

LOS CASOS INAUDITA PARTE

Betlem Roig Mateo

Per citar o enllaçar aquest document:

Para citar o enlazar este documento:

Use this url to cite or link to this publication:

<http://hdl.handle.net/10803/406008>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.


Universitat de Girona

TESI DOCTORAL

LOS CASOS *INAUDITA PARTE*

Betlem Roig Mateo

2017



TESI DOCTORAL

LOS CASOS *INAUDITA PARTE*

Betlem Roig Mateo

2017

Programa Oficial de Doctorat en Dret,
Economia i Empresa de la Universitat de
Girona

Dirigida per: **Prof. Dr. José María Lafuente Balle**

Memòria presentada per optar al títol de doctora per la Universitat de Girona

ÍNDICE

Resumen.....	1-3
Objetivos.....	4
Metodología.....	5
Discusión y Resultado.....	6-7
Introducción.....	9-13
Índice de abreviaturas más empleadas.....	15

CAPITULO I: <u>Tutela Judicial Efectiva: Doctrina constitucional y jurisprudencial</u>.....	17-51
--	--------------

I.1 Complejidad e instrumentalización.

I.2 La indefensión. La nulidad de actuaciones.

CAPITULO II: <u>Rebeldía. Implicaciones en relación a la tutela judicial efectiva. Estudio en la LEC y en la LECrim. La ausencia en el juicio en la legislación actual. Especial referencia a la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016</u>.....	53-85
---	--------------

II.1 La rebeldía en la LEC.

II.1.a Estudio de la LEC.

II.1.b Evolución del derecho positivo en materia de rebeldía en el proceso civil español.

II.2 La ausencia en el proceso penal.

II.2.a Estudio del supuesto en el Procedimiento Abreviado.

II.2.b Estudio del supuesto en el Procedimiento Ordinario. El procedimiento contra reos ausentes.

II.2.c Los mecanismos de cooperación internacional para la reclamación del ausente.

II.2.d Evolución del derecho positivo en materia de rebeldía en el proceso penal español.

II.3 Especial referencia a la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016.

CAPITULO III: Tratamiento por el TC y el TS de la rebeldía.

Posicionamiento del TEDH y del TJUE en materia de rebeldía.

La casuística.

Índice sistemático de sentencias por orden de cita.....87-215

III.1 Tratamiento por el TC y el TS de la rebeldía.

III.2 Posicionamiento del TEDH y del TJUE en materia de rebeldía.

III.3 Índice sistemático de sentencias por orden de cita.

CAPITULO IV: La rebeldía y el juicio en ausencia en los ordenamientos europeos.

Estudio de los casos en Italia, Portugal, Francia, Alemania, Reino Unido y Bulgaria.....217-244

CAPITULO V: Cuestiones relacionadas con los procesos *inaudita parte* en los que se ha dictado una OEDyE u otros mecanismos de cooperación jurídica internacional.....245-293

V.1 Consideraciones previas.

V.2 Selección de asuntos.

CAPÍTULO VI: Consideraciones finales. Conclusiones.....295-301

CAPITULO VII. <u>Bibliografía</u>	303-307
---	---------

A mis padres Carmen y Francisco y a los suyos, mis abuelos.

Gracias por tanto.

Vuestro ejemplo es mi lección.

RESUMEN

La previsión legal que hace el legislador español sobre la ausencia en juicio es adecuada y proporcionada a la finalidad última de la misma que no puede ser otra que asegurar la plena garantía de los derechos de los que son partes en el proceso en todos los órdenes jurisdiccionales. A esta conclusión es posible llegar no solamente después de estudiar la legislación procesal española existente en la materia sino también examinando la regulación procesal que sobre el mismo particular realizan otros estados europeos.

En las resoluciones que se examinan en esta tesis doctoral, algo más de cuarenta, es dable apreciar el criterio fijado por el Tribunal Constitucional y también por el Tribunal Supremo en materia de requisitos que deben reunir los actos de comunicación para que se consideren debidamente realizados y garanticen así los derechos de las partes en el proceso y sobre todo del ausente.

Otra de las cuestiones capitales de esta tesis es lo relativo a los casos en los que se realizan entregas de nacionales ante el requerimiento efectuado por otro estado en uso de mecanismos de cooperación jurídica internacional, tanto casos de extradición como de Ordenes Europeas de Detención y Entrega, deteniéndome en especial en éste último supuesto y examinando alguna de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en esta materia destacan. La Decisión Marco 2009/299 se erige como un mecanismo de eficacia fundamental para superar los problemas que produce en ocasiones la referida entrega y en definitiva, el reconocimiento mutuo de resoluciones dictadas sin la comparecencia en juicio de la persona afectada.

RESUM

La previsió legal que fa el legislador espanyol sobre l'absència en el procés no només és adequada sinó també proporcionada a la finalitat última de la mateixa, que no pot ser altre que assegurar la plena garantia dels drets dels qui, en qualsevol dels ordres jurisdiccionals, són parts en el procés. A aquesta conclusió es possible arribar-hi no només després d'estudiar la legislació processal espanyola existent, sinó també examinant la regulació processal que sobre el mateix particular realitzen altres estats europeus.

En les resolucions que s'examinen en aquesta tesi doctoral, unes quaranta aproximadament, es pot apreciar el criteri fixat pel Tribunal Constitucional i també pel Tribunal Suprem en matèria de requisits que han de reunir els actes de comunicació per tal que es considerin degudament realitzats i garanteixin així, els drets de les parts en el procés i sobretot de l'absent.

Una altre de les qüestions capitals d'aquesta tesi és la que fa referència als casos en els que es realitzen entregues de nacionals davant d'un requeriment d'un altre estat en ús de mecanismes de cooperació jurídica internacional, tant casos d'extradició com d'Ordres Europees de Detenció i Entrega, detenint-me en especial en aquest darrer supòsit i examinant alguna de les resolucions del Tribunal Europeu de Drets Humans que en aquesta matèria destaquen. La Decisió Marc 2009/299 s'alça com un mecanisme d'eficàcia fonamental per a superar els problemes que produeix en ocasions la referida entrega i en definitiva, el reconeixement mutu de resolucions dictades sense la compareixença en judici de la persona afectada.

ABSTRACT

The legal provision that the Spanish legislator makes about absence at trial is adequate and proportionate to its ultimate goal, which is to fully guarantee the rights of those who are party to a process in all branches of the law. This conclusion can be reached not only by studying existing Spanish procedural legislation on the matter, but also by examining the procedural rules of other European states on the same issue.

Apparent in the legal decisions examined in this doctoral thesis, which number more than forty, are the criteria established by the Spanish Constitutional Court and Supreme Court for the requirements that must be met by the service of judicial documents in order to be considered duly performed and thus guarantee the rights of the parties to the process, in particular those of the party *in absentia*.

Another of the key questions explored by this thesis are cases in which foreign nationals are handed over after a request is issued by another State that makes use of international legal cooperation mechanisms, both in cases of extradition and the European Arrest Warrant. I will focus in particular on the latter by examining some of the most notable resolutions of the European Court of Human Rights in this regard. Framework Decision 2009/299 is established as an effective mechanism to overcome the problems the aforementioned hand over can sometimes create and, ultimately, to ensure the mutual recognition of decisions rendered without the person concerned appearing at trial.

OBJETIVOS

El presente trabajo pretende dar luz sobre la tantas veces propuesta e invocada ante los Tribunales nacionales y supranacionales, garantía del derecho de defensa de quien se halla ausente en el proceso tanto civil como penal, llegando a la conclusión de la existencia de un indebidamente cuestionado garantismo en los referidos procedimientos, tanto desde la perspectiva del derecho positivo como en su aplicación por los Tribunales.

La pretensión es pues dar respuesta a las siguientes cuestiones:

- ¿Queda garantizado el derecho de defensa del ausente en el proceso?
- ¿Qué requisitos deben concurrir para que dicha defensa sea real y efectiva en caso de que la misma esté garantizada?
- ¿Es nuestra legislación procesal –tanto civil como penal- garantista o es de las más restrictivas dentro del entorno legislativo europeo?
- ¿Cuál es la posición del TC y del TS en esta materia?
- ¿Cómo se comporta el TJUE y el TEDDHH en relación a las decisiones que sobre la materia han adoptados los Tribunales españoles y el Tribunal Constitucional español?
- ¿Existen especialidades sobre esta materia en algún tipo de procedimientos, y en particular en aquellos en los que entran en juego instrumentos de cooperación jurídica internacional –en particular extradición y OEDyE-?

METODOLOGÍA

Esta tesis doctoral tiene como pretensión tal y como ya se ha dicho, abordar cuál es la posición de los Tribunales españoles ante la pregunta de si el derecho de defensa queda garantizado para quienes no comparecen durante el proceso, tanto penal como civil o en un momento puntual de éstos.

El derecho de defensa debe quedar intacto para evitar así vulneraciones del derecho fundamental del que forma parte –tutela judicial efectiva- y evitar al fin consiguientes infracciones de la norma constitucional con la correspondiente e inexorable consecuencia cual es la nulidad del proceso en caso de darse, por lo que me ha parecido adecuado examinar dicha materia a través del estudio de una selección de casos.

El motivo de dicha selección obedece a resultar los elegidos, los más emblemáticos por abordar la materia en cuestión y ser citados en otras tantas ocasiones a posteriori.

Entiendo que es analizando el caso en concreto y examinando el derecho invocado por las partes y el definitivamente aplicado por el Tribunal operador, cuando podemos elaborar un panel de disposiciones y criterios a aplicar para que se den los presupuestos que en definitiva exigen no solo la normativa española y por encima de ellas la constitucional, sino también los Tribunales supranacionales de los que también he recogido un elenco de asuntos que he diseccionado en uno de los capítulos del presente trabajo que como digo tiene como enfoque nuclear, el estudio del caso.

DISCUSIÓN Y RESULTADO

De acuerdo con la legislación procesal española, es dable que en un proceso, cualquiera que sea el orden jurisdiccional del que hablemos, las partes no comparezcan y no lo hagan por motivaciones de índole diversa.

La discusión en relación con la posibilidad que acabo de exponer, se centra en torno a si dicha ausencia o no comparecencia, permite la celebración del juicio, la sustanciación del procedimiento hasta su conclusión y ello con plenas garantías de los derechos de los justiciables – de los intervinientes- , o por el contrario dicha la citada ausencia no permite la celebración del juicio, supone su paralización y o suspensión del acto de juicio oral en caso de que el proceso se halle ya en dicha fase procedimental.

Se trata de una cuestión que poco tiene de anecdótica por cuanto ha generado no solamente abundante jurisprudencia por parte de nuestro Tribunal Supremo y resoluciones del Tribunal Constitucional, amén de numerosísima jurisprudencia menor, si no también, y como se podrá ver ya en los últimos capítulos de esta tesis, interesantes pronunciamientos tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de los que se sustraen significativos principios útiles para dar plena garantía a los derechos de los justiciables.

Se podrá observar también cómo de garantista es la legislación española, que ya apunto, es una de las mejor dotadas en cuanto a protección de derechos de los que son parte ausente, en un proceso. Y en especial me detendré en el

penal respecto del que realizo un estudio comparativo entre el español y otros europeos.

INTRODUCCIÓN

El número de procedimientos sustanciados en todos los órdenes jurisdiccionales, en los que alguna de las partes no se halla presente, prescindiendo del motivo de dicha ausencia, es más que considerable.

Dicha ausencia genera en numerosos casos la suspensión del procedimiento pero en el resto, se admite la sustanciación del mismo sin la asistencia del no comparecido.

La cuestión nuclear es en primer lugar, que dicho ausente haya sido citado, debidamente citado e informado de la pendencia del proceso, y haya decidido voluntariamente no comparecer.

Caso distinto sería aquél en el que el ausente lo es por carecer de conocimiento de la existencia o pendencia del procedimiento, porque no haya sido debidamente informado de ello – por ejemplo por concurrir un defecto en los actos de comunicación- , en cuyo caso los mecanismos tuteladores de su derecho como interviniente en el proceso, despliegan toda su eficacia.

Yo me muestro cada vez más temerosa al examinar las novedades procesales de nuestro frenético legislador, un tanto desorientado en ocasiones y desconocedor de la realidad de los Juzgados y Tribunales españoles en otras, o tal vez fingiendo esa ignorancia para así fundamentar reformas absolutamente desfavorables.

No soy partidaria de un exceso exagerado en lo que a las garantías constitucionales de las partes se refiere, pero si debemos pecar, entiendo lógico que sea por exceso más que por defecto en relación a dicha protección.

En todo caso, a la pregunta de mi opinión en cuanto a la celebración del juicio inaudita parte, mi respuesta es la de pecar de prudencia y oponerme a la celebración masiva de juicios inaudita parte, mostrándome crítica con opiniones

como las que de contrario sostiene parte de la doctrina procesalista más autorizada¹.

No todo vale en aras a la agilización de los procedimientos judiciales, no todo vale porque ello puede afectar la calidad del resultado de la que para mí es una manufacturación de especial fragilidad por cuanto afecta derechos fundamentales que deben protegerse y garantizarse frente a vulneraciones y ataques de diversa procedencia y que en modo alguno debe permitirse, provengan de los propios operadores jurídicos.

Así pues vaya por delante mi opinión respecto del tema objeto de análisis en este trabajo.

De reunirse los requisitos legalmente establecidos en la ley y de no ser necesaria la presencia del acusado en el plenario –si hablamos de jurisdicción penal-, no debería por defecto aceptarse la celebración en ausencia de aquél y por tanto dicha celebración inaudita parte debería ser o tener carácter absolutamente residual.

Si observamos el derecho comparado, y a ello he dedicado un capítulo para cuya elaboración, me nutrí de la información que recabé en EUROJUST, es dable apreciar que el español, es el sistema más razonablemente garantista.

Con ello no digo más que lo que hace es tutelar los derechos del justiciable de una manera proporcionada y compensada.

Quiero aprovechar esta referencia para mostrar mi agradecimiento a la Delegación española capitaneada por Francisco Jiménez-Villarejo que muy amablemente y con total disposición me brindó la oportunidad de entrevistarme con varios representantes nacionales para abordar el asunto en cuestión. Y mi agradecimiento va también dirigido a dichas Delegaciones que

¹ CORTES DOMINGUEZ, ALMAGRO NOSETE, GIMENO SENDRA Y MORENO CATENA en El Nuevo proceso penal (Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988) Valencia, 1989. Y DAMIAN MORENO, J. Notas sobre el juicio en ausencia y la purga de la rebeldía en el proceso penal abreviado. En: El Derecho y su garantía constitucional (Estudios y comentarios de Derecho Procesal). Madrid: Reus, 2009.

cordialmente me dedicaron su tiempo y atención durante mi estancia en La Haya.

Tal y como se podrá ver en el capítulo dedicado al estudio comparado en materia de ausencia procesal, los distintos ordenamientos jurídicos estudiados han arbitrado soluciones en algunos aspectos similares al modelo español pero ninguno, salvo el búlgaro, tan equilibrado como aquél.

Precisamente cuando nos encontramos ante casos –si hablamos de proceso penal- en los que se hace necesaria la interacción de varios países, tanto de la Unión Europea como de fuera de ella, surgen algunos problemas en materia de entrega de nacionales del estado requerido al requirente.

Problemas para cuya solución, a nivel de estados miembros de la Unión, se promulga una importante normativa supranacional, en particular la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 posteriormente modificada por la Decisión Marco 2009/299 que trata de superar las dificultades del reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas sin la comparecencia en juicio de la persona afectada. Unas dificultades derivadas justamente de la existencia en los estados miembros, de diferencias en la protección de los derechos fundamentales de las partes en el proceso. Asumiendo por tanto dicha disposición legal una importante labor de armonización de las condiciones de ejecución de una Orden Europea en caso de condena en rebeldía. En relación a este particular se podrá ver cuál es la previsión que realiza el legislador español concretamente con el examen de la Ley de desarrollo y aplicación de la Decisión Marco, esto es la Ley sobre OEDE 23/2014 de 20 de noviembre.

Un panorama como puede entreverse variado y un tanto complejo por cuanto no cabe solamente tener en cuenta las previsiones legales que contiene nuestro derecho procesal, sino también el supranacional para evitar vulneraciones e infracciones que merezcan la intervención del Tribunal de Derechos Humanos y/o del Tribunal de Justicia de la Unión. Precisamente órganos judiciales alguna de cuyas resoluciones más destacables en la materia

objeto de estudio he querido analizar, amén de otras tantas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en desarrollo de la temática objeto de trato en esta tesis.

Para terminar estas pinceladas a modo de introducción, no puedo dejar de hacer una expresa mención en este punto en el que voy a dar paso ya al núcleo de esta tesis doctoral, a quienes han estado a mi lado en su elaboración.

En estos tiempos tan frenéticos y de agitados jornadas colmadas de excesiva en ocasiones, actividad, deja de llamar la atención la omisión involuntaria que hacemos a veces de unas palabras o gestos de agradecimiento. Yo procuro hacerlo y en esa ratificación de lo que mis padres con tanto esmero me enseñaron quiero darles a ellos primero las gracias. Unas gracias por todo que he materializado dedicándoles a ellos y a mis abuelos, esta tesis doctoral.

Pero hay más, debo dar las gracias a todos los que hoy presentes o no, habéis estado a mi lado cuanto menos para escuchar alguna de mis “exhalaciones” cuando el trabajo intentaba vencerme. A todos mis amigos gracias pues.

Gracias a Nuria Sánchez Descamps, Bibliotecaria de la Xarxa de Biblioteques Judicials de la Generalitat de Catalunya, por su ayuda constante.

Gracias a la Delegación Española en Eurojust capitaneada por Francisco Jiménez-Villarejo y a todos los representantes nacionales de distintos estados miembros con los que me reuní y que me brindaron con verdadera cordialidad y disposición información teórica y práctica sobre la materia en cuestión, en sus países de procedencia.

Gracias a la Universitat de Girona, lugar en el que tuve el honor de estudiar Derecho y en el que me estrené como primera universitaria de mi familia. Allí comencé estudiando derecho, realizando el Máster en Derecho Público, defensa de la Tesina y ahora me presento para defender mi tesis

doctoral. Sin olvidar por ser apasionantes y siempre enriquecedores, mis pasos por el Área de Derecho Romano de esta Facultad como profesora asociada.

Gracias al catedrático de Derecho Romano y amigo también José Luis Linares Pineda por su apoyo desde hace más de 20 años.

Y gracias pues a la Facultat de Dret de la Universitat de Girona por haberme dejado las puertas abiertas durante tanto tiempo.

Gracias a mi director de Tesis, otro amigo, el Dr. José María Lafuente Balle. Por todo.

Y gracias al fin a todos los que habéis aportado, sugerido, criticado y recomendado para hacer de este proyecto una interesante realidad.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

AN: Audiencia Nacional

AP: Audiencia Provincial

ATC: Auto del Tribunal Constitucional

ATS: Auto del Tribunal Supremo

CE: Constitución Española

CEDH/CEDDHH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

DM: Decisión Marco

FJ: Fundamento Jurídico

JCI: Juzgado Central de Instrucción

LEC/LECivil: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LH: Ley Hipotecaria

LO: Ley Orgánica

LODE: Ley Orgánica de Detención y Entrega

LOTG: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

MF: Ministerio Fiscal

OEDyE: Orden Europea de Detención y Entrega

RH: Reglamento Hipotecario

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TEDDHH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

UE: Unión Europea

CAPITULO I: Tutela Judicial Efectiva: Doctrina constitucional y jurisprudencial.

I.1 Complejidad e instrumentalización.

I.2 La indefensión. La nulidad de actuaciones.

I.1 Complejidad e instrumentalización:

Se hace necesario indagar en las resoluciones del Tribunal Constitucional para apreciar la existencia de un verdadero y auténtico principio informador en la toma de decisiones del mismo en materia de tutela judicial efectiva y derecho de defensa.

Existe criterio jurídico que en el ámbito de los actos de comunicación que es lo que resulta objeto nuclear del presente trabajo, evita la diversidad de posicionamientos y las versiones contradictorias respecto de asuntos que guardan una gran similitud y analogía.

¿Juegan la impredecibilidad e incertidumbre algún papel en la toma de decisiones del TC? ¿Acaso hay algún criterio o elemento que de entrar en juego inclina incontestablemente la balanza hacia un lado u otro?

Puede ser que exista y de ser así considero posible llegar a una aproximación razonable del mismo. En puridad, si se observa el trasfondo de alguno de los asuntos analizados y otros que todavía no están plasmados en este escrito pero que revolotean en la memoria de quien suscribe estas palabras, materias de especial sensibilidad por afectar por ejemplo, a esferas muy íntimas de los derechos de las personas físicas, permiten predecir, antes de leer la fundamentación jurídica de la que se ha servido el tribunal, cuál será el resultado.

¿Prescinde pues el Tribunal Constitucional de criterios jurídicos y opta por la equidad? ¿Qué tipo de justicia administra entonces el Tribunal Constitucional? ¿A qué debe atender un operador jurídico cuando se halla a la espera de una resolución del Tribunal Constitucional?

A continuación abordaré algunas cuestiones sobre la tutela judicial efectiva, como se podrá observar en apoyo de las mismas aparecerá citada numerosa jurisprudencia que en algunos casos vendrá analizada en este mismo capítulo dejando el resto para su examen más detallado en el Capítulo III de este trabajo que tiene como elemento nuclear el análisis de los casos prácticos.

El artículo 24 de la Constitución Española de 1978 reza:

Artículo 24

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

No resulta atrevido afirmar que el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho recogido en el art. 24.1 de la CE de 1978, es el derecho con el contenido más complejo de todos los que proclama el texto constitucional.

Está conformado por un catálogo de derechos constitucionales dotados de derechos subjetivos de observación y cumplimiento obligado e inmediato en la práctica procesal de los órganos judiciales.

Pero retrocedamos un poco. Cuando hablamos de derechos fundamentales podemos plantearnos con carácter previo el por qué un derecho pasa a tener condición o categoría de fundamental. Pues bien, el por qué un derecho como los que se recogen en el art. 24 CE tiene la condición de fundamental lo hallamos en dos explicaciones²:

1. los derechos fundamentales son emanaciones de la dignidad humana,
2. el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales constituyen elementos de legitimación del poder político.

De la fusión de estas dos consideraciones obtenemos la siguiente conclusión, de no reconocerse los derechos fundamentales se atentaría contra la dignidad humana y ello conllevaría a su vez la imposibilidad de organizar de forma legítima una sociedad.

Precisamente ARBÓS MARIN³ realza la significación del constitucionalismo que ha servido entre otras cosas para dotar de perfil jurídico a los derechos humanos, remarcando además el Profesor, que a diferencia de otros ordenamientos, el nuestro no solo proclama y recoge derechos desde una perspectiva teórica, sino que también se dota de mecanismos para su tuición y sanción para sus atacantes.

Y como consecuencia de lo hasta aquí dicho, hallamos entre otros el art. 24CE al que el texto constitucional atribuye a los postulados en él recogidos, la categoría de derechos subjetivos, dotados a su vez de una posición legal privilegiada que se extiende a su tutela reforzada a través del recurso de amparo ante el TC.

² DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Tomo III. Madrid. Edersa. 1996.

³ ARBÓS MARIN, X. en *Derechos Humanos: del ideal al derecho* en *Los fundamentos de los Derechos Humanos desde la filosofía y el derecho*. Ed. Amnistía Internacional- Catalunya. Barcelona. 1998

Los derechos recogidos en el art. 24 CE pueden catalogarse como de naturaleza procedimental, procesal o jurisdiccional, es decir, derechos que despliegan su eficacia ante el ejercicio de la potestad jurisdiccional y ello no tiene origen y razón de ser en otra que no sea el esfuerzo por parte de numerosos estados, de superar las negativas consecuencias de etapas autoritarias y la instrumentalización de los poderes del estado, en especial el judicial, para ejecutar sus pretensiones con impunidad y bajo la cubierta de la legalidad.

El art. 24 de la CE requiere no obstante y pese a ser con diferencia el que más atención ha recibido por parte del TC, una mayor sistematización tanto de su contenido como en lo que afecta a su estructura.

Reduciremos la referencia a la titularidad del derecho a la tutela judicial y del derecho fundamental a no sufrir indefensión a que dichos derechos se reconocen a todos aquellos que pueden ser parte en el proceso o dicho de otra manera, a todos aquellos que tengan derechos e intereses legítimos que defender, tanto personas físicas como jurídicas de derecho público y privado, nacionales y extranjeros y personas jurídico públicas (administraciones públicas y entes públicos dependientes de éstas). En este sentido STC 19/1983. Y también se reconoce a la propia administración del estado, lo que implica atribuir al propio estado, en lo que podría ser una aparente retorsión, el derecho a gozar de la tutela frente a sí mismo. STC 64/1988.

Y también de manera sucinta me quiero referir al ámbito de la tutela judicial efectiva, por mi deseo en no excederme en aspectos generales y centrar mi atención en el elemento nuclear de la materia objeto de este trabajo.

Lo cierto es que dicho ámbito se acota a derechos e intereses legítimos por lo que su universalidad es la nota más destacable.

Se extiende tanto frente a una norma que *per se* es contraria a la tutela judicial efectiva, con independencia de los resultados de su aplicación, como al ejercicio de la potestad jurisdiccional de juzgados y tribunales en la aplicación de la ley,

y tanto en los casos en que se ejercita la potestad jurisdiccional en la forma prescrita en el art. 117.3 de la CE como en todos los demás casos en que los órganos judiciales desarrollan funciones de su competencia en garantía de cualquier derecho (v.gr. jurisdicción voluntaria).

Sin embargo y a diferencia de otros derechos que sí lo son, la tutela judicial efectiva no se puede ejercitar en procedimientos administrativos, sin perjuicio de que la actividad administrativa esté sometida a pleno control judicial.

Otra cuestión a analizar ínsita en el apartado de ámbito de la tutela judicial, es lo que sucede en relación a leyes que materialmente son actos administrativos, es decir, leyes singulares.

La cuestión es aquí más delicada por cuanto la tutela jurisdiccional frente a las mismas –leyes singulares- puede articularse de manera que ésta no quede debidamente garantizada y mientras que en el caso de los actos administrativos cabe la posibilidad de una tutela jurisdiccional ante tribunales ordinarios, dicha tutela frente a actos con valor de ley, no está prevista.

En este sentido se pronunció el TC en Sentencia 166/1986 en la que consideró que el derecho a la tutela judicial queda garantizado por el hecho de que el tribunal ordinario puede plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre la ley singular.

Ello no obstante, en este supuesto el sujeto afectado no es parte en el procedimiento al menos de forma directa –solo es oído en alegaciones ante el TC-. En este sentido el TEDH en sentencia de 23 de junio de 1993 –caso Ruiz Mateos- consideró vulnerado el derecho a un juicio equitativo garantizado en el art. 6 del CEDH y condenó por ello a España. Consecuencia de dicha doctrina jurisprudencial fue la reforma de la LOTC operada en 2007 con la introducción de la posibilidad de alegación de las partes (sobre el fondo del asunto y sobre la oportunidad) en la cuestión de inconstitucionalidad.

Cabe finalmente plantarse si el derecho a la tutela judicial efectiva produce efectos entre particulares. La respuesta es negativa ante la ausencia de una proclamación general en desarrollo de la denominada *Drittwirkung der grundrechte*⁴, pero puede considerarse positiva si interpretamos que cuando la violación de un derecho fundamental sea imputable a un particular, el TC castiga al órgano judicial que no evitó dicha vulneración.

La relevancia de este engranaje de garantías constitucionales, viene reforzada por el impulso que supone en materia de reformas legislativas que tienden a diluir los escollos existentes en el ordenamiento y que en definitiva no hacen sino tullir el derecho de defensa y al final, evitar la superación de etapas preconstitucionales.

Es a la vez, la tutela judicial, el derecho más enjuiciado por el Tribunal Constitucional⁵. ¿En cuántos procesos pongamos penales, no se invoca la vulneración de la tutela judicial? El abuso que se ha hecho y se sigue haciendo del derecho a la tutela, obedece a su generosa invocación ante órganos judiciales con fines en muchas ocasiones, de dudosa buena fe procesal. No parece superada la errónea creencia de que la obligación de invocación de dicha vulneración es de obligado cumplimiento en los procesos judiciales para obtener así ya no una resolución favorable, sino también por qué ocultarlo, con fines intimidatorios.

Precisamente la sobrecarga que padece el referido derecho, ha llevado a cierto sector doctrinal, a apuntar la necesidad de suprimir la tutela judicial del

⁴ El único caso reconocido es la denominada garantía de indemnidad (SSTC 14/1993 y 54/1995). Se trata de aquellos supuestos en los que el empresario adopta represalias contra el empleado que interesa tutela judicial efectiva.

⁵ LAFUENTE BALLE, José María: *Veinticinco años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su efecto "arco iris": los casos "inaudita parte"*. En: Revista de Derecho Político, ISSN 0211-979X, UNED, nº 2003-2004. pp. 805-832.

catálogo de derechos constitucionales susceptibles de merecer amparo constitucional⁶.

Algunos llegan incluso a considerar que esa complejidad lleva a cuestionarse si cuando se habla de tutela judicial efectiva nos estamos refiriendo a único derecho fundamental con diferentes vertientes que obedecerían a una misma finalidad o por el contrario se trata de un conjunto de derechos fundamentales⁷. La amplitud de la noción de la tutela judicial efectiva se constata del estudio de las resoluciones del TC en las que se aprecia la duplicidad de un concepto autónomo y de un concepto “indiferenciado” de tutela judicial⁸.

Es decir cabría distinguir los derechos consagrados en el art. 24.1 CE de las garantías específicas del apartado segundo del mismo artículo⁹ y respecto de los que el TC ha realzado la existencia entre ellas de una conexión intrínseca por considerarse las garantías procesales específicas (art. 24.2 CE) una derivación instrumental de los derechos fundamentales genéricos del art. 24.1 CE.

La complejidad¹⁰ de su contenido puede obedecer a varias razones.

⁶ RUBIO LLORENTE, F; en *El recurso de amparo constitucional. En la monografía colectiva: La Jurisdicción constitucional en España. La LOTC: 1979 a 1994*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1995.

⁷ DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Tomo III. Madrid. Edersa. 1996. p. 34.

⁸ RUIZ-RICO RUIZ, G. y CARAZO LIÉBANA, M.J. en *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2013.

⁹ Art. 24.2 CE: Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

¹⁰ La STS 224/1998 de 26 de febrero se refiere a la tutela judicial efectiva en los siguientes términos: “ (...)derecho de contenido complejo cuyas más importantes manifestaciones son las siguientes: a) el derecho a acceder a los jueces y tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos, b) el de tener la oportunidad de alegar y probar las propias pretensiones en

Para Díez-Picazo Jiménez una de estas razones es que la tutela judicial efectiva es un derecho de los denominados de configuración legal¹¹ esto es, derechos cuyo ejercicio no resulta posible sin un desarrollo legal paralelo y adicional a su reconocimiento en el texto constitucional. Una de las consecuencias más destacables de dicha característica es que en numerosos casos la violación de la norma de configuración legal implica la violación del derecho fundamental y de ahí parte ya otro inconveniente que no es otro que la dificultad en no pocas ocasiones de distinguir entre la faceta constitucional y la legal del derecho en cuestión.

El TC ha ido esculpiendo la tutela judicial añadiéndole adjetivos que acomodan los actos judiciales a las exigencias del art. 24 de la CE. Actos judiciales de los órganos judiciales que conforman la jurisdicción ordinaria, reservándose la constitucional su intervención en asuntos en los que debe aclarar o unificar criterios interpretativos y limitando así al máximo la discrecionalidad en la aplicación de la norma procesal.

Estos adjetivos adoptan la forma de garantías procesales y como destacables siguiendo a RUIZ-RICO y CARAZO¹² podemos citar la congruencia, o derecho del justiciable a recibir respuesta acorde a sus pretensiones; la motivación de las resoluciones judiciales, es decir el derecho del

un proceso legal y en régimen de igualdad con la parte contraria, sin sufrir en ningún caso indefensión, c) el de alcanzar una respuesta razonada y fundada en derecho dentro de un plazo razonable, d) el de ejercitar los recursos establecidos por la ley frente a las resoluciones que se estiman favorables, y e) el de obtener la ejecución del fallo judicial”.

¹¹ Recoge la STC 99/1985 lo siguiente: “(...) siendo el derecho a la tutela judicial efectiva no un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación, sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal; pero ni el legislador podría poner cualquier obstáculo a tal derecho fundamental, pues ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 CE), ni nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones al derecho a la tutela judicial, cuyo ejercicio “solo por Ley” puede regularse (art. 53.1 CE).

¹² RUIZ-RICO RUIZ, G. y CARAZO LIÉBANA, M.J. en *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2013.

justiciable a conocer el proceso jurídico-lógico para dictar la resolución en un determinado asunto y la fundamentación jurídica o derecho del justiciable a obtener una resolución fundada en derecho o conforme a él evitando resoluciones arbitrarias contrarias a derecho. Resulta interesante en relación a este particular lo que recoge la STC 204/2014 de 15 de diciembre en su FJ 4¹³.

¹³“En el supuesto que nos ocupa, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones ya referido, limitándose a afirmar que "más allá de las legítimas discrepancias que la parte pueda mantener con los pronunciamientos que le son desfavorables de la sentencia dictada por esta Sala, cuya nulidad se postula, la misma no se halla incurso en el art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que determina la improcedencia del incidente planteado".

El juicio sobre dicha respuesta debe realizarse a partir del canon relativo al derecho de acceso al recurso, pues, aunque el incidente de nulidad de actuaciones no constituye un recurso en sentido estricto, **es un cauce procesal que, al tener por objeto la revisión de resoluciones o actuaciones procesales, debe ser enjuiciado por este Tribunal desde el canon propio del derecho de acceso al recurso legamente establecido** (SSTC 57/2006, de 27 de febrero, FJ 3; y 157/2009, de 25 de junio, FJ 2). Desde esta perspectiva, es preciso recordar que el control de las resoluciones judiciales de inadmisión de recursos por la jurisdicción constitucional es meramente externo y debe limitarse a **comprobar si contienen motivación y si han incurrido o no en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazoanlidad lógica, evitando toda ponderación acerca de su corrección jurídica** (SSTC 258/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 314/2005, de 12 de diciembre, FJ 3; 57/2006, de 27 de febrero, FJ 3; 22/2007, de 12 de febrero, FJ 4; y 9/2014, de 27 de enero, FJ 5).

Aplicando el indicado canon a la resolución impugnada podemos concluir que el órgano judicial vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la demandante de amparo, privándole de la tutela de los derechos fundamentales que proclama el art. 53.2 CE. En su respuesta, el órgano judicial, cuando menos, tendría que **haber ofrecido una argumentación suficiente sobre los motivos de la no admisión a trámite del incidente de nulidad de actuaciones. La inadmisión de plano sin más explicación** que la de no encontrarse la Sentencia incurso en el art. 241.1 LOPJ, **impide conocer la ratio decidendi de la resolución aquí impugnada**. Debe concluirse por ello que **el órgano judicial realizó una interpretación constitucionalemnte contraria a lo dispuesto sobre el contenido susceptible de control a través del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241.1 LOPJ** que, tras la nueva regulación, resulta procedente ante cualquier vulneración de derechos fundamentales. Y en este caso, aparte de la concurrencia de los presupuestos procesales en cuanto a plazo e improcedencia de cualquier recurso ordinario o extraordinario, la recurrente denunció en su incidente tanto la vulneración de su derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) como la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por considerar que la Sentencia dictada en apelación incurría en defecto de motivación, incongruencia y arbitrariedad.

En conclusión, independientemente de que se optara por una interpretación restrictiva de las causas de inadmisión del incidente **de nulidad de actuaciones, el órgano judicial debió,**

En lo que podría ser una aproximación al concepto de derecho a la tutela judicial efectiva Díez-Picazo Giménez lo identifica con *el derecho consistente en tener libre acceso a los Tribunales para solicitar de éstos la tutela de un derecho subjetivo o de un interés legítimo y obtener una resolución de fondo fundada en Derecho, sea favorable o desfavorable, siempre que se cumplan los requisitos procesales o, en caso contrario, una resolución de inadmisión de la pretensión formulada igualmente fundada en Derecho, a presentar los recursos que las leyes prevean y a que el contenido del fallo sea respetado y ejecutado.*

Partiendo de esta fórmula y siguiendo al mismo autor, pueden perfilarse ya los ejes vertebrados del derecho a la tutela judicial efectiva, esto es, el derecho a la jurisdicción; el derecho a una resolución de fondo; el derecho a una resolución fundada en Derecho; el derecho a los recursos; el derecho a la ejecución; el derecho a la invariabilidad e intangibilidad de pronunciamientos y por último el derecho a la tutela cautelar.

Pero no todo resulta claro en el que para Díez Picazo¹⁴ es el *“precepto-estrella del firmamento jurídico-constitucional”*, pues la falta de sistematización del art. 24 CE resulta evidente e implica entre otras consecuencias lo que en

cuando menos, haber motivado suficientemente su decisión de inadmisión. Tal ausencia de motivación nos lleva a afirmar que fue vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la actora, en la vertiente del derecho de acceso al recurso.

En atención a lo expuesto, resulta procedente la estimación del recurso de amparo, con anulación de la providencia de 23 de julio de 2013 y la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado, para que se dicte una nueva resolución judicial que resulte respetuosa con el derecho fundamental reconocido, resolviéndose, si procede, la admisión para que se tramite y resuelva en forma legal el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la recurrente”.

¹⁴ DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo III. Madrid. Edersa. 1996.

palabras de Díez-Picazo Jiménez¹⁵ es una “mixtificación” de los derechos en él reconocidos.

El artículo en cuestión adolece pues de un cierto déficit de nitidez y de un exceso de generalidad. Dos características a las que propongo anudar otras dos reproduciendo las palabras de Lafuente Balle¹⁶ esto es, “*La norma constitucional es esencialmente política y necesariamente ambigua*”. Características que explican, siguiendo al mismo autor, la variedad y diversidad de pronunciamientos incluso de signo contrario, sobre asuntos idénticos¹⁷. Un panorama que hace que el número de soluciones que ofrece el Tribunal Constitucional sea infinito, dando lugar a lo que recibe el nombre de efecto arco iris de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Ello no obstante, debo significar que existen, porque el TC los ha creado, criterios a atender en ciertas cuestiones como la que es objeto de trato en este trabajo a efectos de unificar criterios y asegurar cierto grado de seguridad jurídica.

La propia doctrina jurisprudencial marca en ocasiones los límites conceptuales entre los derechos generales del art. 24.1 de la CE y las garantías procesales específicas recogidos en el art. 24.2 CE pese a la interconexión entre ambos hasta el punto de que las garantías del apartado 2 serían una derivación

¹⁵ DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo III. Madrid. Edersa. 1996. p. 26.

¹⁶ LAFUENTE BALLE, José María: *Veinticinco años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su efecto “arco iris”: los casos “inaudita parte”*. En: Revista de Derecho Político, ISSN 0211-979X, UNED, 2003-2004. núms. 58-59 p. 805-832. Y LAFUENTE BALLE, José María: *La enseñanza de las Ideas Constitucionales en España e Iberoamérica*. Actas del Congreso Internacional sobre la Enseñanza de las Ideas Constitucionales en España e Iberoamérica celebrado en la Universitat de Valencia del 16 al 21 de octubre de 2000. Coord. REMEDIOS SANCHEZ FERRIZ y MARIANO GARCÍA PERCHUÁN. Valencia. Ene Edicions. 2001.

¹⁷ RUIZ-RICO RUIZ, G. y CARAZO LIÉBANA, M.J. en *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2013.

“instrumental” de los derechos fundamentales más genéricos del art. 24.1 de la CE¹⁸.

Pero siguiendo con la complejidad del precepto en cuestión, propongo un vistazo sobre algunas resoluciones del Tribunal Constitucional en las que aquélla es dable de ser apreciada.

Un ejemplo de estos fenómenos es el que se plantea en la STC nº 95/2003 de 22 de mayo que resuelve un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo contra un inciso del apartado a) del art. 2 de la Ley 1/96 de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita al entender que aquél vulnera el art. 24 CE por no respetar el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.

El Defensor del Pueblo entendió que el inciso en cuestión “que residan legalmente en España”, no se ajustaba a los acuerdos internacionales suscritos por España *ya que limita la asistencia jurídica gratuita, en el caso de los extranjeros residentes no legales, a la jurisdicción penal y el derecho de asilo, quedando fuera de la cobertura de la LAJG¹⁹ todas aquellas cuestiones que afecten al estatus personal de los extranjeros no residentes legales que carezcan de medios económicos y que no guarden relación con el derecho de asilo ni con la jurisdicción penal. Así la legislación de extranjería contempla la expulsión como sanción para los extranjeros que se encuentren ilegalmente en España, por lo que si el extranjero expulsado no dispone de recursos precisos no gozará de la asistencia jurídica gratuita necesaria para interponer recurso contencioso-administrativo contra el acto administrativo que acuerde su expulsión. Y como tal requisito es imprescindible para acudir a tal jurisdicción, de facto no podrá ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) respecto a la resolución en al que se acuerde su expulsión.*

¹⁸ Idem que nota número 14.

¹⁹ Ley 1/1996 de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita.

En ejercicio de su acción, los alegatos del recurrente se desenvuelven en torno a los efectos que sobre la tutela judicial efectiva despliega la falta de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que no se hallen residiendo legalmente en España, de manera que sin citar en modo alguno el art. 119 CE se introduce en su pretensión el contenido del referido precepto que consagra el derecho a la asistencia jurídica gratuita²⁰.

La conexión instrumental existente, entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de recursos para litigar y el derecho a la tutela judicial efectiva, ha sido puesta de manifiesto en varias ocasiones por parte del TC. Así en la Sentencia 183/2001 de 17 de septiembre, en la que se recuerda la doctrina ya sentada en la Sentencia 117/1998 de 2 de junio se afirma lo que sigue: *el art. 119 CE, al establecer que la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y , en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar, consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE, pues su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y , más ampliamente, trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar.*

Resulta evidente que el derecho a la asistencia jurídica gratuita es un derecho prestacional y de configuración legal cuyo contenido y condiciones de ejercicio, dice la STC de 22 de mayo de 2003, serán determinados por el legislador atendiendo a una serie de parámetros tales como, ingresos y capacidad económica del interesado, posibilidades presupuestarias o tipo de

²⁰ Art. 119 CE: “ La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”.

procedimiento en cuestión u orden jurisdiccional ante el que deba actuarse. También en este sentido se pronuncia el TC en la Sentencia 117/1998 (FJ 3).

Retomando la Sentencia objeto de estudio, en ella el Tribunal Constitucional se cuestiona si el legislador *ha respetado el contenido constitucional indisponible que garantiza el art. 119 CE, al configurar el derecho a la asistencia jurídica gratuita de modo tal que los extranjeros que no reúnan la condición de residentes en España, pese a acreditar insuficiencia de recursos para litigar, resultan excluidos de derecho a la gratuidad de la justicia.*

Las claves para resolver esta cuestión las facilitó la Sentencia del TC 16/1994 de 20 de enero de la que se desprende que toda persona física titular del derecho a la tutela judicial efectiva deberá gozar del derecho a la asistencia jurídica gratuita en el caso de que carezca de los recursos económicos para litigar , en los términos en los que el referido concepto jurídico indeterminado – carecer de recursos económicos- sea configurado por el legislador ordinario.

La cuestión planteada en el presente asunto quedaba resuelta en el FJ 6 de la referida resolución, pues en él recoge el TC el siguiente planteamiento que permite admitir la pretensión del recurrente declarando en consecuencia la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del inciso “legalmente” y el matiz que se introduce en el término “residan”; (...) *a tenor de la norma impugnada, a los extranjeros que, sin tener la condición de residentes legalmente en España, pretendan impugnar alguna de las resoluciones administrativas a las que se refiere el Defensor del Pueblo en su recurso no puede concedérseles el derecho a la asistencia jurídica gratuita pese a que reúnan las condiciones económicas que, en otro caso, les permitirían acceder a tal beneficio. De otra parte , el art. 23 de la Ley 29/1998 de 13 de julio , reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, exige para la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de las resoluciones a las*

que se refiere el defensor del Pueblo que las partes se encuentren representadas por Procurador y defendidas por letrado. El incumplimiento de este requisito afecta a la validez de la comparecencia y, tras el correspondiente requerimiento de subsanación, desemboca, según el art 45.3 de la citada Ley, en el archivo de las actuaciones, sin posibilidad de obtener, por tanto, una resolución sobre el fondo de las prestaciones que se intenten deducir ante la jurisdicción ordinaria. De ahí que si el extranjero no reside legalmente en España no dispone de recursos suficientes para procurarse Abogado que le defienda y Procurador que le represente, verá cerrado su acceso a la jurisdicción y no podrá someter al control de ésta la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE) en un aspecto que le concierne directamente, como es su status de extranjero (permisos de residencia, trabajo, exenciones de visado, etc), y que puede desembocar en su expulsión del territorio nacional. Ello supone sin duda, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE.

Otra muestra más de la complejidad del referido derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE puede observarse en el asunto conocido por la Sentencia del TC nº 99/1985 de 30 de septiembre en la que se resuelve en sentido favorable para el demandante de amparo constitucional, una pretensión consistente en la declaración de nulidad de dos Sentencias, de primera y segunda instancia respectivamente, dictadas en un procedimiento que traía origen en una querrela por falso testimonio. El Juez a quo absolvió al querrellado en una sentencia en cuya fundamentación jurídica se reseñaba la falta de un requisito de procedibilidad en el delito de falso testimonio en causa civil, requisito por otra parte exigible a la luz únicamente, de la jurisprudencia del TS, cuya doctrina al respecto demanda que para que pueda perseguirse y sobre todo sancionarse tal delito es condición indispensable que el Tribunal Civil que conoció del asunto donde se prestó por los acusados la declaración reputada de falsa, conceda la necesaria autorización para proceder criminalmente contra los mismos.

La demandante de amparo entendió vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva argumentando la inexistencia de norma legal alguna que impusiera aquél requisito, siendo únicamente una exigencia derivada de la jurisprudencia del TS.

La falta de previsión legal del controvertido requisito de procedibilidad es reconocido por el propio TS que elaboró una “endeble” teoría al respecto según palabras empleadas por el mismo TC en la sentencia que ahora se examina, por todo ello, y teniendo en cuenta que la referida doctrina es preconstitucional²¹, el TC entendió vulnerado el derecho a la tutela invocado por la demandante de amparo. Derecho a la tutela judicial efectiva que en el supuesto examinado quedaba trabado por una decisión judicial no apoyada en derecho.

Esta misma Sentencia, la nº 99/1985 de 30 de septiembre, resulta también destacable por un segundo motivo cual es el de configurar el derecho a la tutela judicial efectiva como un derecho de configuración legal, referencia aludida en líneas anteriores , al rezar lo que sigue: (...) *siendo el derecho a la tutela judicial efectiva no un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación, sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal; pero ni el legislador podría poner cualquier obstáculo a tal derecho fundamental, pues ha de*

²¹ En la STS de 10 de noviembre de 1969 se enuncia la controvertida doctrina cuando el Alto Tribunal expone lo que sigue en relación a la exigencia de autorización para proceder en caso de delitos de falso testimonio prestado en causa civil: “ (...) *es obligada por tratarse de un delito contra la Administración de Justicia, en donde el bien jurídico protegido no es el de la persona a quien pueda afectar la resolución judicial obtenida por procedimientos irregulares, sino esa misma resolución*”. Y en la STS de 18 de mayo de 1965 se recoge lo siguiente en relación al mismo particular y haciendo referencia al Tribunal ante el que se declaró: “ (...) *y a su recto criterio debe reservarse la iniciación del proceso que pueda conducir a la sanción de tales hechos atentatorios al primordial interés público de la administración de Justicia, superior a los privados de que las partes puedan hacer uso conforme al principio dispositivo que inspira el proceso civil*”.

respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 CE), ni nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones al derecho a la tutela judicial, cuyo ejercicio “solo por Ley” puede regularse (art. 53.1 CE).

I.2 La indefensión. La nulidad de actuaciones.

Siguiendo en el art. 24.1 de la CE, éste después de consagrar el denominado derecho a la tutela judicial efectiva, como ya se va advirtiendo derecho complejo y con importantísimas manifestaciones siendo algunas de ellas objeto de estudio más detallado en otros pasajes de este trabajo; proclama la interdicción de la indefensión o lo que, formulado en sentido positivo es, para autores como Díez-Picazo Gimenez²², el derecho a la defensa o derecho a la tutela judicial. Una nomenclatura empleada para referirse a un complejo y autónomo derecho fundamental que se alza en el art. 24.1 de la CE junto al derecho a la tutela judicial efectiva y ello pese a que en ocasiones el TC, en su labor interpretativa, anuda el derecho a la defensa con el derecho a la tutela judicial efectiva llegando incluso a exigirse aquélla en su dimensión negativa esto es la indefensión, como *prius* inexcusable para que otros derechos fundamentales se consideren vulnerados, hecho que implica entre otras consecuencias, que solamente la interdicción a la indefensión es considerada el género y los demás, especies de la misma.

Pese a la generalidad con la que en no pocas ocasiones se ha referido el TC al derecho a la defensa o a la interdicción de indefensión, no es menos cierto que en sus pronunciamientos ha llegado a perfilar una definición de indefensión entendida como aquél resultado derivado de una ilegítima

²² DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo III. Madrid. Edersa. 1996. p. 48 y sig.

privación o limitación de medios de defensa que se produce en el seno de un proceso o de cualquiera de sus fases o incidentes y que acarrea al justiciable, sin que le sea imputable, un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses sustantivos²³.

Siguiendo a Garberí Llobregat²⁴, se trata de un derecho que se reconoce a todos los que son partes procesales o debieron serlo y no lo fueron porque no se les brindó dicha oportunidad. En definitiva debe reconocerse y respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes litigantes. Una defensa contradictoria que se garantiza a las partes a través de la oportunidad de la que goza cada una de ellas de poder alegar y probar sus derechos e intereses dentro del proceso regido por las normas procesales sin que pueda llegar a dictarse una resolución judicial en ausencia salvo la que sea voluntaria o que obedezca a negligencia imputable a quien pretende hacer valer el derecho fundamental. En este sentido STS 119/2006 de 3 de julio y también 205/2007 de 24 de septiembre.

Cuando la oportunidad que en forma de principio rige en el proceso español, se ve enervada o queda totalmente suprimida, se produce una proscrita desigualdad entre las partes y ello es así porque la regla de la contradicción es una de las fundamentales en el proceso y debe ser efectiva en todas sus fases y estadios. En este sentido SSTC 13/2006 de 16 de enero y 65/2007 de 27 de marzo. Siguiendo al mismo autor, para que pueda apreciarse una situación de indefensión, y antes de abordar los elementos del juicio de indefensión, es necesaria la concurrencia de dos requisitos:

- que la infracción de las normas en cuestión origine una verdadera situación de indefensión (STC 199/2006 de 3 de julio)
- dicha infracción procedimental debe traer origen inmediato y directo en acciones u omisiones de los órganos jurisdiccionales, lo que supone

²³ DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo III. Madrid. Edersa. 1996. p. 49

²⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona. Ed Bosch. 2008. págs. 249 a 273.

excluir aquellos supuestos en los que la infracción obedece a pasividad, desinterés o negligencia de las partes o de quienes les representen. En este sentido STC 79/2006 de 13 de marzo.

De todo ello se extraen los dos grandes casos o supuestos de indefensión:

- la indefensión provocada por defectuosa personación de la parte ante el órgano judicial. De la STC 79/2006 de 13 de marzo se puede extraer lo siguiente: No hay indefensión cuando la confusión o el error del órgano judicial a la hora de realizar el acto de comunicación, se debe al deficiente cumplimiento de la carga de identificar el proceso o bien el órgano que debe conocer de él. En cambio sí la habrá en los casos en que pese a la existencia del error arriba descrito, consten junto al escrito de personación otros escritos que puedan unirse al primero, resultando irrelevante el error en la calificación de la posición procesal de la parte procesal. La insuficiencia en la identificación detectable en el escrito de personación es un defecto subsanable en tanto la fase procesal ante la que nos hallemos, quede precluida por resolución firme. Salvo eso si, aquellos casos en que notificada la resolución, se declare desierto el recurso sin poner de manifiesto el error ante el órgano competente.

- y la indefensión por realización defectuosa de actos de comunicación. Se trata de la mayor parte de supuestos que aborda el TC respecto de los que tiene ya una consolidada doctrina. Debido a la gran importancia de la correcta conformación de la relación jurídico procesal, los actos de comunicación del órgano judicial con las partes, adquieren una especial trascendencia. Y también y sobretodo el aseguramiento por parte del órgano judicial de que se garantice que las partes sean oídas. En este sentido SSTC 162/2007 de 2 de julio, 186/2007 de 10 de septiembre y 2/2008 de 21 de enero.

De entre los actos de comunicación adquieren una especial trascendencia los de emplazamiento a quien debe ser parte en el proceso o lo es, habida cuenta de que aquéllos desempeñan en este caso una labor fundamental facilitando la defensa de las partes en el proceso. De ahí que prevalezca el emplazamiento personal frente a otras fórmulas tales como la edictal, limitándose esta última a aquellos casos en que no consta el domicilio del afectado o esté en ignorado paradero. En este sentido SSTC 162/2007 de 2 de julio, 210/2007 de 24 de septiembre y 2/2008 de 21 de enero.

Quedará pues excluida, o deberá quedarlo, en aquellos casos en que se deduzca de las actuaciones, un domicilio que permita el emplazamiento personal del afectado. En este sentido SSTC 162/2007 de 2 de julio, 163/2007 de 3 de julio y 223/2007 de 22 de octubre.

No puede hablarse de indefensión en aquellos casos en que es el interesado (demandado o acusado) quien se coloca en la citada situación de incomunicación por haberse colocado de manera voluntaria y consciente o bien negligentemente al margen del proceso. Ello no obstante dicha situación debe acreditarse fehacientemente a los efectos de excluir una posible indefensión. SSTC 162/2007 de 2 de julio, 186/2007 de 10 de septiembre y 2/2008 de 21 de enero.

En el caso que concurran la negligencia o voluntariedad de parte para colocarse al margen del proceso, con una defectuosa actuación judicial en materia de actos de comunicación, el TC considera que carecen de trascendencia constitucional siempre que se acredite que la parte, pese a la existencia del defecto de comunicación por parte del órgano judicial, tuvo conocimiento extraprocesal de la existencia del proceso; o bien cuando se hubiese colocado al margen del proceso. SSTC 162/2007 de 2 de julio, 210/2007 de 24 de septiembre, 223/2007 de 22 de octubre y 2/2008 de 21 de enero. Interesante también resulta lo que recoge el TC en sentencias 162/2007 de 2 de julio y 2/2008 de 21 de enero en materia del

deber que asumen comerciantes o empresarios que cesan en sus actividades, de facilitar a quien con ellos han mantenido relaciones profesionales y comerciales, sus datos y señas de localización.

En definitiva la indefensión se configura como una garantía tan universal como la misma tutela judicial efectiva habida cuenta del gran ámbito en el que puede resultar de aplicación o si se prefiere, por el gran número de ocasiones en las que la actuación de los órganos jurisdiccionales pueden causarla.

En resumen, se puede producir indefensión en todo tipo de procesos y por un gran número de motivos.

Siguiendo a Diez-Picazo Giménez²⁵ la indefensión, el juicio de indefensión se compone de los siguientes elementos:

1. Infracción de una norma procesal²⁶: Encontramos un grupo de normas en cuya aplicación o defectuosa aplicación hallamos abundantes supuestos de indefensión, particularmente las relativas a los actos de comunicación del órgano judicial. Ahora bien, la simple infracción de normas procesales no causa *per se* indefensión. En este sentido STC 163/1990, 215/1989, 15/1984 y 13/1981 entre otras.
2. Privación o limitación de los medios de defensa: La infracción arriba citada debe producir una privación o limitación de oportunidades de defensa en el sentido de posibilidad de formular alegaciones, proposición o práctica de prueba... en definitiva, la merma de posibilidades ante el tribunal que puede provocar que éste estime o desestime sus pretensiones. De nuevo invocación de los casos que es

²⁵ BORRAJO INIESTA, I; DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I y FERNANDEZ FARRERES, G. en *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*. Civitas. Y RUIZ-RICO RUIZ, G y CARAZO LIÉBANA, M.J. en *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2013.

²⁶ Aunque éste no sea el requisito de cumplimiento inexcusable pues puede suceder que sea la norma misma debidamente aplicada la que produzca indefensión y no su propia infracción.

dable apreciar en la práctica consecuencia de la defectuosa práctica de actos de comunicación.

3. Falta de imputación al justiciable: La merma o limitación de medios de defensa antes referenciadas no puede ser imputable a quien las alega. En este sentido hay numerosa jurisprudencia y a destacar las SSTC 112/1987 (FJ 22), 60/83, 56/85, 109/85, 68/86, 54/87 o bien 211/1991. En ocasiones la imputabilidad al justiciable se confunde con la falta de agotamiento de los recursos utilizables en vía judicial. Hablamos de imputabilidad en sentido estricto en los casos de falta de diligencia y en los de conocimiento extraprocesal de la sustanciación de la causa decidiendo el justiciable en este caso y pese a dicho conocimiento, no comparecer en autos.
4. Carácter definitivo y falta de subsanación: Resulta necesario para que se produzca indefensión, que la privación o limitación de defensa no haya sido subsanada con carácter previo. En este apartado cabe plantear una cuestión nada pacífica como lo es el que si la indefensión es apreciada en cada instancia o si por el contrario, la que se padece en primera instancia queda subsanada mediante la posibilidad de defensa en segunda. La línea jurisprudencia más clásica aboga por la primera opción (en este sentido SSTC 13/81 FJ 6²⁷ pero *obiter dictum*, 84/86, 327/93 y 196/92) y un segundo sector optaría por la segunda posibilidad (SSTC 31/89, 113/93 o bien 117/93). La indefensión debe ser definitiva y por tanto puede considerarse que la indefensión causada cuando el procedimiento se está sustanciando, por definición

²⁷ “Dicho esto es necesario observar que la Constitución, en su art. 24, consagra como derecho constitucional fundamental y refuerza ese derecho de defensa. Este refuerzo supone que, con carácter general, no sólo en el conjunto del procedimiento, sino en cada una de sus fases cuya resolución afecte a los derechos o intereses legítimos de una persona, ésta debe ser oída y deben respetarse el resto de las garantías procesales a que alude el ap. 2º del citado precepto constitucional”.

no se ha causado aún sino que se causará, debido insisto a la pendencia del procedimiento.

5. La carga de especificar la defensa preterida: Quien alega indefensión debe exponer cuales serían los mecanismos, medios de prueba o defensa de los que ha sido ilegítimamente privado sin quedar por ello y a posteriori, vinculado. De manera que podrá utilizar o disponer de otros pero será conveniente que los que proponga resulten idóneos para obtener una modificación del resultado. Quedarían fuera de este grupo los casos en que la indefensión se produce porque el Tribunal se extralimita respecto de los términos del debate.
6. Juicio de incidencia: Solo puede hablarse de indefensión si se ha ocasionado un perjuicio al justiciable²⁸ ya que en caso contrario solo hablaríamos de un defecto formal²⁹. Debe haberse producido pues una lesión a los derechos e intereses sustantivos del justiciable que podría haberse evitado de no haberse privado o enervado su derecho de defensa. El juicio de indefensión se realiza a posteriori y es hipotético en el sentido de que se examina si con la omisión de un acto se produjo un determinado resultado pero un juicio que debe abarcar también otro extremo, esto es, que si sin la infracción referida el resultado se hubiera producido. Esto nos lleva a lo que se denomina carácter material de la indefensión. La merma de las posibilidades de defensa debe haber producido efecto en el fallo. Y el TC para no excederse en sus funciones debería acoger la regla de la certeza de la no incidencia, que supone descartar la indefensión solo cuando el medio de defensa obviado es objetivamente inidóneo para

²⁸ Indefensión constitucional o material. Aquella que trae origen directa e inmediatamente en la acción u omisión de un órgano judicial y que tiene la suficiente entidad como para producir un desequilibrio en las posibilidades de defensa de los intereses y derechos del justiciable, incidiendo de esta forma en la resolución final y cuya apreciación se ha atribuido, quizás de manera excesivamente generosa, al TC.

²⁹ Indefensión procesal, legal o formal.

el fin propuesto o cuando haya sido considerado por el tribunal a través de las alegaciones o pruebas de la otra parte en el proceso.

La cuestión pues, como ya se puede entrever, se reduce a determinar qué se entiende por indefensión.

Precisamente Díez-Picazo Giménez pone de manifiesto la especial profusión del uso del término indefensión. Término que es incorporado en nuestro ordenamiento jurídico por la Constitución de 1978 y que a partir de ese momento empieza a utilizarse con una frecuencia, porque no decirlo, un tanto excesiva. Para comprobarlo no hay más que observar en cuántas ocasiones nuestras leyes procesales emplean el término en cuestión³⁰. Es más llega a ser considerado como un verdadero principio, una verdadera garantía universal.

Vistos ya los elementos que deben concurrir para que se produzca indefensión o lo que es lo mismo, vistos los aspectos que integran el denominado juicio de indefensión, resulta interesante en relación a éstos la STS de 11 de abril de 1996 que recoge lo que sigue: (...) *la indefensión requiere, con arreglo a constante doctrina jurisprudencial de esta Sala (portadas las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1989, de 16 de julio de 1990, 10 de diciembre de 1992, 464/95 de 21 de marzo , y 1272/95 de 19 de diciembre) la existencia de los requisitos siguientes: 1) la producción de indefensión , entendida como un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa (sentencias del Tribunal Constitucional 149/87, 155/88 y 290/93; 2) Derivadamente, que al formularse la impugnación se alegue cuál*

³⁰ En la LECivil, v. entre otros muchos: Art. 142.2 en relación al idioma en las actuaciones procesales; art. 166 en relación a la nulidad de los actos de comunicación; art. 225.3^a en relación a la nulidad de pleno derecho de las actuaciones procesales; art. 228 en relación al incidente excepcional de nulidad de actuaciones; art. 188 en relación a la suspensión de las vistas.

pudo haber sido la trascendencia sobre la resolución que derive de la omisión de la prueba, es decir, si el fallo pudo haber sido acaso de otro signo si la prueba hubiese sido practicada (sentencias del Tribunal Constitucional 82/93, y sentencias del Tribunal Supremo 103/92, de 20 de enero; 939/92 de 24 de abril; 2707/93 de 1 de diciembre; 1983/94 de 4 de diciembre y 793/95 de 20 de junio).

Como acabo de exponer, resulta curioso el gran número de ocasiones en las que nuestras leyes procesales aluden al término indefensión, tal vez tales cifras tengan que ver con el primero de los requisitos que debe concurrir para poder hablar de indefensión, esto es la infracción de una norma procesal que como ya se ha expuesto no implica *per se* la causación de indefensión.

Veamos pues qué tipo de normas y en qué condiciones y términos se deben infringir para que se entienda lesionado el derecho a la defensa.

Precisamente en relación a este particular resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo 2008/2002 de 3 de diciembre que con remisión a la doctrina constitucional recoge lo siguiente: *(...) el Tribunal Constitucional (sentencia 109/2002 de 6 de junio) entiende que se produce indefensión constitucionalmente relevante cuando con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando, bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, produciendo un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (...). Por tal razón, sólo cabe otorgar relevancia constitucional a aquella que resulta efectiva, de tal forma que no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca, en todos los casos, la eliminación o disminución material de los derechos que corresponden a las partes en el proceso.*

La exigencia de infracción de una norma procesal, como causante de indefensión, tampoco se reclamaría en el caso de que la propia norma en

cuestión contuviera por sí misma el motivo de indefensión ya que por su simple aplicación se estaría generando la interdicta vulneración del derecho de defensa.

Realmente vista la casuística constitucional y tal y como ya se ha avanzado anteriormente, hay un grupo de normas cuya infracción suele originar en una mayor medida, indefensión. Se trata de las normas reguladoras de los actos de comunicación con las partes³¹ y más en particular la infracción de normas que aseguran y garantizan la presencia de las partes en el proceso. Por este motivo, la infracción de la norma en cuestión debe haber provocado una limitación o reducción de las oportunidades de defensa de las partes para que verdaderamente se origine indefensión.

Precisamente en relación a este particular resulta interesante entre otras, la STC 232/2000 en la que se recoge como precedente la STC 9/1981 de 31 marzo y que dice lo siguiente: *Es doctrina reiterada de este Tribunal, que los actos de comunicación del órgano jurisdiccional, y especialmente aquellos que tienen como destinatarios a quienes habrían de ser partes en el proceso, ofrecen una singular trascendencia, por constituir el instrumento indispensable para hacer posible la defensa en juicio de los derechos e intereses en litigio, previendo así el riesgo de una condena "inaudita parte", sin ser oído y vencido en juicio.*

La interdicción de la indefensión se proyecta sobre todo el proceso y en particular sobre la fase nuclear del mismo, esto es la fase de la defensa por las

³¹ Son actos de comunicación las notificaciones entre cuyas modalidades hallamos las citaciones por las que se señala lugar, día y hora para comparezca a un fin determinado; los emplazamientos por los que se fija un período de tiempo para que el interesado realice una actuación jurídica y también los requerimientos, consistentes en una conminación al destinatario a observar una conducta positiva o negativa.

partes, de sus respectivas pretensiones a través de los medios que a su entender consideren más oportunos.

Se entiende por reducción o limitación de oportunidades de defensa, las que implican una reducción o limitación de las facultades de actuación en el proceso mediante la aportación o proposición de prueba, o mediante la realización de algún tipo de manifestación o alegato tendentes ambos a obtener del Tribunal la pretensión ante él ventilada o la desestimación de la de contrario.

