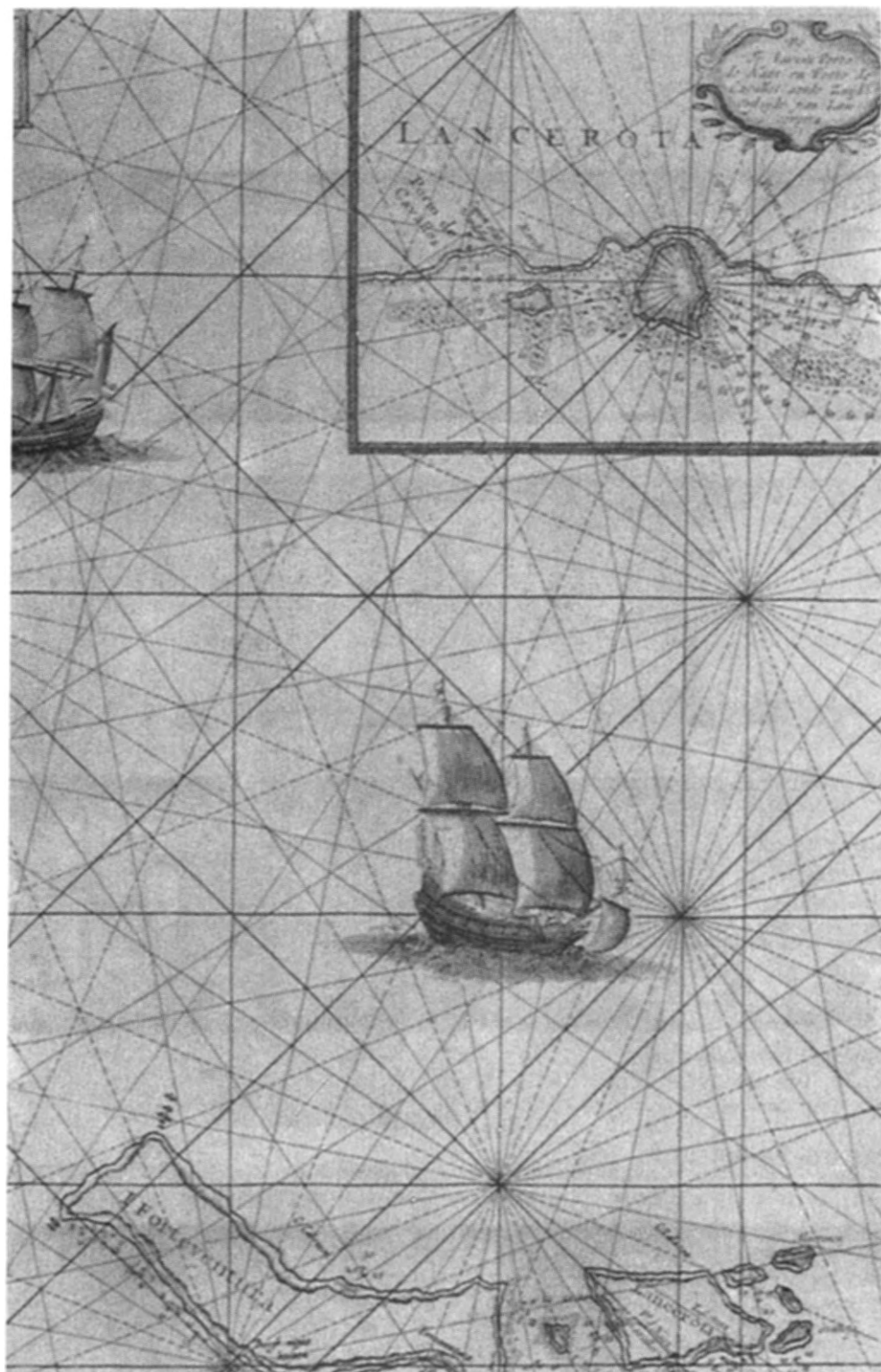


Revista del Foro Canario



82

Las Palmas de Gran Canaria, 1991

Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo
Decano del Colegio

Segundo Franco Vega
Diputado Primero

Jaime Santana Castellano
Diputado Segundo

Serafín García Zumbado
Diputado Tercero

Tomás de Páiz Mora
Diputado Cuarto

Juan Antonio Pérez de Paz
Diputado Quinto

Domingo del Toro Augusto
Diputado Sexto

Jaime Rubio López
Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández
Diputado Octavo

José María Palomino Martín
Bibliotecario-Contador

José Díaz Henríquez
Tesorero

Rafael Vera Cominges
Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez
Micaela Domínguez Hernández
Serafín García Zumbado
M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

**EL JUICIO ORAL POR DELITOS EN AUSENCIA DEL
ACUSADO. LOS ARTÍCULOS 793,1. Y 797 DE LA LEY
DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL***

JOSÉ VICENTE REIG REIG

TENIENTE FISCAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DE JUSTICIA DE CANARIAS

SUMARIO

- I. PREÁMBULO Y PLANTEAMIENTO.
- II. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.
- III. LA LEY DE CONTRABANDO DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1904.
- IV. LA LEY DEL AUTOMÓVIL DE 24 DE DICIEMBRE DE 1962.
- V. LA LEY DE ORDEN PÚBLICO DE 2 DE DICIEMBRE DE 1963.
PROCEDIMIENTO ANTE EL JUZGADO Y TRIBUNAL DE
ORDEN PÚBLICO.

(*) Primer Premio de Estudios Jurídicos *FORO CANARIO*, relativo a Juristas.

VI. LA LEY DE 8 DE ABRIL DE 1967.

VII. LA LEY ORGÁNICA 7/1988 DE 28 DE DICIEMBRE.

1. EL ARTÍCULO 793,1. p. 2º.

A. Preámbulo.

B. El artículo 793,1. p.2.

2. EL RECURSO DE ANULACIÓN DEL ARTÍCULO 797.

a. Naturaleza del recurso de anulación.

b. Quiénes pueden recurrir en apelación.

c. Sentencias que pueden ser recurridas.

d. Competencia, motivación y procedimiento.

e. Plazo para la interposición del recurso.

f. Efectos del recurso.

VIII. RESUMEN FINAL CRÍTICO.

1. El artículo 793,1. p.2.

2. El artículo 797.

IX. CONCLUSIONES.

I. PREÁMBULO Y PLANTEAMIENTO

Hasta la aparición de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 el procedimiento a seguir era puramente escrito, inquisitivo y secreto, ausente de las necesarias garantías para el individuo, con un discurrir de la marcha de la Justicia perezosa y lenta, no siendo extraño el caso de procesos que duraban años y que, para aumento del escándalo y como dice la Exposición de Motivos, solían terminar en la absolucón en la instancia, corruptela que hacía del ciudadano “a quien el Estado no podía convencer de culpable, una especie de liberto de por vida, verdadero siervo de la curia, en situación incómoda y deshonorosa, bajo la amenaza perenne de abrirse cualquier día el proceso a virtud de motivaciones bastárdas, rencorosas o vengativas”.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal instauró un sistema distinto al que, hasta entonces, había guiado a Jueces y Magistrados, buscando una mayor celeridad sin merma de las garantías que deben rodear al justiciable, suprimiendo arcaicas instituciones, dando entrada al principio acusatorio y dotando al proceso penal de los medios idóneos para asegurar, en lo posible, la más perfecta y completa actuación de la Justicia.

Con posterioridad a su publicación, la Ley Procesal fue retocada en diversos puntos y en numerosas ocasiones que sería prolijo enumerar y la aparición de la Constitución de 1978 determinó que, a fin de dar cumplimiento a sus preceptos programáticos, se perfilara el cuadro de garantías y requisitos buscando aquel ideal formulado por ALONSO MARTÍNEZ: “restablecer la igualdad de condiciones en esta contienda jurídica hasta donde lo consientan los fines esenciales de la sociedad humana, definiendo claramente los derechos de la acusación y la defensa, sin sacrificar ninguno de los dos ni subordinar el uno al otro, antes bien, armonizándolos en una síntesis superior”.

Sería injusto y erróneo entender por ello que la Ley de Enjuiciamiento Criminal se encontraba huérfana de garantías procesales y que fue la Constitución de 1978 el instrumento que vino a proporcionárselas.

Por el contrario, acertadamente ha escrito LUIS F. MARTÍNEZ que “la parcela de los Derechos Humanos que tiene relación con las garantías del individuo frente al Poder del Estado para investigar, perseguir y juzgar los delitos, poco o nada ha ganado con la Constitución de 1978 que no tuviese ya recono-

cido en el venerable texto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882”; y RAMÓN BERMÚDEZ añade que “los derechos fundamentales para la recta administración de la Justicia Penal, complementados con las garantías del Convenio de Roma de 1950, están recogidos en nuestra liberal y venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal, verdadero texto modelo en materia de reconocimiento y garantía de los derechos y libertades individuales” ⁽¹⁾.

No otra cosa significan las normas relativas a la detención y a la asistencia letrada; la duración de la detención preventiva y de la prisión provisional, así como sus condiciones y finalidad; la puesta a disposición del detenido en el Juzgado dentro de las setenta y dos horas; la intervención de las partes en, prácticamente, todas las diligencias de la instrucción; el sistema de recursos establecido a lo largo y ancho de los diferentes procedimientos regulados en la Ley, y la introducción de los principios acusatorio y de contradicción, que deben presidir todas aquellas actuaciones, como señalaba ALONSO MARTÍNEZ y reitera la Jurisprudencia ⁽²⁾.

