

**LA AUSENCIA DEL IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL. CONSIDERACIÓN ESPECIAL
DE LA INCOMPARECENCIA (*)**

MANUEL ORTELLS RAMOS
Profesor Adjunto interino de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

*Al Profesor Fairén,
en el trigésimo aniversario
de su cátedra universitaria.*

S U M A R I O

I. LOS SUPUESTOS DE AUSENCIA. A) Los supuestos de ausencia según la doctrina española. B) Criterios para la clasificación de los supuestos de ausencia a) Criterios de carácter subjetivo. b) Criterios de carácter objetivo. C) Clasificación de los supuestos de ausencia a) *Ausencia del imputado en paradero desconocido: desaparición y rebeldía.* b) *Ausencia del imputado en paradero conocido.* a') *Con paradero conocido en territorio español: incomparecencia.* b') *Supuesto base de la solicitud de extradición.*— II. LOS SUPUESTOS DE INCOMPARECENCIA. A) Requisitos generales de los supuestos de incomparecencia a) *La citación válida.* b) *La no justificación de la incomparecencia.* a') *Requisitos de la causa justificativa.* b') *Alegación de parte o estimación de oficio del impedimento.* c') *Plazo para hacer valer el impedimento.* B) Requisitos especiales de algunos supuestos de incomparecencia a) *La citación personal para la vista del acusado, en los procesos de urgencia de competencia de los Juzgados de Instrucción.* b) *La existencia o inexistencia de suficientes elementos de juicio.* C) Consecuencias jurídicas de la incomparecencia respecto al acto procesal en que se produce: suspensión o interrupción de la vista del juicio. a) *Procesos ordinario y de urgencia de competencia de la Audiencia provincial.* b) *Proceso de urgencia de competencia de los Juzgados de Instrucción.* c) *Juicio de faltas.* D) Consecuencias jurídicas de la incomparecencia respecto a la situación personal del imputado. E) La separación de procedimientos en los casos de pluralidad de acusados. a) *Proceso ordinario y procesos de urgencia.* b) *Elementos que permiten el enjuiciamiento separado.*

(*) Publicado en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Núm. II-III, Abril-septiembre, 1978, pp. 433-492

I. LOS SUPUESTOS DE AUSENCIA

Con la expresión «ausencia del imputado»¹, se hace referencia al hecho negativo de su falta de presencia durante el proceso penal en el que es parte. Ahora bien, legalmente no existe un «supuesto de ausencia del imputado en el proceso penal», que pueda ser definido de forma tan simple.

Las normas procesales establecen o toman en consideración varios supuestos de ausencia del imputado, que se distinguen por dos clases de factores. La primera, los distintos elementos de mero hecho y jurídicos que cualifican el hecho de la falta de presencia y, como consecuencia, lo diversifican². La segunda, las consecuencias jurídicas que deben producirse cuando concurren los diversos supuestos³. Con base en estos dos tipos de factores puede sistematizarse la materia de la ausencia del imputado en el proceso penal español y determinarse, con claridad, cada uno de los supuestos normativos de ausencia⁴.

A) Los supuestos de ausencia según la doctrina española.

En las obras generales se observa una cierta tendencia a sistematizar la materia de la ausencia, pero sus resultados son muy incompletos, pues quedan limitados a establecer cierta conexión entre el tratamiento de la rebeldía y el de la extradición activa⁵.

¹ El término "imputado" se utiliza aquí en sentido amplio: no designa una de las situaciones por las que atraviesa el "sujeto pasivo" del proceso penal —así en VIADA, C., ARAGONESES, P., *Curso de Derecho procesal penal*, I, Madrid, 1974, pág. 148—, sino, globalmente, todas aquellas situaciones —en este sentido lo utiliza también SERRA DOMÍNGUEZ, M., *El imputado*, en "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona, 1969, pág. 674—.

² Con referencia, en general, a los elementos que integran la base de los supuestos normativos, CORDERO, F., *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, págs. 37-38.

³ CONSO, G., *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, págs. 7-9. Siguiendo a LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1960 (trad. Gimbernat Ordeig, E.), pág. 171, entendemos que "es recomendable..., para evitar cualquier malentendido, evitar la expresión "efecto jurídico" y hablar solo de "consecuencias jurídicas"; pues a la idea de un "efecto" se vincula inmediatamente la de una "causa productora del efecto". Es claro que el posible malentendido al que alude el autor es el de una interpretación. naturalista del fenómeno jurídico. Véase KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, 1960, (trad. Nilve, Moisés), págs. 15-50.

⁴ La utilización del concepto de supuesto normativo, que corresponde al concepto de *fattispecie*, véase CONSO, Giovanni *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, págs. 1-15, CORDERO, Franco, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, págs. 33 y ss., y bibliografía allí citada por ambos, la adoptamos por considerar que conduce a un más riguroso control metodológico, pues obliga a basarse en las normas positivas, véase MESSINA, Salvatore, *Sull'utilità della nozione di "fattispecie"*, en *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, 1954, págs. 592-593.

⁵ FENECH, M., *Derecho procesal penal*, I, Barcelona, 1952 (cuando no se cite el año de edición, se está utilizando la edición de 1960), págs. 419-427; HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal penal* (con G. ORBANEJA), Madrid, 1975, páginas 373-381; VIADA-ARAGONESES, *Curso...*, I, cit., págs. 172-178.

VIADA, que ha dedicado al tema una limitada atención monográfica⁶, distingue los supuestos de incomparecencia, desaparición -«imputado en domicilio desconocido y que no puede ser citado»-, ausencia... situación del que está en ignorado paradero, o sea, en la situación de ausencia legal... —y rebeldía «cuando consta la voluntad de eludir la acción de la justicia»-⁷. Ahora bien, cuando este autor se refiere al Derecho positivo⁸, califica en general como regulación de la *ausencia* la de los artículos 834 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento criminal, engloba bajo la denominación de «requisitos subjetivos de la declaración de rebeldía» los supuestos del artículo 835 entre los que, según la terminología por él propuesta, existen supuestos de ausencia y desaparición (art. 835-1.º) y supuestos de rebeldía (art. 835-2.º, y 3.º), y todo ello aunque reconoce implícitamente que el supuesto de rebeldía exige declaración judicial, cuyo sentido no es, precisamente, el de constatar la voluntad de eludir la acción de la justicia. Resulta aún más desconcertante su referencia al juicio de faltas⁹, pues el autor olvida en este caso los supuestos de ausencia y desaparición, y parece calificar supuestos que según su terminología serían de rebeldía como de incomparecencia.

La enumeración del profesor FAIRÉN¹⁰, no resulta clarificadora por calificar de materia de rebeldía una serie de supuestos disimiles entre sí, hasta el punto de que la concurrencia de uno excluye la de otro¹¹, como sucede con los miembros C y D de la enumeración del citado profesor —verificado el supuesto C, el D no puede, normativamente, darse, aunque sí a la inversa—.

Tampoco puede afirmarse, como lo hace HERCE QUEMADA¹², que en el procedimiento de urgencia de competencia de los Juzgados de Instrucción «se sigue el mismo sistema» que en el ordenamiento procesal penal de la Ley del automóvil —en su redacción de 24 de diciembre de 1962—. Salta a la vista la diferencia entre el artículo 29 de aquella Ley y el 791, regla 8.ª, par. 2 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, pues si en la primera la continuación del procedimiento en rebeldía (art. 29, par. 4)¹³ era posible «en caso de no haberse personado el acusado o de hallarse en el extranjero o en ignorado paradero» (art. 29, par. 2) debiendo mandarse «publicar por el medio más rápido e idóneo..., la correspondiente cédula (de citación)» (art. 29, par. 2), en la segunda solo se permite la continuación cuando, teniendo el acusado domicilio conocido, consta habersele citado *personalmente* para el juicio.

⁶ VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, *La ausencia del acusado en el proceso penal*, en RDPriberoamfilip., 1962.

⁷ VIADA, *La ausencia del acusado...*, cit., págs. 575-576.

⁸ VIADA, *La ausencia del acusado...*, cit., págs. 580-583.

⁹ VIADA, *La ausencia del acusado...*, cit., págs. 583-584.

¹⁰ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *El "encausado" en el proceso penal español*, en "Temas del Ordenamiento Procesal", II, Madrid, 1969, págs. 1.263-1.265; también en *Presente y futuro del proceso penal español*, Valencia, 1967, páginas 64-65.

¹¹ Constatación particularmente evidente en el procedimiento de urgencia de competencia del Juzgado de Instrucción: contrástense art. 791, regla 7.ª, párrafo 1.º y el mismo artículo regla 8.ª, párrafo 2.º.

¹² HERCE QUEMADA, Vicente (Con GÓMEZ ORBANEJA, Emilio), *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1975, pág. 374.

¹³ Denominación que no compartimos porque esta continuación del procedimiento, no estaba precedida por las actuaciones del artículo 834 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

Y tampoco es más afortunada la afirmación de GÓMEZ ORBANEJA quien, para fundamentar la necesidad de la presencia del acusado en el acto del juicio oral, dice: «nuestro derecho, para el proceso penal común, no admite el juicio en rebeldía»¹⁴. Y no es que tal proposición sea falsa, sino que no es congruente con lo que el autor pretende demostrar, pues lo que hubiera debido indicar es que el juicio oral no puede celebrarse si el acusado no comparece, débase esta incomparecencia a su rebeldía --en el sentido de los artículos 834 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento criminal-- o trátase de la incomparecencia de un acusado que, por no haber actuado los supuestos del artículo 835 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, ni debe ser llamado y buscado por requisitoria ni, por tanto, declarado rebelde.

Estas referencias ponen de manifiesto, a mi modo de ver, que en el tema de la ausencia existe, en primer lugar, una cierta confusión terminológica, consistente en designar con el término de «rebeldía» supuestos de ausencia muy diversos. En segundo lugar, y en cierto modo como consecuencia de lo anterior, los supuestos de ausencia distintos; de la rebeldía propiamente dicha, o no son considerados por la doctrina o son calificados de «especialidades» respecto al régimen común de la rebeldía. En esta contribución al estudio de la ausencia pretendemos superar el enfoque parcial que, hasta ahora, se ha venido haciendo de la misma -centrando toda la atención en la rebeldía y en artículos muy determinados de la Ley de Enjuiciamiento criminal-, delimitar cada uno de los supuestos que la Ley de Enjuiciamiento criminal contiene y estudiar, en particular, uno de ellos -la incomparecencia-.

B) Criterios para la clasificación de los supuestos de ausencia.

Para clasificar los supuestos de ausencia puede atenderse, alternativamente, a dos clases de criterios. Los criterios de carácter subjetivo conducen a distinguir los supuestos de ausencia, según ésta sea una conducta voluntaria o involuntaria del sujeto que incurre en ella. La adopción de criterios de carácter objetivo supone atender, fundamentalmente, a los elementos de la situación en la que se ha plasmado la ausencia del imputado, prescindiendo de si aquella situación es debida o no a su voluntad.

a) Criterios de carácter subjetivo.

Indica el profesor FAIRÉN que «procede distinguir —...— entre el 'ausente', que no conoce ni siquiera la existencia de un proceso contra él, y el 'contumaz' o verdadero rebelde, que conoce el proceso y sus posibles consecuencias desfavorables, pero que desobedece las intimaciones judiciales de comparecer», y califica, después, de «rebeldía propia» a la ausencia voluntaria¹⁵.

También VIADA sitúa el criterio de la voluntariedad en la base de las clasificaciones de los supuestos de ausencia¹⁶.

¹⁴ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio (con HERCE QUEMADA), *Derecho...*, cit., página 237.

¹⁵ FAIRÉN, El "encausado"..., en "Temas...", II, cit., pág. 1.263.

¹⁶ VIADA, *La ausencia...*, cit., págs. 575-576.

A mi modo de ver, hay que distinguir dos planos en el estudio de la ausencia del imputado en el proceso penal, para determinar la utilidad de la adopción del criterio subjetivo: el análisis de los supuestos de ausencia regulados por la ley ordinaria y el enjuiciamiento de estas regulaciones a la luz del principio «nadie puede ser condenado sin ser oído», recogido en el artículo 19 del F. E.^{16 bis}.

En el primer plano, el criterio subjetivo como básico para la distinción y clasificación de los supuestos de ausencia, conduce a resultados inseguros y distorsionantes. Inseguros, en cuanto no es posible determinar en varios supuestos de ausencia, si ésta es expresión o no de una conducta voluntaria, salvo que esta apreciación pretenda fundarse en presunciones que, en muchos casos, están alejadas de la realidad¹⁷. Distorsionantes, porque conduce a quebrar la unidad de supuestos de ausencia que reciben, legalmente, el mismo tratamiento: en el artículo 835 hay casos de -ausencia voluntaria (números 2.º y 3.º) y casos en que puede ser voluntaria o involuntaria (número 1.º); no obstante, las consecuencias jurídicas de todos ellos, antes y después de declarada la rebeldía, son idénticas.

Aún no admitiéndolo como criterio clasificatorio, advertimos que el criterio subjetivo es importante para la interpretación teleológica de algunas normas sobre la ausencia.

En el plano del estudio de la constitucionalidad de las normas reguladoras de la ausencia, el criterio subjetivo es determinante. La norma constitucional reconoce y protege el derecho de autodefensa, de audiencia en la terminología del F. E.¹⁸. Ese derecho, aun siendo irrenunciable, es libremente ejercitable¹⁹. La voluntad de no ejercitar el derecho de autodefensa, puede manifestarse de forma expresa -acusado que se niega a declarar o a hacer uso del derecho a la «última palabra»- o de forma tácita, a través de la voluntaria ausencia en el acto en el cual aquel derecho podía ejercitarse. El

^{16 bis} Al corregir pruebas, ya contamos con el texto del proyecto de Constitución aprobado por el Congreso (B. O. de las Cortes, núm. 135, de 24 de Julio de 1978). su artículo 24-2 reconoce el derecho "a la defensa y a la asistencia de letrado". La dualidad de defensa y asistencia letrada, corresponde con la de audiencia y defensa del artículo 19 del F. E.

¹⁷ El supuesto del artículo 791, 8.ª, 2, no se caracteriza porque la ausencia sea voluntaria, aunque, dados los requisitos de la norma, pueda presumirse con bastante probabilidad que lo es. La determinación de la voluntariedad o no en el caso del n.º 1.º del artículo 835, debería conducir, a un análisis particularizado de cada caso concreto, que la norma no exige. El componente voluntario del supuesto de rebeldía y del de incomparecencia a juicio verbal de "faltas previa citación por edictos, debería igualmente apreciarse mediante presunciones, relativas a la efectividad del llamamiento por requisitorias o por edictos para producir, en el caso concreto, el conocimiento del destinatario.

¹⁸ Por autodefensa se entiende aquella actividad que realiza en el proceso personalmente el imputado, para desvirtuar la imputación y posterior acusación que se dirige contra él; sobre ella véase, FOSCHINI, G., *L'autodifesa dell'imputato*, en "L'imputato", Milano, 1956, págs. 25-45; FAIRÉN, V., *El "encausado"...* en "Temas ...", II, pág. 1.256; SERRA, M., *El imputado*, en "Estudios cit. págs. 695-698; MUÑOZ ROJAS, T., *El imputado en el proceso penal*, Pamplona, 1958, págs. 65-66; GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI F., *Aspectos del derecho de defensa en el proceso penal*, en RDPriberoam, 1973, pág. 772. Sobre el sentido de los términos "audiencia, y "defensa" en el artículo 19 del F. E., véase MARAVALL, J. A., *El proceso judicial penal como garantía política*, en "Información jurídica", 1947, n.º 49, págs. 11-12; MONTERO, J., *La ausencia del imputado en el proceso penal*, en RDPriberoam., 1977, págs. 587-589, según el cual defensa significa defensa técnica y audiencia, autodefensa.

¹⁹ PANSINI, G., *La contumacia nel diritto processuale penale*, Napoli, 1963, páginas 48-49; CARULLI, N., *La difesa dell'imputato*, Napoli, 1974, págs. 71-72.

problema de la validez constitucional de la norma que no establezca la suspensión del juicio oral por la ausencia del acusado, queda centrado en sí, dada la modalidad de citación —susceptible de producir conocimiento del acusado sobre la realización del juicio— y la inexistencia de impedimentos— que no obstaculicen la determinación libre de la conducta—, la ausencia puede considerarse como una conducta voluntaria²⁰. No es, pues, correcto desdeñar, como por algunos se ha pretendido²¹, la valoración del componente voluntario de las conductas de ausencia, aunque la sistemática de los supuestos recogidos en la ley ordinaria no pueda basarse sobre aquélla.

b) Criterios de carácter objetivo.

La Ley de Enjuiciamiento criminal se ocupa de la ausencia del imputado en varios artículos²². La construcción de los supuestos normativos de ausencia se ha de realizar mediante una interpretación de los mismos. El resultado de una primera aproximación a dichos preceptos es que las normas procesales penales establecen supuestos de ausencia muy diferentes entre sí. Inmediatamente se descubre, por ejemplo, que aun siendo igualmente ausente el procesado que carece de paradero conocido y el que reside en territorio extranjero, existe entre ambos supuestos el hecho diferencial del desconocimiento, en un caso, y en el otro no, del paradero del procesado; consecuentemente la Ley de Enjuiciamiento criminal vincula consecuencias distintas a los supuestos distintos: mientras, en el primer caso, dispone su llamamiento y busca por requisitoria (art. 835 y concordantes), en el segundo, ordena al órgano jurisdiccional que pida su extradición (art. 829 y concordantes).

Los artículos 569, par. 2 y 585 se refieren a dos supuestos también distintos de ausencia. El primer dato a apuntar —diferencial respecto a los supuestos anteriores— es que la ausencia se toma, ahora, en consideración cuando afecta a un acto procesal concreto, la entrada y registro en lugar cerrado y la apertura y registro de correspondencia, respectivamente. La Ley de Enjuiciamiento criminal distingue los dos supuestos en ambos casos: las actuaciones que prescribe podrán realizarse tanto si el procesado está en rebeldía (art. 585) o no ha sido habido (art. 569, par. 2), como si, citado al efecto, no quisiera concurrir al acto (art. 569, par. 2) o presenciarlo (art. 585). Los supuestos son estructuralmente distintos, pues si en el primer caso se desconoce el paradero del procesado, en el segundo únicamente se constata la no presencia del procesado en el acto concreto. Y si en estos preceptos a estos supuestos distintos se vinculan las mismas consecuencias, no siempre es así: el artículo 587 distingue

²⁰ PANSINI, *La contumacia...*, cit., págs. 52, 240-242; TORRACA, S., *Appunti in tema di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 501, 2.º comma, c. p. p. e sospensione del dibattimento per impedimento sopravvenuto*, en Arch. pen., vol. XXVII, part. II, pág. 168; CHIAVARIO, M., *Rapporti tra valutazione della prova dell'impedimento a comparire e diritto di difesa del contumace*, en Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1963, pág. 86.

²¹ AMODIO, E., *Sul c. d. principio di cristallizzazione dell'acusa nel procedimento contumaciale*, en Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1965, págs. 623-625; SABATINI, G., *Latitanza e irreperibilità*, en Giust. Pen., 1956-III, col. 200.

²² Se refieren a la ausencia los artículos 132, 160, 174, 175, 176, 178, 255, 256, 333, 336, 487, 488, 490-6.º, y 7.º, 504, 512, 534, 535, 569, par. 2, 585, 587, 664, par. 2, 687, 746-5.º, 785-8.ª h, 791-7ª pars. 1 y 2, 791-8.ª par. 2, 792-5.ª, 801, 824 y siguientes; 834 y siguientes, 850-2.º, 814, 971, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento criminal; disposición adicional 2.ª, de la Ley de 8 de abril de 1967; art. 9 del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

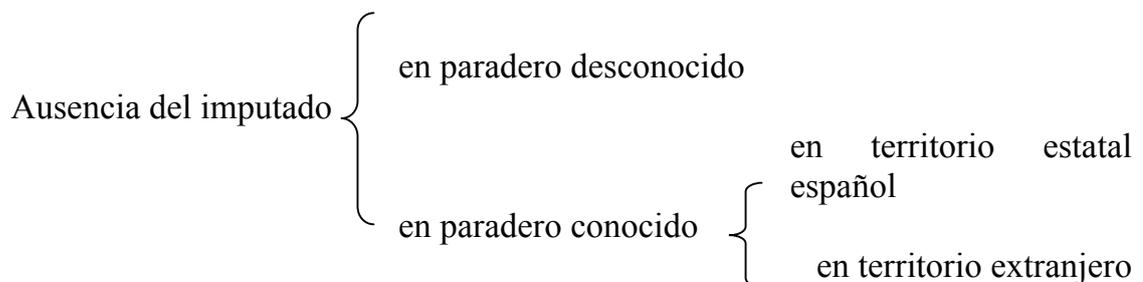
claramente las consecuencias de uno y otro supuesto, pues mientras sí concurre el segundo supuesto la correspondencia que no sea de interés puede devolverse al procesado, y así lo dispone el par. 1 del artículo 587, a la presencia del primero tal entrega no es posible, por lo que el artículo 587, pars. 2 y 3 dispone medidas especiales.

Otra base normativa para la diversificación de los supuestos quizás de mayor interés que la anterior, la ofrece el artículo 791, regla 7.a. Esta vez con referencia a una fase del procedimiento, la del juicio oral, la Ley de Enjuiciamiento criminal distingue: «... si el acusado no tuviera domicilio conocido o se hallare en ignorado paradero...» se le llamará y buscará por requisitoria y, en su caso, se le declarará rebelde (art. 791-7.^a, par. 1), pero «Si los designados como acusados... tuvieren domicilio conocido...», si no comparecen se les nombran abogado y procurador de oficio y puede ordenarse su detención. Puede observarse aquí no sólo la diferencia de ambos supuestos sino también que la reacción del ordenamiento es adecuada y proporcionada a la particular estructura de cada supuesto.