En este sentido resulta interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1990 que recoge lo que sigue: *(...)la indefensión es predicable tanto por el desconocimiento de las pretensiones de las partes, como por la imposibilidad de objetarlas, rebatirlas o impugnarlas, pues el conocimiento de la acusación formulada contra los encausados es principio constitucional corroborador del principio acusatorio formal, del cual son manifestaciones los artículos 384 y siguientes, 520, 652 y 732 de la LECRim; en definitiva, la finalidad del principio acusatorio formal es impedir todo conato de indefensión del acusado y obligar a que en todo momento esté informado de los cargos por los que se le detiene, procesa o acusa, sin que en ningún caso, a menos que se haga uso del artículo 733 de la LECRim, sea posible que se le imponga una pena consecuente con una acusación que no se le dio a conocer y respecto de la cual no pudo defenderse , conforme dispone el art. 6.3 a) del Convenio de Roma de 4 noviembre de 1950 sobre protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.*

Ahora bien, la susodicha limitación o merma de las posibilidades de defensa no debe ser imputable a la parte que la alega, pues de ser así no cabe hablar de indefensión sino de dejación o abandono de los mecanismos de defensa de los que disponen los intervinientes en cualquier tipo de proceso.

En este sentido v. entre otras SSTC 60/83, 56/85, 109/85, 68/86, 54/87, 102/87, 31/89, 147/90 y 211/91.

En los mismos términos las SSTC 216/1988 de 14 de noviembre y la 41/1989 de 16 de febrero recogen el siguiente parecer: *no puede mantener una alegación constitucional de indefensión, quien con su propio comportamiento omisivo o falta de la necesaria diligencia, es el causante de la limitación de los medios de defensa que se le haya podido producir.*

En la STC nº 34/89 de 14 de febrero, el Tribunal Constitucional sienta una serie de pautas interpretativas sobre la noción de indefensión.

La Sentencia resuelve un recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 6 de abril de 1987, dictada en el recurso contencioso-administrativo especial de la Ley 62/1978, núm. 31/1987. Los demandantes impugnan la declaración de inadmisibilidad del recurso pronunciada en aquella Sentencia y pretenden exclusivamente su anulación y que se devuelvan las actuaciones a la Sala que la dictó para que pronuncie nueva Sentencia que resuelva sobre el fondo las cuestiones planteadas en el proceso a quo. Como recoge la referida resolución: *La fundamentación en Derecho de la demanda puede resumirse como sigue: Los recurrentes alegan que la citada Sentencia vulnera los derechos reconocidos en los arts. 24.1 y 14 de la Constitución. La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se habría producido por cuanto la Sentencia, al declarar la inadmisibilidad de los recursos y, consiguientemente, no pronunciarse sobre el fondo de los mismos, viola el precepto constitucional invocado, así como la unánime jurisprudencia constitucional, al realizar una interpretación restrictiva de los arts. 7 y 8 de la Ley 62/1978. En efecto, el art. 7 de la Ley 62/1978 exime de interponer -declarando que no serán necesarios- ninguno de los recursos administrativos con carácter previo al recurso contencioso-administrativo especial que*

la referida Ley regula; pero ello no puede interpretarse como una prohibición de que se interpongan, ni puede suponer un obstáculo para que el administrado -ante el silencio de la Administración- pueda posteriormente, dentro del plazo establecido en el art. 8 de la Ley, interponer el recurso especial citado, pues ello supondría primar o favorecer el silencio de la Administración. Ciertamente, si la Administración hubiera resuelto de forma expresa, sería incuestionable que los recurrentes hubieran podido interponer el recurso especial. Entienden, pues, los recurrentes que el citado art. 7 de la Ley 62/1978, en una interpretación acorde con la Constitución, no tiene otro alcance que el de conceder a los administrados un derecho, el de poder acudir a los Tribunales sin necesidad de agotar la vía administrativa, pero que no existe norma alguna que impida la interposición del recurso administrativo y su posterior revisión en vía jurisdiccional.

Las pautas que recoge la resolución citada se pueden resumir en las siguientes:

a) las situaciones de indefensión deben ser valoradas según las particulares circunstancias de cada supuesto;

b) la indefensión que se prohíbe en el artículo 24.1 CE no nace de la sola y simple infracción de normas procesales no imputables a los justiciables, pues el simple quebrantamiento de esta legalidad no implica per se la eliminación o disminución sustancial de los derechos que corresponden a las partes ni, en consecuencia, la indefensión proscrita en el art. 24.1 CE con relevancia jurídico-constitucional que no coincide con el concepto de indefensión jurídico-procesal, produciéndose aquella cuando la vulneración de la norma procesal lleva consigo la privación del derecho de defensa y con ella un perjuicio real y efectivo de los intereses del justiciable, y

c) el art. 24.1 CE no protege en supuestos de simple indefensión formal, pues tales situaciones no deben ser corregidas mediante la concesión del

amparo, sino que la función tuteladora se desarrolla en casos de indefensión material en los que se haya causado un perjuicio efectivo al interesado.

Precisamente en relación a este particular también resulta interesante la STC 162/2002 en la que se recogen otras resoluciones precedentes entre las que se citan SSTC 43/1989 de 20 de febrero; 123/1989 de 6 de julio; 105/1995 de 3 de julio; 118/1997 de 23 de junio, 74/2001 de 26 de marzo; una Sentencia la 162/02 que recoge lo que sigue, en relación a las particularidades que debe revestir la indefensión proscrita en el art. 24.1 CE: (...) *la indefensión que proscribe el art. 24.1 CE no es la meramente formal sino la material, es decir, aquella que haya causado al demandado un real y efectivo menoscabo de sus posibilidades de defensa. Y hemos afirmado, en este sentido, que la indefensión ha de ser consecuencia de una acción u omisión atribuible al órgano judicial. Por ello, cuando la indefensión que se invoque sea imputable al propio interesado, al no haber actuado con la diligencia exigible para comparecer en el proceso tras conocer su existencia –aunque por otros medios distintos del emplazamiento–, adoptando una actitud pasiva con el fin de marginarse voluntariamente del procedimiento, no cabe apreciar la vulneración del derecho a la tutela judicial garantizado en el art. 24.1 CE, ya que no es admisible constitucionalmente una queja de indefensión de quien con su conducta propició o coadyuvó a la incomparecencia en el proceso.*

Otras dos Sentencias, en este caso del Tribunal Supremo, que me parecen muy ilustrativas y esclarecedoras acerca de la noción de indefensión son la STS 357/2005 de 20 de abril y la STS 264/2005 de 1 de marzo. En la primera se recoge lo que sigue: (...) *la noción de indefensión, junto con la de finalidad de los actos procesales que se menciona también en el art. 240.1, se convierte en elemento decisivo y trascendental, que cobra singular relieve por su naturaleza y alcance constitucional. Es indudable que el concepto de indefensión comprendido en los artículos 238.3 y 240 LOPJ ha de integrarse con el mandato del artículo 24.1 de la CE sobre la obligación de proporcionar la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse*

indefensión, aunque ello no signifique en la doctrina constitucional que sean conceptos idénticos o coincidentes. Se ha expuesto, como primero de los rasgos distintivos, la necesidad de que se trate de una efectiva y real privación del derecho de defensa; es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Y sigue recogiendo la Sentencia, que la indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (Sentencias del Tribunal Constitucional 106/83, 48/84, 48/86, 149/8, 35/89, 163/90, 8/91, 33/92, 68/93, 270/94, 15/95). No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo (Sentencias del TC 90/88, 181/94 y 316/94). En definitiva, no son, por lo general coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia constitucional en cuanto incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo que establece el art. 24 de la Constitución Española. (...) Pero además, y en segundo lugar la privación o limitación del derecho de defensa ha de ser directamente atribuible al órgano judicial. Ni la ley ni la doctrina del

Tribunal Constitucional amparan la omisión voluntaria, la pasividad, ni tampoco, de existir negligencia, impericia o error. La ausencia de contradicción y defensa de alguna de las partes en el proceso que resulta de su actuación negligente no puede encontrar protección en el art. 24.1 de la CE; así ocurre cuando la parte que pudo defender sus derechos e intereses legítimos a través de los medios que el ordenamiento jurídico le ofrece no usó de ellos con la pericia técnica suficiente, o cuando la parte que invoca la indefensión coopere con la conducta a su producción, ya que la indefensión derivada de la inactividad o falta de diligencia exigible al lesionado, o causada por la voluntaria actuación desafortunada, equivocada o errónea de dicha parte, resulta absolutamente irrelevante a los efectos constitucionales, porque el derecho a la tutela judicial efectiva no impone a los órganos judiciales la obligación de subsanar la deficiencia en que haya podido incurrir el planteamiento defensivo de la parte (Sentencias del Tribunal Constitucional 167/88, 101/89, 50/91, 64/92, 91/94, 205/94 y 11/95).

Siguiendo con el estudio de la casuística constitucional, voy a plantear en este momento otra cuestión que entroncada con lo atinente a la duración de los plazos, enlaza con el derecho a la tutela judicial efectiva, ¿La brevedad del plazo legalmente previsto para, por ejemplo, la formulación de alegaciones, puede suponer la vulneración del derecho a la defensa del sujeto a aquél? O lo que es lo mismo, un plazo breve conlleva indefensión por implicar reducción de posibilidades de defensa?

La misma cuestión se plantea en la Sentencia del TC de 7 de noviembre de 2007, nº 236/07; el Pleno del Tribunal resuelve un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento Navarro a varios preceptos de la LO 8/2000 de 22 de diciembre de reforma de la LO 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

En particular uno de los preceptos cuestionados es el art. 63.2 que reza: “Cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado, en el plazo de 48 horas. En los supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva del extranjero, éste tendrá derecho a la asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos.”

El Parlamento Navarro alega la inconstitucionalidad del referido precepto porque el plazo de 48 horas que se otorga al interesado para formular alegaciones en su defensa, tras la incoación del procedimiento sancionador, vulnera el art. 24 CE en relación con el art. 6 del CEDH al producir indefensión por la brevedad del referido plazo.

El TC cataloga el asunto como un procedimiento administrativo sancionador, pues el procedimiento se incoa tras la comisión de una conducta tipificada como infracción administrativa y conlleva como última consecuencia, la expulsión de territorio nacional; procedimiento al que le resultan de aplicación los principios y garantías del art. 24 CE, *en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentren en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 CE y entre ellos el que proscribiera cualquier indefensión (SSTC 7/98 de 13 enero, FJ 6; 14/1999 de 22 de febrero, FJ 3^a)” y desestima la pretensión formulada por entender que “la brevedad de los plazos no implica per se la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si con ello se tiende a hacer efectivo el principio de celeridad en el proceso, ya que es constitucionalmente inobjetable que el legislador prevea tal reducción en los plazos cuando dicha decisión responde a una finalidad razonable y necesaria, acorde con los principios que han de regir el*

procedimiento correspondiente (SSTC 14/92 de 10 de febrero, FJ 8; 335/94 de 19 de diciembre, FJ 3; 130/1998 de 16 de junio, FJ 5; 85/2003 de 8 de mayo, FJ 11).

Ya se ha señalado en líneas anteriores que uno de los grupos normativos que más estrecha relación mantienen con el derecho a la tutela judicial efectiva y con la consiguiente proscripción a la indefensión recogida en el art. 24.1 CE, es el que se refiere a las normas procesales atinentes a facilitar y asegurar la presencia de las partes en el procedimiento.

Pero, ¿cuál va a ser al consecuencia del reconocimiento de que en el caso en concreto se haya producido indefensión? ¿Eso qué va a implicar?

Pues bien, la consecuencia por excelencia va a ser la **nulidad de lo actuado** y la consiguiente retroacción de las actuaciones hasta el momento en que se produjo el cuestionado vicio, con la correspondiente audiencia al que no fue oído y no pudo por tanto ni alegar, ni probar, ni replicar, ni justificar.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1998 recoge lo que sigue en relación a la nulidad de actuaciones: (...) *para la nulidad de los actos judiciales el artículo 238.3 LOPJ establece dos requisitos: uno que se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento o se actúe con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa y el segundo que efectivamente se haya producido indefensión, requisitos que deben concurrir conjuntamente. Además la doctrina tiene repetidamente declarado que la nulidad ha de ser admitida con criterios restrictivos y, que conforme a lo que establece el art. 242 LOPJ, se ha de aplicar el principio de conservación de actuaciones que ese precepto establece y que se complementa con la posibilidad de subsanación de requisitos legalmente exigidos.*

También en relación a la nulidad de actuaciones la STS 1574/2001 de 14 de noviembre, nos presenta la combinación indefensión-nulidad en los siguientes extremos: (...) *ha de tenerse en cuenta que la estimación de este motivo de recurso conlleva la anulación del juicio y su íntegra repetición ante un nuevo jurado. (...) Por ello la estimación de este motivo debe producirse en supuestos muy excepcionales, como expresa la propia norma legal, pues no es suficiente con que el Tribunal de Apelación haya apreciado alguna infracción de las normas y garantías procesales sino que es imprescindible que dicha infracción haya ocasionado indefensión.*

Y en el mismo sentido, la STC 4/2004 de 14 de enero dice: (...) *la anulación de una sentencia penal absolutoria con retroacción de actuaciones para la celebración de un nuevo juicio oral ante el mismo órgano judicial que juzgó el hecho por primera vez (...) sólo puede producirse cuando dicha sentencia se haya dictado en un proceso cuya sustanciación haya adolecido de quiebras procesales esenciales causantes de indefensión en las partes acusadoras que hayan sido aducidas por éstas en los pertinentes recursos.*

CAPITULO II: Rebeldía. Implicaciones en relación a la tutela judicial efectiva. Estudio en la LEC y en la LECrim. La ausencia en el juicio en la legislación actual. Especial referencia a la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016.

II.1 La rebeldía en la LEC.

II.1.a Estudio de la LEC.

II.1.b Evolución del derecho positivo en materia de rebeldía en el proceso civil español.

II.2 La ausencia en el proceso penal.

II.2.a Estudio del supuesto en el Procedimiento Abreviado.

II.2.b Estudio del supuesto en el Procedimiento Ordinario. El procedimiento contra reos ausentes.

II.2.c Los mecanismos de cooperación internacional para la reclamación del ausente.

II.2.d Evolución del derecho positivo en materia de rebeldía en el proceso penal español.

II.3 Especial referencia a la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016.

II.1 La rebeldía en la LEC.

II.1.a Estudio de la LEC.

Voy a sumergirme en el texto de la Ley procesal civil de la mano de unas palabras recogidas en varias resoluciones del TC cuando ha abordado cuestiones relacionadas con lo que va a ser objeto de trato a continuación y que no son otras que considerar que el emplazamiento directo tiene su origen en la CE y no en la Ley, con ello remarcar así la trascendencia a efectos constitucionales y de derechos fundamentales en particular, de la cuestión que se está analizando.

El Título V del Libro II de la LECivil lleva la rúbrica “De la rebeldía y de la rescisión de sentencias firmes y nueva audiencia al demandado rebelde”.

El emplazamiento que la LEC ofrece a la rebeldía es objeto de algunas críticas por parte de autores como Tomás López-Fragoso Alvarez y Benito Reverón Palenzuela³², críticas de las que voy a prescindir por dirigir mi atención no tanto a la sistemática de la regulación de esta materia, como a los aspectos ínsitos del articulado que regula la rebeldía en el proceso civil. Lo mismo haré respecto de las consideraciones más complacientes con la ubicación y tratamiento de la rescisión de sentencias firmes a instancias del demandado rebelde.

Me centro pues en la materia en cuestión.

Será el Secretario judicial ex art. 496 LEC –hoy Letrado de la Administración de Justicia-, quien por resolución procederá a la declaración de rebeldía al demandado que no comparezca en forma en la fecha o plazo señalado en la citación o emplazamiento a excepción de los casos en que la declaración deba realizarla el Tribunal.

³² Gimeno Sendra, V. (Director), Asensio Mellado J.M^a.; López-Fragoso Alvarez, T.; Ortells Ramos, M. y Pedraz Penalva, E.: *Proceso Civil Práctico*. Vol VI. 3^a Ed. Madrid. La Ley. 2008

No será considerada la rebeldía, como allanamiento ni admisión de hechos de la demanda, salvo cuando la ley así lo prevea.

La rebeldía pues, se puede definir como la inactividad total e inicial del demandado, una actitud procesal que adopta el demandado que ni comparece ni contesta la demanda, es decir se halla ausente del procedimiento.

En definitiva, una situación procesal en que queda el demandado cuando no comparece en el proceso iniciado por la demanda que el actor formuló contra él marginándose del mismo para forzar así su citación o emplazamiento edictal y así poder prorrogar y dilatar el proceso y provocando al fin, nada más y nada menos que obstáculos injustificados a efectos de su emplazamiento.

Dicha situación se caracteriza a su vez por seguir adelante el proceso por todos sus trámites, aun sin la participación del demandado. Por ello es en definitiva sinónimo de inactividad y por ende implica pérdida de la oportunidad de defenderse en juicio³³.

La resolución declarativa de la rebeldía se notificará al demandado por correo, si su domicilio fuere conocido y si no lo fuere, mediante edictos.

Hecha esta notificación, no se llevará a cabo ninguna otra, excepto la de la resolución que ponga fin al proceso.

La LEC distingue, y por tanto dispensa un trato diferente el caso en que el rebelde comparece en algún momento del proceso, del que no lo hace manteniéndose en situación de ausencia hasta la finalización del proceso.

De esta forma, la ley prevé respecto del rebelde voluntario –es decir del caso de un juicio en ausencia o contumacia- la interdicción de la retroacción del proceso, es decir la no restitución de plazos que ha sido criticada por Vergé

³³ Diccionario Jurídico Espasa. Fundación Tomás Moro. Madrid. Espasa Calpe. 1994.

Grau³⁴. Una no restitución que obedece o se produce por la preclusión procesal a la que se refiere el art. 136 de la LEC.

Sin embargo, al rebelde que lo fue por concurrencia de causas ajenas a su voluntad, se le confiere el beneficio de la rescisión de la sentencia firme, en caso de concurrir una serie de requisitos y que son:

- fuerza mayor ininterrumpida que le impidió comparecer en todo momento, aunque haya tenido conocimiento del pleito por haber sido citado o emplazado³⁵;
- desconocimiento de la demanda y del pleito cuando la citación o emplazamiento se hubieren practicado por cédula ex art. 161 LEC, pero ésta no hubiese llegado a poder del demandado rebelde por causa que no le sea imputable;
- desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando el demandado rebelde haya sido citado o emplazado por edictos y haya estado ausente del lugar en que se haya seguido el proceso y de cualquier otro lugar del Estado o de la Comunidad Autónoma en cuyos Boletines Oficiales se hubiesen publicado aquéllos.

Es dable apreciar en esta regulación, que también la LEC como hace la Lecrim en los supuestos y términos expuestos, abriga la posibilidad de celebración del juicio en ausencia, o mejor dicho de sustanciación del procedimiento en ausencia del demandado lo que al fin se traduce en una posible situación de indefensión de aquél por cuanto los principios de audiencia y de contradicción

³⁴ VERGER GRAU, J. *La rebeldía en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Revista xurídica galega núm. 30, 2001, pp. 293-321.

³⁵ GIMENO SENDRA (Director), en *Proceso Civil Práctico* Tomo VI, 3ª ED. Madrid. La Ley. 2008; esta fuerza mayor exige la concurrencia de dos exigencias, de una parte que sea ininterrumpida es decir debe perdurar a la par que la situación de rebeldía y en segundo lugar, debe ser permanente impidiendo así al rebelde personarse al juicio desde el momento del emplazamiento hasta la sentencia firme.

procesal no despliegan eficacia en su integridad, aunque si bien se le dispensa la oportunidad de comparecer en juicio y ser oído al requerir la declaración de rebeldía que al rebelde se le haya citado emplazado debidamente y en consecuencia se le ha ofrecido con carácter previo la oportunidad de comparecer –diferencia ésta con la rebeldía penal, requisitorias...-.

No puedo ni quiero dejar de referirme a lo que en terminología empleada por el TS se denomina la “maquinación fraudulenta” que da lugar a un caso más de rebeldía involuntaria y que por tanto en última instancia permitirá al demandado la posibilidad de acudir a los medios rescisorios de la resolución dictada en su ausencia.

En particular el asunto es recogido en la STS de 14 de abril de 2011 de la que se desprende una de las proyecciones de la denominada maquinación fraudulenta consistente en la ocultación por parte del actor, del domicilio del demandado, alegando desconocimiento e ignorancia de aquél para así provocar una citación edictal con las consecuencias que la misma implica y que serán objeto de trato a continuación³⁶.

Una cuestión nuclear en la rebeldía y su declaración como se va viendo, la configura el modo o mecanismo empleado para la citación del que es declarado rebelde.

La propia ley exige en el art. 496 que para que sea declarado rebelde, el demandado debe no comparecer en forma, fecha o plazo que se señale en la citación o emplazamiento.

Las fórmulas de citación o emplazamiento vienen también detalladas en la ley procesal por cuanto los arts. 155 y siguientes hacen referencia en primer lugar a

³⁶ SALVATIERRA OSORIO, D. *El rebelde en el proceso civil*. Posición del Tribunal Constitucional. Problemas en las comunicaciones ante su declaración. En: *Práctica de Tribunales*. Revista de Derecho procesal civil y mercantil. Número 86, octubre de 2011. Págs. 14-24.

la citación en el domicilio del demandado; en la realización por parte del Tribunal de las pesquisas y actos de averiguación que considere oportunos; entrega al destinatario de copia de resolución o cédula; por correo o telegrama u otros, medios electrónicos informáticos y similares y finalmente la edictal, donde hallamos el primer escollo para el derecho de defensa del demandado.

Un articulado que debe ser completado o interpretado siempre con la mirada puesta en el art. 166.1 de la LEC que sanciona con la máxima pena –la nulidad– los actos de comunicación que no se practiquen de conformidad con lo dispuesto en la Ley y que pudieran causar indefensión.

La cuestión como se sabe y verá con más detalle en otro capítulo de este trabajo, ha sido abordada ampliamente por el TC y también por el TS.

Y como digo la problemática se centra en la notificación y esencialmente en la edictal por la dificultad de asegurar con ella el derecho de defensa al demandado.

El resto de consideraciones por lo que respecta a la situación del rebelde en el proceso civil no abrigan mayor problemática por cuanto, en el momento en que se tenga conocimiento del lugar en el que se puedan llevar a cabo con él los actos de comunicación, se procederá a darle traslado de la pendencia del proceso y ex art. 499, en cuanto el demandado rebelde comparezca, se entenderá con él la sustanciación sin que la tramitación del procedimiento como se dijo se retrotraiga; disponiendo además aquél y una vez se le haya notificado personalmente la sentencia, de la posibilidad de recurrir en apelación y también hacer uso del recurso extraordinario por infracción procesal o el de casación cuando procedan y siempre interpuestos en plazo legal.

El demandado rebelde podrá así mismo utilizar los mismos recursos aun cuando no se le haya notificado personalmente la sentencia, empezando a correr el plazo en este caso, desde el día siguiente a la publicación del edicto de notificación en el BOE, BOCA o BOP o en su caso por los medios telemáticos, informáticos o electrónicos que prevé el art. 497 de la Ley procesal.

Con la audiencia al rebelde se pretende evitar pues, la condena de quien no ha podido defenderse en juicio si ha tenido pleno desconocimiento de la existencia del procedimiento, en definitiva se trata de una acción impugnativa autónoma con la que se pretende en última instancia, la reapertura del proceso en el que se dictó la sentencia que el condenado ya, el demandado rebelde, pretende atacar invocando debidamente, la vulneración de su derecho de audiencia.

II.1.b Evolución del derecho positivo en materia de rebeldía en el proceso civil español.

No quiero dejar de referirme a la evolución del derecho positivo en materia de rebeldía en el proceso civil desde la entrada en vigor de la CE de 1978 hasta la actualidad.

Una de las novedades incorporadas por la Ley 1/2000 de 7 de enero es sin duda el constreñimiento que realiza el legislador y la excitación que dirige al órgano judicial a los efectos de que éste realice actos de averiguación del domicilio del demandado para enervar así las posibles consecuencias que su ausencia en el procedimiento puede acarrear, con lógicamente las lesiones al derecho de defensa del demandado. Éste es precisamente el tenor literal del art. 156 de la Ley procesal.

La incorporación de la acción rescisoria de la sentencia firme a instancia del rebelde que recogen los arts. 501 y ss. de la Ley procesal civil tiene su origen inmediato en el antiguo recurso de audiencia al rebelde que recogía el art. 777 de la LEC de 1881.

En el momento de entrar en vigor la CE de 1978, la LEC vigente era la de 1881, en concreto desde el 1 de abril de 1881 y lo estuvo hasta el 30 de enero de 1981³⁷.

De una parte el art. 281 de la LEC y dentro de la sección dedicada a la notificación en estrados, se señala que en toda clase de juicios e instancias, cuando sea declarado o se constituya en rebeldía un litigante, no compareciendo en el juicio después de citado en forma, no se volverá a practicar diligencia alguna en su busca. Todas las citaciones y emplazamientos que deban realizarse así como todas las Providencias que recaigan, se notificarán en estrados, salvo en los casos en que se prevea otra cosa.

El art. 527 de la misma Ley y dentro del Capítulo regulador del juicio ordinario de mayor cuantía se prevé que una vez haya transcurrido el término del emplazamiento sin haber comparecido el demandado citado personalmente o bien a través de la persona de un pariente cercano o familiar que hubiera sido hallado en su domicilio y acusada una rebeldía, se dará por contestada la demanda. Una vez hecha saber dicha providencia, se seguirán los autos en rebeldía, haciéndose las demás notificaciones que ocurran en los estrados del Juzgado.

El art. 528 prevé un segundo llamamiento en el que se concede al no comparecido un término correspondiente a la mitad del primero que se le concedió, de no comparecer se le declarará en rebeldía y se tendrá por contestada la demanda a instancia del actor. De ser varios los demandados, dice el art. 529, el término para comparecer a contestar comienza a correr y contarse respecto de todos, el día siguiente al día en que el último hubiere sido

³⁷ La en estos tiempos tan nombrada Constitución Española, fue aprobada por el Congreso de los Diputados y por el Senado en votaciones separadas el día 31 de octubre de 1978. El referéndum se realizó el día 6 de diciembre de 1978 y se aprobó por lo que representó el 58,97 % del electorado español del momento. La CE fue sancionada por el Rey el día 27 de diciembre de 1978 y se publicó en el BOE el día 29 de ese mismo mes y año entrando en vigor ese mismo día de conformidad con su disposición final.

emplazado. Hasta que trascurra ese término no se podrá acusar la rebeldía a ninguno de ellos, y se verificará en un solo escrito, respecto a todos los que se hallen en este caso.

Finalmente reseñar que los arts. 762 y siguientes que regulan la rebeldía bajo la rúbrica “De los juicios en rebeldía” prevén lo que resulta ser el antecedente o precedente de la actual acción rescisoria de la sentencia firme.

En particular el art. 777 de la LEC vigente en fecha 29/12/1978 regula una audiencia al demandado rebelde citado edictalmente para conseguir la rescisión de sentencia firme, concediéndole dicha posibilidad si lo interesa en el plazo de 1 año desde la publicación de la ejecutoria en el BOP, siempre que acredite haber estado fuera de manera constante de la localidad en la que se ha seguido el juicio y que ha estado ausente de la misma al tiempo de publicarse los edictos.

II.2 La ausencia en el proceso penal.

- **Estudio del supuesto en el Procedimiento Abreviado.**
- **Estudio del supuesto en el Procedimiento Ordinario. El procedimiento contra reos ausentes.**
- **Los mecanismos de cooperación internacional para la reclamación del ausente.**
- **Evolución del derecho positivo en materia de rebeldía en el proceso penal español.**

Examinado el proceso civil veamos cuál es el trato que se dispensa al ausente en el proceso penal distinguiendo entre lo que sucede en el proceso ordinario y la regulación de la materia en el procedimiento abreviado todo ello

partiendo de la proscripción del principio *contumaz habetur pro convicto et confesso*.

Si echamos un vistazo a lo que recogen el resto de ordenamientos jurídicos en relación a esta materia observamos dos grandes tendencias, de una parte aquellos ordenamientos que han optado por la suspensión del procedimiento en tanto no comparezca el ausente y aquéllos otros que optan por la celebración en ausencia con el contrapeso de mecanismos diversos de rescisión de la resolución que en su caso se pueda llegar a dictar inaudita parte³⁸. De esta forma el primero de los modelos garantiza el principio de contradicción y el segundo favorece la agilización de la administración de la justicia garantizando la celeridad de la tramitación de los procedimientos penales y evitar así las temidas y proscritas dilaciones indebidas.

Debemos partir no obstante de la premisa principal en esta materia cual es que el ordenamiento jurídico español proscribire los juicios en rebeldía y ello por supremacía del proceso inspirado en el principio acusatorio en cuya virtud el acusado es una parte del procedimiento, postulado éste que se alza frente al proceso inquisitivo en el que el acusado era objeto de prueba por lo que cuanto mayor fuese la privación de derechos de defensa del mismo, más opciones de obtención de su condena³⁹.

Ya puse de manifiesto en el capítulo I de este trabajo, que la presencia del imputado/procesado ahora investigado a lo largo del proceso, constituye un derecho irrenunciable y a la vez un deber, una obligación procesal⁴⁰.

II.2.a Estudio del supuesto en el Procedimiento Abreviado.

³⁸ GOMEZ ORBANEJA, E. *Derecho y Proceso*. Estudios compilados y revisador por María Gómez Mendoza. Cizur Menor (Navarra). Civitas. 2009

³⁹ VVAA. *Los juicios en ausencia*. En Grandes Tratados. Tratado de Derecho Procesal Penal. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi. 2014.

⁴⁰ DAMIAN MORENO, J. *Notas sobre el juicio en ausencia y la purga de la rebeldía en el proceso penal abreviado* En: *El Derecho y su garantía constitucional* (Estudios y comentarios de Derecho Procesal). Madrid: Reus, 2009.

En el ámbito del Procedimiento abreviado, debemos ubicarnos en el art. 786 de la ley procesal penal⁴¹ que permite la celebración del acto de juicio oral con ausencia del acusado o acusados.

Dice la ley que de ser varios los acusados y alguno de ellos no compareciere sin motivo legítimo, siempre que sea apreciado por el Juez o Tribunal, éste podrá acordar oídas las partes la continuación del juicio para el resto.

Si no comparece por causa injustificada y sólo injustificada el acusado debidamente citado, el juicio no tiene porque suspenderse si el Juez o Tribunal a instancia del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento siempre que la pena interesada no supere los dos años si es privativa de libertad o siendo de otra naturaleza, no sea superior a 6 años de duración⁴². De superar dicho límite, el Juez mandará expedir requisitoria para su llamamiento y busca, procediendo a la declaración de rebeldía de no comparecer el acusado.

Si quien no comparece injustificadamente es el tercero responsable civil, citado en debida forma, el juicio no tiene porque suspenderse al no ser aquélla por si sola, causa de suspensión.

En el caso de que el condenado en ausencia ex art. 786, comparezca o sea hallado, se le notificará la sentencia dictada en primera instancia o en apelación a efectos de cumplimiento de la pena aún no prescrita. Al notificársele la sentencia se le hará saber su derecho a interponer el recurso de anulación indicándole el plazo para su interposición y el órgano competente.

La sentencia dictada en ausencia, dice el at. 793.2 de la ley procesal, haya sido o no apelada, es susceptible de ser recurrida en apelación por el condenado en el

⁴¹ RD de 3 de febrero de 1881 publicado en La Gazeta el 5 de febrero de 1881.

⁴² El límite punitivo no se refiere a la pena en abstracto señalada para el delito de que se trate, sino a la pena en concreto que interesan las acusaciones particulares de haberlas y el Ministerio Fiscal. En este sentido se pronuncia la Sentencia del TS número 1703/1999 de 8 de marzo de 2000 que se examina en el Capítulo III.

mismo plazo y con iguales requisitos y efectos que los establecidos en el recurso de apelación. El plazo se contará desde el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia.

En el caso de personas jurídicas y ex art. 786 bis.2 de la LECrim., la incomparecencia no justificada de la persona designada por la persona jurídica para su representación en juicio, no impedirá la celebración de la vista que se celebrará con la asistencia del abogado y procurador de aquélla.

De hecho se recoge la posibilidad de que el órgano judicial requiera a la persona jurídica para que designe persona física que la personalice durante la tramitación del procedimiento y comparezca en el acto de juicio oral además de los representantes legales y procesales de aquélla, pero ello no obsta a que sea la propia persona jurídica la que rechace ab initio la referenciada designación y lo haga por motivos varios. Podría ser porque sea ésta su estrategia defensiva o bien por falta de acuerdo sobre el referido nombramiento⁴³.

En este último caso y ex art. 119.1 a) in fine y ex art. 121 de la Ley procesal penal, se le adjudica Abogado y Procurador de los del Turno de Oficio a los efectos de evitar dilaciones innecesarias en la tramitación del procedimiento y ello con independencia de que aquélla tenga o no derecho a la justicia gratuita.

En ningún caso podrá designarse a una persona física que deba deponer en el juicio en calidad de testigo.

Y termina diciendo la ley que la incomparecencia de la persona física designada no suspenderá la sustanciación del procedimiento, del juicio oral, al que deberán comparecer al Abogado y Procurador.

Hoy en día se hace o se me hace, cada vez más difícil pensar en nuestro ordenamiento jurídico prescindiendo del ordenamiento de la Unión Europea.

⁴³ PORTAL MANRUBIA, J. *El proceso penal contra la persona jurídica en su ausencia* En: Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 2, 2012 págs. 1-23.

No dejamos de formar parte junto a otros países de la Unión, y ya no sólo en materia económica, mercantil o de seguridad sino también en el ámbito jurídico, de un entramado supranacional que ofrece o dispensa y en algunos casos impone, por el bien de los ciudadanos, soluciones legales a problemas de índole muy diversa.

La garantía de los derechos de las partes, de todas, en el proceso, es un objetivo al que debemos dirigir todos nuestros esfuerzos en aras a la evolución de nuestros sistemas legales y al final, de nuestra sociedad.

Es por ello que debemos tener siempre la mirada fijada en las decisiones adoptadas por los órganos de la Unión porque de ellos emanan, y seguirán haciéndolo cada vez con mayor intensidad, la gran parte de modificaciones y cambios legales que experimentaremos.

Precisamente el derecho de países vecinos y las resoluciones del Consejo de Europa, engendraron lo que en aras a evitar dilaciones indebidas en el proceso, llegó como la posibilidad de celebrar los juicios en ausencia del acusado o contumacia.

En puridad, precisamente por la profusión de problemas que en materia de ejecución de sentencias dictadas en ausencia, planteaban muchos países de la Unión y para poner solución a la posición reacia de dar cumplimiento a los mandatos derivados de aquellas resoluciones, surge la necesidad de que los distintos sistemas de enjuiciamiento en ausencia respondieran a las exigencias de una sana administración de justicia. Esa es precisamente la idea del considerando 7º de la Recomendación (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre simplificación de la justicia penal y en la que se recoge respecto del juicio en ausencia, la posibilidad de que los Estados miembros permitieran a sus órganos judiciales sentenciadores, la posibilidad en casos de infracciones menores y teniendo en cuenta la naturaleza de la pena a imponer,

de celebrar la vista y dictar sentencia en ausencia del inculpado, siempre que se reúnan unas exigencias mínimas⁴⁴ que la misma Resolución fija y que son:

1. Nadie puede ser juzgado si con carácter previo no ha sido efectivamente citado en tiempo hábil que le permita comparecer y preparar su defensa, salvo cuando se determine que se ha sustraído voluntariamente a la acción de la justicia.
2. La citación debe precisar las consecuencias de la eventual ausencia del imputado en juicio.
3. Cuando el Juez compruebe que el imputado que no comparece no ha sido citado, ordenará reiterar la citación si estima que la comparecencia personal es necesaria o que hay razones para creer que tuvo impedimentos para comparecer.
4. No se puede enjuiciar a un imputado en su ausencia si fuera posible y oportuno remitir el procedimiento a otro Estado o solicitar su extradición.
5. Cuando el inculpado sea enjuiciado en ausencia, se practicarán las pruebas en la forma ordinaria, teniendo la defensa derecho a intervenir.
6. La sentencia en ausencia debe notificarse al inculpado según las reglas de la citación, y los plazos de recurso sólo correrán desde el momento en que el condenado tenga conocimiento efectivo de la sentencia notificada, salvo que se determine que se ha sustraído voluntariamente a la acción de la justicia.
7. Toda persona juzgada en ausencia debe poder impugnar la sentencia a la través de todos los recursos que fueran procedentes de haber estado presente.

⁴⁴ Unas mínimas garantías a los efectos de no contravenir el derecho a un proceso justo. En este sentido FERREIRO BAAMONDE, X.X. *Partes del Proceso Penal (Parte IV): El imputado y su rebeldía*. En *Tratados y Manuales*. Madrid. Civitas. 2010.

8. La persona juzgada en ausencia, en tanto no haya sido citada regularmente, debe disponer de un recurso para hacer constar la nulidad de la sentencia.
9. La persona juzgada en ausencia pero regularmente citada, tiene derecho a ser juzgada de nuevo, en la forma ordinaria, si acredita que su ausencia y el hecho de no haberla anunciado al juez se debieron a causas ajenas a su voluntad.

Sin perjuicio de lo expuesto, conviene tener presente la excepcionalidad de los juicios en ausencia.

En cuanto a los requisitos exigidos en el art. 786.1º.II de la ley procesal penal y en consonancia con las reglas mínimas antes expuestas, hallamos:

- 1- La citación en debida forma del acusado personalmente o en su domicilio.
- 2- Incomparecencia injustificada. De justificarse la ausencia, en un momento posterior procedería la anulación de la sentencia que en su caso hubiera recaído.
- 3- Petición por parte del Ministerio Fiscal o parte acusadora sin que la defensa pueda evitar, de ser interesada, la celebración en contumacia.
- 4- Límite penológico que no supere los dos años de privación de libertad o bien los seis años de tratarse de una pena de distinta naturaleza.
- 5- Intervención/presencia del abogado defensor.
- 6- Consideración por parte del órgano judicial de que es dable la celebración del juicio en ausencia por existir elementos suficientes para el enjuiciamiento.

Dicha valoración que debe realizar el tribunal, deberá fijarse especialmente ya no tanto en las alegaciones de la acusación particular de haberla, o en los alegatos del Ministerio Fiscal, sino más bien en los

motivos invocados por la defensa a los efectos de enervar una posible indefensión.

El requisito de la citación merece una especial atención por cuanto el art. 786 admite la posibilidad de citación personal que sería el procedimiento preferente y preferible, pero también la citación domiciliaria o en la persona que reciba las citaciones del acusado y señalada por éste y a la que alude el art. 775.1 de la LECrim., posibilidad que augura un pronóstico delicado en cuanto a la tuición del derecho de defensa o interdicción de indefensión.

Y hablo de amenaza patente por cuanto la ley no exige la acreditación de que la persona aludida en el art. 775.1 haya dado cuenta de la notificación al acusado, pues parece darlo por supuesto, un punto de vista éste refrendado por el propio TC en sentencias de 7 de julio de 1983 y de 12 de marzo de 1986.

No merece insistir en el hecho de que, de detectarse alguna irregularidad en la citación o en la manera de haberse ésta practicado, la celebración del juicio deberá suspenderse repitiéndose el referido acto de comunicación procesal, y lo mismo en el caso de que existan dudas acerca de si la comunicación ha llegado o no a su destinatario⁴⁵.

Como mecanismo compensatorio el acusado ya condenado en ausencia podrá alegar que la citación no llegó a su poder pese haber sido ésta realizada en debida forma y podrá interponer recurso de anulación dejando con ello en suspenso la efectividad de la sentencia dictada en contumacia.

Si bien la Recomendación del Consejo de Europa –Resolución (75) 11- recoge en su regla 9ª la posibilidad de un segundo juicio del condenado en

⁴⁵ En este sentido MORENO CATENA en *Derecho procesal penal* 7ª ed. actualizada . Valencia. Tirant lo Blanch. 2015. Y también CORTES DOMINGUEZ, ALMAGRO NOSETE, GIMENO SENDRA Y MORENO CATENA en *El Nuevo proceso penal* (Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988) Valencia, 1989. Y DAMIAN MORENO, J. *Notas sobre el juicio en ausencia y la purga de la rebeldía en el proceso penal abreviado*. En: *El Derecho y su garantía constitucional* (Estudios y comentarios de Derecho Procesal). Madrid: Reus, 2009.

ausencia en caso de acreditar dicha no asistencia al juicio y que el hecho de no haber puesto de manifiesto dicha circunstancia a la autoridad judicial, obedezca a razones ajenas a la voluntad del acusado ya condenado en contumacia⁴⁶.

El legislador español introdujo en 1988, para dar cumplimiento al mandato europeo, la figura del recurso de anulación que se regula en el art. 793.2^a de la ley procesal penal, un recurso al que tiene derecho el condenado contra la sentencia dictada en contumacia, haya sido o no apelada, y a interponer en el mismo plazo y con los mismos requisitos y efectos que los que se prevén para la apelación. El cómputo del plazo se iniciará desde el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia.

Prosigamos con la anulación o recurso de anulación perfilado como un mecanismo compensatorio de la indefensión generada por la celebración de un juicio en contumacia por causas ajenas a la voluntad del condenado.

La Fiscalía General del Estado en la Circular 1/89 se posiciona muy crítica con la celebración del juicio en ausencia, precisamente para evitar entiendo y comparto el riesgo, o al menos intentar enervarlo, de lo condicionado del fallo de la sentencia dictada en ausencia y lógicamente de su ejecución por lo que recomienda la oposición, muy acertada entiendo, de celebración en ausencia cuando el hecho objeto de acusación sea grave o complejo y ello pese a que la pena solicitada se enmarque en los límites legalmente establecidos.

De hecho la referida Circular considera que las sentencias dictadas en ausencia tienen su firmeza sujeta a una condición resolutoria de forma que en tanto ésta no se dé *-conditio pendet-* la firmeza despliega toda su eficacia y la sentencia puede incluso ejecutarse a excepción de lo atinente a la pena impuesta al

⁴⁶ En este sentido se pronuncia el TEDH en sentencia del caso Sejdovic contra Italia de 10 de noviembre de 2004, (TEDH 2004, 86) que hace referencia a la obligatoriedad de que los Estados miembros prevean en su legislación penal mecanismos de revisión de resoluciones condenatorias en ausencia, si no se acredita que el condenado se colocó voluntariamente en la situación de contumacia.

ausente. Y en caso de que la condición se cumpla, *-conditio existit-* es decir, el condenado en ausencia justifique su incomparecencia o alegue desconocimiento de la citación pese haber sido hecha en debida forma, la firmeza de la resolución se resolvería modificándose incluso el tenor de aquélla en su parte dispositiva y por tanto afectando y con ello retrotrayendo la ejecución de la referida resolución anulada.

Se trata pues, de sentencias condicionales, respecto de las que la doctrina más garantista ve con cierto recelo⁴⁷.

Sobre el recurso de anulación el TS adoptó acuerdo de la Sala 2ª de fecha 25 de febrero del 2000 para la unificación de criterios sobre la competencia para el conocimiento de los recursos de anulación y se establecieron como aspectos básicos y generales los siguientes:

1. La competencia de la Sala 2ª del TS para el conocimiento de los recursos de anulación contra sentencias dictadas por la AP en su caso AN o TSJ.
2. Atribución de naturaleza rescindente al recurso y acotando su contenido al control de si el Tribunal que dictó la sentencia recurrida respetó o no los requisitos para la celebración en ausencia quedando relegadas el resto de cuestiones para otro tipo de impugnación legal, esto es la casación en tiempo y forma y de incumplirse los requisitos legales, procederá la nulidad del juicio respecto del ausente, y resultará su repetición ante el Tribunal competente.
3. Podrá practicarse prueba, únicamente respecto a la acreditación de concurrencia o no de los requisitos para la celebración del juicio en ausencia.

⁴⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.(dir.) en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal*. Vol IV. Valencia. Tirant lo Blanc. 2005. Pág 3102.

4. Finalmente se destaca la inadmisibilidad de una modificación penológica de la interesada en el escrito provisional de conclusiones por entender que de contrario se daría cobertura a un fraude de ley.

En la Sentencia en particular, se recoge que el Ministerio Fiscal modificó conclusiones acotando el límite penológico a la posibilidad de celebración del juicio en ausencia y ello con la aquiescencia de la defensa del ausente. Un ausente que podía suponer que el juicio no se celebraría por la pena interesada por lo que pudo no comparecer voluntariamente al acto de juicio oral, sin embargo el juicio se celebró.

A estos requisitos aunar la necesidad de acreditación de la concurrencia de los presupuestos para la celebración del juicio en ausencia, la imposibilidad de comparecer del acusado y la acreditación de las razones que impidieron que dicha circunstancia fuera comunicada al Juzgado antes de la celebración del acto de juicio oral, de manera que si el acusado ya condenado ahora recurrente, no pudo acudir al acto de juicio oral pero sí pudo informar al órgano judicial de su no asistencia o de la imposibilidad de asistir y pese a ello no lo hizo, la anulación no debe obviamente prosperar.

No quiero dejar de referirme a la otra excepción a la regla de la proscripción de la celebración de juicio en ausencia, esto es lo atinente a los juicios por delitos leves⁴⁸ ahora recogidos en la Ley Procesal Penal en los artículos 962 y siguientes y refiriéndose el art. 971 a la ausencia injustificada del acusado que no implicará la suspensión de la celebración del juicio ni la resolución del mismo, siempre y cuando conste su citación en debida forma y siempre que el Juez de oficio o a instancia de parte no considere necesaria la declaración de aquél.

⁴⁸ Antes Juicios de Faltas.

II.2.b Estudio del supuesto en el Procedimiento Ordinario. El procedimiento contra reos ausentes.

Veamos a continuación la regulación en la LECrim. y en el ámbito del proceso ordinario, de la institución de la declaración de rebeldía que recogen los arts. 834 y siguientes, conformando dicho elenco el Título VII del Libro IV que lleva la rúbrica “El procedimiento contra reos ausentes⁴⁹”.

Se declara rebelde el procesado que en el término fijado en la requisitoria no comparezca o que no fuere habido y presentado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa.

La requisitoria consiste en el llamamiento formal, solemne y decisivo que realiza la autoridad judicial al procesado cuyo paradero se desconoce, teniendo por objeto darle a conocer que la justicia le llama y le busca porque debe comparecer ante ella, y que su comparecencia ha de tener lugar dentro del plazo fijado en dicho llamamiento⁵⁰. Y cumple además una importante función de perimetración temporal del período de busca o presentación, una vez transcurrido el cual se procederá a la declaración de rebeldía. Asumiendo así pues, una importante función de evitación de frustración del proceso por la contumacia del procesado.

El artículo 835 de la LECrim. dice que se llama por requisitoria, la referida orden judicial de busca y llamamiento del ausente.

En el momento en que el procesado no se hallare en su domicilio cuando se le intentara notificar alguna resolución judicial, por haberse ausentado del mismo, o bien si se ignorare su paradero, o bien no tuviere domicilio conocido, o bien

⁴⁹ Pese a la terminología empleada no se trata en puridad de un proceso autónomo si no de la configuración concreta y particular de las consecuencias de la no comparecencia del procesado en el procedimiento ordinario.

⁵⁰ En este sentido AGUILERA DE PAZ en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.(dir.) en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal*. Vol IV. Valencia. Tirant lo Blanch. 2005.

cuando aún y no ostentar la condición de procesado, el que se halle detenido o preso se fugare del establecimiento penitenciario en el que se encontrare; el Juez o Tribunal que conozca de la causa mandará la expedición de requisitorias para su llamamiento y busca.

En dicha requisitoria se mencionarán los requisitos recogidos en el art. 513 excepto el último de ellos –la cárcel a la que debe ser conducido- y ello porque la requisitoria no incorpora necesariamente orden de detención o prisión; cuando no se haya decretado la prisión o detención del procesado y además otros dos que son de una parte, la del número del art. 835 que diere lugar a la expedición de la requisitoria y de otra parte el término dentro del cual el procesado ausente deberá presentarse bajo apercibimiento de que en otro caso será declarado rebelde y le parará el perjuicio a que hubiere lugar con arreglo a la ley.

En definitiva es dable diferenciar en la requisitoria dos partes, de un lado el emplazamiento que se hace al procesado para que comparezca ante la autoridad judicial y de la otra la orden dirigida a la policía judicial para que realice la búsqueda de la persona requerida.

La requisitoria va dirigida a los Jueces, se publicará en los periódicos y se fijará en los sitios públicos mencionados en el art. 512 de la ley⁵¹.

Una vez transcurrido el plazo de la requisitoria sin haber comparecido o sin haber sido hallado por la policía judicial, el obligado a comparecer, el ausente, será declarado rebelde de conformidad con el art. 839 y se desencadena uno de los efectos característicos de la rebeldía que es la reanudación del término de prescripción del delito⁵².

⁵¹ COBO DEL ROSAL, M. y otros autores en *Derecho Procesal Penal Español*. Madrid. CESEJ. 2006.

⁵² Y ello se debe a que el Auto que declara la rebeldía, y por la propia naturaleza de dicha modalidad de resolución, no es un acto procesal con contenido sustancial propio para interrumpir los plazos de prescripción de los delitos.

El Auto de declaración de rebeldía pues, no determina el *dies a quo* del cómputo del término de prescripción del delito que empieza a correr antes de su dictado por hacerlo en el momento en que se produce el último acto procesalmente relevante.

Siguiendo en el proceso ordinario⁵³, si la causa se encontrare en sumario la ausencia no paraliza su tramitación. Lejos de esto la instrucción continúa hasta que se declare concluso por el Juez o Tribunal competente, procediéndose después a su suspensión con archivo de los autos y piezas de convicción que pudieran conservarse y no pertenecieran a un tercero no responsable.

Si el ausente comparece o es hallado, se abren de nuevo las actuaciones alzándose el archivo provisional y reanudándose su tramitación.

Resultan en este sentido interesantes un par de sentencias subrayadas por COBO DEL ROSAL⁵⁴ que abordan esta cuestión – SSTC 87/84 de 27 de julio y 140/86 de 26 de noviembre- y de las que se infiere el no reconocimiento por parte del TC de derecho alguno al procesado rebelde de personarse en el sumario para intervenir en él en tanto no cese su situación de rebeldía.

El artículo 841 de la LECrim. recoge el supuesto en que el proceso se hallare ya no en sumario sino pendiente de juicio oral en cuyo caso se suspende éste y se archivan los autos, continuándose de nuevo la tramitación del procedimiento y alzándose el archivo en el caso de que el ausente comparezca.

⁵³ Los efectos de la ausencia del procesado son distintos según la fase procesal en la que se halle el procedimiento tal y como expondré a continuación. Mientras que en la fase sumarial el procesado no es parte indispensable pudiendo aquélla evolucionar hasta su conclusión sin la presencia del mismo, y sin posibilidad éste de invocar indefensión alguna en la medida que la ausencia es únicamente imputable a él mismo -en este sentido se pronuncia la STS 1620/2000 de 12 de diciembre-; en la fase de juicio oral la presencia de aquél es condición de cumplimiento inexcusable para su sustanciación provocando la ausencia del procesado, una crisis en la tramitación de aquél. En este sentido MUERZA ESPARZA, J.J. en *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Aranzadi. 2005. Y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.(dir.) en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal*. Vol IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. Solamente en los casos que prevé la ley, se admite la celebración de la fase del juicio oral en ausencia del procesado, se trata por una parte del caso recogido en el art. 971 de la Ley procesal penal, en el marco del procedimiento de juicios sobre delitos leves siempre que el procesado conste debidamente citado y el Juez de oficio o a instancia de parte no considere necesaria su declaración. Y en segundo lugar se recoge en el art. 786 de la ley ritualaria.

⁵⁴ COBO DEL ROSAL, M. y otros autores en *Derecho Procesal Penal Español*. Madrid. CESEJ. 2006.

Si fueran dos o más los procesados, y no todos se hallaren en rebeldía sólo se suspende la causa respecto de los declarados rebeldes hasta que sean hallados continuándose la sustanciación del proceso respecto del resto.

Si todos los procesados se hallaren en rebeldía se archivará la causa y se mandará devolver a los dueños no responsables ni civil ni criminalmente del delito, los efectos o instrumentos del mismo o demás piezas de convicción recogidas durante la tramitación de la causa, extendiendo de ella el Secretario – ahora Letrado de la Administración de Justicia- oportuna diligencia con descripción minuciosa de todo lo que se devuelva antes de proceder a dicha devolución.

Tanto de hallarnos ante el supuesto descrito en el art. 840, causa en sumario cuya tramitación continúa hasta su conclusión y cumplimiento de demás trámites como elevación de los autos a la AP, previa instrucción del Ministerio Fiscal y acusadores particulares; como de hallarse concluido el sumario y pendiente de señalamiento de juicio oral o de ser varios los procesados y declararse la rebeldía respecto de alguno o algunos de ellos y consiguiente archivo de los autos respecto de los mismos, en cualquiera de estos tres supuestos, en el auto de suspensión que proceda, se reservará a la parte ofendida por el delito, la acción que le corresponda para la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de perjuicios para que pueda ejercitarla en vía civil contra los responsables y a tal efecto ni se alzarán los embargos ni se cancelarán las fianzas prestadas.

Si en lugar de hallarse el procedimiento en fase de sumario, el reo se hubiese fugado u ocultado notificada ya la sentencia y estando pendiente el recurso de casación, el recurso se sustanciará procediéndose al nombramiento de abogado y procurador para el reo rebelde ex art. 845 de la ley procesal penal.

La sentencia que recaiga será firme y lo mismo ocurrirá si habiéndose ausentado u ocultado el reo una vez notificada la sentencia, se interpusiere recurso por su representante o por el Ministerio Fiscal después de su ausencia u ocultación.

Una especial mención merece, para concluir lo atinente a la rebeldía en el proceso ordinario y a la regulación que le dispensa la LECrim., lo referente a la ausencia de la persona jurídica imputada, en cuyo caso se llamará solo por requisitoria a la que no haya sido posible citar para el acto de primera comparecencia por falta de domicilio social conocido.

En esta requisitoria se harán constar los datos identificativos de la entidad, el delito que se le imputa y su obligación de comparecer en el plazo fijado con Abogado y Procurador ante el Juez que conozca de la causa. Será publicada en el BOE, ex art. 839 bis, y en su caso en el BORM o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza objeto social o actividades del ente imputado. Transcurrido el plazo fijado sin haber comparecido la persona jurídica se la declarará rebelde continuando la tramitación de la causa hasta su conclusión.

Al margen de lo examinado tanto en el supuesto del procedimiento contra reos ausentes y de lo atinente al procedimiento abreviado, no puedo dejar de hacer una mención a la posibilidad que contempla la ley en el marco del juicio ordinario, y de conformidad con lo que prevé el art. 746.6ª II de la ley reguladora del proceso penal, de que en caso de ser varios los procesados, la enfermedad o incomparecencia de alguno de ellos, siempre que consten citados personalmente, si el Tribunal estima, previa audiencia de las partes y haciendo constar en el acta del juicio las razones de la decisión y de ser los elementos suficientes para ello, podrán ser juzgados con independencia.

El motivo de esta regulación que es valorada y así debe serlo a mi entender, positivamente por la doctrina⁵⁵, se encuentra en la necesidad de evitar los perjuicios que podrían causarse a los acusados presentes, respecto de los que recordemos, se consagra la interdicción de dilaciones en la tramitación del proceso, y demás comparecientes en el acto del juicio oral.

Ni en el juicio ni en la sentencia deben ni pueden hacerse menciones a otro u otros procesados no comparecidos, pues ello implicaría estar prejuzgando la culpabilidad del no comparecido o no comparecidos⁵⁶.

Y si bien es cierto que esta posibilidad de celebración del juicio o de no suspensión si se prefiere ofrece numerosas ventajas, no lo es menos que presenta como inconveniente la posibilidad de sentencias contradictorias.

II.2.c Los mecanismos de cooperación internacional para la reclamación del ausente.

Dentro del apartado referente a la rebeldía y circunscrito al proceso penal quiero también hacer una mención a los supuestos de extradición pasiva y de emisión por parte de los órganos judiciales españoles de OEDE'S para la reclamación de personas que deben ser juzgadas o sometidas a la jurisdicción española.

En este sentido pues, es dable apreciar casos en los que el ausente se halla fuera del territorio nacional por lo que los mecanismos para dar cumplimiento a su personación ante la autoridad judicial requirente, van a tener que variar

⁵⁵ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.(dir.) en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal*. Vol IV. Valencia. Tirant lo Blanch. 2005.

⁵⁶ Como garantía adicional al derecho de defensa del acusado no comparecido, se permite la posibilidad de que su abogado defensor pueda asistir y participar en juicio celebrado solo para los otros acusados y ello en previsión de que tanto la calificación como el enjuiciamiento de los hechos, afecte o pueda hacerlo directa o indirectamente al ausente. En este sentido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.(dir.) en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal*. Vol IV. Valencia. Tirant lo Blanch. 2005. págs. 3092 y 3093.

recurriendo necesariamente a los diferentes sistemas de cooperación judicial como son la extradición pasiva en caso de no hallarse el reclamado en territorio Schengen y el que sería de aplicación para su personación en caso de sí estarlo, la OEDyE.

El primero de aquéllos se halla regulado en los arts. 824 a 833 de la Ley Procesal penal y procede en los casos en que se trate de españoles que habiendo delinquido en España se hayan refugiado en país extranjero, españoles que habiendo atentado en el extranjero contra la seguridad exterior del Estado, se hubiesen refugiado en país distinto de aquél en que delinquieron y los extranjeros que debiendo ser juzgados en España se hubieren refugiado en un país que no sea el suyo.

El órgano competente para la petición de extradición será el Juez o Tribunal que esté conociendo de la causa en que estuviese procesado el reo ausente ex art. 828. Y También los Fiscales de las Audiencias y del TS pedirán, dice el artículo de referencia, que el Juez o Tribunal proponga al Gobierno que solicite la extradición de los procesados o condenados por sentencia firme, cuando sea procedente conforme a derecho.

Y por último participar que de conformidad con el marco legal vigente, la extradición sólo procederá en los casos que determinen los Tratados Internacionales vigentes con el Estado en cuyo territorio se halle el individuo reclamado. En defecto de los mismos, se atenderá al derecho escrito o consuetudinario vigente en el territorio a cuya nación se pida la extradición y en defecto de los casos anteriores, cuando la extradición proceda ex principio de reciprocidad.

Por lo que respecta al segundo caso de los citados mecanismos de cooperación judicial, esto es la emisión de Orden Europea de Detención y Entrega, como

mecanismo en cuya virtud un órgano judicial reclama la entrega de una persona que se halla en otro país a los efectos de someterlo a su jurisdicción ya sea para que sea juzgada o bien para cumplir una pena ya impuesta, decir que el supuesto cabe cuando se reclama una persona en calidad de imputado –ahora investigado- por hechos que lleven aparejada pena privativa de libertad de al menos 12 meses –ex art. 5.1.a) LODE; en el caso de que la persona reclamada lo sea para el cumplimiento de una condena ésta debe ser de al menos 4 meses de privación de libertad ex art. 5.1.b) LODE y los delitos imputados o por los que el sujeto reclamado haya sido condenado, deben ser de los incluidos en la lista del art. 9 de la Ley o de no estarlo, que se cumpla el requisito de la doble incriminación.

Respecto del procedimiento a seguir para el caso de que se desconozca el paradero de la persona reclamada, se emitirá una comunicación directa a través de cualquier medio fiable con constancia escrita de la misma y oportuno traslado de copia al Ministerio de Justicia de la resolución de que se trate con la autoridad que deberá dar cumplimiento a la ejecución de la Orden, y para el caso de que se desconozca el paradero del reclamado, la autoridad judicial reclamante podrá introducir una descripción de la persona reclamada en el Sistema de Información Schengen.

La LODE contempla también la posibilidad de entregas temporales para la práctica de diligencias de instrucción.

II.2.d Evolución del derecho positivo en materia de rebeldía en el proceso penal español.

Ya para ir concluyendo quiero referirme a la evolución del derecho positivo en materia de rebeldía en el proceso penal desde el momento de entrar en vigor la CE de 1978 y hasta la actualidad.

Para ello nos ubicamos en fecha 29 de diciembre de 1978 y de la lectura de la en ese momento vigente Ley de procedimiento penal⁵⁷ que fue objeto de una modificación que entraba en vigor el mismo día 29 de diciembre de 1978, nos encontramos con las siguientes particularidades.

De una parte el art. 791.7^a enmarcado en el Procedimiento de Urgencia para determinados delitos y en particular dentro de su Capítulo II dedicado al Procedimiento para delitos cuyo fallo corresponde al Juez de Instrucción, establece que una vez abierto el Juicio Oral, en caso de no comparecer el acusado por hallarse en ignorado paradero o bien en caso de no tener domicilio conocido, se mandará expedir requisitoria para su llamamiento y busca, declarándole, si no compareciere o no fuere habido, rebelde con los efectos prevenidos en esta ley.

En el marco del mismo tipo de Proceso pero dentro de aquéllos en los que la competencia para su fallo corresponde a las Audiencias, se establece en el art. 801 que no procederá la suspensión del juicio por incomparecencia de alguno de los procesados si el Tribunal estimare que existen elementos para juzgar con independencia unos de otros, ni tampoco por la de testigos cuando éstos hubieren declarado en el sumario y el Tribunal se considere suficientemente informado con la prueba practicada para formar juicio completo sobre los hechos.

Regula también la Ley Procesal Penal vigente en el momento de entrada en vigor del texto constitucional de 1978, un procedimiento contra reos ausentes. Lo hace en los arts. 834 y siguientes bajo la rúbrica referenciada, y se trata de un procedimiento que no ha experimentado más modificación respecto del actual y que ha sido ya objeto de trato en líneas superiores, que la referente a las personas jurídicas rebeldes⁵⁸.

⁵⁷ Durante el período 10-08-1978 al 28-12-1978 se halla vigente una versión de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que es objeto de modificación por Ley 53/78 de 4 de diciembre entrando el nuevo texto en vigor el día 29-12-1978 hasta el 16-05-1980.

⁵⁸ Art. 839 bis LECrim.

Por último recoge la LECrim. vigente el 29/12/1978 y ya en su Libro VI un procedimiento para el juicio sobre faltas, previendo su art. 971 respecto de la ausencia injustificada del acusado –y también en idénticos términos que la normativa hasta hace poco vigente en cuanto a juicios de faltas y ahora Procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves- que su no comparecencia no supondrá la suspensión de la celebración del juicio ni su resolución, siempre que conste la citación en debida forma del acusado, y siempre con los requisitos del art. 965, a no ser que el Juez de oficio o a instancia de parte, crea necesaria la declaración de aquél en el plenario.

Por tanto y en conclusión, la entrada en vigor de la CE no supone en materia de rebeldía modificación sustancial alguna respecto de la regulación precedente y de hecho en poco ha variado hasta día de hoy salvo, claro está por la referencia al art. 839 bis de la redacción actualmente vigente, y obviamente por la introducción de la posibilidad de la celebración de los juicios en ausencia como supuesto excepcional en los términos antes expuestos⁵⁹.

En concreto y referente a éste último particular, es en el año 1988 cuando por LO 7/1988 de 28 de diciembre , que entró en vigor el día 1 de marzo de 1989, se introduce la posibilidad de celebrar juicios en ausencia del imputado con la redacción del art. 793 del texto procesal penal.

En dicho artículo se contenía prácticamente la regulación completa del juicio oral en el procedimiento abreviado y en particular permite la celebración en ausencia del acusado cuando la pena interesada para él sea privativa de libertad no superior a un año o bien no exceda de 6 años en caso de ser de distinta naturaleza.

El referido artículo fue modificado de nuevo por Ley 38/2002 de 24 de octubre y entrando en vigor el 28 de abril de 2003 da una nueva enumeración al art. 793

⁵⁹ 786.1º.II de la LECrim.

pasando éste a ser el 786 y fija el límite máximo de la pena privativa de libertad para la celebración del juicio en ausencia, en los dos años manteniendo los 6 para penas de distinta naturaleza, regulación vigente a fecha de hoy.

II.3 Especial referencia a la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016⁶⁰:

No quiero ni puedo acabar este capítulo sin hacer mención a la reciente Directiva del Parlamento y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal, determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

La Directiva dice que de conformidad con el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), la cooperación judicial en materia penal en la Unión debe basarse en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y otras resoluciones judiciales y asume la finalidad de reforzar la confianza de los Estados miembros en los sistemas de justicia penal de cada uno de ellos para contribuir así a facilitar el reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal.

Dichas normas mínimas comunes pueden suprimir también los obstáculos a la libre circulación de los ciudadanos en el territorio de los Estados miembros.

Una Directiva que solo debe aplicarse al proceso penal y que pretende en suma reforzar en el proceso penal el derecho a un juicio justo, estableciendo unas normas mínimas comunes relativas a determinados aspectos de la presunción de inocencia y al derecho a estar presente en el juicio.

⁶⁰ No participan de la adopción de la presente Directiva y no quedan por tanto vinculados a ella ni sujetos a su aplicación Reino Unido, Irlanda y Dinamarca ex artículos 1 y 2 del Protocolo 21 sobre la posición de Reino Unido e Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia anejo al TUE y al TFUE y de conformidad con lo previsto en los artículos 1 y 2 del Protocolo 22 sobre la posición de Dinamarca anejo al TUE y al TFUE.

La Directiva tiene como destinatarios últimos a personas físicas⁶¹ sospechosas o acusadas en un proceso penal e incluso antes de que las autoridades competentes de un estado miembro hayan comunicado a dicha persona, mediante notificación oficial u otra vía, su condición de sospechosa o acusada.