En esta visión de conjunto de la centenaria Ley Rituaria que conduce a una conclusión crítica favorable, se han producido modificaciones, ya impuestas por el paso del tiempo bien devenidas de las, en apariencia, nuevas necesidades, y en algún caso tales innovaciones han sido determinantes de una alteración profunda de las prescripciones y del mismo espíritu de la Ley Procesal, hasta el punto que resulta dudoso que estas novedades puedan sostenerse en cuanto implican situaciones de posible irregularidad formal, atentatorias a las tradicionales garantías del justiciable y, muy seguramente, en oposición frontal con el contenido de la Carta Magna.

De entre ellas, el presente trabajo se va a ocupar de la posibilidad, desconocida en la Ley de 1882, de celebrar el juicio oral sin la presencia del acusado y de la consecuencia lógica que resulta de tal permisividad cual es el llamado recurso de anulación, igualmente ignorado por la Ley de Enjuiciamiento.

Sin embargo, diversas razones nacidas principalmente de la especial índole de ciertos delitos, su importancia y el entorno social y político del momento, lograron que se abriera brecha en este principio de la Ley Procesal, surgiendo excepciones al mismo, y que aparecieron en la Ley de Contrabando de 1904, la Ley de Uso y Circulación de vehículos a motor, de 1962 y en la Ley de Orden Público de 1963.

(1) MARTÍNEZ RUIZ, Luis F.; BERMÚDEZ, Ramón. *Revista del Poder Judicial*, nº 4, septiembre 1882, págs. 37 y 56.

(2) Entre otras, las sentencias de 21 de febrero; 6 de marzo y 26 de mayo de 1989.

Con un sentido y un alcance más general, del que habían carecido las disposiciones citadas, la reforma de 1967 introdujo en la propia Ley de Enjuiciamiento la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado, siquiera con la doble exigencia de la constancia de la citación personal, y que la pena no sobrepasara un quantum determinado.

La Ley 10/80 de 11 de noviembre continuó esta vía excepcional consintiendo aquel enjuiciamiento en ausencia para los delitos flagrantes, con lo que era posible imponer al acusado no presente, penas de hasta seis años de privación de libertad.

El punto final, por ahora, de la evolución legislativa en esta materia, viene dado por la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre⁽³⁾.

A su amparo ha adquirido mayores posibilidades la celebración del juicio sin la presencia del acusado y se ha robustecido, desde la perspectiva legal, la excepción contraria al sistema tradicional de la Ley Rituaria al tiempo que, en lógico y obligado paralelismo y siguiendo la pauta del Derecho Comparado, el legislador se ha visto obligado a otorgar carta de naturaleza a un recurso para el enjuiciado en ausencia.

Estas dos situaciones se encuentran reguladas en los artículos 793,1. p. segundo y 797; su estudio constituye el punto central del presente trabajo en el que se examinarán las distintas cuestiones y problemas que, por mor de los mencionados preceptos se plantean, siempre dentro de los obligados límites de espacio.

Así y a manera puramente enunciativa, se analizarán las motivaciones que llevaron al legislador de 1988 a mantener e, incluso, ampliar la celebración del juicio en ausencia e instaurar la obligada secuela del recurso de anulación; la redacción que ambos artículos han recibido; el contenido de estos dos preceptos, integrado principalmente por las exigencias legales necesarias para su validez; la acomodación de las nuevas situaciones a los principios tradicionales inspiradores de nuestro Derecho Procesal; la posible colisión de estas normas con los postulados esenciales fijados por la Constitución y, finalmente, las consecuencias prácticas y los problemas surgidos de su aplicación positiva.

De modo previo parece procedente indicar, cuando menos, cuál fue el sentido y el espíritu de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en esta materia y hacer

(3) CALVO SÁNCHEZ, M^a del Carmen: "con esta reforma el legislador ha desbordado las exigencias de la sentencia del TC 145/1988". *Revista del Poder Judicial*, nº 17, marzo 1990, pág. 18.

una referencia, siquiera también breve, a las leyes posteriores que, primero de forma especial y aislada y más tarde con carácter general, abrieron paso a la fórmula actual contenida en los artículos hoy vigentes.

II. LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Difícil de verdad resulta traer a colación la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 y resistir la tentación de no pronunciar alguno de los muchos elogios que merece este Código Procesal, cuyos principios siguen manteniendo plena vigencia no obstante los más de cien años transcurridos desde su publicación.

El mismo ALONSO MARTÍNEZ no pudo por menos de afirmar que se ha pasado de un sistema caduco y desacreditado a un Cuerpo legal en el que “son tan radicales las reformas introducidas que bien podría pasar por un Código completamente nuevo y tan liberal y progresivo como el más adelantado de los Códigos de procedimiento del Continente europeo”.

Los procesalistas españoles se han pronunciado en parecidos términos, y así ANDRÉS DE LA OLIVA entiende que esta Ley “sitúa a nuestra normativa procesal penal en posición avanzada”; DÍAZ PALOS la contempla como “una de las piezas legislativas más logradas del Derecho Procesal Comparado” y HERMOSILLA considera que “se trata de un texto que merece la pena conservar y que será muy difícil mejorar” ⁽⁴⁾.

Una relación sucinta de las reformas llevadas a cabo por la Ley Rituaria justifica sobradamente aquellas frases elogiosas: sin ánimo exhaustivo, deben citarse la implantación de la instancia única; la oralidad del juicio y la separación de lo civil y lo penal; la creación de procedimientos especiales; la consideración del sumario como la piedra angular del juicio y la sentencia; la necesidad de otorgar su auténtico valor a las pruebas practicadas en el plenario y el reconocimiento de derechos preciosos al inculpado; la introducción del sistema acusatorio y la radical separación entre el Juez que instruye y el que pronuncia el fallo.

Tales son, entre otros, algunos de los aspectos más destacados de una Ley empeñada en la armonización, en una síntesis superior, de los derechos del

(4) OLIVA SANTOS, Andrés; DÍAZ PALOS, Fernando; HERMOSILLA MARTÍN, Ramón. *Revista del Poder Judicial*, cit., nº 4, págs. 17, 16 18.

Estado y del ciudadano; de la acusación y de la defensa; de la sociedad y del individuo.

Ya después de este breve al par que inevitable preámbulo y entrando de lleno en el tema, la postura de la Ley de Enjuiciamiento Criminal era clara, concreta y rotunda: la celebración del juicio oral requería, como exigencia imprescindible, la presencia del acusado ⁽⁵⁾.

Tan diáfana se ofrecía a los redactores de la Ley esta situación y sus consecuencias que no consideraron necesario hacer mención expresa de ello en la luminosa Exposición de Motivos; empero, de diversas afirmaciones se infiere, sin duda alguna, cuál era en torno a este punto el pensamiento legal.

Reiteradamente se alude a la conversión del juicio oral en el momento decisivo del procedimiento penal, huyendo del tradicional sistema que atribuía al sumario una importancia capital hasta el extremo de que la construcción del proceso operaba casi exclusivamente sobre la fase instructora, con la consecuencia que señalaba la Exposición: cuando el procesado, “llegado el plenario, quiere defenderse, no hace sino forcejear inútilmente”.

Para evitar esta anómala situación proclama la Ley que es en el juicio oral “donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba y donde los Magistrados han de formar su convicción”, pues este momento procesal es el arsenal donde acusador y acusado deben tomar sus armas de combate y defensa, sobre la base de los principios de publicidad, contradicción e igualdad, y que finalizado el juicio oral, el trámite en rigor está acabado “pues los jueces han oído al reo”.

Con meridiana claridad se desprende de las anteriores frases el carácter insoslayable de la presencia del procesado en el acto del plenario y, dado lo acertado de esta exigencia, forzoso es descubrirse ante las manifestaciones contenidas en la tantas veces aludida Exposición de Motivos, que revelan la profundidad de unos principios que no han sido superados con el paso del tiempo.

Por esto y a propósito de las últimas reformas, no está de más mencionar la postura de la doctrina en cuanto al sentido tradicional de la Ley, y el valor de las modificaciones posteriores:

Dice GIL-ROBLES que “las modificaciones introducidas apartándose de las orientaciones de la Ley, no han servido para resolver los problemas y sí para

(5) Las consecuencias de la no presencia desembocaban en la declaración de rebeldía regulada en los artículos 834 y siguientes.

disminuir las garantías del acusado, sin verdadero beneficio para la sociedad”, y VÁZQUEZ GUILLÉN se conforma con que el nuevo Código Procesal que se anuncia “represente, al menos, el mismo espíritu de modernidad que supuso la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace más de un siglo”.

Y escribe asimismo MANUEL PERIS que “su techo moral no ha sido superado, sino que se ha rebajado y tanto desde las leyes dictadas en la pasada época dictatorial como por aquellas que han visto la luz en la presente democracia”⁽⁶⁾.

Parece como si estas opiniones, vertidas al cumplirse el centenario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se hubieran pronunciado al conocerse el nuevo procedimiento abreviado, surgido ocho años después de aquella efeméride.

Descartada pues, de manera absoluta, la posible celebración del juicio oral en ausencia, es claro que resultaba innecesaria y superflua cualquier mención a un posible recurso de “anulación” o de “audiencia” para quien así hubiera sido condenado, dada la imposibilidad legal de tal enjuiciamiento.