Estos artículos revelan que, al regularse los supuestos de ausencia, se atiende a las características objetivas de la situación de ausencia, fundamentalmente al factor de ser o no conocido el paradero del imputado. Y, siendo ello así, el criterio objetivo se muestra como el más idóneo para determinar y sistematizar los supuestos de ausencia que la ley recoge.

C) Clasificación de los supuestos de ausencia.

Aceptando el criterio objetivo, los supuestos de ausencia pueden clasificarse del modo siguiente:



Desarrollaremos someramente esta clasificación, determinando los supuestos de ausencia que se incluyen en cada uno de sus apartados.

a) Ausencia del imputado en paradero desconocido: desaparición y rebeldía.

Un primer acercamiento interpretativo a los supuestos del artículo 835 nos revela que dicho artículo contempla la ausencia del procesado en ignorado paradero. Es evidente dicha constatación en el número 1.º del artículo que ordena el llamamiento y busca por requisitoria del que no *tuviera domicilio conocido* y del que, teniéndole, se hubiera ausentado de él *ignorándose su paradero*.

La cuestión no resulta tan clara respecto a los dos números restantes, porque siempre cabe la posibilidad —sobre todo, y yo diría que únicamente, en el caso del número 3.º— de que, a pesar de haber realizado el procesado las acciones descritas por la norma, su paradero sea conocido por el órgano jurisdiccional. A mi modo de ver, frente a las conclusiones de la interpretación literal de estos preceptos, deben prevalecer los resultados de la interpretación sistemática de los mismos. Entiendo que la infracción de las obligaciones impuestas en el auto de libertad provisional está considerada en dos supuestos normativos. El del artículo 835-3.º cuya consecuencia jurídica es el llamamiento y busca por requisitoria. El otro supuesto, configurado por el artículo 539 en relación con el 504, implica que la no comparecencia del procesado en libertad provisional tiene como consecuencia jurídica 'la reforma del auto de libertad provisional, decretándose la prisión del procesado. Estos supuestos normativos entran en juego de modo sucesivo cuando se produce la incomparecencia del procesado, en el sentido de que, en primer lugar, debe decretarse la prisión y, si en la ejecución del mandato «el presunto reo no fuera *habido en su domicilio y se ignorase su paradero*» (art. 512), deben expedirse requisitorias para su llamamiento y busca (art. 512).

A estas situaciones de ausencia del procesado en ignorado paradero, cuya consecuencia es el llamamiento y busca por requisitorias, las denominamos supuesto normativo de desaparición²³. Sin abordar el estudio del mismo, nos interesa destacar su carácter de supuesto de ausencia autónomo. Los artículos 834 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento criminal Pueden, a primera vista, inducir a pensar que las situaciones del artículo 835 solo son presupuestos de un procedimiento orientado a declarar la rebeldía, uno de cuyos actos sería el llamamiento y busca por requisitoria²⁴. No es aceptable esa opinión porque, precisamente como resultado de una de las consecuencias del supuesto de desaparición —el llamamiento y busca por requisitorias—, la rebeldía puede no llegar a declararse. Es necesaria, además, la distinción entre desaparición y rebeldía, para precisar desde qué momento deben realizarse las consecuencias jurídicas de la rebeldía con respecto al proceso y para determinar las consecuencias de la desaparición que, salvo el llamamiento y busca por requisitorias, no se establecen de modo explícito en la Ley de Enjuiciamiento criminal²⁵.

El segundo supuesto normativo genéricamente encuadrable en la ausencia del imputado en ignorado paradero, pero suficientemente especificado, es la rebeldía del procesado. Este supuesto puede definirse así: el procesado que no comparece o es habido en el plazo fijado en la requisitoria debe ser declarado rebelde con las consecuencias jurídicas previstas por la ley.

La distinta estructura de este supuesto aparece por dos tipos de razones. En primer lugar es más compleja que la del supuesto anterior, dado que incluye su

²³ El verbo desaparecer es utilizado en el artículo 945 del Código de Justicia Militar, para designar la acción del procesado que incurrió en los casos del artículo 938 del mismo Código y aun no ha sido declarado rebelde.

²⁴ Así para VIADA-ARAGONESES, *Curso...*, cit., I, pág. 175; y VIADA, *La ausencia...*, cit., pág. 581, el artículo 834 contiene los requisitos subjetivos para la declaración de rebeldía.

²⁵ La distinción entre desaparición y rebeldía adquiriría un valor fundamental respecto a la Ley de 2 de diciembre de 1963 (art. 9, 1, b), pues la continuación del proceso dependía de la declaración de rebeldía, no del mero hecho de la ausencia en ignorado paradero.

consecuencia jurídica (llamamiento y busca por requisitoria) y un hecho jurídico adicional (que el procesado no comparezca o no sea habido)²⁶. En segundo lugar es necesaria una declaración judicial (la declaración de rebeldía) para que las consecuencias jurídicas deban producirse²⁷.

La regulación de los supuestos de ausencia en ignorado paradero —desaparición y rebeldía—, contenida en los artículos 834 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento criminal, tiene carácter común a todos los procesos por delitos, que carecen de especialidades notables en este punto²⁸. La colocación sistemática, de estos preceptos en la Ley de Enjuiciamiento criminal de 1872 y en la Compilación de 1879²⁹, reflejaba su carácter común mejor que el lugar que ocupan en la sistemática de la Ley de Enjuiciamiento criminal vigente. La general aplicación a todos los procesos por delitos de los artículos 834 y siguientes, se demuestra además por la expresa o tácita remisión que efectúan a los mismos, diversos artículos reguladores de los procesos de urgencia, concretamente los artículos 784, par. 3, 4.^a, 785, 8.^a, h, par. 2, 791, 7.^a, par. 1. Si esto es así, la disposición del artículo 791, 8.^a, par. 2 no puede considerarse, como se ha hecho por la mayoría de los autores³⁰, como una especialidad en la regulación de la rebeldía. Una verdadera especialidad en tema de rebeldía, contenían los artículos 9, 1, b y 10 de la Ley de 2 de diciembre de 1963, actualmente derogada por Real Decreto-Ley 2/1977, de 4 de enero. La creación de la Audiencia Nacional y de los Juzgados centrales de instrucción por Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero, no introduce modificaciones en este punto, pues, según el artículo 4-1 del citado Real Decreto-Ley, estos nuevos órganos actúan «sin especialidad alguna en cuanto al procedimiento que en cada caso corresponda».

Los artículos 834 y siguientes no son de aplicación al procedimiento por faltas. En primer lugar, las referencias de aquellos artículos al procesado, al delito, al sumario y al juicio oral revelan que no están destinados a aplicarse al proceso por faltas. En segundo lugar, las consecuencias de la ausencia del acusado respecto al proceso, son distintas en el juicio de faltas (arts. 971 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y 9 del Decreto de 21 de noviembre de 1952) y en los procesos por delito (art. 841 de la Ley de Enjuiciamiento criminal). En tercer lugar, y ésta es la razón fundamental, el acusado de una falta puede ser citado por edictos a juicio verbal, como se deduce del artículo 971 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, y ello demuestra que su ausencia en paradero desconocido no da lugar a su llamamiento y busca por requisitorias.

Existe pues, en el proceso por faltas, el supuesto de desaparición, aunque tiene consecuencias distintas al que puede verificarse en los procesos por delitos. Incluso

²⁶ Sobre la categoría de la *fattispecie complessa*, véase CONSO, *I fatti giuridici...*, cit., págs. 115-116.

²⁷ Véase FENECH, *Derecho...*, I, cit., pág. 343; HERCE QUEMADA, *Derecho...* (Con GÓMEZ ORBANEJA), cit., pág. 374; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *El imputado*, en "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona, 1969, pág. 690.

²⁸ La única especialidad, de carácter no esencial, tiene lugar en los procesos de urgencia y se refiere a la comunicación y publicación de las requisitorias (art. 784, par. 3, regla 4.^a).

²⁹ En la Ley de Enjuiciamiento criminal de 1872 se incluían en el capítulo IX del título preliminar referido a las "Disposiciones generales"; en 1,1 Compilación General, integraban el capítulo VIII del título II ("Disposiciones generales relativas al Enjuiciamiento criminal").

³⁰ FAIRÉN, *El "encausado"...*, en "Temas...", II, cit., págs. 1.263-1.264; VIADA-ARAGONESES, *Curso...*, I, cit., pág. 178; HERCE, *Derecho...*, (con G. ORBANEJA), pág. 374.

habría que precisar que, aun siendo el supuesto de desaparición, por concurrir la característica del desconocimiento del paradero, solo adquiere relevancia como supuesto de ausencia cuando el imputado desaparecido no comparece en el juicio verbal; de ahí que, formalmente, pueda hablarse de incomparecencia. El supuesto de rebeldía está, en todo caso, excluido en el proceso por faltas³¹.

b) Ausencia del imputado en paradero conocido.

La situación de ausencia en paradero conocido puede dar lugar a dos supuestos de ausencia distintos, según el imputado tenga su paradero en territorio nacional o lo tenga en territorio extranjero.

a') Con paradero conocido en territorio español: incomparecencia.

Los supuestos normativos de este grupo muestran, en su estructura, una característica necesaria: se trata, en todo caso, de una ausencia puesta en relación con actos o conjuntos de actos procesales concretos, en los que el imputado puede o debe o es necesario que intervenga.

Debemos, ahora, referirnos a la distinción efectuada por MANZINI y, posteriormente, por FENECH. Entiende el autor italiano³² que «la presencia del imputado en el proceso puede ser real o ficticia (jurídica)». Esta llamada «presencia jurídica» comprendería tanto el supuesto de que el imputado estuviera a disposición del órgano jurisdiccional sin que alguna norma requiriera su asistencia a algún acto procesal³³, como los supuestos de ficción de presencia -en los que el estar o no a disposición del Juez o Tribunal, pasa a segundo plano-³⁴.

FENECH³⁵ aclara que por presencia real debe entenderse la asistencia de una persona física a un acto procesal. Estima que, en el ámbito de nuestro Derecho, para considerar presente al imputado durante todo el proceso, basta con su presencia jurídica -en situación de detención, prisión o libertad provisional-, excepto para el debate oral del por él llamado «proceso decisorio» en el que el acusado ha de estar realmente presente.

Importa efectuar dos precisiones respecto a la opinión de FENECH. En primer lugar, indica este autor que la presencia real es necesaria en el acto del debate oral³⁶, lo que, sin duda, es cierto, pero ello no debe llevar a concluir que la presencia real no ha sido dispuesta por la Ley en otros actos procesales, como, por ejemplo, en la apertura y registro de correspondencia (art. 587. par. 1), en la prueba pericial practicada en el sumario (art. 476) y en la testifical anticipada (art. 448). En segundo lugar, no solamente basta la llamada «presencia jurídica» para todos los actos del procedimiento -con excepción del debate oral-³⁷, sino que, más propiamente, ni siquiera se requiere tal modalidad de presencia, como se deduce, en general, de los artículos 840 y 845 de

³¹ No estando regulado el supuesto de desaparición como en los procesos por delitos no puede declararse la rebeldía por no concurrir los presupuestos de esa declaración.

³² MANZINI, VICENZO, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, II, Buenos Aires, 1951 (trad. Sentís Melendo, S. y Ayerra Redín, M.), pág. 392.

³³ MANZINI, *Tratado...*, II, pág. cit.

³⁴ MANZINI, *Tratado...*, II, págs. 392-393.

³⁵ FENECH, *Derecho...*, I, pág. 341.

³⁶ FENECH, *Derecho...*, I, cit., pág. 341.

³⁷ FENECH, *Derecho...*, I, cit., pág. cit.

la Ley de Enjuiciamiento criminal, y de algunas disposiciones específicas de la misma Ley (arts. 585, 587, par. 2).

Teniendo en cuenta las anteriores correcciones, la distinción doctrinal resulta de interés en un doble sentido: cuando no exista la llamada presencia jurídica nos encontraremos ante el supuesto normativo de ausencia en ignorado paradero; la concurrencia del hecho de que el imputado este a disposición del órgano jurisdiccional con su falta de presencia en un acto procesal concreto, determinará el supuesto normativo de incomparecencia.

El término que puede adoptarse para denominar la falta de presencia real en un acto procesal concreto, es el de incomparecencia³⁸.

El supuesto normativo de incomparecencia ofrece una extraordinaria diversificación. Podemos formular una distinción inicial entre incomparecencia a los actos procesales distintos de la vista del juicio oral e incomparecencia en la vista del juicio oral. El último supuesto se diversifica, a su vez, en tres:

1) Incomparecencia a la vista del juicio oral del proceso ordinario y del de urgencia de competencia de la Audiencia Provincial. Este supuesto carece en la Ley de Enjuiciamiento criminal de una regulación específica y particularizada. No obstante puede adelantarse que la regulación que se determine como aplicable afectará a los dos procesos enunciados, dado que, contra lo que sucede en el procedimiento de urgencia de competencia del Juzgado de Instrucción y en el procedimiento por faltas, no existe en ninguno de ellos una norma susceptible de modificar una posible regulación general.

2) Incomparecencia a la vista del juicio oral del procedimiento de urgencia de competencia de los Juzgados de Instrucción, cuyos requisitos y consecuencias jurídicas se determinan en el artículo 791, regla 8. a, par. 2 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

3) Incomparecencia al juicio verbal del procedimiento por faltas, con dos supuestos distintos según el acusado resida o no en la circunscripción del juzgado competente, regulados en los artículos 970, 971 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y, con mayor claridad, en los artículos 5, 8 y 9 del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

Particular interés reviste un supuesto especial de ausencia en paradero conocido: la incomparecencia del imputado, protegido por el principio de especialidad de la extradición³⁹, en actos del proceso por delito distinto al que motivó la

³⁸ Para participar en un acto procesal concreto, al imputado se le cita o emplaza para que concurra (art. 175, par. 2, números 4.º y 5.º) o comparezca (art. 175, par. 3 y art. 176), cuando no lo hace no debe hablarse de ausencia o rebeldía, sino, propiamente, de incomparecencia.

³⁹ Véase QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, II, Madrid 1957. Según este autor, ob. cit., pág. 202, el principio de legalidad extraditacional se desenvuelve en varios principios, uno de los cuales es el de especialidad, que se formula, ob. cit., pág. 183, como que "el extraditado no podrá ser perseguido ni juzgado por otra infracción que no sea la que motivara la entrega".

extradición. Según IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, la posición del imputado protegido por el principio de especialidad, respecto a aquel proceso, debe quedar fijada por su declaración en rebeldía con su consecuencia de suspensión del proceso⁴⁰. La tesis de IBÁÑEZ no es aceptable por tres razones. La primera, que la situación de este imputado no es de ausencia en ignorado paradero, dado se encuentra a disposición del órgano jurisdiccional en el proceso por el delito que motivó la extradición. La segunda, que el llamamiento y busca por requisitorias, necesariamente previo a la declaración en rebeldía, puede impedir que el imputado abandone el país, una vez extinguida la pena o pronunciada absolución o declaración similar con relación al delito que dio lugar a la extradición. La tercera, y más importante, que el principio de especialidad no sólo supone la exclusión de la posibilidad de juzgar por delito distinto al que motivó la extradición y anterior a la demanda de la misma, sino que impide que se dirija, contra el protegido por dicho principio, un proceso penal, concretando subjetivamente en esa persona la instrucción -mediante el procesamiento- y el juicio oral -mediante la acusación-. Los términos utilizados en los tratados suscritos por España⁴¹ y en otros textos internacionales en materia de extradición⁴², confieren aquel alcance al principio de especialidad. En esta línea, la Fiscalía del Tribunal Supremo tiene ordenado a los funcionarios del Ministerio Fiscal que se abstengan de ejercitar la acción contra el sujeto pasivo de la extradición, por delito distinto al que motivó ésta⁴³. Partiendo de estas consideraciones sobre la virtualidad del principio de especialidad, hay que concluir que, la persona protegida por el mismo, no puede incurrir en ningún supuesto, de ausencia en el proceso por el delito que no motivó la extradición, dado que no puede ser imputado en ese proceso.

b') Supuesto base de la solicitud de extradición.

No pretendemos entrar a fondo en el tema de la extradición activa sino solo distinguir, con claridad, este supuesto normativo de ausencia⁴⁴. La residencia o el

El principio se recoge en el artículo 14 de la *Convention européenne d'extradition*, firmada en París el 13 de diciembre de 1957. Sobre el mismo puede verse la obra *Aspects juridiques de l'extradition entre Etatseuropéens*, Conseil mental de la *Convention européenne d'extradition*, págs. 41-42, SCHULTZ, Hans, de l'Europe, 1970, especialmente, dentro de esta obra, DUK, W., *Principes fondamentales. Les principes de droit d'extradition traditionnel*, págs. 20-21, y BENGT KARLE, M., *Quelques problèmes relatifs à l'application de la Convention européenne d'extradition*, págs. 66-67.

⁴⁰ IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, Miguel, *Curso de Derecho procesal penal*, Madrid, 1969, pág. 206.

⁴¹ "...no podrá ser encausado..." (art. 4.º Tratado con la Gran Bretaña); "...no podrán ser procesados..." (art. 9, Convenio con Portugal); "... no podrá ser juzgado..." (art. XXIII, Tratado con Venezuela); "... no podrá ser procesado ni juzgado..." (art. VI, Tratado con Grecia); "... no podrá ser... perseguido o condenado..." (art. 3, par. 3, Convenio con Italia); "... no podrá ser perseguido ni Juzgado ... " (art. VIII, par. 2, Convenio con Suiza).

⁴² Así el artículo 14 de la *Convention européenne d'extradition* de 13 de diciembre de 1957 -su texto puede hallarse en *Conventions et accords européens*, I, (1949-1961) Strasbourg, 1971, págs. 174-186 —dice en su número 1: "L'individu qui aura été livré ne sera ni poursuivi, ni jugé, ni détenu en vue de l'exécution d'une peine..."

⁴³ Consulta Fiscal de 16 de diciembre de 1910, citada por QUINTANO, *Tratado de Derecho penal*, II, cit., pág. 183.

⁴⁴ Sobre la extradición, en general, véase GELSI BIDART, Adolfo, *La extradición como instituto procesal*, en R. Arg. D. Pr., 1970, págs. 348 y ss.; SILVA MELERO, Valentín, *Extradición*, en NEJES, IX, Barcelona, 1958, TORRES CAMPOS, *L'extradition en Espagne*, en "Revue de Droit

paradero del procesado en territorio extranjero se distingue del supuesto de ausencia en ignorado paradero en que conociéndose, en el primer caso, el paradero del procesado, no es necesario acudir al procedimiento de llamamiento y busca, que es en esencia, una orden general e indiscriminada de busca y captura del desaparecido, bastando dirigir una concreta demanda de entrega al Estado en cuyo territorio el procesado se encuentra. Ahora bien, entiendo que no siempre debe considerarse con tanta simplicidad el supuesto normativo de ausencia con paradero conocido en territorio extranjero: junto al caso de que se conozcan todos los datos de la residencia del procesado, puede existir el supuesto de que aquellos sean desconocidos, aunque se tenga plena seguridad de que el procesado se encuentra en un territorio de Estado extranjero determinado⁴⁵. En el último supuesto debe igualmente solicitarse la extradición y no expedirse requisitorias de llamamiento y busca, pues el ámbito espacial en el que estas actuaciones deben dar lugar a sus consecuencias jurídicas, coincide con el de vigencia de la ley procesal pena, es decir, con el territorio soberano del Estado⁴⁶. Consecuentemente cuando la actividad de busca se ha de desarrollar *ex necesse* en territorio extranjero, se ha de recurrir a la demanda de extradición como medio para superar, mediante el auxilio prestado por el Estado requerido, la limitación del ámbito territorial de aplicación de la norma procesal⁴⁷.

La distinción del supuesto de este apartado con el de ausencia con paradero conocido en territorio estatal radica en que, en el primer supuesto, es necesario atraer al imputado al ámbito territorial de vigencia de la ley procesal penal del Estado requirente, lo que se consigue mediante la extradición⁴⁸.

International Privé", XXX (1903), páginas 533 y ss.; PECORELLA, G., *I presupposti della estradizione. Aspetti sostanziali e processuali* en "Rivista di Diritto Matrimoniale", 1968, págs. 352 y ss.; CASTORKIS, M. D. E., *Un traité-type d'extradition. L'arrestation provisoire*, en "Revue de Droit International Privé", 1928, págs. 67 y ss.; y bibliografía citada en este apartado.

⁴⁵ Los tratados de extradición firmados por España se refieren, sin duda, a esa posibilidad en los casos siguientes: art. 5, par. 2 del Tratado de extradición con Francia (14-diciembre-1877): "...acompañarán, en cuanto sea posible, las señas personales del reclamado..."; art. 11, par. 2. Tratado con Argentina (7-mayo-1881): "Estas piezas serán, siempre que fuese posible, acompañadas de las señas características del acusado... "; art. 6, a) Tratado con, Gran Bretaña (4-junio-1878): "A dicha demanda acompañará...si es posible, las señas de la persona reclamada..."; art. 4, Tratado con Portugal (25-junio-1867): "...añadiéndose, si fuese posible, las señas personales del reclamado... "; art. VIII, 2.º, Tratado con Venezuela (22-enero-1894): "Señas personales del encausado, en cuanto sea posible, a fin de facilitar su busca..."; en similares términos a los anteriores, art. IV, 2, Tratado con la Confederación Helvética (31-agosto-1883); artículo 9, par. 2, Tratado con Italia (3-junio-1868); art. 8-3.º, Tratado con Colombia (23-julio-1892); art. VIII-2.º, Tratado con Costa Rica (16-noviembre-1896), artículo IX, par. 4, Tratado con Grecia (7-20-mayo-1910).