Su aplicación procede en cualquier fase del procedimiento y hasta el momento en que la resolución que ponga fin al procedimiento haya adquirido firmeza, pero no se extenderá a las acciones ni recursos que sólo puedan ejercitarse o interponerse una vez que la resolución de que se trate sea firme, incluidos los recursos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En uno de sus considerandos, la Directiva aboga por el derecho a un juicio justo como uno de los principios básicos de una sociedad democrática. El derecho de los sospechosos y acusados a estar presentes en el juicio se basa en ese derecho y debe garantizarse en toda la Unión. Solo en el caso de que por razones ajenas a su voluntad, los sospechosos o acusados no puedan estar presentes en el juicio, deben tener la posibilidad de solicitar una nueva fecha para el juicio dentro del plazo previsto en el derecho nacional. Pero ese derecho a estar presente en el juicio dice la Directiva, no es un derecho absoluto. En determinadas circunstancias, los sospechosos y acusados han de poder renunciar a ese derecho de manera expresa o tácita, pero siempre inequívoca.

La Directiva admite la posibilidad de dictar resolución de condena o absolución incluso cuando la persona interesada no se encuentre presente en el juicio, éste

⁶¹ El motivo de la no extensión de la Directiva a personas jurídicas es el estado actual del desarrollo del derecho nacional y de la jurisprudencia tanto nacional como de la Unión en materia de presunción de inocencia de las personas jurídicas.

podría ser el caso en el que el sospechoso o acusado no comparece personalmente pese a tener conocimiento de la pendencia del proceso y de las consecuencias de su incomparecencia.

El hecho de que se haya informado del juicio al sospechoso o acusado debe entenderse como una citación a comparecer personalmente o como una comunicación de información oficial a esa persona acerca de la fecha y el lugar de celebración del juicio de tal manera que se le permita tener conocimiento del juicio.

También se contempla la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del sospechoso o acusado cuando éste haya sido informado del juicio y haya encomendado a un letrado por él designado o por el Estado, su defensa en juicio y dicho letrado haya cumplido con tal mandato.

En su considerando 38 la Directiva hace especial mención a la notificación por parte del órgano judicial al sospechoso o acusado de la pendencia del juicio, insistiéndose especialmente en la diligencia tanto del órgano comunicante como del destinatario de la comunicación.

También se recoge en la Directiva que en caso de que la legislación nacional ampare la celebración del juicio en ausencia, en supuestos en que el sospechosos o acusado esté huido o fugado y no haya podido ser localizado pese a la existencia de esfuerzos tendentes a la referida localización, pueda dictarse una resolución en ausencia y se proceda a su ejecución. Ahora bien, en este caso los Estados miembros deberán garantizar que cuando el sospechoso o acusado pueda ser informado de aquella resolución, sea informado de la posibilidad de impugnarla, de un nuevo juicio o de la posibilidad de interponer recurso, una información que exige la Directiva en su considerando 39, debe ser

por escrito o con garantías en caso de ser de manera oral, de su emisión –y consiguiente recepción⁶²–.

En particular el objeto de los últimos considerandos analizados se recoge en el artículo 8 de la Directiva que lleva la rúbrica: “Derecho a estar presente en juicio” y en el artículo 9 rubricado “Derecho a un nuevo juicio”.

Pese a lo contundente y claro del su articulado, no hay mucho de nuevo en aquél por cuanto no aporta nada novedoso al menos por lo que a nuestro ordenamiento procesal se refiere. Ello no obstante España deberá proceder a su trasposición a más tardar el 1 de abril de 2018.

⁶² El considerando reza: “También puede facilitarse oralmente, a condición de que quede registrado con arreglo al procedimiento previsto en el Derecho nacional el hecho de haberse proporcionado la información”.

CAPITULO III: Tratamiento por el TC y el TS de la rebeldía.

Posicionamiento del TEDH y del TJUE en materia de rebeldía.

La casuística.

Índice sistemático de sentencias por orden de cita

III.1 Tratamiento por el TC y el TS de la rebeldía.

III.2 Posicionamiento del TEDH y del TJUE en materia de rebeldía.

III.3 Índice sistemático de sentencias por orden de cita.

III.1 Tratamiento por el TC y el TS de la rebeldía.

Enfrascado en la compleja tutela judicial efectiva hallamos la exigencia de contradicción, implícita en el derecho de defensa o si se prefiere íntimamente relacionada con la prohibición de indefensión y posibilidad de hacer valer ante la autoridad judicial, todos los argumentos, acciones u omisiones que se consideren necesarias y suficientes para demostrar la inocencia o prevalencia del derecho de cada una de las partes en un procedimiento.

La posibilidad de contradicción es una de las reglas básicas del desarrollo del proceso, sin su concurrencia, la idea de un juicio justo es una simple quimera. En este sentido se pronuncia el TC en sentencia 61/2007 de 26 de marzo.

Se trata de un derecho formal cuyo reconocimiento no depende de la calidad de la defensa que se hubiere llegado a ejercer, de manera que puede afirmarse que ningún pronunciamiento fáctico o jurídico puede hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de contradicción sobre su contenido.

Como ya se ha reconocido en numerosas ocasiones (SSTC 144/1997 de 15 de septiembre y 143/2001 de 18 de junio entre otras), el derecho a ser oído en juicio en defensa de los propios derechos e intereses es garantía demasiado esencial para matizarlo o ponerle adjetivos.

Y como reza la STC 112/1989 de 19 de junio en su FJ 2º, no queda liberado ni el órgano judicial ni el Ministerio Fiscal, de velar por el respeto del derecho de defensa del imputado, más allá del mero respeto formal de las reglas procesales.

El porqué de esta relación lo encontramos en la evidencia de que sin un acto de comunicación válido y oportuno, las partes carecerán de la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial y hacer valer sus pretensiones en aras a obtener una resolución judicial que les sea favorable.

De esta forma, una incorrecta comunicación o defectuosa realización de actos de comunicación a las partes por parte del órgano que conoce de su asunto, podría suponer una absoluta indefensión lo que implicaría a su vez vulneración de la tutela judicial efectiva y consiguientes consecuencias procesales nefastas para el procedimiento en cuestión. Se trata en definitiva de un principio del que se configura un derecho subjetivo que se puede hacer valer a lo largo de todo el procedimiento siempre que se produzca una lesión al denominado derecho de defensa contradictoria. Entre otras STC 13/2006.

En este sentido ha dejado claro el TC cuál es su parecer recogiendo lo que sigue en relación a este particular que nos permite introducir ya el asunto, primero examinando la fundamentación jurídica de las resoluciones del Tribunal y después algunos casos de entidad suficiente para ser citados y examinados en este capítulo.

Finalmente propongo varios asuntos abordados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los que éste expresa su parecer en relación al mismo particular.

En la sentencia **EDJ 1995/6348 STC 180/1995 Sala 2ª de 11 de diciembre de 1995** el Tribunal aborda la cuestión expresando lo siguiente a propósito de un recurso de amparo planteado por vulneración del derecho de defensa por indebida citación : *En relación con la queja de amparo que plantea la recurrente, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho de defensa, incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que reconoce el art. 24 CE, garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales, lo que, sin duda, impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal que asegure, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la oportunidad de defensa y de evitar la indefensión (SSTC 167/92, 103/93, 316/93, 317/93, 334/93, 108/94).*

Para lograr esta plena efectividad del derecho de defensa hemos afirmado también, que el art. 24,1 CE contiene un mandato implícito de excluir la indefensión propiciando la posibilidad de un juicio contradictorio en el que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos, lo que obliga a los órganos judiciales a procurar el emplazamiento o citación personal de los demandados, siempre que sea factible, asegurando de este modo que puedan comparecer en el proceso y defender sus posiciones frente a la parte demandante (SSTC 9/81, 37/84), por lo que el recurso a los edictos al constituir un remedio último para los actos de comunicación procesal, de carácter supletorio y excepcional, requiere el agotamiento previo de los medios de comunicación ordinarios, que ofrecen mayores garantías y seguridad de recepción para el destinatario, y la convicción, obtenida con criterios de razonabilidad, del órgano judicial que ordene su utilización, de que al ser desconocido el domicilio o ignorado el paradero del interesado, resultan inviables o inútiles los otros medios de comunicación procesal (SSTC 156/85, 36/87, 157/87, 171/87, 141/89, 242/91, 108/94).

Siguiendo con los actos de comunicación y la necesaria práctica rigurosa de los mismos a efectos de garantizar el derecho de defensa, hallamos más pronunciamientos del TC como el que sigue.

EDJ 2008/2639 STC 2/2008 Sala 2ª de 14 de enero de 2008, en él la Sala recoge en la fundamentación jurídica de la resolución lo que sigue: *Son numerosos los casos en los que este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre quejas de indefensión producidas por la defectuosa realización de los actos de comunicación procesal y, en particular, sobre la diligencia de emplazamiento, viniendo a consolidar una detallada doctrina al respecto.*

Una síntesis de los rasgos principales que definen el canon del control constitucional en esta materia se recoge en la STC 293/2005, de 21 de noviembre, en los siguientes términos: "En síntesis, hemos reiterado la gran relevancia que posee la correcta constitución de la relación jurídica procesal para garantizar el derecho de defensa reconocido en el art. 24 CE, que implica la posibilidad de un juicio contradictorio en que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos. De ahí la especial trascendencia de los actos de comunicación del órgano judicial con las partes, en particular del emplazamiento a quien ha de ser o puede ser parte en el procedimiento, pues en tal caso el acto de comunicación es el necesario instrumento que facilita la defensa en el proceso de los derechos e intereses cuestionados (STC 16/1989, de 30 de enero, FJ 2 EDJ 1989/778), de tal manera que su falta o deficiente realización, siempre que se frustre la finalidad con ellos perseguida, coloca al interesado en una situación de indefensión que vulnera el referido derecho fundamental, salvo que la situación de incomunicación sea imputable a la propia conducta del afectado por haberse situado voluntaria o negligentemente al margen del proceso, pese a tener conocimiento por otros medios distintos de su existencia (STC 268/2000, de 13 de noviembre, FJ 4 EDJ 2000/37187, y las allí citadas), si bien es necesario recordar

que la posible negligencia, descuido o impericia imputables a la parte, o el conocimiento extraprocesal de la causa judicial tramitada inaudita parte, que excluiría la relevancia constitucional de la queja,"no puede fundarse sin más en una presunción cimentada en simples conjeturas, sino que debe acreditarse fehacientemente para que surta su efecto invalidante de la tacha de indefensión, pues lo presumido es, justamente, el desconocimiento del proceso si así se alega (SSTC 219/1999, de 29 de noviembre, FJ 2 EDJ 1999/36643, y 128/2000, de 16 de mayo, FJ 5 EDJ 2000/11400)" (STC 268/2000, de 13 de noviembre, FJ 4).

Por las razones expuestas, recae sobre el órgano judicial no sólo el deber de velar por la correcta ejecución de los actos de comunicación, sino también el de asegurarse de que dichos actos sirven a su propósito de garantizar que la parte sea oída en el proceso. Ello comporta, en lo posible, la exigencia del emplazamiento personal de los afectados y, desde otra perspectiva, la limitación del empleo de la notificación edictal a aquellos supuestos en los que no conste el domicilio de quien haya de ser emplazado o bien se ignore su paradero (ya desde la STC 9/1981, de 31 de marzo EDJ 1981/9). En congruencia con lo expuesto, sigue recogiendo la Sentencia, hemos señalado que la modalidad del emplazamiento edictal, aun siendo válida constitucionalmente, exige, por su condición de último remedio de comunicación, no sólo el agotamiento previo de las otras modalidades de más garantía y la constancia formal de haberse intentado practicarlas, sino también que el acuerdo o resolución judicial de tener a la parte como persona en ignorado paradero o de domicilio desconocido, presupuesto de la citación por edictos, se halle fundada en criterio de razonabilidad que lleve a la convicción o certeza de la inutilidad de aquellos otros medios normales de comunicación (SSTC 39/1987, de 3 de abril EDJ 1987/39 ; 157/1987, de 15 de octubre EDJ 1987/157 ; 155/1988, de 22 de julio EDJ 1988/471 , y 234/1988, de 2 de diciembre EDJ 1988/550)" (STC 16/1989, de 30 de enero , FJ 2 EDJ 1989/778; en el mismo sentido las posteriores SSTC 219/1999, de 29 de noviembre, FJ 2 EDJ 1999/36643;

65/2000, de 13 de marzo, FJ 3 EDJ 2000/3176, y 268/2000, de 13 de noviembre, FJ 4 EDJ 2000/37187).

En tales casos resulta exigible que el órgano judicial observe una especial diligencia agotando previamente todas las modalidades aptas para asegurar en el mayor grado posible la recepción por su destinatario de la notificación. Así, hemos declarado que, cuando del examen de los autos o de la documentación aportada por las partes se deduzca la existencia de un domicilio que haga factible practicar de forma personal los actos de comunicación procesal con el demandado, debe intentarse esta forma de notificación antes de acudir a la notificación por edictos (entre otras muchas, la reciente STC 40/2005, de 28 de febrero, FJ 2 EDJ 2005/16279). En relación con el último elemento que recoge la doctrina transcrita, referido a los datos contenidos en las actuaciones, **este Tribunal ha otorgado el amparo, por ejemplo, en aquellos casos en que se acudió a los edictos pese a que en las actuaciones aparecía un teléfono en el que la demandada podía ser localizada** (STC 65/2000, de 13 de marzo EDJ 2000/3176), **o cuando no se intentó previamente la notificación personal en el domicilio señalado por el vecino con el que se había practicado el acto de comunicación que resultó negativo** (STC 232/2000, de 2 de octubre EDJ 2000/28783) **o, en particular, y por lo que interesa al presente caso, en otro domicilio del demandado que constaba en autos.**

Resolución ésta en la que se ve como el TC fija criterios a efectos de determinar procedente el empleo de la citación edictal proponiendo a mayor abundamiento supuestos ejemplificativos en los que no resultaría el edictal, el medio de citación más adecuado por no resultar la última de las posibilidades para practicar el emplazamiento.

En la resolución se insiste a su vez en la necesaria diligencia que de manera mínima se exige al justiciable en casos de concurrencia de culpa del órgano judicial y de quien formula la denuncia de indefensión: "si bien es cierto

que los errores de los órganos judiciales no deben repercutir negativamente en la esfera del ciudadano, también lo es que a éste le es exigible una mínima diligencia, de forma que los posibles efectos dañosos resultantes de una actuación incorrecta de aquéllos carecen de relevancia desde la perspectiva del amparo constitucional cuando el error sea asimismo achacable a la negligencia de la parte, bien porque se ha situado al margen del litigio por razón de una actitud pasiva con el objetivo de obtener una ventaja de esa marginación, o bien cuando se acredite que tenía un conocimiento extraprocesal de la existencia del proceso al que no fue llamado personalmente. Finalmente, para concluir este recordatorio doctrinal de los factores con incidencia directa en el supuesto enjuiciado, habrá que reiterar el especial deber de diligencia que pesa sobre el comerciante o empresario que cesa en su actividad profesional de facilitar cauces de comunicación a los efectos de permitir su localización por quienes hasta entonces hubieran mantenido con él negocios o actos relacionados con su giro o tráfico (por todas, SSTC 12/2000, de 17 de enero EDJ 2000/93 , y 6/2003, de 20 de enero EDJ 2003/1401).

En la STC 293/2005 de 21 de noviembre se recoge en el FJ2 la trascendencia de la correcta constitución de la relación jurídica procesal a los efectos de garantizar el derecho de defensa recogido en el art. 24 de la CE ya que eso a su vez implica la posibilidad de un juicio contradictorio con igualdad de armas para las partes a los efectos de que éstas puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos y de ahí la gran importancia de los actos de comunicación: en particular del emplazamiento a quien ha de ser o puede ser parte en el procedimiento, pues en tal caso el acto de comunicación es el necesario instrumento que facilita la defensa en el proceso de los derechos e intereses cuestionados (STC 16/1989, de 30 de enero, FJ 2 EDJ 1989/778), de tal manera que su falta o deficiente realización, siempre que se frustre la finalidad con ellos perseguida, coloca al interesado en una situación de indefensión que vulnera el referido

derecho fundamental, salvo que la situación de incomunicación sea imputable a la propia conducta del afectado por haberse situado voluntaria o negligentemente al margen del proceso, pese a tener conocimiento por otros medios distintos de su existencia (STC 268/2000, de 13 de noviembre , FJ 4 EDJ 2000/37187 , y las allí citadas), si bien es necesario recordar que la posible negligencia, descuido o impericia imputables a la parte, o el conocimiento extraprocesal de la causa judicial tramitada inaudita parte, que excluiría la relevancia constitucional de la queja, "no puede fundarse sin más en una presunción cimentada en simples conjeturas, sino que debe acreditarse fehacientemente para que surta su efecto invalidante de la tacha de indefensión, pues lo presumido es, justamente, el desconocimiento del proceso si así se alega (SSTC 219/1999, de 29 de noviembre , FJ 2 EDJ 1999/36643 , y 128/2000, de 16 de mayo, FJ 5 EDJ 2000/11400)" (STC 268/2000, de 13 de noviembre , FJ 4 EDJ 2000/37187).

Insiste la Sala en la necesidad de que el órgano judicial vele por la correcta ejecución de los actos de comunicación y asegurarse a su vez de que dichos actos sirven al propósito de garantizar que la parte sea oída en el proceso en cuestión: Ello comporta, en lo posible, la exigencia del emplazamiento personal de los afectados y, desde otra perspectiva, la limitación del empleo de la notificación edictal a aquellos supuestos en los que no conste el domicilio de quien haya de ser emplazado o bien se ignore su paradero (ya desde la STC 9/1981, de 31 de marzo). En congruencia con lo anterior, hemos señalado que la modalidad del emplazamiento edictal, aun siendo válida constitucionalmente, exige, por su condición de último remedio de comunicación, "no sólo el agotamiento previo de las otras modalidades de más garantía y la constancia formal de haberse intentado practicarlas, sino también que el acuerdo o resolución judicial de tener a la parte como persona en ignorado paradero o de domicilio desconocido, presupuesto de la citación por edictos, se halle fundada en criterio de razonabilidad que lleve a la convicción o certeza

de la inutilidad de aquellos otros medios normales de comunicación; en el mismo sentido las posteriores.

En tales casos resulta exigible que el órgano judicial observe una especial diligencia agotando previamente todas las modalidades aptas para asegurar en el mayor grado posible la recepción por su destinatario de la notificación. Así, hemos declarado que, cuando del examen de los autos o de la documentación aportada por las partes se deduzca la existencia de un domicilio que haga factible practicar de forma personal los actos de comunicación procesal con el demandado, debe intentarse esta forma de notificación antes de acudir a la notificación por edictos (entre otras muchas, la reciente STC 40/2005, de 28 de febrero, FJ 2).

En la Sentencia de fecha 21 de enero de 2008 la Sala segunda del TC aborda (EDJ 2008/2635) en su fundamentación la interdicción de la transgresión producida el derecho a la tutela judicial en el caso de no haber practicado en debida forma un citación a quien resultó parte en el proceso: FJ 4º: La interpretación contraria al principio pro actione que el órgano judicial ha efectuado en este caso de la legislación procesal aplicable se ha traducido en una trasgresión material del derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo causante de una situación de indefensión constitucionalmente relevante, pues, **al no habersele comunicado la existencia del procedimiento de ejecución, pese a ser titular de un derecho de hipoteca que figuraba en la certificación de cargas y que aparecía en un asiento posterior al derecho del ejecutante, constando en el Registro su domicilio, se le ha impedido comparecer en el proceso y ejercer en el seno del mismo la defensa de sus derechos e intereses legítimos**, sin que exista dato alguno en las actuaciones del que pueda siquiera inferirse que la recurrente hubiera tenido conocimiento de la existencia de dicho procedimiento o que la situación de indefensión apreciada pudiera imputarse de algún modo a su negligencia o falta de la debida diligencia en la defensa de sus derechos e intereses. **De otra parte la conclusión alcanzada no puede verse alterada por la circunstancia de que, conforme a las**

vigentes disposiciones de la Ley de enjuiciamiento civil de 2000, no es el órgano judicial, sino el Registrador de la Propiedad el que lleva a cabo la comunicación de la existencia del procedimiento de ejecución, ya que es al órgano judicial a quien, fiscalizando en este caso la actividad desplegada por el Registrador de la Propiedad, le corresponde ex art. 24.1 CE velar por los derechos de defensa de las partes en el seno del proceso, en concreto, como ya hemos tenido ocasión de señalar, por una correcta y escrupulosa constitución de la relación jurídico-procesal.

El asunto como se ha visto, alcanza a mi parecer una singular relevancia o cuanto menos resulta característico por el dato nada despreciable de que pese a lo que se desprende de la legislación procesal e hipotecaria aplicable, aunque sea el Registrador de la Propiedad el encargado de comunicar la existencia del procedimiento de ejecución, es el órgano judicial el que debe velar por la garantía y observancia del art. 24 CE.

En el siguiente asunto **EDJ 2002/11256 STC Sala 2ª de 22 de abril** el Tribunal aborda de nuevo la falta de emplazamiento personal de un tercero interesado en el objeto de un proceso contencioso-administrativo en este caso y si ello ha comportado una vulneración del derecho de defensa ínsito en la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE. Recuerda la Sala la temprana sentencia 9/1981 de 31 de marzo que expone que el art 24 CE contiene un mandato implícito al legislador -y al intérprete- consistente en promover la defensa, en la medida de lo posible, mediante la correspondiente contradicción". Uno de los medios conducentes a este fin son los actos de comunicación procesal, en particular del emplazamiento a través del cual el órgano judicial pone en conocimiento de quienes ostentan algún derecho o interés la existencia misma del proceso, dada la trascendencia que estos actos revisten para garantizar el principio de contradicción, integrante del citado derecho fundamental (STC 20/2000, de 31 de enero, FJ 2). Por ello mismo pesa sobre los órganos jurisdiccionales la responsabilidad de "velar por la correcta

constitución de la relación jurídico-procesal sin que, claro está, ello signifique exigir al Juez o Tribunal correspondiente el despliegue de una desmedida labor investigadora, lo que llevaría más bien a la indebida restricción de los derechos de defensa de los personados en el proceso (STC 268/2000, de 13 de noviembre, FJ 4).

En lo que específicamente se refiere al emplazamiento ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, este Tribunal ha venido insistiendo, desde mucho antes de la reforma del art. 64 LJCA llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, que introdujo la obligación de notificar la remisión del expediente y emplazar a cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en que ese mandato implícito del art. 24.1 CE conlleva el emplazamiento personal de quienes puedan comparecer como demandados -e incluso, entonces, como coadyuvantes, figura suprimida por la Ley 29/1998, de 13 de julio- siempre que ello resulte factible, como ocurre cuando sean conocidos o identificables a partir de los datos que se deduzcan del escrito de interposición, del expediente administrativo, o de la demanda (por todas, STC 36/2001, de 12 de febrero, FJ 3, y las resoluciones allí mencionadas).

Aborda también esta resolución los requisitos para que la falta de emplazamiento tenga relevancia constitucional y pueda dar lugar al otorgamiento de amparo, siendo éstos los que siguen que también son recogidos en la STC 18/2002 FJ 6: a) Que el demandante de amparo sea titular de un derecho o de un interés legítimo y propio, susceptible de afección por los efectos que produzca la resolución dictada en el proceso; la situación de interés legítimo resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica (SSTC 97/1991, de 9 de mayo, FJ 2 y 264/1994, de 3 de octubre, FJ 3). En todo caso, hay que destacar que la titularidad del derecho o interés legítimo debe darse al tiempo de la iniciación del proceso contencioso-administrativo (SSTC 65/1994, de 28 de febrero, FJ 3; 90/1996, de 27 de mayo, FJ 2, y 122/1998, de 15 de junio, FJ 3).

b) Que se haya ocasionado una situación de indefensión real y efectiva del recurrente. No hay indefensión real y efectiva cuando el interesado tiene conocimiento extraprocesal del asunto y, por su propia falta de diligencia, no se persona en la causa (SSTC 117/1983, de 12 de diciembre, FJ 3; 74/1984, de 27 de junio, FJ 2; 97/1991, de 9 de mayo, FJ 4; 264/1994, de 3 de octubre, FJ 5, y 229/1997, de 12 de diciembre, FJ 3).

c) Por último, que el interesado sea identificable por el órgano jurisdiccional. El cumplimiento de este requisito depende esencialmente de la información contenida en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda (SSTC 325/1993, de 8 de noviembre, FJ 3; 229/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 113/1998, de 1 de junio, FJ 3, y 122/1998, de 15 de junio, FJ 3).

Ya planteé en el capítulo II que la citación por edictos constituye un medio residual o supletorio aplicable solo para el caso de que el emplazamiento personal fuera imposible. Dicha doctrina viene consolidándose desde la **STC 135/97 de 21 de julio que cita otras como por ejemplo la 54/85, 196/89 o 103/94** considerándose dicha citación edictal como una ficción jurídica de significado más simbólico que real y cuya recepción por parte del destinatario no puede ser demostrada, por lo que lo relega a medio de citación supletorio, subsidiario y residual y reservado a casos excepcionales de no hallazgo de la persona buscada.

En este mismo sentido se pronuncia el **TS en sentencia de 17 de enero de 2000** en la que se retoman los adjetivos de supletoria y excepcional para calificar a la citación edictal.

Resulta interesante también la **SAP de Girona de 23 de diciembre de 1999** que recoge lo que sigue en cuanto a los requisitos o presupuestos para reputar válida la citación edictal “ a) haber agotado antes las otras modalidades

de citación con garantías –artículos 166 a 171 y 178 de la LECRim, que prevén la citación personal con entrega de cédula al que haya de ser citado y, en su defecto, a los parientes que habiten en el mismo domicilio o a los vecinos más próximos, y en caso de domicilio desconocido, orden de busca a la policía judicial-, b) constancia formal de haberse intentado la práctica de los medios ordinarios de citación y c) que la resolución judicial de considerar al denunciado como persona en ignorado paradero o con domicilio desconocido se funde en un criterio de razonabilidad que lleve a la convicción de la ineficacia de aquéllos medios normales de comunicación. Aún cumpliéndose todas estas condiciones y habiéndose practicado correctamente la citación edictal la celebración en ausencia del juicio de la persona así citada, solo será válida constitucionalmente, si se tiene constancia de que aquélla ha tenido conocimiento de la citación o de que ha sabido por otros medios la existencia del proceso (Sentencias del TC 196/98 o 123/91), de forma tal que al Juez de Instrucción, si carece de esa certidumbre sobre el efectivo conocimiento de denunciado de la celebración del juicio o de la pendencia del proceso, debe proceder a su suspensión a fin de preservar el mandato constitucional, según el cual nadie puede ser condenado sin conocer previamente la acusación contra él formulada y poder defenderse contra ella.”

En la Sentencia de 196/1989 y en la 123/1991 el TC considera que en el juicio de faltas, el art. 971 de la LECRim no obliga a suspender el acto por ausencia del acusado si fue citado con las formalidades legales entre ellas mediante edictos, forma reconocida en el art. 178. Esta forma de citación a juicio, que ha de entenderse como un último recurso al que sólo cabe acudir cuando el domicilio o paradero no fuera conocido, exige para la interpretación según la CE de aquel precepto, que antes se utilicen los medios que permiten la citación o emplazamiento directos.

También resulta interesante la **Sentencia del TC de 3 de junio de 1991** que sienta el criterio de interdicción de citación edictal en juicio por delito, cuando reza lo que sigue: *el art. 24.1 de la CE impone la citación al juicio penal, en el cual no se justifica una sentencia inaudita parte más que en los casos de incomparecencia por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable al procesado citado personalmente, y , por tanto, la falta de citación personal por hallarse en ignorado paradero, tras la búsqueda por requisitoria, termina en la suspensión de la causa con reserva de acciones civiles (art. 843 de la LECRIm).*

Y finalmente, no quiero dejar de hacer mención expresa a una interesante **Sentencia de la AP de Girona 201/2003 de 11 de abril** que recoge un criterio que comparto en relación al tema tratado.

La Sección 3ª de la AP de Girona conoce en apelación de un asunto procedente del Juzgado de Instrucción 1 de Figueras. El Juzgado a quo había dictado una sentencia condenatoria en juicio de faltas pese a que el condenado no había sido citado personalmente a juicio y por tanto sin tener conocimiento de la celebración del mismo.

La Sala considera invocando la especialidad del proceso penal dada la intensidad y el alcance de los derechos fundamentales en juego, que debe concurrir una minuciosidad en cuanto a la citación y práctica de la misma respecto del denunciado en este caso y permitiendo la celebración en ausencia cuando la incomparecencia de aquél sea por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable al acusado citado personalmente. Al respecto SSTC 112/87, 89/91 y 123/91.

En el caso objeto de análisis, la citación la hicieron los Agentes de MMEE en la persona de la madre del denunciado.

La Sala entiende, criterio que comparto, que pese a que el artículo 172 de la LECrim permite la citación a través de pariente, familiar o criado, o a través de un vecino próximo, el art. 182 exceptúa dicha regla cuando se prevea que las citaciones deben hacerse a los mismos interesados.

En el ámbito del juicio de faltas la ley no contemplaba los requisitos de citación a juicio permitiéndose, ex art. 971 LECrim, la celebración del juicio en ausencia del acusado siempre que conste haber sido citado conforme a lo dispuesto en la ley.

Considera la Sala que como la ley nada regula en relación al juicio de faltas, debe acudir de manera analógica a la regulación del procedimiento ordinario y del procedimiento abreviado en los casos en los que se prevé que la citación debe ser personal.

Por dicha aplicación analógica y por la doctrina constitucional existente en la materia, la Sala estima la apelación considerando procedente la nulidad de actuaciones por inobservancia de las normas básicas procesales ex art. 238 LOPJ.

En el asunto **EDJ 2002/53162 STC Sala 2ª de 25 de noviembre de 2002 FJ 3º** el TC aborda de nuevo las exigencias a cumplimentar a los efectos de garantizar los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales y la conexión que ellos mantienen con la diligencia que debe informar la actuación de los órganos judiciales en la práctica de los actos de comunicación: *impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal que asegure, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la oportunidad de defensa y de evitar la indefensión.*

Y respecto de la indefensión el TC, como ya lo hizo en STC 86/1997 de 22 de abril, la reclama como de material y no meramente formal lo que implica que en caso de existir un error o defecto formal, éste para que tenga entidad o relevancia suficiente, debe haber supuesto un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa (STC 43/1989 EDJ 1989/1852, 101/1990 EDJ 1990/5855, 6/1992 EDJ 1992/270 y 105/1995 EDJ 1995/3109, entre otras)", y además "es necesario que la indefensión padecida no sea imputable a la propia voluntad o a la falta de diligencia del demandado.

En relación con todo ello hemos afirmado que el recurso a los edictos, al constituir un remedio último para los actos de comunicación procesal, de carácter supletorio y excepcional, requiere el agotamiento previo de los medios de comunicación ordinarios, que ofrecen mayores garantías y seguridad de recepción para el destinatario, y la convicción -obtenida con criterios de razonabilidad- del órgano judicial que ordene su utilización de que, al ser desconocido el domicilio o ignorado el paradero del interesado, resultan inviables o inútiles los otros medios de comunicación procesal.

En el asunto EDJ 2001/29641 STC Sala 2ª de 17 de septiembre de 2001 FJ 3º, el TC aborda el tema atinente al principio contradictorio y el derecho a la igualdad de armas y su relación con la tutela judicial efectiva y las garantías procesales de quien ejerce la acción penal y entre las que se destacan sobre otras, las de contradicción e igualdad: Ello impone, entre otras exigencias, la necesidad de que todo proceso penal esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos, así como la obligación de que los órganos judiciales promuevan el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad entre acusación y defensa. En el proceso penal, además, la necesidad de contradicción y equilibrio entre las partes está reforzada por la vigencia del principio acusatorio -que también forma parte de las garantías sustanciales del proceso- el cual, entre otras consecuencias, impone la necesidad de que la función de la

acusación sea acometida por un sujeto distinto al órgano decisor ("nemo iudex sine accusatore") y de que el objeto procesal sea resuelto por un órgano judicial independiente e imparcial, para lo cual es imprescindible disponer de la posibilidad de conocer los argumentos de la otra parte y manifestar ante el Juez los propios, así como poder acreditar los elementos fácticos y jurídicos que fundamentan las respectivas pretensiones.

En relación al principio de contradicción y habida cuenta de que se perfila como uno de los principios básicos del proceso, y que hace posible el enfrentamiento dialéctico de las partes: *constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso público con todas las garantías, para cuya observancia se requiere el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo.* De modo que sólo la incomparecencia en el proceso o en el recurso, debida a la voluntad expresa o tácita de la parte o a su negligencia, podría justificar una resolución sin haber oído sus alegaciones y examinado sus pruebas. *Y se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE EDL 1978/3879, produciendo indefensión, cuando el sujeto, sin haber tenido oportunidad de alegar y probar sus derechos en el proceso, los ve finalmente afectados por las resoluciones recaídas en el mismo.*

Del principio de igualdad de armas, lógico corolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia (SSTC 66/1989, de 17 de abril, FJ 12 EDJ 1989/4114; 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5 EDJ 1990/10428).

En la resolución **EDJ 2007/19463 STC Sala 2ª de 26 de marzo de 2007 FJ 2** después de citar la STC 143/2001 de 18 de junio y a propósito de la interdicción de la indefensión y la adopción necesaria de medidas por parte del órgano judicial tendentes a garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa de las partes en el proceso y garantizarse la necesaria contradicción entre ellas, se insiste en la necesidad de que el órgano judicial vele para que, en las distintas partes del proceso, existan iguales posibilidades de alegación y prueba. *La posibilidad de contradicción, es por tanto, una de las reglas esenciales del desarrollo del proceso, sin cuya concurrencia, debemos reiterar, la idea de un juicio justo es una simple quimera. Se trata de un derecho formal cuyo reconocimiento no depende de la calidad de la defensa que se hubiera llegado a ejercer, de manera que puede afirmarse que ningún pronunciamiento fáctico o jurídico puede hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de contradicción sobre su contenido, pues, como hemos señalado en anteriores ocasiones (así, SSTC 144/1997, de 15 de septiembre, FJ 4 EDJ 1997/5383; 143/2001, de 18 de junio, FJ 3 EDJ 2001/13845), “el derecho a ser oído en juicio en defensa de los propios derechos e intereses es garantía demasiado esencial del Estado de Derecho como para matizarlo o ponerle adjetivos.*

Se reitera de nuevo lo ya expuesto anteriormente y se aborda la cuestión centrándola en el proceso penal y atribuyendo el deber de sigilo y observancia del referido principio tanto al órgano judicial como al Ministerio Fiscal cual garante de la legalidad ex mandato constitucional: *Este deber de los órganos judiciales de respetar el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes,(...) alcanza su máxima intensidad en el ámbito penal por la trascendencia de los intereses en juego y los principios constitucionales que lo informan, y especialmente en lo referente al imputado, acusado o condenado* (SSTC 135/1997, de 21 de julio, FJ 4 EDJ 1997/4890 ; 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2

EDJ 1998/3758), de forma que, aun en el caso de falta de previsión legal, no queda liberado el órgano judicial, e incluso el propio Ministerio público, de "velar por el respeto del derecho de defensa del imputado, más allá del mero respeto formal de las reglas procesales" (STC 112/1989, de 19 de junio, FJ 2 EDJ 1989/6248). Y ello ha de garantizarse también en el juicio de faltas, tanto cuando las partes comparezcan por sí mismas (autodefensa), como cuando lo hagan con la asistencia de un Letrado, si optaren por esta posibilidad (SSTC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3 EDJ 2001/13845 ; 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3 EDJ 1995/119). Sin olvidar que en el juicio de faltas el plenario es el acto nuclear de todo el proceso, al no existir una fase de instrucción o sumario, ni una fase intermedia, de manera que "una vez iniciado el proceso, se pasa de inmediato al juicio oral, que es donde se formulan las pretensiones y se practican las pruebas" (SSTC 54/1997, de 13 de mayo, FJ 1 EDJ 1997/2172 ; 52/2001, de 26 de febrero, FJ 5 EDJ 2001/1362), por lo que esta diligencia del órgano judicial, dirigida a garantizar la debida contradicción entre las partes, ha de adaptarse especialmente por el órgano judicial en estos procedimientos cuando se proceda a la convocatoria y celebración de dicho juicio, comprobando que se han respetado los principios de bilateralidad e igualdad de armas procesales entre las partes.

Acaba la resolución haciendo expresa mención a las características que debe presentar la indefensión para que tenga relevancia constitucional esto es: es necesario que tenga su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales, es decir, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del art. 24 CE EDL 1978/3879 la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representan o defiendan (SSTC 260/2005, de 24 de octubre, FJ 3 EDJ 2005/171608, y 287/2005, de 7 de noviembre, FJ 2 EDJ 2005/187761, entre otras). De forma que cuando la indefensión material resulte imputable a la propia conducta de la parte, por falta de la suficiente diligencia procesal, concretada en una voluntaria actuación desacertada, la indefensión aducida

resulta absolutamente irrelevante a efectos constitucionales (STC 190/1997, de 10 de noviembre, FJ 4 EDJ 1997/7473).

Desde esta perspectiva, también hemos sostenido que puede incluso celebrarse un juicio en ausencia en el caso de incomparecencia por voluntad expresa o tácita de la parte o por negligencia imputable a quien pretende hacer valer su derecho fundamental no suponiendo entonces la resolución judicial recaída inaudita parte una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al no haber puesto el afectado la debida diligencia en la defensa de sus derechos e intereses.

En la STC 295/2005 de 21 de noviembre de 2005 FJ 3, el TC a propósito de un asunto de índole laboral, expone de nuevo el esmero y diligencia que se exige a los órganos judiciales para garantizar el derecho a acceder al proceso en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos, a cuyo efecto es fundamental la correcta realización de los emplazamientos, las citaciones y las notificaciones de los distintos actos procesales que tienen lugar en el seno de un procedimiento judicial. La finalidad material de esta exigencia es la de llevar al conocimiento de los afectados, las resoluciones judiciales para que puedan adoptar la postura que estimen pertinente en defensa de sus intereses legítimos. Insiste de nuevo en la preferencia de la citación personal a cualquier otra y en definitiva la limitación del empleo de la notificación edictal a aquellos supuestos en los que no conste el domicilio de quien haya de ser emplazado o bien se ignore su paradero (SSTC 141/1989, de 20 de julio EDJ 1989/7567; y 36/1987, de 25 de marzo EDJ 1987/36, entre otras).

Ahora bien, esta diligencia exigible al órgano judicial no llega hasta el extremo de salvar comportamientos absolutamente negligentes o contrarios a la buena fe de aquellos destinatarios de los actos de comunicación que hubiesen llegado a tener un conocimiento efectivo y temporáneo de los mismos que les hubiera

permitido ejercitar su derecho de defensa; y ello, incluso si tales actos presentaran irregularidades en su práctica (SSTC 160/1995, de 6 de noviembre EDJ 1995/5714, 227/1994, de 18 de julio EDJ 1994/10575, 78/1993, de 1 de marzo EDJ 1993/2009, por otras). En efecto, no puede resultar acreedor de la protección del amparo constitucional quien contribuyó de manera activa o negligente a causar la indefensión de la que se queja al no comparecer en un procedimiento del que tenía conocimiento por cauces diferentes del emplazamiento personal, o del que habría podido tener noticia si se hubiera comportado con una mínima diligencia (STC 6/2003, de 20 de enero, FJ 4 EDJ 2003/1401).

Dispone la Ley de procedimiento laboral, en este sentido, que las citaciones, notificaciones y emplazamientos que se practiquen fuera de la sede del Juzgado o Tribunal se harán, cualquiera que sea el destinatario, por correo certificado con acuse de recibo, dando fe el Secretario en los autos del contenido del sobre remitido, y uniéndose a ellos el acuse de recibo (art. 56.1 EDL 1995/13689); que si las diligencias de comunicación no pudieran efectuarse en la forma indicada se practicarán mediante la entrega de cédula al destinatario; que si no fuese hallado se entregará aquélla al pariente más cercano o familiar o empleado, mayores de dieciséis años, que se hallaren en el domicilio y, en su defecto, al vecino más próximo o al portero o conserje de la finca (art. 57.1 EDL 1995/13689); y que, sólo, cuando una vez intentada la comunicación utilizando los medios razonables, no conste el domicilio del interesado, o se ignore su paradero, se consignará por diligencia y el Juzgado o Tribunal mandará que se haga la notificación, citación o emplazamiento por medio de edictos, insertando un extracto suficiente de la cédula en el Boletín Oficial correspondiente, con la advertencia de que las siguientes comunicaciones se harán en estrados salvo las que deban revestir forma de auto o sentencia o se trate de emplazamiento.

En el caso de autos existe constancia de que la entidad ahora demandante de amparo tenía conocimiento de la existencia del procedimiento de ejecución y de las actuaciones

practicadas en el mismo, recibiendo regularmente todas las notificaciones que se le enviaban al domicilio del centro de trabajo señalado e interviniendo en la ejecución de manera activa mientras aquellas notificaciones se realizaron en forma. Sin embargo, en el mismo momento en que se produjo la primera notificación procesal fallida, se desatendieron las formalidades legalmente previstas a las que se acaba de hacer referencia. Así, una vez intentada la notificación de la providencia antes mencionada, el órgano judicial debió haber reiterado el intento de notificación personal conforme a lo establecido en la Ley de procedimiento laboral, cosa que en modo alguno hizo, obviando a partir de dicho momento, de forma total y absoluta, la regulación legal en materia de actos de comunicación procesal. No practicó en forma las diligencias de los arts. 56 y 57 LPL EDL 1995/13689 , ni intentó averiguar otros domicilios para la localización personal de la ejecutada, ni recabó de la ejecutante la identificación de otros posibles domicilios, ni indagó en los Registros, ni siquiera investigó en los autos o hizo esfuerzo añadido alguno a través de lo que hemos denominado "medios normales a su alcance" para evitar la fórmula edictal (STC 65/2000, de 13 de marzo, FJ 3 EDJ 2000/3176); o, al menos, de nada de ello existe constancia en las actuaciones.

Merece señalarse, en este sentido, sigue recogiendo la Sentencia, que tras el único dato de la devolución por el servicio de correos de una comunicación dirigida a la ahora demandante, en la que se hace constar la mención "ausente reparto" (folio 68), devolución que constituye la primera comunicación procesal fallida de la que existe constancia en las actuaciones, el Juzgado acude directamente y sin más trámite a la ficción (STC 245/1988, de 19 de diciembre, FJ 2 EDJ 1988/561) de la notificación al ejecutado en estrados, y ello, según se indica en los autos (folio 71),"por su rebeldía", siendo así que, hasta dicho momento, el ejecutado había intervenido de manera activa en el procedimiento ejecutivo y que la supuesta rebeldía, ni fue declarada

formalmente, ni parece que pueda deducirse de la mera mención anotada por el servicio de correos al devolver la notificación.

En la resolución objeto de estudio se retoma pues la cuestión relativa a que no toda incorrección o irregularidad en la conformación de la relación jurídica procesal alcanza relevancia constitucional, pues para que sea posible apreciar indefensión vulneradora del art. 24.1 CE es en todo caso necesario que la situación en que ésta haya podido producirse no se haya generado por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia; *de manera que los posibles efectos dañosos resultantes de una actuación incorrecta de los órganos judiciales carecen de relevancia desde la perspectiva del amparo constitucional cuando el error sea asimismo achacable a la negligencia de la parte, bien por haberse situado al margen del litigio por razón de una actitud pasiva con el objetivo de obtener una ventaja de esa marginación, o por tener un conocimiento extraprocesal de la existencia del proceso* (SSTC 268/2000, de 13 de noviembre, FJ 4 EDJ 2000/37187; 113/2001, de 7 de mayo, FJ 6 EDJ 2001/7368; 1/2002, de 14 de enero, FJ 2 EDJ 2002/416; 191/2003, de 27 de octubre, FJ 3 EDJ 2003/136201; y 225/2004, de 29 de noviembre, FJ 2 EDJ 2004/184426).

Este reproche es precisamente el que dirige a la ejecutada la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, al señalar que abandonó el proceso, desentendiéndose de la ejecución durante más de dos años, a pesar de conocer el estado en el que se encontraba, sin hacer petición alguna ni notificar el cambio de domicilio a efectos de notificaciones, cesando en la actividad del centro de trabajo y procediendo a su cierre y colocándose en situación de rebeldía, por lo que la indefensión no existió por causa de la actuación del órgano jurisdiccional, sino por la propia conducta de la ejecutada. Este mismo criterio es el que defienden en sus alegaciones tanto el Abogado del Estado, en la representación que ostenta del Fondo de Garantía Salarial, como el Ministerio Fiscal.

Así, se afirma que la ejecutada cambió de domicilio sin notificar el cambio al Juzgado, pero ello constituye una mera conjetura sin suficiente base probatoria. No es prueba suficiente la existencia de dos notificaciones remitidas por correo certificado, con más de ocho meses de separación temporal entre ellas, devueltas por el servicio de correos con las menciones "ausente reparto" y "se ausentó", menciones que por sí solas, y ante la omisión de cualquier otra actuación tendente a reiterar la notificación o a localizar al notificado por otro medio, no permiten asegurar la existencia de un cambio de domicilio no notificado.

No lo es tampoco, continúa recogiendo la Sentencia, que el representante legal de la empresa se trasladase "a la Península" por razones de trabajo, traslado de cuya fecha y duración nada se indica y que en ningún caso permite presuponer un cambio de domicilio de la empresa ejecutada, máxime cuando se afirma por ésta que existía un vigilante en el centro de trabajo que se hacía cargo de las notificaciones, lo que, al menos en la fecha en que se procedió a la entrega del inmueble adjudicado, fue corroborado por la comisión judicial que efectuó la misma. Y tampoco, el que el centro de trabajo permaneciese cerrado y sin actividad en la fecha de la reiterada visita de la comisión judicial, pues se desconoce desde qué fecha se habían producido tales cese y cierre, si anterior o posterior a los intentos de notificación fallidos, o incluso si anterior a otras notificaciones precedentes efectivamente realizadas en el mismo domicilio, como podría haber permitido la alegada presencia en el centro bien del representante legal de la empresa, bien de otras personas por él designadas, no obstante su cierre e inactividad.

No existe, por lo tanto, base alguna para considerar que la ejecutada abandonase efectivamente el domicilio que había sido señalado a efectos de notificaciones o que realizase cualquier otra actuación expresa de la que pudiera deducirse su voluntad de impedir o dificultar la recepción de las notificaciones, colocándose en situación de rebeldía, a pesar de lo cual el Juzgado procedió a notificar "en estrados" a la ejecutada "por su rebeldía" desde el primer acto a que hubo lugar tras la devolución de la primera

notificación ("ausente reparto") y dicha consideración de rebeldía se mantuvo ya con posterioridad en el resto del procedimiento, sin perjuicio de una ulterior y única comunicación dirigida, no a la empresa ejecutada, sino a su representante legal, en el mismo domicilio citado.

Junto a ello se afirma también que la pretendida indefensión se habría producido al mantener la ejecutada una actitud negligente y pasiva, desentendiéndose de las actuaciones durante más de dos años a pesar de conocer perfectamente el estado en el que éstas se encontraban. Sin embargo, es lo cierto que, como alega la recurrente, la empresa ejecutada estaba personada en las actuaciones, venía recibiendo regularmente las notificaciones en el domicilio designado y reaccionaba con normalidad procesal a las diferentes resoluciones adoptadas, por lo que su inactividad bien pudo estar motivada por su convencimiento de no haberse adoptado ninguna nueva resolución en el procedimiento que exigiera o aconsejara su intervención. Máxime si se tiene en cuenta que se trataba de un procedimiento iniciado en el año 1980 y en el que se habían producido numerosas vicisitudes, sucediéndose períodos prolongados de inactividad procesal, y que la pretendida negligencia y pasividad procesal se habría producido después de haber presentado un recurso de reposición instando la nulidad de las actuaciones y de haber recibido la notificación de la decisión del Juzgado de lo Social acordándola, sin que con posterioridad le fuera notificada actuación procesal alguna hasta la fecha en que tuvo conocimiento de la adjudicación y entrega del inmueble embargado.

En tales condiciones es seguro que una actitud más activa y diligente de la ejecutada, acudiendo periódicamente al Juzgado para interesarse por el estado de las actuaciones, le habría permitido conocer la situación creada como consecuencia de la devolución por el servicio de correos de la notificación de 16 de septiembre de 1994; pero lo relevante en términos constitucionales no es apreciar dicha posibilidad, sino determinar si tal actuación resultaba razonablemente exigible, hasta el punto de que su omisión pueda enervar la queja relativa a la indefensión ocasionada por la defectuosa realización por el

órgano jurisdiccional de los actos de comunicación procesal; y la respuesta a tal cuestión, a la vista de las circunstancias expuestas, sólo puede ser negativa.

Siguiendo con la falta de diligencia por parte del afectado en la defensa de sus derechos e intereses, procedo a reproducir a continuación lo que en relación a este particular expone el **TC en la Sentencia 232/2000** que recoge como precedentes entre otras, las SSTC 80/1996 de 20 de mayo; 81/1996 de 20 de mayo, 121/1996 de 8 de julio, 29/1997 de 24 de febrero, 49/1997 de 11 de marzo, 86/1997 de 22 de abril, 99/1997 de 20 de mayo y 65/2000 de 13 de marzo; (...) en el marco de la doctrina constitucional reseñada, se ha precisado, en supuesto de procesos seguidos "inaudita parte", que las resoluciones recaídas en los mismos no suponen una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando el afectado no ha puesto la debida diligencia en la defensa de sus derechos e intereses, bien colocándose al margen del proceso mediante una actitud pasiva con el fin de obtener una ventaja de esa marginación, bien cuando pueda deducirse que poseía un conocimiento extraprocesal de la existencia del litigio en el que no fue personalmente emplazado, pero sin que pueda presumirse ese conocimiento extraprocesal por meras conjeturas, pues lo presumido es, justamente, el desconocimiento del proceso si así se alega.

Pero pese a la rotundidad y aparente claridad con la que se expresa el Tribunal Constitucional, la casuística toma otra dirección que da lugar al antes citado efecto arco iris y que es dable extraer tras la lectura de numerosas resoluciones del Tribunal Constitucional en las que, pese a lo hasta aquí dicho, se inclina por caminos totalmente opuestos. Contradictorios.

En relación a este particular siguiendo a Lafuente Balle⁶³ y en el ámbito de procesos en el orden jurisdiccional civil, destacan numerosos casos que pese a poder ser considerados similares han sido, como consecuencia de la ambigüedad de la norma constitucional, objeto de soluciones contrarias. Es el caso de la STC 268/2000 en el que el Juzgado de Instancia optando por el emplazamiento edictal, transgredió el imperativo del art. 24.1 de la CE lo que implicó la concesión de amparo reclamada por el interesado. Reproduzco a continuación un pasaje de la referida resolución: (...)Hemos afirmado en numerosas ocasiones que el deber de emplazar personalmente cabe derivarlo directamente del art. 24.1 CE cuando resulten con toda claridad de las actuaciones los posibles interesados en la causa, o le sea factible al órgano judicial efectuar el emplazamiento a partir de los datos que en dichas actuaciones obren, sin que, claro está, pueda exigirse al Juez o tribunal correspondiente el despliegue de una desmedida labor investigadora, que llevaría más bien a la indebida restricción de los derechos de defensa de los restantes personados en el proceso. Sin embargo, cuando, como se acaba de indicar, de las actuaciones resulta factible la identificación de los interesados directamente en la causa judicial incoada, como era el caso, aquel deber procesal recaerá sobre el órgano judicial, quien no sólo ha de velar por la práctica de esos actos con atención a sus requisitos legales, sino que, además, deberá asegurarse de que dichos actos sirven a sus propósitos, de garantizar que la parte sea oída en el proceso que pueda depararle beneficios o perjuicios, y con especial intensidad en este último caso. Por lo que se refiere a la modalidad de emplazamiento edictal, hemos afirmado que ésta requiere, por su condición de último medio de comunicación, no sólo el agotamiento previo de las otras modalidades que aseguren en mayor grado la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación, así como la constancia formal de haberse intentado

⁶³LAFUENTE BALLE, José María: *Veinticinco años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su efecto "arco iris": los casos "inaudita parte"*. En: *Revista de Derecho Político*, ISSN 0211-979X, UNED, 2003-2004. núms. 58-59 p. 805-832.

practicar, sino también que el acuerdo o resolución judicial que considera a la parte en ignorado paradero debe fundarse en circunstancias cuyo examen lleve razonablemente a la convicción o certeza de la inutilidad de aquellos otros medios normales de citación.

Y frente a esta resolución, otra de signo opuesto. **La STC 220/2002 caso de la calle Garb**⁶⁴. Un asunto en el que el Juzgado de instancia opta por el emplazamiento edictal ante lo cual el demandante de amparo considera le supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y cuya pretensión ante Tribunal Constitucional es desestimada. El motivo, según el TC, fue que la dirección que constaba en el emplazamiento negativo era la dirección que aparecía en la escritura notarial de constitución de la mercantil contra cuyos miembros del Consejo de Administración se dirigía el procedimiento. Recogiendo la referida resolución, lo que sigue: (...) *Y ello porque el error padecido en la mencionada escritura social, que determinó la posterior inscripción en el Registro mercantil, podrá ser imputado al Notario así como a la falta de diligencia de la propia recurrente pero nunca al Juzgado, el cual, ante la imposibilidad de practicar el emplazamiento en el domicilio que se indicaba en la demanda y que venía corroborado por los datos del Registro Mercantil, actuó correctamente acudiendo a la vía de los edictos. De ello se concluye que la expresada Sentencia no vulneró el derecho fundamental invocado por la recurrente de amparo.*

Es en este punto cuando me corresponde reproducir varias resoluciones judiciales en las que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre los distintos modos de notificar a las partes. En particular me voy a detener en la comunicación edictal, por ser como se puede observar en la casuística

⁶⁴LAFUENTE BALLE, José María: *Veinticinco años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su efecto "arco iris": los casos "inaudita parte"*. En: Revista de Derecho Político, ISSN 0211-979X, UNED, 2003-2004. núms. 58-59 p. 805-832.

examinada, la fórmula más controvertida de comunicación por haber generado tantos pronunciamientos por parte del órgano constitucional.

La STC de 17 de enero de 2000 parece una de las más ilustrativas respecto de este tipo de notificación: *La citación por edictos es una modalidad de emplazamiento supletoria y excepcional, sólo utilizable cuando no es posible recurrir a otros medios más efectivos. Se trata de un procedimiento que sólo puede ser empleado cuando se tiene la convicción o certeza de la inutilidad de cualquier otra modalidad de citación, lo que quiere decir que previamente han de agotarse todas aquellas otras modalidades que aseguren más eficazmente la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación y que, en consecuencia, garanticen en mayor medida el derecho de defensa.*

Pero pese a lo visto en el párrafo anterior, en la STC 108/1994, caso del chalé de San Lorenzo del Escorial, el Tribunal Constitucional opta por otra singular solución. El asunto que se plantea es una demanda de amparo por quien fue parte demandada en un juicio de desahucio por falta de pago de rentas de un arrendamiento.

La demandante facilitó como dirección de la demandada, al Juzgado de Instancia, la del chalé objeto de contrato cuyo impago de la renta respectiva constituía el objeto del proceso.

El Juzgado intentó el emplazamiento por correo que resultó negativo, habida cuenta de que aquella no era en puridad la vivienda de la demandada sino únicamente una segunda residencia y teniendo su residencia legal fijada en otro domicilio.

Dado el resultado negativo de aquel emplazamiento, se celebró el juicio inaudita parte resultado la demandada lanzada del chalé instando a continuación, acción de nulidad de las actuaciones y después demanda de amparo constitucional.

El Tribunal Constitucional desestimó el amparo interesado por considerar que no había vulneración de derecho fundamental alguno ya que el Juzgado de Instancia no conocía el domicilio legal de la demandada, y por tanto aquella actuación no adolecía de vicio alguno. En definitiva, no objetó nada a que en los litigios derivados de contrato de arrendamiento de segundas residencias, se emplace al arrendatario en la misma vivienda entendiéndose así que el Tribunal de instancia no tiene porque conocer más datos de los que propiamente aparecen en las diligencias procesales.

En particular recoge la citada resolución, lo que sigue: (...) No puede por ello acogerse la tesis del Fiscal de que el Juzgado no apuró el deber de diligencia exigible en la citación de la demanda, al constar en las actuaciones dos comparecencias de consignación de rentas efectuadas por la arrendataria, donde se señalaba junto al domicilio correspondiente al chalé de El Escorial, un domicilio en Madrid. Estas comparecencias de consignación de rentas no se realizaron en el juicio de desahucio, y las diligencias donde se hicieron constar fueron aportadas a las actuaciones por la demandada una vez que ya se había producido su lanzamiento, consecuencia de la ejecución de la sentencia firme de desahucio. No siendo exigible, en principio, el órgano judicial que alcance a conocer los datos obrantes en otros expedientes o procesos que se tramitaron o sustancian en la oficina judicial, sino sólo los que se deduzcan o consten de las propias actuaciones de que se trate.

Como se puede observar el abanico de posibilidades es casi infinito, o si se prefiere nos hallamos ante un verdadero arco iris de soluciones respecto de

asuntos que gozan de una gran analogía. Pero ¿qué criterio sirve al Tribunal Constitucional para arbitrar sus resoluciones?, ¿qué hace que la balanza se incline hacia un lado u otro?

Sin duda a la luz de las resoluciones examinadas y más aún cuantas más se analizan, comparto la opinión de quien⁶⁵ considera que el eje vertebrador de dichas resoluciones, el criterio que sirve al Tribunal, no es otro que el principio de la incertidumbre al que yo añado el de la impredecibilidad, criterios no jurídicos pero que juegan un papel vital en la toma de decisiones jurídicas del Tribunal Constitucional.

La situación no cambia si analizamos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que traen origen en procedimientos de los restantes órdenes jurisdiccionales. Veamos qué sucede en el penal.

El artículo 786 de la LECrim. abriga la posibilidad de , cumplidas unas exigencias determinadas, celebrar el juicio en ausencia del acusado. Así, dice el artículo de referencia: “1. La celebración del juicio oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado y del abogado defensor. No obstante, si hubiere varios acusados y alguno de ellos deja de comparecer sin motivo legítimo, apreciado por el Juez o Tribunal, podrá éste acordar, oídas las partes, la continuación del juicio para los restantes.

La ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente, o en el domicilio o en la persona a que se refiere el artículo 775, no será causa de suspensión del juicio oral si el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, estima que existen elementos

⁶⁵LAFUENTE BALLE, José María: *Veinticinco años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su efecto “arco iris”: los casos “inaudita parte”*. En: Revista de Derecho Político, ISSN 0211-979X, UNED, 2003-2004. núms. 58-59 p. 809.

suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años”.

Pero pese a esta previsión legal que sin duda permite, sin quebrantar garantía constitucional alguna, aligerar el volumen de juicios pendientes de celebración de los Juzgados y Tribunales de nuestro país, la cuestión se torna compleja y de nuevo cambiante e impredecible cuando entra en juego el Tribunal Constitucional.

Propongo de nuevo el estudio, siguiendo también al profesor Lafuente Balle, de otro asunto más, esta vez del orden jurisdiccional penal.

En la STC 135/97, caso del Abogado De la Vega, el Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado⁶⁶.

El demandante de amparo fue condenado a una pena de multa, en sentencia dictada en unas diligencias penales incoadas tras la denuncia formulada por Agentes de la Policía Local de Santa Cruz de Tenerife.

Las citaciones dirigidas al denunciado se realizaron por telegrama y en el domicilio del mismo, resultando todas ellas infructuosas y de resultado negativo.

El denunciado fue condenado en ausencia, demandando acto seguido amparo constitucional que como se ha dicho antes le fue concedido. La argumentación del Tribunal Constitucional se centra fundamentalmente en el

⁶⁶LAFUENTE BALLE, José María: *Veinticinco años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su efecto “arco iris”: los casos “inaudita parte”*. En: Revista de Derecho Político, ISSN 0211-979X, UNED, 2003-2004. núms. 58-59 p. 823.

hecho que el Tribunal de instancia no agotó las formas alternativas de citación a la edictal⁶⁷. Reproduzco a continuación algunos pasajes de la citada resolución: (...) *hemos declarado que la citación y el emplazamiento edictal son válidos constitucionalmente, pero por ser “ficciones jurídicas con un significado más simbólico que real [...] cuya recepción por el destinatario no puede ser demostrada” han de entenderse necesariamente como “un último y supletorio remedio [...] reservado para situaciones extremas, cuando la persona buscada no pueda ser habida” habiendo de quedar sometida su práctica a condiciones rigurosas, entre las que se encuentran:*

- a) *Haber agotado antes las otras modalidades de citación con más garantías –arts. 166ª, 171 y 178 LECRim que prevén la citación personal con entrega de cédula en su defecto a través de los parientes que habitaren en el domicilio o de los vecinos más próximos a éste, y en el caso de domicilio desconocido, orden de busca y captura a la Policía-;*

⁶⁷ Nuestra legislación procesal recoge diversas formas de practicar los actos de comunicación. Así el art. 153 LEC hace referencia a la notificación por medio de Procurador, la notificación personal a las partes no personadas en juicio aparece recogida en el art. 155 LEC. A su vez se regula la notificación por correo, telegrama u otros medios semejantes en el art. 155 de la LEC, la notificación mediante entrega personal al destinatario, en los arts. 158 y 161.1 LEC y finalmente la notificación edictal a la que se refiere el art. 164 LEC. Un mecanismo, el de la notificación edictal, que se empleará como último y extremo recurso.

La aparición de nuevas tecnologías abriga la posibilidad de que éstas puedan ser empleadas para la práctica de actos de comunicación. Así pues, la notificación por medios electrónicos, informáticos y similares aparecen recogidos en el art. 162 LEC.

En relación a los requerimientos civiles y a la forma de practicarlos, serán las mismas que las antes referenciadas para la práctica de notificaciones. En materia penal, y dado que su práctica no se regula de manera general y unitaria, les serán de aplicación las reglas de la LEC por aplicación de lo previsto en el art. 4 LEC.

Respecto a las citaciones, el art. 152 y siguientes de la LEC se refieren a éstas y para los emplazamientos deberemos atender a lo previsto en el art. 152.3 LEC.

En el ámbito penal, de conformidad con lo previsto en el art. 166 LECrim, los actos de comunicación se practicarán bajo la dirección del Secretario Judicial, y pese a que a esta materia, como se ha dicho anteriormente, le resulta de aplicación supletoria lo dispuesto en la LEC, existen en el orden jurisdiccional penal algunas especialidades recogidas en los arts. 168 y siguientes de la norma procesal. El art. 178 de la LECRim regula los edictos en materia penal. El art. 175 de la LECRim regula las citaciones, reglas que se aplican de forma supletoria a los emplazamientos.

- b) *Constancia formal de haberse intentado la práctica de los medios ordinarios de citación y*
- c) *Que la resolución judicial de considerar al denunciado como persona en ignorado paradero o con domicilio desconocido se funde en un criterio de razonabilidad que lleve a la convicción de la ineficacia de aquellos otros medios normales de comunicación.*

Requisitos ninguno de los cuales fue observado en el caso analizado.

En la **STC de 3 de marzo de 2003**⁶⁸, la Sala segunda del referido Órgano aborda un caso muy parecido al tratado en la STC de 22 de abril de 2002 a la que también me voy a referir.

En la primera de ellas, la demandante de amparo era titular del título de doctor en odontología por la Universidad Autónoma de Santo Domingo (República Dominicana). El 11 de octubre de 1989 solicitó de Ministerio de Educación y Ciencia la homologación del referido título por el equivalente español a Licenciado en Odontología que le fue concedida por Orden Ministerial de 1 de febrero de 1990.

El Consejo General de los Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos de España interpuso recurso contencioso administrativo contra la citada Orden Ministerial ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN.

Se intentó notificar a la demandante de amparo la interposición del citado recurso en tres ocasiones con resultado negativo en todas ellas. Finalmente se optó por la publicación de Edicto que se publicó en el BOE el día 19-11-1993 teniendo por efectuada la Sala la notificación pretendida. La recurrente recuerda que en el expediente administrativo constan sucesivamente tres domicilios.

⁶⁸ Número 44/2003; BOE 63/2003 de 14 de marzo de 2003, rec. 4965/1999. Ponente: Pablo Manuel Cachón Villar.

El proceso siguió su cauce por los trámites pendientes sin la personación de la interesada dictando la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en fecha 9-02-1995 una Sentencia en la que estimaba la pretensión de Consejo General de los Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos de España, anulando la homologación antes referenciada por considerarse no ajustada a derecho y sujetando su validez a la superación de una prueba de conjunto sobre los conocimientos básicos que proporcionaba la formación española.

En fecha 29-04-1997 la interesada se personó en el referido recurso solicitando se le diera traslado de los autos. Pero cuando la interesada comparece en el proceso se había ya declarado desierto el recurso de casación interpuesto por una de las partes y aquélla, tras la vista de las actuaciones, toma conocimiento de la sentencia solicitando *ad cautelam* se tuviera por preparado el recurso de casación contra la misma. Sin embargo y por razón a lo expuesto, no se consideró procedente retroceder en la sustanciación del proceso ni tampoco por tanto la remisión de los autos al TS para sustanciar dicho recurso.

La demanda de amparo se fundamenta en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por haberse realizado de forma defectuosa su emplazamiento personal en el mencionado recurso contencioso-administrativo, y ello debido a que se intentó siempre, en un domicilio distinto del designado expresamente por la interesada en el expediente administrativo de homologación. Por este motivo pide la anulación de la Sentencia y Auto impugnados y la anulación asimismo de todos los actos posteriores a la contestación a la demanda realizada por el Abogado del Estado, con el reconocimiento de su derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión “mediante el ejercicio pleno de su derecho de defensa en el referido recurso contencioso-administrativo, contestando a la demanda, proponiendo y practicando prueba y alegando cuanto proceda en conclusiones, para el

mantenimiento de la Orden Ministerial de homologación impugnada en el mismo”.

El tema objeto de debate se centra en dilucidar si el emplazamiento personal intentado por la Administración primero, y la Sala después, incumplen los requisitos que son constitucionalmente exigibles a fin de garantizar el derecho de defensa reconocido en el art. 24.1 CE, según sostiene la demandante de amparo –criterio también mantenido por el MF-, o si en cambio como considera el Abogado del Estado, semejante emplazamiento es constitucionalmente irreprochable.