Sin embargo, diversas disposiciones posteriores introdujeron ambas situaciones excepcionales y en ellas deben buscarse los precedentes de los actuales artículos 793.1. y 797 aunque su posible influencia sea dudosa por el silencio que los redactores de la Ley 7/88 mantienen sobre cualquier referencia anterior que pudiera explicar o justificar la aparición de los preceptos actualmente vigentes.

III. LA LEY DE CONTRABANDO DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1904

La primera manifestación, siguiente a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de una disposición legal que amparase la celebración del juicio en ausencia del acusado con un posterior recurso para quien así hubiera sido enjuiciado, viene dada por la Ley de Contrabando de 3 de septiembre de 1904.

Se remitía esta Ley, en cuanto al procedimiento a seguir, al del juicio oral y única instancia de la Ley de Enjuiciamiento “con las modificaciones, exclusivamente de adaptación, que exige la índole especial de estos delitos”.

(6) GIL-ROBLES y GIL DELGADO, José M.; VÁZQUEZ GUILLÉN, Antonio; PERIS GÓMEZ, Manuel. *Revista* citada nº 4, págs. 16, 17 y 67.
CALVO SÁNCHEZ, M^a Carmen, *ob. cit.*, pág. 14, entiende que “estas características, que hacían de nuestro sistema uno de los más avanzados, quiebran por las sucesivas reformas, con grave merma para las garantías del justiciable”.

El artículo 117 de la mencionada Ley de 1904 señalaba:

“La circunstancia de hallarse prófugos los reos no detendrá el curso del procedimiento, que seguirá en rebeldía con citación de aquéllos en estrados, recayendo a su tiempo la sentencia que corresponda”.

“Ésta se ejecutará en cuanto al comiso y demás penas pecuniarias si hubiere bienes, sin perjuicio de que se abra nuevamente la causa a instancia del reo, si lo reclamase dentro del año”.

“Con respecto a las personales, se oirá siempre a los reos cuando se presenten o sean habidos”.

Del estudio de la Ley de 1904 no es difícil colegir las razones que motivaron la excepción recogida en el artículo 117 transcrito, y que no son otras que la reparación de los perjuicios económicos que, en potencia, pudiera sufrir el Estado: se advierte cómo la preocupación máxima de la Ley es la celebración del juicio y la ejecución de la sentencia, consumando el comiso y las demás penas pecuniarias, finalidad que era dable conseguir al amparo de las medidas preventivas establecidas en los artículos 40 y siguientes de la Ley.

Prima pues, y ante todo, un motivo puramente pecuniario, sólo paliado por la posibilidad de permitir la reapertura de la causa a instancia del reo.

Fórmula legal en exceso escueta ya que se omite en ella toda referencia a los motivos, medios y procedimiento a seguir para la revisión de la causa.

IV. LA LEY DEL AUTOMÓVIL DE 24 DE DICIEMBRE DE 1962

El Preámbulo de esta Disposición se hacía eco en sus primeras palabras de la existencia de una realidad incuestionable, por desgracia aumentada con el paso de los tiempos: el uso, cada vez más frecuente, de vehículos a motor ha derivado en una situación de hecho “que constituye una seria preocupación para todos los Gobiernos, ante el número de víctimas y daños materiales que ocasiona, en constante progresión, con grave quebranto para la seguridad de las personas y la economía nacional”.

Ante ello pareció necesario al legislador de 1962 arbitrar una serie de medidas conducentes a evitar en lo posible estas funestas consecuencias y, a tal fin y en el artículo 30 de la Ley, dispuso:

“El juicio oral se celebrará, excepto en lo referente a la asistencia del acusado, ajustándose a la forma ordinaria, con las modificaciones que establece el artículo 800 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

Resultaba evidente que la motivación determinante de esta innovación fue dispensar a las víctimas del delito una protección rápida y eficaz; razón, pues, plausible, como también debe reconocerse que el recurso “de audiencia en rebeldía” previsto en el artículo 32, se presentaba formulado de una manera más sencilla y pragmática que el actual contenido en el artículo 797.

“El condenado en rebeldía podrá comparecer dentro del plazo de un año después de dictada la sentencia, en recurso de rebeldía”.

“Éste se tramitará mediante presentación de un escrito de calificación, con proposición de prueba, que se practicará con intervención de las partes, celebrándose a continuación una comparecencia ante el Magistrado de lo Penal o el Tribunal colegiado, según los casos, quienes dictarán sentencia, confirmando, modificando o revocando la anterior”.

V. PROCEDIMIENTO ANTE EL JUZGADO Y TRIBUNAL DE ORDEN PÚBLICO

La Ley de 2 de diciembre de 1963 creó un Juzgado y un Tribunal a los que atribuyó competencia privativa para el conocimiento de ciertos delitos, con competencia en todo el territorio nacional.

En el ámbito formal se prescribía que los mencionados órganos observarían los trámites abreviados del procedimiento de urgencia —regulado entonces por la Ley de 8 de junio de 1957 a la que sirvió de complemento la de 30 de julio de 1959— si bien y posteriormente tal remisión procedimental debía entenderse a favor de los capítulos primero y tercero del aludido procedimiento a virtud de las reformas que introdujo la Ley de 8 de abril de 1967.

El artículo 9, nº 1, letra b de la Ley expresaba:

“Cuando el procesado no se presente ni sea habido dentro del plazo fijado en las requisitorias y no acredite, a juicio del Juez o Tribunal, que la ausencia es debida a absoluta imposibilidad de comparecer por legítimo impedimento, continuará el juicio en rebeldía”.

Sólo en base a razones políticas íntimamente ligadas con el pensamiento y el entorno social dominante en la época, es comprensible semejante prescripción legal, atentatoria al espíritu tradicional de nuestro ordenamiento jurídico.

Pero además, y esto es más grave, el juicio en rebeldía era válido cualquiera que fuese la pena procedente pues, conectando aquella posibilidad con la enumeración de los delitos señalados en el artículo 3 de la Ley, como de la competencia del Tribunal de Orden Público, podía llegarse en la imposición de penas para el ausente, a las cotas más altas de la escala general del artículo 27 del Código Penal.

De otra parte y al igual que los precedentes ya indicados, la prosecución del juicio en rebeldía era obligatoria para el órgano judicial: la fórmula legal “continuará” no dejaba resquicio a una facultad potestativa o discrecional del Tribunal, dotando al juicio oral de una sensación de automatismo difícilmente conciliable con los postulados superiores de seguridad, garantías procesales y arbitrio judicial.

Buscando justificar esta situación, la Exposición de Motivos afirma que: “no se produce merma alguna del intangible derecho de defensa del reo”, como también que la celebración del juicio en rebeldía “ha tomado estado en la legislación española y, desde hace años, figura introducida en el Derecho Procesal Comparado”.

Ninguno de tales argumentos es de recibo pues, en cuanto a la primera de estas aseveraciones, el derecho de defensa del reo, quiérase o no, se deteriora cuando no se encuentra presente para defenderse.

Y en cuanto a la segunda, el régimen vigente estaba constituido por la Ley de Enjuiciamiento, con sus reformas de 1957 y 1959, ninguna de las cuales dio entrada al juicio en rebeldía, con lo que el sistema procesal era todo lo contrario a la “toma de estado” a que aludía el Preámbulo.

La única explicación lógica la mencionaba el citado Preámbulo, y aparecía revestida de un acentuado matiz político: se trataba de delitos “singularizados por la tendencia, en mayor o menor grado, a subvertir los principios básicos del Estado, perturbar el orden público o sembrar la zozobra en la conciencia nacional”.

Tal vez por ello la propia Ley estimó conveniente permitir que la sentencia dictada en rebeldía pudiera ser revisada a instancia del condenado, mediante el procedimiento breve y sumario establecido en el artículo 10 de la Ley.

Este nuevo juicio oral limitaba su objeto al estricto de la revisión, y la sentencia recayente, confirmando o modificando la anterior, podía ser recurrida en casación.

Interpretando el aludido “recurso”, entendió la Jurisprudencia que “la sentencia dictada en juicio de rebeldía, condenatoria, es provisional y no definitiva, por resultar su contenido modificable por el propio Tribunal en juicio revisorio, no sometido a límites temporales de preclusión, y cuando se confirme la resolución condenatoria es cuando nace la facultad de someter al control de la casación la sentencia, ya definitiva, no siendo viable la anticipación de tal recurso” ⁽⁷⁾.

VI. LA LEY DE 8 DE ABRIL DE 1967

La regla octava del artículo 791 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fruto de la reforma llevada a cabo por la Ley de 8 de abril de 1967, declaraba:

“Por la ausencia injustificada del acusado o del tercero civil responsable, que tuvieran domicilio conocido, no se suspenderá la celebración del juicio siempre que hubieren sido citados personalmente y el Juez estime que existen elementos suficientes para juzgarlos”.

Aun cuando esta disposición queda sujeta a la crítica, para nosotros negativa, de permitir el enjuiciamiento en ausencia del acusado, no puede desconocerse que presenta una redacción hartó más sencilla y eficaz que los precedentes expuestos y, desde luego, que la fórmula legal vigente.

Así, se establece una regla general en la propia Ley Procesal, huyendo de la referencia a delitos especiales para los que el juicio en ausencia se fundamentaba en razones no siempre ortodoxas.

Como exigencias legales, habían de concurrir el carácter injustificado de la ausencia, con más la citación personal y el domicilio conocido; en lo relativo a la sanción penal, debía hallarse comprendida dentro de los límites del arresto mayor o multa, conforme al artículo 14 de la Ley Rituaria.