⁴⁶ FENECH, *Derecho...*, I, cit., págs. 106-109; GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...*, (con HERCE), cit., págs. 29-31.

⁴⁷ QUINTANO, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, II, cit., pág. 193.

⁴⁸ JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, *Derecho procesal penal*, II, Madrid, s. f., página 287; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal...*, II, cit., pág. 195. Sobre la naturaleza jurídica de la extradición se enfrentaron las tesis de VON LISTZ, que la concebía como acto de asistencia judicial internacional, y la de VON BAR, para quien era un acto de jurisdicción cosmopolita traducido en el ejercicio de la jurisdicción del Estado requirente en el territorio del Estado requerido; sobre ello véase ROLIN, Albéric, *Quelques questions relatives à l'extradition*, en "Recueil des Cours de l'Academie de Droit International", 1923-I, pág. 184, París, 1925; posteriormente MAGGIORE ha mantenido en *Principi di Diritto Penale*, I, Bologna, 1943, pág. 167, que es jurisdicción penal

II. LOS SUPUESTOS DE INCOMPARECENCIA

VIADA, que incluye el supuesto de incomparecencia en su clasificación de la inactividad procesal, no define sin embargo lo que debe entenderse por tal⁴⁹.

El concepto de incomparecencia debe deducirse de los preceptos de la Ley. En la Ley de Enjuiciamiento criminal se utilizan términos tales como «falta de comparecencia», «no comparecer», «no querer presenciar», «no querer concurrir» e, incluso, «estar ausente», para significar la falta de presencia de una persona --en nuestro caso, del imputado- en un acto procesal o conjunto de actos procesales concretos.

Algunos de estos actos -las sesiones del juicio oral- están regidos por los principios de oralidad e inmediación; otros -determinados actos realizados en la instrucción- aunque no están regidos por aquellos principios⁵⁰, sí que implican un contacto directo del órgano instructor con el imputado.

Sin embargo el término «comparecer», no siempre tiene aquel significado en la Ley de Enjuiciamiento criminal: basta referirse a los artículos 175, par. 3, 623, 791-7.^a, par. 2 y 859. Su sentido, en estos artículos, es el de actividad provocada por un emplazamiento⁵¹, actividad que -fundamentalmente en el proceso civil, pero incluso en el penal- se denomina también personación⁵² y se realiza en forma escrita⁵³, no requiriéndose, por tanto, la presentación en persona del interesado ante el órgano jurisdiccional.

Es incomparecencia la ausencia del imputado en un acto procesal determinado, para el cual fue citado, y respecto al cual tenía el deber o el derecho de concurrir en persona. Salvo en el proceso por faltas⁵⁴, es también característica necesaria de la

subsidiaria respecto a la del Estado requirente, tesis criticada por QUINTANO, *Tratado de Derecho Penal Internacional...*, cit., pág. 145, y también elementos en contra de la misma en MERCIER, André, *L'extradition*, en "Recueil des Cours", 1930-III, pág. 177.

⁴⁹ VIADA, *La ausencia del acusado...*, cit., pág. 575, dice: "a) Incomparecencia: si no existe obligatoriedad en la presencia, la voluntariedad o involuntariedad de la incomparecencia puede producir efectos en cuanto a los recursos que se conceden, y mayor o menor amplitud de los plazos". Sin embargo, cuando se ocupa de la desaparición, rebeldía... si que las define.

⁵⁰ Téngase en cuenta que los principios de oralidad e inmediación se configuran en relación con el órgano juzgador, CHIOVENDA, G., *Ensayos de Derecho procesal civil*, (trad. S. Sentís Melendo), II, Buenos Aires, 1949, pág. 254; CALAMANDREI, P., *Oralità nel processo*, en "Opere giuridiche", I, Napoli, 1965, páginas 452-453; FAIRÉN GUILLÉN, V., *Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento*, en "Estudios de Derecho procesal", Madrid, 1955, pág. 265.

⁵¹ AGUILERA, *comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, IV, Madrid, 1913, pág. 503; ídem, II, Madrid, 1912 pág. 255; FENECH, *Derecho...*, II, cit., págs. 798-799.

⁵² Véase, para el proceso civil, PRIETO-CASTRO, Leonardo, *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, 1972, págs. 584-585; GUASP, Jaime, *Derecho Procesal civil*, II, Madrid, 1968, págs. 29-30; y, para el penal, el artículo 627 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, AGUILERA, *Comentarios...*, IV, cit., pág. 503.

⁵³ MAJADA, Arturo, *Manual de formularios penales*, II, Barcelona, 1971, páginas 1.417-1.418.

⁵⁴ Recuérdesse que el único supuesto de ausencia jurídicamente relevante en este proceso, es el de incomparecencia a juicio verbal, aunque, cuando haya sido utilizado el procedimiento de citación por edictos, solo formalmente podrá hablarse de incomparecencia, tratándose, en realidad, de un supuesto de desaparición.

incomparecencia, como supuesto autónomo de ausencia, el conocimiento del paradero del imputado, al menos en el momento de practicarse la citación⁵⁵.

A) Requisitos generales de los supuestos de incomparecencia.

Por requisitos generales de los supuestos de incomparecencia entendemos aquellas circunstancias jurídicas o de hecho, positivas o negativas, que son relevantes para la producción de las consecuencias de cualquier supuesto de incomparecencia.

Estos requisitos son tres: falta de comparecencia, citación válida e inexistencia de una justificación de la incomparecencia.

El primero, como es comprensible, no vamos a analizarlo. Se trata del requisito esencial del supuesto de incomparecencia: la falta de presencia física ante el órgano jurisdiccional. No concurriendo esta circunstancia, es decir, presente el imputado, ningún supuesto de ausencia se verifica.

a) La citación válida.

La comparecencia del imputado en un acto procesal debe ir precedida por un acto de comunicación, más concretamente por un acto de intimación⁵⁶. En cuanto la conducta que se impone al imputado, es la de comparecer a presencia judicial en un momento determinado, se trata de una citación.

La realización de las consecuencias de la incomparecencia, depende, en cualquier caso, de que haya sido válido el acto de citación. Si el acto de citación es inválido no produce los efectos previstos por la Ley⁵⁷, específicamente, carece de virtualidad jurídica para provocar una comparecencia. La invalidez del acto de citación se transmite al acto por el que se modifica la situación personal de aquél, para conseguir coactivamente su presencia⁵⁸.

La validez de la citación depende, fundamentalmente, de la validez de la cédula y de la validez del procedimiento de notificación de la misma⁵⁹. Sin entrar en un estudio detallado de estas cuestiones, es necesario examinar cual es el procedimiento válido para la citación a juicio oral. Hay que distinguir entre proceso por faltas y proceso por delitos.

En el proceso por faltas, la citación a juicio verbal puede válidamente notificarse por cualquiera de los procedimientos previstos en la Ley de Enjuiciamiento criminal (art. 972), comprendida la notificación por edictos, cuando se desconozca el paradero del imputado. Hay que insistir en que, en el caso de desconocimiento de paradero, las notificaciones al imputado no pueden hacerse en los estrados, en la forma del artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento civil⁶⁰, porque las notificaciones en

⁵⁵ Lo contrario supondría que se ha verificado alguno de los casos del artículo 835 y, por consiguiente, el supuesto de desaparición.

⁵⁶ GUASP, J., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, I, Madrid, 1943, págs. 726-727.

⁵⁷ SERRA, M., *Actos procesales ineficaces*, en "Estudios...", cit., pág. 460.

⁵⁸ SERRA, M., *Actos procesales ineficaces*, en "Estudios...", cit., páginas 465-466.

⁵⁹ La citación es un acto de comunicación mixto, integrado por un acto de intimación (citación propiamente dicha) y por un acto de comunicación puro (notificación de la citación); véase GUASP, *Comentarios...*, I, cit., pág. 727

⁶⁰ La Ley I, título XXXVII, libro XII de la Novísima Recopilación -vigente en tema de rebeldía hasta la promulgación de la Ley 18-junio-1870 y completamente derogada por la Ley provisional de

estrados a las que se refiere el artículo 166, par. 2, de la Ley de Enjuiciamiento criminal, son, en todo caso, notificaciones personales⁶¹.

En los procesos por delitos está excluida la notificación por edictos al imputado, en cuanto, la situación fáctica que la haría admisible, integra el supuesto normativo de desaparición y da lugar al llamamiento y busca por requisitorias. Es válida, con la única excepción de que el imputado hubiera abandonado el domicilio ignorándose su paradero, la notificación domiciliaria⁶². No se requiere, por regla general, para que sea válida la notificación de la citación a juicio oral de] acusado, que sea personal; deberá serlo cuando el acusado se halle en su domicilio al practicar la notificación⁶³, en otro caso bastará que se entregue la cédula al receptor subsidiario indicado en la Ley (art. 172 de la Ley de Enjuiciamiento criminal). No hay que olvidar este dato al acometer la interpretación del art. 791, 8.a, par. 2 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

Una excepción tiene, a mi modo de ver, la no necesidad de notificación personal de la citación: se trata del caso de que el destinatario se halle detenido o preso. Aunque la Ley de Enjuiciamiento criminal no establezca una regla especial para el caso, ésta viene postulada por dos consideraciones: la primera, que todo sistema de notificaciones, y concretamente el de la Ley de Enjuiciamiento criminal como lo demuestra la subsidiariedad respecto al destinatario de los otros posibles receptores de la cédula (art. 173), tiene como primer objetivo que la notificación se entienda con la propia persona del destinatario⁶⁴, siempre que, por estar presente éste en el lugar donde la notificación deba practicarse, ello sea posible; la segunda, que el estado de detención o prisión del destinatario de la notificación, implica la permanente localización de éste a cualquier efecto, incluido el de las notificaciones⁶⁵.

No obstante, el artículo 172 de la Ley de Enjuiciamiento criminal se opone, prima facie a la obtención de la lógica consecuencia de aquellas consideraciones,

enjuiciamiento criminal de 22 diciembre-1872- disponía que las notificaciones se entendiesen con el rebelde "como si fuese presente". La práctica en torno a la misma es unánime en indicar que las notificaciones se hacían en estrados: véase, SALA, Juan, *Ilustración del Derecho Real de España*, II, Valencia, MDCCCIII, pág. 329; ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel, *Biblioteca judicial*, II, Madrid, 1840, pág. 134; TAPIA, Eugenio de, *Febrero novísimo o librería de jueces, abogados y escribanos*, VIII, Valencia 1837, páginas 72-73.

⁶¹ Están dispuestas, preferentemente, para los representantes procesales; véase, HERRERO MARTÍNEZ, Mariano, *Ley de enjuiciamiento criminal, reformada, anotada y comentada...*, Valladolid, 1908, pág. 223; REUS, E., *Ley de enjuiciamiento criminal de 14 de septiembre de 1882, concordada y anotada*, I, Madrid, 1883, pág. 127; AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, II, Madrid, 1912, págs. 272-273.

⁶² Como equiparada a la notificación domiciliaria hemos de considerar la que se entiende con la persona designada, en el caso del artículo 785, 8.^a, h, la cual azume la obligación establecida en el artículo 173 -FERRER MARTIN, D., *La reforma procesal penal de la Ley 3/1967, de 8 de abril*, en "Pretor", 1967, página 532—.

⁶³ CAVALLARI, V., *Le notificazioni nel processo penale*, Milano, 1959, página 142, indica que la intervención de los otros receptores indicados por la ley, es, en todo caso, subsidiaria respecto a la del destinatario.

⁶⁴ CAVALLARI, *Le notificazioni...*, cit., pág. 142; BONETTO, *La conoscenza legale come scopo delle notificazioni processuali*, en Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1962, págs. 316-317; AGUILERA, *Comentarios...*, II, cit., págs. 274-275; FENECH, *Derecho...*, II, cit., pág. 807.

⁶⁵ CAVALLARI, *Le notificazioni...*, cit., pág. 190, indica que tal estado del imputado lo convierte en "costantemente reperibile".

porque al disponer que la notificación se hará en el domicilio «cualquiera fuere la causa o el tiempo de ausencia» (del destinatario), parece establecer que, aunque el destinatario esté detenido, puede practicarse la notificación con entrega de la cédula a los receptores subsidiarios. No creo, sin embargo, que esta conclusión sea lógica ni acorde con otras disposiciones de la propia Ley de Enjuiciamiento criminal, por varias razones. La primera, que la obligación impuesta a los receptores subsidiarios de entregar la cédula al destinatario «Inmediatamente que regrese a su domicilio» (art. 173) carecería de sentido al conocer, tanto el receptor como el notificante, la imposibilidad de que el regreso se produzca voluntariamente y en el momento en que el destinatario lo decida. En segundo lugar, y quizás son los argumentos más decisivos, el párrafo segundo del artículo 506 dispone: «El incomunicado podrá asistir con las precauciones debidas a las diligencias periciales en que le dé intervención esta Ley ...», luego el necesario acto de comunicación previo a la comparecencia en estos actos periciales, habrá de haberse entendido directamente con el destinatario pues, dado el estado de incomunicación, no le puede llegar por otro conducto; y el artículo 664 dispone: «El Tribunal dispondrá también que los procesados que se hallen presos sean inmediatamente conducidos a la cárcel de la población en que haya de continuarse el juicio, *citándoles* para el mismo ... », simultaneidad de actos (orden de conducción y citación.) de la que se desprende que ambos se cumplen en un mismo lugar (establecimiento de detención o prisión), lo que explica que el mismo artículo dedique inciso aparte a la citación del procesado en libertad provisional (« ... así como a los que estuvieren en libertad provisional. ... »).

Se puede concluir que toda notificación al imputado privado de libertad que no pueda realizarse a su representante procesal, deberá efectuarse en el establecimiento donde aquel se encuentre, pero no con entrega de la cédula a un funcionario del mismo, sino por lectura y entrega de la misma realizada por el notificante al propio destinatario, según lo dispuesto en los artículos 170 y 173, par. 1 *a sensu contrario* de la Ley de Enjuiciamiento criminal, y en el artículo 88, par. 2, del Reglamento del servicio de Prisiones (redacción por Decreto de 2 de febrero de 1956, no afectada por las posteriores reformas).

b) La no justificación de la incomparecencia.

La concurrencia de un impedimento que haya imposibilitado o dificultado gravemente la comparecencia, constituye un elemento obstativo de la totalidad de las consecuencias de la incomparecencia o de parte de ellas, según los supuestos. Esto supone la introducción de la valoración del componente voluntario de la conducta en los supuestos de incomparecencia.

Al impedimento y su eficacia se refieren varias disposiciones legales⁶⁶.

Estudiamos, seguidamente, sus aspectos sustanciales -requisitos del impedimento para que excluya las consecuencias de la incomparecencia- y formales -forma y tiempo para hacerlo valer en el proceso-.

⁶⁶ En artículo 487 se dice: "... ni *justificare causa legítima que se lo impida* (comparecer)..."; en 504: "no hubiese comparecido sin motivo legítimo... "; en 534 y 537: "...*justificar la imposibilidad de hacerlo* (comparecer)"; en 792-8.^a, par. 2: "...*la ausencia injustificada*... "; art. 966 (y art. 4 D. 21-noviembre-1952): "...aleguen *justa causa* para dejar de hacerlo (comparecer)... ".

a') *Requisitos de la causa justificativa.*

La configuración legal de los requisitos del impedimento es, en unos casos, muy sintética (ausencia *injustificada*, en art. 791, 8.^a, par. 2 de la Ley de Enjuiciamiento criminal), y, en otros, más detallada (causa legítima que impida comparecer, en art. 487 de la Ley de Enjuiciamiento criminal; absoluta imposibilidad de comparecer por legítimo impedimento, en artículo 9, 1, b, par. 1 de la derogada Ley de 3 de diciembre de 1962). Centramos el análisis en las expresiones más pormenorizadas de los requisitos del impedimento.

En torno a la exigencia de legitimidad del motivo o causa que impide comparecer, se han mantenido, en la doctrina italiana, dos tesis⁶⁷.

MANZINI mantuvo que impedimento legítimo es aquel que no ha tenido su origen en una causa contraria a la ley⁶⁸, de modo tal que, por ejemplo, si el imputado emigró al extranjero ilegalmente y no puede después volver al territorio estatal, aun por causa legítima, el impedimento debe entenderse ilegítimo⁶⁹.

La segunda tesis, que ha tenido más amplia acogida doctrinal, refiere el juicio de legitimidad al propio hecho constitutivo del impedimento y no al origen del mismo. En tal sentido se pronuncian PANSINI⁷⁰, TORRACA⁷¹ y BASSANO⁷².

A mi modo de ver es inaceptable la tesis de MANZINI por dos razones. En primer lugar, semejante interpretación parece bastante contraria a los términos estrictos de la norma⁷³. Más decisivo resulta el argumento de que supone un ataque frontal a la *ratio* de este requisito negativo. En efecto, es difícilmente rebatible que la finalidad de esta norma es impedir la producción de las consecuencias jurídicas (perjudiciales) de la incomparecencia cuando ésta no obedezca a la libre voluntad del

⁶⁷ Según el artículo 498, par. 1, del *Codice di procedura penale*, la "*assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento*", excluye la realización del debate en *Contumacia*, institución que no cabe equiparar al proceso en rebeldía, sino a la vista del juicio oral en incomparecencia; véase PANSINI, *La contumacia...*, cit., *passim*.

⁶⁸ MANZINI, Vincenzo, *Tratado...*, IV, cit., pág. 463.

⁶⁹ MANZINI, V., *Tratado...*, IV, cit., pág. 463. En esa misma línea, la sentencia del Tribunal de Casación de 30 de octubre de 1968 ha indicado que el impedimento ha de entenderse ilegítimo cuando deriva de un comportamiento "contra ius" del propio imputado, no considerándose legítimo el impedimento que deriva del hecho de que el imputado se haya puesto "voluntariamente en la condición de sufrir la restricción de la propia libertad personal en dependencia de un comportamiento ilícito tenido en Estado extranjero". Esta sentencia puede verse en Giust. pen., 1970, III, cols. 428 ss.

⁷⁰ PANSINI, *La contumacia...*, cit. pág. 74, indica: "La legitimidad, es decir, la no diformidad respecto a la ley, debe valorarse con relación al hecho que constituye el impedimento y no a su génesis quizás lejana...".

⁷¹ TORRACA, S., *Brevi cenni in tema di legittimo impedimento a comparire dell'imputato detenuto all'estero*, en Giust. pen., 1970, III, en col. 430 dice: "El juicio de valor va, por contra, necesariamente emitido con relación al hecho que constituye el impedimento y no ya a la génesis del mismo".

⁷² BASSANO, Ugo, *Latitanza, contumacia e detenzione all'estero*, en Riv. pen., 1939, 11, pág. 1.096 manifiesta que impedimento legítimo es el que origina una imposibilidad objetiva que puede afectar aun a quien se encuentra en determinada situación por causa de un hecho contrario a la ley.

⁷³ El caso típico de impedimento ilegítimo por el origen es el de privación de libertad por la comisión de un delito o por la imputación del mismo, Es claro, pues, que esa privación de libertad es o debe presumirse impuesta conforme a Derecho (impedimento legítimo), mientras que resulta evidentemente *contra ius* la conducta tendente a superar el impedimento. Partiendo de ello se demuestra que la interpretación de MANZINI conduce a consecuencias radicalmente absurdas: para que el imputado pueda ejercitar su derecho a comparecer en el debate, el ordenamiento jurídico le impone la carga de actuar contra el propio ordenamiento jurídico.

imputado⁷⁴, pero, con la interpretación de MANZINI, se viene a excluir la aplicación de la norma precisamente cuando la comparecencia no depende de la libre voluntad de imputado⁷⁵, e incluso, cuando es contraria a su voluntad expresamente manifestada mediante la alegación del impedimento⁷⁶.

Ahora bien, tampoco es posible adherirse sin más a la segunda tesis. En primer lugar debe observarse que en muchos de los ejemplos aducidos por sus sostenedores la naturaleza del impedimento impide un juicio sobre la legitimidad o no del mismo⁷⁷. Pero es que, cuando PANSINI aduce el supuesto exacto de impedimento ilegítimo⁷⁸, sienta, a renglón seguido, la afirmación de que «... el deber que cada uno tiene de actuar *secundum legem* no puede conducir a hacer considerar no impedido, sino solo voluntariamente ausente, a quien se ha imposibilitado de comparecer por causa de un hecho contrario a la ley»⁷⁹.

Entiendo que la legitimidad del impedimento no es posible configurarla como un plus en la calificación del impedimento —a menos que se quiera seguir la tesis de MANZINI— sino como un calificativo que refuerza el auténtico significado que el término impedimento ya tiene por sí, con la finalidad de que no se atribuya el carácter de impedimento a lo que es una mera dificultad⁸⁰. Impedimento legítimo significa, pues, hecho con auténtica eficacia impeditiva u obstativa. Hasta tal punto es así, que la Ley de Enjuiciamiento criminal prescinde, al configurar en algunos casos el requisito

⁷⁴ TORRACA, S., *Appunti in tema di parziale illegittimità costituzionale dell' art. 501, 2.º comma c. p. p. e sospensione del dibattimento per impedimento sopravvenuto*, en Arch. pen., vol. XXVII, parte II, pág. 168; CHIAVARIO, M., *Rapporti tra valutazione della prova dell'impedimento a comparire e diritto di difesa del contumace*, en Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1963, pág. 86.