La jurisprudencia considera que para que la falta de emplazamiento personal tenga relevancia constitucional es necesario que se cumplan una serie de requisitos, en primer lugar que quien no haya sido emplazado personalmente o lo haya sido defectuosamente tenga, al tiempo de la iniciación del proceso, un derecho subjetivo o un interés legítimo en el proceso contencioso-administrativo. En segundo lugar es igualmente necesario que el interesado se vea colocado en una situación material de indefensión es decir, que haya sufrido un perjuicio real y efectivo sin posibilidades de defensa y en tercer lugar se entiende que no hay indefensión cuando el interesado tenía conocimiento extraprocesal del asunto y por su propia pasividad o falta de diligencia no se personó en el proceso pudiendo haberlo hecho.

El intento de notificación personal es presupuesto necesario pero no suficiente por sí solo, para legitimar el emplazamiento edictal. Hace falta pues además que el órgano judicial haya agotado antes las otras posibilidades de comunicación que razonablemente tenga a su alcance y que hubiesen permitido la recepción de la notificación.

En el presente asunto la Sala estima que el Órgano judicial no agotó todos los medios que razonablemente estaban a su alcance para lograr la citación de la ahora recurrente y que bien pudo y debió haber intentado el emplazamiento personal de la recurrente en ese otro domicilio, expresamente designado por

ella a efectos de notificaciones y al no hacerlo así y conformarse con las diligencias negativas de notificación de la ahora recurrente y dar por bueno la notificación edictal, la Sala no agotó las otras posibilidades de comunicación de las que disponía a la luz de los datos que constaban en las actuaciones. Y todo ello aunado al hecho de que no puede inferirse un conocimiento extraprocesal del contencioso por parte de la recurrente. Efectivamente se le ocasionó la indefensión que aquélla denuncia por lo que el TC otorgó el amparo solicitado.

En la **Sentencia 22 de abril de 2002**⁶⁹, la Sala 2ª otorga el amparo a una demandante en un caso similar al antes analizado, siendo que la demandante de amparo obtuvo también el título de odontólogo en República Dominicana que le fue homologado al español de licenciado en odontología por medio de Orden Ministerial de 6 de marzo de 1990.

Ingresó en el Colegio Oficial de odontólogos y estomatólogos con sede en Santa Cruz de Tenerife.

La citada Orden fue impugnada por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos de España ante la Sala de lo contencioso administrativo de la AN, procediendo la Sección 5ª al dictado de Providencia de 30-09-1991 admitiéndola a trámite, ordenando la reclamación del expediente al Departamento Ministerial y requiriendo a éste para que emplazase personalmente a la ahora reclamante de amparo para que se personara en el procedimiento, un requerimiento que fue reiterado en fecha 4-06-1993. El Ministerio remitió al órgano judicial varios Oficios en los que se indicaba que se había efectuado el emplazamiento si bien no constaba en el expediente el acuse de recibo por parte de la interesada, procediéndose al emplazamiento edictal mediante la publicación de la correspondiente

⁶⁹ Número 87/2002, BOE 122/2002 de 22 de mayo de 2002, rec. 3864/1998. Ponente: Pablo Manuel Cachón Villar.

resolución en el BOE (30-09-1993). La Sección tuvo así por efectuado el emplazamiento por Diligencia de fecha 12-09-1994.

El 10-03-1995 se dictó Sentencia en la que se acordó la estimación parcial del recurso, anulando la convalidación del título de la ahora demandante de amparo y supeditando su concesión a la superación de una prueba de conjunto sobre los conocimientos básicos que proporcionaba la formación española.

Por Orden Ministerial de 26-10-1995 se anuló la homologación y el 5-08-1998 el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de las Palmas de Gran Canaria comunicó a la recurrente su baja colegial en ejecución de Sentencia.

En trámite del art. 52.1 LOTC el Abogado del Estado y el MF evacuan alegaciones manifestando el primero de ellos que la recurrente era perfectamente identificable como persona a cuyo favor se derivaban derechos del acto administrativo de homologación recurrido en vía contencioso-administrativa, de tal suerte que la falta de emplazamiento personal y directo podía causarle un perjuicio real y efectivo, como de hecho ocurrió.

Correspondía –dice el Abogado del Estado- al órgano judicial, vigilar por que el emplazamiento personal y directo de la ahora recurrente, se efectuara adecuadamente, siéndole imputables los defectos y omisiones en los que incurrió la Administración y más aún cuando de acuerdo con la doctrina recogida en SSTC 239/98 y 126/199, le era exigible a la parte actora que colaborase para la identificación de la ahora solicitante de amparo como codemandada, facilitando el conocimiento de su domicilio a través del Colegio Territorial al que se había incorporado.

Pero lo decisivo es a juicio del Abogado de Estado, que en el momento en que se procedió al emplazamiento de la recurrente esto es el 4 de junio de 1993, la organización colegial que formuló el recurso contencioso-administrativo conocía ya un domicilio en el que aquélla podía ser hallada. Por tanto, cuando

se notificó a la representación procesal del Consejo General de los Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos de España la Providencia de 4 de junio de 1993 requiriendo a la Administración demandada para que emplazase a la recurrente, esta corporación hubiera podido proporcionar al órgano jurisdiccional un domicilio donde localizarla. Y por tanto, de acuerdo con la doctrina sentada en las citadas SSTC 239/1998 y 126/1999, el Consejo General de los Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos de España no cumplió con su deber de cooperar en la identificación de la codemandada facilitando sus datos domiciliarios. Y el órgano judicial no satisfizo su deber de esmerarse al máximo en procurar la defensa asegurando el emplazamiento personal y directo de la recurrente pues debiera haber requerido al Consejo General para que le procurara dichos datos toda vez que, como era fácil suponer y como efectivamente ocurrió, se habría dado de alta en el Colegio profesional. Existe por tanto una omisión imputable al órgano judicial vulneradora del derecho a la tutela judicial sin indefensión de la demandante de amparo.

El Ministerio Fiscal aborda en sus alegaciones que la solicitante de amparo no fue emplazada personalmente a pesar de ostentar un claro y manifiesto interés legítimo en la preservación del acto administrativo impugnado. Y todo ello teniendo a su alcance la Administración primero y el órgano judicial después, la posibilidad de llevar a cabo dicho emplazamiento personal habida cuenta que el Colegio de Odontólogos en el que se hallaba matriculada pudo facilitar su localización.

El hecho de aceptar el emplazamiento edictal sin extremar su diligencia para procurar el personal, infringió el art. 64 de la LJCA vigente en aquel momento y por ende el derecho fundamental de la interesada a obtener la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión y considera aquélla que la indefensión quedaría restablecida con la anulación de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo y retroacción de actuaciones al momento procesal en que debió ser emplazada personalmente la actora.

El TC terminó por otorgar el amparo solicitado por entender que efectivamente se había vulnerado el derecho a la defensa de la recurrente por cuanto era verosímil pensar que el Consejo General de los Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos de España conocía el domicilio profesional de la interesada y la AN no debió conformarse con el emplazamiento edictal pues no se agotaron todas las posibilidades tendentes a asegurar la comunicación personal y directa indagando el domicilio de la solicitante de amparo.

Por todo ello el recurso de la publicación de edictos no puede considerarse fruto de la utilización de un criterio de racionalidad al no haberse utilizado excepcional y supletoriamente como un remedio procesal, lo que contraviene una doctrina constitucional reiterada y consolidada según la cual el emplazamiento o citación no es un mero trámite o requisito formal ni una simple diligencia de ordenación que permite la continuación del proceso sino que muy al contrario, constituye la pieza clave que garantiza que los interesados y las partes puedan comparecer en juicio en defensa de sus intereses.

El TC en su **Sentencia de 14 de enero de 2008**⁷⁰ aborda la petición de amparo formulada en un procedimiento que se inicia ante el Juzgado de lo Social 3 de Murcia que seguía la ejecución dimanante de un despido iniciado por un empleado de una empresa contra el ahora demandante de amparo constitucional (y el FOGASA). El procedimiento termina con una sentencia estimatoria.

El demandante de amparo fue citado al acto de juicio –y para el resto de comunicaciones del procedimiento- en el domicilio indicado en la demanda, tanto por correo certificado como por Agente judicial, constando en las actuaciones diligencia negativa del agente judicial – señalando que hasta en tres ocasiones había intentado dicha citación personal-.

⁷⁰ Sala 2ª, número 2/2008 BOE 40/2008 de 15 de febrero de 2008, rec. 624/2005.

El día del acto de juicio el Juez acordó suspensión y nuevo señalamiento toda vez que no había podido ser citado el ahora demandante de amparo y que el actor debía no conocer otro domicilio, acordándose simultáneamente citación por edictos señalándose una vez publicados, nueva vista que se celebró ya en ausencia y dictándose Sentencia en la que se declaraba la improcedencia del despido con base a la documentación aportada por el actor al amparo del art. 91.2 LPL según el cual, si el llamado a confesar no comparece sin justa causa a la primera citación, podrá ser tenido por confeso en la sentencia.

El procedimiento fue notificado al demandante de amparo por edictos.

Una vez se acordó despachar ejecución, dicha resolución fue notificada en fecha 16/09/2004 por edictos y correo certificado a quien firmó como "Jose" en una dirección que no aparecía en las actuaciones. No obstante obra en las actuaciones un escrito dirigido al Juzgado en el que una mujer afirmaba haber recibido el día 16/09/2004 notificación de demanda de ejecución contra el ahora recurrente , de quien a su vez manifestó y acreditó estar separada legalmente desde septiembre de 2002 afirmando no mantener con él relación alguna y desconocer sus señas actuales.

En octubre de 2004 el demandante de amparo acudió al Juzgado pidiendo copia de lo actuado e iniciando incidente de nulidad. Alegaba indefensión argumentando que al actor del procedimiento le constaba su dirección, aquélla en la que se halló a su ex esposa y manifestando que allí vivían sus hijos y era el domicilio que aparecía en sus nóminas aportadas por el demandante.

El MF en el trámite del art. 52 de la LOTC manifestó que el órgano judicial cuando acordó la citación por edictos, no tenía conocimiento de ningún otro domicilio del ahora demandante, al haberle manifestado el actor que desconocía otras señas, pero que lo cierto es que, ni indagó en los Registros, ni hizo esfuerzo añadido alguno a través de los medios normales a su alcance para tratar de averiguar otros domicilios que hubieran permitido la citación personal. Hizo descansar en el trabajador demandante en el proceso la

infracción denunciada que, sin embargo el órgano judicial se abstuvo de remediar, lo que no puede considerarse respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

El TC después de reconocer que no existía por parte del recurrente conocimiento extraprocesal de las actuaciones y que no se hizo ninguna citación en la dirección que obraba en las actuaciones, entendiéndose que la notificación edictal debe ser empleada con carácter residual y supletorio y haber incurrido en el presente asunto en un grave error el órgano judicial que celebró en ausencia del demandante de amparo; le otorga el amparo solicitado.

En su **Sentencia de 11 de diciembre de 1995**⁷¹ que ya ha sido objeto de trato al inicio del presente capítulo, la Sala 2ª del TC aborda el supuesto que se inicia cuando una mercantil promueve juicio ejecutivo contra el demandante de amparo, en reclamación de cantidades –por letras de cambio impagadas-. Un Juzgado de primera instancia de Sevilla despacha ejecución y acuerda practicar requerimiento de pago, embargo y citación de remate en el domicilio consignado en la demanda ejecutiva (y que era el que constaba en la póliza mercantil y en las letras en su día suscritas por la demandada).

En los autos sólo consta que los referidos actos procesales se ordenaron realizar por telegrama sin que se acreditara el envío o recepción del telegrama aunque sí obraba un escrito de la demandante, solicitando que la diligencia de pago se realizara por edictos al ser el paradero y domicilio de la demandada desconocidos. El Juzgado accedió.

El juicio se celebró en rebeldía y se dictó sentencia de remate que ahora se impugna, abierta la vía de apremio se sacó a subasta una vivienda propiedad de la ahora recurrente que fue adjudicada a la entidad ejecutante que posteriormente cedió a un tercero.

⁷¹ STC número 180/1995, BOE 11/1996 de 12-01-1996, rec. 3097/1993.

Durante el procedimiento –incluida la vía de apremio–, la demandada no fue citada personalmente sino por edictos publicados en el BOP, por lo que la misma no pudo conocer la existencia del proceso, del que sólo tuvo noticia cuando recibió una llamada del Juzgado con el fin de hacerle entrega del sobrante del precio de la subasta.

De hecho se realizó citación por telegrama, no dejándose constancia por el Secretario de la recepción de los mismos ni efectividad de su práctica, en lugar de hacerlo por cédula (art. 1443LEC) o intentar citar en otro domicilio, domicilio del que tenía conocimiento la entidad financiera al designar el piso objeto de embargo.

Con posterioridad a la interposición del recurso de amparo, la ahora recurrente y el adjudicatario de la vivienda subastada otorgaron escritura pública de transacción por la cual dejan sin efecto la compra venta y la actora recupera el pleno dominio de aquélla.

El fundamento de la demanda es haber seguido el procedimiento inaudita parte debido a la comunicación no personal sino por edictos a la ahora recurrente, infringiendo así la doctrina constitucional que declara la citación por edictos como un medio subsidiario. Y pese a que podría pensarse que en virtud del acuerdo transaccional logrado con el adjudicatario el ahora recurrente (demandante de amparo constitucional), existen efectos perjudiciales que no quedan excluidos por dicho acuerdo, perjuicios derivados de no haber sido citado en el remate y que le privó de intervenir en el procedimiento, en el impuesto de patrimonio (...).

La concesión de amparo con declaración de nulidad y reconocimiento de derecho, conduce a la reposición de las actuaciones al momento de practicar la diligencia de requerimiento de pago, embargo y citación de remate.

En trámite del art. 88 LOTC el Ministerio Fiscal alegó que el acto de comunicación es un instrumento necesario para facilitar la defensa en el proceso de los derechos e intereses cuestionados, por tanto siempre que existe falta de

citación o una citación deficiente, y siempre que se frustre la finalidad con ella perseguida, se coloca al interesado en una situación de indefensión (STC 327/93). Por ello, sigue diciendo el Fiscal, si no se cita a una de las partes, o esa citación es deficiente y aquélla no se persona, se produce indefensión, con vulneración de los principios de contradicción e igualdad entre las partes. Y ello es así siempre que esa ausencia no tenga su origen en la pasividad o negligencia del destinatario, o que este tenga conocimiento del acto por medios distintos, cuya constancia sea notoria, según criterio constante del TC.

En el caso de autos se procedió a la citación mediante telegrama para requerimiento de pago, embargo y citación de remate.

La utilización del telegrama como medio para la comunicación viene reconocido en el art 271 LOPJ.

El TC en sentencia número 327/93, un supuesto parecido al de autos, manifiesta que no habiendo constancia de la devolución del telegrama, y aunque se exprese en la sentencia que la parte no compareció no obstante estar citada en debida forma, hubo indefensión porque no se constató ante la inasistencia del actor al acto de la vista, si la citación había sido oportunamente recibida procediendo en su caso, al nuevo señalamiento.

En su fundamentación jurídica, el TC insiste en la necesidad de que los órganos judiciales se esmeren en la diligencia a prestar para la práctica de actos de comunicación procesal asegurándose en la medida de lo posible, de la recepción de las comunicaciones por parte de los destinatarios, dándoles así la oportunidad de defensa y de evitar la indefensión, y otorga al recurrente el amparo solicitado.

En **Sentencia de 21 de noviembre de 2005**⁷², la Sala 1ª del TC aborda el caso que se inicia en un proceso civil en el que el actor presenta demanda de

⁷² Número 293/2005, BOE 304/2005 de 21 de diciembre de 2005, rec. 6834/2000.

desahucio por falta de pago de la renta de alquiler de local de negocio, contra el ahora solicitante de amparo constitucional.

Practicada la diligencia de emplazamiento a juicio en la dirección indicada, ésta resultó infructuosa manifestando en fecha 15-II-94 la portera de inmueble, que el referido señor no residía allí desde hacía un año y medio. Ante dicha información se comunica el nuevo domicilio del ahora recurrente por parte del actor en el proceso de desahucio, se practica nueva citación y consiguiente comparecencia a juicio.

En fecha 20 de abril de 1994 se estimó la demanda y se declaró resuelto el contrato de arrendamiento acordándose el desahucio.

En fecha 31 de julio de 1994 el arrendador presentó demanda ante el Juzgado de Instancia de Santiago de Compostela en reclamación de las cantidades correspondientes a las rentas impagadas por parte del ahora recurrente y también contra su esposa.

Practicada la diligencia de emplazamiento y citación de los demandados, su resultado fue negativo manifestando la portera del inmueble que no residían allí desde hacía más de un año y medio.

El actor solicitó que se les emplazara por medio de edictos y después de acordar dicha práctica, se les declaró en rebeldía sin volver a ser citados personalmente.

En fecha 12 de febrero de 1997 se dictó sentencia condenando a los demandados al pago de la suma adeudada.

Ya en trámite de ejecución el actor compareció manifestando cuál era el domicilio que le constaba al demandado ahora recurrente, quien interpuso recurso de revisión ante la sala civil del TS por entender que se había empleado maquinación fraudulenta para impedir su localización.

El TS resolvió en sentido negativo en sentencia notificada en fecha 29 de noviembre de 2000.

El recurrente interpuso demanda de amparo por considerar que ambas resoluciones habían lesionado su derecho de defensa.

Correspondiendo al trámite del art. 52-1 LOTC el Ministerio Fiscal interesó la estimación de la demanda de amparo entendiendo que el órgano judicial debió extremar su celo citando al recurrente en todos los domicilios que obraban en las actuaciones antes de acordar la citación edictal del mismo, pues en dichas actuaciones judiciales figuraba el domicilio del demandado ahora recurrente, domicilio en el que podía procederse a su emplazamiento personal. Por ello, dice el Fiscal, la falta de diligencia debida por el órgano judicial en la práctica del emplazamiento del demandado produjo la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva aducida por el recurrente/demandante de amparo.

El Tribunal considera que efectivamente el órgano judicial no actuó con la diligencia debida para la correcta constitución de la relación procesal, al proceder sin solución de continuidad a instancia de la parte actora, al emplazamiento del ahora recurrente mediante edictos por considerarlo en paradero desconocido tras practicarse una única diligencia negativa de emplazamiento en la dirección facilitada por el demandante, pese a que constaba el domicilio del recurrente en la dirección facilitada por el demandante y en el encabezamiento de la sentencia dictada en el procedimiento de desahucio de local seguido entre las partes. La Sala otorga el amparo solicitado.

En la **Sentencia de fecha 21 de enero de 2008**⁷³, la Sala 1ª del TC aborda la demanda de amparo que se formula en un asunto en el que el solicitante tenía a su favor un préstamo con garantía hipotecaria (constituido en fecha 4-II-2004) siendo los prestatarios A y B y el importe del préstamo 40.000€ con vencimiento el 4 de agosto de 2004 y no habiendo sido devuelta al ahora recurrente, dicha cantidad. Se siguió juicio de ejecución hipotecaria a instancias de la entidad acreedora “Caja de Ahorros X” y del ahora demandante de amparo siendo adjudicada la vivienda a B.

⁷³ Número 6/2008 , BOE 40/2008 de 15 de febrero de 2008, rec. 1373/2005.

En dicha subasta no tomó parte la demandante de amparo al no haber tenido conocimiento de la misma dado que, el Registrador de la Propiedad competente –de Roquetas de Mar- no practicó la notificación exigida por la legislación hipotecaria. Es decir, el Registro debió haber hecho oportuna notificación a los acreedores posteriores a fin de notificarles la existencia del procedimiento ejecutivo para que pudieran intervenir en el evalúo y subasta del inmueble.

Como consecuencia de la falta de notificación referenciada, la demandante de amparo formuló incidente de nulidad de actuaciones, requiriendo el Juez de 1ª Instancia al Registrador de la Propiedad que acreditase haber realizado las referidas notificaciones a los acreedores posteriores.

El Registrador de la Propiedad contestó al oficio judicial manifestando no estar obligado a ello de conformidad con el art. 353.1 RH y el art. 659.2 LEC.

El Juzgado de Instancia dictó Auto el 10 de enero de 2005 en el que declaró no haber lugar a la nulidad solicitada y acordando continuar el procedimiento por sus propios trámites.

La demandante de amparo manifestó en su demanda que al no haberse practicado la notificación prevista en la LEC, no tuvo conocimiento de la expedición de la certificación de cargas para el procedimiento ejecutivo instado por la Caja de Ahorros, ni del seguimiento de la subasta, ni en consecuencia pudo tomar parte en la misma para defender sus intereses y su crédito.

La certificación de cargas se expidió el 25 de febrero de 2004 y se había consolidado asiento de presentación de la hipoteca de la demandante de amparo el 4 de febrero de 2004 y la certificación del registro no se produjo hasta el 18 de marzo de 2004.

Habida cuenta de que un asiento de presentación es un derecho inscrito a todos los efectos, ex art. 24 y 25 de la LH, la fecha de inscripción a todos los efectos que ésta deba producir, es la fecha del asiento de presentación.

El art. 956 de la LEC no exige la inscripción definitiva de cargas posteriores al derecho del ejecutante, sino que habla de “asientos” como el de presentación de

la escritura de préstamo de la demandante de amparo, válido durante 60 días con la misma trascendencia jurídica y efectos registrales frente a terceros que la de la consolidación del asiento.

Ha de considerarse además, que ha de extenderse asiento de presentación de cualquier título que pueda producir alguna inscripción o nota marginal (art. 416 LH) y, si como fecha de toda clase de asientos registrales, ha de tomarse la de su asiento de presentación, desde entonces produce sus efectos la publicidad registral (art. 24, 25 LH).

El hecho de que la certificación de cargas deba contener los asientos de presentación practicados en el Libro Diario que estén pendientes de calificación, tal y como ha manifestado la DGRN –Resolución de 24 de agosto de 1981-, que se transcribe en la demanda, hace necesaria la notificación a los titulares de asientos de presentación, con independencia de que puedan llegar a convertirse o no en anotaciones o inscripciones definitivas.

La finalidad del asiento de presentación no es otra que la de garantizar la prioridad registral, dado su carácter preparatorio de la inscripción cuya fecha será la de aquél (art. 24 LH).

En cuanto a la obligación o no del Registrador de la Propiedad de haberle efectuado las notificaciones legalmente previstas cuando el ahora recurrente, era titular de un asiento de presentación, el TC considera en la resolución ahora examinada, que el Registrador en cuestión justificó la falta de notificación con base a la LEC y a RH.

Con anterioridad a la LEC del 2000 las comunicaciones debían ser remitidas por el órgano judicial y no por el Registrador de la Propiedad. Con la nueva LEC es el Registrador de la Propiedad quien debe hacer las notificaciones a las que viene obligado, superado el procedimiento sumario del art. 131 LH por la propia regulación de la LEC.

El asiento de presentación es un derecho a todos los efectos recuerda de nuevo la Sala, y en este caso consta en la certificación de cargas y es posterior a la

inscripción del título que se está ejecutando, figurando en el Registro el domicilio del titular. De modo que, de conformidad con el art. 659 LEC del año 2000, a la demandante de amparo debía comunicársele la existencia del procedimiento ejecutivo. Era pues necesaria la notificación a la demandante de amparo, de la existencia del procedimiento ejecutivo ya que constaba su derecho y se mencionaba en la certificación de cargas. El Registrador de la Propiedad no podía en este caso amparar su actuación en lo dispuesto en el art. 353.1 RH en cuanto que lo establecido en dicho precepto se contradice con lo previsto en los arts. 225, 226.2 RH y en la LEC del año 2000.

Ya en trámite de alegaciones, la demandante de amparo manifestó tras la imposibilidad de recuperar en su totalidad el crédito concedido y los avatares al respecto seguidos, mantener su pretensión de amparo en los términos formulados en la demanda, si bien el daño patrimonial ya estaba causado, al haberse denegado la paralización del procedimiento judicial en el que se produjo la denunciada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En el proceso hipotecario se había dictado Auto de adjudicación a favor de tercero de buena fe que había inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad. Por tanto aunque se declarara la nulidad de los actos procesales indicados en el petitum de la demanda de amparo, ya no podrían retrotraerse las actuaciones al objeto de salvaguardar los intereses de la demandante de amparo frente a quien está protegido por la fe pública registral. No obstante la demandante de amparo manifestó seguir teniendo interés en el reconocimiento del amparo solicitado, aunque sea a efectos meramente declarativos, al objeto de poder iniciar en su caso las acciones legales oportunas contra el Registro de la Propiedad y en su caso, las patrimoniales contra la Administración de Justicia.

El Ministerio Fiscal en trámite de alegaciones argumentó al respecto, que el art 659 al que remite el art. 689.2 de la LEC 2000, consagra un deber de comunicación del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria a los acreedores hipotecarios que aparezcan en asientos posteriores al del derecho

del ejecutante, y ello con la finalidad de salvaguardar su derecho a conocer el estado de la ejecución y poder participar en dicho procedimiento ejercitando los derechos legalmente reconocidos.

Se trata de un deber reforzado de comunicación que concede a esos titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas, un derecho autónomo e independiente y distinto de aquél que pueda derivar del conocimiento a través de la publicidad del Registro de la Propiedad. La comunicación que dispone el art. 659 de la LEC adquiere singular importancia cuando se trata de titulares de segundas hipotecas constituidas con posterioridad a la que es objeto de ejecución, de tal forma que adquiere la condición de trámite esencial o sustancial.

La cuestión a determinar es quien o quienes son los titulares de ese derecho autónomo y por tanto, destinatarios de la comunicación preceptiva que fija el referido precepto procesal.

El problema surge recuerda el Fiscal, cuando y respecto de titulares de asientos de presentación de escritura de hipoteca, que en el momento de expedirse la nota marginal de la certificación de dominio y cargas, prevista en el art. 656 al que se remite el art. 688 ambos LEC, no han consolidado aún la inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad. Para resolver esta cuestión hay que empezar recordando la trascendencia del asiento de presentación pues su fecha, una vez consolidado, se considerará como fecha de inscripción a los efectos de fijar la prioridad registral (arts. 24 y 25 LH).

Es cierto que en principio, corresponde a los jueces y tribunales la interpretación de la legalidad ordinaria en el caso sometido a su enjuiciamiento. No obstante, dice el Fiscal, corresponde al TC velar porque la persona que pretende acceder a la jurisdicción sea efectivamente tutelada y no resulte indefensa, lo que sucederá “cuando se trate de una decisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revele una

clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses que se sacrifican”.

Y sigue diciendo que no obstante, no hay que perder de vista que la verdadera situación de indefensión se origina con anterioridad, ante la falta de comunicación de la pendencia del procedimiento judicial al recurrente de amparo. La preceptiva comunicación debía haberse efectuado a al recurrente en amparo en cuanto titular de un asiento de presentación de una escritura pública de hipoteca constituida con posterioridad a la del ejecutante, y continua diciendo que la comunicación del estado del procedimiento de ejecución debe realizarse no sólo a quienes hayan inscrito su derecho en el Registro, sino también a quienes sean titulares de un asiento de presentación mientras éste subsista.

Estaríamos dice el Fiscal, ante lo que podría denominarse como un deber de comunicación ad cautelam a favor de los titulares de un asiento de presentación de una escritura de hipoteca quedando, en todo caso, condicionada su participación en el procedimiento ejecutivo y el ejercicio de los derechos reconocidos legalmente, a la consolidación efectiva de dicho asiento y a la inscripción del derecho real en el Registro de la Propiedad, extremos que deberán ser acreditados por el titular de esa inscripción posterior.

La preceptividad de la comunicación prevista en el art. 689.2 LEC a los titulares de los asientos de presentación en los términos expuestos , guarda a su vez coherencia con su finalidad, pues mediante la misma se pretende poner en conocimiento el estado del procedimiento de ejecución hipotecaria a todos los titulares de asientos posteriores a la inscripción de la hipoteca que consten en la certificación de dominio y cargas que pueden verse afectados esto es, cancelados sus asientos, por el procedimiento de ejecución hipotecaria. Y acaba diciendo el Fiscal, que ni en el momento de la expedición de la certificación de dominio y cargas, ni tampoco en el momento posterior a la inscripción del derecho real, según resulta del oficio de fecha 3 de noviembre de 2004 consta

que el Registrador de la Propiedad hubiera comunicado la existencia del procedimiento hipotecario a la recurrente de amparo. Tampoco el Juzgado subsanó esa falta de comunicación, notificando con anterioridad a la fecha de celebración de la subasta -15 de septiembre de 2004-, la existencia del procedimiento judicial como así lo exigía su deber de diligencia al estar en juego el derecho a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal concedió el amparo pretendido reproduciendo los alegatos formulados por el Ministerio Fiscal y reconociendo el derecho fundamental vulnerado aunque lo fuera a efectos dice el TC, meramente declarativos.

La Sala 2ª del TC en **Sentencia de fecha 26 de marzo de 2007**⁷⁴ aborda la petición de amparo formulada por quien resultó condenado en un juicio de faltas incoado por Auto de fecha 20 de abril de 2004. Dicha incoación se realizó por el Juzgado de Instrucción 1 de Avilés contra dos personas, una de ellas como se ha dicho la ahora demandante de amparo, y la otra su hermano.

Se citó a las partes para el acto de juicio a celebrar el día 24 de mayo de 2004 a las 11h.

Ese día la ahora demandante de amparo se personó en el Juzgado pero tuvo que asistir a la práctica de otras diligencias acordadas por el Juzgado de Instrucción 3 de la misma capital relacionadas con un incidente habido con su esposo, diligencias éstas consistentes en la toma de declaración, reconocimiento forense y celebración de la audiencia del art. 544 ter y 798 de la LECrim.

No consta la hora de finalización de dichas diligencias. Tal eventualidad se puso en conocimiento del Juzgado de Instrucción 1 que acordó suspender el JF haciendo constar el Secretario Judicial en el acta levantada al efecto lo que sigue: “El Juzgado número 3 de Avilés comunica la celebración de un juicio rápido con los denunciados coincidente con este juicio, por lo que se deja la celebración del mismo para el final de la mañana”.

⁷⁴ Número 61/2007, BOE 100/2007, de 26 de abril de 2007, rec. 6769/2004.

Posteriormente, el citado órgano judicial reanudó el juicio sin estar presente la ahora recurrente, justificando esta iniciativa, que también se consignó en el acta, con las siguientes consideraciones: “Son las 13,30 horas y se han celebrado todos los juicios de faltas, por lo que procede a la celebración del presente juicio”.

El juicio se celebró y el referido Juzgado dictó sentencia en fecha 24 de mayo de 2004 en la que se condenaba a la ahora recurrente y a su hermano a la pena de 15 días de multa con cuota diaria de 5€. Las personas condenadas interpusieron recurso de apelación que fue desestimado por la AP (Sección 3ª) de Oviedo.

Admitida la demanda de amparo y ya en trámite de alegaciones, el Ministerio Fiscal interesó la estimación de aquélla manifestando que según doctrina ya consolidada del TC una de las obligaciones de los órganos judiciales es velar por la efectividad del derecho de defensa y del principio de contradicción de las partes, garantizando la igualdad de armas, lo que resulta mucho más necesario en el ámbito del proceso penal.

Recuerda el TC que esta actividad del órgano judicial ha de revestir cierta intensidad en los supuestos de citación de las partes para comparecer en el juicio oral, debiendo asegurarse de que el interesado ha recibido efectivamente dicha comunicación. No obstante, este rigor no debe concluir con la mera citación, debiendo perdurar a lo largo de todo el proceso.

En el presente caso sigue diciendo el Fiscal, constatado por el Juzgador que a la hora señalada (11 horas) no se podía celebrar el juicio oral por coincidencia de dos señalamientos en distintos órganos judiciales, cuando procedió a reanudar el mismo, debió haber comprobado si la ausencia era debida a la voluntad o no de la parte ausente, para en este último caso proceder a suspender el juicio o a efectuar un nuevo señalamiento. Al no haberse desplegado esa actividad, debe declararse la nulidad de la sentencia debiendo retrotraerse las actuaciones al momento del comienzo del juicio de faltas.

Ya en los fundamentos jurídicos la Sala aborda la falta de diligencia en la actitud del órgano judicial, que de no haber concurrido no habría resultado muy gravosa para aquél por la cercanía de los dos órganos judiciales en cuestión –bastando dice la Sala, una llamada telefónica o una comprobación por parte del agente judicial que hubiera servido para acreditar si la ausencia de la recurrente era debida o no a su propia voluntad-.

La Sala otorga el amparo solicitado.

En **Sentencia de fecha 21 de julio de 1997**⁷⁵, la Sala 2ª del TC aborda el recurso de amparo planteado en fecha 8 de junio de 1994 por quien resultó condenado en el juicio de faltas 86/1993 seguido por el Juzgado de Instrucción 5 de Santa Cruz de Tenerife.

En fecha 27 de julio de 1993 el ahora demandante de amparo tuvo un incidente con unos Agentes de Policía Local de Santa Cruz como consecuencia de que éstos le sancionaran por tener el vehículo estacionado en doble fila lo cual motivó la intervención de una grúa para retirar el coche, actuación a la que el ahora recurrente se opuso montándose en el vehículo ya remolcado por la grúa. Los Agentes incoaron atestado policial que se remitió al Juzgado decano de la capital y en el que se identificaba al ahora demandante de amparo, entonces denunciado con constancia de su domicilio.

Se incoaron Diligencias Previas en fecha 10 de agosto de 1993 y se le citó en calidad de imputado para tomarle declaración en el domicilio que figuraba en el atestado retornándose la citación como negativa.

En fecha 1 de agosto de 1993 se transforma el procedimiento a juicio de faltas, pasa de nuevo a reparto y recae en el Juzgado de Instrucción 5 que procede al señalamiento del juicio para el día 1 de septiembre de 1993. Se intenta nueva citación al denunciado y se reseña de nuevo por parte de la Policía Local que el domicilio es el del atestado.

⁷⁵ Número 135/1997, BOE 187/1997 de 6 de agosto de 1997, rec. 2007/1994.

El juicio se suspende por no constar positiva la citación y se practica nuevo señalamiento. En fecha 21 de septiembre de 1993 se oficia al BOP para la práctica de la citación en debida forma publicándose en el BOP el día 20 de octubre de 1993.

En fecha 30 de octubre de 1993 se dicta sentencia condenatoria y se notifica por edictos que se publican el 19 de noviembre de 1993 y el 18 de enero de 1994 dictándose providencia declarando la firmeza e incoación de la correspondiente ejecutoria.

En fecha 9 de febrero de 1994 fue citado personalmente en el mismo domicilio para ejecución de la sentencia y compareció en fecha 10 de febrero de 1994 interesando nulidad de todo lo actuado por falta de citación personal. En el referido domicilio había una placa que anunciaba ser sede de un despacho de abogados –del padre del denunciado- sin averiguarse nada más.

Se procedió a la desestimación de su pretensión por recurso de apelación que se inadmitió por extemporaneidad y se recurrió en queja que también fue desestimada por Auto de 5 de mayo de 1994 que consideró que la citación para juicio se llevó a cabo ex art. 178 LECrim. y por tanto en legal forma.

El TC en fecha 16 de marzo de 1995 admitió a trámite la demanda de amparo.

El Fiscal ante el TC planteó una posible causa de inadmisión de la demanda por extemporaneidad del recurso de amparo por cuanto el recurso de apelación intentado por el recurrente y la posterior queja, fueron recursos improcedentes que no tuvieron efectos interruptivos del plazo de caducidad de presentación de la demanda de amparo, que se habría presentado fuera de los 20 días pues el demandante manifiesta conocer la sentencia impugnada el 10 de febrero de 1994 y el recurso de amparo se presenta el 8 de junio de 1994 –casi 4 meses después-.

Respecto al fondo del asunto se muestra favorable a la pretensión del demandante de amparo por cuanto el juzgado no utilizó todos los medios que

tenía a su alcance para asegurar su comparecencia. No se garantizó se forma verosímil el conocimiento del proceso por parte del demandante.

Rechazado ya el motivo de inadmisibilidad que plantea el Ministerio Fiscal, se procede a abordar primero los requisitos de validez que debe cumplir la citación edictal en el ámbito del procedimiento del juicio de faltas, y las consecuencias que del emplazamiento edictal pueden extraerse en el juicio de faltas cuando pese al mismo, no comparece el denunciado.

Es evidente que la presencia en juicio hace real la posibilidad de defensa y en suma el art. 24.1 CE impide con carácter general la celebración inaudita parte salvo en los casos de no comparecencia por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable al procesado citado personalmente, de ahí que el TC haya insistido en la necesidad de que los órganos judiciales realicen los actos de comunicación con sumo cuidado y rigor.

En el proceso penal este principio general dice la Sala, aún se ve más reforzado con exigencias adicionales dada la intensidad y alcance de los derechos fundamentales en juego, de ahí que nuestro ordenamiento procesal penal ex. Recomendaciones del Consejo de Ministros del Consejo de Europa en Resolución 75 y 11 de 21 de mayo, trate de asegurar la presencia del acusado en el acto del juicio.

La cuestión de la citación edictal ya fue abordada en Sentencias del TC (v.gr. 54/85, 196/1989, 103/94 entre otras) y de todas ellas se desprende que la citación edictal no deja de ser una ficción jurídica con un significado más simbólico que real cuya recepción por el destinatario no puede ser demostrada y por ello han de entenderse siempre como un último y supletorio remedio subsidiario y excepcional reservado para situaciones extremas, cuando la persona buscada no pueda ser habida y debiendo de quedar su práctica reducida a condiciones rigurosas entre las que se encuentran: a) haber agotado antes todas las otras modalidades de citación con más garantías – arts. 166 a 171 y 178 Lecrim. que prevén la citación personal con entrega de cédula, en su defecto a través de los

parientes que habitaren en el domicilio o de los vecinos más próximos a éste, y en caso de domicilio desconocido, orden de busca a la Policía Judicial , b) constancia formal de haberse intentado la práctica de los medios ordinarios de citación y en tercer lugar que la resolución judicial de considerar al denunciado como persona en ignorado paradero o con domicilio desconocido se funde en un criterio de razonabilidad que lleve a la convicción de la ineficacia de aquellos otros medios normales de comunicación.

Pues bien, en el caso objeto de estudio no se observó ninguno de los tres requisitos enunciados y la decisión de citar por edictos no se fundó en un criterio razonable que permitiese valorar la ineficacia de los otros medios de comunicación. Al proceder así, el Juzgado de Instrucción incurrió en una infracción procesal con trascendencia constitucional que ha provocado indefensión al recurrente lesionando por ello el derecho que garantiza el art. 24.1 CE.

Recuerda el TC en el FJ 7º de la resolución que de todo lo dicho anteriormente cabe concluir que la condena *in absentia* en juicios penales sólo es constitucionalmente admisible si se garantiza suficientemente el derecho del acusado a defenderse en un juicio contradictorio dándole, mediante la citación que produzca un conocimiento efectivo, oportunidad de comparecer en él con anterioridad para que pueda conocer los hechos que se le imputan y garantizándole en cualquier caso, la posibilidad de instar un procedimiento rescisorio frente a la condena penal *in absentia*, sin que tal posibilidad haya de extenderse necesariamente a los pronunciamientos civiles de la sentencia. El TC termina otorgando el amparo solicitado.

En **Sentencia de fecha 14 de febrero del 2000**⁷⁶ la Sala 2ª del TC aborda el asunto que se inicia mediante la interposición de un recurso de amparo contra

⁷⁶ Sentencia número 39/2000, BOE 66/2000 de 17 de marzo del 2000, rec. 3029/1996; 1040/1997.

un Auto de fecha 27/3/1996 dictado por el Juzgado de Instancia 6 de Burgos recaído en juicio ejecutivo de reclamación de cantidad.

La mercantil CM concertó póliza de préstamo con el Banco P afianzada dicha operación por la sociedad de garantía recíproca (SGR).

Como cobertura de dicha garantía se suscribió una póliza de afianzamiento por la que CM, los solicitantes de amparo y José avalaban a su vez a la Sociedad de garantía recíproca.

Ante el impago parcial del préstamo, se formuló por parte de la SGR demanda de juicio ejecutivo contra la mercantil antes referida y sus avalistas.

Los solicitantes de amparo no se personaron pese a estar debidamente citados y se declaró su rebeldía.

En fecha 11/1/1996 se acordó fecha para sacar a subasta los bienes embargados – una vivienda y un vehículo- no obstante acordarse la publicación por edictos se acordó notificación personal al demandado con remisión de copia de la misma por correo certificado con acuse de recibo y subsidiariamente se acuerda que de no ser posible la notificación personal a los demandados respecto del día y hora del remate, quedarán enterados de tales particulares por la publicación de este edicto.

Se remitió el certificado al domicilio de CM y en la notificación efectuada por correos se observa como ésta es el único destinatario de la misma y se hace constar con una cruz que la carta fue rehusada por dicha sociedad.

Los solicitantes de amparo afirman que la subasta en la que se adjudicó a la actora el piso en calidad de cederlo a un tercero, se celebró sin tener ellos conocimiento de la misma, y por Auto de 27/3/1996 se adjudicó la vivienda a un tercero -Antonio- por la cantidad de casi 4.0000.000ptas.

Notificada dicha comunicación por parte del propio adjudicatario en fecha 25/07/1996 los dueños y moradores de la vivienda acudieron al Juzgado a por copia de la resolución y a su vista solicitaron nulidad de actuaciones al tiempo que interponían demanda de amparo contra el Auto de 25/07/1996.

Los demandantes de amparo consideran que debió haberseles notificado la providencia personalmente por la que se determinaba la fecha de celebración de la subasta, de modo que al no haberse procedido así y haberseles privado de la oportunidad de intervenir en la misma, se lesionó su derecho de defensa. Solicitaban nulidad de actuaciones posteriores a la Providencia de 11/3/1996 y por otrosí suspensión de la ejecución del Auto de adjudicación de bienes y en concreto, del desalojo de la vivienda por ser domicilio habitual de los demandantes. Se admitió a trámite la demanda.

El MF interesó se concediera el amparo sosteniendo que el hecho de hallarse los demandados en rebeldía y de que personalmente notificados, decidiesen libremente no recurrir la sentencia, no les hace automáticamente acreedores de notificaciones no personales. En lógica consecuencia, el juez acordó la notificación personal a los cónyuges, lo cual era factible, por constar el domicilio en numerosos documentos –póliza de afianzamiento, Registro de la Propiedad, escritos de la actora-. Por tanto habiéndoseles citado por correo certificado en domicilio de la mercantil demandada, devuelto el aviso de recibo de la infructuosa citación para la subasta, debió haber suspendido el Juez el acto volviéndoles a citar en el domicilio conocido de la calle C. de la misma ciudad de Miranda de Ebro. En la medida en que no se actuó así llevándose a término la subasta, los actuantes demandantes sufrieron una merma de garantías y una indefensión material sin que, a falta de indicio que lo demuestre, quepa presumir el conocimiento extraprocesal de los recurrentes, residentes en otra ciudad.

La observancia del derecho fundamental alegado no queda a salvo pues, sino mediante la anulación de los actos procesales desde el momento de la citación para subasta, a fin de que se realice un nuevo señalamiento que les permita defender sus derechos.

El TC reconoce en el FJ 5º de la resolución que en el caso objeto de estudio, constaba acreditado que el órgano judicial ordenó que se notificase la

celebración de la subasta a los demandados y ahora recurrentes en amparo, mediante correo certificado con acuse de recibo y subsidiariamente, por edictos. Y consta asimismo que esa carta certificada se remitió a la dirección de la entidad mercantil CM y que en dicha sede fue rehusada, sin que pueda entenderse por contra desacreditada la afirmación de los actuantes recurrentes en el sentido de que, al no haber llegado a sus manos dicha notificación, la primera noticia de que se había celebrado la subasta la recibieron del adjudicatario del inmueble de su propiedad por telegrama dirigido a su domicilio. Así sostienen los recurrentes demandantes de amparo y el MF que al haberse procedido a notificar por edictos sin intentar la notificación personal, legalmente exigida y acordada por el Juzgado, se vieron privados de la posibilidad de acudir a subasta y por tanto, quedaron en una situación de indefensión lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva que a todos reconoce el art. 24.1 CE.

Debiendo ser pues, personalmente notificada a los demandados una resolución que manifiestamente les afectaba, por cuanto ni se ignoraba su paradero, ni era tampoco desconocido un domicilio que, según se acredita, consta en las actuaciones, la decisión judicial de proceder a la notificación edictal, prevista subsidiariamente para el caso de que resultare fallida la notificación personal a los demandados, sin haber intentado nuevamente hacer efectiva la notificación personal ordenada, les produjo indefensión; máxime teniendo en cuenta que el órgano judicial habría podido constatar sin dificultad alguna, que el domicilio de los demandantes no era el que figuraba en la carta certificada con acuse de recibo, sino otro distinto pero que, entre otros documentos obrantes en autos, constaba en diversos escritos de la actora. Indefensión que, en la medida en que no ha quedado acreditado ante este Tribunal el posible conocimiento extraprocesal por parte de los recurrentes de la celebración de la subasta de su vivienda ni, a diferencia de lo que en algún otro supuesto ha podido ser el caso,

se produjo tampoco cambio de domicilio alguno que se dejase de comunicar, es sin duda constitucionalmente relevante.

Por todo ello considera el TC vulnerado el derecho a los recurrentes a la tutela judicial efectiva y les concede el amparo.

En **Sentencia de fecha 17 de septiembre de 2001**⁷⁷, la Sala 2ª del TC aborda la demanda de amparo planteada por una entidad que interpuso querrela contra tres personas por delitos de falsedad en documento mercantil, estafa impropia y apropiación indebida.

Se incoaron DP y se dictó auto de PA.

Los imputados interpusieron recurso de reforma contra dicho Auto. Al imputado A se le admitió por providencia de fecha 18/2/1997 dándose traslado a las demás partes. La demandante de amparo impugnó el recurso.

El Juez instructor desestimó los recursos y confirmó el Auto de PA.

En fecha 5 de junio de 1997 la querellante y ahora demandante de amparo, solicitó apretura de JO y tuvo conocimiento en septiembre de 1997 y de forma casual que el imputado A había interpuesto recurso de queja contra el auto que había desestimado el recurso de reforma contra el auto de incoación de PA.

El 11 de septiembre de 1997 la demandante de amparo solicitó a la AP de Alicante que se le tuviera personada en el recurso de queja y se le diera traslado del mismo para contestarlo y subsidiariamente, se le diera traslado de la resolución recaída.

Así se le notificó el Auto de 18 de julio de 1997 por el que la Sala acordaba estimar el recurso de queja interpuesto por el imputado A por el que acordaba el archivo libre respecto de aquél.

En fecha 17 de octubre de 1997 la demandante de amparo solicitó aclaración de dicho auto denegándose por la AP.

⁷⁷ Número 178/2001, BOE 251/2001 de 19 de octubre de 2001, rec. 4342/1997.

El Auto impugnado vulnera la tutela judicial efectiva al no haber tenido el ahora demandante de amparo conocimiento en ningún momento de la tramitación del recurso de queja, puesto que ninguno de los órganos judiciales – AP, Juzgado de Instrucción le comunicaron la existencia de dicho recurso para poder formular alegaciones en contra.

En la providencia de 17 de octubre de 1997 por la que se inadmitió la solicitud de aclaración puede deducirse que la sala ha entendido que el recurso de queja ha sido correctamente tramitado desde la perspectiva procesal al indicarse expresamente “como tramitado a tenor de lo establecido en el art. 787 en relación con el art 233 y siguientes de la LECrim.”. Tal aseveración lleva a la demandante de amparo a examinar si la AP no sólo contempló en la tramitación del recurso de queja lo dispuesto en las normas procesales sino, además la adecuación de su interpretación a la CE, para lo que se refiere a continuación a la regulación procesal del recurso de queja previsto en los arts. 787 y siguientes de la Lecrim.

Con la incorporación del art. 787 de la LECrim. se configura el recurso de queja como un recurso ordinario ante las AP frente a resoluciones desestimatorias de recursos de reforma.

El apartado segundo del citado precepto alude a la tramitación del recurso de queja como complemento de lo ya establecido en los arts. 233 y siguientes de la LECrim. si bien ni en la nueva normativa ni en la anterior se hace referencia alguna al traslado del recurso al resto de las partes para formular alegaciones a excepción del MF.

Ahora bien, a diferencia de la nueva regulación del art. 787 de la LECrim. en la regulación tradicional del recurso de queja recogida en los preconstitucionales arts. 233 y siguientes de la ley procesal penal, éste estaba pensado solo para revisar la inadmisión de determinados recursos por parte del Juez instructor de modo que solo se contemplaba para su tramitación el informe del Juez que había dictado la resolución y el dictamen del MF.

Ha sido el legislador postconstitucional el que, al incorporar el nuevo art. 787 no ha suplido la laguna procesal de dar traslado a las partes.

Aunque la tramitación del recurso de queja pudiera considerarse procesalmente correcta a tenor de lo dispuesto en los arts. 233 y siguientes de la ley procesal penal⁷⁸, resulta sin embargo absolutamente injustificado desde el punto de vista constitucional, que no se haya previsto el traslado a todas las partes personadas habida cuenta que habría sido posible una interpretación adecuada a la CE de los citados preceptos legales preconstitucionales tal y como ya ha tenido ocasión de efectuar este Tribunal en relación con el art. 627 de la LECrim. integrando la normativa procesal desde una visión garantista del art. 24 CE.

Además, la indefensión causada a la demandante de amparo no ha sido meramente formal sino que por el contrario reviste carácter material, ya que existían argumentos respecto a la cuestión de fondo que se hubieran podido alegar y que podrían haber variado el sentido de la resolución.

En primer lugar, la existencia de opciones doctrinales relativas a que no todas las falsedades ideológicas han quedado despenalizadas por el CP de 1995, en segundo lugar la existencia de otras diligencias de prueba mediante las que quedaba indiciariamente acreditado que éste tenía conocimiento de quiénes eran los verdaderos accionistas de la sociedad y por tanto , la falsedad que

⁷⁸El recurso de queja aparece hoy regulado en los arts. 220 y siguientes de la Ley procesal penal. Será competente para conocer del mismo el órgano superior de aquél que dictó la resolución que se impugna. Dice el art. 233 de la ley rituaria que “Cuando se interpusiere el recurso de queja, el Tribunal ordenará al Juez que informe en el corto término que al efecto le señale.” Y continua diciendo el art. que le sigue: “Recibido dicho informe, el Secretario judicial lo pasará al Fiscal, si la causa fuere por delito en que tenga que intervenir, para que emita dictamen por escrito en el término de tres días.” Acaba el artículo 235 diciendo que: “Con vista a este dictamen, si le hubiere, y del informe del Juez, el Tribunal resolverá lo que estime justo.

El auto que se dicte no podrá afectar al estado que tuviere la causa cuando el recurso se haya interpuesto fuera del término ordinario de las apelaciones, sin perjuicio de lo que el Tribunal acuerde en su día cuando llegue a conocer de aquélla.”

estaba cometiendo al certificar en falso la existencia de una Junta General Universal cuando la recurrente en amparo no había asistido a la misma; en tercer lugar la posibilidad de aportar con el recurso de queja nuevos datos no conocidos al formular el escrito de impugnación del recurso de reforma; en cuarto lugar la improcedencia de dictar un archivo libre en este tipo de recurso de queja cuando en su caso, debería haberse dejado sin efecto la incoación del procedimiento abreviado con retroacción de actuaciones al Juez instructor para que volviese a dictar una de las resoluciones previstas en el art. 789.5 de la LECrim. y por último la improcedencia también, de la petición del recurrente en queja de que se acordase el archivo libre en orden a una valoración probatoria o apreciación de una cuestión subjetiva la existencia de ánimo de lucro, que no permite el art. 637.2 de la ley procesal penal habida cuenta que la apreciación de tales elementos ha de realizarse a partir de datos objetivos, siendo una cuestión que sólo se puede dilucidar en la fase de juicio oral.

En trámite de alegaciones el MF interesó la estimación de la demanda de amparo y fue acordada otorgándose el amparo pretendido declarándose la nulidad del auto de 18 de julio de 1997 recaído en recurso de queja dimanante del PA de origen, retrotrayendo las actuaciones al momento procesal oportuno para que se diera traslado del recurso de queja al demandante de amparo garantizándose así su derecho de defensa y el principio de contradicción.

En **Sentencia de fecha 25 de noviembre de 2002**⁷⁹, la Sala 2ª del TC abordó la demanda de amparo planteada por quien teniendo residencia desde hacía años en la calle G. número.. (Urbanización X) de la ciudad de Mataró (Barcelona) acudió al Registro de la Propiedad de Mataró para realizar unas gestiones y comprobó con asombro cómo por parte del Juzgado de Instancia 4 de Zaragoza y en mérito de los autos de menor cuantía seguidos a instancias de “Transportes R” se había trabado embargo sobre su mitad indivisa de dicha

⁷⁹ Número 220/2002, BOE 304/2002 de 20 de diciembre de 2002, rec. 5497/1999.

finca y otras, sin que en ningún momento hubiera sido emplazada ni hubiera tenido conocimiento alguno de la pendencia de dicho procedimiento.

La empresa Transportes R había formulado demanda de juicio de menor cuantía contra ella en su condición de vocal del consejo de administración de la empresa T SL contra dicha sociedad y contra los restantes miembros del citado consejo en reclamación de la cantidad de 1.170.187 ptas.

El Juzgado de Zaragoza admitió a trámite la demanda y ordenó se practicara el emplazamiento de Ana en el domicilio señalado en la demanda que era el de la calle G número.. (Urbanización X) de Barcelona –con omisión por tanto de la ciudad de Mataró-

Se libró al efecto correspondiente exhorto constando en autos su resultado negativo.

En vista del resultado del exhorto se emplazó a dicha demandada por edictos y se siguió el pleito en su rebeldía, que terminó por Sentencia de 2 de febrero de 1998, en la que se estimaba la demanda condenando a todos los codemandados al pago solidario a la parte actora de las cantidades reclamadas por ésta.

Conocida la existencia de dicho procedimiento Ana se personó en el mismo e interpuso incidente de nulidad de actuaciones al amparo de lo dispuesto en el art. 240.2 y 3 de la LOPJ que fue desestimado según consta en la certificación del Registro Mercantil aportada con la demanda, el domicilio de dicha demandada se encontraba en la ciudad de Barcelona aunque en la misma calle y número que el de Mataró , y es en el citado domicilio donde se practicó el emplazamiento recurriéndose posteriormente al resultar negativo el anterior, al emplazamiento por edictos.

La ahora recurrente y demandante de amparo pudo comprobar el error del Registro Mercantil como consecuencia de un previo error notarial: al consignar sus datos personales en la escritura de constitución de la sociedad T, “ el Notario , en lugar de poner que estaba domiciliada en Mataró (Barcelona) puso

únicamente Barcelona”, error del que no se había percatado la interesada hasta comprobar estos datos después de la lectura del mencionado Auto.

En junio de 1999 Ana interpuso recurso de audiencia en rebeldía, que fue tramitado como juicio incidental por la sección 4ª de la AP de Zaragoza.

Con fecha 18 de noviembre de 1999 se dictó sentencia en la que se declaró no haber lugar a la audiencia solicitada fundamentándose dicha desestimación en que si bien Ana interesaba la concesión de la audiencia en rebeldía contra la sentencia de fecha 2/2/1998 dictada contra ella en tal estado procesal por el Juzgado de Instancia 4 de Zaragoza, invocando como fundamento de tal pretensión el art. 777 de la LEC que establece los supuestos de la concesión de la audiencia al demandado citado por edictos, como es el caso ante el que nos hallamos; pues bien Ana no había acreditado la concurrencia de ninguna de las circunstancias establecidas en dicho precepto y la diligencia infructuosa para su emplazamiento en los autos tuvo lugar en el domicilio publicado en el registro mercantil por lo que, tanto por falta de cumplimiento de los requisitos señalados en el art. 777 de la LEC, como porque la posible indefensión producida a la condenada en rebeldía le era imputable a ella al haber facilitado un domicilio inexacto al Registro, por todo ello el remedio procesal pretendido debía ser denegado.

La solicitante de amparo afirmó que es contra dicha sentencia denegatoria de la audiencia al rebelde contra la que interpone el presente recurso de amparo añadiendo que el error material involuntario sufrido por el Notario y que fue miméticamente trasladado al registro mercantil, no puede generar para ella la indefensión que con lo sucedido se ha producido.

Ya en sus fundamentos de derecho la sentencia del TC explica en el primero de ellos que es conveniente señalar que el emplazamiento de Ana, como demandada en los autos de menor cuantía por su condición de coadministradora de la entidad T –también demandada-, se hizo en el domicilio señalado en la demanda, que era el que figuraba en el Registro Mercantil al ser

transcrita la escritura de constitución de dicha sociedad: calle G, número .., urbanización X, Barcelona. La de emplazamiento dio resultado negativo ya que la dirección de aquélla es la calle y urbanización indicadas pero en la ciudad de Mataró (Barcelona), cuya mención había omitido en la escritura.

No conociéndose otra dirección, la interesada fue emplazada por edictos y después declarada en rebeldía, en cuya condición se dictó la sentencia de 2 de febrero de 1998, íntegramente estimatoria de la demanda que había interpuesto “Transportes R”.

Recuerda la Sala que la indefensión debe ser material y no meramente formal, lo que implica que ese defecto formal haya supuesto un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa y además es necesario que la indefensión padecida no sea imputable a la propia voluntad o falta de diligencia del demandado.

El Juzgado intentó inicialmente el emplazamiento personal de la recurrente en amparo en el domicilio señalado en la demanda –“Barcelona, Urbanización X, calle G número...” que era el que figuraba en la escritura de constitución de la sociedad mercantil en la que aquélla tenía la condición de administradora y que a su vez constaba inscrito en el Registro Mercantil. Mas se trataba de un domicilio inexistente, pues había sido ubicado erróneamente en Barcelona cuando en realidad, se halla situado en Mataró, de forma que el Notario que había autorizado en su día la escritura pública de constitución de la sociedad, en lugar de expresar el domicilio correcto de la ciudad de Mataró, omitió la mención de Mataró situando directamente el domicilio en la ciudad de Barcelona, haciéndose de ese modo inviable el emplazamiento personal.

Teniendo en cuenta esta circunstancia ha de entenderse dice la Sala, que es conclusión razonable la sentencia de la AP al desestimar la demanda de audiencia al rebelde planteada por la demandante de amparo y ello porque el error padecido en la mencionada escritura social, que determinó la posterior inscripción en el Registro Mercantil, podrá ser imputado a la actuación del

Notario así como a la falta de diligencia de la propia recurrente pero nunca al juzgado el cual , ante la imposibilidad de practicar el emplazamiento en el domicilio que se indicaba en la demanda y que venía corroborado por los datos del RM, actuó correctamente acudiendo a la vía de los edictos.

La Sala reprocha eso sí al Juzgado de Instancia el no haber intentado la citación en el bien inmueble embargado pero deniega finalmente el amparo solicitado.

La Sala 2ª del TC en **Sentencia de fecha 23 de abril de 1986**⁸⁰ abordó la demanda de amparo formulada por el interesado dirigida contra una STS que resolvía una casación interpuesta por el INSS frente a Sentencia de Magistratura de Trabajo número 1 de las de León.

El recurrente había sufrido un accidente el día 9 de febrero de 1984 e instó la declaración de invalidez permanente ante la Dirección Provincial de León del INSS. Le fue reconocida la petición declarándole inválido en grado de gran invalidez por sentencia de 28/2/1984.

Comenzó con ello a percibir las prestaciones económicas de gran invalidez que le fueron abonadas hasta que con fecha 21/2/1985, le fue comunicada a través de uno de sus abogados, la sentencia dictada por el TS que estimaba la casación interpuesta por el INSS.

El recurrente de amparo entiende que la mencionada sentencia le ha ocasionado una indefensión constitucionalmente relevante porque fue dictada sin que él tuviera en ningún momento conocimiento de la interposición del recurso de casación por parte del INSS al no ser emplazado por la Magistratura como era preceptivo, a través de alguno de los medios previstos al efecto en la ley procesal laboral.

Afirma el recurrente que en realidad, la cédula de notificación fue entregada a un Letrado del Colegio de Abogados de León que no tenía ninguna relación

⁸⁰ Número 48/1986, BOE 120/1986 de 20 de mayo de 1986, rec. 186/1985.

profesional con el interesado, siendo así que en la demanda se determinaba como domicilio a efectos de notificaciones el despacho del Sr. Víctor X.

Esta conducta de la Magistratura, como se refleja en la posterior sentencia del Tribunal Supremo, ha impedido al recurrente acceder al recurso de casación, para alegar en él lo que conviniera a su derecho y con ello se le ha ocasionado una indefensión contraria al art. 24.1CE.

El Ministerio Fiscal formuló alegaciones oponiéndose a la demanda por entender que el emplazamiento se hizo en el domicilio señalado para notificaciones y ante la ausencia del interesado, como permiten al Ley de Procedimiento Laboral y al LEC, se entregó a D. Angel que estaba allí presente como puede deducirse efectivamente del tenor literal de la diligencia que se había extendido para justificar la recepción.

En sus fundamentos de derecho el TC recuerda que los contendientes deben gozar de una posición de igualdad y deben disponer de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento de sus tesis.

Dice la Sala que una indefensión constitucionalmente relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella.

La indefensión puede apreciarse en cualquier instancia, está claro que el recurrente puede quedar indefenso no sólo durante el desenvolvimiento del recurso, sino también cuando trata de acceder al mismo, como presupuesto esencial del desarrollo del proceso impugnatorio porque, aun cuando una acción o una omisión judicial que impidieran el acceso a un recurso contempladas en abstracto, no tendrían por qué causar indefensión, sino violación de otros derechos, sí la producen indefectiblemente cuando como en el caso presente, dichas acciones u omisiones desencadenan una serie de actos

de los que está ausente la contradicción, porque en su conjunto vulneran este aspecto del art. 24.1 CE que ahora ocupa a la Sala.

Por dicha razón el adecuado emplazamiento es una pieza esencial para ejercer el derecho de defensa y alcanzar la tutela judicial. De ahí que este Tribunal, insistiendo en la función del emplazamiento, haya dado preferencia al realizado de forma personal, cuando sea conocido el emplazado como medio más adecuado para asegurar el conocimiento y la eventual actividad procesal del destinatario.

De la misma manera, la legislación procesal laboral acoge en primer lugar la entrega personal de la cédula, sea directamente o a través de medios que tengan esos efectos y asimismo, con el fin de asegurar la recepción en todo caso, cuando permite la entrega de la cédula a otra persona, puntualiza que ésta debe encontrarse en una determinada relación con el emplazado –pariente, vecino...-, una relación que razonablemente permita que aquélla llegue a su destino. En cualquier caso, no basta con el simple envío de la cédula.

Para asegurar la contradicción se requiere en suma del Juzgador, una positiva acción que tienda a asegurar su efectividad.

En el presente caso dice la Sala, se ha puesto de manifiesto que la Magistratura erró en el destinatario del emplazamiento personal, entregándole la cédula a un letrado que nada tenía que ver con el demandante ni con sus defensores el cual, tras comprobar que el referido emplazamiento no tenía relación con ninguno de sus clientes lo devolvió a la Magistratura no realizándose por parte de ésta, al parecer, ninguna actividad adicional encaminada a la comunicación con el recurrido.

Este comportamiento judicial no ha cumplido dice el TC las mínimas exigencias que se derivan de su deber positivo de promover la defensa privándose así al recurrido, no ya de concretos medios de defensa, sino de la posibilidad misma de acceder al recurso para utilizarlos, contrariando de forma evidente el art. 24.1 CE y decide finalmente por estos motivos, otorgar el amparo solicitado.

El TC en **Sentencia de fecha 2 de octubre de 2000**⁸¹ de la Sala 1ª aborda la petición de amparo formulada en un asunto que se inicia con la interposición por la entidad “Caja de ahorros M” de demanda ejecutiva, fundada en póliza de crédito contra varios demandados, entre ellos el ahora recurrente en amparo indicando como domicilio de éste el que figuraba en la póliza, c/ L número 3, 5º 1ª de Palma de Mallorca.

Intentada en dicho domicilio por el agente judicial la notificación de la diligencia, la misma no pudo llevarse a cabo por no ser localizado allí el demandante de amparo, manifestándose por un vecino que la persona buscada –el ahora recurrente de amparo- “tiene alquilado a su madre el piso 6º1º de la misma finca”, sin que el agente judicial intentase llevar a cabo la citación en aquel domicilio.

Visto el resultado negativo de la diligencia practicada, el juzgado de primera instancia número 7 de Palma de Mallorca dio traslado a la parte demandante en el proceso a quo quien solicitó que se emplazara al demandado mediante edictos a publicar en el BOP y en el tablón de anuncios del Juzgado. Así lo acordó el Juzgado y se declaró en rebeldía a los demandados, utilizando a partir de ese momento el procedimiento edictal y la publicación en estrados dictándose finalmente sentencia en fecha 17 de abril de 1996 estimatoria de la demanda.

La entidad ejecutante interesó la notificación personal de la sentencia a los demandados rebeldes, petición que no fue atendida por el Juzgado acordándose su notificación mediante edictos.

En ejecución de dicha sentencia fueron embargados, subastados y adjudicados diversos bienes del demandante de amparo, que no tuvo conocimiento del procedimiento hasta el 25 de enero de 1997, fecha en la que se personó en uno de los locales comerciales embargados del recurrente, el Secretario Judicial del

⁸¹ Número 232/2000, BOE 267/2000 de 7 de noviembre de 2000, rec. 553/1999.

referido Juzgado para proceder al cumplimiento de la orden de desalojo acordada.

El Ministerio Fiscal solicitó la estimación de la demanda de amparo considerando que el Juzgado no había cumplido con su deber de diligencia específica, agotando las posibilidades de comunicación capaces de asegurar en mayor grado que el demandante tuviera conocimiento del proceso, a fin de que pudiera ejercer su derecho de defensa.