Era discrecional para el Juzgador continuar o no el procedimiento, con

(7) Sentencia de 30 de octubre de 1967.

lo que se reconocía la necesidad de dotar de la necesaria amplitud al arbitrio judicial y, por último, la Ley de 1967 rechazó el sistema de conceder un recurso a quienes fueran juzgados en ausencia; con ello lo que se perdía en cuanto a una posible disminución de la defensa del condenado, se ganaba en seguridad jurídica, al no dar pie a una situación de incertidumbre y pendencia que es, precisamente, uno de los graves defectos que se atribuyen al recurso de anulación ⁽⁸⁾.

Nada dice la Ley acerca de los motivos que llevaron a sus redactores a introducir en el texto legal esta novedad, y el silencio es tanto más incomprensible cuanto que la Ley de 8 de junio de 1957 se cuidó de señalar que “no parece que sea preciso revolucionar nuestro Derecho Procesal con medidas que quebranten los principios que sirven de apoyo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

Quizá por vía indirecta puedan obtenerse indicios para conocer el porqué de esta innovación.

La reforma de 1967 atribuyó, en efecto, competencia a un mismo órgano judicial para la instrucción y el fallo en caso de delitos “menos graves”, para los que el tratamiento procesal “resultaría desproporcionado, buscando la rapidez que siempre es deseable en la Administración de Justicia”.

Como quiera que esta unidad jurisdiccional parece que vino dada por la necesidad de incluir en el ordenamiento procesal general las figuras y el proceso de la Ley del Automóvil de 1962, y puesto que esta normativa preveía la posible celebración del juicio en ausencia del acusado, el legislador de 1967 traspasó a la Ley Rituaria la situación regulada en el artículo 30 de la Ley de 1962, si bien omitiendo toda explicación acerca de esta sensible modificación.

Parece, no obstante, que puede encontrarse en el mismo Preámbulo, al referirse a la búsqueda de la rapidez en la finalización de los procesos; de ahí que una vez más prevalecen las conveniencias del Estado frente al derecho de defensa.

A idéntica conclusión cabe llegar en cuanto al sistema que inspiró la Ley 10/80 de 11 de noviembre, dictada para el enjuiciamiento de los delitos dolosos menos graves y flagrantes, y que en su artículo 10. p.2., repetía, casi punto por punto, la regla de la Ley de 1967, con lo que resultaba la posibilidad de celebrar

(8) Al reiterarse esta postura en la Ley 10/80 desconociendo el recurso de anulación, podía dudarse, no obstante, de la constitucionalidad del juicio en ausencia, entiende RIVES SE-NA, Antonio. *Revista del Poder Judicial*, nº 19, septiembre 1990, pág. 55.

en ausencia del acusado juicios en los que la solicitud de pena podía alcanzar los seis años de privación de libertad, si se trataba de delitos flagrantes ⁽⁹⁾.

VII. LA LEY ORGÁNICA 7/1988 DE 28 DE DICIEMBRE

1. EL ARTÍCULO 793,1. p.2º.

Al amparo del precedente de la Ley de 8 de abril de 1967 y tras superar el Anteproyecto y el Proyecto elaborados ⁽¹⁰⁾, el artículo 793,1. p.2º. de la Ley de Enjuiciamiento ha quedado del tenor literal siguiente:

“La ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente o en el domicilio o en la persona que se refiere el artículo 789,4. 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 un año de privación de libertad o, si fuere de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años”.

A virtud de lo anterior se ha confirmado en nuestro Derecho Procesal Penal y ya de una manera general que, previos ciertos requisitos, el juicio oral no requiere la presencia del acusado y, ante la trascendencia de la consagración de este supuesto excepcional, el Preámbulo de la Ley ha creído conveniente —y ello ocurre por vez primera—, dar una explicación acerca de los motivos que han llevado al legislador a otorgar carta de naturaleza a esta situación:

“Se introduce la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado en causas por delitos no graves y bajo condiciones que garanticen, no sólo el derecho de defensa del ausente, asegurado por la intervención de su abogado defensor, sino también el derecho a recurrir en anulación contra la sentencia dictada”.

“Se pretende evitar así dilaciones inútiles que puedan redundar en perjuicio de las víctimas, siguiendo una tendencia que se observa en el Derecho Com-

(9) CALVO SÁNCHEZ, Mª Carmen, *ob. cit.*, pág. 17: “empeora con esta Ley el ya confuso modelo procesal”.

(10) El Anteproyecto recogía la fórmula de la Ley de 1967; en cambio, el Proyecto señalaba casi exactamente la actual redacción.

parado y las orientaciones de la Resolución 75⁽¹¹⁾ y de la Recomendación R(87)18, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa”.

Nunca es agradable la crítica adversa, máxime si como en el presente caso la censura no se ciñe al examen de los preceptos legales, sino que debe extenderse a las mismas razones que los autores de la Ley aducen para justificar tanto la presencia del artículo 793,1., como la del 797.

A.— Preámbulo

La expresión “se introduce la posibilidad del juicio en ausencia”, supone un desconocimiento de los antecedentes expuestos que dieron vida en nuestro Derecho a estas situaciones excepcionales, primero de forma aislada y, más tarde, con carácter general⁽¹¹⁾.

Se apunta también, como doble finalidad a conseguir, “evitar inútiles dilaciones que puedan redundar en perjuicio de las víctimas”, y es muy dudoso que, en base a la normativa vigente, puedan cumplirse estas dos aspiraciones:

a.— De una parte, la creación del llamado recurso de anulación significa que la sentencia dictada en ausencia, aunque firme en principio, se encuentra sometida a este medio de impugnación extraordinario que, además, carece de límite temporal para su ejercicio, con lo que pueden transcurrir años hasta que el ausente, haciendo uso de la facultad que la Ley le concede, decida intentar la anulación de la sentencia condenatoria⁽¹²⁾.

b.— Por paridad de razones, la protección a los perjudicados por el delito es condicionada y pendiente de la voluntad del reo quien si recurre con éxito, podrá obtener la reversión de las reparaciones e indemnizaciones satisfechas.

De ahí que, en puridad de principios, hubiera que exigir a las víctimas resarcidas, ya un afianzamiento de lo percibido, bien la no disposición de ello durante un período de tiempo, a semejanza de lo dispuesto en la vía civil.

Finaliza el Preámbulo señalando la acomodación de los nuevos artículos a las directrices fijadas en las resoluciones que se citan, lo que tampoco es entera-

(11) GIMENO SENDRA, Vicente, opina que “se introduce por vez primera en nuestro país la figura de la contumacia”. *El nuevo Proceso Penal*, 1989, pág. 116.

(12) CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, “no existe razón que justifique que el sistema que se consagra ahora es superior al de la LECrim?”. *El Nuevo Proceso Penal*, pág. 248. Por su parte CONDE PUMPIDU TOURON, Cándido, en *La reforma del Proceso Penal*, 1990, pág. 182, se permite dudar de que “estos objetivos sean alcanzables, por cuanto la reforma deja sin solución muchos de los problemas que pueden presentarse”.

mente exacto ni se ajusta a la realidad; la resolución a que se remite la Ley contiene nueve reglas que ofrecen un lógico carácter rigorista no siempre recogido en nuestro Derecho Positivo ⁽¹³⁾.

B.— El artículo 793,1. p.2.

Tres exigencias legales deben ser cubiertas para afirmar la válida celebración del juicio en ausencia del acusado:

a.— la no presencia del acusado, acompañada de la nota de injustificada.

b.— constancia de la citación, practicada en cualquiera de las formas que admite el artículo 793,1. en relación con el artículo 789,4.

c.— solicitud de una pena que no rebase el año de privación de libertad o, en su caso, los seis años si se trata de sanción penal de distinta naturaleza.

a.— *Prescribe la Ley*, y es lógico, que la ausencia del acusado carezca de justificación pues, si acredita la imposibilidad racional de asistencia al juicio oral, obvio es decir que faltará el elemento básico sobre el que construir, tanto la permisividad del enjuiciamiento como su secuela del recurso de anulación.

Ocurre, sin embargo, que la valoración de esta “no presencia” corresponde en exclusiva al órgano judicial, quien no posee más datos de valor que la no comparecencia del citado ya que, salvo casos excepcionales en que por parte del acusado se anuncie previa y oportunamente su imposible asistencia o, a la inversa, que se trate de un incompareciente contumaz, pocos por no decir ninguno serán los elementos de valor que permitirán afirmar al Juez que la ausencia es injustificada ⁽¹⁴⁾.

Parece procedente en esta tesitura reaccionar tal y como demandan las recomendaciones citadas en el Preámbulo de la Ley:

La REGLA PRIMERA dice, en efecto, que “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”; añadiendo a modo de complemento la REGLA TERCERA que “cuando el Juez compruebe que el

(13) Sin embargo, GIMENO SENDRA, V., *ob. cit.*, pág. 116, habla de que la reforma es “absolutamente respetuosa con estas recomendaciones”.

(14) Aparte de que el Juez de lo Penal carece de conocimiento acerca de la instrucción del procedimiento.

imputado que no comparece no ha sido citado, ordenará reiterar la citación si estima que la comparecencia personal es necesaria o hay razones para creer que tuvo impedimentos para comparecer”.

