011 (no modificada en este sentido por la posterior 1/2016) se preocupó de subrayar la vigencia de las garantías procesales que exige el derecho de defensa, también en el caso de las personas jurídicas, afirmando que «Aun en ausencia de previsiones legales al respecto, el órgano jurisdiccional tiene el deber concreto de garantizar la plena efectividad del derecho de defensa en cada una de las instancias que componen el proceso, velando por que se dé la necesaria contradicción entre partes y posean idénticas posibilidades de alegación y prueba (SSTC núm. 112/1989, 41/1997, 102/1998, y 91/2000)». Estas garantías, que integran el «estatus procesal del imputado», incluye de manera reforzada el que «Nadie puede ser acusado sin haber sido declarado judicialmente imputado con anterioridad, de suerte que la instrucción judicial sigue asumiendo, en cualquiera de los procedimientos penales, su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso, evitando las acusaciones sorpresivas. Asimismo, según expresa el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 149/1997, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el juez de instrucción con anteriori-

rios que estime oportunos –pericial, documental, testifical– para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad».

dad a la conclusión de la investigación judicial, que no podrá clausurarse sin permitir al imputado su exculpación frente a la imputación contra él existente».

Y así se plantea la Fiscalía General que para poder garantizar el sistema de garantías antes señalado a las personas jurídicas incurso en un proceso penal cabría una doble alternativa; o bien se produce una «humanización de la persona jurídica» que habilita que sea a través del representante legal de la misma la que ejercite los citados derechos y garantías, o bien que no haría falta la citada representación, por lo que el derecho de defensa y las garantías procesales de las personas jurídicas quedarían a salvo a través del ejercicio de las funciones que respectivamente les corresponden, en su caso, al procurador y al abogado, siendo que en esta disyuntiva se proponía un sistema mixto en el que en un primer momento, la primera imputación y declaración se realizaría a través del representante legal de la persona jurídica, que como persona física no puede estar imputado en el procedimiento, y en un segundo momento «al tiempo de materializarse la imputación, la persona jurídica será informada, por medio también de su legal representante, de los hechos concretos en que se basa la imputación y del régimen de derechos que como imputada le asisten según los artículos 520.2 y 771.2.^a de la LECrim, así como de las consecuencias de su intervención voluntaria en determinadas diligencias», sin que nada obste «a que en adelante, la persona jurídica intervenga en la instrucción del procedimiento por medio de su procurador y su letrado, siendo este último quien haga llegar al proceso, –a través de la petición de diligencias, la aportación de pruebas y/o la presentación de alegaciones por escrito cuando lo considere conveniente–, los argumentos defensivos de la corporación conforme a las instrucciones del legal representante y/o las que se le hagan llegar por los cauces estatutariamente previstos por la persona jurídica a tal fin. La anterior forma de proceder garantiza el derecho de defensa y el proceso contradictorio, sin que resulte imprescindible que el legal representante esté presente en las diferentes diligencias procesales que hayan de tener lugar, sin perjuicio de lo cual, y siempre que entienda que conviene a su derecho de defensa, pueda asistir personalmente a las diligencias de investigación en la forma prevista en el artículo 302 de la LECrim».

Parece como si el legislador, de manera un tanto difusa en el artículo 839 bis y con mayor claridad en los proyectos legislativos antes señalados, haya hecho caso a aquellas posturas doctrinales que apostaban por asimilar el estatus de la persona jurídica en el proceso penal más a la del tercero responsable civil que a la del impu-

tado(449), dejándose en este sentido inspirarse por el régimen del rebelde civil citado mediante edictos que, como es bien sabido, puede ser juzgado en el proceso civil al amparo de lo dispuesto en los artículos 496 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero yendo incluso más allá, pues al rebelde civil se le reconoce la posibilidad de recuperar derechos procesales de fases precluidas (así proponer prueba en la sustanciación del recurso de apelación, ex art. 460.3 LEC) e incluso rescindir la sentencia firme dictada en la instancia contra él, obligando a repetirse el juicio, en determinados supuestos, entre los que se encuentra el desconocimiento de la existencia del proceso (art. 501 LEC), cosa que en modo alguno está prevista para la persona jurídica condenada penalmente en rebeldía, la cual, como último recurso para hacer reconocer su indefensión, solo podría intentar acudir a un incidente de nulidad de actuaciones de incierto resultado.