En sus fundamentos jurídicos la Sala recuerda que es reiterada la doctrina del TC ya desde la Sentencia 9/1981 de 31 de marzo en la que se recoge que los actos de comunicación del órgano judicial y en especial aquéllos que tienen como destinatario a quienes habrían de ser partes en el proceso son de especial trascendencia, por constituir el instrumento indispensable para hacer posible la defensa en juicio de los derechos e intereses en litigio, previendo así el riesgo de una condena inaudita parte, sin ser oído y vencido en juicio.

Por estas razones el órgano judicial no debe conformarse con aquellos actos de notificación de resultado negativo cuando es posible aún intentar otros medios de emplazamiento distintos al edictal, máxime si aquellas diligencias ni siquiera cumplen con los requisitos legalmente dispuestos y siempre, claro está, que semejantes irregularidades legales puedan colocar a la parte en una situación de indefensión. Y esa obligación pesa sobre el órgano judicial en aquellos procesos que por sus características colocan a la parte demanda en una especial posición, como es el caso de los juicios ejecutivos como el que nos ocupa en esta ocasión, donde su incoación tiene lugar inaudita parte debitoris , razón por la que debe asegurarse en los términos antes señalados , el correcto emplazamiento de quien es demandado con el objeto de que pueda oponerse oportunamente a lo allí resuelto esto es, defenderse frente a la ejecución que se cierne sobre sus bienes.

La Sala reproduce los alegatos del Ministerio Fiscal cuando dice que el órgano judicial tras resultar infructuoso el primer y único intento de emplazamiento

del recurrente en amparo en el domicilio que se señalaba en la demanda, sin adoptar diligencia alguna mediante la cual pudiera llegar a la determinación de que su domicilio era desconocido o se encontraba en ignorado paradero, se limitó a oír a la parte actora y sin más, accedió a la solicitud de ésta de que se procediera al emplazamiento edictal del demandante de amparo. Debió antes de acudir al emplazamiento por edictos, intentar la notificación por cédula a terceros. Y a todo ello se debe añadir que del examen de las actuaciones no se desprende que el solicitante del amparo tuviera conocimiento extraprocesal de la pendencia del proceso ni tampoco actuó con negligencia por lo que el órgano judicial no actuó con la debida diligencia otorgando por ello el TC el amparo solicitado.

La **Sala 1ª del TC en Sentencia de fecha 25 de octubre de 1993**⁸² aborda la petición de amparo formulada contra el auto dictado por el Juzgado de Instancia 3 de Marbella de fecha 15 de octubre de 1990 confirmado en apelación por auto de la AP de Málaga (Sección 5ª) que denegaron la nulidad de actuaciones pretendida por los actores, desde la diligencia negativa de emplazamiento de 23 de marzo de 1998.

El asunto trae origen en la demanda de resolución de un contrato de compraventa por incumplimiento por discrepancias surgidas entre la vendedora y los actores. Se practicó el emplazamiento al interesado y su resultado fue negativo por hallarse los interesados ausentes y en ignorado paradero –decía la diligencia-.

A la vista del resultado del exhorto y a instancia de la demandante civil se acordó emplazar a los demandados mediante edictos y se celebró el juicio en rebeldía.

⁸² Número 310/1993 de 25 de octubre, rec. 890/1991. Ponente: Vicente Gimeno Sendra.

Firme la sentencia, la demandante civil solicitó su ejecución en fecha 3 de abril de 1989 y el Juzgado dispuso que se requiriera a los demandados a desalojar la vivienda litigiosa.

El requerimiento de desalojo sí fue notificado personalmente a los señores N. y P..

La demanda subraya que en el mismo domicilio donde no habían sido emplazados, recibieron con normalidad todas las notificaciones posteriores, que esa fue la primera noticia que tuvieron del pleito entablado contra ellos.

Posteriormente el Juzgado acordó que se procediera al lanzamiento de los demandados.

El Juzgado tras diversas resoluciones dictó el auto de 15 de octubre de 1990 ahora impugnado, en el que denegaba la nulidad de actuaciones instada por la representación de los demandados, pues a parte de que se les hubiera producido indefensión, ya se había dictado sentencia en los autos que había adquirido carácter de firme. Por lo que, aun cuando los Juzgados tienen obligación de proteger los derechos fundamentales, no era posible variar la sentencia ya firmada por imperativo legal.

Interpuesto recurso de apelación la sección 5ª de la AP de Málaga dictó Auto en el que confirmaba por sus propios fundamentos el Auto del Juzgado, dada la dicción clara y terminante del art. 240 de la LOPJ.

La AP sostuvo que los ahora recurrentes tuvieron conocimiento del procedimiento seguido al menos en fecha 20/12/1989, y como quiera que la sentencia fue publicada en el BOP el 26/02/1990, dispusieron de un plazo superior a 2 meses para haber intentado el recurso de audiencia al rebelde del art. 777 LEC en favor de los demandados rebeldes emplazados por edictos.

La Sala considera que es indudable que una mera diligencia negativa de emplazamiento, que anónimamente se limita a afirmar que los interesados se encontraban ausentes desde hacía algún tiempo y se ignoraba su paradero, sin identificar las fuentes de conocimiento, ni entregar la cédula a persona que

podría hacerla llegar a los ahora demandantes de amparo, ni intentar una segunda citación u otros medios de comunicación genera en suma, un cierto riesgo de indefensión que la Sala considera darse en el presente asunto por lo que otorga el amparo solicitado.

La **Sala 2ª del Tribunal Supremo en fecha 8 de marzo del 2000**⁸³ dictó una importante sentencia con especial trascendencia en materia del recurso de anulación.

La sentencia se refiere al Acuerdo no jurisdiccional de 25 de febrero del 2000 de la Sala 2ª del referido órgano judicial.

En dicho acuerdo se establece que será la Sala 2ª del TS la que asume la competencia para el conocimiento de los recursos de anulación prevenidos en el art. 797.2º de la LECrim, cuando se interpongan contra sentencias que excepcionalmente, hayan dictado en ausencia las AP en los supuestos legalmente prevenidos en el art. 793.1º2 de la ley citada.

El recurso dice el acuerdo, tiene naturaleza rescindente y su contenido se limitará a controlar si el Tribunal sentenciador ha respetado escrupulosamente los requisitos legales que se exige al juicio en ausencia, dado que cualquier otra cuestión ha podido plantearse por la representación legal del condenado a través del recurso de casación dentro del plazo ordinario prevenido para recurrir la sentencia.

Y termina por abordar que el límite punitivo legalmente prevenido para el juicio en ausencia –pena que no exceda de un año de privación de libertad o de seis años, si fuese de otra naturaleza-, se refiere a la pena solicitada en la calificación provisional acusatoria, que es aquella de la que ha sido informado el acusado, estimándose que constituye un fraude de ley eludir dicha limitación legal mediante la modificación inmediatamente anterior al juicio de la

⁸³ Número 1703/1999, rec. 2698/1998.

calificación acusatoria, sin que el ausente tome conocimiento de la misma con carácter previo.

Pues bien, en la referida sentencia se desarrolla el mencionado Acuerdo y se aborda el caso de un recurso de anulación que se interpone al amparo del art. 797 de la ley de procedimiento penal contra una sentencia dictada en fecha 22/01/1998 por la AP de Madrid en la causa seguida contra el recurrente por un delito de robo.

La mencionada resolución fue dictada en ausencia del acusado a pesar de que el MF había solicitado la pena de 18 meses de prisión⁸⁴.

No obstante al comienzo del juicio oral, el Ministerio Fiscal solicitó la pena de un año de prisión y pidió que, a la vista de la incomparecencia del acusado, el juicio se celebrase en su ausencia. La defensa del acusado manifestó no tener inconveniente.

Es de constatar que en la diligencia que firma el recurrente en la comisaría cuando declara en presencia de su abogado, se le advierte de la posibilidad de celebrar el juicio en su ausencia, si la pena solicitada en su día no excediera los límites del art. 793 –es decir un año de prisión o 6 años si fuere de otra naturaleza-.

El Ministerio Fiscal pidió inicialmente 18 meses de prisión y propuso como prueba además el interrogatorio del acusado. La defensa entre otras interesó también el interrogatorio del acusado.

La Audiencia declaró pertinentes las pruebas propuestas y se citó al acusado con apercibimiento de que de no comparecer podría decretarse su busca y captura. Al no comparecer aquél, la defensa renunció con carácter previo a una prueba por ella interesada consistente en una pericial médica.

Como se ha dicho, el Ministerio Fiscal el día del juicio oral modificó la pena interesada pasando a 12 meses de prisión. Finalmente celebrado el plenario se

⁸⁴ El límite punitivo para la celebración del juicio en ausencia era en aquel momento de 12 meses de prisión.

dicta sentencia en la que se condena al recurrente a la pena de un año de prisión y se declara la firmeza de la resolución en fecha 17/02/1998.

En fecha 3 de abril de 1998 aparece un escrito preparando recurso de casación contra dicha sentencia dictada por la AP que no se tramita si bien se acuerda dejar sin efecto la ejecución de la sentencia.

Por providencia de 20 abril de 1998 se decreta la nulidad parcial de otra providencia anterior por entender que lo procedente era el recurso de anulación. El artículo 797 de la LECRim contempla la posibilidad de interponer recurso de esa naturaleza una vez que el condenado en ausencia comparezca o sea habido. El efecto que se busca es la rescisión de la sentencia para que se dicte una nueva por el órgano que debió dictar la primera.

Sin embargo la parte recurrente, olvidando la esencia y contenido del recurso de anulación, se dedica a denunciar la inaplicación de una atenuante argumentando que de la prueba practicada podría inferirse la concurrencia de la misma –en concreto la de drogadicción-.

Como se ve dice la Sala, el recurrente se aparta de manera clara de los objetivos y alcance del recurso de anulación y acude en realidad a un recurso de casación para que se case y anule la sentencia aplicándole la atenuante de drogadicción.

Pues bien, la Sala aborda los requisitos y naturaleza del recurso de anulación en los términos del Acuerdo antes referenciado y se centra al final en que tanto el art. 789.4 como el 793.1 de la ley de enjuiciamiento criminal, toman como polo de referencia para poder celebrar un juicio en ausencia la pena solicitada, es decir la que se desprende del escrito de acusación que se contiene en las conclusiones provisionales. Por ello si la pena es superior a un año de privación de libertad o de seis años si es de otra naturaleza, nos encontraríamos bajo la competencia del juez de lo penal pero en ningún caso, cuando la pena solicitada es de esta medida y naturaleza se puede celebrar ante la AP cuya competencia comienza a partir de los 5 años de prisión.

Por consiguiente, siempre que supere el año de prisión, no habrá posibilidad de juicio en ausencia, ya que el acusado sólo ha sido advertido de que el juicio en ausencia se celebrará si la pena no supera esa cota, por lo que conocidos los términos de la acusación, el afectado puede no comparecer en la confianza legítima de que no se le condenará en ausencia y de que no perderá la oportunidad de defenderse y de disponer de una prueba de descargo, como puede ser su propia declaración exculpatoria y asimismo de poder contradecir los testimonios inculpatorios o de cargo e incluso de utilizar el derecho a la última palabra.

En estos casos, será obligación del órgano judicial disponer su presencia empleando los medios coactivos que le facilita la Ley pero no se puede, mediante acuerdo previo con el Ministerio Fiscal o cualquier otra parte acusadora, defraudar las expectativas legales reduciendo la pena, eliminando la posibilidad de haber escuchado las razones de la defensa personal que pudiera hacer el acusado y prescindiendo por tanto, de un medio probatorio crucial para garantizar el derecho de audiencia y defensa.

Por ello si las acusaciones modifican, antes de la celebración del juicio oral la calificación, para situarse artificialmente en la banda permitida para celebrar el juicio en ausencia, nos encontramos ante una vulneración de formalidades esenciales que llevan aparejada indefensión y ante un verdadero fraude legal, que provoca la nulidad radical del juicio celebrado en estas circunstancias, sin la presencia del acusado.

En consecuencia procede dice la Sala, la anulación del juicio del día 15 de enero de 1998 celebrado ante la AP de Madrid y declara haber lugar al recurso de anulación planteado.

Un caso parecido es abordado en la Sentencia de fecha 12 de mayo del 2000⁸⁵ también del TS. El caso se inicia con la condena en ausencia del recurrente a quien se le impuso una pena tras ser considerado autor de un delito de estafa.

Ex art. 797 de la LEcrim existe la posibilidad de interponer recurso de anulación una vez el condenado en ausencia comparezca o sea habido. A estos efectos le será notificada la sentencia dictada en primera instancia o apelación, y se procederá en su caso al cumplimiento de la pena aún no prescrita.

Al notificársele la sentencia se le hará saber su derecho a interponer el recurso, con indicación del plazo para ello y del órgano competente.

La sentencia dictada en ausencia haya sido o no apelada, es susceptible de ser recurrida en anulación, en el mismo plazo y con iguales requisitos y efectos que los establecidos para el recurso de apelación.

Expone la Sala que la doctrina no ha contribuido mucho en la determinación de la verdadera naturaleza del recurso, pues mientras unos opinan que tiene similitud con el recurso de apelación, otros sostienen que se trata de un recurso extraordinario, mientras que algunos más dicen, que no es ni un recurso extraordinario ni ordinario ni es acertado el término de recurso de anulación.

En definitiva y sin profundizar en su verdadera y cierta naturaleza, nos inclinaremos dice la Sala, por considerar que es una manera o forma de anular una sentencia firme, por lo que se asemeja al recurso extraordinario de revisión.

Por ello en los casos en que se produjese la anómala situación de que un órgano colegiado dictase una sentencia en ausencia, el recurso de anulación correspondería a la Sala segunda del TS de conformidad con lo dispuesto en el art. 57.1º de la LOPJ satisfaciendo así la necesidad de que una sentencia condenatoria sea sometida a revisión de un Tribunal superior.

En el caso objeto de estudio, el TS entiende no haber lugar al recurso de anulación por cuanto el recurrente pretende una nueva valoración de medios

⁸⁵Sala 2ª, Sentencia 922/2000 de 12 de mayo, rec. 3736/1999.

probatorios que tienden a desvirtuar la existencia del delito por el que fue condenado cuando en puridad el recurso de anulación admite la práctica de pruebas pero a los solos efectos de determinar o no la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos y exigidos para la celebración del juicio en ausencia.

En la Sentencia de fecha **25 de febrero de 2002, la Sala 2ª del TS⁸⁶**aborda un caso de recurso de anulación planteado por quien resultó condenado en ausencia pese a comparecer el día del acto de juicio oral pero no haber aportado documento acreditativo de su identidad.

El Tribunal le condenó como autor criminalmente responsable de un delito de robo con intimidación concurriendo al atenuante de minoría de edad.

En el fundamento jurídico segundo de la resolución, la Sala recuerda haberse pronunciado en otras ocasiones sobre el carácter riguroso con el que deben ser cumplidos y controlados los requisitos del juicio en su ausencia que excepcionalmente permite el art. 793.1 de la LECrim. Así en el acuerdo adoptado para unificación de criterios por el Pleno de la Sala de 25 de febrero de 2000, se recordó que corresponde a la Sala segunda del TS la competencia para el conocimiento de los recursos de anulación prevenidos en el art. 797.2 de la LECrim, cuando se interpongan contra sentencias que, excepcionalmente, hayan dictado en ausencia las Audiencias Provinciales – o en su caso la AN o los TSJ-, en los supuestos legalmente prevenidos del art. 793.1.2 de la citada ley, recurso de anulación que faculta para el control del efectivo cumplimiento de la condena dentro del plazo prevenido para interponer recurso de casación.

Asimismo en dicho acuerdo se señaló que en estos casos el recurso tiene naturaleza rescindente y su contenido se limitará a controlar si el Tribunal sentenciador ha respetado escrupulosamente los requisitos legales que exige el

⁸⁶ Sentencia número 310/2002 de 25 de febrero de 2002, rec. 766/2000. Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón.

juicio en ausencia, dado que cualquier otra cuestión ha podido plantearse por la representación legal del condenado a través del recurso de casación dentro del plazo ordinario prevenido para recurrir contra la sentencia. En caso de incumplimiento de dichos requisitos se declarará la nulidad del juicio respecto del ausente, que deberá repetirse ante el Tribunal competentes.

En el FJ 4º de la resolución, se refleja que consta en las actuaciones que el acusado o al menos el joven que acudió al juicio en respuesta a la citación recibida y afirmaba ser el acusado, presentó para identificarse un documento sanitario y otro militar, ambos a su nombre pero sin fotografía.

El Tribunal estimó insuficiente dicha documentación y decidió celebrar el juicio en ausencia, sin permitir la intervención en el mismo del acusado, pese a la protesta del Letrado y a su solicitud de una suspensión temporal para subsanar la insuficiencia de la identificación.

El tribunal pareció entender que la previsión legal implica que, en estos supuestos en los que la pena solicitada no es superior a un año de privación de libertad la asistencia del acusado es irrelevante dado que la Ley permite celebrar el juicio en ausencia pero en realidad no es así, pues la presencia del acusado constituye un derecho al que solamente el mismo puede renunciar, negándose a comparecer en estos supuestos.

La prevención del art. 793.1 no significa en ningún caso, que el juicio en ausencia pueda celebrarse contra la voluntad del acusado, sino que en estos supuestos se le libera de la carga de comparecer ante el Tribunal, decidiendo voluntariamente si comparece o no. Es por ello por lo que la ley exige la citación personal y el carácter no justificado de la ausencia.

La comparecencia con documentación insuficiente no equivale a una incomparecencia injustificada, por lo que la celebración del juicio en ausencia sin ofrecer la oportunidad de subsanar la deficiencia, constituye una interpretación formalista que vulnera el derecho a un juicio con las debidas garantías al impedir que el acusado haya podido defenderse personalmente.

Por todos estos motivos la Sala acuerda estimar el recurso de casación y se declara la nulidad del juicio celebrado contra los dos acusados.

Por **sentencia de fecha 10 de mayo de 2006**⁸⁷, el TS resuelve una casación formulada por el recurrente que habiendo sido declarado en rebeldía, se personó en el proceso después de vencido el plazo para proponer prueba en la primera instancia y que, en contra de lo que disponen los preceptos mencionados, la prueba que propuso en la alzada no fue admitida por el Tribunal de apelación.

La AP en efecto, no admitió los medios de prueba. Lo hizo, según se razona en la resolución desestimatoria del recurso de súplica del proponente contra la inicial de inadmisión, por considerar el Tribunal que la propuesta, deducida una vez conocido por el proponente el resultado de los medios practicados a iniciativa de la otra parte, implicaba una vulneración del principio de igualdad de las partes en el proceso.

El tribunal de apelación que pudo ser más explícito, valoró que la rebeldía era plenamente imputable al demandado –que había sido emplazado personalmente- y aplicó aunque no la mencionara, la norma de la LOPJ que le mandaba rechazar las peticiones de las partes que hubieran sido formuladas con manifiesto abuso de derecho, terminando por declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el recurrente.

En fecha **26 de febrero de 2002**⁸⁸ **la Sala 1ª del TS** dictó sentencia en la que se resolvía una casación formulada por la recurrente que manifestaba haber interpuesto demanda sobre audiencia en rebeldía terminando por interesar se dictara una sentencia por la que se declararse la nulidad del emplazamiento de

⁸⁷Sentencia número 389/2006 de 10 de mayo, Sala 1ª TS.

⁸⁸Sentencia número 187/2002.

don E., acordando se retrotrajeran las actuaciones a tal momento procesal y se declarase la procedencia de la solicitud de audiencia de doña M.C..

La AP de Zaragoza desestimó la petición y declaró no haber lugar a oír al recurrente condenado en rebeldía ni haber lugar a la declaración de nulidad de su emplazamiento en el referido juicio y por otra parte declaró haber lugar a oír a la recurrente condenada en rebeldía doña M.C.

Según los antecedentes del caso, consta que el recurrente señor G. no fue emplazado personalmente ni por medio de cédula al inicio del asunto principal ya que al personarse el funcionario notificador en el domicilio pactado en el contrato suscrito por el mismo y causa de la litis, manifiesta éste en diligencia lo siguiente: que “ –no figura en buzones y resulta desconocido a los vecinos, tampoco lo conocen en los locales de la casa, por todo ello se da por terminada la presente-”.

Pese a que el domicilio que se indicó por el demandado para el recurrente era su domicilio real, debe reseñarse no obstante, que dentro de un bloque con portales y escaleras varias, puede determinar la complejidad a que se refiere la sentencia, como justificación de la citación edictal y razón de la desestimación de su petición. Pero es lo cierto que contrasta la diligencia ejercida por la contraparte en ejecución de sentencia con la habida en la fase declarativa.

En su fundamento segundo la resolución expone que la valoración de los datos y circunstancias consignadas permiten colegir en atención a la realidad del domicilio consignado en el contrato y a su descubrimiento en ejecución de sentencia, que no se actuó con la diligencia debida a la hora de conseguir el emplazamiento personal o por cédula, sin necesidad de acudir al edictal, por lo que se está en el caso de reiterar la doctrina contenida en la sentencia del TS de 3 de octubre de 1990 según la cual el desarrollo argumentativo de los motivos de casación expuestos se lleva a cabo por la entidad recurrente, insistiendo todos ellos, en la situación de indefensión en que fue colocada en el proceso en que se declaró su rebeldía, con incumplimiento de la normativa legal en materia

de citaciones y emplazamientos, situación que culmina al negársele la audiencia pretendida por la sentencia que impugna, considerando el Juzgador, que le es aplicable la normativa del art. 777 LEC precepto que evidentemente no es del caso y ello determina el acogimiento del recurso ya que, el artículo en cuestión, sí se refiere ciertamente al demandado que haya sido emplazado por edictos.

De hecho deja expresamente constancia el artículo de referencia, que el emplazamiento así llevado a cabo, lo haya sido “por no tener –el demandado- domicilio conocido” de suerte que la situación que prevé el art. 266 y siguientes de la ley procesal , recobre actualidad a la hora de hacer aplicación de aquel otro artículo 777, argumentado en la instancia para denegar la audiencia, que la entidad declarada rebelde solicitó. Haciéndolo asistida de una norma constitucional la del art. 24.1 , que rigurosamente veda cualquier forma de indefensión y tal es la producida a la recurrente por la actuación procesalmente incorrecta del órgano judicial ante la que por ser demandada, tenía legítima expectativa de ser emplazada en la forma y con los datos señalados en la ley procesal esto es , mediante cédula que debió serle entregada a una de las personas presentes en el inmueble que menciona el art. 268 de la LEC.

Por lo expuesto la Sala estima el recurso de casación interpuesto sobre audiencia en rebeldía y repone las actuaciones al momento del emplazamiento de la demandada.

III.2 Posicionamiento del TEDH y del TJUE en materia de rebeldía.

En fecha **21 de enero de 1999 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó sentencia en el Caso Van Geyselhem c. Bélgica.** La recurrente era ciudadana belga y fue demandada al mismo tiempo que otras, cuatro personas más, por haber importado estupefacientes de Brasil en tres ocasiones, entre el 22 de junio de 1986 y el marzo de 1987; el 20 de marzo de 1987 la cantidad que le fue aprehendida fue de 2,330 Kg de cocaína.

El Tribunal correccional de Bruselas condenó en rebeldía a la interesada –que no compareció aunque se le notificó puntualmente la citación- a una pena de prisión 4 años y multa y ordenó su inmediato arresto por entender que trataría de sustraerse a la ejecución de la pena impuesta.

El 26/04/1993 la recurrente se opuso.

La demandante compareció en vista de oposición y el Tribunal le impuso pena de 3 años de prisión y le rebajó la pena de multa en un tercio además de retirar la procedencia del arresto inmediato por entender que no existía riesgo de fuga.

El 21 de mayo de 1993 la demandante junto con el Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación.

En el recurso de apelación y pese a estar debidamente citada, la recurrente no se personó a la vista ni tampoco estuvo representada por abogado. Y mediante sentencia de fecha 14 de junio de 1993 el Tribunal de apelación de Bruselas juzgando en rebeldía, confirmó la pena impuesta y ordenó además el arresto inmediato de la inculpada, considerando que estaba justificado pensar que trataría de sustraerse a la ejecución de su pena dada la importancia de la pena impuesta y el hecho de haber estado ausente en la vista de apelación.

El 26 de agosto de 1993 la recurrente se opuso a la sentencia y se fijó vista el 13 de septiembre de 1993. La interesada no acudió en persona y su abogado lo hizo invocando el art. 185.2 del Código de Instrucción Criminal, precisando que

deseaba representar a su cliente y elevar las conclusiones relativas a la prescripción de la acción pública, que se habría producido entre la fecha de la sentencia dictada en rebeldía y el momento en que el tribunal de apelación debió tratar la oposición. El Tribunal se opuso a que el abogado de la recurrente fuera oído y elevara conclusiones en nombre de aquélla.

El Tribunal de apelación declaró inexistente la oposición por entender que la oponente no había comparecido en la vista fijada por ella y no justificaba ninguna causa de fuerza mayor que le imposibilitara a comparecer en persona.

La demandante recurrió en casación contra la Sentencia de 4 de octubre de 1993. En su informe en apoyo del recurso, señaló que el rechazo del Tribunal de apelación a autorizar la presentación de conclusiones por parte de su abogado violaba sus derechos de la defensa así como el artículo 185.2 del Código de Instrucción Criminal, que dispone que el inculcado puede ser representado por un abogado «en los debates que solamente traten de una excepción [o] de un incidente ajeno al fondo (...)». En un alegato fechado el 16 de marzo de 1994, el abogado de la demandante se refirió a la Sentencia del Tribunal europeo en el asunto Poitrimol contra Francia (Sentencia de 23 de noviembre de 1993, serie A núm. 277-A).

Mediante Sentencia de 4 de mayo de 1994 el Tribunal de casación desestimó el recurso.

Llegados ante el Tribunal de Derechos Humanos éste señala de entrada que el presente caso no trata la cuestión de si un juicio en ausencia del acusado se concilia con el artículo 6.1 y 6.3 c): la demandante no se queja de que la vista de apelación del 13 de septiembre de 1993 (apartados 15-16 *supra*) se celebrara en su ausencia -ella no quiso hacer uso de su derecho a comparecer-, sino de que el Tribunal de apelación de Bruselas resolviera su causa sin autorizar a su abogado a defenderla y especialmente sin autorizarlo a elevar conclusiones en su nombre relativas a la prescripción. El señor Verstraeten, encargado de su

defensa, acudió a la vista con la intención de cumplir esta misión pero se le impidió hacerlo.

El Tribunal señala asimismo que al haberse producido el incidente durante el procedimiento de oposición en fase de apelación, la señora Van Geysseghem ya no disponía de otra posibilidad de pleitear en segunda instancia sobre el fundamento de la acusación. En el momento de la audiencia del 13 de septiembre de 1993 del Tribunal de apelación de Bruselas, la interesada se encontraba pues en una situación comparable a la examinada por el Tribunal en los asuntos Poitrimol contra Francia y LalaPelladoah contra Países Bajos.

La demandante subraya en primer lugar que el Tribunal, en sus Sentencias Lala y Pelladoah anteriormente citadas, consideró que el interés de tener la asistencia de un defensor era crucial para la equidad del sistema penal y que este interés debía prevalecer sobre todas las cosas.

En fin, contrariamente a lo que pretende el Gobierno, el Tribunal de apelación que declaró inexistente la oposición, no pudo examinar la cuestión de la prescripción de la acción pública. Según la jurisprudencia y la doctrina belgas, cuando se toma la decisión de prescripción de un derecho de oposición, es imposible examinar esta cuestión.

En opinión del Gobierno, las diferencias entre los derechos neerlandés y belga justificarían una solución distinta de la adoptada por el Tribunal en los asuntos Lala y Pelladoah, previamente citados.

Contrariamente al derecho neerlandés que de forma general, no impone la comparecencia del acusado y limita las posibilidades de oposición a las sentencias dictadas en rebeldía, el derecho belga autoriza la oposición contra cualquier sentencia condenatoria dictada en rebeldía y exige la comparecencia personal del inculcado salvo en los casos en que la ley admite la representación de un abogado.

La presencia del inculcado favorece la buena administración de justicia, es esencial para proteger los intereses de las víctimas y de los testigos, permite la

individualización de la pena y es indispensable para realizar la función de prevención de la pena. Conceder al inculpado el derecho a sustraerse a la justicia pondría gravemente en entredicho la autoridad del poder judicial.

En los dos asuntos previamente citados, el Tribunal sopesó de una parte, la importancia de la comparecencia personal del inculpado y de otra, la importancia del hecho de que el acusado estuviera adecuadamente defendido y representado por un abogado.

El sistema belga equilibraría correctamente los distintos intereses a proteger.

En este caso, la señora Van Geyseghem tuvo cuatro ocasiones para presentar su defensa. Sólo dependía de ella el beneficiarse de la apelación de un procedimiento contradictorio pero por el contrario, obstaculizó de forma repetida y deliberada el desarrollo de un procedimiento contradictorio y su actitud constituyó un abuso.

El derecho a ser representado por un abogado no puede ser absoluto y no puede existir si el acusado se niega a comparecer en tres ocasiones, como en este caso.

De todos modos el juez, al resolver en rebeldía, tiene la obligación de instruir el caso y examinar de oficio todos los medios posibles de defensa entre los cuales están los relativos a la prescripción. A partir de ese momento, la imposibilidad del señor Verstraeten de representar a su cliente y de elevar conclusiones relativas a la prescripción no influye en el resultado del procedimiento. En conclusión, no ha habido violación de los artículos 6.1 y 6.3 c) del Convenio.

Desde ese momento, el legislador debe poder disuadir las incomparecencias injustificadas (Sentencia Poitrimol previamente citada).

En los dos últimos asuntos el Tribunal precisó sin embargo, que era también «de crucial importancia para la equidad del sistema penal que el acusado estuviera adecuadamente defendido tanto en primera instancia como en apelación, *a fortiori* cuando, como es el caso en derecho neerlandés, las

sentencias dictadas en apelación no son susceptibles de oposición» (Sentencias Lala y Pelladoah previamente citadas).

El Tribunal añadió que es este último interés el que prevalece y en consecuencia, **el hecho de que el acusado debidamente citado no comparezca, no puede -incluso sin excusa- justificar que sea privado del derecho a ser asistido por un defensor, que le reconoce el artículo 6.3 del Convenio (*ibidem*).** En opinión del Tribunal, **compete a los tribunales el asegurar el carácter equitativo de un proceso y velar por consiguiente, para que un abogado que asiste para defender a su cliente en ausencia de éste, pueda hacerlo.**

El principio, puesto de relieve en los asuntos Lala y Pelladoah, se aplica en este caso.

Aun cuando la señora Van Geyseghem tuvo varias oportunidades de defenderse, correspondía al Tribunal de apelación de Bruselas el dar ocasión a su abogado que se presentó en el juicio, de defenderla, incluso en su ausencia. Más aún en este caso que el motivo de defensa presentado por el señor Verstraeten afectaba a una cuestión de derecho.

En conclusión, ha habido violación del artículo 6.1 en relación con el artículo 6.3 c) del Convenio.

De la meritada resolución resulta también interesante un voto particular en el sentido del fallo mayoritario pero al que llega el ponente del mismo por un enfoque más radical y ello por considerar dice el ponente, que la presencia del demandado en su juicio es para él un derecho y no una obligación.

En este caso, al igual que en su jurisprudencia anterior, el Tribunal convierte un derecho fundamental en una obligación aplastante. Lo que el Convenio presenta como el privilegio del acusado se transforma en una deuda del demandando con el Estado. La consecuencia funesta es que el acusado corre el riesgo de encontrarse privado de su defensa si decide ejercer su derecho de no asistir a su juicio, en primera instancia o de apelación.

Caso Krombach c. Francia (STEDH 13 de febrero de 2001):

En abril de 1977 el demandante (X) que era viudo con dos hijos, se casó en segundas nupcias con una ciudadana francesa, que tenía también dos hijos de un matrimonio anterior con un ciudadano francés del que se había divorciado en 1976. Durante el verano de 1982, tanto el hijo como la hija de la esposa del demandante se encontraban durante las vacaciones escolares en el domicilio del demandante en Lindau, cerca del lago de Constanza (Alemania).

La joven K. B. de 14 años y de nacionalidad francesa, que había pasado el día 9 de julio de 1982 haciendo windsurf, se había quejado a su vuelta de cansancio y de no ponerse suficientemente morena y el demandante le había inyectado, hacia las 20.30 horas como en numerosas ocasiones en el pasado, una preparación férrica comercializada bajo el nombre de Kobalt-Ferrcelit y en principio destinada a tratar un estado de anemia.

El 10 de julio de 1982 hacia las 9.30 de la mañana, el demandante descubrió a K. B. muerta en su habitación y procedió a varias inyecciones de diversos productos para intentar reanimarla. Un primer médico llamado con urgencia examinó el cadáver hacia las 10.30 horas, fijando la hora de la muerte alrededor de las 3 horas de la madrugada y no constatando ninguna señal de violencia. Presentó únicamente señales de inyección a nivel del tórax y del brazo derecho.

La tramitación del asunto en Alemania

Fue inmediatamente abierta por la policía una investigación contra X relativa a las circunstancias de esta muerte y fue practicada la autopsia el 12 de julio de 1982 por dos médicos forenses. No pudieron determinar las causas del fallecimiento y la fiscalía de Kempten tomó una primera resolución de archivo del expediente.

El padre de la joven presentó entonces ante la fiscalía de Kempten una demanda de actos complementarios, basándose principalmente en las críticas del informe de autopsia que había presentado a un médico forense francés.

Accediendo a su solicitud, la fiscalía solicitó un dictamen pericial al Instituto Médico Legal de Munich.

El 27 de noviembre de 1982, uno de los médicos forenses que habían practicado la autopsia precisó que las lesiones constatadas en el aparato genital externo de la joven habían sido producidas «post mortem».

El 3 de marzo de 1983, según un dictamen pericial químico-toxicológico e histológico y tras el interrogatorio de los médicos forenses, del demandante y de los otros miembros de la familia, el experto llegó a la conclusión de que la muerte no era normal pero que no podía pronunciarse sobre la causa del fallecimiento que en su opinión, no podía ser imputada a la inyección del producto férrico, del que no se podía encontrar restos en el cuerpo.

En mayo de 1983 fue efectuado otro dictamen pericial esta vez farmacológico, para determinar los efectos secundarios o las contraindicaciones del producto férrico inyectado la víspera de la muerte.

El 14 de junio de 1983, el fiscal del Tribunal Regional de Kempten adoptó una segunda resolución de archivo sin prosecución. El recurso presentado por el padre de la víctima el 4 de julio de 1983 contra esta resolución fue considerado por el fiscal general del Tribunal de Apelación (**Oberlandegericht**) de Munich como un recurso jerárquico (**Dienstaufsichtsbeschwerde**) y desestimado el 20 de septiembre de 1983.

El 17 de octubre de 1983 el padre de la víctima, por medio de sus abogados alemanes, presentó una denuncia dirigida contra el demandante, de quien sospechaba que había violado y asesinado a su hija. El expediente del procedimiento de investigación iniciado en 1982 contra X fue entonces unido al nuevo procedimiento de encuesta abierto por la denuncia del padre de la víctima. El 2 de noviembre de 1983, la fiscalía del Tribunal Regional de Kempten tomó por tercera vez, una resolución de archivo sin prosecución, refiriéndose a las conclusiones de diversos dictámenes periciales efectuados en el marco de la investigación precedente.

La resolución de archivo de 2 de noviembre de 1983 fue confirmada por el fiscal general del Tribunal de Apelación de Munich el 30 de enero de 1984, en base a que las investigaciones no aportaban elementos suficientes susceptibles de justificar el ejercicio de la acción pública.

El 15 de marzo de 1984, tras una petición dirigida al Parlamento Regional Bávaro, fue reabierto el procedimiento de investigación por cuarta vez y el 15 de abril de 1984, el fiscal general del Tribunal de Apelación encargó a la fiscalía de Kempten que efectuara otras verificaciones.

El 8 de junio de 1984 la fiscalía de Kempten, por la vía de una demanda de cooperación y asistencia en materia procesal, solicitó a la fiscalía de Toulouse que interrogara como testigo al hermano menor de la víctima nacido en 1971, para preguntarle sobre las circunstancias que rodearon la muerte de su hermana, lo que fue hecho el 4 de septiembre de 1984.

Un nuevo dictamen pericial farmacológico relativo a la cuestión de la inocuidad de la preparación férrica fue entonces confiado al Instituto de Farmacología clínica de Brême, que presentó sus conclusiones en dos informes con fechas de 15 de julio y 26 de septiembre de 1985 respectivamente. El 17 de julio de 1985, el fiscal de Kempten solicitó igualmente a las autoridades francesas por la vía de una demanda de cooperación y asistencia en materia procesal, que procediera a la exhumación del cadáver enterrado en Toulouse. El Juez de instrucción de Toulouse acordó a estos efectos, una comisión rogatoria el 30 de octubre de 1985 y el cadáver fue exhumado y examinado por dos forenses el 4 de diciembre de 1985.

El 24 de febrero de 1986, a la vista de las conclusiones del experto y de los resultados negativos de la autopsia después de la exhumación, la fiscalía de Kempten adoptó una cuarta resolución de archivo del asunto, confirmada el 9 de mayo de 1986 por el fiscal general ante el Tribunal de Apelación de Munich. Conforme a las disposiciones del artículo 172 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alemana, el padre de la víctima presentó ante el Tribunal de Apelación

de Munich un recurso contra la confirmación de la resolución de archivo del fiscal general para obligar a la fiscalía a acusar al demandante por homicidio voluntario o involuntario (**Klageerzwingungsverfahren**). Mediante una sentencia de 9 de septiembre de 1987, la Sala primera de lo penal del Tribunal de Apelación de Munich declaró este recurso inadmisibile.

La tramitación del asunto en Francia

El 23 de enero de 1984, paralelamente a los esfuerzos que estaba desplegando en Alemania para obtener la acusación del demandante, el padre de la víctima presentó una querrela penal constituyéndose como parte civil contra X ante el Juez de instrucción de París por homicidio voluntario, basándose en el artículo 689.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal francesa, que prevé que todo extranjero culpable de un delito fuera del territorio de la República pueda ser perseguido y juzgado según las disposiciones de la Ley francesa cuando la víctima sea de nacionalidad francesa.

En apoyo de su denuncia, el padre de la víctima presentó documentos, dictámenes periciales, investigaciones y testimonios resultantes de las diligencias de la fiscalía de Kempten en Alemania.

El 12 de marzo de 1985, el Juez de instrucción de París envió una comisión rogatoria a las autoridades alemanas solicitándoles que interrogaran a un cierto número de personas y que efectuaran algunas diligencias. La fiscalía de Kempten le respondió el 2 de noviembre de 1985.

El 27 de febrero de 1986, la fiscalía de Kempten envió al Juez de instrucción las fotocopias de los tres tomos de su expediente de investigación.

Informado por el padre de la víctima el 10 de marzo de 1986 de la cuarta resolución de archivo tomada por la fiscalía de Kempten el 24 de febrero de 1986, el nuevo juez de instrucción encargado de los autos en París, dirigió una nueva comisión rogatoria el 17 de junio de 1987 a las autoridades alemanas. Les solicitaba que pusieran a disposición de tres expertos franceses, a quienes él

había designado el mismo día, las extracciones efectuadas en el momento de la autopsia y examinadas en el marco del dictamen pericial que dio lugar al informe de 3 de marzo de 1983 de tres expertos alemanes.

En ejecución de la comisión rogatoria francesa, las extracciones en cuestión fueron entregadas a policías franceses el 22 de marzo de 1988 y el 25 de marzo a los expertos nombrados el 17 de junio de 1987. Los expertos entregaron su informe el 27 de julio de 1988 y posteriormente, en un informe complementario de 30 de noviembre de 1988, rectificaron un error de transcripción.

El 9 de diciembre de 1988, el Juez de instrucción de París ordenó un dictamen pericial complementario para precisar el papel y los efectos de los medicamentos que el demandante había indicado haber inyectado a la joven para intentar reanimarla. Este informe fue presentado el 26 de diciembre de 1988.

El 8 de febrero de 1989 el tercer Juez de instrucción encargado de este expediente, convocó al demandante para un interrogatorio. Mediante una carta de 22 de febrero de 1989, éste informó al Juez de instrucción que la justicia alemana tras la investigación, había llegado a la conclusión de que no existía culpabilidad de terceros en el fallecimiento de K. B. y que no veía razón para desplazarse a París. Indicaba sin embargo, estar dispuesto a ser interrogado en su domicilio.

El 27 de julio de 1989, el Juez de instrucción dirigió una tercera comisión rogatoria a las autoridades alemanas solicitándoles por un lado, notificar al demandante las conclusiones de los dictámenes periciales de 27 de julio y 26 de diciembre de 1988 y por otro lado, interrogarle como «testigo asistido» para hacerle un cierto número de preguntas concretas sobre el desarrollo de los hechos. El demandante fue oído por un magistrado alemán el 8 de febrero de 1990.

El 20 de mayo de 1990 el demandante indicó al Juez de instrucción, tras su solicitud de 4 de mayo, que no le era posible desplazarse a París, que había ya

respondido a sus preguntas pero que podía responder por escrito si el Juez deseaba formularse nuevas cuestiones.

El 1 de febrero de 1991 esto es, cerca de siete años después de la apertura de la investigación, el demandante fue inculcado de delito de violencia que supuso la muerte sin intención de producirla.

El 23 de abril de 1991 fue oído por un magistrado alemán en ejecución de una comisión rogatoria.

El 10 de julio de 1992, el Juez de instrucción acordó la remisión de documentos al fiscal general del Tribunal de Apelación de París, quien presentó su requisitoria el 25 de septiembre de 1992.

Mediante procedimiento de colaboración internacional, la fecha de la audiencia ante la Sala de acusación fue notificada al demandante el 28 de enero de 1993 y a su abogado el 3 de febrero de 1993. El demandante y su abogado no se presentaron en la audiencia de 11 de marzo de 1993.

Mediante Sentencia de 8 de abril de 1983, la Sala de acusación del Tribunal de Apelación de París remitió al demandante ante el Tribunal de lo Criminal de París por el cargo de homicidio voluntario.

El Tribunal constata que los diferentes elementos de tipo médico recogidos en el curso de la información permiten concluir que el fallecimiento de K. B. es la consecuencia directa de una inyección intravenosa de una solución que podía ser de Kobalt-Ferrcelit; esta inyección fue contemporánea a la muerte.

Dieter Krombach también mintió en cuanto a la cronología de los hechos afirmando que la inyección había sido practicada varias horas antes del fallecimiento. Finalmente, el simulacro de reanimación y el empleo de productos incompatibles entre ellos en una persona viva únicamente pueden explicarse por la voluntad de disimular el origen de la muerte.

El conjunto de estos elementos constituyen cargos suficientes que dejan presumir que Dieter Krombach practicó la inyección mortal no con un fin curativo sino con la intención de causar la muerte.

La Sala de acusación dictó también una orden de arresto.

El 4 de mayo de 1993, se notificó la sentencia al demandante por mandamiento entregado a la fiscalía extranjera. El demandante fue convocado varias veces para llevar a cabo un interrogatorio preliminar de identidad pero no compareció en ninguna de las convocatorias.

El demandante presentó un recurso de casación contra la sentencia de remisión. En su informe, planteaba principalmente la violación del principio «ne bis in idem» y de la autoridad de cosa juzgada por el motivo de que si el artículo 689.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permitía que un extranjero fuera juzgado según las leyes francesas cuando la víctima del delito era de nacionalidad francesa, no podían tener lugar diligencias en caso de sentencia definitiva en el extranjero.

Mediante sentencia de 21 de septiembre de 1993, el Tribunal de Casación rechazó el motivo alegado por el demandante porque era nuevo ya que no resultaba ni de la sentencia discutida ni de ningún documento del procedimiento que el demandante hubiera mantenido ante la Sala de acusación que había obtenido una resolución judicial de no ha lugar, pronunciada por los mismos hechos por las autoridades judiciales alemanas.

La resolución del asunto: la sentencia en rebeldía

El 7 de septiembre de 1994, el abogado francés del demandante fue informado de que su cliente estaba llamado a comparecer ante el Tribunal de lo Criminal de París del 7 al 10 de noviembre de 1994. El 26 de octubre, solicitó al presidente del Tribunal de lo Criminal que ordenara un suplemento de información para añadir al expediente todos los documentos que provenían de los procedimientos seguidos en Alemania. El presidente rechazó su solicitud.

Mediante una sentencia dictada en rebeldía el 9 de marzo de 1995, tras haber oído al abogado general que solicitó 30 años de reclusión, el Tribunal de lo Criminal de París declaró al demandante culpable de haber ejercido

voluntariamente violencias en la persona de su hijastra con consecuencia de muerte sin intención de darla y le condenó a 15 años de reclusión criminal.

El Tribunal precisó en su sentencia que si el demandante se hubiera presentado, ello hubiera permitido parar el procedimiento en rebeldía y éste hubiera podido, con ocasión de esta formalidad obligatoria, formular todas las alegaciones útiles para su defensa. Recordó igualmente a los abogados del demandante, presentes en la audiencia, el artículo 630 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que prohíbe la representación del acusado ausente y declaró sus conclusiones inadmisibles. Mediante una resolución judicial de 1 de junio de 1995, en virtud del artículo 636 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el presidente del Tribunal de Casación acordó la no admisión de los recursos del demandante contra las sentencias del Tribunal de lo Criminal.

Se expidió una orden de arresto «Schengen» y luego una orden de arresto internacional contra el demandante, en fechas que no figuran en el expediente.

Apreciación del Tribunal

Se encuentra el Tribunal en una situación comparable a la examinada por él en los casos Poitrimol, Lala y Pelladoah y Van Geysseghem anteriormente citados.

Para el Tribunal, **compete a los tribunales el garantizar el carácter equitativo de un proceso y velar en consecuencia porque un abogado, que evidentemente asiste para defender a su cliente en ausencia de éste, tenga la ocasión de hacerlo.**

Es cierto que un procedimiento que se desarrolla en ausencia del inculcado no es en sí mismo incompatible con el Convenio si puede conseguir posteriormente que un tribunal resuelva de nuevo, tras haberle oído, sobre el fundamento de la acusación de hecho y de derecho (véase, «mutatismutandis», Sentencia Colozza contra Italia).

En opinión del Tribunal, **el establecimiento del levantamiento de la rebeldía únicamente tiene incidencia en el ejercicio efectivo de los derechos de la**

defensa en el caso de arresto del interesado. En ese caso las autoridades tienen en efecto, una obligación positiva de ofrecer al acusado la posibilidad de un reexamen del caso en su totalidad y en su presencia. Por el contrario, **no podría ser cuestión de obligar a un acusado a constituirse prisionero para poder tener el derecho de volver a ser juzgado en condiciones conformes con el artículo 6 del Convenio .**

Esto sería en efecto, subordinar el ejercicio de un derecho a un proceso equitativo a un tipo de garantía, la libertad física del interesado («mutatis mutandis»).

Queda por examinar si concretamente, la prohibición hecha a los abogados de la defensa de intervenir en nombre del demandante en la audiencia ante el Tribunal de lo Criminal de París atentó contra su derecho a un proceso equitativo. En este caso, no se discute que el demandante hubiera manifestado claramente su voluntad de no comparecer en la audiencia del Tribunal de lo Criminal, por lo tanto a no defenderse a sí mismo. Por el contrario, se deduce del expediente que pretendía ser defendido por sus abogados, acreditados a este fin y presentes en la audiencia.

Aunque no absoluto, el derecho de todo acusado a ser efectivamente defendido por un abogado, dado el caso designado de oficio, figura entre los elementos fundamentales de un proceso equitativo. Un acusado no pierde este derecho por el mero hecho de su ausencia en los debates. Incluso si el legislador debe poder desanimar las abstenciones injustificadas, no puede sancionarlas derogando el derecho a la asistencia de un defensor (Sentencia VanGeyseghen contra Bélgica anteriormente citada).

En este caso, el Tribunal observa que de la redacción del artículo 630 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal francesa se desprende que la prohibición que se hace a los abogados de presentarse en nombre del rebelde es absoluta y que el Tribunal de lo Criminal resolviendo en rebeldía no tiene la posibilidad de derogarla. El Tribunal considera **que sancionar la falta de comparecencia del**

demandante mediante una prohibición tan absoluta de toda defensa parece manifiestamente desproporcionado y declara vulnerado el art. 6.1 en combinación con el art. 6.3 c) del Convenio.

Caso Papon c. Francia (STEDH 25 de julio 2002):

En el momento de abordar el asunto el demandante, nacido en 1910 se encontraba detenido en la prisión de La Santé en París.

De mayo de 1942 a agosto de 1944, el demandante desempeñó las funciones de secretario general de la prefectura de la Gironde, bajo el mandato del prefecto Sabatier.

Tras la Liberación según las cifras facilitadas por el demandante, más de 30.000 funcionarios que sirvieron bajo la ocupación fueron sancionados mientras que varios miles de personas fueron ejecutadas oficial y oficiosamente.

En una nota fechada el 6 de diciembre de 1944, el Comité de depuración del Ministerio del Interior consideró que, aunque había desempeñado funciones oficiales bajo el régimen de Vichy, el demandante había manifestado una actitud favorable a la Resistencia y propuso su mantenimiento en sus funciones. Permaneció por tanto, en su puesto de director de gabinete de Gaston Cusin, Comisario de la República de Burdeos. Fue Ministro del Presupuesto de 1978 a 1981.

El 6 de mayo de 1981, entre las dos vueltas de las elecciones presidenciales, el semanario Le Canard Enchaîné publicó el primero de una serie de artículos en los que se cuestionaba el comportamiento del demandante entonces Ministro del Presupuesto, durante la segunda guerra mundial.

El demandante solicitó al Comité de acción de la Resistencia el establecimiento de un jurado de honor encargado de valorar su comportamiento bajo la ocupación alemana. El 15 de diciembre de 1981, tras haber escuchado a su superior jerárquico directo Maurice Sabatier, quien declaró «asumir totalmente la responsabilidad de la represión antisemita en el ámbito de competencia de su

prefectura», el jurado de honor dictó una sentencia que constataba la pertenencia del demandante a la Resistencia a partir de enero de 1943, pero concluyendo que «en nombre de los principios que creía defender y debido a que no recibió la orden de una autoridad cualificada de la Resistencia de permanecer en su puesto, debía haber dimitido de sus funciones de secretario general de la Gironde en julio de 1942».

El 8 de diciembre de 1981, el señor Boulanger presentó una denuncia constituyéndose en parte civil contra el señor Papon por crímenes contra la humanidad, complicidad en asesinatos y abuso de autoridad relativa a la deportación de ocho personas detenidas por la policía francesa en Burdeos, recluidas allí y posteriormente en el campo de concentración de Drancy antes de ser deportadas y exterminadas en Auschwitz.

El señor Serge Klarsfeld entonces presidente de la asociación de «Hijos e hijas de judíos deportados de Francia», presentó otras seis denuncias constituyéndose en parte civil relativas a otras diecisiete víctimas de deportaciones en marzo y en abril de 1982. Para cada una de estas denuncias la Fiscalía de Burdeos requirió la apertura de una instrucción el 29 de julio de 1982.

El 19 de enero de 1983, el demandante fue acusado de crímenes contra la humanidad por el primer Juez de instrucción del Tribunal de Gran instancia de Burdeos.

El 22 de febrero de 1984, el Juez instructor ordenó un peritaje histórico que confió a tres historiadores. El informe pericial fue presentado el 11 de enero de 1985. Entre tanto, el 23 de mayo de 1983, el Juez instructor había procedido a la audición en calidad de testigo del señor Maurice Sabatier, prefecto de la Gironde en la época de los hechos. Ahora bien, el antiguo artículo 681 del Código de Enjuiciamiento Penal prevé que cuando un funcionario o un alcalde puede ser acusado de un crimen o un delito cometido en el ejercicio de sus funciones, el procurador de la República deberá antes solicitar a la Sala de lo

penal del Tribunal de Casación, la designación del tribunal que pueda encargarse de la instrucción. Y en el asunto objeto de estudio se declararon nulas todas las diligencias y actos de instrucción efectuados tras el 5 de enero de 1983 por provenir de un magistrado incompetente, incluida la acusación del demandante y designó la Sala de acusación del Tribunal de Apelación de Burdeos para llevar a cabo la instrucción.

Mediante Sentencia de 4 agosto 1987 la Sala de acusación ordenó la acumulación de los siete procedimientos abiertos sobre las denuncias interpuestas antes del 5 de enero de 1983 y ordenó que se prosiguiera con la instrucción, nombrando para ello a un juez de la Sala de acusación.

Los días 8 de julio y 20 de octubre de 1988 respectivamente, el demandante y Maurice Sabatier fueron acusados de crímenes contra la humanidad. Como este último falleció el 19 de abril de 1989 la Sala de acusación declaró la extinción de la acción pública contra él el 6 de febrero de 1990.

El 22 de junio de 1992, el demandante fue objeto de una acusación suplementaria por crímenes contra la humanidad debido a los hechos recogidos en las denuncias de 16 de mayo de 1990.

El procedimiento seguido en el Tribunal de Apelación de Burdeos por crímenes contra la humanidad en contra del demandante y de otras tres personas sobre denuncias de treinta y cinco personas y veinte asociaciones constituyéndose partes civiles, dio lugar a una Sentencia de remisión al Tribunal penal dictada por la Sala de acusación el 18 de septiembre de 1996.

De esta sentencia de 169 páginas, se desprende que entre el mes de junio de 1942 y el mes de agosto de 1944, 1.560 personas de origen judío, entre ellas numerosos niños repartidas en diez convoyes, fueron deportadas al campo de concentración de Auschwitz donde la mayor parte de ellas perecieron por haber sufrido tratos inhumanos o exterminadas; algunos de estos convoyes fueron precedidos de detenciones masivas entre la población judía.

La Sala de acusación señaló que estas detenciones e internamientos ilegales, llevadas a cabo a solicitud de las autoridades alemanas, fueron realizadas con la asistencia activa del demandante, entonces secretario general de la prefectura de la Gironde quien, en virtud de la delegación de poder otorgado por el prefecto regional, tenía autoridad tanto sobre los departamentos de prefectura como sobre los departamentos de policía y gendarmería, así como sobre la dirección del campo de concentración de Mérignac, los departamentos derivados de la guerra y el departamento de cuestiones judías. Señaló asimismo que el demandante tuvo un conocimiento preciso de la política antisemita llevada a cabo por el Gobierno de Vichy y que, a partir de la toma de funciones, «adquirió la convicción de que la detención, el secuestro y la deportación de judíos hacia el este les conducía inevitablemente a la muerte [...], aunque ignorara las condiciones [...] y los medios técnicos utilizados[...].».

La Sala de acusación concluía que la asistencia activa que, con conocimiento de causa, aportó el demandante por medio de actuaciones personales en la ejecución de hechos criminales cometidos por los servicios del SIPO-SD (Sicherheitspolizei-Sicherheitsdienst), organización declarada criminal por el Tribunal militar internacional de Nuremberg el 1 de octubre de 1946, se inscribía dentro del marco de un plan concertado por parte de la Alemania nazi, país del Eje que practicaba una política de hegemonía ideológica. Consideraba que el demandante no podía invocar ni las instrucciones dadas el 8 de enero de 1942 por las autoridades francesas en Londres, ni la coacción, ni la orden de la Ley o el mandato de su superior jerárquico, ni la responsabilidad de sus propios subordinados para descargarse de su responsabilidad. Consideraba además que la condición de miembro de la Resistencia invocada por el demandante no permitía excluir su apoyo en los actos perpetrados por los nazis contra los judíos.

En consecuencia, la Sala de acusación inculpó al demandante por complicidad en detenciones, secuestros arbitrarios, asesinatos y tentativas de asesinato con

carácter de crímenes contra la humanidad, por cuatro redadas y ocho convoyes, remitiéndole al Tribunal penal de la Gironde para ser juzgado.

El demandante recurrió la sentencia en casación. Invocaba concretamente la nulidad del proceso del que denunciaba su carácter injusto debido sobre todo a su excesiva duración, resultado de ello había sido que testigos y documentos favorables a la defensa habían desaparecido. Reprochaba también a la Sala de acusación el haberle remitido ante el Tribunal penal por complicidad de crímenes contra la humanidad cuando la complicidad individual, en lo referente a un crimen imputable a título principal a una institución u organización, suponía en su opinión, la adhesión del cómplice a la ideología hegemónica y racial de la institución criminal. Ahora bien, alegaba no haber pertenecido jamás a organizaciones nazis condenadas por el Tribunal de Nuremberg, habiendo sido cometidos los hechos reprochados dentro del marco de sus funciones de secretario general de la prefectura de la Gironde, provenientes del Estado de Vichy que no tenía en su opinión, ideología hegemónica tendente a la exterminación racial. Alegaba además que, contrariamente a lo que había señalado la Sala de acusación, su pertenencia a la Resistencia bastaba para excluir su participación en un plan concertado.

El 23 de enero de 1997, la Sala de lo penal del Tribunal de Casación rechazó el recurso.

Constatando que la queja basada en el carácter injusto del procedimiento había sido invocada ante ella por primera vez, decidió desestimarla. Consideró además «que el demandante no (tenía) interés en criticar los motivos de la sentencia por medio de la cual los jueces habían desestimado la queja basada en una violación del artículo 6.1 del Convenio, desde el momento en que la duración excesiva de un procedimiento penal no incide en su validez».

Mediante Sentencia de 7 agosto 1997, la Sala de acusación puso al demandante bajo control judicial con ciertas obligaciones. El 18 de noviembre de 1997 la Sala

de lo penal del Tribunal de Casación constató el desistimiento del demandante de su recurso de casación contra dicha sentencia.

El 7 de octubre de 1997, el demandante ingresó en la prisión de Burdeos en ejecución de la orden de arresto contenida en la sentencia de remisión de la Sala de acusación.

Mediante Sentencia de 10 octubre 1997 a la vista de informe pericial, el Tribunal penal ordenó la puesta en libertad del demandante. Esta puesta en libertad desencadenó protestas de las partes civiles, amenazando algunas de ellas con retirarse del proceso, protestas de las que la prensa se hizo eco. El Ministerio público recurrió en casación la sentencia que ordenaba la puesta en libertad.

La duración total del proceso, prevista inicialmente para dos meses y medio, fue de casi seis meses (del 8 de octubre de 1997 al 2 de abril de 1998). Los debates fueron en efecto suspendidos en varias ocasiones, debido fundamentalmente al estado de salud del demandante.

El 2 de abril de 1998, mediante sentencia de 123 páginas y tras una deliberación de 19 horas el Tribunal penal, respondiendo a 768 cuestiones, reconoció al demandante culpable de complicidad de detenciones ilegales y de secuestros arbitrarios en las personas de los judíos deportados en los convoyes de julio, agosto, octubre de 1942 y enero de 1944, teniendo estos crímenes el carácter de crímenes contra la humanidad. Fue absuelto de los cargos de complicidad de asesinato y de tentativa de complicidad de asesinato.

El demandante fue condenado a diez años de reclusión penal así como a diez años de prohibición de derechos civiles, cívicos y de familia. Por Sentencia de 3 abril 1998 (no presentada) el Tribunal penal resolvió sobre los intereses civiles.

La casación del asunto

El demandante interpuso el 3 de abril de 1998 un recurso de casación contra la sentencia condenatoria y presentó el 14 de diciembre de 1998, un informe

complementario que contenía diez motivos, de los que seis se basaban expresamente en el artículo 6 del Convenio.

Mediante despacho de 8 de septiembre de 1999, el Fiscal del Tribunal de casación solicitó que se le comunicara al demandante la obligación de comparecer en la audiencia ante el Tribunal de casación prevista para el 21 de octubre de 1999. Dicha comunicación se hizo el 16 de septiembre de 1999.

El 17 de septiembre de 1999, el demandante presentó una solicitud de dispensa de comparecencia ante la Sala de acusación del Tribunal de Apelación de Burdeos, de la que desistió el 27 de septiembre de 1999 para presentar otra solicitud ante el Tribunal penal. Este dictó una sentencia de incompetencia el 4 de octubre de 1999 que fue recurrida. Ese mismo día, el demandante presentó una nueva solicitud de dispensa de comparecencia ante la Sala de acusación. Invocaba el artículo 6 del Convenio, su edad (89 años) y su estado de salud. Posteriormente la Sala de acusación rechazó la solicitud de dispensa de comparecer considerando que, teniendo en cuenta el cuántum de la condena pronunciada, las garantías de representación del demandante parecían insuficientes, que el certificado médico presentado no denotaba un agravamiento significativo de su estado de salud en relación al constatado en el dictamen médico de octubre de 1997, y que dicho estado de salud no parecía incompatible con una detención en régimen de hospitalización, cuya organización dependía de la administración penitenciaria.

El demandante no compareció y abandonó Francia para refugiarse en Suiza. Las autoridades suizas le ordenaron sin embargo abandonar el territorio en una fecha que no figura en el expediente.

Mediante Sentencia de 21 octubre 1999, al finalizar una audiencia pública en la que los abogados del demandante presentaron sus alegaciones sobre los motivos de casación invocados, la Sala de lo penal del Tribunal de Casación, basándose en el artículo 583 del Código de Enjuiciamiento Penal, desestimó el recurso del demandante contra la Sentencia del Tribunal penal de 2 abril 1998,

debido a «que el demandante, condenado a una pena que implica una privación de libertad de más de un año, no ha comparecido ni ha obtenido dispensa de someterse a dicha obligación».

Apreciación del Tribunal

El Tribunal ha señalado, en particular en el asunto Poitrimol contra Francia (y en los asuntos Omar y Guérin), referentes a la inadmisibilidad de los recursos de casación, el rol crucial de la instancia de casación, que constituye una fase concreta del procedimiento penal cuya importancia puede revelarse capital para el acusado.

En las Sentencias Omar y Guérin, el Tribunal consideró que **«la inadmisibilidad de un recurso de casación, fundada únicamente [...] en el hecho de que el demandante no se presentara ante la justicia para cumplir la ejecución de la resolución judicial objeto del recurso, obliga al interesado a imponerse a sí mismo en lo sucesivo la privación de libertad resultante de la resolución impugnada, cuando dicha resolución no puede considerarse definitiva mientras no se haya decidido sobre el recurso o el plazo del recurso no haya finalizado»**. El Tribunal consideró que de esta forma «se vulneraba la sustancia misma del derecho de recurso, al imponer al demandante una carga desproporcionada que rompía el equilibrio justo que debe existir entre, por un lado, el deseo legítimo de asegurar la ejecución de las decisiones judiciales y por otro, el derecho de acceso a un Tribunal de Casación y el ejercicio de los derechos de la defensa».

En lo referente por otro lado, a la obligación de comparecer, el Tribunal señaló que aunque el deseo de asegurar la ejecución de las decisiones judiciales era en sí legítimo, las autoridades tenían a su disposición otros medios para asegurar la comparecencia del condenado, antes o después de recurso de casación.

El Tribunal se expresó de la siguiente forma: **«En la práctica, la obligación de comparecer tiende a sustituir los procedimientos que dependen del ejercicio**

de los poderes de la policía, obligación que pesa sobre el propio acusado y que además, es sancionado con la privación de su derecho al recurso de casación». Por último, el Tribunal ha considerado que la obligación de comparecer tampoco la justifican las particularidades del procedimiento ante el Tribunal de Casación.

En estas condiciones, el Tribunal no ve motivos para apartarse de la conclusión a la que llegó en la Sentencia Khalfaoui previamente citada. Constatando que el demandante fue privado de su recurso de casación por no haberse puesto a disposición de la justicia, conforme al artículo 583 del Código de Enjuiciamiento Penal, aplicable en el momento de los hechos considera que, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de la causa, tuvo una dificultad excesiva en su derecho de acceso a un tribunal y por tanto, a su derecho a un proceso justo y en consecuencia, hubo violación del artículo 6.1 del Convenio.

Caso Colozza (STEDH 12 de febrero de 1986):

El señor Giacinto Colozza de nacionalidad italiana, nacido en 1924 y fallecido en 1983, vivía en Roma.

El 20 de junio de 1972, los carabinieri le denunciaron ante las autoridades judiciales de esta ciudad por hechos cometidos antes de noviembre de 1971, particularmente estafas. Los carabinieri precisaron que no se le había interrogado porque no pudo ser hallado en su último domicilio conocido.

El 4 de octubre de 1973, el juez de instrucción competente extendió una "comunicación judicial"(comunicazione giudiziaria) dirigida a informarle de la apertura de diligencias contra él. Un auxiliar de justicia intentó enviarla al destinatario a la residencia –vía Fonteiana– mencionada en el Registro Civil, pero sin éxito. Mientras tanto el señor Colozza, al renovar en septiembre de

1973 su permiso de conducir, había dado como dirección la que figuraba en el Registro Civil (vía Fonteiana).

El 14 de noviembre de 1973, después de infructuosas búsquedas en esta misma dirección, el juez de instrucción declaró al inculpado en paradero desconocido (irreperibile), le asignó un defensor de oficio y continuó la instrucción.

En aplicación del artículo 170 del Código de Procedimiento Penal (apartado 19 infra) todos los documentos a notificar fueron desde entonces depositados en la secretaría del juez de instrucción, siendo el defensor avisado con ocasión de cada notificación. El señor Colozza fue considerado desde entonces como "**latitante**" es decir, como persona que se sustrae voluntariamente a la ejecución de una orden judicial (apartado 20 infra). Una decisión del 9 de agosto de 1975 emplazó al interesado a juicio.