Claramente se desprende de estas normas una sensación de prudencia y una nota de restrictividad acerca de la celebración del juicio en ausencia que contrasta con la alegría dominante en la práctica judicial española, por lo que sería deseable que el espíritu de dichas recomendaciones se reflejase con mayor fidelidad en nuestro ordenamiento procesal.

b.— *Ha de existir constancia* de que el acusado ha sido citado en alguna de las tres formas que, a manera alternativa, indica el artículo 793,1.:

la citación personal.

designación del domicilio en que se harán las notificaciones.

determinación de la persona que las reciba en su nombre.

Es evidente que estas tres formas de citación, imprescindibles para la celebración del juicio oral en ausencia del acusado, no pueden ser valoradas de manera idéntica, dada su diferente naturaleza.

Así, y si bien la citación personal al acusado no plantea problemas pues aunque no se le informe expresamente de la acusación, se le ofrece la oportunidad de conocerla, sobre todo si dicha citación antecede en breve tiempo a la celebración del juicio, la validez y eficacia de las dos formas restantes de hacer llegar aquel dato a conocimiento del imputado son más que discutibles.

De una parte por cuanto estas designaciones se realizan en la primera comparecencia, como exige el artículo 789, cuando aún no existe una imputación concreta, lo que unido al tiempo que todavía deberá transcurrir hasta el día del enjuiciamiento, logran que la efectividad de tales citaciones disminuya sensiblemente.

En segundo lugar, el domicilio designado adquiere valor en tanto que la Ley supone que el acusado mantendrá una relación con este aspecto domiciliario, del mismo modo que, siempre en un sistema presuntivo, piensa el legislador que existirá un contacto permanente del acusado con la persona por él nominada, y que ésta le mantendrá informado de los avatares del juicio, en lo que a él se refieran.

Dice CONDE-PUMPIDU ⁽¹⁵⁾, “que la Ley no exige que se acredite que

(15) *Ob. citada*, pág. 186.

dicha persona ha informado efectivamente al acusado de la notificación, dándolo por supuesto al tratarse de la persona elegida por el acusado”, y a esta misma conclusión llegaba la doctrina del Tribunal Constitucional:

Las sentencias de 7 de julio de 1983 y 12 de marzo de 1986 proclaman que: “nadie puede alegar indefensión si ha sido originada por su propio comportamiento”, y las de 23 de abril y 27 de mayo de 1986 reiteran que “si las posibilidades de defensa resultaron mermadas o incluso reducidas a la nada como consecuencia de la propia inacción o falta de diligencia, no puede apreciarse indefensión en el sentido del artículo 24 de la Constitución, ni imputarse la misma a los actos de los Poderes públicos”.

Este criterio jurisprudencial se encuentra en franca evolución y así, las sentencias del mismo Tribunal, 92/87 de 3 de junio y 108/87 de 26 de junio, marcan ya un sentido diferente, que ha culminado en la reciente sentencia 142/89 de 18 de octubre; merece la pena destacar de ella el siguiente párrafo:

“Con mayor atención en el proceso penal, el emplazamiento y la citación han de ser realizados por el órgano judicial con todo el cuidado y respeto de las normas procesales que regulan dichos actos de comunicación, como deber específico integrado en el de la tutela judicial (STC. 157/87), dado que el emplazamiento y, en su caso la citación no son un formulismo sino una garantía para el afectado por el procedimiento, y una carga que corresponde llevar al órgano judicial, que forma parte del derecho consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española”.

En parecidos términos de cautela se pronuncia la REGLA NOVENA de la Resolución: “la persona juzgada en ausencia, pero regularmente citada, tiene derecho a ser juzgada de nuevo en la forma ordinaria si se acredita que su ausencia y el hecho de no haberla anunciado al Juez se debieron a causas ajenas a su voluntad”.

Afirma por ello CONDE-PUMPIDU ⁽¹⁶⁾ que la información de la fecha del juicio no puede acreditarse mas que “con la citación personal o sustituyendo en la persona designada su obligación de recibir notificaciones por la de comparecer en juicio para atestiguar que ha hecho llegar la notificación al acusado, de forma que si para la celebración del juicio se exige la acreditación de que la notificación llegó a poder de aquél, son prácticamente inútiles las notificaciones en la persona y en el domicilio a que alude el artículo 789,4”.

(16) *Ob. citada*, pág. 187.

En parecidos términos entiende ALMAGRO NOSETE ⁽¹⁷⁾, que “la citación en la persona designada es insuficiente y que en todo caso debe acreditarse en las actuaciones que el acusado fue informado de la fecha del juicio”; conclusiones similares a las que apunta GIMENO SENDRA ⁽¹⁸⁾: “si el Juez de lo Penal tuviera fundadas dudas de que el acusado ha cambiado su domicilio o que, en definitiva, la citación no ha podido llegar a su conocimiento, deberá suspender el juicio oral, no obstante la redacción del artículo 793, y proveer una segunda citación personal en su domicilio, real o efectivo”.

Ha tenido que ser la doctrina patria quien por lo expuesto, ha dado los primeros pasos para eliminar la situación de incertidumbre surgida de la excesiva amplitud del texto legal, reduciendo la exigencia de la citación a sus propios límites y validez.

c.— *Tercer requisito* es que la pena solicitada no exceda de un año, si fuere sanción de privación de libertad, o de seis años si se tratase de pena de distinta naturaleza.

Se marca así un criterio de limitación cuantitativo que trae su origen de la Ley del Automóvil y de la reforma de 1967, y que fue desbordado, en cambio por la Ley 10/80 de 11 de noviembre.

También en este punto la falta de claridad será fuente de dudas acerca de cómo y cuándo debe entenderse cumplido este requisito y prueba de ello es la aparición de una serie de problemas, planteados en los siguientes términos:

c'.— La regulación legal parece estar excluyendo, por falta de referencia expresa, la posibilidad del juicio en ausencia para aquellos delitos sancionados con penas pecuniarias, como señalan PORTERO, REIG y MARCHENA ⁽¹⁹⁾, aunque una interpretación sistemática del apartado, puesta en conexión con los artículos 779 y sus concordantes, permite llegar a la conclusión de que la previsión del legislador para penas restrictivas de derechos o privativas de libertad es extensible a la sanción pecuniaria que, por su propia naturaleza, tiene menor gravedad que aquéllas.

c''.— Como segunda cuestión, la solicitud que autoriza en el sentir de la Ley la celebración del juicio en ausencia es la que tiene lugar al elevar, en el

(17) ALMAGRO NOSETE, José. *El Nuevo Proceso Penal*, pág. 203.

(18) *Ob. citada*, pág. 117.

(19) PORTERO, L.; REIG, José V.; MARCHENA, M.: *Comentarios a la reforma procesal penal*, 1989, pág. 85.

momento procesal oportuno, las conclusiones a definitivas: “el punto de referencia para la viabilidad del juicio en ausencia lo representa, no la respuesta punitiva señalada para el tipo delictivo con carácter general, sino la pretensión concreta que articula la acusación, y de ahí que sean las conclusiones definitivas las que hayan de ser tomadas en consideración para cuestionar o no la posibilidad de un juicio de estas características”⁽²⁰⁾.

De este último punto resulta:

Si la pena inicialmente solicitada supera el tope de un año y a lo largo del plenario y como consecuencia de su desarrollo, la acusación disminuye la pretensión punitiva, como el acusado habrá debido estar presente en el acto del juicio oral gozará del recurso de apelación si la sentencia le fuere adversa, y con ello concluirán sus posibilidades de impugnación.

Por contra, si la pena inicial más tarde elevada a definitiva, se mantuvo dentro del año, si el acusado no estuvo presente en el enjuiciamiento podrá recurrir en apelación y, además, gozará del recurso de anulación.

Si a lo largo de los debates del plenario y por mor de ellos la sanción penal, en principio contenida dentro de los límites legales para la celebración del juicio en ausencia, se exaspera y excede de este máximo, sólo procederá, caso de ausencia, la suspensión del juicio.

c’’.— La defectuosa redacción legal ha dado pie a una cuestión de solución difícil, productora de discrepancias doctrinales, y que se plantea en los siguientes términos:

¿La celebración del juicio en ausencia es una posibilidad concedida en exclusiva a los Jueces de lo Penal —cuya competencia se extiende a delitos sancionados con pena que no exceda de seis años—, o también debe atribuirse a las Audiencias Provinciales —conocedoras de delitos sancionados con penas de seis años y un día a doce años por el procedimiento abreviado—, cuando el delito sometido a su competencia comporte una solicitud de pena no superior al año, a virtud de la degradación operada por el juego de las circunstancias concurrentes?

Las dudas surgen toda vez que el Preámbulo de la Ley se refiere a “delitos no graves”, mientras que el texto del artículo habla del “Juez o Tribunal”; aquél

(20) *Ob. y pág. citadas.*

supone una interpretación a favor de la primera de las alternativas, y el precepto legal, a favor de la segunda.

Ocurre que la expresión “delitos no graves”, acuñada por los redactores de la reforma, carece de apoyatura legal, pues el Código Penal admite dos categorías de infracciones: delitos y faltas, sin que para los primeros se establezca distinción alguna en “graves y menos graves”.

Sin embargo, la Ley 10/80 nacida para el enjuiciamiento de los delitos dolosos “menos graves y flagrantes”, apuntó ya un módulo diferencial cuantitativo al fijar los límites de aquéllos en prisión menor, coincidiendo con los artículos de la Ley Procesal que señalan este tope al referirse a los supuestos de posible conformidad del procesado, y la propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 —artículo 16—, y el nuevo y futuro texto de Código punitivo todavía pendiente de discusión parlamentaria, recogen también la aludida distinción entre delitos graves y menos graves y, posiblemente, estos criterios hayan influido en el ánimo de los redactores de la Ley.