Así las cosas, creemos importante subrayar que estamos en un proceso penal y que en el mismo la persona jurídica imputada puede ser condenada con la imposición de unas penas entre las que figura su propia disolución (art. 33.7 del Código penal), proceso penal cuyas garantías básicas son predicables no solo de las personas enjuiciadas, sino que irradian su efectividad al conjunto de la ciudadanía(450). Así, desde estas premisas y a la luz de lo antes subrayado por la jurisprudencia y la Fiscalía, parece cuestionable que tenga encaje constitucional el que una persona, por muy jurídica que sea, pueda ser imputada, juzgada y condenada sin haber, ni siquiera, sido informada de los delitos que se le imputan, sin haber tenido oportunidad de declarar, al menos, en una primera declaración instructora y sin tener previsto expresamente ningún medio impugnatorio de la sentencia condenatoria que se le imponga. Piénsese, en este sentido, qué quedaría del andamiaje de nuestro proceso penal en el supuesto caso de que, siendo juzgada solamente la persona jurídica, por no

(449) En este sentido escribía Del Moral («Peculiaridades del proceso penal con personas jurídicas acusadas». cit., p. 725), que: «aunque por vía de principio la persona jurídica debe ser traída al proceso penal en una cualidad más asimilable a la de imputado que a la de tercero responsable civil, en todo aquello definitorio del estatus de imputado que exige o presume la individualidad física (...) habrá que abandonarse el paralelismo y encontrar los referentes en los terceros responsables civiles».

(450) Por ello nos recordara Montero Aroca (*Proceso penal y libertad...*, cit., p. 147) que «Se trata de atender, en primer lugar, a la garantía de los individuos frente al Estado, a que el proceso penal tiene que ser instrumento de libertad y no de represión, y que de las garantías propias del proceso penal se refieren desde luego al imputado, pero también a las víctimas (más técnicamente a los ofendidos y perjudicados por el delito), a todos y cada uno de los ciudadanos y a la sociedad en su conjunto».

poderlo ser la física que le transfiera la responsabilidad (algo previsto, como sabemos, en el artículo 31 ter del Código penal), el juicio y condena lo fuera en rebeldía de aquélla en los términos señalados.

V. BALANCE CONCLUSIVO

En las páginas precedentes hemos realizado un pormenorizado recorrido sobre la figura de la rebeldía penal, que tan escasa atención doctrinal ha tenido, destacando la problemática que ella presenta en nuestro actual ordenamiento jurídico, evidenciando con ello unas deficiencias que, por cierto, en modo alguno puede decirse que vengán salvadas en ninguno de los conatos que de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal han existido en nuestro país hasta el momento (incluida la de 2020).

El rebelde penal sigue siendo, en gran medida, una «situación procesal» privilegiada respecto al justiciable que se encuentra a disposición de la justicia. Una justicia que queda muy maltrecha cuando tiene que juzgar de manera reiterada y consecutiva unos mismos hechos, tantas veces como rebeldes haya encontrado. Quizás falta la percepción extrajudicial del problema, pero repárese en qué imagen se generaría (o se generará) en la opinión pública si un juicio como el llamado «del procesés», con más de treientos testigos y cuatro meses de duración, tuviera que repetirse hasta siete veces, correspondientes a la presentación o captura sucesiva de cada uno de los siete procesados declarados rebeldes. Esa imagen, esperpéntica e incomprensible para cualquier ciudadano, acontece de ordinario en nuestra práctica forense, y los jueces no encontramos en ocasiones palabras (al menos así me ha ocurrido a mí en varias ocasiones) para intentar apaciguar a un testigo que se siente indignado por no comprender cómo tiene que volver a responder a las mismas preguntas, una y otra vez, en un juicio que se repite de manera cíclica en el tiempo. La única respuesta posible, «Es la ley», no suele calmar mucho los ánimos.