Una primera audiencia tuvo lugar ante el Tribunal de Roma el 6 de mayo de 1976. Aunque avisado del depósito de la citación a comparecer (apartado 12 supra), el abogado de oficio del acusado no se presentó, de tal modo que el Tribunal hubo de designarle un suplente y aplazó los debates hasta el 26 de noviembre. En esta fecha, se designó un nuevo abogado, porque su colega nombrado el 6 de mayo tampoco se presentó. El Tribunal aplazó el proceso y lo terminó el 17 de diciembre de 1976, después de haber designado en el acto, siempre por el mismo motivo, otro abogado de oficio; condenó al señor Colozza a seis años de prisión y 600.000 liras de multa. El Ministerio Fiscal había solicitado cinco años de prisión y dos millones de liras de multa; el defensor de oficio se había adherido a sus conclusiones.

Depositado en la Secretaría el 29 de diciembre de 1976, el fallo fue notificado al abogado defensor y se hizo firme el 16 de enero de 1977 sin que aquél interpusiese apelación.

El 20 de mayo de 1977, el Ministerio Fiscal emite una orden de detención. El demandante fue aprehendido en su casa de Roma, en el núm. X de la vía Y, el 24 de septiembre del mismo año. Al día siguiente este último planteó un

"incidente de ejecución" (incidente d'execuzione) contra la citada orden y ejerció al mismo tiempo una "apelación tardía" (apello aparentemente tardío, apartado 23 infra).

Eligió un abogado y le encargó redactar los recursos de apelación sin embargo, los presentó él mismo el 24 de diciembre de 1977 y depositó un informe complementario el 25 de julio de 1978. Los días 15 de noviembre y 28 de diciembre de 1977 designó nuevos abogados.

El día 29 de abril de 1978, el Tribunal de Roma rechazó el "incidente de ejecución" y ordenó tramitar el informe al Tribunal de Apelación de la misma ciudad con el fin de que decidiese sobre la "apelación tardía".

El señor Colozza alegaba que se había cometido un error al ser declarado "latitante" y que las notificaciones de la citación de comparecencia y del extracto de la sentencia dictada en rebeldía eran pues, nulas.

En su opinión, habiendo sido desahuciado por su arrendador a finales de 1971, había dejado su apartamento de la vía Fonteiana y antes de alquilar otro había residido en un hotel.

La policía conocía su nueva dirección (vía Pian due Torri): el día 12 de marzo de 1977 había sido convocado por el comisario del barrio para interrogarle. Ocurría lo mismo con el Ministerio Fiscal de Roma, que el 7 de octubre de 1976 es decir, cerca de dos meses antes de la adopción del fallo, le había transmitido una "comunicación judicial" relativa a otras diligencias y con diversas autoridades públicas que le habían dirigido diversos documentos por vía de los servicios competentes de la alcaldía de Roma.

El Tribunal de Apelación examinó el recurso conjuntamente con el del coprocesado. El Tribunal escuchó al señor Colozza sobre el fondo del asunto así como sobre su calidad de "latitante".

El demandante interpuso un recurso pero el Tribunal de Casación lo rechazó el 5 de noviembre de 1979. Admitió que el Tribunal de Apelación había errado al no admitir la "apelación tardía" por presentación fuera de plazo de los recursos:

habría sido preciso establecer con carácter previo si, como pretendía el demandante, el procedimiento en primera instancia se encontraba viciado de nulidad. El Tribunal constató sin embargo, la ausencia de tal vicio: estimó que el interesado había sido justamente declarado en derecho "irreperible" y después "latitante". Añadió que el Tribunal de Apelación habría debido juzgar el recurso inadmisible por presentarse fuera de plazo al ser interpuesto en un momento en el que el pronunciamiento judicial atacado había adquirido ya fuerza de cosa juzgada.

Detenido desde el 23 de septiembre de 1977 para purgar su pena así como otras a las que había sido antes condenado con prórroga de cumplimiento, el señor Colozza murió en prisión el 2 de diciembre de 1983.

- **El derecho interno aplicable. Notificación al inculpado "irreperible" o "latitante"**

El Código de Procedimiento Penal no define la noción de persona "irreperible". Sin embargo, de acuerdo con las normas que regulan la materia, se puede entender por tal toda persona a la cual es preciso notificar una pieza relativa a diligencias entabladas contra ella y a la que no se puede focalizar porque se ignora su domicilio.

La simple constatación de esta circunstancia –ya que la voluntad eventual de sustraerse a la investigación no es aquí tenida en cuenta–, es suficiente a este respecto.

Según el artículo 170, el ujier judicial informa al Magistrado que ha solicitado la notificación. Éste, después de haber ordenado nuevas búsquedas en el lugar de nacimiento o de última residencia, adopta una decisión prescribiendo recurrir a un depósito en la secretaría de la jurisdicción ante la cual se desarrolla el procedimiento. El defensor debe ser enseguida avisado de cada depósito; si el inculpado no tiene abogado, el Magistrado le asigna uno de oficio.

Este sistema de notificación funciona también en el caso de un inculpado "latitante" (art. 173).

De acuerdo con el primer párrafo del artículo 268, quien se sustraiga deliberadamente a la ejecución entre otras, de una orden de detención será considerado como "latitante". Según el tercer párrafo, cuando la calidad de "latitante" entraña consecuencias jurídicas, las mismas se extienden a los demás procedimientos seguidos contra el interesado. Si éste no tiene abogado de su elección, se le asigna uno de oficio.

Según jurisprudencia constante del Tribunal de Casación, la voluntad de sustraerse a la detención se presume cuando las investigaciones adecuadas efectuadas por la policía judicial han resultado infructuosas. Esta presunción subsiste incluso si la persona buscada no ha recurrido a particulares artificios para escapar a la detención, después de haber cambiado de domicilio sin notificarlo en la manera prescrita por la ley. Mediante Sentencia núm. 98, de 2 junio 1977, el Tribunal Constitucional señaló sin embargo, que la citada presunción soporta prueba en contrario y no reviste en consecuencia, un carácter absoluto.

La expresión "investigaciones adecuadas" deja a las autoridades de policía judicial un cierto margen de apreciación que encuentra sin embargo, un límite en la obligación de buscar a la persona en la residencia indicada en la orden de detención (2.^a Sala de lo Penal, 19 de octubre de 1978, núm. 12698, Massima, núm 140224).

- **Proceso en rebeldía o en contumacia ("contumacia")**

Pese a incluirse entre los procedimientos especiales, el proceso en contumacia (rebeldía o contumacia, arts. 497 a 501 del Código de Procedimiento Penal), se desarrolla según las formas ordinarias (artículo 499, primer párrafo).

Se inicia cuando el presunto responsable de una infracción o acusado, regularmente citado no comparece en la audiencia y no pide ni acepta que los debates tengan lugar en su ausencia.

La legislación italiana reconoce al "contumaz" los mismos derechos que al presunto responsable de una infracción o acusado presente. De este modo, tiene derecho a ser defendido por un abogado –el juez le asigna uno de oficio si no lo tiene de su propia elección– y el de atacar por la vía de apelación o de recurso de casación el fallo o sentencia que le conciernan. En este último caso, el plazo del que dispone no empieza a contarse hasta el día en que la decisión le es comunicada por extracto de la misma. Sin embargo, si se trata de una persona condenada también como irreperible o latitante, el punto de partida es la fecha del depósito del fallo o sentencia en la secretaría de la jurisdicción que lo ha dictado.

- **"Apelación Tardía"**

Según la jurisprudencia italiana, las personas que no han interpuesto apelación y que estiman irregular la notificación del fallo o sentencia pueden interponer una "apelación Tardía". Los plazos a observar son los mismos que en el caso de la apelación ordinaria (tres días para la declaración de apelación, veinte para la presentación de motivos), contándose ambos a partir del día en el que el interesado tuvo conocimiento del fallo o sentencia. No obstante, en el caso de una persona considerada como latitante, la jurisdicción competente no puede resolver sobre la fundamentación de la acusación más que si constata una omisión de las reglas a observar para atribuir esta cualidad al acusado o para notificarle las piezas del procedimiento; además, incumbe al interesado probar que no tenía la intención de sustraerse a la justicia.

El señor Colozza apeló a la Comisión el 5 de mayo de 1980. Alegaba diversas infracciones del artículo 6 del Convenio . En particular, se quejaba de no haber tenido en ningún momento conocimiento del procedimiento abierto contra él y de no haber podido en consecuencia, defenderse de manera concreta y eficaz.

Invocaba también el artículo 13 alegando que no se había beneficiado de un "recurso efectivo" contra la decisión del Tribunal de Roma.

Se trata en definitiva, de determinar si la utilización acumulativa de los procedimientos de notificación a persona que se encuentra en paradero desconocido (irreperibile) y de proceso en rebeldía –bajo la forma aplicable a los latitante (apartado 20 supra)– ha privado al señor Colozza del derecho que así se quiere proteger.

En este caso concreto, el Tribunal no ha tenido necesidad de decidir si y en qué condiciones un acusado puede renunciar a similar comparecencia porque de cualquier forma, según jurisprudencia constante, la renuncia al ejercicio de un derecho garantizado por el Convenio debe encontrarse establecido de manera inequívoca (Sentencia Neumeister de 7 mayo 1974 , serie A. núm. 17, p. 16,ap. 36; Sentencia Le Compte, Van Leuven y De Meyere de 23 junio 1981 , serie A, núm. 43, pp. 25-26, ap. 59, Sentencia Albert y Le Compte de 10 febrero 1983 , serie A, núm. 58, p. 19, ap. 35).

Ahora bien, no se trata aquí de un inculpado a quien se ha dirigido una notificación personal y que, después de haber tenido de este modo conocimiento de los motivos de la acusación, renuncia expresamente a comparecer y defenderse. Las autoridades italianas han inferido tal renuncia de la cualidad de "latitante" que otorgaban al señor Colozza, basándose en una simple presunción (apartados 12 y 20 supra).

En opinión del Tribunal, esta presunción no está suficientemente basada. No se deduce del examen de los hechos que el demandante haya tenido noticia de la apertura de diligencias contra él. Estaba sin más, considerado al corriente, gracias a las notificaciones depositadas en la secretaría del juez de instrucción y después en la del Tribunal. Además, las investigaciones realizadas para encontrarle fueron inadecuadas: se limitaron a la residencia en la que se le había buscado en vano en 1972 (vía Longanesi) y al domicilio

indicado en el Registro Civil era pues posible localizarle incluso en ausencia –invocada por el Gobierno como excusa– haciendo uso de un banco de datos. Los Estados contratantes disponen de amplia libertad en la elección de los medios propios para permitir a su sistema judicial, responder a las exigencias del artículo 6.1 en la materia. La labor del Tribunal no consiste en indicárselos, sino en comprobar si se cumple el resultado querido por el Convenio (ver, mutatis mutandis, la Sentencia De Cubber de 26 octubre 1984, serie A, núm. 86, p.20 ap. 35). Para ello es preciso que los recursos ofrecidos por el derecho interno se manifiesten efectivos y que no corresponda al "acusado" probar que no pretendía eludir la acción de la justicia, ni que su ausencia se justificaba por un caso de fuerza mayor.

Por todos estos motivos, el tribunal por unanimidad declaró que hubo violación del artículo 6.1 del Convenio.

Asunto Poltrimol (STEDH 23 de noviembre de 1993):

En febrero de 1973, Bernard Poitrimol se casó con Catherine Bissierier. Nacieron dos niños de su unión, los días 23 de enero de 1974 y 18 de febrero de 1975.

▪ **El proceso de divorcio**

A solicitud de la esposa del demandante, el Tribunal de gran instancia de París dictó, el 5 de enero de 1982, una sentencia de divorcio por culpa del marido; otorgó la custodia de los niños a la madre y acordó un derecho de visita al padre.

El Tribunal de apelación de París reformó parcialmente esta decisión el 20 de febrero de 1984: pronunció el divorcio por culpa compartida de los esposos y mantuvo las otras disposiciones, tras conocer un informe de la asistencia social relativo a las condiciones de vida de los niños con su madre.

El demandante no recurrió en casación pero presentó una denuncia contra su ex mujer por falsificar y usar documentos falsificados en el marco del proceso de divorcio.

El 7 de julio de 1988, el Tribunal de apelación de París condenó a la señora Bissier a una multa de 10.000 francos franceses por haber presentado cuatro testimonios falsos de sus jefes.

En septiembre de 1984, con motivo del ejercicio de su derecho de visita, el demandante abandonó el territorio francés y llevó a sus hijos a Turquía.

El señor Poitrimol solicitó al juez de asuntos matrimoniales de Marsella, lugar del nuevo domicilio de su ex mujer, que le otorgara la custodia de sus hijos. El 24 de octubre de 1985, este magistrado concedió dicha custodia a los dos padres conjuntamente, obligando al padre a regresar a Francia en un plazo de tres meses, con el fin de interrogar a los niños. Si no respetaba el plazo fijado y salvo causa de fuerza mayor, la custodia pertenecería exclusivamente a la madre.

- **El proceso por no presentación de niños**

El 8 de octubre de 1984. La señora Bissier presentó denuncia por no presentación de niños.

- **Ante el Tribunal correccional de Marsella**

El 19 de diciembre de 1985, el juez instructor envió al demandante ante el Tribunal correccional de esta ciudad.

El señor Poitrimol no regresó a Francia pero solicitó el beneficio del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal (apartado 23 infra). El tribunal se lo concedió y el demandante estuvo representado en la vista de 3 de marzo de 1986, por dos abogados.

Presentaron sus conclusiones sobre el interrogatorio de su cliente y de sus hijos por una comisión rogatoria y también, su absolución. En su opinión, había actuado bajo los efectos de una coacción moral irresistible resultado de las

amenazas que pesaban sobre la salud física y sobre el equilibrio psicológico de sus hijos, teniendo en cuenta el comportamiento de la madre y de sus amantes. Por Sentencia contradictoria, el Tribunal le impuso el mismo días una pena de un año de prisión y dictó una orden de arresto.

▪ **Ante el Tribunal de apelación de Aix-en-Provence**

El 5 de marzo de 1986, el señor Poitrimol interpuso un recurso de apelación a través de sus abogados. El Ministerio público hizo lo mismo poco después.

Citado a declarar el 10 de septiembre de 1986, el demandante no se presentó en persona. Su abogado, la señora Schmerver, señaló que su cliente deseaba ser juzgado en ausencia y que por tanto, ella debía ser escuchada; presentó conclusiones similares a las presentadas en primera instancia.

Por Sentencia, el Tribunal de apelación de Aix-en-Provence aplazó el examen del asunto al 4 de febrero de 1987 y ordenó, de acuerdo con el párrafo tercero del artículo 411 del Código de Procedimiento penal, la citación del acusado cuya comparecencia consideraba necesaria.

El demandante no se presentó en la vista. Por el contrario, la señora Schmerber asistió. Presentó las «conclusiones incidentales» para que le aplicaran las del 10 de septiembre y ser autorizada a representar a su cliente.

El Tribunal de apelación pronunció el 25 de febrero de 1987, de acuerdo con el artículo 410 del Código de Procedimiento Penal (apartado 23 infra), una sentencia contradictoria para rechazar esta última demanda por los siguientes motivos: «Considerando que si el acusado citado por un delito castigado con una pena de prisión, como en el caso inferior a dos años puede, por carta enviada al presidente, solicitar ser juzgado de forma contradictoria en su ausencia siendo escuchado su abogado, de acuerdo con los párrafos 1 y 2 del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, es de principio y resulta del sistema general del Código de Procedimiento Penal que se trata de una facultad que no se aplica a los acusados que como el señor Poitrimol, son objeto de una

orden de arresto y se encuentran fugados y que no tienen por tanto, derecho a ser representados y defendidos (...).

El 21 de diciembre de 1987, el Tribunal de casación declaró la inadmisibilidad del recurso alegando que «el acusado que no obedece una orden de arresto dictada contra él no tiene derecho a ser representado y otorgar poderes para presentar un recurso de casación contra la decisión que le condena».

El señor Poitrimol presentó un recurso de gracia. Apeló a la Comisión el 21 de abril de 1988 invocando los artículos 6.1 y 6.3 c) del Convenio , alegó no haberse beneficiado de un proceso justo ya que el tribunal de apelación no escuchó a su abogado y no pudo recurrir en casación.

- **Sobre la violación de los artículos 6.1 y 6.3 c)**

El señor Poitrimol reprocha al Tribunal de apelación de Aix-en-Provence de haberle condenado en ausencia sin que su abogado haya podido presentar sus medios de defensa.

Se queja igualmente de que se le negó el acceso al Tribunal de casación alegando que no había obedecido la orden de arresto dictada contra él.

Un proceso que se desarrolla en ausencia del acusado no es en sí mismo, incompatible con el Convenio si este puede conseguir posteriormente que un tribunal le juzgue de nuevo tras haberle oído, sobre el fundamento de la acusación de hecho y de derecho (ver mutatis mutandis, Sentencia Colozza previamente citada, serie A núm. 89, pg. 14, ap. 27, y pg. 15, ap. 29).

Puede plantearse la cuestión de si esta última exigencia subsiste cuando el interesado ha renunciado a su derecho a comparecer y a defenderse pero dicha renuncia debe probarse de forma inequívoca y rodearse de un mínimo de garantías que se correspondan con su importancia.

En este caso, el demandante manifestó claramente el deseo de no presentarse en las vistas de apelación de los días 10 de septiembre de 1986 y 4 de febrero de 1987 por tanto, de no defenderse por sí mismo. Por el contrario, se deducía del

sumario que pensaba que iba a ser defendido por un abogado, apoderado con este fin y presente en dichas vistas.

Se plantea la cuestión de saber si un acusado que evita deliberadamente comparecer tiene derecho a «ser asistido por un defensor de su elección», de acuerdo con el artículo 6.3 c).

El Gobierno señala que este texto habla de «asistencia» y no de «representación». En derecho francés, el primer término implica la presencia del justiciable junto a su abogado, el segundo su sustitución jurídica por éste.

En materia penal, la presencia constituiría el principio enunciado en el artículo 410 del Código de Procedimiento Penal. Renunciar a ello significaría renunciar a defenderse: el señor Poitrimol, que ignoraba las consecuencias de su actitud, se habría puesto por su propio derecho a ser juzgado por el tribunal de apelación sin interrogar a su abogado la señora Schmerber y sería el responsable. Si la vía de oposición se abriera a los individuos fugados, los procesos penales no tendrían fin lo que perjudicaría a las víctimas.

En opinión del demandante, este razonamiento tropieza con la resolución (75) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa «sobre los criterios a seguir en un juicio en ausencia del acusado»: en términos de la quinta de las nueve «reglas mínimas» recomendadas a los Estados miembros, «cuando el acusado es juzgado en su ausencia», se procede a la práctica de las pruebas en las formas usuales y la defensa tiene derecho a intervenir».

Que el Tribunal de apelación de Aix-en-Provence y el Tribunal de casación resolvieran sin ofrecer al demandante la posibilidad de ser representado, de presentar las conclusiones a través de su abogado y de obtener la consideración, ignoró la letra y el espíritu del artículo 6.1 del Convenio. Se trataba de un sistema de coacción, ya que fue concebido para obligar al acusado a comparecer y a prestarse así a la ejecución de la orden de arresto dictada contra él.

El Tribunal no acepta la estrecha interpretación que el Gobierno hace de la palabra «asistencia».

Aunque no absoluto, el derecho de todo acusado a ser defendido por un abogado aunque se de oficio, figura entre los elementos fundamentales de un proceso justo.

Un acusado no pierde el beneficio por el mero hecho de su ausencia en los debates.

En consecuencia, procede determinar si el Tribunal de apelación de Aix-en-Provence actuó de conformidad a derecho.

Por otro lado, el legislador debe poder desalentar las ausencias injustificadas. En este caso no procede, por tanto, pronunciarse sobre si es lícito castigarlos derogando el derecho a la asistencia de un defensor ya que, en cualquier caso la supresión de este derecho se considera desproporcionada en las circunstancias del caso: privó al señor Poitrimol, quien no podía recurrir contra la sentencia del tribunal de apelación, de su única posibilidad de recurrir en segunda instancia contra el fundamento de la acusación de hecho como de derecho.

El Tribunal señala que la inadmisibilidad del recurso, por razones relacionadas con la fuga del demandante, debe considerarse una sanción desproporcionada, teniendo en cuenta el lugar primordial que los derechos de la defensa y el principio de la preeminencia del derecho ocupan en una sociedad democrática. Se trataba de una vía de recurso extraordinaria relativa a la aplicación del derecho y no al fondo del litigio. Sin embargo en el sistema francés de procedimiento penal, la posibilidad para un acusado que no comparece, de recurrir en segunda instancia contra el fundamento de la acusación tanto de hecho como de derecho, depende en gran medida del si ha presentado excusas válidas para justificar su ausencia. Es por tanto, indispensable un control jurídico de los motivos por los que el tribunal de apelación ha rechazado dichas excusas.

El Tribunal, en apoyo del conjunto de estas consideraciones, constató el incumplimiento de las exigencias del artículo 6 tanto ante el tribunal de apelación como ante el Tribunal de casación y por estos motivos declaró haberse producido violación de los arts. 6.1 y 6.3 c) del Convenio.

Merecen atención los dos votos particulares de la resolución por cuanto en ellos es dable apreciar el interés propio del sistema francés de la celebración en ausencia a toda costa, obviamente con apoyo de la legislación estatal.

▪ **Opinión disidente del Señor Juez Pettiti**

El derecho de todo acusado a ser defendido por un abogado de su elección o nombrado de oficio, no significa que el acusado que se sustrae voluntariamente y sin excusa legítima a la presencia ante el Tribunal cuando es regularmente y efectivamente convocado, pueda ser representado por un abogado para ser juzgado con efecto de juicio contradictorio.

La obligación de comparecer es un elemento esencial del proceso penal. Hay que respetar los derechos de las víctimas y partes civiles que serían en caso contrario, privados de la posibilidad de interrogar al acusado.

Los procesos en rebeldía son un problema en Europa para asegurar una buena administración de la justicia penal y para evitar que un número creciente de acusados se sustraiga a la justicia (20 a 25% en Francia).

El artículo 6 debe ser examinado en su conjunto y en el seno de la búsqueda del equilibrio entre los intereses del Estado (por el juez y la Fiscalía), del interés general y de las partes.

La igualdad de armas no debe ser considerada solo en las relaciones acusado y Ministerio Fiscal, sino también en las relaciones víctimas, partes civiles y acusado. La ausencia del acusado por haberse negado a comparecer puede ser una desventaja para la víctima o parte civil.

El ponente considera que la sentencia del Tribunal evalúa mal el problema en diversos aspectos. En primer lugar la decisión del Tribunal podría erróneamente, ser interpretada como si otorgara a la palabra «asistencia» el sentido de «representación», incluso de representación que se impone al tribunal, lo cual es contrario a la interpretación tradicional, a relacionar con los estudios sobre la sentencia en rebeldía de R. Merle y A. Vitu, Tratado de derecho penal, 3ª edición, pgs. 821 y siguientes; G.Stefani. G. Levasseeur y B. Bouloc, compendio de procedimiento penal, 14ª edición, pgs. 928 y siguientes). Por lo tanto la consecuencia es: si el acusado no desea comparecer, si la víctima no quiere ser representado, la sociedad no puede asegurar el funcionamiento de la justicia penal. Por una desviación perversa el acusado se convertiría en el dueño del proceso y sustituiría al Ministerio Fiscal y al tribunal en el curso del proceso, lo cual conduciría a desarmar al Estado en su función de justicia.

El derecho penal es por vocación un derecho represivo. Tiene como finalidad sancionar a los culpables responsables de la alarma social. El señor Salas escribió «el proceso es el lugar de declaración del hecho social». La elección filosófica y social de privilegiar a cualquier precio la defensa por rebeldía y hacer de la única elección del acusado (para su participación en la vista) un absoluto, puede ser una tesis en una concepción «a la Foucault»; pero en cambio, habría que renunciar al derecho penal represivo de concepción clásica por un nuevo sistema que ningún Estado ofrece el modelo. Y ésto sería añadir exigencias procesales no previstas por el Convenio europeo. La resolución (75) 11 del Comité de Ministros, que no tiene carácter vinculante para los Estados miembros no va tan lejos; implica que el Convenio permite a los Estados limitar los derechos de la persona que quiere sustraerse a la justicia.

En opinión del ponente, el espíritu del Convenio europeo para el campo del proceso penal, reúne la doctrina dominante de los penalistas que se expresan con el fin de ofrecer a las víctimas y a los acusados las mismas garantías.

Asunto Lala y Pelladoah (STEDH 22 de septiembre de 1994):

El 19 de noviembre de 1986, en un proceso en rebeldía, el Tribunal de distrito de La Haya declaró al recurrente culpable del delito de falsificación de documentos ya que había ocultado un ingreso por trabajo al beneficiarse de una pensión de la seguridad social. Le condenó a una pena de cuatro semanas de prisión, dos de ellas bajo fianza durante un período de prueba de tres años, a condición de que cooperara en la devolución de lo indebido.

El interesado discutió la decisión ante el Tribunal de apelación de La Haya.

Citado a comparecer ante él el 7 de septiembre de 1987 no se presentó. El acta oficial de la vista señala que fue declarado ausente y contiene el siguiente pasaje: «La señora A.G. abogado en La Haya, presente en calidad de abogado del acusado, declara que su cliente no comparecerá en la vista ya que, deudor de una multa que no es capaz de pagar, corre el riesgo de ser arrestado para cumplir el período de detención que le puede corresponder.

En su escrito en rebeldía de 21 septiembre de 1987, el tribunal de apelación rechazó la sentencia del Tribunal de distrito por motivos técnicos; condenó al señor Lala pero redujo su pena a dos semanas de prisión.

A través de su abogado, el interesado interpuso un recurso ante el Tribunal de casación.

«Cuando el acusado no comparece pero su abogado está presente en la vista, el tribunal puede suponer que éste último le hará saber si desea actuar en calidad de abogado de su cliente a pesar de la ausencia de éste. Como el acta de la vista del tribunal de apelación no contiene ningún elemento que permita concluir que el abogado del demandante avisara al tribunal que deseaba actuar en calidad de tal, ni por su propia presencia ni por su explicación sobre la ausencia de su cliente, se sobreentiende esta voluntad, por lo que hay que considerar que no lo hizo. En estas circunstancias, el tribunal de apelación no estaba obligado a

permitir al abogado del demandante a actuar en calidad de tal en el proceso penal relativo al interesado».

En general, el acusado si no se trata de un joven delincuente [artículo 500 h) del Código de Procedimiento Penal] no está obligado a comparecer en la vista.

El tribunal debe examinar de oficio la validez de la citación (artículo 348 del CPP).

Si aunque debidamente citado, el acusado no comparece en la vista, el tribunal le declara ausente y examina el asunto en su ausencia.

Esta es la regla aunque el interesado comunique su ausencia y solicite el aplazamiento de la vista o si presenta su defensa por escrito, incluso si no presenta ninguna razón que justifique su ausencia.

Los tribunales tienen el poder para ordenar al acusado que comparezca o para requerir a la policía que le traslade ante ellos (artículo 272 CPP), pero rara es la vez que lo hace salvo si se trata de un delincuente menor.

Un acusado condenado en rebeldía en primera instancia puede presentar oposición (artículo 399.1 CPP), se trata de una vía de recurso ordinaria en derecho holandés. La oposición confiere al acusado el derecho a ser de nuevo juzgado por el mismo tribunal (artículo 403 CPP).

La facultad de oposición no se reconoce a un acusado que tiene o ha tenido, la ocasión de interponer un recurso de apelación ante un tribunal superior dotado de plena competencia (artículo 399.2 CPP). Esto significa que la posibilidad de una oposición se limita a los casos en los que la Ley no autoriza dicha apelación es decir, cuando la pena no supera una pequeña multa o cuando el tribunal de distrito ha conocido en primera instancia una infracción.

Resulta del artículo 339.1 CPP que una sentencia por rebeldía dictada en apelación no se presta a oposición.

En su informe, la Comisión considera que el derecho a la asistencia de un defensor no puede ser invocado solo por los acusados presentes en persona en su proceso. Considera en consecuencia, que la posición adoptada en derecho

holandés, a saber, que un acusado que no comparece personalmente en su proceso pierde el derecho a ser asistido por un defensor, es incompatible con el respeto de las garantías fundamentales de las que debe beneficiarse todo acusado.

La necesidad de asegurar la presencia del acusado en su proceso no podría justificar que se dictara una sentencia desfavorable al interesado sin haber escuchado la defensa que desea presentar a través de su abogado.

El demandante se queja de no haber podido, no defenderse por sí mismo, sino ser defendido por su abogado que de hecho, asistió a la vista ante el tribunal de apelación.

Reconoce la importancia de la presencia del acusado en el proceso pero señala que si, como en su caso, el interesado no comparece porque teme razonablemente ser arrestado, es desproporcionado penalizar su incomparecencia impidiendo a su abogado dispuesto a defenderle, que se exprese en su nombre.

El Gobierno señala en primer lugar, que del acta oficial de la vista no resulta que el abogado del demandante hubiera solicitado expresamente la autorización para asegurar la defensa de su cliente así como que debería haberlo hecho de acuerdo con las reglas aplicables del procedimiento penal holandés (apartado 21 supra).

El Tribunal señala que el asunto no afecta a la cuestión de saber si un proceso en ausencia del acusado está de acuerdo con los artículos 6.1 y 6.3 c): el demandante se queja no de que la vista de apelación se celebrara en su ausencia – no utilizó su derecho a comparecer –, sino más bien de que el tribunal de apelación zanjara su causa sin haber autorizado a su abogado a defenderle cuando él le había encargado su defensa, y que el letrado se había presentado en la vista con la intención de cumplir esta misión.

Sin embargo tal como señala el Gobierno, la jurisprudencia en cuestión sirve para alcanzar el objetivo ya que, como el Tribunal lo señaló en su Sentencia

Poitrimol (loc. cit., pg. 15, ap. 35), la comparecencia de un acusado reviste una importancia capital en el interés de un proceso penal equitativo y justo. De una manera general esto es válido para una apelación.

En cambio, es igualmente de una importancia crucial para la equidad del sistema penal que el acusado sea adecuadamente defendido tanto en primera instancia como en apelación a fortiori cuando, como es el caso en derecho holandés, las decisiones dictadas en rebeldía en apelación no son susceptibles de oposición.

En opinión del Tribunal, es este último interés el que prevalece. En consecuencia, el hecho de que el acusado, aunque debidamente citado, no compareciese no podría –incluso a falta de excusa– justificar que fuese privado del derecho a la asistencia de un defensor que le reconoce el artículo 6.3 del Convenio.

El Tribunal no podría admitir el argumento del Gobierno según el cual el demandante no puede considerarse víctima de una vulneración de sus derechos garantizados por dichas disposiciones ya que su abogado no solicitó al tribunal de apelación, conforme a la regla aplicable de procedimiento penal holandés, la autorización para defender a su cliente (apartado 21 supra).

Todo acusado tiene derecho a ser asistido de un defensor.

Para que este derecho revista un carácter práctico y efectivo y no puramente teórico, su ejercicio no debe verse cautivo del cumplimiento de unas condiciones excesivamente formales: corresponde a los tribunales asegurar el carácter equitativo de un proceso y velar en consecuencia, porque un abogado que asiste a dicho proceso para defender a su cliente en ausencia de éste, tenga la posibilidad de hacerlo y por estos motivos el Tribunal declaró que hubo violación del artículo 6.1 del Convenio en relación con el artículo 6.3 c).

El último asunto al que me voy a referir es la reciente resolución del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 29 de marzo de 2016 asunto Gómez Olmeda c. España.**

El caso se inicia con una condena impuesta por un Juzgado de lo Penal de Plasencia al recurrente, consistente en la pena de 6 meses de prisión por haber sido reputado autor de un delito de desobediencia y la absolución en la misma resolución de un delito de calumnias, uno de injurias y un delito de encubrimiento.

En segunda instancia, por haber recurrido todas las partes, la AP de Cáceres confirmó la resolución en los términos de la condena impuesta en instancia, pero condenó al recurrente por uno de los delitos de los que había resultado absuelto en aquélla, imponiéndole la Sala la pena de multa de 18 meses con cuota diaria de 15€.

La Sala, en trámite de recurso de apelación, no celebró la vista procediendo al dictado de la resolución tras la valoración de la prueba efectuada con el mero visionado del video del primer juicio.

El condenado ahora recurrente, interpuso demanda de amparo ante el TC resolviendo éste inadmitirla por carecer el asunto de “trascendencia constitucional” según se recoge en resolución de fecha 13 de marzo de 2012. Ante dicha resolución el recurrente interpuso demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por considerar que se le había vulnerado el derecho a ser oído en juicio y por tanto con la práctica del órgano judicial español, se habría infringido el art. 6.1 de la Convención que garantiza el derecho de toda persona acusada de un delito, a ser oída por un Tribunal.

En trámite de alegaciones el gobierno español consideró que la actuación de la AP fue la proporcionada a las circunstancias del caso esto es, la deficiencia de recursos personales y sobrecarga de trabajo, y que el visionado de la grabación del juicio de instancia equivale a la audiencia a la que se refiere el art. 6.1 de la Convención.

El Tribunal Europeo consideró que el asunto o al menos los hechos que dieron lugar al mismo, eran equiparables a los casos también tratados por él v. gr. Casos Alvarez c. España de 25 de octubre de 2011; Igual Coll c. España de 10 de marzo de 2009 y García Hernández c. España de 21 de septiembre de 2010.

En todos ellos los solicitantes que habían sido absueltos de cargos penales en primera instancia, fueron condenados en segunda sin haber sido oídos en audiencia pública.

El Tribunal de Estrasburgo considera que la AP debió asegurar la adopción de medidas positivas para poder oír al ahora recurrente y al no haberlo hecho consideró vulnerado el art. referenciado de la Convención.

III.3 Índice sistemático de sentencias por orden de cita.

1. STC 112/1989 de 19 de junio en su FJ 2º
2. EDJ 1995/6348 STC 180/1995 Sala 2ª de 11 de diciembre de 1995
3. EDJ 2008/2639 STC 2/2008 Sala 2ª de 14 de enero de 2008
4. STC 293/2005 de 21 de noviembre
5. STC de fecha 21 de enero de 2008 la Sala 2ª
6. EDJ 2002/11256 STC Sala 2ª de 22 de abril
7. STC 18/2002
8. STC 135/97 de 21 de julio que cita entre otras como por ejemplo la 54/85, 196/89 o 103/94
9. STS de 17 de enero de 2000
10. SAP de Girona de 23 de diciembre de 1999
11. 196/1989 y en la 123/1991 el TC
12. STC 123/1991
13. Sentencia del TC de 3 de junio de 1991
14. Sentencia de la AP de Girona 201/2003 de 11 de abril
15. EDJ 2002/53162 STC Sala 2ª de 25 de noviembre de 2002 FJ 3º el TC
16. EDJ 2001/29641 STC Sala 2ª de 17 de septiembre de 2001 FJ 3º
17. EDJ 2007/19463 STC Sala 2ª de 26 de marzo de 2007 FJ 2
18. STC 295/2005 de 21 de noviembre de 2005. FJ 3

19. STC 268/2000
20. STC 232/2000
21. La STC 220/2002 -caso de la calle Garbí-
22. STC de 17 de enero de 2000
23. STC 108/1994, -caso del chalé de San Lorenzo del Escorial-
24. STC 135/97, -caso del Abogado De la Vega-
25. STC de 3 de marzo de 2003
26. Sentencia 22 de abril de 2002
27. STC de 14 de enero de 2008
28. Sentencia de 11 de diciembre de 1995⁸⁹, la Sala 2ª del TC
29. Sentencia de 21 de noviembre de 2005⁹⁰, la Sala 1ª del TC
30. Sentencia de fecha 21 de enero de 2008⁹¹, la Sala 1ª del TC
31. Sala 2ª del TC en Sentencia de fecha 26 de marzo de 2007⁹²
32. Sentencia de fecha 21 de julio de 1997⁹³, la Sala 2ª del TC
33. Sentencia de fecha 14 de febrero del 2000⁹⁴ la Sala 2ª del TC
34. Sentencia de fecha 17 de septiembre de 2001⁹⁵, la Sala 2ª del TC
35. Sentencia de fecha 25 de noviembre de 2002⁹⁶, la Sala 2ª del TC
36. Sala 2ª del TC en Sentencia de fecha 23 de abril de 1986
37. TC en Sentencia de fecha 2 de octubre de 2000⁹⁷ de la Sala 1ª
38. Sala 1ª del TC en Sentencia de fecha 25 de octubre de 1993
39. Sala 2ª del Tribunal Supremo en fecha 8 de marzo del 2000
40. STS de fecha 12 de mayo del 2000⁹⁸
41. STS 25 de febrero de 2002, la Sala 2ª
42. STS de fecha 10 de mayo de 2006
43. STS 6 de febrero de 2002⁹⁹ la Sala 1ª
44. Caso Van Geyseghem c. Bélgica (STEDH 21 de enero de 1999)
45. Caso Krombach c. Francia (STEDH 13 de febrero de 2001)
46. Caso Papon c. Francia (STEDH 25 de julio 2002)
47. Caso Colozza c. Italia (STEDH 12 de febrero de 1986)
48. Asunto Poltrimol c. Francia (STEDH 23 de noviembre de 1993)

⁸⁹ STC número 180/1995, BOE 11/1996 de 12-01-1996, rec. 3097/1993.

⁹⁰ Número 293/2005, BOE 304/2005 de 21 de diciembre de 2005, rec. 6834/2000.

⁹¹ Número 6/2008, BOE 40/2008 de 15 de febrero de 2008, rec. 1373/2005.

⁹² Número 61/2007, BOE 100/2007, de 26 de abril de 2007, rec. 6769/2004.

⁹³ Número 135/1997, BOE 187/1997 de 6 de agosto de 1997, rec. 2007/1994.

⁹⁴ Sentencia número 39/2000, BOE 66/2000 de 17 de marzo del 2000, rec. 3029/1996; 1040/1997.

⁹⁵ Número 178/2001, BOE 251/2001 de 19 de octubre de 2001, rec. 4342/1997.

⁹⁶ Número 220/2002, BOE 304/2002 de 20 de diciembre de 2002, rec. 5497/1999.

⁹⁷ Número 232/2000, BOE 267/2000 de 7 de noviembre de 2000, rec. 553/1999.

⁹⁸ Sala 2ª, Sentencia 922/2000 de 12 de mayo, rec. 3736/1999.

⁹⁹ Sentencia número 187/2002.

49. Asunto Lala y Pelladoah c. Países Bajos (STEDH 22 de septiembre de 1994)
50. Asunto Gómez Olmeda c. España (STEDH de 29 de marzo de 2016).

CAPITULO IV: La rebeldía y el juicio en ausencia en los ordenamientos europeos.

Estudio de los casos en Italia, Portugal, Francia, Alemania, Reino Unido y Bulgaria.

Comienza aquí un capítulo creo que de cumplimiento inexcusable para quien con vocación europeísta no deja de comprender la pluralidad de sistemas procesales y de particularidades dentro de cada uno de ellos, que pese a lo romántico de su existencia y razón de ser, dan lugar en no pocas ocasiones a verdaderos escollos a la hora de aplicar de manera uniforme los postulados e instrucciones derivadas de nuestra legislación supranacional.

De ahí precisamente que la labor del Tribunal de Derechos Humanos y también del Tribunal de Justicia de la Unión, como se analiza en otros capítulos de este trabajo, resulte o se haya convertido a mi entender , en la verdadera garantía de los derechos fundamentales que deben informar el proceso en todos los Estados de la Unión.

Se verá cual vasto es el abanico de posibilidades que ofrecen las legislaciones de los Estados miembros y lo sorprendente que nos resulta alguno de ellos, por entender que el sistema español de tratamiento de la ausencia y de la posibilidad de celebrar juicios inaudita parte, es si no se quiere decir el mejor de ellos, de entre los tres mejores de los analizados.

Garantista pero sin redundar en exageradas limitaciones, el sistema español resulta a mi entender superior que el resto de sistemas procesales en cuanto a garantías de los derechos de los justiciables, insisto en relación al particular objeto de trato.

La selección de países obedece a un criterio diría que personal y también algo interesado, por una parte es evidente el necesario estudio de la legislación vecina más próxima, Portugal y Francia.

Si cruzamos el mar y a nuestro lado se alza la legislación italiana, que tantas resoluciones ha arrancado del Tribunal de Estrasburgo.

Por mis años de estudio en Alemania y por haber logrado allí mi licenciatura en derecho debo abordar el caso alemán. El búlgaro por su lejanía con especial mención vaya por delante dado que a mí la primera, creo que sorprenderá a más de un lector por lo avanzado del mismo, y finalmente el caso británico, por lo especial y siempre diferente de su razón de ser.

Haciendo mías las palabras de la profesora Delmas-Marty en la obra por ella dirigida y de la que me he nutrido para la elaboración del presente capítulo “Procesos Penales de Europa” –Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia¹⁰⁰- citada en el prólogo a la traducción española por Vicente Gimeno Sendra, el trabajo comparativo no persigue sino “extraer del conjunto de las instituciones particulares, un fondo común o al menos puntos de conexión susceptibles de hacer aparecer , bajo la diversidad aparente de las formas, la unidad real de la vida jurídica universal”.

En definitiva de esculpir hasta obtener el eje vertebrador escondido dentro de esa variedad de sistemas que podemos ubicarlo como hace el autor antes citado, en el elenco de garantías fundamentales que tras la segunda Guerra Mundial, comienzan a inspirar los diferentes ordenamientos jurídicos y entre ellos, el derecho básico a un proceso o a un juicio justo que recoge el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁰¹.

¹⁰⁰ Association de recherches péanles européennes (ARPE). Bajo la dirección de Mireille Delmas-Marty; Ed. EDIJUS, 2000.

¹⁰¹ **Derecho a un proceso equitativo:**

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá

No soy en absoluto partidaria de abrogar o suprimir las particularidades propias de cada ordenamiento jurídico que seguro a base de muchos esfuerzos, se han consolidado en los países de la Unión formando parte de lo más íntimo de su ordenamiento procesal y constitucional, pero no conviene tampoco perder la perspectiva con ideas románticas que en definitiva puedan suponer una enervación de la tendencia o proyección hacia la armonización del derecho procesal penal y constitucional en el ámbito de la Unión.

La diferencia nos hace grandes pero la uniformidad o unificación nos hace fuertes y en materia de garantías constitucionales, sea cual sea el ámbito en el que nos situemos para contemplar el escenario, toda fuerza resulta poca.

Precisamente en relación a dichas diferencias no puedo dejar de hacer mención a una de las más notables que se dan en el seno de los sistemas penales europeos, en particular entre el español y me atrevo a decir, el resto. Considero

los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

oportuna la mención que viene precisamente en este punto por cuanto voy a tratar en las próximas líneas, aspectos muy concretos de los procesos penales – en su mayoría- de los distintos países objeto de estudio.

Esta diferencia que pongo sobre el tapete no es otra que la existente en relación a los sistemas procesales penales coexistentes hoy en Europa.

El sistema acusatorio puro que se caracteriza por una supresión de la fase de instrucción en el sentido en el que lo entendemos en nuestro sistema procesal penal. No hay fase instructora relegada a un Juez investigador. El Juez en este sistema, asume una función de chequeo respecto a la actividad o a las diligencias investigadoras que llevan a cabo la Policía y el Ministerio Fiscal.

El sistema, como es sabido recibe numerosas críticas. Destacable también resulta en este sentido la aportación de ARMENTA DEU¹⁰², realizando la catedrática, una crítica disección de los sistemas procesales, calificando como discrecional el ejercicio de la acción penal en los sistemas que promulgan el referido sistema acusatorio puro¹⁰³.

Respecto del origen histórico del sistema inquisitivo, BACHMAIER WINTER¹⁰⁴ aborda la cuestión retrotrayendo el origen del mismo a los siglos XII y XIII en la Europa medieval y siendo una de sus características más definitorias, que la dirección del ejercicio de la acción penal no se deja a la iniciativa privada de los perjudicados o de las víctimas sino a un cuerpo jerarquizado de funcionarios que presentaba además como otras notas características, que quien investigaba juzgaba sirviéndose en la primera de las funciones de métodos de enorme crueldad; y conviene finalmente la autora que el sistema español no puede enmarcarse dentro del modelo inquisitivo.

¹⁰² ARMENTA DEU, T. *Juicio de acusación, imparcialidad del acusador y derecho de defensa* en la obra colectiva coordinada por BACHMAIER WINTER, L. *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Barcelona. Marcial Pons. 2008 pp 109-133.

¹⁰³ También en este sentido ARMENTA DEU, T. *El Fiscal instructor ¿es necesario?* en Cuadernos de derecho Público, nº 16. Mayo-agosto. 2002.

¹⁰⁴ BACHMAIER WINTER, L. *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Barcelona. Marcial Pons. 2008.

No son más, como expone ORMAZABAL SANCHEZ¹⁰⁵, dos formas o sistemas , el principio acusatorio y el inquisitivo, de organizar el proceso penal de conformidad con el principio de oficialidad¹⁰⁶.

Y esbozadas pues estas pinceladas no queda más que, antes de comenzar a abordar los casos seleccionados, agradecer en la elaboración de este capítulo la mano y casi el tronco superior entero, que me extendió la delegación española en Eurojust con Francisco Jiménez-Villarejo capitaneándola amén de todos los representantes nacionales con los que me reuní y que me brindaron con verdadera cordialidad y disposición sus opiniones abriéndome la caja de su legislación procesal durante mi interesante y productiva estancia en la Haya.

¹⁰⁵ ORMAZABAL SANCHEZ, G. en *Introducción al derecho procesal*. Marcial Pons. Madrid. 2002.

¹⁰⁶ El principio de oficialidad se contraponen al dispositivo caracterizándose por informar el proceso con las notas que siguen: -la activación del proceso no solo es una facultad que corresponde exclusivamente a las partes sino que también goza de dicha posibilidad el órgano judicial (sería el caso del Juez instructor); -tampoco queda en manos exclusivamente de las partes, la delimitación del objeto del proceso que sí sucede en el caso de los procesos que se sustentan sobre el principio dispositivo; -la resolución judicial que pone fin al proceso debe pronunciarse solo respecto de los hechos introducidos por las acusaciones y tampoco goza de relevancia en los procesos informados por este principio (y esencialmente en el caso de los procesos penales) la voluntad manifiesta de las partes de no seguir con la sustanciación del mismo pues con independencia de ello , el proceso puede seguir adelante (eso sí en delitos públicos y semipúblicos).

Proceso Penal Francés:

A los efectos de notificación en materia procesal penal no hay diferencias respecto del caso español, es decir exigencia de notificación personal.

Por una parte tenemos la contradicción o juicio contradictorio que tendría lugar siempre que el acusado que no comparece conste debidamente citado. Si consta dicha citación, aunque el acusado no comparezca, el juicio no es en ausencia y se considera contradictorio pudiendo aquél interponer, contra la resolución que recaiga, un recurso ordinario de apelación.

Si por el contrario el acusado no comparece por no haber podido ser hallado y por tanto, por no poderse practicar la oportuna citación- por ejemplo y no justifica su ausencia, el juicio es en ausencia “par défaut”¹⁰⁷. Tiene en este caso la posibilidad de interponer o formular “oposición”¹⁰⁸¹⁰⁹¹¹⁰ que es un recurso similar a la anulación de nuestro ordenamiento procesal penal.

¹⁰⁷Paragraphe 1er : Du défaut

Article 487 Sauf les cas prévus par les articles 410, 411, 414, 415, 416 et 424, toute personne régulièrement citée qui ne comparaît pas au jour et à l'heure fixés par la citation est jugée par défaut, ainsi qu'il est dit à l'article 412.

¹⁰⁸**Artículo 489**

La sentencia en rebeldía será declarada sin efecto en todas sus disposiciones, si el procesado se opusiera a su ejecución.

No obstante podrá limitar dicha oposición a las disposiciones civiles de la sentencia.

¹⁰⁹ Article 326: La voie de l'opposition est ouverte au condamné qui n'a pas comparu. L'opposition s'exerce dans les cinq jours de la signification de l'arrêt faite à sa personne ou à son domicile. La cour statue sur cette opposition soit pendant la session en cours, soit au cours d'une session ultérieure.

¹¹⁰Paragraphe 3 : De l'itératif défaut

Article 494

Modifié par Loi 72-1226 1972-12-29 art. 34 JORF 30 décembre 1972 en vigueur le 1er janvier 1973
Modifié par Loi 85-1407 1985-12-30 art. 46-I et art. 46-II, art. 94 JORF 31 décembre 1985 en vigueur le 1er février 1986

De no formular oposición la sentencia dictada par default tendrá vigencia hasta que se formule oposición siempre que no sea más allá de los plazos de prescripción de las penas que según establece el CP francés son de 20 años, 5 y 3 años, según la naturaleza del delito o infracción penal.

La oposición se caracteriza porque una vez formulada, el acusado ya condenado en ausencia o por default, obtiene el derecho de repetir el juicio ya celebrado en su integridad. Es decir, se produce una retroacción de las actuaciones en su integridad por lo que respecta a la celebración del plenario y dictado de sentencia, que deberá celebrarse y ser dictada respectivamente, por

L'opposition est non avenue si l'opposant ne comparait pas à la date qui lui est fixée soit par la notification à lui faite verbalement et constatée par procès-verbal au moment où l'opposition a été formée, soit par une nouvelle citation, délivrée à la personne de l'intéressé, conformément aux dispositions des articles 550 et suivants.

Toutefois, en cas de condamnation à une peine privative de liberté sans sursis, le tribunal peut ordonner le renvoi de l'affaire à une prochaine audience sans qu'il y ait lieu à délivrance de nouvelles citations et donner l'ordre à la force publique de rechercher et de conduire l'opposant devant le procureur de la République du siège du tribunal qui, soit le fait comparaître à l'audience de renvoi, soit le met en demeure de s'y présenter.

Si l'opposant est trouvé en dehors du ressort du tribunal, il est conduit devant le procureur de la République du lieu de l'arrestation qui le met en demeure de se présenter à l'audience de renvoi.

Dans tous les cas, le procureur de la République dresse procès-verbal de ses diligences et l'opposant ne peut être retenu plus de vingt-quatre heures.

Si les recherches ordonnées sont demeurées sans effet, le tribunal déclare l'opposition non avenue sans nouveau renvoi.

Il en est de même si l'opposant, régulièrement mis en demeure, ne comparait pas.

Paragraphe 2 : De l'opposition

Article 489

Le jugement par défaut est non avenue dans toutes ses dispositions, si le prévenu forme opposition à son exécution.

Il peut toutefois limiter cette opposition aux dispositions civiles du jugement.

el mismo órgano que celebró el primer juicio “par défaut” y dictó la resolución en su caso¹¹¹.

Esta previsión legal que permite la celebración de juicios cualquiera que sea la pena interesada y cualquiera que sea su naturaleza, ofrece garantías

¹¹¹Article 494-1

Créé par Loi 85-1407 1985-12-30 art. 47 et art. 94 JORF 31 décembre 1985 en vigueur le 1er février 1986

Dans les cas prévus par les premier à cinquième alinéas de l'article 494 et si des circonstances particulières le justifient, le tribunal peut, par décision spécialement motivée, modifier le jugement frappé d'opposition, sans possibilité d'aggravation de la peine.

Article 491

Si la signification du jugement a été faite à la personne du prévenu, l'opposition doit être formée dans les délais ci-après, qui courent à compter de cette signification : dix jours si le prévenu réside en France métropolitaine, un mois s'il réside hors de ce territoire.

Article 492

Modifié par LOI n°2008-644 du 1er juillet 2008 - art. 6

Si la signification du jugement n'a pas été faite à la personne du prévenu, l'opposition doit être formée dans les délais ci-après, qui courent à compter de la signification du jugement faite à domicile, à étude d'huissier de justice ou à parquet : dix jours si le prévenu réside dans la France métropolitaine, un mois s'il réside hors de ce territoire.

Toutefois, s'il s'agit d'un jugement de condamnation et s'il ne résulte pas, soit de l'avis constatant remise de la lettre recommandée ou du récépissé prévus aux articles 557 et 558, soit d'un acte d'exécution quelconque, ou de l'avis donné conformément à l'article 560, que le prévenu a eu connaissance de la signification, l'opposition tant en ce qui concerne les intérêts civils que la condamnation pénale reste recevable jusqu'à l'expiration des délais de prescription de la peine.

Dans les cas visés à l'alinéa précédent, le délai d'opposition court à compter du jour où le prévenu a eu cette connaissance.

Article 493

La personne civilement responsable et la partie civile peuvent former opposition à tout jugement par défaut à leur rencontre, dans les délais fixés à l'article 491, lesquels courent à compter de la signification du jugement, quel qu'en soit le mode.

habida cuenta de que ya se dispone de la anulación como baza para el condenado.

¿Qué problemas plantea este sistema de inexistencia de límite penológico para la celebración del juicio en ausencia con la posibilidad de formular oposición como garantía del condenado?

Pues bien, a mi entender la posibilidad de obtención de sentencias contradictorias ya que no olvidemos que el órgano que debe conocer de la oposición es el mismo que dictó la sentencia par default. Otra cosa es si debe ser o será el mismo órgano –el mismo Juez si es personal - o el mismo Tribunal si es colegiado, y con la misma composición que el lo dictó.

Es necesario advertir que en el proceso penal francés, lo que en un primer momento fue par default, por no haber sido hallado el acusado por ejemplo, o no haber justificado el ya condenado su ausencia en el plenario, pasa a convertirse en contradictorio una vez aquél formula oposición, de manera que si una vez formulada la misma desaparece de nuevo, en este caso se considera que el haber formulado oposición le convierte en ya presentado, no ausente – insisto formulada ya la oposición- y por tanto se resolverá la oposición, es decir se volverá a juzgar y se dictará una sentencia respecto o contra la cual podrá interponer no otra oposición –porque no es ausente como en el primer caso porque ya ha formulado oposición, sino un recurso de apelación ordinario-.

En materia de mecanismo de cooperación internacional y en particular OEDE, conviene estar a la modificación operada en el CPP por Ley de 5 de agosto de 2013 que introduce motivos de rechazo de entrega de reclamados por

otros países en cumplimiento de OEDT. En este sentido pues, se establecen mayores garantías para reforzando así los derechos de los justiciables¹¹².

Se pone de relieve los problemas que plantean algunos países como Polonia y Portugal que interesan la devolución de quienes deben ser juzgados o para dar cumplimiento de penas en ocasiones irrisorias (v.gr. por hurto de una bicicleta).

¹¹²Arts. 695-22-1 del CPP: Lorsque le mandat d'arrêt européen est mis aux fins d'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté, son exécution est également refusée dans le cas où l'intéressé n'a pas comparu en personne lors du procès à l'issue duquel la peine ou la mesure de sûreté a été prononcée sauf si, selon les indications portées par l'Etat membre d'émission dans le mandat d'arrêt européen, il se trouve dans l'un des cas suivants:

1. Il a été informé dans les formes légales et effectivement, de manière non équivoque, en temps utile, par voie de citation ou par tout autre moyen, de la date et du lieu fixés pour le procès et de la possibilité qu'une décision puisse être rendue à son encontre en cas de non-comparution;
2. Ayant eu connaissance de la date et du lieu du procès, il a été défendu pendant celui-ci par un conseil, désigné soit par lui-même, soit à la demande de l'autorité publique, auquel il avait donné mandat à cet effet;
3. Ayant reçu notification de la décision et ayant été expressément informé de son droit d'exercer à l'encontre de celle-ci un recours permettant d'obtenir un nouvel examen de l'affaire au fond, en sa présence, par une juridiction ayant le pouvoir de prendre une décision annulant la décision initiale ou se substituant à celle-ci, il a indiqué expressément qu'il ne contestait pas la décision initiale ou n'a pas exercé dans le délai imparti le recours qui lui était ouvert;
4. La décision dont il n'a pas reçu notification doit lui être signifiée dès sa remise lors de laquelle il est en outre informé de la possibilité d'exercer le recours prévu au 3^o ainsi que du délai imparti pour l'exercer.

Proceso Penal Italiano:

El sistema italiano no tiene límite punitivo en materia de la celebración de juicios en ausencia y dispone de un remedio específico como mecanismo de garantía que permite al condenado en ausencia impugnar la resolución dictada y que se denomina *Restituzione nel termine*, similar a la anulación española para impugnar resoluciones dictadas en ausencia por parte del condenado en contumacia¹¹³¹¹⁴. Se trata, a diferencia del caso francés, de un recurso del que conoce el órgano de apelación –es decir el superior del que dictó la resolución dictada en ausencia- y es en puridad un nuevo juicio –en este caso se parece a la oposición francesa-.

De manera que si el sujeto consta que ha firmado la notificación, consta citado personalmente, no es considerado ausente y tampoco si la acusación tanto pública como particular de haberla, prueban que el sujeto tenía conocimiento de la celebración del plenario contra él (por ejemplo el MP aporta escuchas telefónicas de las que se desprende que el sujeto conocía que el proceso se dirigía contra él y burló la acción de la justicia).

El planteamiento de la contumacia en el ordenamiento italiano es ciertamente particular por cuanto dista mucho de nuestros planteamientos. Para el sistema italiano la primacía de la no paralización del proceso por la ausencia

¹¹³Dopo l'intervento legislativo riformante del 2005, l'**art. 175, comma 2 c.p.p.** viene modificato, escludendo che la prova della mancata conoscenza del processo debba essere fornita dall'imputato, infatti oggi suona così: "*Se è stata pronunciata sentenza contumaciale, l'imputato è restituito, a sua richiesta, nel termine per proporre impugnazione od opposizione, salvo che lo stesso abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento e abbia volontariamente rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione od opposizione. A tale fine l'autorità giudiziaria compie ogni necessaria verifica*".

¹¹⁴La contumacia è quella veste processuale che assume l'imputato che – sebbene regolarmente citato per il processo (udienza preliminare o dibattimento) – **non compare al cospetto del giudice senza addurre alcun legittimo impedimento.**

injustificada del imputado, es evidente señalándose como presupuestos de la contumacia:

1. Una regolare citazione in giudizio dell'imputato;
2. La sua mancata comparizione;
3. La mancata prova che l'assenza sia dovuta ad un legittimo impedimento dell'imputato.

La contumacia estaba regulada en el art. 420 bis del CPP antes de la reforma operada por ley n.67 de 28 de abril de 2014 que recogía en términos generales "l' obbligo per il giudice di provvedere ad una nuova notifica della fissazione dell'udienza preliminare **qualora vi fosse la prova o apparisse probabile** che l'imputato non aveva avuto contezza del relativo avviso ed egli non avesse eletto domicilio presso il difensore (la valutazione del Giudice, peraltro, non poteva per legge essere motivo di impugnazione né essere discussa in altra sede)."

Con la Ley n. 67 de 28 de abril de 2014 se introduce una modificación en esta materia quedando el art. 420 bis redactado de la forma que sigue: " il processo possa essere regolarmente celebrato in assenza dell'interessato quando:

- vi sia l'accertata conoscenza del procedimento da parte dell'imputato;
- o l'accertata volontaria sottrazione dello stesso alla conoscenza del processo a suo carico o ad atti di esso."

En definitiva los aspectos básicos de esta modificación residen en permitir la celebración del juicio en ausencia del imputado cuando el imputado ha renunciado consciente, voluntaria y libremente a comparecer en juicio y en caso de inexistencia de una expresa voluntad de renuncia a comparecer el imputado ha estado efectivamente informado de la fecha del juicio o bien se ha tenido conocimiento de que se dirigía acción penal en su contra – esta última hipótesis

podría deducirse del hecho por ejemplo de que se hubiese dictado contra aquél una orden o medida cautelar-.

De no proceder estos dos supuestos, es decir en defecto de renuncia expresa del imputado o de prueba de que el imputado tiene conocimiento de que el proceso se dirige contra él, el Juez después de asegurarse la debida notificación, deberá proceder si ésta se ha realizado, a la suspensión del proceso.

Del art. 420 ter del CPP se desprende que en caso de que la no comparecencia sea debida a fuerza mayor o causa legítima, el Juez deberá proceder a un nuevo señalamiento.

Resulta interesante que en materia de OEDE Italia condiciona la entrega de ciudadanos que se hallen en su territorio y para ejecución de penas, a que el país requirente someta al requerido a un nuevo juicio, un compromiso que debe ser por escrito y lógicamente con fijación de una fecha razonable para la celebración de dicho plenario puesto que no fijarse dicha fecha de manera concreta y cercana, Italia rechaza la entrega. En definitiva, si no hay notificación al condenado (*ni prueba de la ausencia*) hace falta garantía de que podrá ser juzgado de nuevo.

En relación a este particular el art. 19 L 22 Aprile 2005, n. 69 (Garanzie richieste allo Stato membro di emissione).

“L’esecuzione del mandato d’arresto europeo da parte dell’autorità giudiziaria italiana, nei casi sotto elencanti, è subordinata alle seguenti condizioni:

Se il mandato d’arresto europeo è stato emesso ai fini dell’esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza comminate mediante decisione pronunciata in absentia, e se l’interessato non è stato citato personalmente né altrimenti informato della data e del luogo dell’udienza che ha portato alla decisione

pronunciata in absentia, la consegna è subordinata alla condizione che l'autorità giudiziaria emittente fornisca assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato d'arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro di emissione e di essere presenti al giudizio;

In presenza di un MAE emesso per l'esecuzione di una decisione pronunciata in absentia, non viene in applicazione il particolare regime di garanzia previsto dall'art. 19, comma 1 lett. A) legge 22 aprile 2005, n.69, qualora l'autorità emittente nel compilare l'apposito modello abbia espressamente sbarrato la locuzione " l'interessato è stato chiamato a comparire di persona o informato in altro modo della data e del luogo dell'udienza che ha portato alla decisione in absentia" (Cassazione, Sez. F, n. 34287, del 21/8/2008-27/8/2008, Buza, Rv. 240340260).

Pertanto, è stato ritenuto non ostativo alla consegna un MAE emesso sulla base di un provvedimento cautelare volto ad evitare la celebrazione di un processo in absentia (Cassazione, Sez. F, n. 34574, 28/8/2008-3/9/2008, P.g. in proc. D'Orsi, rv. 240715-7166; Sez. F, n. 34295, del 21/8/2008-27/8/2008, Zanotti, rv. 2409117).

Secondo la Corte, la suindicata disposizione si limita a stabilire che in caso di decisione pronunciata in absentia la consegna è subordinata alla condizione che "l'autorità giudiziaria emittente fornisca assicurazioni sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato di arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro di emissione e di essere presenti al giudizio, senza richiedere che in sentenza la consegna sia esplicitamente subordinata a tale condizione. Qualora pertanto l'ordinamento dello Stato di emissione preveda espressamente la richiesta garanzia, sussistono i requisiti fissati dalla legge.

PORTUGAL

En el proceso penal portugués cabe la celebración en ausencia del acusado sin existir límite penológico alguno que sirva de requisito o prius de cumplimiento inexcusable para su celebración o interdicción de la misma. La discrecionalidad judicial es absoluta por cuanto el Juez puede, si lo considera oportuno por no estimar necesaria su presencia, celebrar el juicio en ausencia del acusado¹¹⁵ siendo no obstante la regla general la presencia del imputado en el acto del juicio¹¹⁶.

¹¹⁵ Artigo 332º Presença do arguido:

1-É obrigatória a presença do arguido na audiência, sem prejuízo do disposto nos n.os 1 e 2 do artigo 333.º e nos n.os 1 e 2 do artigo 334.º
2 - O arguido que deva responder perante determinado tribunal, segundo as normas gerais da competência, e estiver preso em comarca diferente pela prática de outro crime, é requisitado à entidade que o tiver à sua ordem.
3 - A requerimento fundamentado do arguido, cabe ao tribunal proporcionar àquele as condições para a sua deslocação.
4 - O arguido que tiver comparecido à audiência não pode afastar-se dela até ao seu termo. O presidente toma as medidas necessárias e adequadas para evitar o afastamento, incluída a detenção durante as interrupções da audiência, se isso parecer indispensável.
5 - Se, não obstante o disposto no número anterior, o arguido se afastar da sala de audiência, pode esta prosseguir até final se o arguido já tiver sido interrogado e o tribunal não considerar indispensável a sua presença, sendo para todos os efeitos representado pelo defensor.
6 - O disposto no número anterior vale correspondentemente para o caso em que o arguido, por dolo ou negligência, se tiver colocado numa situação de incapacidade para continuar a participar na audiência.
7 - Nos casos previstos nos n.os 5 e 6 deste artigo, bem como no n.º 4 do artigo 325.º, voltando o arguido à sala de audiência é, sob pena de nulidade, resumidamente instruído pelo presidente do que se tiver passado na sua ausência. 8 - É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 1 e 2 do artigo 116.º e no artigo 254.º

¹¹⁶ Artigo 333º Falta e julgamento na ausência do arguido notificado para a audiência:

1- Se o arguido regularmente notificado não estiver presente na hora designada para o início da audiência, o presidente toma as medidas necessárias e legalmente admissíveis para obter a sua comparência e a audiência só é adiada se o tribunal considerar que é absolutamente indispensável para a descoberta da verdade material a sua presença desde o início da audiência.
2 - Se o tribunal considerar que a audiência pode começar sem a presença do arguido, ou se a falta de arguido tiver como causa os impedimentos enunciados nos n.os 2 a 4 do artigo 117.º, a audiência não é adiada, sendo inquiridas ou ouvidas as pessoas presentes pela ordem referida nas alíneas b) e c) do artigo 341.º, sem prejuízo da alteração que seja necessária efectuar no rol apresentado, e as suas declarações documentadas, aplicando-se sempre que necessário o disposto no n.º 6 do artigo 117.º

-
- 3 - No caso referido no número anterior, o arguido mantém o direito de prestar declarações até ao encerramento da audiência e, se ocorrer na primeira data marcada, o advogado constituído ou o defensor nomeado ao arguido pode requerer que este seja ouvido na segunda data designada pelo juiz ao abrigo do n.º 2 do artigo 312.º
- 4 - O disposto nos números anteriores não prejudica que a audiência tenha lugar na ausência do arguido com o seu consentimento, nos termos do n.º 2 do artigo 334.º
- 5 - No caso previsto nos n.os 2 e 3, havendo lugar a audiência na ausência do arguido, a sentença é notificada ao arguido logo que seja detido ou se apresente voluntariamente. O prazo para a interposição de recurso pelo arguido conta-se a partir da notificação da sentença.
- 6 - Na notificação prevista no número anterior o arguido é expressamente informado do direito a recorrer da sentença e do respectivo prazo.
- 7 - É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 1 e 2 do artigo 116.º, no artigo 254.º e nos n.os 4 e 5 do artigo seguinte.