El artículo 797 pudiera aportar un elemento útil para la resolución de este problema: dicho precepto establece que el recurso de anulación que en él se regula, previsto para los casos de enjuiciamiento en ausencia, tendrá lugar “una vez notificada la sentencia dictada en primera instancia o en apelación”, para añadir en el siguiente párrafo que la sentencia dictada en ausencia, “haya sido o no apelada”, es susceptible de ser recurrida en apelación.

A la luz del mencionado precepto es claro que deben excluirse del juicio sin la presencia del acusado las causas vistas ante las Audiencias Provinciales, por cuanto los fallos de estos órganos colegiados ni se dictan en primera instancia ni pueden ser apelados ⁽²¹⁾.

No hay, sin embargo, criterio unánime en la doctrina sobre este punto, y así, PORTERO, REIG y MARCHENA sostienen que la Audiencia Provincial se encuentra privada de la competencia de fallar en ausencia pues “su marco competencial, a la vista de lo prevenido en el artículo 82,1 de la LOPJ en relación con los artículos 14,3 y 779 de la LECrim., tiene por base en el procedimiento abreviado, los delitos sancionados con prisión mayor y, por definición, superiores al límite de un año” ⁽²²⁾.

(21) Los antecedentes señalan que este juicio en ausencia sólo estuvo permitido a los órganos unipersonales, tanto por la Ley de 1967 como por la Ley 10/80.

(22) *Ob. cit.*, pág. 85.

A la misma solución y por identidad de razones, se inclina RIVES SENA⁽²³⁾, añadiendo que la referencia del texto legal “al Tribunal” puede salvarse refiriéndola “a los casos en que un órgano colegiado conozca de delitos menos graves, por el procedimiento abreviado, caso de tratarse de persona aforada”.

Por contra, CONDE-PUMPIDU entiende que “al señalar el artículo 793 el límite de un año, no en función del delito sino de la pena, puede ocurrir que por las circunstancias convergentes, se degrade la pena hasta un año, continuando la competencia de la Audiencia Provincial”⁽²⁴⁾.

Parecida es la opinión de ARAGONESES⁽²⁵⁾, pues sobre la base de que “la expresión Juez o Tribunal impide circunscribirse a los límites de los Juzgados, ello obliga a entender que lo trascendente en este punto no es el hecho delictivo, castigado con pena inferior a un año, sino que éste es el máximo del castigo, solicitado por la acusación, que permite la celebración del juicio”.

ESCUSOL BARRA, ZARZALEJOS NIETO y GARCÍA ZARANDIETA opinan de forma similar y, con algunas vacilaciones, GONZÁLEZ-CUÉLLAR⁽²⁶⁾.

De indudable trascendencia es la postura adoptada por la Fiscalía General del Estado en su importante Circular 1/89, al manifestar que “si bien parece deducirse que, en principio, este juicio en ausencia estaba previsto para los delitos menos graves, la cita expresa en el texto legal “Juez o Tribunal” y el remitir la condición a la entidad de la pena y no a la que castiga el delito, como ocurre en los demás preceptos relativos a la competencia⁽²⁷⁾, obliga a admitir que también la Audiencia pueda celebrar estos juicios en tanto se den los requisitos del artículo 793, lo cual es lógico pues no va a estar vedado al Tribunal Superior lo que se permite al Juez de lo Penal”⁽²⁸⁾.

d.— *Las exigencias del artículo 793,1* finalizan con una doble puntuación:

- la solicitud de la acusación, con audiencia de la defensa.
- la decisión del Juez, resolviendo lo procedente.

(23) RIVES SENA, Antonio. *Revista del PJ*. citada, pág. 54.

(24) *Ob. citada*, pág. 188.

(25) ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara. *Actualidad Penal*, nº 3 de 1990, pág. 32.

(26) ESCUSOL BARRA, Eladio. *El Proceso Penal por delitos*, pág. 235. ZARZALEJOS NIETO, *El nuevo proceso abreviado*, 1989, pág. 180. GARCÍA ZARANDIETA, S. *Estudio sistemático del Procedimiento Abreviado para delitos menos graves*, 1989, pág. 52.

(27) Aunque la razón aducida es que en el Proyecto se hablaba de “recurrida o no”.

(28) RIVES SENA, Antonio, *ob. cit.*, tampoco está conforme con el punto de vista mantenido por la Fiscalía General del Estado: “resulta ciertamente discutible”, pág. 53.

A semejanza del resto de la fórmula legal, la aparente sencillez de estos postreros requisitos no ha dejado de producir cierta desorientación en los procesalistas españoles.

d'.— Se desprende del mencionado párrafo que la petición, en sentido positivo, de la acusación o de las acusaciones, si fueren varias, abre la puerta a la decisión del Juez permitiéndole pronunciarse sobre la celebración del juicio: “sólo la petición del Ministerio Fiscal o de la acusación particular relativa a la celebración del juicio en ausencia permite al órgano judicial resolver sobre la conveniencia o rechazo de tal sugerencia” ⁽²⁹⁾.

Si el Fiscal aparece como única acusación, no deberán surgir dificultades; podrán, no obstante, producirse cuando sean varias las acusaciones y éstas presenten posturas divergentes y contrarias.

En orden a determinar la primacía de una u otra acusación, a efectos de provocar una decisión judicial, el proceso penal tanto común como abreviado, parecen decidirse por una preeminencia del Fiscal, manifestada en la petición de diligencias, que deberán ser atendidas; la solicitud de sobreseimiento, también de efectos decisorios; la retirada de la acusación, determinante de una sentencia absolutoria, entre otras. Aun así, es dudoso que la petición fiscal vincule al Juez cuando sea opuesta a la de la acusación particular, a virtud de las amplias facultades que posee el órgano judicial para resolver sobre las pretensiones de las partes.

d''.— Más clara se ofrece la solución para el caso de que las acusaciones se muestren contrarias a la celebración del juicio en ausencia.

En esta tesitura no sería posible que por parte del Juzgador se acordase la continuación del proceso, aunque la defensa fuera proclive a tal prosecución, “pues el tenor literal del precepto lleva a colegir que la negativa de las acusaciones, pública o privada, obstaculizaría el expediente habilitado por el legislador” ⁽³⁰⁾.

Con ello se está dando a entender de modo indudable que la posición y petición de las acusaciones prima frente a la postura de la defensa, quien no tiene más alternativa que “ser oída” ⁽³¹⁾, con lo que esta redacción legal da pie al planteamiento de dos cuestiones:

(29) PORTERO, REIG y MARCHENA, *ob. cit.*, pág. 84.

(30) *Ob. y pág. citadas.*

(31) Por lo menos, la defensa tiene derecho a ser oída, ya que en el Anteproyecto ni siquiera figuraba esta posibilidad de audición.

si esta situación se presenta ajustada a los principios constitucionales y, en particular, a los de igualdad y tutela judicial.

cuáles sean las consecuencias de una interpretación flexible del artículo en cuestión.

En orden al primero de estos dos puntos, la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 1990, resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad 1.914/90, formulada sobre la posible oposición frontal del artículo 790 del Procedimiento Abreviado con el artículo 24 de la Constitución, desestimándola, parece concluyente y aplicable, por analogía, al presente caso: no está desamparada ni desprovista de la tutela judicial la parte acusada por la posición, en apariencia inferior, en que la coloca el artículo 793,1. p.2.

En cuanto al segundo, bien pudiera estimarse como no definitiva la interpretación que, al amparo del texto legal, rechaza la posibilidad de continuación del juicio si lo interesa la defensa, en contra del parecer de la acusación; se ha afirmado que el letrado defensor es quien se encuentra en mejores condiciones para conocer las armas y medios de su patrocinado, por lo que su opinión debería recibir una mayor consideración que la asignada por el legislador.

Sin embargo, siendo las partes acusadoras las depositarias del principio fundamental en nuestro ordenamiento procesal penal cual es el acusatorio, la negativa de las mismas a solicitar la continuación puede, y debe, ser valorada como una renuncia provisional y transitoria al ejercicio de este principio, de donde hay que concluir la irrelevancia de la petición de la defensa frente a la postura negativa de la acusación.

En cualquier caso, bueno sería ante la falta de jurisprudencia práctica que permitiera la resolución de éste como de los demás problemas que se producirán a consecuencia de las deficiencias legales, ir provocando estas situaciones no previstas a fin de que, llegando a instancias superiores, recibieran o no el refrendo de un órgano judicial que, a través de doctrina reiterada, fuera estableciendo criterios uniformes y armónicos, deseables en materias tan delicadas como las expuestas.

d'''.—Quizá uno de los pocos puntos merecedores de una crítica favorable sea la afirmación, que tiene su precedente en la Ley de 1967, de la facultad discrecional del Juez para pronunciarse en el sentido de admitir o denegar la celebración del juicio oral: será factor decisivo “que estime que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento”.

De esta guisa, será la preparación judicial la que, ponderando las peculiares características de cada caso concreto; la naturaleza del delito perseguido; las dificultades de prueba; la personalidad del delincuente; el conjunto de factores convergentes y, en particular, las posibilidades de defensa del ausente, amén claro está, del cumplimiento de las exigencias legales, le ayude a tomar una decisión, sin olvidar la vieja afirmación de la Ley de Enjuiciamiento de no subordinar nunca los intereses de la defensa a los del Estado, antes bien armonizándolos en la medida de lo posible.

d''''.— Tomada que sea la decisión judicial, ya de prosecución del juicio, bien de suspensión, guarda silencio una vez más la Ley ⁽³²⁾ sobre un punto de importancia: cuáles sean los recursos que, en previsión de tales resoluciones, puedan ejercer las partes insatisfechas con el acuerdo del Juzgador por lo que, ante este vacío legal deberá acudirse a las normas generales de la Ley y, de manera especial, a las establecidas para el procedimiento abreviado.