Ello es así porque esta ley, es una mala e ilógica ley. Y es que, desaparecidos, como vimos, prácticamente todos los perjuicios que al rebelde le reservaba el ordenamiento jurídico, ahora parece que es la propia ley la que invita al encausado a colocarse fuera del alcance de la justicia, máxime cuando el rebelde encuentra en el propio corazón de Europa países que se prestan a su refugio, desconociendo con ello uno de los principales pilares sobre los que se forjó la Unión Europea: la mutua confianza y lealtad entre los Estados que la integran. En ocasio-

nes, uno tiene la sensación de que la ley es redactada por quienes comparten intereses con aquellos que, precisamente, no estaban avocados a cumplirla(451).

Se hace, pues, necesario reformular el «estatuto jurídico» del rebelde penal, y hacerlo de manera valiente y sin complejos(452), de tal manera que se armonicen los derechos y garantías que el proceso penal debe contemplar con relación al rebelde, con la existencia de otros derechos e intereses, también dignos de tutela, evitando así la desprotección de unos perjudicados que, en no pocas ocasiones, sufren una clara victimización secundaria. De ahí que entendamos que se ha de superar ese rígido canon procesal que exige la suspensión, a toda costa, del procedimiento del rebelde hasta que el mismo sea habido. Se pueden buscar fórmulas con las que, bien quepa la participación del letrado del rebelde en el juicio que se celebre con los coacusados que se encuentran a disposición de la justicia, por lo que la prueba en él practicada se entenderá como prueba anticipada para el juicio que en su día se pudiera celebrar con el rebelde, evitándose con ello su reiteración, o, incluso se puede plantear la viabilidad del propio enjuiciamiento del rebelde. Obsérvese al respecto que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no proscribió de manera categórica dicho enjuiciamiento, entendiéndolo que es compatible con las exigencias impuestas por el proceso debido, si el rebelde tiene cumplido conocimiento de la existencia de su proceso y enjuiciamiento, y luego tiene la posibilidad de recurrir la sentencia que contra él se dicte, pudiendo hacer valer en fase de apelación unos derechos que, lógicamente, no incluyen el de haber participado personalmente en su juicio, pues si ello no ocurrió lo fue por su propia renuente actitud.

Y para ello, la piedra angular es la exigencia de que el rebelde conozca, como hemos dicho, su encausamiento. No se trata, lógico es, de juzgar a nadie que desconoce que la justicia se dirige contra él. Pero una cosa es esto, y otra dar la espalda a obviedades. No se puede entender que el rebelde desconoce su situación procesal, cuando, por ejemplo, él mismo se defiende de la acusación en medios de comunicación, cuando se pasea por instituciones europeas quejándose de su procesamiento, o cuando se

(451) «Sensación» a veces elevada a rango de certeza. Piénsese, si no, en la Ley Orgánica 2/2005, de 22 de junio, que derogó el delito de convocatoria de referendums por autoridades carente de competencia para ello, apelando, hipócritamente, al principio de intervención mínima, cuando en realidad solo respondía a una negociación política con quienes no estaban dispuestos a cumplir la norma.

(452) El 20 de octubre de 2020, un Tribunal siciliano de Caltanissetta ha condenado *in absentia* a cadena perpetua a Matteo Messina Denaro, jefe de la «cosa nostra» responsable, luego de la muerte del capo Totto Rina, de, entre otros, los asesinatos de Falcone y Borsellino. Italia no está dispuesta a recibir lecciones sobre cómo ha de juzgar a sus mafiosos rebeldes.

persona en el proceso con un abogado de su confianza. Hay hechos que son notorios, «fatti sintomatici» los llama el Derecho italiano; unos hechos que nunca deben ir contra la lógica. Y es que la justicia tiene vendados los ojos como símbolo de imparcialidad, no de estupidez.