Artigo 334: 1. - Se ao caso couber processo sumaríssimo mas o procedimento tiver sido reenviado para a forma comum e se o arguido não puder ser notificado do despacho que designa dia para a audiência ou faltar a esta injustificadamente, o tribunal pode determinar que a audiência tenha lugar na ausência do arguido.

2 - Sempre que o arguido se encontrar praticamente impossibilitado de comparecer à audiência, nomeadamente por idade, doença grave ou residência no estrangeiro, pode requerer ou consentir que a audiência tenha lugar na sua ausência.

3 - Nos casos previstos nos n.os 1 e 2, se o tribunal vier a considerar absolutamente indispensável a presença do arguido, ordena-a interrompendo ou adiando a audiência, se isso for necessário.

4 - Sempre que a audiência tiver lugar na ausência do arguido, este é representado, para todos os efeitos possíveis, pelo defensor.

5 - Em caso de conexão de processos, os arguidos presentes e ausentes são julgados conjuntamente, salvo se o tribunal tiver como mais conveniente a separação de processos.

6 - Fora dos casos previstos nos n.os 1 e 2, a sentença é notificada ao arguido que foi julgado como ausente logo que seja detido ou se apresente voluntariamente. O prazo para a interposição do recurso pelo arguido conta-se a partir da notificação da sentença.

7 - Na notificação prevista no número anterior o arguido é expressamente informado do direito a recorrer da sentença e do respectivo prazo.

8 - É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 1 e 2 do artigo 116.º e no artigo 254.

Artigo 335º: Declaração de contumácia 1 - Fora dos casos previstos nos n.os 1 e 2 do artigo anterior, se, depois de realizadas as diligências necessárias à notificação a que se refere o n.º 2 e a primeira parte do n.º 3 do artigo 313.º, não for possível notificar o arguido do despacho que designa o dia para a audiência, ou executar a detenção ou a prisão preventiva referidas no n.º 2 do artigo 116.º e no artigo 254.º, ou consequentes a uma evasão, o arguido é notificado por editais para se apresentar em juízo, num prazo até 30 dias, sob pena de ser declarado contumaz.

2 - Os editais contêm as indicações tendentes à identificação do arguido, do crime que lhe é imputado e das disposições legais que o punem e a comunicação de que, não se apresentando no prazo assinado, será declarado contumaz.

3 - A declaração de contumácia é da competência do presidente e implica a suspensão dos termos ulteriores do processo até à apresentação ou à detenção do arguido, sem prejuízo da realização de actos urgentes nos termos do artigo 320.º

4 - Em caso de conexão de processos, a declaração de contumácia implica a separação daqueles em que tiver sido proferida.

A favor del condenado en ausencia se prevé un recurso ordinario que puede interponerse desde que el condenado en ausencia es notificado de la misma o bien es hallado.

El ordenamiento portugués distingue entre la notificación aplicable a los procesos penales y la citación que se emplea en el proceso civil.

Como causas que provocan la suspensión del plazo para la prescripción se distingue entre el planteamiento de una cuestión prejudicial y la contumacia.

Artigo 336º Caducidade da declaração de contumácia:

1 - A declaração de contumácia caduca logo que o arguido se apresentar ou for detido, sem prejuízo do disposto no n.º 4 do artigo anterior.

2 - Logo que se apresente ou for detido, o arguido é sujeito a termo de identidade e residência, sem prejuízo de outras medidas de coacção, observando-se o disposto nos n.os 2, 4 e 5 do artigo 58.º

3 - Se o processo tiver prosseguido nos termos da parte final do n.º 5 do artigo 283.º, o arguido é notificado da acusação, podendo requerer abertura de instrução no prazo a que se refere o artigo 287.º, seguindo-se os demais termos previstos para o processo comum.

Artigo 337º: Efeitos e notificação da contumácia:

1 - A declaração de contumácia implica para o arguido a passagem imediata de mandado de detenção para efeitos do disposto no n.º 2 do artigo anterior ou para aplicação da medida de prisão preventiva, se for caso disso, e a anulabilidade dos negócios jurídicos de natureza patrimonial celebrados após a declaração.

2 - A anulabilidade é deduzida perante o tribunal competente pelo Ministério Público até à cessação da contumácia.

3 - Quando a medida se mostrar necessária para desmotivar a situação de contumácia, o tribunal pode decretar a proibição de obter determinados documentos, certidões ou registos junto de autoridades públicas, bem como o arresto, na totalidade ou em parte, dos bens do arguido.

4 - Ao arresto é correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 2, 3, 4 e 5 do artigo 228.º

5 - O despacho que declarar a contumácia é anunciado nos termos da parte final do n.º 12 do artigo 113.º e notificado, com indicação dos efeitos previstos no n.º 1, ao defensor e a parente ou a pessoa da confiança do arguido.

6 - O despacho que declarar a contumácia, com especificação dos respectivos efeitos, e aquele que declarar a sua cessação são registados no registo de contumácia.

BULGARIA

El ordenamiento procesal búlgaro admite la celebración de los juicios en ausencia del acusado y fija como límite penológico máximo los 5 años por lo que los asuntos en los que la petición penológica supere los 5 años no podrán ser celebrados sin la presencia del acusado.

De todas formas la discrecionalidad judicial juega un papel relevante también en el proceso penal búlgaro por cuanto si el Tribunal considera necesaria la presencia del acusado en el juicio, aunque se trate de una pena inferior a los 5 años de prisión, podrá condicionar dicha celebración a la personación del acusado.

Dicha posibilidad de celebración en ausencia se recoge en el art. 269 de la Ley Procesal Penal¹¹⁷.

El proceso penal búlgaro se inspira en dos principios básicos que son de un parte la celeridad del proceso¹¹⁸ y en segundo lugar la personación del acusado en el proceso.

¹¹⁷Presence of the accused party in the court hearing. Art. 269: (1) The presence of the accused party at the court hearing shall be mandatory in cases with indictment in serious crimes.

(2) The court may order the accused party to also appear in cases where the presence thereof is not mandatory, if this is necessary for the discovery of the objective truth.

(3) Provided this shall not obstruct the discovery of the objective truth, the case may be tried in the absence of the accused party if:

1. the person could not be found at the address specified by him, or he has changed his/her address without notifying the respective body;

2. his/her place of residence in this country is not known and has not been identified after a thorough search;

3. the person had been validly summonsed but failed to show good cause for not appearing, and where the procedure under Article 254 (4) has been complied with;

4. is located outside the boundaries of the Republic of Bulgaria:

a) his/her place of residence is not known;

b) may not be otherwise summonsed;

c) has been validly summonsed, but has failed to specify good reasons for his/her non-appearance.

Pronouncement on the remand measure and on the measures of procedural coercion in court proceedings.

La conjugación de dichos principios podría generar problemas si no fuera porque y por razones de interés social, se introducen en el proceso penal los juicios en ausencia.

Lo primero pues para el proceso penal búlgaro es la personación del acusado. Cabría la posibilidad de celebrar en ausencia en el caso de que se sospechara que el sujeto en cuestión se halla en otro lugar de manera “clandestina” es decir sin estar registrado en ningún organismo público o registro oficial como podría ser un censo o padrón municipal. En este caso la legislación búlgara presupone que el acusado no comparece y está sustraído a la acción de la justicia.

Respecto de las garantías que se conceden al condenado en ausencia, la legislación búlgara dispone de una revisión que se le concede a aquél y que podrá interponer en el plazo de 6 meses a contar desde que tiene conocimiento de su condena¹¹⁹.

Dicho mecanismo de revisión puede ser empleado también en el caso de que sea absuelto por resultarle de interés dicha revisión –tal vez a los efectos de los

¹¹⁸Llama la atención del sistema procesal búlgaro, no tanto que dicho principio se uno de los básicos de su procedimiento, como el hecho de las medidas adoptadas para darle efectividad, entre ellas el acortamiento de los plazos de instrucción de las causas. Quedando éstos reducidos por ejemplo a los 3 meses y con dependencia y variación de aquéllos según el tipo de delito ante el que nos hallemos. Una medida ésta que recuerda la implantada recientemente en nuestro proceso penal.

En el caso de Bulgaria dicha modificación operó tras las indicaciones críticas formuladas por el TEDDHH acerca de la excesiva dilatación de la tramitación de algunos procedimientos. Art. 368 del Código Procesal Penal.

¹¹⁹ Article 421: (1) A proposal for re-opening of a criminal case which has ended with sentence of acquittal or with ruling or order for termination, as well as a proposal whereby it is requested to increase the punishment or to apply a law for a more heavily punishable crime, may be made not later than six months after the respective act has entered into force pursuant to Article 422, paragraph (1), item 5 and paragraph (2), or from the discovery of new circumstances.

(2) The Prosecutor-General shall be obligated to make a request under Article 422, Paragraph 1, item 4 within one month of gaining knowledge of the judgement, and under Article 422, Paragraph 1, item 6 –within one month of gaining knowledge of the admitted extradition.

(3) The convict may file the request under Article 422 (1), item 5 within six months of the entry into force of respective act. With regard to convicts sentenced in absentia, this period starts on the date when the convict found out that the sentence has entered into force.

(4) The criminal case may also be re-opened after death of the convict.

hechos probados o no probados y su posible afectación en un ulterior proceso incluso en un orden jurisdiccional distinto-.

Este mecanismo de revisión o garantía concedida al condenado en ausencia la hallamos referenciada en el art. 423 de la ley procesal penal búlgara¹²⁰.

El órgano judicial competente para conocer de dicha revisión es la Corte Suprema de Casación y ésta será la que decida retrotraer o no las actuaciones a la fase procesal que estime oportuna conforme a derecho¹²¹.

Habida cuenta de la existencia de dicho recurso o mecanismo de garantía, la notificación al acusado no tiene porque ser personal por cuanto éste dispone de 6 meses desde que toma conocimiento de la resolución, para interponer la revisión ante la CSC.

¹²⁰ Article 423: (1) Within six months from the date when the convict sentenced in absentia has come to knowledge of a sentence that has entered into force, he/she may file a request for re-opening the criminal case due to the convict's non-participation in the criminal proceedings. The request shall be honoured, unless the convict-upon being charged within the pre-trial proceedings-absconded, which hindered the procedure under Article 254(4) or, once the aforementioned procedure was completed, the convict failed to appear to a court hearing with no cogent reason.

(2) The request shall not stay the execution of the sentence, unless the court rules otherwise.

(3) Proceedings for re-opening of the criminal case shall be terminated, if the convict sentenced in absentia has failed to appear at the court hearing without valid reasons.

(4) Where the convict sentenced in absentia was detained in execution of the sentence that has entered into force and the court has re-opened criminal proceedings, in its judgement it shall also rule on the remand measure.

(5) Where a request has been made by a convict sentenced in absentia, surrendered by another state to the Republic of Bulgaria, the court shall re-open the case, when guarantees have been given for this purpose, without assessing whether the individual had been aware of the criminal proceedings against him/her.

¹²¹Powers of the Court: Article 425: (1) Where the court finds request for reopening well-founded, it may:

1. Revoke the sentence, judgement, ruling or order, and return the case for new examination, specifying the stage at which the new examination should start;
2. Revoke the sentence, the decision or ruling and terminate or suspended the criminal proceedings or acquit the defendant in the case of Article 24, paragraph 1, item 1 within the framework of the factual situations under the effective sentence;
3. Modify the sentence, the appellate instance decisions or the new sentence in cases where the grounds to this effect are in favour of the convict.

(2) In cases under Article 423, Paragraph 1 proceedings shall be reopened and the cases shall be remitted to the stage in which proceedings in absentia began.

En materia de cumplimiento e implementación de a DM 2009/299 la normativa búlgara emplea el criterio de la reciprocidad para por ejemplo ofrecer garantías a los países que le entregan condenados en ausencia para la ejecución de la pena en su país.

Criminal Procedure Code

Promulgated, State Gazette No. 86/28.10.2005, effective 29.04.2006, amended, SG No. 46/12.06.2007, effective 1.01.2008, amended and supplemented, SG No. 109/20.12.2007, effective 1.01.2008, amended, SG No. 69/5.08.2008, amended and supplemented, SG No. 109/23.12.2008, amended, SG No. 12/13.02.2009, effective 1.05.2009, amended and supplemented, SG No. 27/10.04.2009, supplemented, SG No. 33/30.04.2009, amended and supplemented, SG No. 15/22.02.2010, SG No. 32/27.04.2010, effective 28.05.2010, amended, SG No. 101/28.12.2010, amended and supplemented, SG No. 13/11.02.2011, effective 12.08.2011, amended, SG No. 33/26.04.2011, effective 27.05.2011, supplemented, SG No. 60/5.08.2011, amended, SG No. 61/9.08.2011, amended and supplemented, SG No. 93/25.11.2011; Decision No. 101/5.11.2011 of the Constitutional Court RB; supplemented, SG No. 19/6.03.2012, effective 6.03.2012, amended, SG No. 20/9.03.2012, effective 10.06.2012, amended and supplemented, SG No. 25/27.03.2012, effective 28.04.2012, supplemented, SG No. 60/7.08.2012, effective 8.09.2012, SG No. 17/21.02.2013, SG No. 52/14.06.2013, effective 14.06.2013, amended and supplemented, SG No. 70/9.08.2013, effective 9.08.2013, SG No. 71/13.08.2013, SG No. 21/8.03.2014, SG No. 14/20.02.2015, SG No. 24/31.03.2015, effective 31.03.2015, SG No. 41/5.06.2015, effective 6.07.2015, SG No. 42/9.06.2015, supplemented, SG No. 60/7.08.2015, amended and supplemented, SG No. 74/26.09.2015

Extradition and European Arrest Warrant Act

Promulgated State Gazette, No 46/3.06.2005, effective 4.07.2005, amended, SG No. 86/28.10.2005, effective 29.04.2006, amended and supplemented, SG No. 52/6.06.2008, SG No. 49/29.06.2010, SG No. 55/19.07.2011, amended, SG No. 53/27.06.2014

Criminal Procedure Code

Mandatory participation of defence counsel

Article 94

(1) Participation of the defence counsel in criminal proceedings shall be mandatory in cases where:

1. The accused party is underage;
2. The accused party suffers from physical or mental deficiencies, which prevent him/her from proceeding pro se;

3. the case is concerned with a criminal offence punishable by deprivation of liberty of no less than ten years or another heavier punishment;
4. The accused party does not have command of the Bulgarian language;
5. The interests of the accused parties are contradictory and one of the parties has his/her own defence counsel;
6. (Amended, SG No. 109/2008) A request under Article 64 has been made or the accused party is detained;
7. (Repealed, SG No. 32/2010, effective 28.05.2010);
8. The case is tried in the absence of the accused party;
9. The accused party cannot afford to pay a lawyer fee, wishes to have a defence counsel and the interests of justice so require.

(2) In cases within the scope of Paragraph 1, items 4 and 5, the participation of a defence counsel shall not be mandatory, provided the accused party makes a statement he/she wishes to dispense with having a defence counsel.

(3) Where participation of a defence counsel is mandatory, the respective body shall appoint a lawyer as a defence counsel.

(4) (Amended, SG No. 32/2010, effective 28.05.2010) Outside the scope of Paragraph 1, in respect of serious crime cases, the prosecutor or the court may appoint, subject to the procedure of the Legal Aid Act, a stand-by defence counsel irrespective of the assignment of a defence counsel, where this appointment is crucial with a view to holding the criminal proceedings within a reasonable time limit.

(5) (New, SG No. 32/2010, effective 28.05.2010) In cases within the scope of Paragraph 1, the appointed defence counsel shall continue their participation in the criminal proceedings as a stand-by defence counsel where the accused party authorises another defence counsel or forgoes a defence counsel, provided that the conditions under Paragraph 4 are satisfied.

(6) (New, SG No. 32/2010, effective 28.05.2010) The stand-by defence counsel shall make the necessary preparations to examine the case-file and gain insight in the case, obtain the necessary excerpts, and take part in all investigative actions involving the accused party. Any other rights vested under Article 99(1) shall be exercised by the stand-by defence counsel upon the accused party's request or with the accused party's consent, and without such consent where defence is mandatory, and the authorised defence counsel, though validly summoned, fails to appear in court without showing good cause for such absence.

Request of the accused party to the court

Article 368

(Supplemented, SG No. 109/2008, repealed, SG No. 32/2010, effective 28.05.2010, new, SG No. 71/2013)

(1) If more than two years have elapsed as of the constituting of a specific person as an accused party for a serious crime and more than one year in all

other cases, the accused party may request that the case be examined by the court, except where the person was constituted for a serious deliberate crime resulting in death. These periods shall not include the time during which the case was in court or was suspended on the grounds of Article 25.

(2) In the cases under Paragraph 1 the accused party shall file a motion to the respective first-instance court, which shall immediately request that the case be sent to it.

REINO UNIDO

A diferencia de Escocia que no contempla los juicios en ausencia del acusado, en Reino Unido se admite dicha posibilidad y sin límite penológico alguno para su celebración. Los requisitos y casos para la celebración del juicio en ausencia se detallan en el Archbold.

En la primera audiencia se procede a fijar la fecha de celebración del juicio y en la misma debe estar presente el acusado/imputado.

Para el proceso penal en Reino Unido si el sujeto tenía conocimiento del juicio y no asiste sin causa justificada, no debe disponer de ninguna garantía o beneficio de ninguna clase.

No hay recurso especial para el condenado en ausencia y dispone del mismo recurso del que dispone cualquier condenado, pudiendo recurrir por hechos o por la pena que se le ha impuesto. En este caso el plazo para la interposición del oportuno recurso será de 28 días desde que se dicta el fallo. Y si, digo desde el dictado del fallo, por cuanto no se atiende a la notificación personal o de otro tipo habida cuenta de que la lectura del fallo en audiencia pública es equiparada a la notificación de la resolución que puede darse por ejemplo en nuestro ordenamiento procesal.

Y pese a que el 98% de los procesos celebrados lo son ante un Tribunal compuesto por tres jueces legos o un mixto y el 2% restante ante un jurado –en asuntos más graves-, en ambos supuestos la sentencia se pronuncia in voce.

En casos especiales cabe la interposición del recurso “afout time” o fuera de plazo en supuestos como digo excepcionales.

Lo más complejo pues, en este proceso penal no es tanto continuar con su desarrollo cuando el imputado no comparece sin justa causa o bien desaparece

a lo largo de su desarrollo, como lo es dar comienzo al juicio en ausencia, es decir comenzar con el proceso estando el imputado ausente.

En materia de trasposición de la OEDT 2009/299 que aborda también el supuesto de las condenas en ausencia, en Reino Unido el texto legal aplicable es el Acta de Extradición de 2003, es decir no existe como tal una ley de trasposición sino una modificación de la referida Act (Realmente la modificación consistió en una re-enumeración de su articulado). En particular ver el art. 20¹²².

¹²²*20Case where person has been convicted*

- (1) If the judge is required to proceed under this section (by virtue of section 11) he must decide whether the person was convicted in his presence.
- (2) If the judge decides the question in subsection (1) in the affirmative he must proceed under section 21.
- (3) If the judge decides that question in the negative he must decide whether the person deliberately absented himself from his trial.
- (4) If the judge decides the question in subsection (3) in the affirmative he must proceed under section 21.
- (5) If the judge decides that question in the negative he must decide whether the person would be entitled to a retrial or (on appeal) to a review amounting to a retrial.
- (6) If the judge decides the question in subsection (5) in the affirmative he must proceed under section 21.
- (7) If the judge decides that question in the negative he must order the person's discharge.
- (8) The judge must not decide the question in subsection (5) in the affirmative unless, in any proceedings that it is alleged would constitute a retrial or a review amounting to a retrial, the person would have these rights—
 - (a) the right to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he had not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so required;
 - (b) the right to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him.

ALEMANIA

El derecho alemán y en virtud del principio constitucional del *rechtlisches Gehör* configura la ausencia del acusado en el proceso como un supuesto excepcional previendo para tal caso, medidas coercitivas para asegurar aquella presencia en el juicio.

No hay posibilidad pues de un juicio en rebeldía o contumacia¹²³ sino un juicio contra el reo ausente para asegurar las pruebas –*Beweissicherungsverfahren*–.

La inspiración del proceso penal alemán en los principios de contradicción y de inmediación hace que el proceso o juicio en ausencia –*das Abwesenheitsverfahren*– sea rechazado, salvo según dispone el párrafo 232 del StPO¹²⁴ en los casos en que la infracción penal esté castigada con pena leve, y en los casos en los que se haya ejercitado la acción penal por denuncia privada - supuesto en el que el acusado se puede hacer representar por un defensor- y

¹²³§230: Incomparecencia del acusado: (1) No tiene lugar una vista oral contra un acusado que no ha comparecido. (2) Si la incomparecencia del acusado no está suficientemente justificada, entonces se debe ordenar la presentación o decretar una orden de detención. Y también tener en cuenta el §231: Presencia obligatoria del acusado: (1) El acusado que ha comparecido no puede alejarse de la sede judicial. El presidente del tribunal puede adoptar las medidas apropiadas para impedir el distanciamiento. También puede hacer detener bajo custodia al acusado durante una interrupción de la vista oral. (2) Si aun así el acusado se aleja o no comparece en la continuación de una vista oral interrumpida, entonces ésta puede ser llevada hasta el final en su ausencia, si ya fue interrogado sobre la acusación y el tribunal ya no considera necesaria su presencia.

¹²⁴§232: Vista oral a pesar de la incomparecencia: (1) Se puede realizar la vista oral sin el acusado si ha sido citado de forma reglamentaria y en la citación se ha indicado que se puede proceder en ausencia, y si se debe esperar sólo la pena pecuniaria hasta ciento ochenta importes por día de estancia, amonestación con reserva penal de pena, circulación prohibida, vencimiento, confiscación, aniquilamiento o inutilización. En este proceso no se puede decretar un apena mayor o una medida de seguridad. La retirada del permiso de conducir es admisible si a acusado le ha sido indicada esta posibilidad de citación.

(2) Por razón de una citación en anuncio público, la vista oral no tiene lugar sin el acusado.

(3) En la vista oral se lee el acta el interrogatorio judicial del acusado.

(4) La sentencia dictada en ausencia del acusado le debe ser notificada, por transmisión, con los motivos de la sentencia, si no es notificada al abogado defensor según §145 a, apartado 1º.

también en los casos en que el acusado ha sido dispensado de comparecer a petición propia de conformidad con lo previsto en el párrafo 233 del StPO¹²⁵.

En este sentido pues ver 232 y 233 del StPO –en éste último se hace referencia a la pena privativa de libertad de hasta 6 meses “delitos leves o bagatelísticos”.

El proceso alemán contempla además un proceso especial y lo hace en los §276 y siguientes del StPO¹²⁶ denominado Procedimiento contra reos ausentes.

El ordenamiento procesal alemán contempla 2 tipos de proceso.

El primero denominado ordinario –Hauptverfahren- y el segundo la ordenanza penal –das Strafbefehlsverfahren- que se regula en los § 407 a 412 del StPO.

Se trata de asuntos de menor entidad en los que no hace falta ni tan solo que el acusado haya sido oído previamente –§ 407 StPO-. El § 412 establece que si al inicio de la vista oral el acusado no comparece ni es representado por abogado y la incomparecencia es injustificada, entonces se aplica analógicamente el § 329.1, 3º y 4º¹²⁷. Si el representante legal ha interpuesto un recurso se aplicará por analogía el § 330¹²⁸.

¹²⁵§233: Exención del acusado de la obligación de comparecer: (1) El acusado puede eximirse, a petición suya, de la obligación de comparecer en la vista oral si se debe esperar desde sólo una pena privativa de libertad de hasta 6 meses, pena pecuniaria hasta 180 importes por día de estancia, amonestación con reserva penal de pena, circulación prohibida, vencimiento, confiscación, aniquilamiento o inutilización, por separado o conjuntamente. En su ausencia, no se puede decretar una pena mayor o una medida de seguridad. Es admisible la retirada del permiso de conducir.

(2) Si el acusado se exime de la obligación de comparecer en la vista oral, entonces debe ser interrogado sobre la acusación por un juez encargado o solicitado. Con esto, es instruido sobre las consecuencias jurídicas admisibles en su ausencia en la vista oral, y se le pregunta si mantiene su exención de la comparecencia en la vista oral.

¹²⁶Ex § 276 StPO un inculpado se considera ausente si su residencia es desconocida, o si reside en el extranjero y su comparecencia ante el Tribunal competente no es factible o apropiada. También el § 285 prevé que contra un ausente no tendrá lugar ninguna vista oral. El procedimiento incoado contra un ausente tiene la obligación de asegurar las pruebas para el caso de su futura presentación. Para este procedimiento son válidas las disposiciones de los §§ 286 hasta el 294.

¹²⁷§329 Incomparecencia del acusado: (1) Si en el inicio de una vista oral no han comparecido ni el acusado ni, en los casos en los que esto sea admisible, un representante del acusado, y si la

incomparecencia no ha sido suficientemente disculpada, entonces el tribunal debe desestimar una apelación del acusado sin juicio oral para el asunto. Esto no es válido si el tribunal de apelación debate de nuevo, después de que el asunto haya sido remitido por el tribunal de casación. Si la condena ha sido omitida, entonces el contenido de la sentencia sostenida debe ser aclarado en la recusación de la apelación; el tribunal de apelación puede reducir las penas reconocidas a una nueva pena total.

(2) Bajo las condiciones del apartado 1º inciso 1º, se puede deliberar sobre una apelación de la Fiscalía, aunque no esté el acusado. En estos casos, se puede desistir de una apelación de la fiscalía, incluso sin el consentimiento del acusado, a no ser que tengan cabida las condiciones del apartado 1º, inciso 2º.

(3) El acusado puede exigir, en el término de una semana después de la notificación de la sentencia, el restablecimiento al estado anterior bajo las condiciones designadas en los §44 y 45.

(4) En tanto que no se proceda según el ap. 1º o 2º, se debe ordenar la presentación o detención del acusado. Se debe prescindir de esto, si es de esperar que el acusado comparecerá sin medidas coercitivas en la vista oral nuevamente convocada.

¹²⁸Si la apelación ha sido interpuesta por el representante legal, entonces el tribunal también debe citar al acusado para la vista oral, y en el caso de su incomparecencia, puede hacer que se presente por la fuerza. (2) Si el representante legal es el único que no comparece en la vista oral, entonces se debe deliberar sin él. Si en el inicio de una vista oral no han comparecido ni el representante legal ni el acusado, entonces se aplica por analogía §329, ap. 1º; si el acusado es el único que no ha comparecido, entonces se aplica por analogía §329 ap 2º, inciso 1º.

CAPITULO V: Cuestiones relacionadas con los procesos inaudita parte en los que se ha dictado una OEDyE u otros mecanismos de cooperación jurídica internacional.

V.1 Consideraciones previas.

V.2 Selección de asuntos.

V.1 Consideraciones previas.

El Tratado de Amsterdam de 1997 atribuye a la UE y como uno de sus objetivos esenciales, la misión de convertirse en un espacio de libertad, seguridad y justicia objetivo que a su vez se traduce en la obligación de la UE de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión a la par que dispensar un trato equitativo a los no pertenecientes a la Unión con residencia legal en la misma.

Evidentemente dicho catálogo de obligaciones exige una estrecha colaboración entre fuerzas nacionales judiciales, administrativas y policiales.

Uno de los instrumentos jurídicos hoy por hoy más avanzado en materia de cooperación judicial penal en el ámbito de la Unión y además el primero en el que se aplica el principio de reconocimiento mutuo en materia penal, es la orden europea de detención y entrega en adelante OEDE, que ha sustituido el instituto de la extradición entre estados miembros de la Unión y cuya norma reguladora es la Decisión Marco de 13 de junio de 2002¹²⁹ modificada por la Decisión Marco 2009/299, cumpliendo una labor esencial a la hora de agilizar el

¹²⁹ Decisión Marco 2002/584.

procedimiento de entrega de personas, habida cuenta del gran incremento de la delincuencia transnacional en los últimos tiempos¹³⁰.

Se trata de un procedimiento íntegramente judicial con una casi inapreciable intervención del ejecutivo y en definitiva una nueva dimensión de la cooperación jurídica internacional en materia penal entre países de la UE con excepción de Noruega e Islandia¹³¹.

He mencionado de pasada el principio del reconocimiento mutuo pero propongo abundar en el que es considerado el principio base del espacio judicial europeo. En puridad y siguiendo a TIRADO ESTRADA¹³², es precisamente la orden de detención europea, la primera concreción en el ámbito del derecho penal, del principio de reconocimiento mutuo.

Los antecedentes del reconocimiento mutuo son bastante recientes.

En las Conclusiones del Consejo Europeo de Cardiff celebrado en junio de 1998, se recoge la mención de “reconocimiento mutuo” en el ámbito penal y se elabora un Plan de Acción del Consejo y de la Comisión con fecha 3 de diciembre de 1998 a los efectos de proceder a la ejecución y desarrollo de los imperativos del Tratado de Amsterdam¹³³ referentes a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que se propone la creación de un procedimiento que tenga como finalidad el reconocimiento mutuo de

¹³⁰ La adopción de la Decisión Marco 2009/299 trata de superar las dificultades del reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas sin la comparecencia en el juicio de la persona afectada, derivadas de la existencia en los estados miembros, de diferencias en la protección de los derechos fundamentales y lleva a cabo una importante labor de armonización de las condiciones de ejecución de una orden de detención europea en caso de condena en rebeldía, que refleja el consenso alcanzado por los estados miembros en su conjunto, sobre el alcance que debe darse, en virtud del derecho de la Unión, a los derechos procesales de los que disfrutaban las personas condenadas en rebeldía contra las que se emite una OEDR.

¹³¹ No obstante ambos países participan en el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen.

¹³² TIRADO ESTRADA, J.J., en *Euroorden versus extradición. La superación de las viejas fórmulas de cooperación judicial internacional*. En Revista del Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. 2º semestre de 2003- número 3.

¹³³ Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la UE, los Tratados Constitutivos de las CCEE y determinados actos conexos («DOCE» C núm. 340, de 10 de noviembre de 1997; «BOE» núm. 109, de 7 de mayo de 1999).

resoluciones judiciales y la ejecución de sentencias dictadas en procesos penales.

El impulso definitivo vino de la mano del Consejo Europeo de Tampere celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999¹³⁴.

¹³⁴ Conclusión V. Mejor acceso a la justicia en Europa

29. Con el fin de facilitar el acceso a la justicia, el Consejo Europeo invita a la Comisión a que, en cooperación con otros foros pertinentes, como el Consejo de Europa, ponga en marcha una campaña de información y publique "guías del usuario" adecuadas sobre la cooperación judicial en la Unión y sobre los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Pide también que se establezca un sistema de información de fácil acceso mantenido y actualizado por una red de autoridades nacionales competentes.

30. El Consejo Europeo invita al Consejo a que, a partir de propuestas de la Comisión, instaure normas mínimas que garanticen un nivel adecuado de asistencia jurídica en litigios transfronterizos en toda la Unión, así como normas especiales de procedimiento comunes para la tramitación simplificada y acelerada de litigios transfronterizos relativos a demandas de consumidores o de índole mercantil de menor cuantía, así como a demandas de pensión alimenticia y a reclamaciones sin oposición. Los Estados miembros deberían instaurar asimismo procedimientos extrajudiciales alternativos.

31. Deben establecerse normas mínimas comunes para los formularios o documentos multilingües que han de utilizarse en juicios transfronterizos en toda la Unión. Una vez establecidos, dichos documentos o formularios deberán aceptarse mutuamente como documentos válidos en todos los procesos judiciales que se celebren en la Unión.

32. Habida cuenta de la comunicación de la Comisión, deberían elaborarse normas mínimas sobre la protección de las víctimas de los delitos, en particular sobre el acceso de las víctimas de los delitos a la justicia y sobre su derecho a ser indemnizadas por los daños sufridos, también por lo que respecta a los gastos judiciales. Además, deberán crearse programas nacionales para financiar medidas, tanto públicas como no gubernamentales, de asistencia y protección de las víctimas.

Conclusión VI. Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales

33. Un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales y la necesaria aproximación de las legislaciones facilitaría la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales. Por consiguiente, el Consejo Europeo hace suyo el principio del reconocimiento mutuo, que, a su juicio, debe ser la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión. El principio debe aplicarse tanto a las sentencias como a otras resoluciones de las autoridades judiciales.

34. En materia civil, el Consejo Europeo pide a la Comisión que formule una propuesta para reducir aún más las medidas intermedias que siguen exigiéndose para el reconocimiento y ejecución de una resolución o sentencia en el Estado requerido. El primer paso ha de consistir en suprimir dichos procedimientos intermedios para los expedientes relativos a demandas de

En él se consideró que el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales debía convertirse en el eje vertebrador de la cooperación judicial entre estados de la Unión. Un principio por cierto, que debía aplicarse a todo tipo de resoluciones dictadas por autoridades judiciales.

Tras la elaboración de un programa de medidas destinado a poner en práctica el reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal de fecha 15 de enero de 2001, se estableció que el reconocimiento mutuo sería de aplicación a las resoluciones judiciales que hubiesen adquirido firmeza y decidieran sobre el fondo de la cuestión, a las resoluciones que ordenaran la aprehensión de pruebas e instrumentos o efectos del delito y a la detención y puesta a disposición del delincuente.

consumidores o de índole mercantil de menor cuantía y para determinadas sentencias en el ámbito de los litigios familiares (por ejemplo, demandas de pensión alimenticia y derechos de visita). De ese modo, dichas resoluciones se reconocerían automáticamente en toda la Unión sin que se interpusieran procedimientos intermedios o motivos para denegar la ejecución. Ello podría ir acompañado del establecimiento de normas mínimas sobre aspectos concretos del Derecho procesal civil.

35. En materia penal, el Consejo Europeo insta a los Estados miembros a que ratifiquen con celeridad los Convenios de extradición de la UE de 1995 y 1996. Considera que el procedimiento formal de extradición debe suprimirse entre los Estados miembros en el caso de las personas condenadas por sentencia firme que eluden la justicia, y sustituirse por el mero traslado de dichas personas, de conformidad con el artículo 6 del TUE. También deben considerarse procedimientos acelerados de extradición, respetando el principio de juicio justo. El Consejo Europeo invita a la Comisión a que formule propuestas en ese sentido, a la luz del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

36. El principio del reconocimiento mutuo debe aplicarse también a los autos anteriores al juicio, en particular a los que permiten a las autoridades competentes actuar con rapidez para obtener pruebas y embargar bienes que puedan ser trasladados con facilidad; las pruebas obtenidas legalmente por las autoridades de un Estado miembro deberán ser admisibles ante los tribunales de otros Estados miembros, teniendo en cuenta la normativa que se aplique en ellos.

37. El Consejo Europeo pide al Consejo y a la Comisión que adopten, a más tardar en diciembre de 2000, un programa de medidas para llevar a la práctica el principio del reconocimiento mutuo. En dicho programa, también deberá emprenderse una labor en torno al Título Ejecutivo Europeo y a los aspectos del Derecho procesal con respecto a los cuales se considera necesario contar con normas mínimas comunes para facilitar la aplicación del principio del reconocimiento mutuo, respetando los principios jurídicos fundamentales de los Estados miembros.

Un principio el del reconocimiento mutuo, que encuentra su fundamento en las dos ideas de la equivalencia y de la confianza¹³⁵ y que supone que los estados miembros reconocen y aceptan las resoluciones adoptadas por autoridades competentes de otro estado miembro, dándoles ejecución como si se tratara de resoluciones dictadas por un órgano judicial nacional. Ello no obstante, y pese lo hasta aquí expuesto, los estados miembros, o algunos de ellos más que otros, se muestran algo reticentes al reconocimiento de resoluciones judiciales en materia penal procedentes de otro estado miembro, y es la confianza mutua un *prius* inexcusable para la configuración y plena ejecución de este mecanismo de cooperación judicial.

La OEDE venía definida en el art. 1.1 de la Ley 3/2003 de 14 de marzo sobre OEDE, una ley que fue derogada por la actual ley aplicable la 23/2014 de 20 noviembre sobre reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE que la define de la forma que sigue: “La orden de detención europea es una resolución judicial dictada por un estado miembro de la UE con vistas a la detención y entrega por otro estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad o medida de internamiento en centro de menores”.

Una Ley ésta última que recoge en el Capítulo III de su Título II –Orden Europea de detención y Entrega- lo atinente a la ejecución de una OEDE.

Así pues la autoridad judicial emisora podrá dictar OEDE con la finalidad de proceder al ejercicio de acciones penales –entrega para enjuiciamiento- o bien

¹³⁵ La equivalencia la identificamos con el que aunque un Estado no trate de forma análoga o equivalente una determinada materia, debe aceptar la forma en que otro estado lo haga. Respecto a la confianza, decir que cada Estado debe confiar en el sistema de justicia de los otros.

con el fin de proceder al cumplimiento de una condena o pena o medida de seguridad privativas de libertad –entrega para cumplimiento de condena-.

Las características más destacables de la OEDE las podemos resumir siguiendo a IRUZUN MONTORO¹³⁶ de la forma que sigue:

- Judicialización íntegra del procedimiento: La OEDE es emitida por un órgano judicial y dirigida a otro que es el encargado de darle cumplimiento, de forma que la intervención de las autoridades centrales de los estados miembros pasa a ser totalmente secundaria y residual¹³⁷.
- Limitación del principio de la doble incriminación a determinados tipos delictivos: Habida cuenta de la imposibilidad de prescindir en su totalidad de la doble incriminación, la DM ha optado por un sistema mixto, configurándose un catálogo de tipos penales que atiende a un

¹³⁶ IRUZUN MONTORO, Fdo. en *El Proceso de adopción de la Decisión Marco en los 15 Estados miembros*. obra colectiva *La Orden de detención y entrega europea*. Dir. ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., coor. MUÑOZ DE MORALES, M. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.

¹³⁷ **Artículo 7 de la ley derogada 3/2003 de 14 de marzo: Intervención de la autoridad central.**—1. Cada Estado miembro podrá designar una autoridad central o, si su ordenamiento jurídico lo dispone, varias autoridades centrales para que auxilien a las autoridades judiciales competentes.

2. Un Estado miembro podrá decidir, si es necesario debido a la organización de su ordenamiento jurídico interno, confiar a su autoridad o autoridades centrales la transmisión y recepción administrativas de las órdenes de detención europeas, así como de toda correspondencia oficial relacionada con ellas.

El Estado miembro que desee hacer uso de las posibilidades contempladas en el presente artículo comunicará a la secretaría General del Consejo la información relativa a la autoridad o autoridades centrales. Estas indicaciones serán vinculantes para todas las autoridades del Estado miembro emisor.

Art. 35 de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre: Autoridades competentes en España para emitir y ejecutar una orden europea de detención y entrega.

1. Son autoridades judiciales competentes para emitir una orden europea de detención y entrega el Juez o Tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes.

2. La autoridad judicial competente para ejecutar una orden europea de detención será el Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional. Cuando la orden se refiera a un menor la competencia corresponderá al Juez Central de Menores.

sistema de *numerus clausus* respecto de los que desaparece el control de la doble incriminación siempre que por contra se supere un determinado límite punitivo. O lo que es lo mismo, cuando una autoridad judicial reciba una OEDE por una modalidad delictiva contemplada en la lista¹³⁸

¹³⁸ **Artículo 2 de la derogada ley 3/2003: Ámbito de aplicación de la orden de detención europea.**—1. Se podrá dictar una orden de detención europea por aquellos hechos para los que la ley del Estado miembro emisor señale una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de 12 meses o, cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad.

2. Darán lugar a la entrega, en virtud de una orden de detención europea, en las condiciones que establece la presente Decisión marco y sin control de la doble tipificación de los hechos, los delitos siguientes, siempre que estén castigados en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años, tal como se definen en el Derecho del Estado miembro emisor:

- pertenencia a organización delictiva,
- terrorismo,
- trata de seres humanos,
- explotación sexual de los niños y pornografía infantil,
- tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas,
- tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos,
- corrupción,
- fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas con arreglo al Convenio de 26 de julio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas,
- blanqueo del producto del delito,
- falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro,
- delitos de alta tecnología, en particular delito informático,
- delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas,
- ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal,
- homicidio voluntario,

-
- agresión con lesiones graves,
 - tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos,
 - secuestro,
 - detención ilegal y toma de rehenes,
 - racismo y xenofobia,
 - robos organizados o a mano armada,
 - tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte,
 - estafa,
 - chantaje y extorsión de fondos,
 - violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías,
 - falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos,
 - falsificación de medios de pago,
 - tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento,
 - tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares,
 - tráfico de vehículos robados,
 - violación,
 - incendio voluntario,
 - delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional,
 - secuestro de aeronaves y buques,
 - sabotaje.

3. El Consejo podrá decidir en todo momento, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo en las condiciones previstas en el apartado 1 del artículo 39 del Tratado de la Unión Europea (TUE), añadir otras categorías de delitos a la lista incluida en el apartado 2 del presente artículo. El Consejo considerará, a la vista del informe que le presente la Comisión con arreglo al apartado 3 del artículo 34, si procede ampliar o modificar dicha lista.

4. Para los delitos distintos de los mencionados en el apartado 2, la entrega podrá supeditarse al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la orden de detención

y siempre que supere un determinado umbral penológico, la autoridad deberá ejecutarla con independencia de que su ordenamiento penal recoja dicha modalidad delictiva¹³⁹.

- Reformulación de los motivos de denegación y las garantías exigibles¹⁴⁰.

Se establece un catálogo de motivos de denegación obligatorias como son:

europea sean constitutivos de un delito respecto del Derecho del Estado miembro de ejecución, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo.

Art. 47 de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre: Hechos que dan lugar a la entrega.

1. Cuando la orden europea de detención y entrega hubiera sido emitida por un delito que pertenezca a una de las categorías de delitos enumeradas en el apartado 1 del artículo 20 y dicho delito estuviera castigado en el Estado de emisión con una pena o una medida de seguridad privativa de libertad o con una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor cuya duración máxima sea, al menos, de tres años, se acordará la entrega de la persona reclamada sin control de la doble tipificación de los hechos.

2. En los restantes supuestos no contemplados en el apartado anterior, siempre que estén castigados en el Estado de emisión con una pena o medida de seguridad privativa de libertad o con una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor cuya duración máxima sea, al menos, de doce meses o, cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad, la entrega podrá supeditarse al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la orden europea de detención y entrega sean constitutivos de un delito conforme a la legislación española, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo.

¹³⁹ SENTENCIA TB DE LUXEMBURGO DE 3 DE MAYO DE 2007 EN ASUNTO C-303/05 sobre posible falta de adecuación al principio de taxatividad.

¹⁴⁰ **Artículo 5 de la ley derogada 3/2003 de 14 de marzo: Garantías que deberá dar el Estado miembro emisor en casos particulares.**—La ejecución de la orden de detención europea por parte de la autoridad judicial de ejecución podrá supeditarse, con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución, a una de las condiciones siguientes:

- 1) [...]

Este apartado 1 ha sido suprimido por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009 (DOUE, L 81, de 27 de marzo).

- 2) cuando la infracción en que se basa la orden de detención europea esté castigada con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad a perpetuidad, la ejecución de la orden de detención europea podrá estar sujeta a la condición de que el Estado miembro emisor tenga dispuesto en su ordenamiento jurídico una revisión de la pena impuesta, previa petición o cuando hayan transcurrido al menos 20 años, o para la aplicación de medidas de clemencia a las

cuales la persona se acoja con arreglo al Derecho o práctica del Estado miembro emisor con vistas a la no ejecución de dicha pena o medida;

3) cuando la persona que fuere objeto de la orden de detención europea a efectos de entablar una acción penal fuere nacional del Estado miembro de ejecución o residiere en él, la entrega podrá supeditarse a la condición de que la persona, tras ser oída, sea devuelta al Estado miembro de ejecución para cumplir en éste la pena o la medida de seguridad privativas de libertad que pudiere pronunciarse en su contra en el Estado miembro emisor.

Art. 48 de la ley 23/2014 de 20 de noviembre: Denegación de la ejecución de una orden europea de detención y entrega.

1. La autoridad judicial de ejecución española denegará la ejecución de la orden europea de detención y entrega, además de en los supuestos previstos en los artículos 32 y 33, en los casos siguientes:

a) Cuando la persona reclamada haya sido indultada en España de la pena impuesta por los mismos hechos en que se funda la orden europea de detención y entrega y éste fuera perseguible por la jurisdicción española.

b) Cuando se haya acordado el sobreseimiento libre en España por los mismos hechos.

c) Cuando sobre la persona que fuere objeto de la orden europea de detención y entrega haya recaído en otro Estado miembro de la Unión Europea una resolución definitiva por los mismos hechos que impida definitivamente el posterior ejercicio de diligencias penales.

d) Cuando la persona objeto de la orden europea de detención y entrega haya sido juzgada definitivamente por los mismos hechos en un tercer Estado no miembro de la Unión Europea, siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado de condena.

e) Cuando la persona que sea objeto de la orden europea de detención y entrega aún no pueda ser, por razón de su edad, considerada responsable penalmente de los hechos en que se base dicha orden, con arreglo al Derecho español.

2. La autoridad judicial de ejecución española podrá denegar la ejecución de la orden europea de detención y entrega en los casos siguientes:

a) Cuando la persona que fuere objeto de la orden europea de detención y entrega esté sometida a un procedimiento penal en España por el mismo hecho que haya motivado la orden europea de detención y entrega.

b) Cuando la orden europea de detención y entrega se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad, siendo la persona reclamada de nacionalidad española, salvo que consienta en cumplir la misma en el Estado de emisión. En otro caso, deberá cumplir la pena en España.

c) Cuando la orden europea de detención y entrega se refiera a hechos que se hayan cometido fuera del Estado emisor y el Derecho español no permita la persecución de dichas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio.

Art. 49 de la ley 23/2014 de 20 de noviembre: Denegación de la ejecución de una orden europea de detención y entrega por haberse dictado en ausencia del imputado.

1. Además de los casos previstos en el artículo 33, la autoridad judicial española podrá denegar también la ejecución de la orden europea de detención y entrega cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución, a menos que en la orden europea de detención y entrega conste, de acuerdo con los demás requisitos previstos en la legislación procesal del Estado de emisión, que no se notificó personalmente al imputado la resolución pero se le notificará sin demora tras la entrega, momento en el que será informado de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso, con indicación de los plazos previstos para ello, con la posibilidad de que de ese nuevo proceso en el que tendría derecho a comparecer, derivase una resolución contraria a la inicial.

2. En caso de que una orden europea de detención y entrega se emita con el fin de ejecutar una pena privativa de libertad o una orden de detención con arreglo a las condiciones del apartado anterior y el interesado no haya recibido con anterioridad información oficial sobre la existencia de una acción penal contra él, dicha persona, al ser informada del contenido de la orden europea de detención y entrega, podrá solicitar a efectos meramente informativos recibir una copia de la sentencia con carácter previo a su entrega.

La autoridad de emisión, a través de la autoridad judicial española, proporcionará al interesado la copia de la sentencia con carácter inmediato, sin que la solicitud de la copia pueda en ningún caso demorar el procedimiento de entrega ni la decisión de ejecutar la orden europea de detención y entrega.

3. En caso de que una persona sea entregada en las condiciones previstas en el apartado 1 de este artículo y haya solicitado un nuevo proceso o interpuesto un recurso, se revisará su detención, ya sea periódicamente o a solicitud del interesado, de acuerdo con la legislación del Estado de emisión, a los efectos de determinar su posible suspensión o interrupción, hasta que las actuaciones hayan finalizado.

Artículo 11 de de la derogada ley 3/2003 de 14 de marzo: Derechos de la persona buscada.—

1. Cuando una persona buscada sea detenida, la autoridad judicial de ejecución competente informará a dicha persona, de conformidad con su Derecho interno, de la existencia de la orden de detención europea, de su contenido, así como de la posibilidad que se le brinda de consentir en su entrega a la autoridad judicial emisora.

2. Toda persona buscada que sea detenida a efectos de la ejecución de una orden de detención europea tendrá derecho a contar con la asistencia de un abogado y, en caso necesario, de un intérprete, de conformidad con el Derecho interno del Estado miembro de ejecución.

Artículo 3 de la ley 23/2014 de 20 de noviembre: Respeto a los derechos y libertades fundamentales.

La presente Ley se aplicará respetando los derechos y libertades fundamentales y los principios recogidos en la Constitución Española, en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales del Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1950.

- el *ne bis in idem* -cuando la persona reclamada haya sido juzgada definitivamente por los mismo hechos en otro estado miembro-
 - que la persona objeto de la OEDE por razón de edad, no pueda ser considerada responsable penalmente de los hechos en que se basa dicha orden conforme al derecho español,
 - que la persona reclamada haya sido indultada en España de la pena impuesta por los mismos hechos.
- Reforzamiento de la protección de los derechos individuales del “extraditurus”¹⁴¹.
 - Entrega de nacionales: Basándose en la soberanía estatal y la desconfianza hacia el ordenamiento extranjero, el proceso de extradición presenta como una de sus notas características la prohibición de entrega de nacionales, situación superada por la OEDE.
 - Agilización procedimental: Tanto en el acortamiento de plazos como en la simplificación de los trámites documentales. Resulta aplicable por lo

¹⁴¹ Consideración previa nº 12 de la DM 2002/584/JAI: La presente Decisión marco respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y reflejados en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea ⁽⁷⁾, en particular en su capítulo VI. Nada de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse en el sentido de que impide la entrega de una persona contra la que se ha dictado una orden de detención europea cuando existan razones objetivas para suponer que dicha orden de detención europea ha sido dictada con fines de persecución o sanción a una persona por razón de sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual, o que la situación de dicha persona pueda quedar perjudicada por cualesquiera de estas razones. La presente Decisión marco no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas al respeto del derecho a un proceso equitativo, la libertad de asociación, libertad de prensa y libertad de expresión en los demás medios.

Consideración previa nº 13 de la DM 2002/584/JAI: Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.

Art. 1.3 de la DM 2002/584/JAI: La presente Decisión marco no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.

que a su ámbito objetivo se refiere y según lo previsto en el art. 37 de la Ley 23/2014¹⁴² a dos situaciones en particular:

a) Con el fin de proceder al ejercicio de acciones penales, por aquellos hechos para los que la ley penal española señale una pena o una medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea al menos, de doce meses, o de una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor por el mismo plazo.

b) Con el fin de proceder al cumplimiento de una condena a una pena o una medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad, o de una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor por el mismo plazo.

Habida cuenta de los casos que van a ser objeto de trato en el segundo apartado de este capítulo y a propósito de su contenido, me parece oportuno abordar aunque solo sea de paso, algunas consideraciones en torno a la ejecución por parte de las autoridades judiciales españolas de la Euro-orden solicitada por otro estado europeo.

Es el Juzgado Central de Instrucción (JCI) el órgano que recibe la OEDE y quien procederá a comprobar que esté debidamente traducida al español y el formulario debidamente cumplimentado así como que los hechos en él descritos se encuadran en alguno de los supuestos delictivos del art. 20.1¹⁴³ de la

¹⁴²**Art. 2.1 y 2.1 de la DM 2002/584/JAI 1.** Se podrá dictar una orden de detención europea por aquellos hechos para los que la ley del Estado miembro emisor señale una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de 12 meses o, cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad. **2.** Darán lugar a la entrega, en virtud de una orden de detención europea, en las condiciones que establece la presente Decisión marco y sin control de la doble tipificación de los hechos, los delitos siguientes, siempre que estén castigados en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años, tal como se definen en el Derecho del Estado miembro emisor (...).

¹⁴³ **Artículo 20. Ausencia de control de la doble tipificación y sus excepciones.**

1. Cuando una orden o resolución dictada en otro Estado miembro sea transmitida a España para su reconocimiento y ejecución, estos instrumentos no estarán sujetos al control de la doble

tipificación por el Juez o Tribunal español, en la medida en que se refiera a alguno de los delitos enumerados a continuación y se cumplan las condiciones exigidas por la Ley para cada tipo de instrumento de reconocimiento mutuo.

Los delitos son los siguientes:

Pertenencia a una organización delictiva.

Terrorismo.

Trata de seres humanos.

Explotación sexual de menores y pornografía infantil.

Tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas.

Tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos.

Corrupción.

Fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

Blanqueo de los productos del delito.

Falsificación de moneda.

Delitos informáticos.

Delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas.

Ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal.

Homicidio voluntario y agresión con lesiones graves.

Tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos.

Secuestro, detención ilegal y toma de rehenes.

Racismo y xenofobia.

Robos organizados o a mano armada.

Tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte.

Estafa.

Chantaje y extorsión de fondos.

Violación de derechos de propiedad intelectual o industrial y falsificación de mercancías.

Falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos.

Falsificación de medios de pago.

Tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento.

Tráfico ilícito de materias nucleares o radiactivas.

Ley 23/2014 de 20 de noviembre, superando los mínimos punitivos del art. 47.1 y 2 del mismo texto legal y la exigencia de la doble incriminación cuando sean los no comprendidos en el elenco antes referenciado.

Una vez examinados dichos requisitos, el JCI dictará Auto de detención contra la persona requerida comunicando al Ministerio de Justicia la recepción de la orden.

Hallada y una vez detenida la persona reclamada y según lo dispuesto en el art. 50.2, ésta será puesta a disposición del JCI de la AN en el plazo máximo de 72 horas procediendo acto seguido a comunicarle a dicha persona, la existencia de la orden, su contenido, sus derechos y posibilidad de consentir con carácter irrevocable, su entrega al estado requirente emisor de la OEDE.

La detención de la persona reclamada se comunicará por parte del JCI a la autoridad emisora.

En puridad y de conformidad con el art. 65.4º de la LOPJ tras la redacción dada por LO 2/2003, la competencia para la regularización de la situación personal de detenido en virtud de una OEDE corresponde al JCI pese a ello, es frecuente que sea el Juzgado de guardia del lugar en el que sea hallado el requerido, el que proceda a dicha regularización.

La Ley 3/2003¹⁴⁴ en sus artículos 13 a 17 también establecía dicha competencia configurando la sucesión de actos que siguen a la detención del sujeto, como de acto procesal concentrado. Según el art. 14 de la Ley, se procede acto seguido a dar audiencia al detenido ante el JCI en el plazo de 72 horas desde su puesta a

Tráfico de vehículos robados.

Violación.

Incendio provocado.

Delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Secuestro de aeronaves y buques.

Sabotaje.

¹⁴⁴ Derogada por Ley 23/2014 de 20 de noviembre en vigor desde el 1 de julio de 2015.

disposición judicial con intervención del MF, el letrado del detenido asistido de interprete en su caso, y todo ello de conformidad con lo prescrito para la declaración del detenido en la LECRIIm algo que hoy recoge el art. 51 de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre.

En primer lugar el detenido se pronunciará sobre si presta o no su consentimiento irrevocable a la entrega. De no prestarlo, el Juez oirá a las partes siendo en todo caso preceptiva la presencia del MF a los efectos de manifestarse sobre la procedencia o no de la entrega y la imposición de condiciones en su caso. En dicha audiencia se podrán proponer pruebas relativas a la concurrencia de causas de denegación o conformidad con la entrega. El JCI oído el MF y teniendo en cuenta las características del caso, acordará prisión provisional para asegurar la ejecución de la OEDE o en su caso la libertad provisional con adopción de las medidas cautelares que considere oportunas.

En los casos de entrega para enjuiciamiento y si lo hubiese interesado el país requirente, se podrá acordar bien que se tome declaración al reclamado o bien que se proceda a su entrega temporal al estado de emisión. Dicho procedimiento se recoge en el art. 52 de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre.

En el primero de los supuestos, la autoridad reclamante se trasladará a España de conformidad con lo previsto en el art. 16.2 y la toma de declaración se desarrollará de conformidad con las prevenciones de la ley española con garantía por supuesto de sus derechos.

También se puede optar por el traslado temporal de la persona reclamada al país emisor en los términos fijados por éste aunque con obligación para el reclamado de retornar a España para asistir a las posibles vistas orales que deban celebrarse¹⁴⁵.

Por lo que se refiere a la entrega del reclamado, si éste hubiese prestado su consentimiento y el MF no advirtiese causas de denegación, se dictará Auto acordando la entrega al Estado de emisión.

¹⁴⁵ De conformidad con lo previsto en el art. 52.3 de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre.

En el resto de casos, es decir tanto en los que el reclamado no presta su consentimiento como si se aprecia la concurrencia de causas de denegación o acondicionamiento a la entrega, el JCI convocará a las partes a una vista a celebrar en el plazo máximo de 3 días y resolverá mediante Auto a dictar en el plazo máximo de 10 días tras la celebración de la vista y contra el que cabrá apelación ante la Sala Penal de la AN.

El art. 54 de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre fija los plazos para la ejecución de la OEDE.

Así pues y en resumen, el procedimiento quedaría configurado de la siguiente forma: La audiencia de la persona detenida se celebrará en el plazo máximo de 72 horas desde la puesta a disposición con intervención del MF, abogado del detenido e intérprete en su caso.

Se mantiene también la posibilidad de que la persona reclamada preste su consentimiento irrevocable a su entrega al país emisor.

En caso de no consentir, el JCI convocará a las partes para la celebración de vista que deberá celebrarse en un plazo máximo de 3 días y a la que asistirá el MF, la persona reclamada asistida de letrado y en su caso intérprete. En dicha vista y siguiendo con la regulación anterior, se podrán practicar los medios de prueba admitidos relativos a la concurrencia de causas de denegación o condicionamiento de la entrega.

El Juez Central de Instrucción oír a las partes sobre tales extremos y admitirá o denegará las pruebas propuestas. En caso de que la persona reclamada hubiese quedado en libertad provisional y no compareciere a dicha vista, ésta se celebrará en ausencia de aquél y resolverá el órgano judicial en el plazo máximo de 10 días tras la vista cupiendo contra la resolución apelación ante la Sala de lo Penal de la AN.

De conformidad con lo previsto en el art. 52 de la ley objeto de estudio, cuando la OEDE tenga por finalidad el ejercicio de acciones penales si la autoridad de emisión lo solicita, el Juez Central de Instrucción acordará, oído el MF por plazo

de 3 días, que se tome declaración a la persona reclamada o que se la traslade temporalmente al estado de emisión.

La declaración de la persona reclamada se llevará a cabo por la autoridad judicial de emisión que se traslade a España y en presencia de la autoridad judicial española que velará porque la misma se practique según lo previsto por la Ley española y en las condiciones pactadas entre ambas autoridades judiciales, que podrán incluir el respeto a los requisitos y formalidades exigidos por la legislación del Estado de emisión siempre y cuando no sean contrarios a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico y todo ello con presencia del Secretario judicial a los efectos de dejar constancia del cumplimiento de los requisitos previstos en este artículo.

Se contempla también la posibilidad de que se acuerde la entrega temporal de la persona detenida con retorno de la misma para poder asistir a las vistas que le conciernen en el marco del procedimiento de entrega.

La OEDE según prevé el art. 54 de la ley, se tramitará con carácter de urgencia. Si la persona reclamada consiente su entrega, la resolución judicial deberá adoptarse en los 10 días siguientes a la celebración de la audiencia y en el caso de que no medie consentimiento, el plazo máximo para adoptar la resolución será de 60 días desde que se produjera la detención, admitiéndose la posibilidad de prorrogar dicho plazo otros 30 días más por razones justificadas.

El art. 49 de la ley contempla también la posibilidad de denegación de la ejecución de una OEDE por haberse dictado en ausencia del imputado esto es, la autoridad judicial española podrá denegar la ejecución de la OEDE cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que se derive la resolución, a menos que en la OEDE conste, de acuerdo con los demás requisitos previstos en la legislación procesal del estado de emisión, que no se notificó personalmente al imputado la resolución pero se le notificará sin demora tras la entrega, momento en el que será informado de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso, con indicación de los plazos previstos para ello, con la

posibilidad de que de ese nuevo proceso en el que tendría derecho a comparecer, derivase una resolución contraria a la inicial.

Contempla el apartado segundo del mismo artículo que en el caso de que la OEDE se emita con el fin de ejecutar una pena privativa de libertad o una orden de detención con arreglo a las condiciones antes descritas y si el interesado no hubiese recibido con anterioridad información oficial sobre la existencia de una acción penal contra él, dicha persona, al ser informada del contenido de la orden europea de detención y entrega, podrá solicitar a efectos meramente informativos, recibir una copia de la sentencia con carácter previo a su entrega facilitando al interesado la autoridad de emisión, a través de la autoridad judicial española, una copia de la sentencia con carácter inmediato, sin que la solicitud de la copia pueda demorar en ningún caso el procedimiento de entrega ni la decisión de ejecutar la OEDE.

Finaliza el artículo recogiendo en su apartado tercero que en caso de una persona entregada en las condiciones previstas en el apartado 1º del artículo y en caso de que haya solicitado un nuevo proceso o interpuesto recurso, se revisará su detención, periódicamente o a solicitud del interesado, de conformidad con la legislación del estado emisor a los efectos de determinar su posible suspensión o interrupción, hasta que las actuaciones hayan finalizado.

Conde Pumpido¹⁴⁶ recoge algunas consideraciones respecto de lo que el art. 5 de la Decisión Marco preveía en casos de resoluciones dictadas en rebeldía del sujeto requerido en el estado requirente. Previsiones recogidas en el art. 5.1 de la DM que rezaba lo que sigue: “1) cuando la orden de detención europea se hubiere dictado a efectos de ejecutar una pena o una medida de seguridad privativas de libertad impuestas mediante resolución dictada en rebeldía, y si la

¹⁴⁶ CONDE PUMPIDO, C. La orden de detención y entrega europea. La perspectiva española. En la obra colectiva *La Orden de detención y entrega europea*. Dir. ARROYO ZAPATERO, L y NIETO MARTÍN, A., coor. MUÑOZ DE MORALES, M. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.

persona afectada no ha sido citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y el lugar de la audiencia que llevó a la resolución dictada en rebeldía, la entrega estará sujeta a la condición de que la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista.”

Pues bien, el citado artículo establecía que la ejecución de la OEDE podía supeditarse, de acuerdo con el derecho del estado miembro de ejecución a la condición de que, y en el caso de que la persona afectada no hubiese sido citada personalmente o informada de cualquier otra forma del lugar y fecha de la audiencia que dio lugar al dictado de la resolución dictada en rebeldía, diera garantías que se considerasen suficientes para asegurar a la persona reclamada que tuviese la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguardase el derecho de defensa en el estado miembro emisor y poder estar presente en la vista.

Resulta destacable que pese a dicha previsión, la ley española no la hubiese recogido a pesar de que el TC resolviera en dicho sentido en no pocas ocasiones.

Dice así el TC en Sentencia 91/2000 de 30 de marzo FJ 4º lo que sigue “En el asunto ahora enjuiciado, según ya se ha indicado, el Sr. Cavallo fue condenado en contumacia por el Tribunal de Apelación de Brescia, en Sentencia de 20 de marzo de 1995, a una pena de siete años y dos meses de privación de libertad. Si bien en el juicio penal sus intereses fueron defendidos por un Letrado, en ningún momento tuvo lugar la presencia personal del imputado en juicio. No hay dificultad alguna en calificar de grave la pena de siete años y dos meses de privación de libertad. Y por otra parte, según consta en los Autos de la Audiencia Nacional ahora impugnados (explícitamente, en el de la Sección Primera, e implícitamente en el del Pleno de la Sala), se trata de una Sentencia

firme. Por último, y aun sin necesidad de enjuiciar si el derecho a la autodefensa es o no renunciable, es lo cierto que en las actuaciones no consta una renuncia expresa del condenado a un juicio penal en su presencia: en la Sentencia condenatoria se hace expresa alusión a la conducta de colaboración del condenado con la Justicia italiana, pero ni de este dato, ni de la presencia en juicio de un Letrado para la defensa de sus intereses, podemos colegir una renuncia expresa al derecho a comparecer personalmente en juicio. A la vista de estos datos, y conforme a lo resuelto en nuestra STC 91/2000, debemos concluir que la extradición del Sr. Cavallo a Italia sólo podía tener lugar con la condición expresa de que por el Estado italiano se prestaran garantías de posible impugnación de la Sentencia condenatoria dictada *in absentia*. Dado que los dos Autos de la Audiencia Nacional ahora impugnados acceden a la extradición incondicionada del Sr. Cavallo, debemos concluir que por medio de aquellos Autos se ha vulnerado indirectamente el derecho del condenado a defenderse en un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E), por lo que procede el otorgamiento del amparo. ¹⁴⁷.

La exclusión obedece en opinión del autor, a razones estrictamente políticas pese a que la garantía que recoge el art. 5.1 de la Decisión Marco obedecía a una observancia absoluta a los derechos y principios que recoge el art. 6 del TUE y también recogidos en el Cap VI de la Carta de derechos fundamentales de la UE. Y claro está, la omisión citada dio lugar al planteamiento de numerosos asuntos ante el TC.

En fecha 28 de noviembre del 2000¹⁴⁸ se suscribió un Tratado con la República Italiana a los efectos de poder sortear así las resoluciones dictadas por el TC en

¹⁴⁷ doctrina reiterada tal y como apunta el autor en SSTC 134/2000 de 16 de mayo, 162/00 de 12 de junio, 163/2000 de 12 de junio, 110/202 de 6 de mayo, entre otras.

¹⁴⁸ El referido Tratado fue publicado en el BOCG número 130 de 20 de abril de 2001 y parte de la Declaración conjunta de los Ministros de Justicia de España y de la República Italiana de 20 de julio de 2000 a los efectos de crear un espacio común de libertad, seguridad y justicia entre ambos países para garantizar, desde la mutua cooperación, el ejercicio de los derechos y libertades del ciudadano eliminando los obstáculos e impedimentos que puedan dar lugar a la

los casos en que Italia emitiera OEDE y el reclamado, habida cuenta de que la legislación italiana permite la condena en ausencia, interesara un nuevo proceso para proteger su derecho de defensa.