A su amparo resulta, y así lo señala el artículo 787, que contra los Autos del Juez de Instrucción y los del Juez de lo Penal podrá interponerse recurso de reforma y, en su caso, de queja, con más el de apelación cuando proceda.

Conectando estas disposiciones con la resolución judicial decisoria del que podría llamarse incidente de celebración o no del juicio oral, es factible llegar a estas conclusiones ante la falta de reglas legales:

Si el Juez accede a la celebración del juicio, ello se documentará en la misma acta y tal decisión no será susceptible de recurso pues se impone por analogía la aplicación de la norma que señala que contra los autos que decidan la apertura del juicio oral, no se concederá ningún recurso.

Para el caso de que el Juez, no obstante la solicitud positiva de las acusaciones, estime procedente la no continuación y disponga la suspensión del trámite, habrá que acudir de nuevo al procedimiento analógico: contra los autos denegatorios del juicio oral cabe el recurso de apelación.

Empero, el problema surge por cuanto tal recurso de apelación sólo se admite "cuando proceda", dice el artículo 787, y esté concedido por la Ley respecto de la resolución de que se trate, y como nada de esto sucede en el supuesto

(32) Incomprensible el silencio legal desde el momento que la LOPJ, en su artículo 248,4 señala que deberá indicarse si la sentencia es o no firme; recursos, plazos y órganos ante quienes puede interponerse.

que se contempla, únicamente cabría acudir al recurso de reforma y, subsidiariamente, al de queja⁽³³⁾.

2.— EL RECURSO DE ANULACIÓN DEL ARTÍCULO 797

El Procedimiento Abreviado instaurado por la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre ha corrido suerte diversa y merecido fortuna varia entre los autores; se han reconocido sus ventajas, que las tiene, mas también se han puesto de relieve sus inconvenientes y defectos, ciertamente no de escasa trascendencia⁽³⁴⁾.

Dentro de estos últimos destaca con luz propia el artículo 797 mediante el cual se ha incorporado a la Ley Procesal el llamado “recurso de anulación” y que es uno de los aspectos de la nueva normativa que, con razón, ha recibido más severa crítica por parte de la doctrina patria.

El citado precepto dispone:

“En cualquier momento en que comparezca o sea habido el condenado en ausencia le será notificada la sentencia dictada en primera instancia o apelación a efectos del cumplimiento de la pena aún no prescrita. Al notificársele la sentencia se le hará saber su derecho a interponer el recurso a que se refiere el apartado siguiente, con indicación del órgano competente y del plazo para ello”.

“La sentencia dictada en ausencia, haya sido o no apelada, es susceptible de ser recurrida en anulación por el condenado en el mismo plazo y con iguales efectos que los establecidos para el recurso de apelación. El plazo se contará desde el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia”.

Pocas veces un precepto legal ha sabido concitar de manera tan unánime como el transcrito la crítica adversa de los especialistas en Derecho Procesal que, con razón, acusan al legislador de una falta total de sistemática, ambigüedad en la redacción, empleo de fórmulas contradictorias, ausencia de claridad en su contenido y presencia de vacíos legales.

(33) De ahí que se sostenga por algunos autores la importancia adquirida por éste de queja, al haber disminuido las posibilidades de la apelación. PORTERO, REIG y MARCHENA. *Ob. cit.*, pág. 57.

(34) SERRANO GÓMEZ, Alfonso, formula una severa crítica. *Actualidad Penal*, marzo 1990.

La misma Fiscalía General del Estado en su Circular 1/89, extensa y amplia como pocas por la importancia y singularidad del tema, se veía obligada a declarar que “aceptando el fundamento y la necesidad del recurso, hay que agregar que la excesiva parquedad de su regulación deja subsistentes un gran número de problemas”.

“La Ley se limita a señalar apenas el plazo, que es el mismo de la apelación, y el día inicial de su cómputo, que será el momento en que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia, conocimiento que debe dársele en todo caso a través de la notificación prevista en el artículo 797,1 cuando comparezca voluntariamente o sea habido, y a los requisitos, trámites y efectos, para lo que se remite al recurso de apelación”.

“Todo lo demás queda entregado al juicio del intérprete, como siempre sometido a la decisión de los Tribunales que son quienes tienen la potestad constitucional de interpretar y aplicar las leyes”.

La perplejidad que emana de estas frases del propio órgano encargado de unificar los criterios de las respectivas Fiscalías marcha en lógico paralelismo con las manifestaciones doctrinales.

Con entera razón indica CONDE-PUMPIDU: “que los Tribunales tengan la potestad constitucional de interpretar y aplicar las leyes no releva al legislador de procurar que las normas legales sean claras, y que las nuevas instituciones aparezcan diseñadas con la suficiente precisión, de forma que permitan su aplicación sin excesivos conflictos y con un mínimo de uniformidad. Ello no se cumple con el establecimiento del nuevo recurso, que parece más sugerido que verdaderamente regulado”.

“Buena prueba de esto es que la escasa doctrina existente hasta el momento presenta opiniones dispares sobre su naturaleza, contenido y efectos y que por no decir, ni siquiera expresa la Ley cuál es el órgano competente para conocer del recurso”⁽³⁵⁾.

El examen del artículo 797 impone una visión por separado de los distintos supuestos y cuestiones que de él emanan, todos presididos por el denominador común de ser fuente de discrepancias doctrinales y semillero de dudas y confusiones, para llegar a una valoración final conjunta.

Hay que señalar de entrada que la precipitación en la labor legislativa, la

(35) *Ob. cit.*, pág. 223.

falta de un estudio ponderado y sereno y la escasa claridad de pensamiento de los redactores de la Ley 7/88 son factores que han desembocado en un resultado lamentable que, muy posiblemente, llevará a una modificación de los preceptos que se contemplan, so pena de querer seguir manteniendo una situación difícilmente sostenible.

Es triste consignarlo así mas, como se verá del análisis del llamado recurso de anulación, son tantas las lagunas, contradicciones y dudas existentes en la regulación legal que no parece defendible, por mucho tiempo, la doctrina contenida en este precepto.

a.— Naturaleza del recurso de anulación

Punto de importancia trascendente es el que se refiere a cuál sea la naturaleza de este medio de impugnación por cuanto la competencia, los motivos del recurso y el procedimiento a seguir son cuestiones íntimamente ligadas a la previa catalogación de la facultad que al condenado concede el artículo 797.

También aquí la Fiscalía expresa la duda de “si se trata tan sólo de un juicio rescindente encaminado a anular una sentencia firme si se acredita que no se dieron en ella las condiciones exigidas por la Ley para celebrar el juicio en ausencia, o es un juicio rescisorio que permite reexaminar el proceso en que el ausente estuvo representado y defendido por su abogado y la sentencia en él recaída, como en cualquier otro recurso de apelación, en que el Tribunal ad quem adquiere la plenitud del enjuiciamiento”.

Entiende ARAGONESES ⁽³⁶⁾ que “debe descartarse el carácter ordinario de la anulación ya que los recursos ordinarios proceden contra las resoluciones que no han ganado firmeza; mas también hay que rechazar su carácter de extraordinario contra resoluciones definitivas, para concluir afirmando que se trata de un recurso “excepcional”.

La misma calificación de excepcional le atribuye ESCUSOL ⁽³⁷⁾, sobre la base de que “las facultades del recurrente y del Tribunal ad quem no aparecen recortadas”.

Por su parte, PORTERO, REIG y MARCHENA, al amparo de que el legislador alude a la notificación de la sentencia “aún no prescrita a efectos del

(36) *Ob. cit.*, pág. 35.

(37) *Ob. cit.*, pag. 233.

cumplimiento de la pena”, llegan a idéntica conclusión acerca de la naturaleza excepcional de este recurso ⁽³⁸⁾.

Frente a GONZÁLEZ-CUÉLLAR, que entiende que el recurso en cuestión sólo tiene naturaleza rescisoria ⁽³⁹⁾, CORTÉS DOMÍNGUEZ opina que “supone en todo caso un iudicium rescindens, que decidirá si la sentencia debe rescindir por alguno de los motivos contemplados en la Ley, y un iudicium rescissorium, que enjuiciará de nuevo los hechos a que se refiere la sentencia rescindida” ⁽⁴⁰⁾ y a parecidas conclusiones llega RIVES SENA ⁽⁴¹⁾.

Esta incertidumbre trae causa de la misma regulación legal por cuanto el legislador no determina de manera diáfana en qué casos puede prosperar el recurso, limitándose a decir con frase amplia y ambigua que “toda sentencia dictada en ausencia, haya sido o no apelada, es susceptible de ser recurrida en anulación por el condenado con iguales requisitos y efectos que los establecidos para el recurso de apelación”.

Con ello y como apunta con toda razón CONDE-PUMPIDU, “el legislador deja deliberadamente en la sombra la cuestión de si el recurso de anulación se ajusta a las recomendaciones de la resolución aludida en el Preámbulo que, particularmente en la REGLA SÉPTIMA dispone que “toda persona juzgada en ausencia debe poder impugnar la sentencia a través de todos los recursos que fueran procedentes, de haber estado presente”.