⁷⁵ BASSANO, *Latitanza, contumacia...*, cit., págs. 1.096-1.097 Indica que el detenido en el extranjero no puede eludir el obstáculo que le impide estar presente en Italia, ni influir sobre la posibilidad o no de la concesión de la extradición, lo que constituye un dato objetivo que impide, incluso, investigar los propósitos del imputado de presentarse o no al juicio. TORRACA, *Brevi cenni in tema di legittimo impedimento...*, cit., col. 430, advierte que la detención en el extranjero debe plantearse del mismo modo que la detención en territorio estatal, pues la material posibilidad de participar en el juicio está condicionada a la correspondencia de la voluntad del Imputado y una actividad oportunamente realizada por los órganos estatales competentes; y, más adelante en col. 431, que ni siquiera puede aducirse el mecanismo de la *actio libera in causa*, dado que la falta de concesión tempestiva de la extradición es independiente de la voluntad del imputado y rompe el nexo causal.

⁷⁶ Indica TORRACA, *Brevi cenni in tema di legittimo impedimento...*, cit., cols. 431-432, que cuando el imputado alega el impedimento el problema del nexo causal se sitúa en un plano psicológico, produciéndose la ruptura (del nexo causal) al manifestarse la voluntad de comparecer. Véase, también, sobre ello CHIAVARIO, *Rapporti tra valutazione della prova dell'impedimento...*, cit., pág. 86.

⁷⁷ PANSINI, *La contumacia...*, cit., pág. 74 dice que es un hecho legítimo que constituye impedimento el no poder tomar tierra a causa del oleaje (ejemplo similar sería el de una aeronave que no pudiera aterrizar por las condiciones atmosféricas); pero a nadie se le ocurriría decir que los hechos de la naturaleza son legítimos o ilegítimos, sino que simplemente son, véase CONSO, Giovanni, *El concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1972, pág. 6.

⁷⁸ PANSINI, *La contumacia...*, cit., págs. 74-75 indica: "...debe considerarse ilegítimo el impedimento que derive de la prohibición de presentarse a la audiencia impuesto al afiliado a una banda criminal por el reglamento de ésta (hecho ilegítimo que constituye impedimento)...".

⁷⁹ PANSINI, *La contumacia...* cit., pág. 75.

⁸⁰ El término "legítimo" tiene, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, dos significados: 1. "Conforme a las leyes"; 2. "Cierto, genuino y verdadero en cualquiera línea". El significado es el segundo, en las normas que estudiamos.

negativo, de la referencia a la imposibilidad que el impedimento debe originar⁸¹, por entender que ello va implícito en la exacta delimitación del significado del término impedimento (o de los que utiliza como sinónimos) que realiza mediante la aposición del adjetivo «legítimo» o «justo».

Aquella causa o motivo, ha de impedir o hacer imposible la comparecencia.

MANZINI, tras afirmar que debe tratarse de «una imposibilidad actual que no pueda superarse en modo alguno», se ve obligado a matizar «o por lo menos sin tales sacrificios o peligros que no se puedan exigir razonablemente»⁸².

LEONE mantiene que «la absoluta imposibilidad para comparecer existe en todos los casos en que el imputado no haya podido, según las normas comunes que disciplinan la conducta humana en relación a sus personales condiciones, presentarse a la audiencia por motivos extraños a su voluntad: puede hacerse referencia al caso fortuito y a la fuerza mayor...»⁸³.

GALLIANO indica que «la absoluta imposibilidad de comparecer no se entiende en sentido literal sino en relación con las circunstancias de tiempo y lugar en que se verifica»⁸⁴.

PANSINI, partiendo de la configuración doctrinal de una categoría de los eximentes⁸⁵, entiende que la referencia a la imposibilidad absoluta es expresión de la autolimitación del ordenamiento en orden a la exigencia de la absolución de la carga de comparecer, excluyendo de la misma no sólo los casos en que el sacrificio sería de excepcional gravedad, sino también aquellos en los que sería de notable entidad⁸⁶.

En definitiva, es posible concluir que, específicamente la imposibilidad puede derivar de fuerza mayor y caso fortuito. Más en general, si el impedimento ha originado una auténtica imposibilidad vendrá determinado por el órgano jurisdiccional, ante quien el impedimento se alegue y acredite, con base, unas veces, a

⁸¹ Así el artículo 792, regla 8.^a, par. 2 ("...ausencia *injustificada*..."); artículo 504, par. 1 ("... no hubiese comparecido sin motivo *legítimo*..."); artículo 966, par. 1 ("... ni aleguen *justa* causa para dejar de hacerlo [comparecer]... "). En apoyo definitivo de nuestra tesis viene el par. 3 del artículo 202: "Se reputará *causa justa* la que *hubiere hecho imposible*..., *independientemente de la voluntad* de quienes...".

⁸² MANZINI, Tratado..., IV, cit., págs. 462-463. Entre ejemplos de imposibilidad absoluta, en ob. y loc. cit., incluye el de que el imputado haya sido víctima de una grave desgracia doméstica.

⁸³ LEONE, G., *Trattato di Diritto*..., II, cit., pág. 442. Ejemplos en ob. y tomo cit., págs. 446-448. Véase, también, BELLAVISTA, Girolamo, *Il procedimento contumaciale*, en "Studi sul processo penale", II, Milano, 1960, pág. 308.

⁸⁴ GALLIANO, Giuseppe, *Malattia dell'imputato e dichiarazione di contumacia*, en Riv. pen., 1959, 1, págs. 668-669. La valoración de la imposibilidad absoluta –dice este autor– se hace con cierta amplitud, con relación al sexo, a la edad, a la persona del imputado y a todas aquellas circunstancias que puedan conferir justificación o atendibilidad al impedimento deducido. Así, por ejemplo, debe considerarse imposibilitada de comparecer a una mujer en el noveno mes de gestación si debe realizar un largo viaje, pero no si vive en la localidad donde el Tribunal tiene su sede; un tuberculoso que atiende normalmente a sus ocupaciones, puede considerarse impedido de comparecer por las condiciones prohibitivas del tiempo (frío excepcional).

⁸⁵ PANSINI, *La Contumacia*..., cit., pág. 76 dice: "... ha sido individualizada la categoría de las llamadas excusantes, cuya nota esencial está en el hecho de que no representan una capitulación del ordenamiento ante el ilícito, sino una autolimitación (del ordenamiento): el ordenamiento, valorando la no exigibilidad del respeto al mandato -no en términos psicológicos sino desde el punto de vista de la norma– pone un límite a la aplicación de ésta; exige lo que es posible exigir".

⁸⁶ PANSINI, *La Contumacia*, cit., págs. 76-80, especialmente 77.

juicios estrictamente lógicos -regidos por las máximas de experiencia⁸⁷ o, las más, con base a juicios valorativos de los intereses en conflicto⁸⁸.

b') Alegación de parte o estimación de oficio del impedimento.

La primera cuestión en torno a la introducción del impedimento en el proceso para que excluya la producción de las consecuencias jurídicas de la incomparecencia, se plantea como una alternativa entre la necesidad de su alegación por la parte interesada o la existencia de un poder-deber del órgano jurisdiccional de estimarlo, si de algún modo, le consta, y de excluir *ex officio* aquellas consecuencias

La doctrina italiana, interpretando exactamente los términos del par. 1 del artículo 498⁸⁹, se ha inclinado unánimemente por la segunda solución.

Así PANSINI, siguiendo en lo fundamental a MANZINI⁹⁰, excluye, de una parte, la existencia para el imputado de una carga de la prueba (y alegación del impedimento), y de otra parte, la de un deber del órgano jurisdiccional de investigar la existencia o no del impedimento⁹¹, concluyendo que el órgano jurisdiccional debe estimar el impedimento solo con que resulte de los autos, e, incluso, cuando le conste como hecho notorio⁹².

Hay que admitir, en principio, que ciertos términos utilizados en la Ley de Enjuiciamiento criminal parecen rechazar esta interpretación, dado que se refieren a un acto del imputado (o de su defensa técnica) consistente en justificar (arts. 534, 537 y 487 de la Ley de Enjuiciamiento criminal) o alegar (art. 966 de la Ley de Enjuiciamiento criminal) el impedimento.

La interpretación literal, sin embargo, no puede ser decisiva, por varias razones⁹³, la más clara de las cuales deriva del artículo 747 de la Ley de

⁸⁷ Véase STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, Pamplona, 1973 (trad. y notas de De la Oliva Santos, Andrés), págs. 33-34, 51-53; en página 52 dice: "... imposible es todo hecho que, bien absolutamente, bien bajo circunstancias dadas, no puede ser verdadero, porque su verdad entraría en contradicción con una máxima de la experiencia reputada como cierta".

⁸⁸ PANSINI, *La Contumacia...*, cit., págs. citadas.

⁸⁹ "... e non è probato che l'assenza è a assoluta impossibilità...".

⁹⁰ MANZINI, *Tratado...*, IV, cit., pág. 464. Debe advertirse que en la traducción de SENTÍS MELENDO y AYERRA REDÍN, Buenos Aires, 1953, a la que nos referimos siempre en nuestras citas, se ha deslizado una errata (consistente en la supresión del adverbio "no", entre los términos "cuando" y "resulte") que convierte la frase en incoherente. Sirva, para su corrección, la cita de la edición italiana (Torino, 1952) del *Diritto processuale penale italiano*, IV, página 399: "La prova dell'assoluta impossibilità di comparire per impedimento legittimo deve essere fornita dall'imputato, quando non risulti manifesta dagli atti del procedimento".

⁹¹ PANSINI, *La Contumacia...*, cit., págs. 72-73.

⁹² PANSINI, *La Contumacia...*, cit., págs. citadas y, especialmente, nota 56 en pág. 72. También en favor de que la estimación del impedimento pueda producirse por su carácter de hecho notorio, LEONE, *Trattato...*, II, cit., página 441; GALLIANO, *Malattia dell'imputato...*, cit., pág. 672.

⁹³ Otros artículos de la Ley de Enjuiciamiento criminal (792, 8.^a, par. 2; 504, par. 1; 968) aluden a la relevancia procesal del impedimento sin referencia a una actividad de parte dirigida a alegarlo.

Quizás el argumento de más peso vendría dado por la aplicación del principio de oficialidad —como prefieren unos: así FAIRÉN, *Elaboración de una doctrina...*, cit., págs. 260-264, 268; FENECH, *Derecho...*, I, cit., págs. 73-74, 87-88; SERRA DOMÍNGUEZ, *El juicio oral* en "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona, 1969, págs. 759-760; MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal*, Madrid, 1976, pág. 217 o de legalidad --como dice GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios, ...*, I, cit., pág. 26— a esta facultad de dirección procesal —sobre el concepto de las

Enjuiciamiento criminal. Dispone este artículo que el Tribunal podrá decretar de oficio la suspensión del juicio oral (de la vista) cuando el procesado se hallare enfermo en términos de que no pueda estar presente en el juicio⁹⁴. Entiendo que la norma es aplicable, por analogía, a los casos en que resulte de los autos cualquier otro impedimento, aun distinto de la enfermedad⁹⁵.

Cuando el impedimento no resulte de los autos, el imputado o su defensor, además de alegarlo, deberá acreditarlo (art. 9, par, 1, 6, Ley de 2 de diciembre de 1963) o justificarlo (arts. 792, regla 8.ª, par. 2; 534; 537; 487). Los medios para realizar este acreditamiento y justificación son cualquiera de los admitidos en Derecho⁹⁶.

De los términos acreditamiento y justificación se desprende la idea de que, para estimar el impedimento, no es necesario que el órgano jurisdiccional haya quedado plenamente convencido de su existencia, sino que basta que haya llegado a concebir como más probable ésta última que el hecho de encontrarse ante una táctica dilatoria⁹⁷.

últimas véase FENECH, *Facultades procesales de dirección*, en "Estudios de Derecho Procesal" (con CARRERAS), Barcelona, 1962, pág. 243.

⁹⁴ Acertadamente indica AGUILERA, *Comentarios...*, V, cit., pág. 587, que la suspensión en los casos a los que se refiere el artículo 747 es "una necesidad procesal de orden legal y público que afecta a la válida sustanciación del juicio y que está sobre la voluntad de las partes. En su virtud, cuando ocurra alguno de los hechos que en tales casos motivan y hacen precisa la suspensión, la haya pedido o no la parte o las partes a quienes interese, deberá decretarla el tribunal, accediendo a dicha petición en el primero de ambos supuestos o acordándolo de oficio en el segundo de ellos".

⁹⁵ La enfermedad puede constar en autos, aun no alegada por la parte, por el justificante que debe entregar el Director del establecimiento, donde el imputado estuviera detenido o preso para aclarar su conducción (art. 33, par. 3, Reglamento de prisiones, Decreto 2-febrero-1956). El impedimento igualmente resultará de los autos cuando conste en estos el estado de privación de libertad del imputado y la no emisión de la oportuna orden de conducción o bien el aplazamiento de la extradición por estar el imputado sometido a proceso penal o privado de libertad en el Estado requerido.

En mi opinión el órgano jurisdiccional -debe estimar de oficio el impedimento, siempre que le conste como hecho notorio, bien por ser notorio en general o bien por conocimiento específicamente judicial; véase STEIN, *El Conocimiento privado...*, cit., págs. 185-218.

⁹⁶ MANZINI, *Tratado...*, IV, cit., pág. 464; PANSINI, *La Contumacia...*, cit., Página 73; GALLIANO, *Malattia dell'imputato...*, cit., pág. 672.

⁹⁷ La alternativa (impedimento-táctica dilatoria) en CHIAVARIO, *Rapporti tra valutazione della prova dell'impedimento a comparite...*, cit., pág. 86.

En favor de la distinción entre juicio de probabilidad y pleno convencimiento: SARACENO, P., *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, págs. 107, 109, nota 1 en pág. 123 --con particular referencia a cuestiones procesales---; CALAMANDREI, P., *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, en Riv. Dir. Proc. Civ., 1955, pág. 164-166, 186-187; GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...*, (con HERCE), cit., pág. 260; CARRERAS LLANSANA, J., *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, en "Estudios..." (con FENECH), páginas 352-353; en contra, SERRA DOMÍNGUEZ, *Normas de presunción en el Código civil y en la Ley de arrendamientos urbanos*, Barcelona, 1963, págs. 53-54; MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, Barcelona, 1967, págs. 60-67.

Una excepción al mero juicio de probabilidad quizás podría encontrarse en los casos de enfermedad: el par. 2 del núm. 5 del artículo 746 impone al órgano jurisdiccional que ordene el reconocimiento del enfermo. Excepción justificada por la fácil utilización de este impedimento como táctica dilatoria, lo que constituye un problema al que nuestro ordenamiento ha dado una lógica solución -véase, en cambio, en Derecho Italiano, GALLIANO, *Malattia dell'imputato...*, cit., págs. 669-671- La sentencia de 11 de enero de 1973 de la A. P. de Zamora decidió, para el procedimiento de competencia de los Juzgados de Instrucción: " ... si el señor Juez no estimaba suficiente la mera aportación de un certificado médico, pudo y debió corroborar lo que en el escrito y manifestación

c') *Plazo para hacer valer el impedimento.*

El plazo, normal y lógico, para producir la alegación y acreditamiento del impedimento, es el que media entre la citación para el acto en que se deba comparecer y el momento en que la comparecencia deba producirse.

De los artículos 792, regla 8.^a, par. 2 y 968 de la Ley de Enjuiciamiento criminal se deduce que la justificación de la ausencia (*rectius* incomparecencia) o el motivo legítimo deben constar antes de la celebración de la vista^{98 99}.

El problema, sin embargo, se plantea inmediatamente sobre la relevancia de una alegación y acreditamiento del impedimento en un momento posterior a aquel. Efectivamente, debe tenerse en cuenta que pueden existir impedimentos susceptibles, no sólo de imposibilitar la comparecencia, sino también de obstar la propia alegación en el momento en que la comparecencia deba producirse¹⁰⁰ o, incluso, durante un período de tiempo más o menos largo. El problema está resuelto, con mayor o menor acierto¹⁰¹, en el Codice di procedura *penale*, por la disposición del par. 3 del artículo 498: «La prueba del impedimento legítimo producida después de la publicación de la sentencia no invalida el juicio contumacial»¹⁰².

facultativa se expresaba, utilizando incluso el medio a su alcance de valerse del médico-forense, para aseverar cuanto se alegaba en base de la suspensión pedida..."

⁹⁸ El problema que vamos a estudiar debe ser puesto necesariamente en relación con las consecuencias jurídicas de la incomparecencia según el acto procesal en que se produzca. Cuando éstas solo consistan en la modificación de la situación personal del imputado, no hay duda de que la alegación extemporánea del impedimento puede impedir que aquellas consecuencias se produzcan, porque en la adopción de medidas cautelares el órgano jurisdiccional tiene un amplio margen de apreciación discrecional de los supuestos —fundamentalmente del *periculum in mora* (art. 504)- El problema se plantea, sin embargo, cuando la incomparecencia tiene la consecuencia jurídica de suspensión del acto pero solo si se debe a legítimo impedimento: ¿es relevante el impedimento (originario) alegado y acreditado después de iniciarse (e, incluso haberse concluido) el acto?

⁹⁹ También la doctrina italiana sitúa el incidente contumacial (en el que se alega el impedimento) en la fase de formalidades de apertura del debate, así LEONE, *Trattato...*, II cit., pág. 443; MANZINI, *Trattato...*, cit., IV, página 465; CHIARA, Aldo, *La formalità di apertura del dibattimenti penali*, Milano, 1965, págs. 59-60; o bien, como prefiere PANSINI, *La Contumacia...*, cit., páginas 95-100, en el momento en que deba procederse al interrogatorio del imputado (inmediatamente después de las formalidades de apertura, artículo 400 cpp).

¹⁰⁰ (100) El ejemplo más plausible lo refiere GALLIANO, *Malattia dell'imputato...*, cit., pág. 683: el imputado sufre un accidente de tráfico en el momento en que se dirigía a la audiencia.

¹⁰¹ PANSINI, *La contumacia...*, cit., págs. 124-126, no duda en calificar de inconstitucional la disposición del par. 3 del artículo 498 del Codice. En *los Lavori preparatori del Codice* la formulación de la norma mereció una amplia oposición -véase PANSINI, *La Contumacia...*, notas 34 y 37 en págs. 124 y 125 respectivamente—, entendiendo la Comisión parlamentaria que "...la prueba del impedimento legítimo debería poderse ofrecer útilmente aun después de la publicación de la sentencia, cuando con tal prueba se demostrara que la incomparecencia fue debida a fuerza mayor..." -de la *Relazione al Re*, en *Lavori preparatori*, vol. XII, n.º 164, citado en LEONE, *Trattato...*, II, cit., nota 11, pág. 442—. La redacción actual de dicha norma viene justificada en el lugar citado de la *Relazione* del modo siguiente: "Por otra parte los casos en que no se puede presentar a tiempo ese impedimento son tan raros y excepcionales, que no vale la pena de que la Ley se ocupe de ellos".

¹⁰² Argumentando *a sensu contrario*, con base a este artículo, la doctrina ha concluido que la prueba sobrevenida del impedimento invalida el debate contumacial: Véase PANSINI, *La Contumacia...*, pág. 123; SABATINI, *Trattato dei procedimenti speciali...*, cit., pág. 236; GALLIANO, *Malattia dell'imputato...* cit., pág. 673.

Nuestro legislador no establece expresamente el plazo para la alegación del impedimento. Ello implica, en primer lugar, que no hay base normativa para afirmar que la iniciación del acto, sin haberse alegado el impedimento, precluye la posibilidad de hacerlo posteriormente. Una interpretación teleológica de las normas que establecen la relevancia del impedimento, conduce a rechazar aquella conclusión. Solo si la incomparecencia es voluntaria (sin impedimento) se da lugar a sus consecuencias jurídicas¹⁰³, lo que justifica que éstas pueden producirse en los casos de voluntaria no alegación del impedimento (perfectamente equiparables a los de incomparecencia voluntaria), pero, de ningún modo, cuando la no alegación sea también involuntaria.

*De lege data*¹⁰⁴, puede mantenerse que la alegación y acreditamiento sobrevenidos del impedimento originario, son admisibles siempre que se produzcan antes de la firmeza de la sentencia¹⁰⁵. Específicamente, como el problema solo se plantea en el juicio de faltas y en el proceso de urgencia de competencia de los juzgados de instrucción, puede producirse en el recurso de apelación¹⁰⁶. La estimación del impedimento implicará la declaración de nulidad de la vista realizada en incomparecencia (involuntaria) del acusado.

B) Requisitos especiales de algunos supuestos de incomparecencia.

¹⁰³ PANSINI, *La Contumacia...*, cit., pág. 52; FERRER MARTIN, *La reforma procesal...*, cit., págs. 686-687.