La controversia parece disiparse con la derogación del citado apartado primero del art. 5 de la DM por la DM 2009/299.

El papel de la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de la Unión Europea es fundamental en materia de juicios celebrados en ausencia, por cuanto ya uno de los considerandos de aquella relativa al reforzamiento de los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado, pone de manifiesto una de las principales preocupaciones de quienes aplican el derecho.

Pese a dicha modificación, conviene reconsiderar que las dificultades no quedan del todo resueltas y frente a este espejismo optimista los escollos vienen de sustratos algo más profundos.

Siguiendo a Martín Pallín coincido con él en que mucho se ha avanzado en aspectos superficiales o formales, pero nada se ha hecho a los efectos de unificar el proceso penal en los estados miembros de la Unión y lógicamente ello comporta dificultades.

El Jurista propone como ejemplos a superar los de las negativas de Bélgica y Portugal a la entrega de dos personas acusadas de delito de terrorismo

aparición de zonas de impunidad en el seno de su territorio y con el propósito de crear un espacio común en el que las sentencias penales de condena y resoluciones judiciales de restricción de la libertad personal ejecutables dictadas en cualquiera de ambos países tengan plena validez, reconocimiento y eficacia en el territorio de ambos Estados. A tal efecto y como se recoge en los considerandos del tratado, se conviene la supresión de los procedimientos de extradición para los delitos graves de terrorismo, crimen organizado, tráfico de estupefacientes, tráfico de seres humanos, abuso sexual contra menores y tráfico ilícito de armas.

Se reconoce entre ambos países la eficacia de resoluciones judiciales dictadas en el marco de los procesos por los delitos antes enumerados. En definitiva una modalidad de OEDE creada entre ambos Estados. La parte requerida comunicará a la requirente la decisión sobre la entrega o no en el plazo de 90 días desde la recepción de la misma.

fundadas en el reconocimiento y respeto de los derechos del art. 6 del TUE recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales.

En definitiva y haciendo mías con su permiso las palabras del autor, es dable apreciar restos de desconfianza escondidos detrás de una férrea defensa de derechos fundamentales pese a las garantías mostradas y la reciprocidad en su caso, por parte del estado requerido¹⁴⁹. Y a ello anudo porque no, algún chispazo de autoafirmación o reafirmación de la soberanía del estado requerido. Precisamente en relación a esta desconfianza y cierto recelo porque no decirlo, me parece muy interesante la observación que realiza la magistrada D^a. Adela Asua Batarrita en su voto particular a la STC 13-2-2014, nº 26/2014 que resuelve un recurso de amparo, Caso Melloni. Precisamente critica la magistrada que el TC proceda en la fundamentación jurídica de la sentencia resolutoria del recurso promovido por el Sr. Melloni, a “completar” la Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013 –que se estudiará en líneas posteriores- que resuelve varias cuestiones prejudiciales planteadas por el TC¹⁵⁰ y critica la postura del TC

¹⁴⁹ Pese a la exigencia de la interpretación del derecho nacional conforme a las Decisiones Marco, v. g. Sentencia del TJUE de 16 de junio de 2005, Caso Pupino, C-105/03, Rec. I-5285, ap 43.

¹⁵⁰ “2. Por otra parte, considero que las referencias que se contienen en el FJ 3 son totalmente innecesarias para resolver el recurso de amparo y resultan incoherentes a la luz de la resolución finalmente adoptada.

El FJ 2 de la Sentencia recuerda los términos de las cuestiones prejudiciales planteadas por nuestro ATC 86/2011 así como la respuesta que nos proporcionó el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 26 de febrero de 2013. Pues bien, inmediatamente después, el FJ 3 comienza señalando que, antes de proceder a la determinación del contenido absoluto del derecho fundamental alegado por el demandante de amparo, “debemos, sin embargo, completar la respuesta del Tribunal de Justicia con la doctrina establecida en su día por este Tribunal en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre”. No entiendo que este Tribunal pueda o tenga que “completar” las Sentencias que el Tribunal de Justicia adopta en vía prejudicial a instancia nuestra o de otro órgano jurisdiccional de la Unión. A continuación el FJ 3 realiza diversas afirmaciones genéricas sin aportar una explicación precisa de su finalidad o utilidad en el marco del presente amparo, pero me preocupa que, por su contenido, ubicación y tono, el FJ 3 se interprete como una implícita resistencia a asumir la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, en concreto a la respuesta dada a nuestra tercera pregunta.

Con su respuesta a nuestra tercera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia ha aclarado que el art. 53 de la Carta no permite que España aplique un nivel de protección más alto que el de la Carta en una materia -la orden europea de detención y entrega- en la que existen normas comunes europeas. De esta forma (y así se plasma en la fundamentación de la sentencia), el

Tribunal de Justicia rechaza rotundamente la interpretación que acompaña a nuestra pregunta y que nuestro Auto favorecía: el art. 53 de la Carta no autoriza a los Estados miembros a aplicar, en el ámbito de aplicación de la Carta (que es el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión), un nivel de protección más elevado.

Es sabido que la DTC 1/2004 de este Tribunal, sobre la compatibilidad de la ratificación del Tratado Constitucional con la Constitución española, adujo para sustentar la compatibilidad de la Carta de Derechos Fundamentales con la Constitución española, entre otros argumentos, una interpretación del art. 53 de la Carta que ahora ha sido rechazada categóricamente por el Tribunal de Justicia. La Sentencia de la mayoría, por tanto, al “completar la respuesta del Tribunal de Justicia con la doctrina establecida en su día por este Tribunal en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre”, parece estar indicando que no acepta la respuesta a la tercera pregunta que le ha proporcionado el Tribunal de Justicia, y que considera que el Tribunal Constitucional está facultado para aplicar el nivel de protección eventualmente mayor que puede derivar de la Constitución española en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Pues bien, si esa lectura del FJ 3 fuera correcta, la Sentencia de la mayoría estaría formulando de forma implícita su rechazo a la primacía del Derecho de la Unión que el Tribunal de Justicia ha vuelto a confirmar precisamente en su Sentencia de 26 de febrero de 2013. Todas las citas que el FJ 3 entresaca de la DTC 1/2004 apuntan en la misma dirección: se dirigen a subrayar los límites de la integración europea. La aceptación de la primacía del Derecho de la Unión está condicionada –se reitera hasta tres veces con distintas formulaciones– al respeto de los principios y valores básicos de la Constitución.

A mi juicio, es incoherente que, en un ámbito en el que no existe problema alguno de compatibilidad del Derecho de la Unión Europea con la Constitución española (pues la propia Sentencia se encarga en el FJ 4 de reinterpretar y ajustar a la baja el contenido absoluto del derecho fundamental afectado), parezca cuestionarse la primacía incondicionada de dicho ordenamiento sobre el Derecho interno y se recuerde enfáticamente sus límites. La reiteración de esos límites podría sugerir la existencia de un conflicto profundo entre ambos ordenamientos, postulado que ni se desprende de nuestra jurisprudencia ni creo que sea la opinión mayoritaria del Pleno.

Pero no acaba ahí el FJ 3. Creo apreciar además una crítica velada a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, al recordarle la necesidad de “garantizar y salvaguardar *de manera efectiva un alto nivel de protección* de los derechos fundamentales contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (énfasis añadido). Si esta fuera la intención de esas palabras, quiero mostrar mi absoluto desacuerdo. Este Tribunal no debe recordarle al Tribunal de Justicia la necesidad de que garantice *de forma efectiva* los derechos fundamentales ni que lo haga con *un alto nivel de protección*. Cada jurisdicción debe aplicar sus propias normas de tutela de los derechos fundamentales, con el nivel de protección que dimane de ellas; no puede ni debe garantizar un nivel más alto de protección que el que esas normas consagran, ni por supuesto un nivel de protección exactamente coincidente con el dispensado por cada una de las Constituciones de los Estados miembros. Sin duda le obliga un mandato (explícito o no) de optimización de los derechos reconocidos, pero eso es distinto a aplicar un alto nivel de protección, el cual puede chocar con otros derechos o con otros valores y fines constitucionales e incluso con garantías constitucionales reconocidas en alguno de los Estados miembros.

Que la intención de crítica al Tribunal de Justicia es real y no mero fruto de mi suspicacia, lo acredita el párrafo que sigue a continuación en el texto y que reproduce íntegramente la advertencia de la DTC 1/2004, según la cual en caso de excesos no remediados por el Tribunal de Justicia, la conservación de la supremacía de la Constitución obligaría al Tribunal Constitucional a abordar tales excesos. Sinceramente no entiendo que, en un supuesto en el que no existe un problema de interpretación divergente ni por supuesto un conflicto con norma constitucional alguna, este Tribunal recuerde y traiga a colación la doctrina formulada en la

en defensa de su autonomía jurídica frente al Derecho de la Unión que no hace más que en mi opinión, debilitar sus razonamientos por no ser acordes a lo que el TJUE, a quien compete la interpretación del derecho de la Unión, establece.

V.2 Selección de asuntos.

Voy a referirme a continuación a algunos de los casos más recientes que han sido abordados por el TC y por el Tribunal de Justicia de la UE en materia de procedimientos en los que lo que se pretende es dar cumplimiento a una resolución dictada por un Tribunal extranjero con el consiguiente análisis de las contrafuerzas que en la materia, los estados emisor y requerido hacen entrar en el terreno de juego.

Así pues y siempre con la vista en el art. 24.1 CE y enfatizando en la expresa interdicción de la indefensión; propongo partir del estudio de varios casos que permitirán abrir de nuevo la ventana a un panorama, que como hemos avanzado, en ocasiones resulta un tanto complejo y que en otras tantas abriga serias dificultades, para establecer cuál es el criterio seguido por el órgano judicial que aborda el caso en particular.

Como se verá, pese a la oscuridad ofrecida por la legislación aplicable al caso que va a analizarse en primer lugar , con fecha de 26 de febrero de 2009 y a través de la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, el panorama cambia radicalmente al incorporarse el ya citado art. 4 bis a la redacción de la Decisión

DTC 1/2004 para los casos hipotéticos y difícilmente concebibles de conflicto con la Constitución española que puedan surgir en la futura dinámica del Derecho de la Unión. Si la mayoría del Pleno consideraba que estábamos ante uno de esos supuestos, debería haberlo argumentado así lisa y llanamente; y si, por el contrario, consideraba que ese no era el caso, sobraba la advertencia.

En suma, en mi opinión la Sentencia debería haber prescindido íntegramente del FJ 3, que, en último término, parece dar a entender que este Tribunal está de alguna forma insatisfecho con la respuesta dada por el Tribunal de Justicia.”

Marco de 2002 que fue de aplicación al presente asunto y que abrigaba complejas preguntas acerca de la admisibilidad de celebrar juicios en ausencia sin que ello supusiera una vulneración del derecho de defensa.

En fecha 6 de febrero de 2007 las autoridades judiciales de Rumania expedieron una orden europea de detención y entrega para el cumplimiento de una pena de prisión de 4 años por un delito de explotación sexual infantil impuesta a un ciudadano de nacionalidad británica¹⁵¹.

Una vez incoado el procedimiento, en fecha 7 de marzo de 2007 se celebró la vista correspondiente en la que el penado no aceptó su entrega a Rumania alegando que el juicio y la vista de apelación allí celebrados, lo habían sido en su ausencia.

Mediante Auto de 27 de abril de 2007, la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la AN acordó la entrega del penado a Rumania por entender que las autoridades rumanas habían justificado debidamente que el juicio, en el que se impuso la pena por la que ahora se reclamaba la detención y entrega del ciudadano británico, no se había celebrado en rebeldía de éste sino que estaba citado en legal forma y compareció a través de su representante legal, por lo que el juicio había sido en ausencia pero con todas las garantías.

A estos argumentos se sumó el dato nada despreciable de que en ningún momento la representación legal del penado hizo mención alguna al hecho de que aquél no estuviera presente en el juicio de primera instancia, centrándose únicamente en aspectos relativos a la valoración de la prueba.

El ciudadano británico interpuso demanda de amparo ante el TC alegando vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías previsto

¹⁵¹ Asunto: **Sentencia del TC 28-09-2009, nº 199/2009.**

en el art 24.2 CE, por no haberse condicionado su entrega a Rumania a la exigencia según la doctrina del TC¹⁵², de revisión de la Sentencia en la que se le condenaba a cuatro años de prisión y que fue dictada en su ausencia.

La Sección 2ª del TC acordó, mediante Providencia de 11 de mayo de 2007, la admisión a trámite de la demanda.

El demandante de amparo interesó como medida cautelar y en aras a evitar que el recurso de amparo interpuesto perdiera en caso de ser estimado su finalidad, la suspensión de la ejecución del Auto impugnado siendo ésta acordada por Auto de 14 de mayo de 2007 fecha ésta última en la que la AN procedió a la ejecución de aquél, procediendo por tanto a la entrega del demandante de amparo a las autoridades rumanas y no quedando a la Sala 1ª del TC más opción que la de dictar el Auto 288/2007 de 18 de junio en el que se acordaba el archivo de las actuaciones del incidente de suspensión, por pérdida sobrevenida de objeto.

El día 7 de junio de 2007 se dio vista de las actuaciones al demandante de amparo y al Ministerio Fiscal, siendo especialmente relevante la postura del Ministerio Público que como garante de la legalidad y mediante escrito de 16 de julio de 2007, interesó la estimación de la demanda y consiguiente otorgamiento del amparo solicitado, por entender que efectivamente el Auto recurrido vulneraba el derecho a un proceso con todas las garantías al no haberse condicionado la entrega del penado a la exigencia de una revisión de la Sentencia condenatoria dictada en ausencia.

¹⁵² STC 91/2000 de 30 de marzo asunto Pavigliatini; STC 147/1999 Caso Leone y STC 141/1998 Caso Borgobello.

Lo hasta aquí dicho no presentaría especial interés si no fuera por el hecho de que ni la Decisión Marco del Consejo relativa a la orden europea de detención y entrega que era aplicable a los hechos, esto es la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, ni la Ley 3/2003 promulgada en aplicación de la misma, exigían inexcusable cumplimiento de lo que, tanto el demandante de amparo como el Ministerio Fiscal alegaban, pero de ello tampoco podía deducirse que cupiera la ignorancia de tal exigencia inherente en definitiva al derecho fundamental al proceso con todas las garantías¹⁵³.

El art. 5 de la Decisión Marco preveía la posibilidad de que en el caso de que la OEDE se hubiere dictado a efectos de ejecutar una pena o una medida de seguridad privativas de libertad impuestas mediante resolución dictada en rebeldía, y si la persona afectada no había sido citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y el lugar de la audiencia que llevó a la resolución dictada en rebeldía, la entrega estaría sujeta a la condición de que la autoridad judicial emisora diera garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona objeto de la orden de detención europea que tendría la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguardase los derechos de su defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista.

Esta previsión indica que la Decisión Marco no obliga imperativamente a los Estados miembros a establecer dicha condición de entrega, sino que reenvía la cuestión a lo que la respecto venga dispuesto por sus respectivos ordenamientos jurídicos. Entiende el TC en el caso objeto de estudio, que dicha exigencia debió ser expresamente formulada por el Auto recurrido en amparo, como condición para la entrega del demandante a Rumania.

¹⁵³ En este sentido STC 177/2006 FJ 7 b).

Cierto es que la Decisión Marco de 2002 fue modificada por la DM 2009/299/JAI que pretende limitar la discrecionalidad de la autoridad de ejecución para denegar la ejecución de una orden de detención europea, delimitando los casos en que la autoridad judicial puede denegar la entrega solicitada por el estado requirente en virtud de euroorden a efectos de dar cumplimiento a una pena o medida de seguridad privativas de libertad impuestas mediante resoluciones dictadas en rebeldía.

A mi modo de ver el problema fue en el presente caso, qué debía entenderse por juicio en ausencia, pues la AN equiparó, a efectos del respeto a las garantías inherentes al proceso justo, la presencia en el juicio del Abogado designado por el recurrente con la efectiva presencia de éste, rechazando en consecuencia, que el recurrente fuera juzgado en ausencia por el mero hecho de haber comparecido en el juicio a través de su Abogado.

En este sentido resulta peculiar la posición del TC cuando dice “Sólo mediante la presencia física en el acto del juicio puede prestarse o negarse conformidad a la acusación, puede convertirse la declaración del acusado en un acto de defensa, puede interrogarse a los testigos y ser examinados éstos, y puede coordinarse la defensa que se ejerce a través de la asistencia técnica del Letrado (...)”. Y continúa diciendo “ Tales conclusiones vienen además sustentadas en la doctrina del TEDDHH, (...) recordando que el tenor literal del art. 6.3 c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en el que se recoge el derecho -a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor-, resulta especialmente significativo a esos efectos, en cuanto expresa con claridad que quien ha de ejercer el derecho de defensa es el acusado, mientras que el Letrado se limita a “asistirle” técnicamente en el ejercicio de su derecho (por todas, SSTEDH de 16 de diciembre de 1999, casos T. y V. contra Reino Unido)”. FJ 4.

Habida cuenta de que el demandante de amparo no estuvo presente en el juicio que tuvo lugar en Rumania aunque sí su Letrado, el TC le concedió el amparo solicitado declarando la nulidad del Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN de 27 de abril de 2007.

Visto lo hasta aquí expuesto, podría pensarse que el TC confunde la condena en ausencia con la condena en rebeldía e incluso, en aplicación de tal criterio, podría llegarse a dudar de la legalidad de lo que recoge el art. 786.1 en relación al art. 775 de la LEcrim. esto es, la posibilidad de celebrar cumplidos unos requisitos, un juicio en ausencia. Y no creo que sea ésta una simple apreciación o falsa sospecha. Explicaré el porqué siguiendo a Rodríguez Sol¹⁵⁴.

El Fiscal en su artículo distingue con especial nitidez la declaración de rebeldía que procede cuando uno no comparece al llamamiento judicial tras haber sido buscado mediante requisitorias por hallarse en ignorado paradero, de la situación de ausencia procesal en la que se halla el que está, y así consta expresamente, debidamente informado de que la citación hecha en el domicilio por él indicado o persona designada en su primera declaración judicial, permitirá la celebración del juicio en ausencia siempre que se den los requisitos penológicos previstos en la LECRim¹⁵⁵, esto es se trate de pena privativa de

¹⁵⁴ RODRIGUEZ SOL, L. Sentencia dictada en rebeldía en la obra colectiva *La Orden de detención y entrega europea*. Dir. ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., coor. MUÑOZ DE MORALES, M. Cuenca. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2006.

¹⁵⁵ Art. 775 LECrim.: “En la primera comparecencia el Juez informará al imputado, en la forma más comprensible, de los hechos que se le imputan. Previamente, el Secretario le informará de sus derechos y le requerirá para que designe un domicilio en España en el que se harán las notificaciones, o una persona que las reciba en su nombre, con la advertencia de que la citación realizada en dicho domicilio o a la persona designada permitirá la celebración del juicio en su ausencia en los supuestos previstos en el artículo 786.

libertad no superior a dos años o pena de cualquier otra naturaleza no superior a 6 años¹⁵⁶.

Sabido es, recuerda el autor, que la LE CRim no permite la celebración de juicio con persona declarada legalmente en rebeldía por lo que en España técnicamente el juicio en rebeldía, no es posible.

Tanto antes como después de prestar declaración se le permitirá entrevistarse reservadamente con su Abogado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado c) del artículo 527.”

A partir de: 28 octubre 2015

Artículo 775 redactado por el apartado cinco del artículo segundo de la L.O. 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales («B.O.E.» 28 abril).

¹⁵⁶ Artículo 786 LECrim: 1. “La celebración del juicio oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado y del abogado defensor. No obstante, si hubiere varios acusados y alguno de ellos deja de comparecer sin motivo legítimo, apreciado por el Juez o Tribunal, podrá éste acordar, oídas las partes, la continuación del juicio para los restantes.

La ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente, o en el domicilio o en la persona a que se refiere el artículo 775, no será causa de suspensión del juicio oral si el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años.

La ausencia injustificada del tercero responsable civil citado en debida forma no será por sí misma causa de suspensión del juicio.

2. El Juicio oral comenzará con la lectura de los escritos de acusación y de defensa. Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión de juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas. Frente a la decisión adoptada no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia.”

Número 2 del artículo 786 redactado por el apartado ciento seis del artículo segundo de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial («B.O.E.» 4 noviembre). *Vigencia: 4 mayo 2010*

No puede pues juzgarse a quien no ha comparecido en el proceso, en cambio sí al que conector del seguimiento del proceso, deja de comparecer voluntariamente tras haber sido citado para juicio y darse el requisito penológico antes citado.

El caso italiano, recuerda el autor, es distinto. El allí denominado juicio en contumacia abriga tanto los casos de ausencia como los de rebeldía. De manera que se permite la celebración de un juicio contra quien no comparecido por hallarse en ignorado paradero, de quien ha eludido voluntariamente la acción de la justicia y de quien conector de la pendencia del juicio consciente y voluntariamente no comparece en él.

Finalmente critica el autor, en palabras que con su permiso hago más, el uso que realiza la Decisión Marco del término “rebeldía” y tras considerarlo impropio entiende que debe interpretarse como “ausencia” en sentido lato por considerar que se emplea erróneamente el término “rebeldía” como sinónimo de “ausencia”.

Siguiendo con el análisis del caso, la solución a la controversia planteada parece llegar con la incorporación en la Decisión Marco 2002/584/JAI de un artículo 4 bis a través de la Decisión Marco 2009/299/JAI, que además de suponer una tajante superación de la doctrina del TEDDHH existente sobre la materia¹⁵⁷, permite la ejecución de una orden de detención si en la misma consta, que el imputado “ a) con suficiente antelación o bien fue citado en persona e informado así de la fecha y el lugar previstos para el juicio del que se deriva esa resolución, o bien recibió efectivamente por otros medios, de tal forma que pueda establecerse sin lugar a dudas que tenía conocimiento de la celebración prevista del juicio, información oficial de la fecha y lugar previstos para el mismo, y fue informado de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia , o b) teniendo conocimiento de la celebración prevista del

¹⁵⁷ STEDH de 16 de diciembre de 1999, casos T. y V. contra reino Unido.

juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio y fue efectivamente defendido por aquél en juicio”.

El segundo asunto de digna mención es el asunto del **Tribunal de Justicia de la UE –Gran Sala-, Sentencia de 26 de febrero de 2013, nº C-399/2011**. En él se resuelven varias cuestiones prejudiciales planteadas por el TC en virtud de Auto del Pleno de 9-06-2011 nº 86/2001, rec. 6922/2008 que suspende temporalmente la tramitación del recurso de amparo planteado por el interesado Sr. Melloni.

La trascendencia del referido asunto es histórica por cuanto se trata de la primera cuestión prejudicial planteada por el TC al TJUE y en definitiva no hace sino inaugurar el diálogo directo que debe establecerse entre el tribunal de Justicia y los Tribunales constitucionales nacionales para lograr al fin un constitucionalismo europeo compartido.

Pero pese a lo idílico del inicio de la relación, el final tiene mucho que desear como se verá en el estudio del meritorio voto particular que formula a la Sentencia del TC que resuelve el recurso de amparo y que emite la magistrada D^a Adela Asua Batarrita.

Sorpresivamente el TC desaprovecha una ocasión única para acomodar su doctrina a las orientaciones que sobre una materia integrante del Derecho de la Unión –la OEDE- formula el TJUE y en definitiva ubicarse en una nueva dimensión, una posición avanzada y rompedora acorde con la actualidad judicial y procesal europea y al mismo nivel que otros países de la Unión.

El caso se inicia mediante la emisión por parte del Tribunale de Ferrara (Italia) en fechas 13 de mayo de 15 de junio de 1993 de dos órdenes de detención y entrega del ciudadano Sr. Melloni que fue hallado en territorio

español y respecto del que se había acordado libertad bajo fianza de 5.000.000 ptas. que el mismo entregó en fecha 30/04/1996.

Prestada la referida fianza, se dio a la fuga dictándose por la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la AN, un Auto de fecha 1/10/1996 por el que se acordaba procedente la entrega a Italia del Sr. Melloni a los efectos de que fuera juzgado por los hechos recogidos en las dos órdenes antes referenciadas y sin poder llevarse a cabo dicha entrega por el motivo antes expuesto.

El Tribunal requirente dictó resolución de fecha 27/03/1997 en cuya virtud se declaraba la rebeldía del Sr. Melloni acordándose en lo sucesivo la realización de las notificaciones a los abogados por él designados.

Por Sentencia de fecha 27/03/1997 dictada por el Tribunal de Ferrara y confirmada después por la Corte d'appello di Bologna (Italia) el Sr. Melloni fue condenado en ausencia como autor penalmente responsable de un delito de quiebra fraudulenta a la pena de 10 años de prisión. Expidiendo en fecha 8/06/2004 la Fiscalía General de la República ante la Corte d'appello di Bologna nueva orden europea para la ejecución de la condena dictada por el Tribunale di Ferrara.

En fecha 1/08/2008 se procedió a la detención en territorio español del Sr. Melloni y el JCI nº 6 dictó Auto acordando elevar dicha OEDE a la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la AN.

Hubo oposición a su entrega a las autoridades italianas por parte del Sr. Melloni alegando que en fase de apelación había designado a otro letrado distinto de los que le habían representado y dicha designa suponía la revocación del nombramiento de los otros a quien por cierto las autoridades seguían enviando notificaciones. Y en segundo lugar alegó que la ley procesal italiana no establece la posibilidad de recurrir las condenas dictadas en rebeldía

por lo que la OEDE debía condicionarse a que la República Italiana garantizara la posibilidad de interponer recurso contra la sentencia condenatoria.

La Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la AN acordó por Auto de fecha 12/09/2008 la entrega del Sr. Melloni a las autoridades italianas para la ejecución de la condena impuesta por el Tribunal italiano tras no considerar acreditado que los abogados por él designados, hubieran dejado de prestarle defensa a partir de 2001 y a su vez, entendiendo que su derecho de defensa se había respetado por ser conocedor de la futura celebración del juicio y haberse por tanto situado voluntaria y conscientemente en situación de rebeldía.

Melloni interpuso recurso de amparo contra el referido Auto ante el TC alegando vulneración indirecta de las exigencias absolutas dimanantes del derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE invocando vulneración del derecho a un proceso justo de forma que afecta a la dignidad humana, al acceder a la entrega a un Estado que, en caso de delito muy grave, valida la condena en rebeldía sin someter la entrega a la condición de que el condenado en ausencia pueda recurrir dicha condena en garantía de su derecho de defensa.

Por Providencia de fecha 18/09/2008 el TC admitió a trámite el recurso de amparo suspendiendo la ejecución del Auto de 12/09/2008 y por resolución de 1/03/2008 el Pleno del TC admitió recabar para sí el conocimiento del referido recurso.

El Tribunal remitente (TC) considera que la decisión de órganos judiciales españoles de acceder a extraditar a estados que en caso de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnar esas condenas para salvaguardar su derecho de defensa, constituye una vulneración “indirecta” de

las exigencias del derecho a un proceso con todas las garantías. Y considera además que esta doctrina resulta también aplicable al sistema de entrega instaurado por la DM 2002/584.

El Tribunal recuerda que en Sentencia de 199/2009 de 28 de septiembre estimó el amparo frente a un Auto de entrega del recurrente en aquel caso a Rumania en ejecución de una OEDyE para el cumplimiento de una condena de 4 años de prisión impuesta en un juicio en ausencia sin incluir la exigencia de la revisión de la condena. Dicha Sentencia rechazó la argumentación de la AN conforme a la cual no se había producido una condena en ausencia dado que el demandante había apoderado a un abogado que compareció en juicio en calidad de su defensor judicial.

Según el TC el problema se origina porque la DM 2009/299 suprimió el art. 5.1 de la DM 2002/584 e introdujo un nuevo art. 4 bis¹⁵⁸. Dicho art. 4 bis

¹⁵⁸ **Artículo 4. Motivos de no ejecución facultativa de la orden de detención europea.**—La autoridad judicial de ejecución podrá denegar la ejecución de la orden de detención europea:

1) cuando, en uno de los casos citados en el apartado 4 del artículo 2 los hechos que motiven la orden de detención europea no fueren constitutivos de delito de acuerdo con el Derecho del Estado miembro de ejecución; no obstante, en materia de tasas e impuesto, de aduana y de cambio, no podrá denegarse la ejecución de la orden de detención europea por el motivo de que la legislación del Estado miembro de ejecución no imponga el mismo tipo de tasas o de impuestos o no contenga el mismo tipo de reglamentación en materia de tasas o impuestos, de aduana y de cambio que la legislación del Estado miembro emisor;

2) cuando la persona que fuere objeto de la orden de detención europea esté sometida a un procedimiento penal en el Estado miembro de ejecución por el mismo hecho que el que motive la orden de detención europea;

3) cuando las autoridades judiciales del Estado miembro de ejecución hubieren decidido, o bien no incoar acción penal por la infracción que sea objeto de la orden de detención europea, o bien concluirla, o cuando sobre la persona buscada pese en un Estado miembro otra resolución definitiva por los mismos hechos que obstaculice el posterior ejercicio de diligencias penales;

4) cuando haya prescrito el delito o la pena con arreglo a la legislación del Estado miembro de ejecución y los hechos sean competencia de dicho Estado miembro según su propio Derecho penal;

5) cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un tercer Estado siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado de condena;

6) cuando la orden de detención europea se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad contra una persona buscada que sea nacional o residente del Estado miembro de ejecución o habite en él y éste se comprometa a ejecutar él mismo dicha pena o medida de seguridad de conformidad con su Derecho interno;

7) cuando la orden de detención europea contemple infracciones que:

a) el Derecho del Estado miembro de ejecución considere cometidas en su totalidad o en parte en el territorio del Estado miembro de ejecución o en un lugar asimilado al mismo;

b) se hayan cometido fuera del territorio del Estado miembro emisor y el Derecho del Estado miembro de ejecución no permita la persecución por las mismas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio.

Artículo 4 bis. Resoluciones dictadas a raíz de un juicio celebrado sin comparecencia del imputado. (Este artículo 4 bis ha sido añadido por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009 (DOUE, L 81, de 27 de marzo)).—1. La autoridad judicial de ejecución también podrá denegar la ejecución de la orden de detención europea a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución, a menos que en la orden de detención europea conste, con arreglo a otros requisitos procesales definidos en la legislación nacional del Estado miembro de emisión, que el imputado:

a) con suficiente antelación:

i) o bien fue citado en persona e informado así de la fecha y el lugar previstos para el juicio del que se deriva esa resolución, o bien recibió efectivamente por otros medios, de tal forma que pueda establecerse sin lugar a dudas que tenía conocimiento de la celebración prevista del juicio, información oficial de la fecha y lugar previstos para el mismo,

y

ii) fue informado de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia,

o

b) teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio,

o

c) tras serle notificada la resolución y ser informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso - en el que tendría derecho a comparecer y volverían a

impide denegar la ejecución de la orden de detención europea a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad cuando el imputado no haya comparecido en juicio del que deriva la resolución

examinarse los argumentos presentados e incluso posibles nuevos elementos probatorios -, y de que el juicio podría dar lugar a una resolución contraria a la inicial:

i) declaró expresamente que no impugnaba la resolución,

o

ii) no solicitó un nuevo juicio ni interpuso un recurso dentro del plazo establecido,

o

d) no se le notificó personalmente la resolución, pero:

i) se le notificará sin demora tras la entrega y será informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso en el que tendría derecho a comparecer y volverían a examinarse los argumentos presentados e incluso posibles nuevos elementos probatorios, y de que el juicio podría dar lugar a una resolución contraria a la inicial,

y

ii) será informado del plazo en el que deberá solicitar el nuevo juicio o interponer el recurso, tal como conste en la correspondiente orden de detención europea.

2. En caso de que una orden de detención europea se emita a efectos de ejecutar una pena privativa de libertad o una orden de detención con arreglo a las condiciones del apartado 1, letra d), y el interesado no haya recibido con anterioridad una información oficial sobre la existencia de una acción penal contra él, dicha persona, al serle informado el contenido de la orden de detención europea, podrá solicitar recibir una copia de la sentencia antes de ser entregada. Inmediatamente después de haber sido informada sobre la petición, la autoridad de emisión proporcionará la copia de la sentencia a través de la autoridad de ejecución a la persona buscada. La solicitud de la persona buscada no deberá demorar el procedimiento de entrega ni la decisión de ejecutar una orden de detención europea. El suministro de la sentencia a la persona interesada se hará con fines puramente informativos; no se considerará ni envío formal de la sentencia ni servirá para establecer plazos a efectos de solicitar un nuevo proceso o interponer un recurso.

3. En caso de que una persona que sea entregada con arreglo a las condiciones del apartado 1, letra d), y haya solicitado un nuevo proceso o interpuesto un recurso, se revisará la detención de la persona que aguarde dicho nuevo proceso o recurso, hasta que las actuaciones hayan finalizado, de conformidad con la legislación del Estado miembro de emisión, ya sea de forma periódica o a solicitud de la persona interesada. Dicha revisión incluirá, en particular, la posibilidad de suspensión o interrupción de la detención. El nuevo proceso o el recurso comenzará en el plazo debido tras la detención.

si el interesado teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o bien por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y que fue efectivamente defendido por aquél en el juicio.

El TC recuerda que en el caso que nos ocupa, consta que el Sr. Melloni había dado mandato a dos letrados de su confianza a los que el Tribunale di Ferrara notificó la futura celebración del juicio, por lo que tenía conocimiento de la misma y consta también efectivamente que el Sr. Melloni fue efectivamente defendido por esos dos letrados en el juicio que se siguió en primera instancia, así como en la apelación y consiguiente casación.

A juicio del TC se plantea la cuestión de si la DM 2002/584 impide que los Tribunales españoles condicionen la entrega del Sr. Melloni a la posibilidad de que se revise la condena que le afecta y plantea ante el Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales. La primera de ellas consiste en si el art. 4 bis ap. 1 de la DM 2002/584/JAI modificada por la DM 2009/299/JAI debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales en los casos precisados en la referida disposición, someter la ejecución de una OEDE a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado. En definitiva lo que pregunta el TC es si el art. 4 bis ap. 1 de la DM 2002/584 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en los casos previstos en ella, la autoridad judicial de ejecución someta la ejecución de la OEDE a que la condena pueda ser revisada en el estado miembro emisor.

Dicha DM pretende facilitar y acelerar la cooperación judicial de cara a la consecución del objetivo atribuido a la UE de llegar a un espacio de libertad, seguridad y justicia basado en el grado de confianza elevado que debe existir entre los Estados miembros.

En virtud del art. 1 ap. 2 de la DM 2002/584, en principio los Estados miembros están obligados a ejecutar una OEDE y solo pueden negarse a ejecutarla en los casos de no ejecución facultativa enunciados en sus arts. 4 y 4 bis. Además la autoridad judicial de ejecución únicamente puede supeditar la ejecución de una OEDE a los requisitos del art. 5 de la DM.

De una interpretación del art. 4 bis ap. 1 de la DM 2002/584 se desprende que dicho precepto prevé un motivo facultativo de inejecución de una OEDE emitida para el cumplimiento de una pena o medida de seguridad privativas de libertad, si el imputado no compareció en el juicio del que deriva la condena. Esta facultad está acompañada sin embargo, de cuatro excepciones que privan a la autoridad judicial de ejecución de la facultad de denegar la ejecución de la OEDE de que se trate. Y de ello resulta que el citado art. 4 bis ap. 1 se opone en esos cuatro supuestos a que la autoridad judicial de ejecución subordine la entrega de la persona condenada en rebeldía, a la posibilidad de que se revise la sentencia condenatoria con la presencia de esa persona.

Esta interpretación del art. 4 bis ap. 1 de la DM 2002/584 se confirma si se examina su estructura puesto que el objeto de la DM 2009/299 es derogar el art. 5.1 de la DM 2002/584 que permitía con ciertos requisitos someter la ejecución de una OEDE para el cumplimiento de una pena impuesta en rebeldía, a la condición de que se garantizara en el Estado miembro emisor un nuevo proceso con presencia del interesado y por otra parte, sustituir dicha disposición por el art. 4 bis que en la actualidad limita la posibilidad de denegar la ejecución de la OEDE al enunciar las condiciones en las que no procederá la denegación.

La solución por la que ha optado el legislador de la Unión, consistente en prever de forma exhaustiva los supuestos en los que debe considerarse que la ejecución de una OEDE emitida para ejecutar una resolución dictada en

rebeldía no vulnera el derecho de defensa, es incompatible con el mantenimiento de una facultad de la autoridad judicial de ejecución para someter esa ejecución a la condición de que la condena de que se trata pueda ser revisada con objeto de garantizar el derecho de defensa del interesado.

La interpretación del precepto pues no es otra que la oposición clara del mismo a que en los supuestos en él previstos, la autoridad judicial de ejecución someta la ejecución de una OEDE emitida para el cumplimiento de una pena, a la condición de que la condena impuesta en rebeldía pueda ser revisada en el estado miembro emisor.

Y partiendo de la última afirmación nos debemos cuestionar si ello es compatible (la redacción del art. 4 bis ap. 1 de la DM 2002/584/JAI) con las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el art. 47¹⁵⁹ y los derechos de defensa garantizados en el art. 48. de la Carta¹⁶⁰.

Por lo que se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo que recoge el art. 47 de la Carta y los derechos de defensa del art. 48.2 del mismo texto legal conviene precisar que, aunque el derecho del

¹⁵⁹ **Artículo 47 Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial**

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

¹⁶⁰ **Artículo 48 Presunción de inocencia y derechos de la defensa**

1. Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente.
2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.

acusado a comparecer en el juicio constituye un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo, no es por ello un derecho absoluto.

El acusado puede voluntariamente renunciar al mismo siempre que dicha renuncia conste de forma inequívoca, se acompañe de garantías mínimas correspondientes a su gravedad y no se oponga a ningún interés público relevante y más concretamente, no cabe apreciar vulneración del derecho a un proceso equitativo, aun si el interesado no ha comparecido en el juicio y ha estado informado de la fecha y lugar de celebración de aquél y ha estado en él defendido por letrado al que hubiese conferido mandato a dicho efecto.

De la lectura del art. 4 bis ap 1 de la DM 2002/584 y en particular de sus letras a, b, c y d se desprende que el mismo no es incompatible con los derechos garantizados en los citados arts. 47 y 48.2 de la Carta.

En tercer lugar cabe plantearse una nueva y última cuestión esto es, si el art. 53 de la Carta¹⁶¹ debe interpretarse en el sentido de que permite que el estado miembro de ejecución subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el estado miembro emisor, para evitar así una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de defensa protegidos por su Constitución.

Pues bien, y pese a que el TC consideró en el presente asunto que el referido art. 53 de la Carta podía interpretarse en el sentido de que autoriza a un Estado miembro a que aplique el estándar de protección de los derechos

¹⁶¹ **Nivel de protección:** Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.

fundamentales garantizado por su Constitución cuando éste sea más elevado que el de la Carta, y oponerlo en su caso a la aplicación de disposiciones del Derecho de la Unión, dicha interpretación no es respaldada por el TJUE al considerar que en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión que es característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión, la invocación por un estado miembro de las disposiciones del derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio del estado.

Y es que efectivamente cuando un acto del derecho de la Unión requiera de la adopción de medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión.

No puedo estar más de acuerdo con el parecer del TJUE en relación a este particular.

Y no conviene olvidar recuerda el TJUE, que la Decisión Marco 2009/299 trata de superar las dificultades del reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas en ausencia y derivadas de la existencia en los estados miembros de diferencias en la tuición de los derechos fundamentales.

En conclusión, permitir la invocación del art. 53 de la Carta y subordinar en base a ella la entrega de una persona condenada en ausencia a la condición no prevista en la DM 2009/299, de que la condena pueda ser revisada en el estado emisor para garantizar los derechos de defensa del condenado y los garantizados en definitiva por las normas constitucionales del país encargado de la ejecución de la OEDE, conllevaría un jaque a la uniformidad del nivel de

protección de los derechos fundamentales definido por la propia Decisión Marco al contravenir los principio de confianza y reconocimiento mutuo que la misma pretende reforzar y con ello comprometer la efectividad de la referida disposición normativa.

Resueltas por el TJUE las cuestiones prejudiciales planteadas por el TC con suspensión de la tramitación del recurso de amparo planteado por el Sr. Melloni, el TC resolvió en Sentencia del Pleno 13-02-2014, nº 26/2014 denegar el amparo interesado por el peticionario Sr. Melloni. Una Sentencia de la cabe destacar uno de sus votos particulares que sin discrepar del sentido del fallo se aparta de la doctrina acogida por la mayoría de los magistrados.

Se trata del formulado por la magistrada D^a Adela Asua Batarrita. El él la magistrada remarca la respuesta del TJUE dada a la pregunta de si el art. 53 de la Carta permite o no que España aplique un nivel de protección más alto que el que da la propia Carta, precisamente en una materia- la OEDE- en la que existen normas comunes europeas.

El TJUE como ya se ha expuesto antes rechaza dicha posibilidad.

El art. 53 no autoriza a los estados miembros a aplicar en el ámbito de aplicación de la Carta un nivel de protección más elevado y manifiesta la magistrada en relación a este particular, que la Sentencia de la mayoría parece indicar que no acepta la respuesta dada por el TJUE y considerando además que el TC está facultado para aplicar un nivel de protección más alto derivado de la CE en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. En definitiva parece derivarse un rechazo por parte del TC a la primacía del derecho de la Unión que el TJUE vuelve a confirmar en la Sentencia de 26 de febrero de 2013, tras reiterar en varias ocasiones que la primacía del derecho de la Unión está condicionada al respeto de los principios básicos de la CE.

En su exposición la magistrada aprecia en la fundamentación jurídica de la Sentencia del TC, una crítica a la jurisprudencia del TJUE al recordarle al referido órgano judicial la necesidad de “garantizar y salvaguardar de manera efectiva un alto nivel de protección de los derechos fundamentales contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE” invocando de nuevo la DTC¹⁶² 1/2004 según la cual en los excesos no remediados por el TJUE, la conservación de la supremacía de la CE obligaría al TC a abordar tales excesos. Y manifiesta al respecto su más absoluto desacuerdo alegando muy acertadamente, que cada jurisdicción debe aplicar sus propias normas de tutela de los derechos fundamentales, con el nivel de protección que dimane de ellas.

Manifiesta a continuación la magistrada, que la Sentencia del TC reinterpreta ex art. 10.2 CE¹⁶³ el contenido absoluto del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías volviendo de nuevo a la posición tradicional y ya obsoleta del TC que considera que el art. 10.2 CE es fundamento exclusivo de la eficacia en sede del TC de los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito de la UE, algo incoherente con el propio planteamiento de las cuestiones prejudiciales al TJUE sobre interpretación y validez de varias normas europeas relevantes para la resolución del recurso de amparo.

Opina la magistrada que las respuestas del TJUE podrían servir para integrar vía art. 10.2 CE el canon del TC sobre el contenido absoluto del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE para los supuestos no relacionados con la aplicación del Derecho de la Unión pero para casos como el que es objeto de trato por el TC –Caso Melloni- y en el que por tanto entra de lleno el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, nos

¹⁶² Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005).

¹⁶³ **Art. 10.2 CE:** Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

proporciona un canon a aplicar ex art. 93 CE¹⁶⁴ por razón de la pertenencia de España a la UE. Es decir, el fundamento jurídico de la aplicación a las personas afectas por una OEDE, del nivel de protección que deriva del Derecho de la Unión, no puede ser una norma interna como el art. 24.2 CE por mucho que se interprete ex. art. 10.2 CE de conformidad con lo que haya declarado al respecto del TJUE, sino los derechos fundamentales reconocidos en la Unión tal y como los interpreta el TJUE.

El tercer caso objeto de trato es el que recoge el **Auto del TC, sec. 2ª de 9 de enero de 2013, nº 2/2013, rec. 5330/2012**, en el que el referido órgano constitucional aborda el caso que procedo a exponer a continuación.

En fecha 21 de septiembre de 2012 el Sr. Oktay Gazanfar presentó recurso de amparo contra el Auto de fecha 25 de julio de 2012 dictado por la Sala de lo Penal de la AN por el que se desestimaba el recurso de súplica interpuesto contra el Auto de la Sección 2ª de la misma Sala de fecha 21 de junio de 2012 dimanante del proceso de extradición número 2-2012 y por el que se autorizaba la extradición del demandante de amparo a las autoridades rusas para cumplir así una condena de 8 años de prisión, condicionando la entrega a que el

¹⁶⁴ **Artículo 93 CE:** Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

-Téngase en cuenta que la Resolución TC-Pleno de 13 de Diciembre de 2004, declara que no existe contradicción entre la Constitución española y los artículos I-6, II-111 y II-112 de la Constitución Europea por los que se delimita el ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y los criterios definidores de su interpretación y alcance y que el art. 93 de la Constitución Española es suficiente para la prestación del consentimiento del Estado al Tratado referido («B.O.E./Suplemento 4 enero 2005»). Resolución 1/2004 del TC, Sala Pleno, 13 Dic. (Rec. 6603/2004) Declaración Pleno TC 1/2004 de 13 Dic. (requerimiento 6603-2004, sobre constitucionalidad arts. I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma 29 Oct. 2004)-

reclamado, en caso de solicitarlo, fuera trasladado a España para el cumplimiento de la condena e igualmente a que la Federación Rusa ofreciera garantías expresas en el plazo de 45 días, de que se le daría al reclamado si así lo solicitaba, derecho a un nuevo proceso que salvaguardara sus derechos de defensa, presencia en juicio y asistencia letrada.

Contra dicho Auto, el demandante de amparo interpuso recurso de súplica desestimado por Auto de fecha 25 de julio de 2012 razonando la AN que el reclamado de origen ruso, adquirió la nacionalidad española por opción en 1996 pero con posterioridad a esa fecha había hecho uso de la nacionalidad rusa para obtener pasaportes rusos y desempeñar actividades comerciales en Rusia, actividades en las que se produjeron los hechos delictivos que dieron lugar a la condena por delitos patrimoniales para cuyo cumplimiento ahora Rusia reclamaba la extradición de aquél.

En atención a ello, se argumenta que el Convenio europeo de extradición, faculta a los Estados para denegar la extradición a nacionales y que la Sala viene interpretando que el ejercicio de una doble nacionalidad de facto permite considerar que no existe en estos casos un impedimento absoluto de la extradición de nacionales ex art. 3.1 de la Ley de extradición pasiva, resultando potestativo para la Sala acordarla o denegarla atendiendo a las circunstancias que concurran en el caso concreto.

En el caso objeto de estudio, la Sala entendió que sí procedía la entrega teniendo en cuenta que el reclamado mantenía un fuerte vínculo con su estado de origen, que los delitos cometidos lo fueron mediante el ejercicio de la actividad empresarial desarrollada en dicho estado y que al tratarse de delitos complejos su nuevo enjuiciamiento hacía aconsejable que se llevase a cabo en el mismo lugar en el que sucedieron los hechos.

Rechaza la Sala el alegato del reclamado consistente en que la extradición debe ser denegada dado que aquél fue juzgado en rebeldía en Rusia, habida cuenta de que la entrega se supedita ex art. 3 del segundo protocolo del Convenio

Europeo de extradición, a que Rusia ofrezca las garantías suficientes de facilitar al reclamado si lo solicita, el derecho a un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de defensa, presencia en juicio y asistencia letrada.

El TC por Providencia de 15 de octubre de 2012 acordó no admitir a trámite el recurso de amparo planteado por el reclamado por entender que no se había vulnerado su derecho a la tutela efectiva, providencia contra la que el Ministerio Fiscal interpuso recurso súplica alegando la cuestión de la doble nacionalidad antes aludida.

El TC desestimó la súplica planteada por el Ministerio Fiscal que insisto, se vertebraba sobre la cuestión atinente a la prohibición de extradición de nacionales y no sobre lo también alegado por el reclamado consistente en la indefensión que sufría por cuanto en el país que le reclamaba, no se le garantizaba un juicio con todas las garantías, motivo desechado por el TC habida cuenta de que como ya se ha expuesto, se condicionada la entrega a dicha exigencia.

El siguiente caso en el que el TC aborda un supuesto de cierto parecido alegatorio al que le precede en líneas anteriores es el tratado en **Sentencia de fecha 12 de febrero de 2007 nº 37/2007**¹⁶⁵ y en la que el Tribunal recoge de nuevo su doctrina en relación a la consideración de que el derecho a la defensa no queda vulnerado si no que por el contrario garantizado, cuando la entrega se condiciona a que mediante un nuevo proceso se den al recurrente, las posibilidades de impugnación suficientes para salvaguardar los derechos de defensa, o como en el caso objeto de trato, cuando la entrega se condiciona a que el recurrente pueda impugnar en el estado emisor de la solicitud de

¹⁶⁵ BOE 63/2007 de 14 de marzo de 2007, rec. 8181/2006.

entrega, el pronunciamiento condenatorio y obtener así una reparación de las limitaciones que a su defensa se produjeron con el juicio en ausencia, garantía que obviamente dice la Sala, queda sometida a la voluntad de la parte que será quien tenga que interponer los recursos pertinentes y de conformidad con la legislación del Estado al que pertenezcan los Tribunales que dictaron la Sentencia condenatoria.

CAPÍTULO VI: Consideraciones finales. Conclusiones.

Retomando o reiterando si se prefiere, lo que ya avanzaba a modo de idea introductoria de esta tesis doctoral, la celebración en ausencia debe ser aplicada en todos los órdenes jurisdiccionales con las máximas cautelas posibles por la fragilidad y trascendencia de los derechos en juego, y siempre con carácter residual en el orden jurisdiccional penal aunque concurren todos los requisitos que la legislación exige para que la misma pueda llevarse a cabo. O lo que es lo mismo, por el simple hecho de que concurren los requisitos, no cabe aplicar como regla general la celebración en ausencia.

Dibujados ya los contornos de la cuestión objeto de estudio desde mi óptica, voy a desmembrar en varios ordinales las conclusiones a las que este estudio me ha llevado y desde dónde he iniciado el camino para su consecución.

I. En las que fueron mis primeras palabras del primer capítulo de esta tesis, una vez concluido el trabajo y ya en fase de revisión, aprecié con asombro el cambio de criterio que invadía mis palabras.

De iniciar hace ya algunos meses este estudio con una opinión concreta y determinada, un tanto crítica por ignorancia sobre el tema en cuestión, he pasado a mantener con rotundidad tanto que existe un criterio repetidamente manejado por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo en materia de actos de comunicación y sobre los efectos de la ausencia y sus modalidades, como que nuestra legislación procesal en esta materia, nada tiene de envidiable respecto de los ordenamientos procesales de países vecinos y de los que no lo son tanto por ser además de garantista, coherente y proporcionada.

Algunas de las resoluciones de ambos órganos han sido objeto de estudio detallado en el Capítulo III de este trabajo y en ellas se refleja la mencionada posición que comparto.

II. Comenzaba mi recorrido sobrevolando el texto constitucional, me detuve en el art. 24.1 y 2 de la CE puerta de acceso al debate que comencé a erigir con la calificación del más complejo de los derechos recogidos en el texto constitucional.

La tutela judicial efectiva servía en las primeras páginas de este trabajo para dar paso al núcleo de mi estudio, la rebeldía y su relación con el derecho de defensa.

Después de abordar algunas cuestiones básicas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, calificada como derecho de configuración legal ex STC 99/1985 de 30 de septiembre, critiqué el mal uso que se hace de tan preciado derecho, atentando contra la buena fe procesal y persiguiéndose en gran número de casos una pretensión intimidatoria de dudoso gusto y elegancia procesal.

III. El propio TC ha ido esculpiendo adjetivos que ha ido agregando a los actos judiciales para su acomodación a las exigencias del art. 24 CE y después de distinguir los dos grandes supuestos de la indefensión, la provocada por defectuosa personación de la parte ante el órgano judicial y la que deriva de la defectuosa realización de actos de comunicación, me adentré en este último supuesto para ya introducir el objeto central de este trabajo con algunas consideraciones que pese a su pronta mención, no hacían sino adelantar ciertas conclusiones finales.

Y tras analizar los elementos que conforman el juicio de indefensión, retomé mi crítica por el mal uso o el abuso del término indefensión desembocando en la nulidad de actuaciones como lógica consecuencia del reconocimiento de haberse producido indefensión. De nuevo reafirmar mi conformidad con los

argumentos esgrimidos en su fundamentación jurídica, de los pronunciamientos judiciales examinados.

IV. Ya en el Capítulo II de este trabajo me adentré en la otra cuestión capital del mismo, la ausencia.

Si el primero de los capítulos sirvió para abordar el primero de los elementos del binomio que propongo analizar – indefensión/derecho de defensa-, es en el segundo en el que abordé la rebeldía o ausencia y el trato que nuestra legislación le ha dispensado con alguna referencia histórica, para ver cierta evolución o sutiles transformaciones en su regulación, finalizando con el último impulso a fecha de cierre del presente trabajo, que la UE ha proferido a esta materia a través de la reciente Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016.

Una Directiva de tibio contenido al menos por lo que a lo novedoso de su articulado se refiere. Y eso sí, siempre y cuando dicho contenido se examine desde la perspectiva de nuestra legislación procesal que como vengo repitiendo, es en esta materia, suficientemente clara y completa.

En el referido capítulo además, abordé la evolución de la rebeldía en particular desde la entrada en vigor de la CE de 1978 y hasta la actualidad.

Examiné también la legislación civil y la penal en un estudio que he pretendido integral de la figura de la rebeldía en los dos grandes órdenes jurisdiccionales, con plena consideración hacia el resto respecto de los que como es sabido, procede la aplicación supletoria de la legislación procesal civil llegando al convencimiento de que la previsión legal que se hace sobre la materia objeto de estudio es suficientemente garantista y ajustada a las exigencias de la jurisprudencia supranacional .

V. Ya en el Capítulo III he desmenuzado algo más de 40 sentencias del TC, alguna del TS y un par de Audiencias Provinciales en las que a mi entender, se recogen las líneas maestras de la doctrina relativa a la rebeldía y la ausencia en distintos órdenes jurisdiccionales.

El porqué de dicha selección obedece a tratarse de los asuntos más emblemáticos que abordan la materia objeto de trato.

De ellas se desprende como una de las consideraciones más destacables, la necesaria práctica de la notificación personal y el empleo de la edictal con carácter subsidiario y como última instancia, atribuyéndose además al edicto la categoría de ficción jurídica y prefiriendo y anteponiendo como digo, la personal a cualquier otra modalidad de citación o emplazamiento.

Se insiste en numerosas sentencias de las analizadas, en la necesidad de que el órgano judicial actúe con la mayor diligencia posible a los efectos de practicar la oportuna citación o notificación, debiendo agotar todos los mecanismos de los que dispone y como he dicho, relegando la edictal a una modalidad meramente residual. Unas consideraciones que hago mías y que comparto en su integridad, a lo que añado que nada peor que la vulneración del derecho o de las garantías del justiciable provenga de quien está encargado de velar por hacerlas efectivas. ¿Cuántos intentos deberá practicar el órgano judicial para entender que éste ha actuado con la debida diligencia? Pues yo creo que tantos como el mismo considere necesarios.

Ya en la última parte del capítulo, abordé algunos de los casos que a mi juicio han sido de los más significativos tratados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de juicio en ausencia y vulneración del derecho de defensa y por consiguiente, vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

VI. Otro de los capítulos el IV, lo destiné a abordar la regulación de la ausencia y los juicios en rebeldía en varios ordenamientos procesales europeos.

Los motivos para la selección de los analizados son de índole estrictamente personal.

De una parte es evidente el necesario estudio de la legislación vecina más próxima, Portugal y Francia.

Por la abundante doctrina jurisprudencial que ha arrancado de Estrasburgo, el caso italiano me pareció de digno estudio.

Por mis años de estudio en Alemania y por haber logrado allí mi licenciatura en derecho propuse el caso alemán.

El búlgaro por su lejanía, con especial mención vaya por delante, dado que a mí la primera me sorprendió y por tratarse de uno de los más recientes miembros de la Unión y poder observar así, cómo han adaptado su legislación procesal a los imperativos supranacionales conjugándola con rasgos propios de su ordenamiento procesal.

Y el británico por lo especial y siempre diferente al resto de sistemas.

Y lo cierto es que una vez analizados los diferentes sistemas propuestos y sin ánimo pretencioso, considero que el nuestro es el mejor de todos los examinados por cuanto es el que mayores garantías ofrece al justiciable. También el búlgaro sería merecedor de dicho calificativo con incorporación además en él, de un acortamiento en los plazos para la instrucción que precisamente nosotros ahora empezamos a aplicar.

VII. El último de los capítulos, lo he destinado a tratar las cuestiones relacionadas con los procesos inaudita parte en los que se haya dictado una OEDyE o bien haya intervenido cualquier otro tipo de mecanismo de cooperación jurídica internacional.

He hablado en él del principio de reconocimiento mutuo que es al final, el principio base del espacio judicial europeo y que toma su fundamento en las ideas de equivalencia y de confianza para adentrarme después, en el funcionamiento de la emisión de la OEDyE haciendo especial referencia al

procedimiento para la ejecución de aquélla por parte de las autoridades españolas.

El último de los incisos del referido capítulo lo dediqué al trato de los casos más emblemáticos abordados por el TC y por el TJUE en materia de procedimientos en los que se ha dado o pretendido dar cumplimiento a resoluciones dictadas por un Tribunal extranjero, para ver así el juego de fuerzas y contra fuerzas que el Estado emisor y el ejecutante ponen en juego para defender sus pretensiones. Precisamente uno de dichos asuntos fue el caso Melloni, asunto según mi parecer, de significada importancia por cuanto dio lugar al planteamiento de la primera cuestión prejudicial de España ante el TJUE. Pero desgraciadamente de poco sirvió. El TC no aceptó la respuesta que el TJUE le brindó pese creo yo, a lo acertado de la misma.

VIII. En definitiva pues, un trabajo con el que he sobrevolado nuestra legislación en materia de derecho de defensa y ausencia así como los pronunciamientos que ha merecido dicha temática a nuestros TC y TS sin olvidar claro está, una mención al derecho comparado y a los Tribunales supranacionales que se siguen pronunciando sobre el tema, ante las resoluciones adoptadas por Tribunales de los Estados miembros.

Ello me ha permitido ver el universo tanto legislativo como procedimental en el que nos encontramos, considerando que en aras a las garantías de los justiciables y a la eficacia de los procedimientos que se sustancian día a día, ante los Tribunales de todos los países miembros de la Unión, todas estas normas y reglas deberían ser unas, únicas y uniformes pero dotadas a su vez de la suficiente flexibilidad que permitiese su acomodación a los ordenamientos de los estados miembros a la par que garantizasen los derechos de todos los ciudadanos de la Unión.

Es de significar como ya he ido avanzando a lo largo de este trabajo, que nuestro ordenamiento reúne a mi entender, los requisitos y exigencias

necesarias para dar debida cobertura constitucional a los actos de comunicación en el proceso, cosa distinta es claro está, que no se realice un adecuado uso de los mismos por parte de los aplicadores del derecho. Pero insistir en que en todo caso, los mecanismos de protección y garantía existen y en comparación con la previsión existente en otros Estados miembros de la Unión considero que son de los mejor esculpidos.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA DE PAZ en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.) en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal*. Vol IV. Valencia. Tirant lo Blanch. 2005.
- ARBÓS MARIN, X. en *Derechos Humanos: del ideal al derecho en Los fundamentos de los Derechos Humanos desde la filosofía y el derecho*. Ed. Amnistía Internacional- Catalunya. Barcelona. 1998.
- ARMENTA DEU, T. *Juicio de acusación, imparcialidad del acusador y derecho de defensa* en la obra colectiva coordinada por BACHMAIER WINTER, L. *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Barcelona. Marcial Pons. 2008. pp 109-133.
- ARMENTA DEU, T. *El Fiscal instructor ¿es necesario?* en Cuadernos de derecho Público, nº 16. Mayo-agosto. 2002.
- ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., MUÑOZ DE MORALES, M. coor. en *La Orden de detención y entrega europea*. Cuenca. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2006.
- BACHMAIER WINTER, L. *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Barcelona. Marcial Pons. 2008.
- BORRAJO INIESTA, I.; DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I. y FERNANDEZ FARRERES, G. en *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*. Madrid. Civitas. 1995.

- CEDEÑO HERNÁN, M. *La orden de detención y entrega europea: Los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega*. Cizur Menor (Navarra).Ed. Thomson Reuters.(Aranzadi). 2010.

- COBO DEL ROSAL, M. y otros autores en *Derecho Procesal Penal Español*. Madrid. CESEJ. 2006.

- CONDE PUMPIDO, C. *La orden de detención y entrega europea. La perspectiva española* en la obra colectiva *La Orden de detención y entrega europea*. Dir. ARROYO ZAPATERO, L y NIETO MARTÍN , A., coor. MUÑOZ DE MORALES, M. Cuenca. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2006.

- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.) en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal*. Vol IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. Pág 3102.

- CORTES DOMINGUEZ, ALMAGRO NOSETE, GIMENO SENDRA Y MORENO CATENA en *El Nuevo proceso penal* (Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988) Valencia. 1989.

- DAMIAN MORENO, J. *Notas sobre el juicio en ausencia y la purga de la rebeldía en el proceso penal abreviado*. En: *El Derecho y su garantía constitucional* (Estudios y comentarios de Derecho Procesal). Madrid. Reus. 2009.

- DELMAS-MARTY, MIREILLE ; *Procesos Penales de Europa: –Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia-*. Association de recherches pénales européennes (ARPE). Ed. EDIJUS. 2000.

- Diccionario Jurídico Espasa. Fundación Tomás Moro. Espasa Calpe. Madrid. 1994.

- DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo III. Madrid. Edersa. 1996. pp. 26, 34, 48 y sig.

- FERREIRO BAAMONDE, X.X. *Partes del Proceso Penal (Parte IV): El imputado y su rebeldía*. En *Tratados y Manuales*. Civitas, Madrid. 2010.

- GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona. Ed. Bosch. 2008. pp. 249 a 273.

- GIMENO SENDRA J.M^a. (Director), ASENSIO MELLADO, T. LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, M. ORTELLS RAMOS y E. PEDRAZ PANALVA. *Proceso Civil Práctico*. Vol VI. V. 3^a Ed. Madrid. La Ley. 2008, págs. 496 a 500.

- GOMEZ COLOMER, J.L.; en *El Proceso Penal Alemán. Introducción y normas básicas*. 1^a Ed. Barcelona. Bosch. 1985.

- GOMEZ ORBANEJA, E. *Derecho y Proceso*. Estudios compilados y revisado por María Gómez Mendoza. Cizur Menor (Navarra). Civitas. 2009.

- GUASP DELGADO, J. *Derecho Procesal Civil*. T.I. Cizur Menor (Navarra).Civitas. 2003.

- HENDLER, Edmundo S. en *Sistemas penales comparados*. 1^a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Didot. 2014.

- IRUZUN MONTORO, F. en *El Proceso de adopción de la Decisión Marco en los 15 Estados miembros* en la obra colectiva *La Orden de detención y entrega europea* Dir. ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN , A., coor. MUÑOZ DE MORALES, M. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. 2006.

- LAFUENTE BALLE, J.M. en *Veinticinco años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su efecto “arco iris”: los casos “inaudita parte”*. En: *Revista de Derecho Político*, ISSN 0211-979X, UNED, 2003-2004. núms. 58-59 p. 805-832.

- LAFUENTE BALLE, J. M.: *La enseñanza de las Ideas Constitucionales en España e Iberoamérica*. Actas del Congreso Internacional sobre la Enseñanza de las Ideas Constitucionales en España e Iberoamérica celebrado en la Universitat de Valencia del 16 al 21 de octubre de 2000. Coor. REMEDIO SANCHEZ FERRIZ y MARIANO GARCÍA PERCHUÁN. Valencia. 2001.

- MONTERO AROCA, J. *La ausencia del imputado en el proceso penal* en: *Revista de derecho procesal iberoamericano*. Número 2, 1977. Pág. 581-620.

- MORENO CATENA, V. en *Derecho procesal penal* 7ª ed. actualizada. Valencia. Tirant lo Blanch. 2015.

- MUERZA ESPARZA, J.J. *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi. 2015.

- ORMAZABAL SANCHEZ, G. en *Introducción al derecho procesal*. Madrid. Marcial Pons. 2002.

- PORTAL MANRUBIA, J. *El proceso penal contra la persona jurídica en su ausencia*. En: Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 2, 2012 págs. 1-23.

- RODRIGUEZ SOL, L. Sentencia dictada en rebeldía en la obra colectiva *La Orden de detención y entrega europea*. Dir. ARROYO ZAPATERO, L y NIETO MARTÍN, A., coor. MUÑOZ DE MORALES, M. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. 2006.

- RUBIO LLORENTE, F; en *El recurso de amparo constitucional*. En la monografía colectiva: *La Jurisdicción constitucional en España. La LOTC: 1979 a 1994*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1995.

- RUIZ-RICO RUIZ, G y CARAZO LIÉBANA, M.J. en *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2013.

- SALVATIERRA OSORIO, D. *El rebelde en el proceso civil. Posición del Tribunal Constitucional. Problemas en las comunicaciones ante su declaración*. En: *Práctica de Tribunales. Revista de Derecho procesal civil y mercantil*. Número 86, octubre de 2011. Págs. 14-24.

- TIRADO ESTRADA, J.J., en *Euroorden versus extradición. La superación de las viejas fórmulas de cooperación judicial internacional*. En *Revista del Centro de Estudios Jurídicos*. Ministerio de Justicia. 2º semestre de 2003- número 3.

- VERGER GRAU, J. *La rebeldía en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. *Revista xurídica galega* núm. 30, 2001. pp. 293-321

- V.V.A.A. *Los juicios en ausencia* En *Grandes Tratados. Tratado de Derecho Procesal Penal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2014.