¹⁰⁴ *De lege ferenda* se propone la expresa regulación legal de estos supuestos concretada en tres puntos fundamentales: 1. Admisibilidad del acreditamiento sobrevenido del impedimento que originó la imposibilidad de comparecer al juicio oral siempre que se produzca inmediatamente o en breve plazo desde el momento en que el impedimento cesó. 2. Para el caso de que la sentencia hubiera adquirido firmeza, debe reconocerse al condenado el derecho de oponerse a la misma (por el motivo expresado en el número 1), configurando una pretensión impugnativa específica. véase FAIRÉN GUILLÉN, *El "encausado" en "Temas..."*, II, cit., págs. 1.265-1.267. En este sentido, en el D. comparado, téngase en cuenta la institución de Derecho procesal francés de la "opposition au jugement rendu par défaut", regulada en artículos 487-495 del *Code de procédure pénale*, sobre la que véanse: STEFANI, G., y LEVASSEUR, G., *Procédure pénale*, París, 1959, págs. 686-690; LARGUIER, Jean, *Droit pénal général et Procédure pénale* París, 1974, págs. 179-180; BRIÈRE DE L'ISLE, G., y COGNIART, P., *Procédure pénale*, II, París, 1972, págs. 254-258. Téngase en cuenta, además, que en el artículo 774 de la Ley de Enjuiciamiento civil se admite la audiencia en rebeldía contra la sentencia firme, cuando el demandado emplazado en persona no hubiera podido comparecer desde el emplazamiento hasta la citación para sentencia que hubiera causado ejecutoria "por una fuerza mayor no interrumpida". 3. La estimación del impedimento debería dar lugar a la anulación del juicio oral en incomparecencia y a su subsiguiente reproducción.

¹⁰⁵ Contra la sentencia firme solo cabe el recurso (*rectius* proceso) de revisión por los motivos taxativamente fijados en el artículo 954, entre los que no se encuentra el caso que ahora estudiamos. Dudas sobre si el proceso de revisión puede instarse contra la sentencia firme dictada en juicio de faltas en GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...*, (con HERCE, cit., pág. 302).

¹⁰⁶ Parece considerar un caso en el que el impedimento consta en apelación la sentencia de 23 de mayo de 1970 de la A. P. de Barcelona: "CONSIDERANDO que de la diligencia obrante al folio 99 vuelto de los autos, aparece que el acusado..., al ser citado para asistir al juicio oral..., se encontraba internado como penado en el Reformatorio de Adultos de Ocaña, del que, como es sabido, no puede salir sin orden judicial de traslado... y como dicha orden no consta se llevara a cabo, no hallándose el acusado en ignorado paradero, ni poderse estimar su ausencia injustificada..., procede decretar la nulidad de lo actuado...". Sin duda, de la sentencia se deduce con claridad el deber del Juez de instancia de estimar de oficio el impedimento si resulta de los autos y quizás porque el impedimento ya constaba con anterioridad no Podemos considerarlo como ejemplo afortunado del caso que estudiamos.

Si de los anteriores requisitos dependen las consecuencias de cualquier supuesto de incomparecencia, las consecuencias de algunos de estos supuestos vienen determinadas por requisitos específicos. Estos son: la citación, no sólo válida, sino estrictamente personal, y la existencia o no de suficientes elementos para juzgar al imputado que no comparece.

a) *La citación personal para la vista del acusado, en los procesos de urgencia de competencia de los Juzgados de Instrucción.*

En el proceso de urgencia de competencia de los Juzgados de Instrucción, con relación a la vista del juicio oral, pueden verificarse dos supuestos de incomparecencia: el común a los procesos por delitos con los requisitos antes indicados, y uno especial de estos procesos, configurado en el artículo 791, 8.^a, par, 2, cuyas consecuencias -diferentes a las del supuesto común- dependen de unos requisitos también distintos a los generales.

El primero de los requisitos especiales es la exigencia de la citación personal. Sobre lo que debe entenderse por citación personal, se han mantenido opiniones dispares.

REYES MONTERREAL entiende que la citación personal «ha de darse por cumplida, no sólo cuando se hiciera la misma en la propia persona de los responsables, sino por cédula: es decir, que para nosotros la falta de aquella habrá de consistir en que se hubieran citado por edictos»¹⁰⁷.

Tesis similar es mantenida por la sentencia de 13 de julio de 1971 de la Audiencia provincial de Badajoz que, rechazando un recurso en el que se solicitaba la declaración de nulidad de actuaciones por defecto de la citación que no se hizo a la persona del acusado, declara: «...la intención del legislador ha sido, facilitando la ausencia, garantizar el conocimiento de los actos procesales por el encartado, y por eso *distingue ntre citación personal, en una persona, que puede ser la designada y no el propio interesado, y citación instrumental o realizada sin intervención directa y necesaria de persona que la reciba*, como son las practicadas por edictos en publicaciones oficiales o en cualquier otro medio de comunicación social de carácter general ... ».

En la misma línea, la sentencia de 20 de diciembre de 1972 de la Audiencia provincia de Zaragoza dice: «Considerando que al autorizar... que los encartados pueden ausentarse del territorio español, designando persona en España que reciba las notificaciones, citaciones y emplazamientos... quedan comprendidas en estas diligencias todas las citaciones, *incluso las que la ley estima personales con carácter general...* y al no exceptuar ninguna citación el precepto mencionado, deben entenderse comprendidas todas ellas».

Los puntos débiles de estas resoluciones son evidentes. Es flagrante la violación del artículo 785-8.^a, h, par. 3 que dispone que «si el encartado (citado en la persona designada) no compareciere... se le declarará en rebeldía, observándose lo dispuesto en

¹⁰⁷ REYES MONTERREAL, José María, *La reforma procesal penal*, en RDPr., 1968-I, pág. 114, nota 27.

el artículo 843»¹⁰⁸. En segundo lugar parece muy forzada la interpretación del «personalmente» como «en una persona» ya que, a salvo lo que pudiera resultar de otros argumentos que la sentencia no expresa, en artículo 792-8.^a, par. 2, el término «personalmente» no se refiere a *una* persona, sino a *la* persona del acusado.

Para resolver la cuestión puede procederse por vía de exclusión. Existe acuerdo en que la citación por edictos no debe considerarse como citación personal. Tampoco debe ser tenida como tal la citación al procurador, porque no pueden entenderse con él las citaciones que la ley ordena que sean personales (art. 182. 1.º)¹⁰⁹.

No es necesario gran esfuerzo dialéctico para demostrar que la citación a la persona designada (en el sentido del art. 785-8.^a, h) no se considera citación personal. En efecto, si esta citación fuera considerada por la Ley de Enjuiciamiento criminal como personal, no se explicaría el párrafo 3 de aquel artículo que ordena, si el acusado extranjero no comparece, su declaración de rebeldía con la consiguiente suspensión del proceso. Al efecto es necesario reseñar la sentencia de 8 de agosto de 1968 de la Audiencia Provincial de Huelva: «Considerando que el párrafo segundo de la regla octava del artículo 791 de la expresada Ley determina que por la ausencia injustificada del acusado que tuviera domicilio conocido no se suspenderá la celebración del juicio siempre que conste habersele «citado, personalmente»...

Considerando que *citado el encartado en la persona del Cónsul de Alemania en Sevilla, porque ese era el domicilio señalado para recibir las notificaciones y citaciones pertinentes y celebrado el juicio sin su presencia, no hace falta insistir mucho en resaltar que el Juez infringió el precepto aludido, por motivos que tan a la vista saltan, que hacen inútil subrayarlos...*

Considerando además, que si bien es verdad que al amparo de la letra h) de la regla octava del artículo 785 de la Ley citada se autorizó al encartado para ausentarse del territorio español..., no obstante, tampoco lo es menos que conforme lo estipula el último párrafo del expresado precepto al no comparecer... se le declarará en rebeldía..., con lo que *también desde la terminante perspectiva del artículo que ahora se examina se llega a idéntica conclusión de la que se acaba de realizar».*

El dilema queda, pues, centrado en determinar si el «citado personalmente» debe entenderse como citación personal stricto sensu o como citación en el domicilio con entrega de la cédula a los receptores subsidiarios (del art. 172).

En la jurisprudencia de las Audiencias provinciales cabe registrar dos claros pronunciamientos sobre el tema. La sentencia del 11 de diciembre de 1972 de la Audiencia Provincial de Castellón declara:

«... apareciendo de las actuaciones que la citación para la vista del proceso *no se hizo personalmente al acusado, sino a su esposa*, el Juez «a quo» no pudo celebrar esta,... y produce la nulidad de lo actuado por *no tener eficacia legal la referida citación a fines de no suspensión... ».*

¹⁰⁸ Véase, para idéntico caso, la correcta interpretación de la sentencia de 8 de agosto de 1968 de la Audiencia Provincial de Huelva.

¹⁰⁹ En concreto la sentencia de 23 de noviembre de 1968 de la Audiencia Provincial de Madrid declara: "...en el caso de autos la citación del acusado no se hizo en su persona... sino por media de su procurador..., es procedente..., dictar sentencia declarando..., la nulidad de las actuaciones...". Aunque la sentencia de 15 de octubre de 1970 de la Audiencia Provincial de Sevilla parece indicar que es admisible esta citación.

La sentencia de 9 de septiembre de 1969 de la Audiencia provincial de Málaga se pronunció sobre la cuestión, declarando:

«... cuando el acusado lo fue (citado) *no en su persona, sino en la de, su padre*, quien hizo ver la imposibilidad de que concurriera, es claro que el acordarse la continuación del juicio, pese a la incomparecencia de aquél, se infringió el precepto con indefensión de mismo...»¹¹⁰.

Entendemos que los términos «citado personalmente» solo pueden interpretarse en el sentido de requerirse que la citación se practique con lectura y entrega de la cédula al propio acusado, por varias razones.

En primer lugar, la citación personal del artículo 791, 8.^a, 2 es un caso incluido en el artículo 182-1.º de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Ello supone, partiendo de una correcta interpretación del artículo 182, que no sólo queda excluida la citación al procurador, sino también la citación notificada por cualquier otro procedimiento legal distinto del estrictamente personal, la cual estaría comprendida en el artículo 182, par. 2, 2.º.

En segundo lugar, el propio artículo 791, en el párrafo 1 de su regla 7 a, dispone el llamamiento y busca por requisitoria y la declaración de rebeldía, en su caso, con suspensión del proceso, tanto cuando el acusado careciera de domicilio conocido, como cuando, teniéndolo, no se hallara en él y se ignorara su paradero. En el segundo caso, la citación domiciliaria 110 estaría excluida y, si ésta fuera equiparable a la citación que exige el artículo 791, 8.^a, 2, no se comprendería la razón de la suspensión del proceso.

En tercer lugar, la Ley de Enjuiciamiento criminal no establece que la citación a juicio oral del acusado en los restantes procesos por delitos deba ser personal¹¹¹, ello es así porque su incomparecencia, cualquiera sea la modalidad de citación, da lugar a la suspensión del acto; la norma que estudiamos se ha establecido como excepción de aquella regla general¹¹² en el sentido de que no siempre la incomparecencia implica la suspensión, sino que el juicio puede celebrarse si -además de cumplirse otros requisitos- el acusado ha sido citado en persona.

El término «personalmente» carecería de sentido de no interpretarse como nosotros propugnamos. En efecto, ¿por qué la norma utiliza un término adicional («personalmente») con la —por algunos pretendida— única finalidad de disponer que la citación se practique en el domicilio, siendo así que toda citación a juicio oral del acusado en procesos por delitos debe practicarse, cuanto menos, en el domicilio? 0

¹¹⁰ Aún se podría argüir que la infracción del precepto se hace derivar de la falta de otro requisito (que la incomparecencia sea injustificada); pero es indudable que la sentencia también incide con claridad en la falta del requisito que nos ocupa.

Todas las sentencias sobre la materia declaran la nulidad si no se ha "citado personalmente" aunque no aclaran estos términos, así: 15-noviembre-1971, Audiencia Provincial de Sevilla; 6-marzo-1973, A. P. Sevilla; 5-mayo-1970, A. P. Valladolid; 8-agosto-1968, A. P. Huelva; 23-noviembre-1968, A. P. Madrid, 19-marzo-1970, A. P. Murcia.

¹¹¹ Véase artículo 664 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. La citación del acusado en libertad provisional podrá ser simplemente domiciliaria.

¹¹² FERRER MARTÍN, *La reforma procesal penal...*, cit., pág. 688; PASTOR LÓPEZ, *La reforma procesal penal...*, cit., págs. 169-170.

más claramente, ¿para qué una norma especial dirigida a excluir la citación por edictos si esta modalidad de citación ya la excluye la norma general?

b) La existencia o inexistencia de suficientes elementos de juicio.

El artículo 791, 8.^a, 2 y el artículo 971, subordinan las consecuencias de la incomparecencia, respectivamente, a que el Juez estime que existen elementos suficientes para juzgar y a que considere o no necesaria la declaración del acusado.

La incomparecencia del acusado en la vista conduce a una restricción de los elementos que han de servir al órgano jurisdiccional para formar su convicción. No pueden tener lugar ni reconocimientos por testigos, ni careos, ni la propia declaración del acusado.

La inexistencia de suficientes elementos de juicio, no impide juzgar, no excluye la sentencia sobre el fondo, dado que, prohibida por la Ley de Enjuiciamiento criminal la absolución de la instancia por falta de pruebas¹¹³, sean cuales sean los elementos de juicio de los que el juez disponga, siempre debe dictar sentencia, condenando o absolviendo libremente. Ahora bien, si la sentencia debe fundarse en un conocimiento de los hechos que el órgano juzgador considera incompleto, insuficiente para formarse la plena convicción necesaria para dictar una sentencia de condena, la sentencia que dicte será siempre de absolución, por aplicación del principio *in dubio pro reo*¹¹⁴. Para evitar que esto suceda, las consecuencias jurídicas de la incomparecencia, cuando el órgano jurisdiccional estime que carece de elementos de juicio, se orientan a obtener la concurrencia del acusado a la vista.

Con referencia a la formulación de este requisito en el artículo 791, 8.^a. par. 2, cabe efectuar algunas observaciones.

En primer lugar, si el juez, antes de la realización de la vista, afirma poseer suficientes elementos de juicio, necesariamente ha de haberlos obtenido en las diligencias previas y preparatorias. Siendo esto así, no cabe albergar duda alguna sobre el carácter inquisitivo -del proceso de urgencia de competencia de los Juzgados de Instrucción: la existencia de prejuicios en el juzgador se eleva, legalmente, a requisito de la no suspensión de la vista en incomparecencia del acusado¹¹⁵.

¹¹³ Téngase en cuenta el artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y el párrafo de la *Exposición de Motivos* en el que se afirma: "Es igualmente inútil decir que la absolución de la instancia, esta corruptela que hacía del ciudadano a quien el Estado no había podido convencer de culpable una especie de liberto de por vida, verdadero siervo de la curia marcado con el estigma del deshonor, está proscrita y expresamente prohibida por el nuevo Código...".

¹¹⁴ Sobre la función y alcance de este principio en el proceso penal, véase GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...*, (con HERCE), cit., págs. 259-265; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *El principio "pro reo" en el Derecho y en el proceso penal*, en RDPr., 1966-11; MARTÍNEZ VAL, José María, *El principio "in dubio pro reo"*, en RGLJ, 1965, t. 200; BETTIOL, G., *La regola "in dubio pro reo" nel Diritto en el processo penale*, en "Scritti giudici", I, Padova, 1966; SARACENO P., *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940; SENTÍS MELENDO, S., *In dubio pro reo*, en RDPrIberoam., 1971.

¹¹⁵ Véase GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...* (con HERCE), cit., pág. 37, FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Presente y futuro...*, cit., pág. 84 y, en este mismo lugar, conclusión 2.^a de las III Jornadas de profesores de Derecho procesal; ALMAGRO NOSETE, José, *Sobre la naturaleza del nuevo proceso penal*, en "Anales de la Universidad Hispalense", vol. XXVIII, Sevilla, 1968, págs. 8-11; PASTOR

En segundo lugar, la decisión sobre la suficiencia de los elementos de juicio, sobre la base de lo recogido en la instrucción, puede verse alterada por el resultado de la prueba aun no practicada y, tal vez, ni siquiera propuesta (art. 800, 1.^a, par. 1)¹¹⁶.

Se ha dicho por la «pequeña» jurisprudencia¹¹⁷ y por algún autor¹¹⁸, que este requisito es eminentemente subjetivo en cuanto depende de una estimación del juez. En base a ello puede configurarse la primera limitación a la posibilidad de que el juez estime poseer los elementos de juicio suficientes: si acordó de oficio la práctica de un reconocimiento, careo o de la propia declaración del acusado y éste no comparece, no puede el juez ordenar la continuación de la vista sin contradecirse de modo palmario, pues, al acordar la práctica de aquellas pruebas, reconoció implícitamente carecer de elementos de juicio suficientes¹¹⁹.

De otro lado, por más subjetiva y discrecional que sea ésta facultad, las partes -y, especialmente, el Ministerio Fiscal¹²⁰- pueden solicitar la suspensión de la vista cuando la incomparecencia del acusado implique la imposibilidad de practicar pruebas que les fueron admitidas. Si el juez no acuerda la suspensión, podrán interponer recurso de apelación contra la sentencia definitiva por aquel motivo (art. 792, 2.^a, 1: prueba no practicada por causa no imputable a la parte que la propuso).

LÓPEZ, *La reforma procesal penal...*, cit., págs. 157-158; HERCE QUEMADA, Vicente, *Las últimas reformas parciales en el orden procesal civil y penal*, en RDPr., 1968-111, págs. 13-15.

¹¹⁶ Al efecto indica IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, *Curso...*, cit., pág. 412: "... en cuanto al requisito de que el Juez pueda estimar la concurrencia de elementos suficientes para juzgar, obliga a pensar que poca o ninguna importancia se quiere dar al acto de la vista oral cuando, antes de iniciarse, antes de saber si van a traerse nuevas pruebas, antes de conocer el resultado de estas o de las antiguas no practicadas, antes de las calificaciones definitivas y de las defensas orales, se puede tomar postura sobre la suficiencia o insuficiencia de los elementos para juzgar".

Es imposible determinar *a priori* la influencia del resultado de las nuevas pruebas en orden por ejemplo, a la desvirtuación de otras anteriores quizás consideradas, con error, fundamentales: véase ALTAVILLA, Enrico, *La fallacia delle prove ritenute fondamentali per la formazione del convincimento del giudice*, en Giust. pen., 1950-I, cols. 100-102.

¹¹⁷ La sentencia de 6 de marzo de 1973 de la Audiencia provincial de Sevilla califica el requisito de que "existan elementos suficientes en el proceso para juzgarlos, a juicio del juez como "facultativo y subjetivo". Las sentencias de 8 de agosto de 19168 de la Audiencia provincial de Huelva y de 5 de mayo de 1970 de la Audiencia provincial de Valladolid, se han referido al mismo indicando: "... pero coordinándose siempre con las funciones del Juez, que podrá admitir tal situación siempre que se estime suficientemente instruido para seguir adelante con las actuaciones, aun a falta de tan importante elemento".

¹¹⁸ REYES MONTERREAL, *La reforma procesal penal*, cit., pág. 114.

¹¹⁹ Si se hubiera presentado la defensa por escrito (art. 791, 8.^a, par., 3) y no se suspendiera la vista ante la incomparecencia del acusado por estimarse que existen elementos suficientes para juzgar, se correría el peligro de celebrar la vista sin ningún tipo de defensa: sin una defensa técnica congruente con las vicisitudes de la vista —FAIRÉN GUILLÉN, *El "encausado"...*, en "Temas ...", II, cit., págs. 1.254-1.255; IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, *Curso...*, cit., pág. 413— y sin la defensa que de si mismo puede realizar el acusado al declarar o decir la última palabra.

La suspensión, por no existir suficientes elementos de juicio, entiendo que sería, en este caso, absolutamente necesaria.

¹²⁰ Véase el apartado III-3, letra b de la Circular 5/1967 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, en LÓPEZ-MUÑOZ GORI, *Doctrina, jurisprudencia...*, cit., págs. 38-51.

C) Consecuencias jurídicas de la incomparecencia respecto al acto procesal en que se produce: suspensión o interrupción de la vista del juicio.

Las consecuencias jurídicas de la incomparecencia tienen lugar, generalmente, en un doble ámbito: respecto al acto o conjunto de actos procesales, en los cuales está legalmente prevista la presencia o participación del imputado; respecto a la situación personal de éste, determinando la adopción o modificación de medidas cautelares personales. Eventualmente, en los procesos de urgencia y en los casos de pluralidad de acusados, pueda parecer -si concurre el requisito especial que luego estudiaremos- una tercera categoría de consecuencias: la separación entre los procedimientos de los que hubieran comparecido y de los que no lo hubieran hecho.

Para determinar cuáles son las consecuencias de la primera clase, debemos partir de una distinción entre incomparecencia a la vista del juicio oral e incomparecencia en otros actos procesales. La Ley de Enjuiciamiento criminal no establece una regulación general de este extremo y, por lo tanto, hay que hacer un estudio particularizado de cada acto para determinar las consecuencias que la incomparecencia del imputado tiene respecto al mismo. Nosotros nos hemos limitado al estudio de las consecuencias de la incomparecencia en la vista del juicio oral, dado que éste es el supuesto de incomparecencia más importante.

Las consecuencias afectan —en unos supuestos, siempre; en otros, bajo ciertas condiciones— a la circunstancia del tiempo de la realización de la vista, determinando que sus sesiones no tengan lugar en los momentos previamente fijados.

La incomparecencia en la vista no es un supuesto de crisis procesal¹²¹ o, más específicamente, de paralización procesal¹²². En algunos casos, la actividad procesal continua, produciéndose, concretamente, los actos procesales del órgano jurisdiccional que ponen en práctica las consecuencias jurídicas de una incomparecencia injustificada o la renovación de actos anteriores nulos -relacionados con la incomparecencia, como puede ser la nueva citación en los casos de precedente citación inválida. En cualquier caso, la incomparecencia solo implica que, por causas diversas¹²³, la vista no tendrá lugar en el momento inicialmente previsto, sino en un momento posterior¹²⁴. Las consecuencias que la incomparecencia tiene respecto al acto procesal, a diferencia de las consecuencias de la rebeldía sobre el proceso, no reflejan una previsión legal de la imposibilidad jurídica de continuar el proceso, sino el mero retraso de un acto de aquel proceso; así se explica que ni deban devolverse las piezas de convicción, ni se reserve la pretensión civil para su ejercicio separado.

ALAMILLO CANILLAS entiende que debe distinguirse entre crisis del proceso y crisis del procedimiento. Entiende por la última, una paralización

¹²¹ CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho procesal civil*, IV, Buenos Aires, 1944 (trad. Alcalá-Zamora, N. y Sentís Melendo, S.), págs. 447 y ss.; MICHELI, G. A., *Sospensione, interruzione ed estinzione del processo*, en Riv. Dir. Proc. Civ., 1942-I, págs. 3-47; GUASP, J., *La paralización del proceso civil y sus diversas formas*, en RDPr., 1951, págs. 379-394; PÉREZ GORDO, A., *La suspensión del juicio ejecutivo*, Barcelona, 1971, págs. 3-32.

¹²² GUASP, *La paralización...*, cit., pág. 383.

¹²³ Imposibilidad de lograr inmediatamente la presencia, en todo caso; deber de esperar a la cesación del impedimento, cuando se trate de ausencia justificada.

¹²⁴ CARNELUTTI, *Sistema...*, IV, Cit., pág. 448.

momentánea o temporal del trámite principal del proceso por la concurrencia de un obstáculo que impide su continuación, pero que puede removerse dentro del proceso mismo por medio de un trámite incidental o accidental o, incluso, sin necesidad del mismo¹²⁵. La incomparecencia podría suponer, partiendo de aquel concepto, una crisis del procedimiento, en cuanto determina una paralización momentánea del procedimiento del proceso declarativo. Ahora bien, si el procedimiento (penal) es la forma externa de la actividad que se desarrolla en el proceso penal¹²⁶ cabría oponer similares objeciones a las anteriormente indicadas, solo con referirlas a la manifestación externa de la actividad procesal, en vez de a la actividad misma.

Consideramos, pues, que, en el supuesto de incomparecencia, ni hay paralización del proceso, ni del procedimiento, aunque si una dilación o retraso anormales en la realización de uno de los actos (la vista) que está integrado en aquellos. Esta anormalidad temporal en la realización de la vista puede ser de dos clases, que son —según terminología acuñada por la doctrina, con base en la Ley de Enjuiciamiento criminal¹²⁷— la suspensión y la interrupción. La primera implica diferir la continuación de la vista, ya iniciada, a un momento posterior, en el cual se haya obtenido la comparecencia coactiva —caso de incomparecencia injustificada— o haya cesado el impedimento de la comparecencia —caso de incomparecencia justificada—. La segunda supone fijar un nuevo término para la iniciación de la vista, con anulación de la parte de ésta desarrollada precedentemente, cuando se prevea que la comparecencia no podrá producirse, ni, por, tanto, continuarse la vista, en un breve lapso de tiempo¹²⁸.

a) Procesos ordinario y de urgencia de competencia de la Audiencia provincial.

Respecto a la vista de los dos procesos indicados en el epígrafe, la consecuencia de suspensión o interrupción por incomparecencia del acusado, tiene lugar en todo caso. Haya sido nula o válida la citación, esté o no justificada la incomparecencia del acusado, ésta determina siempre la suspensión. No es que la validez de la citación y la existencia de impedimento sean irrelevantes, sino que solo influyen en la consecuencia de la incomparecencia que afecta a la situación personal del acusado.

La norma que establece la consecuencia de la suspensión de la vista en todo caso, no está formulada de modo expreso en la Ley de Enjuiciamiento criminal. Lo contrario sucede en el Código de Justicia Militar: su artículo 770-6.º dispone que corresponde al Presidente del Consejo de Guerra, acordar la suspensión del mismo cuando no concurra el procesado, dando cuenta a la Autoridad militar del motivo de la suspensión, para que adopte la resolución procedente respecto del que, indebidamente,

¹²⁵ ALAMILLO CANILLAS, F., *La teoría de las crisis del proceso, aplicada al proceso penal*, en RDPr., 1951, pág. 437.

¹²⁶ MONTERO AROCA, J, *Introducción al Derecho procesal*, Madrid, 1976, páginas 200-207.

¹²⁷ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...*, (Con HERCE), Cit., pág. 244; FENECH, *Derecho...*, II, ed. 1952, págs. 349-356; VIADA-ARAGONESES, *Curso...*, I, páginas 386-388, aunque estos últimos autores los incluyen como crisis procesales, opinión que no compartimos.

¹²⁸ Por la propia naturaleza del supuesto de incomparecencia, que exige la ausencia física del imputado en el acto de que se trate, es imposible admitir que la incomparecencia dé lugar a la suspensión previa de la vista —sobre ella, FENECH, *Derecho...*, II, ed. 1952, pág. 350—, porque el imputado no puede no comparecer en un acto que aún no se ha iniciado.

no hubiera comparecido. Es decir, por lo que ahora interesa, la suspensión tiene lugar tanto si el procesado no compareció indebidamente, como si dejó de hacerlo debidamente.

Unánimemente la doctrina afirma que la presencia del acusado en la vista del juicio oral es necesaria¹²⁹, pero, sin embargo, no todos los autores deducen de esa afirmación la ineludible consecuencia: la incomparecencia del acusado, cualquiera sea la causa que la determine, debe dar lugar a la suspensión de la vista.

Una argumentación en tomo a la expresada consecuencia solo se encuentra en GÓMEZ ORBANEJA y en AGUILERA DE PAZ.

Dice el profesor GÓMEZ ORBANEJA: «Sin su asistencia física y moral el juicio no se abre, ni una vez abierto, puede seguir adelante (v. artículos 841...). Nuestro derecho, para el proceso penal común, no admite el juicio en rebeldía»¹³⁰.

AGUILERA indica que «...la incomparecencia de los procesados puede obedecer a tres motivos distintos que son: ... 3.º Por falta voluntaria de concurrencia de éste en el caso de que se hallare en libertad»¹³¹, y sigue: «En todos estos casos, llegada la hora designada para dar principio a las sesiones del juicio sin que hubieran comparecido los procesados o alguno de estos, ...el Tribunal deberá decretar de oficio la suspensión del juicio ... »¹³².

De entrada, la defensa de la tesis de la suspensión impone la superación de dos importantes escollos. El primero está constituido por el párrafo 2.º del artículo 664: «La falta de citación expresada en el párrafo anterior será motivo de casación si la parte que no hubiera sido citada no comparece en el juicio». Esta norma puede interpretarse, y así se ha hecho en alguna ocasión¹³³, en el sentido de que la incomparecencia del válidamente citado no constituye motivo de casación y, dando un paso más, que no procede la suspensión de la vista si no comparece el válidamente citado. No creo que sea ésta la correcta interpretación del artículo: en primer lugar, resulta bastante claro que la Ley de Enjuiciamiento criminal no tiene en cuenta en esa norma la consecuencia jurídica de la suspensión, porque, de ser así, hubiera expresado, al menos, el supuesto más claro: si la citación es nula o no se ha realizado y la parte no comparece, la vista debe suspenderse, en segundo lugar, en estricta lógica solo se deduce de la norma lo siguiente: si la parte válidamente citada no comparece, no podrá interponerse recurso de casación por falta de citación, lo que resulta obvio, pero no impide que el recurso de casación pueda interponerse por otro motivo, ni decide, desde luego, si la vista deberá suspenderse o no.

El segundo obstáculo lo constituye el número 5.º del artículo 746, al configurar como causa de suspensión la incomparecencia del acusado determinada por su enfermedad. Cabría deducir que la incomparecencia no justificada no da lugar a la suspensión. Pero ¿cómo interpretar, entonces, el párrafo 2.º de dicho número? ¿Sería admisible hacerlo en el sentido de que la vista no se suspende, y por lo tanto, se

¹²⁹ FENECH, *Derecho...*, II, cit., págs. 1.001-1.017; IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, *Curso...*, cit., pág. 381; VIADA-ARAGONESES, *Curso...*, II, cit., pág. 99; SERRA DOMÍNGUEZ, *El juicio oral*, cit., págs. 690-691.

¹³⁰ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...* (con HERCE), cit., pág. 237.

¹³¹ AGUILERA, *Comentarios...*, V, cit., pág. 567.

¹³² AGUILERA, *Comentarios...*, V, cit., págs. 567-568.

¹³³ REUS, *Ley de enjuiciamiento...*, I, cit., pág. 392; en AGUILERA, *Comentarios...*, V, cit., págs. 579-580, referencias a opiniones en este sentido aunque sin citar procedencia.

celebra, hasta que rindan su informe los facultativos nombrados para reconocer al enfermo? No, porque se produciría una completa desvirtuación de esta causa de suspensión, dado que, mientras se practica el reconocimiento, la vista habrá concluido en la mayoría de los casos. Es más satisfactorio ver en dicho párrafo 2.º una específica expresión de la regla general: si el acusado no comparece, el órgano jurisdiccional, con suspensión de la vista, comprueba si ello se debe o no a un impedimento; en el primer caso, mantiene la suspensión; en el segundo, ordena su conducción coactiva para su comparecencia en la vista.

La jurisprudencia se ha manifestado con claridad a favor de la suspensión cuando el acusado no comparece a la vista¹³⁴, revistiendo, en este sentido, particular interés la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1972: «CONSIDERANDO que el Ministerio Fiscal al amparo del artículo 850, número 2.º de la Ley procesal suscita el presente recurso, alegando que siendo el procesado súbdito de la República Federal alemana, en libertad, fue autorizado para ausentarse de España, en forma legal, y al señalarse el juicio fue citado y emplazado para el mismo en el domicilio y en la persona por él designada, pero no compareció, ante lo cual el Ministerio Fiscal pidió la suspensión, la acusación particular manifestó que se sometía a lo que resolviera la Sala y la defensa que no se oponía a celebrarlo sin la presencia del procesado, resolviendo la Sala la continuación del juicio, consignándose en el acta la protesta fiscal a sus pertinentes efectos de este recurso que ahora funda en que la comparecencia del procesado es trámite esencial para la validez del juicio cuando se trata como en este caso de un proceso de urgencia por delito cuyo conocimiento corresponde a la Audiencia Provincial; habiéndose infringido el artículo citado de la ley procesal, pues dentro de su texto debe encontrarse comprendido, no sólo la falta de citación para el acto del juicio, sino también cuando hay como en este caso una causa grave de nulidad radical del juicio, a tenor de la doctrina de esta Sala (sentencia de 17 de noviembre de 1965); recurso que infringe (sic) no solo el apotegma nadie puede ser condenado sin ser oído, sino el artículo 780 de la Ley procesal, referente a los procesos de urgencia, que dispone que tales procesos se acomodarán en general a las normas de Derecho común descrito en la Ley procesal y esta no permite la celebración del juicio sin la presencia del inculcado, y el artículo, 755 (¿quizás art. 785, 8.ª, h, par. 3?), párrafos penúltimo y último, que expresa que cuando el dicho imputado no comparezca a una citación cualquiera que sea su objeto, será declarado en rebeldía; el artículo 800 que da por supuesta la presencia del procesado; el artículo 801, número 3, que se refiere a la suspensión del juicio por la incomparecencia de algunos procesados, por lo que se desprende que igual debe acordarse cuando, como en este caso, se trate de procesado único;

CONSIDERANDO que son tan claras y evidentes las razones en que el Ministerio Fiscal funda su recurso que no precisan de mayor esclarecimiento, ya que en modo alguno puede autorizarse cosa alguna que vaya contra el principio «nadie puede ser condenado sin ser previamente oído», precepto no nulo en la legalidad vigente, sino en el espíritu y en la conciencia de nuestra civilización actual... »¹³⁵.

¹³⁴ Véanse *infra*, notas 143, 148, sentencias del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales interpretando los artículos 842 y 801 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

¹³⁵ Las posibilidades de que llegue al Tribunal Supremo, por la vía del recurso de casación, un caso como el contemplado en esta sentencia son en extremo escasas dada la regulación de la rebeldía en la

Justifica, pues, esta sentencia la consecuencia de la suspensión en el principio «nadie puede ser condenado sin ser oído mientras que otras resoluciones del Tribunal Supremo la deducirían del sistema de la Ley de Enjuiciamiento criminal¹³⁶ como, con anterioridad, habían hecho AGUILERA¹³⁷ y la Fiscalía del Tribunal Supremo en su Instrucción número 57 de 1883¹³⁸.

Conviene, sin embargo, profundizar en la base legal de esta consecuencia jurídica de suspensión y, para ello, es básico el análisis de los artículos 841, 731, 842 y 801 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

En el artículo 841 no puede basarse, sin más, la consecuencia jurídica de la suspensión¹³⁹ por dos razones: la suspensión del artículo 841 no deriva de un supuesto de incomparecencia, sino de rebeldía; la suspensión de este artículo afecta a todo el proceso, mientras que la suspensión por incomparecencia solo se extiende a la vista del juicio oral. No obstante, para que pueda eficazmente aplicarse este artículo, es necesario que la vista se suspenda en caso de incomparecencia del acusado, porque ésta puede deberse a un supuesto de desaparición y dar lugar -previo llamamiento y busca por requisitoria- a la declaración de rebeldía-, y si la vista no se suspendió desde el primer momento el artículo 841 ya no podría aplicarse por haber concluido el juicio oral.

El artículo 731 dispone: «El Tribunal adoptará las disposiciones convenientes para evitar que los procesados que se hallen en libertad provisional se ausenten o dejen de comparecer a las sesiones desde que estas den principio hasta que se pronuncie la sentencia». El artículo ha sido puesto en relación con las consecuencias de la incomparecencia por AGUILERA¹⁴⁰ Y GÓMEZ ORBANEJA^{141 142}. La finalidad de

Ley de Enjuiciamiento criminal. Creo que la resolución transcrita ha desaprovechado una magnífica oportunidad de sentar una jurisprudencia de mejor calidad sobre la temática general de la ausencia.

¹³⁶ Así la sentencia de 18 de mayo de 1927 indica: "CONSIDERANDO que *nuestra Ley de enjuiciamiento criminal impone como necesaria la presencia en el juicio oral y público de los encartados* en el procedimiento cuya vista se celebra, y a tal fin exige en su artículo 688 que al dar comienzo el acto, el Presidente del Tribunal pregunte a los procesados si las penas contra los mismos solicitadas fueran de carácter correccional, si se declaran reos de los delitos de que se les acusa, y caso afirmativo, si se conforman con sufrir las penas contra ellos solicitadas; el artículo 664 obliga a la citación de todos los procesados, declarando motivo de casación el que no lo hubieran sido, ordenándose de igual modo en el número 5.º del 746 que el juicio se suspenda por indisposición de los encartados que no puedan estar presentes ...; siendo, por último, ordenamiento expreso, consignado en el artículo 739, que al terminarse las sesiones del juicio oral..., los Presidentes pregunten a los procesados si tienen algo más que alegar, y en el caso de contestar afirmativamente, les permite aducir todo aquello que sea de pertinencia...".

Y la sentencia de 10 de junio de 1910, aunque rechaza el recurso porque el acusado solo dejó de comparecer en el juicio de derecho pero no en el juicio ante el Jurado declara: "...con arreglo a la vigente Ley de enjuiciamiento criminal *es obligada la presencia de los procesados en el juicio...*".

¹³⁷ AGUILERA, *Comentarios...*, V, cit., págs. 580-581.

¹³⁸ Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1883, pág. 107. La citamos por POGGIO, Pedro y OYUELOS, Ricardo, *Circulares y consultas de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, Madrid, 1893, pág. 457.

¹³⁹ Como hace GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho* (con HERCE), cit., pág. 237; y, más matizadamente, AGUILERA, *Comentarios...*, V, cit., pág. 580.

¹⁴⁰ AGUILERA, *Comentarios...*, V, cit., pág. 507

¹⁴¹ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...* (con HERCE), cit., pág. 237.

¹⁴² En VIADA-ARAGONESES, *Curso...*, II, Cit., pág. 99, se efectúa una referencia al mismo que produce cierta perplejidad: "... y hasta tal extremo se lleva este principio que la ausencia del acusado

este artículo no es imponer un reforzamiento de la efectividad de la libertad provisional en cuanto medida cautelar: ello no es más necesario en la etapa procesal a la que el artículo se refiere, que lo pueda ser durante la instrucción y, en definitiva, hasta que deba procederse a la ejecución de la sentencia (de ser firme y condenatoria); por otro lado, no solo la ausencia (desaparición) ha de evitarse —en cuanto impediría la ejecución de la pena privativa de libertad—, sino también la incomparecencia —que es la falta de participación en la vista—. Si la incomparecencia del acusado no implicara la consecuencia jurídica de suspensión de la vista, el artículo 731 carecería de sentido.

El artículo 842 solo permite la continuación del proceso respecto a los acusados presentes, una vez declarada la rebeldía de los ausentes. Si la ausencia de alguno de los acusados se manifiesta concretamente en el momento de la vista, como incomparecencia, la aplicación de aquel artículo implicará la suspensión de la vista, tanto para los que hubieran comparecido, como para los que no lo hubieran hecho¹⁴³.

Del artículo 801, par. 3, de la Ley de Enjuiciamiento criminal -aplicable en los dos procesos de urgencia- se deduce que la vista debe suspenderse por incomparecencia de algún acusado, en el caso de ser varios. La redacción de esta norma es tan desafortunada que ha permitido que se dude¹⁴⁴, e incluso que se afirme¹⁴⁵

determina la suspensión del juicio (núm. 5.º del art. 746), adoptándose a tal fin las prevenciones necesarias (art. 731)". En efecto, no parece muy necesario adoptar las prevenciones del artículo 731 para evitar que el acusado deje de comparecer durante las sesiones si éstas se han suspendido a causa de su enfermedad.

¹⁴³ La jurisprudencia se ha mantenido en esa línea interpretativa: la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1967 indica: "...al señalarse día para la vista no comparecieron los procesados J. M. T. y M. T., los -cuales al ser citados para el mismo no se encontraron en sus domicilios, y aunque el Fiscal solicitó la suspensión no fue acordada por el Tribunal, en razón de que siendo los delitos atribuidos a unos y otros procesados Independientes entre sí, podían ser juzgados separadamente, según los artículos 792 y 801 de la Ley Procesal, olvidando que los citados preceptos están dictados para el caso de seguirse la causa por el procedimiento de urgencia, pero no para el trámite ordinario..., que no consentía prescindir en modo alguno de algunos procesados, como en este caso prescindió el Tribunal de los dos antes citados, sin que fuera pretexto aceptable el no haber sido encontrados en el momento para la citación a juicio oral, porque en tal caso debió hacerse las diligencias necesarias para declarar previamente la rebeldía de los mismos". Una aplicación -aunque incorrecta porque debió aplicarse el artículo 801, par. 3- del artículo 842, en la sentencia de la Audiencia provincial de Tarragona de 17 de marzo de 1969: "...no habiendo comparecido el acusado N. R..., ni habiendo sido citado personalmente, es evidente que procedía la suspensión del juicio oral también para el acusado P. C. y el llamamiento por requisitorias del acusado N. R. y una vez declarada, en su caso, la rebeldía de éste es cuando hubiera procedido la celebración del juicio oral contra el acusado F. C...." *Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1976, por el Fiscal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1976, págs. 308-312.

¹⁴⁴ El profesor FAIRÉN, *El "encausado"...* en "Estudios...", II, cit., página 1.264, la califica de "norma sibilina"; PRIETO-CASTRO, L., GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Derecho procesal penal*, Madrid, 1976, pág. 351.

¹⁴⁵ Un procurador afirmó, en la sesión de Cortes de 28 de mayo de 1957, que la más destacada innovación de la Ley de 8 de junio de 1957 --en la que apareció la actual redacción del artículo 801-- era autorizar que el juicio oral pueda celebrarse sin la presencia del acusado, siempre que el Tribunal entienda que tiene elementos suficientes para juzgar y decidir sin tales presencias (CASTEJÓN CHACÓN, Carlos, *Acerca de la Ley de 8 de junio de 1957 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento criminal, estableciendo un procedimiento de urgencia Para la represión de ciertos delitos*, en RGLJ, 1957, tomo 203, páginas 124-125, nota 52). Y la sentencia de la Audiencia provincial de Murcia de 19 de mayo de 1970 dice: "...y si bien es cierto, el segundo de los citados (art. 801) faculta al Tribunal colegiado -con expresa derogación de lo dispuesto en el Título citado en primer lugar (Título III, libro

que la misma establece la posibilidad de no suspender la vista por incomparecencia del acusado. Esta interpretación no es correcta por varias razones, entre las cuales destacamos dos. Primera: es ilógico que la no suspensión de la vista respecto al acusado no compareciente, se subordine a la existencia de elementos para juzgar con independencia a acusados presentes y ausentes, dado que, si la vista no se suspende respecto a ninguno, las conductas de todos ellos serán juzgadas en una única sentencia (en sentido formal)¹⁴⁶. Segunda: la *ratio* del artículo 801, par. 3, es evitar que la vista se suspenda respecto a los acusados presentes, hasta que se haya declarado la rebeldía de los ausentes, lo cual implica, de por sí, que respecto a los últimos la vista se suspende¹⁴⁷. El sentido del artículo 801, 3, es el siguiente: la incomparecencia de un acusado no da lugar a la suspensión de la vista respecto a los acusados que hayan comparecido, aunque sí respecto al primero¹⁴⁸.

Hay que observar, por fin, que ninguno de los artículos estudiados, de los que se deduce la consecuencia de suspensión de la vista, contiene una distinción entre incomparecencia justificada o injustificada; todos ellos se refieren, directa o indirectamente, al puro hecho de la incomparecencia.

b) *Proceso de urgencia de competencia de los Juzgados de Instrucción.*

Deben distinguirse, con base en el artículo 791, regla 8.a, par. 2, dos casos.

Cuando la citación hubiera sido domiciliaria, en el domicilio elegido o, por exclusión, cuando no hubiera sido personal, la consecuencia de suspensión de la vista

III, de la Ley de Enjuiciamiento criminal)— para celebrar los debates sin la presencia del acusado y sin someter tal acuerdo a la concurrencia de requisito alguno salvo el de incomparecencia...".

¹⁴⁶ Aunque la sentencia será formalmente única, en realidad habrá tantas sentencias como partes acusadas, pues estamos ante un fenómeno de acumulación de pretensiones y no de pluralidad de partes, MONTERO AROCA, J., *La intervención adhesiva simple*, Barcelona, 1972, pág. 62.

¹⁴⁷ Una disposición como la del artículo 801, 3, fue propugnada por COLMEIRO en 1888, *Estado de la Administración de Justicia y reformas que parecen convenientes. Memoria elevada al Ministro de Gracia y Justicia en la solemne apertura de los Tribunales, el día 15 de diciembre de 1888, por el Fiscal del Supremo*, en RGLJ, 1888, tomo 73, págs. 329-330. Recientemente, en la Memoria de 1976, cit., la Fiscalía del Tribunal Supremo ha solicitado su extensión al proceso ordinario.

¹⁴⁸ Así, en doctrina, IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, *Curso...*, cit., pág. 402; LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel, *Doctrina...*, cit., pág. 511; FERRER MARTÍN, Daniel, *La reforma procesal penal...*, cit., págs. 717-718.

Además de las sentencias del Tribunal Supremo de 30-9-67 y 15-4-64, debe destacarse la de 28 de noviembre de 1969: "CONSIDERANDO que la Ley de 8 de junio de 1957, instauradora en nuestro ordenamiento adjetivo penal del denominado procedimiento de urgencia para determinados delitos, dio una nueva redacción al artículo 801 de la Ley de enjuiciamiento criminal, con posibilidad al amparo de sus normas de celebración del juicio oral, pese a la incomparecencia de alguno de los procesados si el Tribunal estimare que existen elementos para juzgar con independencia unos de otros, precepto que conjugado con el del número 2.º del artículo 850 de la misma Ley..., determina que si el Tribunal de instancia hace aplicación de la norma primeramente indicada y pese a la *incomparecencia de alguno o algunos de los procesados acuerda la prosecución del juicio oral exclusivamente contra los restantes que hayan comparecido*, carece de trascendencia a los fines casacionales tanto que se haya omitido la citación de los no comparecidos como que las citaciones adolezcan de algún vicio o defecto...". La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de abril de 1973, dice: "...pues si bien el juez no hizo constar expresamente tal situación se deduce tácitamente de la sentencia al hacer referencia al acusado rebelde lo que significa que estima suficientes los elementos de prueba para entrar en el juicio oral contra el acusado presente y sin que afecte a la sentencia el hecho de no haberse dictado auto de rebeldía del otro procesado".

por la incomparecencia se produce del mismo modo que en los procesos antes estudiados. Ello es así porque el artículo 791, regla 8.^a, par. 2 tiene el carácter de regla especial, no solo porque es únicamente aplicable en este tipo de proceso, sino también porque debe aplicarse exclusivamente cuando la incomparecencia ha sido precedida de una determinada modalidad de notificación de la citación. En otro caso, por el artículo 791, regla 8.^a, par. 1 y par. 1 del artículo 780, rige la normativa común¹⁴⁹.

Cuando la notificación de la citación para la vista ha sido personal, nos encontramos en el ámbito del supuesto especial de incomparecencia del acusado en la vista de este proceso de urgencia. Ello implica que la consecuencia de suspensión ya no deberá tener lugar en todo caso. Dependerá de la concurrencia de alguno de los requisitos especiales de este supuesto: de que la incomparecencia sea justificada o de que el órgano jurisdiccional estime que no existen elementos suficientes para juzgar al acusado sin que comparezca.

c) Juicio de faltas.

La incomparecencia en el juicio verbal no implica, por regla general, su suspensión (art. 9, Decreto de 21 de noviembre de 1952, art. 971 de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

La consecuencia jurídica de suspensión solo debe producirse cuando la incomparecencia derive de una justa causa (art. 4, Decreto de 21 de noviembre de 1952, art. 966 de la Ley de Enjuiciamiento criminal) o de motivo justo (art. 6, Decreto de 21 de noviembre de 1952, art. 968 de la Ley de Enjuiciamiento criminal). Si el presunto culpable reside fuera de la circunscripción del juzgado competente, el juicio no se suspenderá, aunque haya dejado de comparecer por legítimo impedimento, si ha hecho uso de su derecho a presentar escrito de defensa o a apoderar a persona para que le represente en el acto (art. 8, Decreto de 21 de noviembre de 1952); en cambio, si ha manifestado su decisión de comparecer en persona y pedido la suspensión por estar

¹⁴⁹ Véase, en doctrina, FERRER MARTIN, *La reforma procesal penal...*, cit., págs. 686-687, 717; PASTOR LÓPEZ, *La reforma procesal penal...*, cit., pág. 169170; REYES MONTERREAL, *La reforma procesal penal*, cit., págs. 113-114. En jurisprudencia, especialmente, sentencia de 6 de marzo de 1973 de la Audiencia Provincial de Sevilla: "CONSIDERANDO que la posibilidad de la celebración de un juicio oral en proceso penal sin la presencia del acusado, frente al principio de derecho de que nadie puede ser condenado sin ser oído, consagrado con carácter general en nuestro ordenamiento penal, recogido en el artículo 664 de la Ley de enjuiciamiento criminal y protegido en su vigencia por el principio de legalidad que la preside..., viene establecida con carácter excepcional y limitada a los procesos de urgencia de que conocen los Jueces de Instrucción, en el artículo 791 del Cuerpo legal citado, condicionándola a dos presupuestos, indeclinable y objetivo el uno.. -, haciendo relación el primero a la necesidad de que conste haberse citado personalmente al acusado...".

También, sentencia de 19 de mayo de 1970 de la Audiencia provincial de Murcia: "CONSIDERANDO que la Ley de Enjuiciamiento criminal, en el Título III, libro III, en armonía con los principios que la inspiraron, impone, de manera explícita y obligatoria, la presencia en los debates del juicio oral, de la persona del acusado; y únicamente por motivos de orden, el artículo 687, faculta al Presidente del Tribunal para decidir que las sesiones se celebren sin su presencia; que la regla 8.^a del artículo 791 de la citada Ley determina que el juicio Oral ante 108 Jueces de instrucción por delitos de su competencia, con las modificaciones establecidas el, 108 artículos 800 y 801..., es cierto que el párrafo 2.º de la regla 8.^a del repetido artículo 791, limita tal facultad (celebración del juicio en incomparecencia) de los Jueces de instrucción —...—a que conste la citación personal de los acusados...".

impedido, debe suspender el juicio, porque, aunque no esté obligado a comparecer (art. 8, Decreto de 21 de noviembre de 1952), tiene derecho a hacerlo.

El juicio también se suspende si el presunto culpable no comparece y el Juez considera necesaria su declaración (art. 971 de la Ley de Enjuiciamiento criminal)¹⁵⁰. El artículo 9 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 aparentemente restringe la posibilidad de que se ordene la suspensión en el caso de que el incompareciente resida en la circunscripción del juzgado. A mi modo de ver este artículo no ha derogado el 971 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y continúa siendo válida hoy la interpretación de AGUILERA¹⁵¹; solo que el artículo 9 no puede aplicarse, en la parte que dispone la conducción del acusado por la fuerza pública y la imposición de multa, al acusado que no reside en la circunscripción del juzgado, porque no está obligado a comparecer (art. 8, Decreto de 21 de noviembre de 1952).

IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO se pronuncia por la posibilidad de una suspensión indefinida mientras el acusado, cuya declaración se estima necesaria, no sea hallado¹⁵². Esta afirmación pugna con el régimen establecido, por vía general, para la citación del acusado a juicio verbal de faltas, ya que, al permitirse su práctica por edictos, implícitamente se excluye la suspensión por el simple hecho de hallarse el acusado en ignorado paradero. Pero cuando el Juez no puede formar su convicción sin la declaración del acusado, no puede afirmarse que la necesidad de esta última dependa de la disponibilidad o no de la persona del acusado; de modo que, si se entiende que la ley no permite mantener la suspensión indefinidamente hasta que se halle al acusado, el Juez, carente de un elemento de juicio que considera necesario, absolverá libremente, observando el principio «in dubio pro reo»¹⁵³.

D) Consecuencias jurídicas de la incomparecencia respecto a la situación personal del imputado.

Si la incomparecencia del imputado implica la suspensión de la vista, es lógico que el ordenamiento jurídico establezca, para los casos de incomparecencia injustificada, una nueva consecuencia que, incidiendo sobre la libertad del imputado, le sujete inevitablemente a comparecer e impida que la realización de la vista quede subordinada a su arbitraria voluntad.

Esta consecuencia consiste en la adopción *ex novo* o en la modificación de medidas cautelares personales respecto al imputado. Constituye opinión dominante en la doctrina española -y tema discutido entre autores extranjeros- que la finalidad de las medidas cautelares en el proceso pena], es tanto la de asegurar la ejecución, cuanto la de garantizar la presencia del imputado en el proceso¹⁵⁴. Efectivamente, como ahora se

¹⁵⁰ AGUILERA, *Comentarios...*, VI, cit., págs. 577-578; REUS, *Ley de enjuiciamiento...*, II, cit., pág. 136.

¹⁵¹ AGUILERA, *Comentarios...*, VI, cit., págs. 578-579: si no comparece el acusado que reside fuera de la circunscripción del Juzgado y su declaración se considera necesaria, el juicio se suspende y se le recibe declaración mediante exhorto.

¹⁵² IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, *Curso...*, cit., pág. 433.

¹⁵³ Véase nota 114.

¹⁵⁴ En la doctrina española FAIRÉN, V., *La detención antes del juicio*, en RDPrIberoam, 1971, pág. 775; FENECH, *Derecho...*, II, cit., pág. 815; HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit.: (con G. ORBANEJA), págs. 189-190; VIADA-ARAGONESES, *Curso...*, I, cit., págs. 283-285; para IBÁÑEZ

verá, en nuestro Derecho, la prisión y la libertad provisionales cumplen ambas funciones-, solo en dos supuestos se hace referencia a medidas de carácter coercitivo (art. 731 de la Ley de Enjuiciamiento criminal -de contenido indeterminado- y artículo 9 Decreto de 21 de noviembre de 1952 -conducción por la fuerza pública-), que garantizan solo la intervención en un acto procesal y, en modo alguno, la ejecución de la sentencia¹⁵⁵.

En el ámbito de los procesos por delitos, la incomparecencia injustificada del imputado da lugar a la adopción o modificación de medidas cautelares en base a diversas normas cuya *ratio*, sin embargo, es única.

Si el imputado se halla en libertad provisional y deja de comparecer cuando ha sido citado¹⁵⁶, la consecuencia jurídica consistirá en la revocación del auto de libertad provisional y emisión de auto de prisión, con base al artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Este artículo constituye la expresión normativa del principio *rebus sic stantibus* aplicado a las medidas cautelares, el cual hace referencia a la variabilidad de la medida en función de los presupuestos¹⁵⁷. La libertad provisional se acuerda cuando el peligro de que el imputado se sustraiga al proceso no existe¹⁵⁸. De las normas de la Ley de Enjuiciamiento criminal sobre la prisión provisional, se deduce que la Ley entiende que existe el *periculum in mora* siempre que el delito que se impute tenga señalada pena superior a prisión menor (art. 503-2.^a)¹⁵⁹; sin embargo,

Y GARCÍA-VELASCO, *Curso...*, cit., pág. 198, en principio, solo aseguran el proceso cognitorio y no el de ejecución.

En la doctrina italiana la tesis de la doble finalidad es mantenida por MANZINI, V., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, III (trad. Sentís Melendo, Ayerra Redín), Buenos Aires, 1953, pág. 554; VASALLI, G., *Osservazioni sulla custodia preventiva*, en "Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini", Padova, 1954, págs. 486, 492-493; CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, págs. 145-146. Entienden, en cambio, que las medidas cautelares solo aseguran la posibilidad práctica de ejecución de la pena, DE LUCA, G., *Lineamenti della tutela cautelare penale, La carcerazione preventiva*, Padova, 1953, pág. 15; FOSCHINI, *Sistema del Diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, pág. 446; DE MARSICO, A., *Diritto processuale Penale, Napoli*, 1966, pág. 215.

¹⁵⁵ Con base a esto es necesario un replanteamiento del problema, a un doble nivel: a nivel teórico, deberá estudiarse hasta qué punto las medidas cautelares personales no tienen dos funciones, sino que la detención prisión y libertad provisionales cumplen dos finalidades: una cautelar y otra de coerción Procesal; en un nivel práctico —y como propuesta *de iure condendo*—, es necesario regular medidas de coerción personal (puras), dado que el ineludible recurso a la prisión provisional puede resultar desproporcionado respecto al fin que se persigue -véase, en este sentido, DE MARSICO, A., *Diritto processuale penale*, cit., pág. 215-.

¹⁵⁶ La incomparecencia en la vista del juicio oral se encuadrará, generalmente, en este supuesto porque, incluso en el proceso de urgencia de competencia de los jueces de instrucción -donde pueden no haberse adoptado medidas cautelares personales durante la instrucción (art. 790, 3^a, par. 1, in *fine*)- (art. 790, 3^a, par. 3), la situación cautelar personal del imputado en el momento de la vista, se habrá concretado bien en la prisión o bien en la libertad provisional.

¹⁵⁷ FAIRÉN GUILLÉN, *La detención antes de juicio*, en RDPrIberoam., 1971, págs. 755, 766.

¹⁵⁸ La adopción de la prisión provisional o de la libertad provisional no depende de un diferente *fumus boni iuris*, sino de un mayor o menor, respectivamente, *periculum in mora*. La inexistencia de *fumus boni iuris* da lugar a la extinción de toda medida cautelar personal: véase DE LUCA, G., *Lineamenti...*, cit., págs. 88-89; GUARRINIELLO, R., *La discrezionalità del giudice in tema di mandato di cattura o di libertà provvisoria*, en Riv. Dir. Proc., 1966, pág. 525.

¹⁵⁹ Cuando mayor sea la pena amenazada mayores serán los deseos de eludirla: véase VASALLI, G., *Osservazioni sulla custodia preventiva*, en "Onore Manzini", Padova, 1954, pág. 490; FOSCHINI,

la norma no es de aplicación automática¹⁶⁰, pues el artículo 504, par. 2, prevé que el órgano, jurisdiccional valore las circunstancias concurrentes en el caso concreto y, si de aquellas resulta la inexistencia del *periculum*, puede acordar la libertad provisional¹⁶¹. Cuando el delito imputado está incriminado con pena de prisión menor o inferior, se invierten los términos del mecanismo antes expuesto: la Ley de Enjuiciamiento criminal, en abstracto, excluye la prisión provisional (art. 503-3.ª) pero el juez puede acordarla si, específicamente, existen datos que revelen el riesgo de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia (art. 503-3.ª, segundo inciso, art. 504, par. 1), uno de los cuales es la incomparecencia sin motivo legítimo.

La incomparecencia injustificada del imputado en libertad provisional será índice revelador de la existencia en concreto del *periculum in mora* y, en base a ello, se revocará la libertad provisional y acordará la prisión¹⁶².

En el proceso de urgencia de competencia de los Juzgados de Instrucción, la consecuencia jurídica estudiada se deberá producir, en todo caso, siempre que el Juez haya acordado la suspensión por estimar que carece de suficientes elementos para juzgar sin la comparecencia del acusado. Si la vista no se suspende por no estar justificada la ausencia y existir suficientes elementos de juicio, aún deberá acordarse la prisión si el Juez la considera necesaria si no para asegurar la comparecencia en la vista, sí para garantizar la ejecución de la pena privativa de libertad que pueda imponerse (función cautelar stricto sensu).

El hecho de que la consecuencia jurídica de la incomparecencia que incide sobre la situación -personal del imputado sea, precisamente, la emisión del auto de prisión, revela la autonomía de este supuesto normativo incluso en cuanto a esta clase de consecuencias. En efecto, es suficiente en estos casos que se dicte auto de prisión porque, en principio, el órgano jurisdiccional Conoce el paradero del imputado. Ese auto de prisión, cuya ejecución se encomienda, si no a un solo funcionario de la policía judicial (art. 505, par. 1), sí a un círculo reducido de estos funcionarios determinado en relación con el lugar de paradero del imputado, se podrá ejecutar inmediatamente, siempre y cuando el paradero actual del imputado continúe siendo el

Sistema di Diritto processuale penale, I, Milano, 1965, pág. 507; GÓMEZ DE LA SERNA, *De la prisión preventiva*, en RGLJ, 1857, págs. 214-215 y GÓMEZ RODRÍGUEZ, *Telesforo, Detención y prisión preventiva*, en RGLJ, 1865, pág. 45.

¹⁶⁰ (160) En la redacción originaria de la Ley de Enjuiciamiento criminal en ningún caso se imponía al órgano jurisdiccional, impidiéndole una apreciación discrecional del *periculum in mora*, dictar un auto de prisión. El auto de prisión obligatorio -siempre que exista *fumus boni iuris*-- ha sido introducido en nuestro proceso penal por los D-L 22-marzo-1957 (incorpora el par. 1 del núm.- 4.º del art. 503), 23-nov.-1.957 (incorpora el par. 2 del mismo artículo y número) y la Ley de 2 de diciembre de 1963 (art. 9-1, a): la prisión tiene, en estos casos, una función cautelar muy secundaria, pasando a primer plano una (espúrea) función preventiva (evitar que el imputado libre pueda impedir la normalización de la situación alterada por el delito). Para una crítica, véase FAIRÉN, *Notas sobre jurisdicciones especiales*, cit., págs. 8-11; AMODIO, E., *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo* en Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1967, págs. 864-865, 881. El n.º 4.º del artículo 503 Lecrim, ha sido derogado por Ley 10/1978, de 20 de febrero.

¹⁶¹ Sobre esta apreciación discrecional del *periculum in mora*, FAIRÉN, *La detención...*, cit., pág. 762; AGUILERA, *Comentarios...*, IV, Cit., pág. 201; FENECH, *Derecho...*, II, cit., pág. 826; SOTO NIETO, F., *La prisión y la libertad provisionales vistas por un juez*, en RDPr., 1955, págs. 583-585.

¹⁶² Sobre si, Posteriormente, podrá o no de nuevo acordarse su libertad Provisional, véase SOTO NIETO, *La prisión y libertad provisionales...*, cit., página 588.

que era conocido. Por esa razón no es aceptable la tesis mantenida por la Fiscalía del Tribunal Supremo en la Memoria de 1883¹⁶³ que, basándose en una aplicación automática del número 3.º del artículo 835 y sin interpretarlo sistemáticamente en relación con los artículos 505 y 512, atribuye a la incomparecencia en la vista del juicio oral del procesado en libertad provisional, la inmediata consecuencia de su llamamiento y busca por requisitorias. La orientación que deriva de esta Instrucción de la Fiscalía del Tribunal Supremo es teóricamente incorrecta y prácticamente inadecuada. Lo primero porque se basa en una confusión entre dos supuestos de ausencia distintos: atribuye a la incomparecencia las consecuencias de la desaparición. Lo segundo porque resulta desproporcionado utilizar, para obtener la presencia ante el órgano jurisdiccional de un imputado cuyo paradero, en principio, es conocido, un medio como el llamamiento y busca por requisitorias, cuyas características están en función de una finalidad más compleja —obtener la presencia del imputado cuyo paradero se desconoce—.

En los procesos por faltas, la consecuencia jurídica de la incomparecencia que afecta a la libertad personal del acusado no está totalmente excluida. Inicialmente, la producción de esta consecuencia se subordina a que la incomparecencia sea injustificada y haya dado lugar a la suspensión —por considerarse necesaria la declaración del acusado—. En tal caso, se debe distinguir: a) si el acusado reside fuera de la circunscripción territorial del Juzgado que conoce el juicio, el Juez no puede ordenar la conducción coactiva de aquél, debiendo limitarse a recibirle la declaración mediante exhorto o carta-orden (arts. 967, 970, Ley de Enjuiciamiento criminal: arts. 5 y 8 Decreto de 21 de noviembre de 1952¹⁶⁴; b) si el acusado reside en la circunscripción de aquel Juzgado, el Juez lo hará conducir a su presencia por la fuerza pública (art. 9, Decreto de 21 de noviembre de 1952)¹⁶⁵.

E) La separación de procedimientos en los casos de pluralidad de acusados.

Cuando la ausencia del imputado tiene como consecuencia jurídica la suspensión del proceso o de algún acto del mismo, se plantea el problema, en el caso de que exista una pluralidad de imputados que sean enjuiciados en un solo procedimiento, de si y hasta qué punto la suspensión debe afectar también a los imputados presentes.

¹⁶³ Instrucción número 43, recogida en extracto en POGGIO y OYUELOS, *Circulares y consultas...*, cit., págs. 344-345.

¹⁶⁴ AGUILERA, *Comentarios...*, VI, cit., págs. 578-579; REUS, *Ley de enjuiciamiento...*, II, cit., págs. 136-137: en el modo expresado en el texto se compaginan, vienen a indicar estos autores, la no obligación de comparecer con la necesidad de recibir la declaración.

¹⁶⁵ Esta consecuencia no se formulaba de modo expreso en los artículos de la Ley de Enjuiciamiento criminal reguladores del juicio de faltas. Debe llamarse la atención sobre dos puntos: la medida del artículo 9 D. 21-nov.-1952, constituye un caso de medida coercitiva no cautelar, no considero necesario —contra lo que parece deducirse de la redacción del artículo que comentamos— que se cite por dos veces al acusado (la citación a juicio verbal y una nueva citación cuando, dada la incomparecencia, el Juez haya ordenado la suspensión por considerar necesaria la declaración), dado que la obligación de comparecer se le impone, por residir en la circunscripción del Juzgado, con la primera citación y no especialmente cuando se considera necesaria su declaración.

La suspensión o al menos la suspensión por tiempo indefinido del proceso respecto a los imputados presentes, no es jurídicamente necesaria y existen razones fundamentales para -rechazarla.

En primer lugar, la suspensión no es jurídicamente necesaria porque, en el proceso penal, no puede producirse un litisconsorcio pasivo necesario. El litisconsorcio necesario en el proceso civil, es una categoría procesal correlativa a determinada estructura jurídico-material de ciertas relaciones jurídicas¹⁶⁶. En los supuestos de litisconsorcio propiamente necesario, en el proceso se deduce una única pretensión con pluralidad necesaria de sujetos que piden -activo- o frente a los que se pide -pasivo-¹⁶⁷. La falta de participación de todos aquellos sujetos en el proceso, da lugar a una sentencia ineficaz, no susceptible de producir modificaciones en la relación jurídico-material¹⁶⁸, razón por la cual es preciso que el contradictorio venga instituido —inicial o posteriormente¹⁶⁹— en su plenitud en lo que se refiere a la pluralidad necesaria de sujetos, que deben ser parte en el proceso. Partiendo de estas premisas, cae por su base la admisión del litisconsorcio pasivo necesario en el proceso penal propugnada por VIADA¹⁷⁰ y MASSA¹⁷¹, porque, en el proceso penal, incluso cuando la pluralidad de imputados no se debe a la acumulación de procesos por delitos distintos entre sí conexos sino a la participación en diversos grados en un único delito, no se ejercita una pretensión única frente a varias personas, sino tantas pretensiones como procesados existan. Ello es lógica consecuencia del principio de responsabilidad penal individual, fundamento del ordenamiento penal vigente¹⁷², cuya repercusión, en el plano procesal, es que el proceso penal tiene el fin de establecer si una persona concreta ha realizado un hecho y si, por ello, esa persona ha incurrido en responsabilidad criminal¹⁷³. No existiendo litisconsorcio pasivo necesario, la suspensión del proceso respecto al imputado ausente no debe extenderse al presente, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia¹⁷⁴.

¹⁶⁶ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Sobre el litisconsorcio en el proceso civil*, en "Estudios...", cit., pág. 317; MONTERO AROCA, Juan, *La intervención adhesiva simple (Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil)* ... Barcelona, 1972, págs. 72-73; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Concepto y regulación positiva del litisconsorcio*, en RDPrIberoam., 1971, págs. 584-585

¹⁶⁷ MONTERO, *La intervención...*, cit., págs. 69-76.

¹⁶⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, *Concepto y regulación positiva...*, cit., páginas 583-584, 585, 589-599.

¹⁶⁹ Sobre las dificultades, en nuestro Derecho positivo, para la integración del contradictorio posterior a la presentación de la demanda, véase FAIRÉN, *Sobre el litisconsorcio...*, cit., págs. 138-113; MONTERO, *La intervención...*, cit., págs. 20-23.

¹⁷⁰ VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, C., *Litisconsorcio pasivo necesario en el delito de adulterio*, en RDPr., 1947, pág. 58: "... existe litisconsorcio pasivo necesario en el delito de bigamia, en el adulterio, y en general, en todos los casos de coautoría..."; seguido por MUÑOZ ROJAS, T., *El imputado...*, cit., pág. 57, nota 61.

¹⁷¹ MASSA, *L'effetto estensivo dell'impugnazione nel processo penale*, Napoli 1955, págs. 36-40.

¹⁷² GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, II, cit., pág. 274.

¹⁷³ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, II, cit., pág. 282.

¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 27-junio-1968: "CDO.: que en igual línea interpretativa, la añeja resolución de esta Sala de 16 de enero de 1875, estableció no poder acogerse la alegación de que la rebeldía de coautor de adulterio, impedía la condena de la mujer casada infiel, confirmando la sanción impuesta a ésta por la ausencia procesal de aquél, siendo exacta esta doctrina y digna de continuar manteniéndose, puesto que, si conocidos los adúlteros, se dirige la querrela contra ambos, queda cumplida la exigencia única que establece el artículo 450 del Código Penal, y si en el curso del procedimiento uno de ellos se coloca en voluntaria situación de rebeldía procesal, el precepto aplicado

En segundo lugar, la suspensión indefinida del proceso respecto a los imputados presentes pugnaría con el posible interés de estos en una pronta resolución de la causa, en abandonar la insegura y perjudicial situación que origina el estar sometido a proceso penal¹⁷⁵, y, al mismo tiempo, dicha suspensión no estaría justificada en la protección del derecho, constitucionalmente reconocido al imputado, a ser personalmente oído.

Sin embargo, la continuación del proceso respecto a los imputados presentes y la consiguiente separación de procedimientos no está exenta de problemas, porque hay que pensar que la acumulación de procesos en un único procedimiento está al servicio de determinados fines —evitación de sentencias contradictorias, logro de una mayor eficacia en la actividad jurisdiccional, etc.—¹⁷⁶, difíciles de alcanzar cuando la acumulación se quiebra.

El legislador, teniendo en cuenta las consideraciones apuntadas en el párrafo anterior y tratando de salvar en la medida de lo posible —es decir, sin llegar a establecer una suspensión indefinida del proceso respecto a los imputados presentes— la finalidad perseguida mediante la acumulación de procesos, ha regulado especialmente las repercusiones de la incomparecencia de algún acusado a la vista del juicio oral sobre la realización de ese mismo acto con respecto a los acusados comparecientes.

a) *Proceso ordinario y procesos de urgencia.*

Las consecuencias de la incomparecencia de algún acusado sobre la realización de la vista del juicio oral respecto a los acusados presentes, son distintas en el proceso ordinario y en los de urgencia.

En el proceso ordinario no existe una norma que regule de modo expreso este supuesto, pero ello no implica que el supuesto no esté regulado. Se trata —una vez más— de que la normativa de la Ley de Enjuiciamiento criminal, solo se ocupa expresamente de un supuesto de ausencia —la rebeldía—, por lo que es necesario ir más allá de los términos literales de las disposiciones para desvelar la regulación de los restantes

es el 842 de la Ley de Enjuiciamiento criminal..., con solución justa que no puede ser cohibida en ningún caso, ni por lo tanto en el adulterio, ya que la norma penal antes citada no exige que el juicio se celebre contra los dos, sino que contra ellos se entable la querrela, ni la técnica penal impone en su alianza con la procesal, una coautoría indivisible con efectos paralizadores de la acción, lo que tendría que determinarse por norma expresa inexistente, por contrariar el derecho de persecución y punición, y podría prestarse a voluntarios subterfugios contrarios a la finalidad de actividad y decisión a que tiende todo proceso penal, sin que represente la condena de uno de ellos la sanción del ausente, porque además de no imponerse en el proceso criminal ordinario, en el que sea habido, ha de ser juzgado con todas las garantías y con independencia de criterio, sin limitaciones que provengan de la resolución anterior.

En Idéntico sentido, Sentencia del Tribunal Supremo 20-marzo-1970.

¹⁷⁵ AGUILERA DE PAZ, *Comentarios...*, V, cit., pág. 788: "... el mero buen sentido impone la continuación en cuanto a ellos por el derecho indiscutible que les asiste para salir cuanto antes y sin demora de la situación indefinida que entraña el procesamiento, absolviéndoseles o condenándoseles a fin de que no se les cause indebidos e innecesarios perjuicios con la suspensión injustificada del procedimiento". memoria de la F. T. S. de 1976, cit., págs. 309-310.

¹⁷⁶ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*, I, Barcelona, 1947, págs. 436-437; DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal*, Pamplona, 1972 págs. 77-84.

supuestos de ausencia. De una interpretación *a contrario sensu* del artículo 842, se deduce la regulación del caso.

En el artículo 842 se dispone que la continuación del proceso respecto a los acusados presentes, en procedimiento separado del de los ausentes, se realizará sobre el presupuesto de la declaración de rebeldía de los últimos. De lo cual se deduce que mientras no se haya efectuado la declaración de rebeldía y siempre que esté pendiente el juicio oral -si ;-1 proceso está en fase de sumario no hay suspensión-, la -suspensión afecta tanto a los ausentes como a los presentes. Producida, pues, la incomparecencia se suspende respecto a todos los acusados, para continuar cuando se consiga la presentación del incompareciente -bien como resultado del auto de prisión o de la requisitoria- o, solo contra los acusados presentes, cuando se declare la rebeldía del ausente.

La Fiscalía del Tribunal Supremo en su Memoria de 1888¹⁷⁷ y, muy recientemente, en la de 1976¹⁷⁸, ha pretendido desconocer la indudable base normativa que tiene la suspensión de la vista respecto a todos los acusados por incomparecencia de alguno de ellos, considerando que ello obedece a una mera práctica de los tribunales. La tesis de la Fiscalía es incorrecta. A nuestro entender, la argumentación anterior, basada en el artículo 842, es impecable¹⁷⁹. Además, si se tratara de una simple práctica, no hubiera sido necesario establecer, por vía legislativa, una regulación distinta del supuesto para los procesos de urgencia, que constituye un argumento más en apoyo de nuestra tesis. Tanto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como en las sentencias de las Audiencias provinciales, se mantiene que, en el proceso ordinario, la incomparecencia de un acusado implica la suspensión de la vista respecto a todos¹⁸⁰, destacando la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1967, en cuyos considerandos se lee: « ... pero al señalarse día para la vista no comparecieran los procesados J. M. J y M. T., los cuales al ser citados para el mismo no se encontraran en sus domicilios, y aunque el Fiscal solicitó la suspensión no fue acordada por el Tribunal, en razón de que siendo los delitos atribuidos a unos y a otros procesados independientes entre sí, podían ser juzgados separadamente, según los artículos 792 y 801 de la Ley Procesal, olvidando que los *citados preceptos están dictados para el caso de seguirse la causa por el procedimiento de urgencia, pero no para el trámite ordinario*, según el cual se siguió la causa a que este procedimiento se refiere, que no consentía prescindir en modo alguno de algunos de los procesados, como en este caso prescindió el Tribunal de los dos antes citados, sin que fuera pretexto aceptable el no haber sido encontrados en el momento para la citación del juicio oral, porque en tal caso *debió hacerse las diligencias necesarias para declarar previamente la rebeldía de los mismos*».

¹⁷⁷ COLMEIRO, Manuel, *Estado de la Administración de Justicia y reformas que parecen convenientes*, Memoria elevada al Ministro de Gracia y Justicia en la solemne apertura de los Tribunales, el día 15 de septiembre de 1888, por el Fiscal del Supremo, D. Manuel COLMEIRO, en RGLJ, 1888, tomo 73, páginas 329-330.

¹⁷⁸ *Memoria...*, 1976, cit., págs. 308-309.

¹⁷⁹ En la Memoria de 1888, el artículo 842 ni se cita, y, en la de 1976, se interpreta mal porque se confunden los supuestos de rebeldía y de incomparecencia y, tras aquella confusión, el artículo 842 es reclamado en apoyo de la tesis de la Fiscalía.

¹⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 28-noviembre-1969; sentencias Audiencia Provincial de Zaragoza de 16-abril-1973, Audiencia Provincial de Tarragona de 17-marzo-1969.

Para los procesos de urgencia existe regulación expresa del supuesto en el artículo 801, par. 3. La diferencia entre esta regulación y la del proceso ordinario, consiste en que no en todo caso la incomparecencia de algún acusado da lugar a la suspensión de la vista respecto a todos los acusados. La suspensión de la vista a la separación de procedimientos con realización de la vista respecto a los acusados comparecientes, dependen de la apreciación que, en el caso concreto, haga el órgano jurisdiccional sobre la inexistencia o existencia de elementos que permitan el enjuiciamiento separado de los acusados.

El problema reside en determinar qué debe entenderse por «elementos para juzgar con independencia a unos de otros», a cuya resolución dedicamos el siguiente epígrafe.

b) Elementos que permiten el enjuiciamiento separado.

Por existencia de «elementos para juzgar con independencia a unos de otros (acusados)» puede entenderse, en primer lugar, la concurrencia de fuentes de prueba suficientes para juzgar a algunos acusados, prescindiendo de las declaraciones de los co-acusados ausentes. Así, efectivamente, en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1976 se mantiene que «el co-enjuiciamiento de los co-reos... (es) útil cuando la presencia de los otros acusados puede ser utilizada para un mejor conocimiento de la participación de cada uno de los sujetos activos del delito juzgado»¹⁸¹. Aunque esta interpretación no puede descartarse, el sentido del presupuesto para la separación de procedimientos establecido en el artículo 801, par. 3, excede de la finalidad de conseguir una prueba más completa y perfecta.

A mi modo de ver, con la expresión «elementos para juzgar con independencia a unos de otros», se hace referencia, fundamentalmente, a que los hechos imputados a cada uno de los varios acusados sean, en cierto modo, autónomos, de modo que el juicio sobre alguno de ellos, en el plano lógico¹⁸², ni dependa del juicio sobre otro, ni lo predetermine. Se trata, en definitiva, de evitar que, dados los hechos objeto del proceso, la separación de procedimientos implique un grave riesgo de que sean dictadas sentencias contradictorias¹⁸³.

No en todos los casos de pluralidad de acusados, existe riesgo de contradicción entre sentencias si los procedimientos se separan.

En los casos de pluralidad de acusados por delitos conexos (en cualquiera de las formas de los cuatro primeros números del art. 17), la separación de procedimientos no será susceptible de dar lugar a contradicciones entre la sentencia dictada en el proceso contra los presentes y la que, en su caso, llegue a dictarse respecto a los incomparecientes. Y ello porque estas sentencias se fundarán, para condenar o absolver, en el carácter delictivo o no que, por si mismo -es decir, sin relación con los

¹⁸¹ Memoria..., 1976, cit., pág. 309.

¹⁸² Sobre los conceptos de prejudicialidad lógica y prejudicialidad técnica -inexistente en el proceso penal, porque la cosa juzgada penal carece de efecto positivo-, DE LUCA, G., *Il limiti della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, págs. 208-214, 220-221.

¹⁸³ Este riesgo, en el proceso penal, solo puede ser conjurado eficazmente mediante la acumulación de los procesos contra los varios acusados en un único procedimiento, dado que la sentencia emitida en el proceso respecto a un acusado, carece de efecto prejudicial respecto a las sentencias de los procesos contra los otros acusados; véase GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, I, cit., pág. 429.

hechos atribuidos a otros procesados-, tiene el hecho imputado a un procesado determinado¹⁸⁴.

Frente a los supuestos de conexión con pluralidad de procesados, en los casos de participación de varias personas en un solo hecho delictivo, el enjuiciamiento separado de sus conductas en procedimientos diversos, da lugar a problemas de extraordinaria gravedad.

En todos los supuestos en que la responsabilidad criminal da una persona—en concepto de coautor de los números 2.º y 3.º del artículo 14 del Código Penal, de cómplice o encubridor— se determina accesoriamente, en relación con la afirmación respecto al autor —directo y principal— de la comisión del delito o de determinados elementos del mismo, el enjuiciamiento, separado y previo, de las conductas de algún modo accesorias, puede dar lugar a sentencias contradictorias con respecto a la que se dicte al enjuiciar, posteriormente, la conducta del autor principal.

Por otra parte, en delitos pluripersonales o de participación impropia o necesaria, como el adulterio y el amancebamiento, en los que la participación de dos personas es requisito del propio tipo penal, pueden surgir similares problemas.

La condena de una persona como autor por inducción, presupone la previa atribución al autor directo de la realización, cuanto menos, de un hecho típicamente antijurídico¹⁸⁵. Si, posteriormente se absuelve al autor directo por no haber realizado el hecho o por mediar una causa de justificación, las sentencias son contradictorias en cuanto a los elementos objetivos de los que hacen derivar la responsabilidad criminal. En todo caso el inductor sería responsable como provocador, pero no como autor del artículo 14-2.^o¹⁸⁶.

Idénticos planteamientos cabe hacer en los supuestos de cooperación necesaria (art. 14-3.º) y complicidad (art. 16), siempre partiendo de la base de que nuestro Código Penal sigue el principio de la accesoriedad limitada, en virtud del cual la responsabilidad de los partícipes se subordina a que la acción del autor directo y principal sea típicamente antijurídica¹⁸⁷.

El grado de accesoriedad en el encubrimiento del artículo 17 del Código Penal es discutido por la doctrina, a causa de los términos «hecho *punible*» que se utilizan en

¹⁸⁴ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *La conexión en el proceso penal*, Pamplona, 1972, págs. 78-81.

¹⁸⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, I (Con CÓRDOBA RODA, DEL TORO MARZAL y CASABO), cit., pág. 856; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, I, Madrid, 1973, págs. 677-678.

¹⁸⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, I (con CÓRDOBA RODA, DEL TORO MARZAL y CASABO), pág. 856; CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*, I-2, Barcelona, 1971, pág. 639.

¹⁸⁷ En favor de la vigencia en el C. P., del principio de accesoriedad limitada, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal...*, cit., I, págs. 674-675; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, 1-2, cit., pág. 628 —exceptuando el supuesto de encubrimiento, al que luego nos referiremos—; ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, I, Madrid, 1949, págs. 421-422; QUINTANO RIPOLLÉS, *Complicidad*, en NEJES, Barcelona, 1952: «Cabe pues una responsabilidad de cómplice junto a la no responsabilidad de autor, en supuestos de inimputabilidad y aun ausencia de éste, pero no es imaginable tal forma de delincuencia cuando la infracción falta»; DEL ROSAL, Juan, *Derecho Penal Español (Lecciones)*, II, Madrid, MCMLX, pág. 119, defiende la existencia de una accesoriedad máxima, que exige la culpabilidad del autor principal.

el párrafo 1.º de aquel artículo¹⁸⁸. De seguirse, también aquí, el principio de accesoriad limitada, el problema quedaría planteado en idénticos términos que en los anteriores casos. La admisión, en este caso, de la accesoriad máxima, haría surgir el problema de la contradicción también cuando en la posterior sentencia se absolviera al autor principal por inimputable o no culpable.

En los delitos plurisubjetivos —como el de adulterio¹⁸⁹— el riesgo de contradicción entre sentencias que juzguen a los dos procesados separadamente, se sitúa a nivel de la propia conjugación del tipo penal.

U sentencia que condene a uno de los adúlteros por el hecho del «yacimiento» con el otro procesado ausente, será contradictoria con la que absuelva a éste por no existir el hecho del «yacimiento» con el procesado condenado, y la contradicción afectará al propio tipo penal, cuya conjugación exige la convergencia o encuentro de dos conductas¹⁹⁰.

En los casos de pluralidad de acusados no debidos a conexión de delitos, debe entenderse que no existen elementos para juzgarlos separadamente —tanto más si hubiera que juzgar previamente a los que no son acusados como autores o como autores directos— y, por lo tanto, no deberá acordarse la separación de procedimientos por la mera incomparecencia de algún acusado a la vista del juicio¹⁹¹.

Sin embargo, el no procederse a la separación de procedimientos por la incomparecencia, no permite evitar el riesgo de que se dicten sentencias contradictorias si, por no tener éxito el auto de prisión dirigido contra el incompareciente ni la requisitoria que se expida después, llega a declararse la rebeldía. Entonces la separación de procedimientos es ineludible, en base al artículo 842.

¹⁸⁸ En favor de la accesoriad máxima —acción típicamente antijurídica culpable— ANTÓN ONECA, *Derecho Penal...*, I-2, cit., pág. 628; en favor de la accesoriad limitada; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal...*, Í, cit., página 698; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, I, cit. (Con CÓRDOBA, DEL TORO MARZAL y CASABO), págs. 901-903.

¹⁸⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel, *Sobre la naturaleza pluripersonal del delito de adulterio (artículo 449 del Código Penal)*, en ADP, 1967, págs. 147 y ss.

¹⁹⁰ COBO, *Sobre la naturaleza pluripersonal...*, en ADP, cit., págs, 158159, indica: "En resumen, tenemos: no existen dos conductas, con diferente sujeto, que pueden generar ya desde ese momento, dos delitos unipersonales de adulterio, en cierto modo diferenciados, sino más bien dos conductas, con sus sujetos correspondientes, que se agrupan y enlazan por el plural empleado (cometen adulterio), y unificadas en categoría superior (tipo) que solo se dará en la medida que ambas necesariamente se verifiquen y encuentren en la forma antes afirmada".

¹⁹¹ Igual conclusión en SAEZ JIMÉNEZ, J., *Enjuiciamiento criminal. Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento criminal referidos a la Ley de Urgencia*, Madrid, 1962, págs. 946-947.