Y añade que “la cuestión debió haber sido resuelta por el legislador, pues en la situación actual debe conciliarse un máximo de respeto al derecho de defensa del ausente con la necesidad de que este recurso no se convierta en fuente de injustificados privilegios” ⁽⁴²⁾.

b.— Quiénes pueden recurrir en apelación

Frente al sentido amplio de la recomendación arriba mencionada, el artículo 797 limita el ejercicio de este medio de impugnación exclusivamente al condenado; la citada expresión se reitera en la Ley lo suficiente para que no quepan

(38) *Ob. cit.*, pág. 104.

(39) GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Antonio. “Los recursos en el Procedimiento Abreviado”. *La Ley*, nº 2.234, 1989.

(40) *Ob. cit.*, pág. 249.

(41) *Ob. cit.*, pag. 57.

(42) *Ob. cit.*, pág. 232.

dudas de que el recurrente debe poseer esta condición para su legitimación activa ⁽⁴³⁾.

Junto a esta delimitación lógica y plausible, merece en cambio severo comentario la posición legal que excluye del ámbito de este recurso excepcional, al tercero civil responsable que no hubiera asistido a juicio.

El olvido es tanto más lamentable cuanto que en la redacción del artículo 793,1 se incluye como parte a este tercero, que puede ser juzgado en ausencia, previo cumplimiento de las exigencias legales y recibir, por ende, un fallo adverso; sin embargo, y de manera inexplicable, se le deja al margen de la posibilidad del ejercicio del recurso de anulación, y el vacío legal resulta aún más incomprensible si se piensa que la pena impuesta al condenado ausente no será ejecutada hasta que se presente o sea habido y haya transcurrido el plazo previsto para interponer el recurso de anulación.

Por contra, las responsabilidades civiles son exigibles desde que se dicte la sentencia en primera instancia o en apelación de suerte que el tercero civil, condenado en ausencia, se ve impotente para impugnar el fallo que le fue desfavorable y no tiene más salida que la esperanza de la posible comparecencia del condenado ausente quien, si interpone con éxito el recurso de anulación, puede beneficiar de carambola al repetido tercero civil.

Se produce así una auténtica discriminación que choca de manera frontal con los principios de igualdad y tutela judicial que consagra la Carta Magna, y que está llamada a ser planteada ante el supremo intérprete de la Constitución.

c.— Sentencias que pueden ser recurridas

Es claro, tal y como resulta del texto legal, que la sentencia dictada en ausencia precisa para encajar en el nuevo medio de impugnación, introducido por la reforma de 1988, sentido condenatorio y, además, encerrar una sanción penal que no exceda del año.

Mas, y previamente a estas condiciones generales que vedan el acceso al recurso de anulación de aquellos fallos que no sean condenatorios o que sobrepasen el límite cuantitativo señalado, existe un principio básico de estricta ob-

(43) No obstante, CORTÉS DOMÍNGUEZ considera conveniente la concesión de este recurso al que hubiera sido absuelto, y RIVES SENA estima que debería admitirse en los casos de exención de la responsabilidad criminal, mas no de la civil a tenor del artículo 20 del Código Penal. *Ob. cit.*, págs. 250 y 53.

servancia que ilumina toda la problemática relativa al trámite de admisión de las sentencias dictadas en ausencia del acusado, y que no es otro que la ausencia del imputado ha de estar totalmente justificada, lo que obliga a que dicho acusado acredite la imposibilidad racional de su presencia, y que el órgano judicial se haga eco de las razones expuestas, de forma que si el condenado no puede justificar su falta de presencia, debe rechazarse de plano la admisión del recurso previsto en el artículo 797.

Ciertamente que la Ley no alude al mencionado requisito con la debida expresividad pues se limita a referirse “al que hubiera sido condenado en ausencia”, para añadir en el segundo párrafo que es susceptible de ser recurrida en anulación “la sentencia dictada en ausencia”⁽⁴⁴⁾ pero esta falta de citación concreta no es obstáculo para conocer cuál sea el espíritu de la Ley: el acusado que, sabedor de la acusación y del juicio que contra él iba a celebrarse, y citado personalmente, dejó voluntariamente de comparecer al acto de la vista oral, no podrá accionar con éxito el recurso de anulación.

Otra cosa sería un claro abuso del Derecho, que CONDE-PUMPIDU señala acertadamente: “la ausencia injustificada no puede convertirse en fuente de privilegio, permitiendo al no asistente voluntario un tercer recurso que está vedado a los ciudadanos que sí estuvieron presentes en el juicio, ya que no parece ni siquiera respetuoso con el principio de igualdad que el ausente de modo injustificado, y regularmente citado, goce de un derecho de repetición del recurso”⁽⁴⁵⁾.

Se trata, en cualquier caso, de una cuestión que por su delicadeza, ha de ser cuidadosamente ponderada por el órgano jurisdiccional, quien “deberá evitar, de un lado que los recursos devengan imposibles por la dificultad de justificar la incomparecencia y, de otro, que la anulación se convierta en un instrumento fraudulento en manos de quien, voluntariamente, se evadió de la acción de la Justicia”⁽⁴⁶⁾.

La simple visión de la realidad de las cosas hace que no pueda ser distinto el criterio que sustenta la Fiscalía General del Estado en la reiterada Circular: “la ausencia voluntaria e injustificada del reo no puede convertirse en un privilegio ni en una fuente de fraude legal. De no ser así, podría producirse el fraude de quien, incompareciendo voluntariamente y agotando, a través de su letrado

(44) Siguiendo las directrices de las Recomendaciones aludidas en el Preámbulo.

(45) *Ob. cit.*, pág. 234.

(46) ARAGONESES, Sara. *Ob. cit.*, pág. 36.

todos los recursos, utilice últimamente esta vía para dilatar el proceso o la ejecución de condena.

El fraude de ley y la lealtad procesal son argumentos bastantes para fundamentar esta interpretación”.

d.— Competencia, motivación y procedimiento

Epígrafe íntimamente relacionado con los anteriores y en el que, también, la deficiente regulación legal y la ausencia de referencias prácticas obstaculizan una respuesta correcta y adecuada a las distintas cuestiones que pueden plantearse.

No resulta así extraño que ante la defectuosa técnica legislativa aparezcan muestras de desorientación en los procesalistas patrios; basta citar, a título de ejemplo, las siguientes opiniones:

Comenta ARAGONESES que, dado el silencio legal y al ser “la anulación un sistema de impugnación que pretende dejar sin efecto los resultados del juicio en que recayó condena, deben distinguirse las dos fases: el juicio rescindente y el juicio rescisorio; el primero a seguir por las directrices de la apelación; el segundo supone un nuevo juicio de acuerdo a las normas legales”.

“De otra parte y al amparo del sistema escalonado de nuestro proceso, en que la competencia se atribuye a órganos jurisdiccionales superiores y distintos, es dable llegar a estas conclusiones:

“la falta de indicación expresa —con la sola referencia a la apelación—, indica la naturaleza vertical de la anulación: el recurso ha de ser resuelto por un órgano jerárquicamente superior al que dictó el fallo impugnado”.

“el artículo 57,1 de la LOPJ dispone que la Sala Segunda del Tribunal Supremo conocerá de los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios —excepcionales—, que establece la Ley”.

Por lo que “la fase rescindente ha de ser atribuida en todo caso a la Sala Segunda, lo que ofrece la ventaja legal del apoyo del artículo 57,1 citado, y de ser congruente con la propia naturaleza del recurso”.

Aun así, “en la práctica ello puede resultar desmesurado, por lo que bueno sería asignar sólo al Tribunal Supremo la competencia cuando el recurso se plantease contra sentencias dictadas por las Audiencias en única instancia,

mientras que las de los Juzgados debieran ser impugnadas ante su superior jerárquico, sin que ninguna de estas soluciones sea satisfactoria ni esté exenta de crítica”⁽⁴⁷⁾.

Con el mismo criterio vacilante se expresa ZARZALEJOS al indicar⁽⁴⁸⁾, que “el recurso de anulación procede contra sentencias dictadas por el Juez de lo Penal, normalmente, aunque también es posible que el órgano sentenciador sea la Audiencia, si bien el órgano competente para la resolución de este recurso, por su naturaleza extraordinaria, será la Sala Segunda del Alto Tribunal”, y GARCÍA ZARANDIETA distingue, no con entera convicción, “que será competente la Audiencia Provincial cuando el fallo sea dictado por el Juzgado de lo Penal, y la Sala Segunda del Tribunal Supremo si emana de la Audiencia”⁽⁴⁹⁾.

Idénticas vacilaciones aparecen en GONZÁLEZ-CUÉLLAR pues, si bien comienza admitiendo que el mentado recurso procede contra todas las sentencias, ya procedan del Juzgado, bien de la Audiencia, más adelante observa que “la cuestión no es tan pacífica y resulta dudoso que puedan recurrirse en anulación las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y, de admitirse esta posibilidad, la competencia debe ser atribuida a la Sala Segunda del Tribunal Supremo”⁽⁵⁰⁾.

Y es que, resumiendo el parecer general, señala CONDE-PUMPIDU que este precepto “se limita a establecer que, al notificar la sentencia al condenado se le hará saber su derecho a interponer el recurso, con indicación del plazo y el órgano competente, delegando así en el encargado de la notificación una determinación que debería haber efectuado con toda precisión el legislador, máxime al tratarse de un recurso nuevo: la norma debería establecer con toda claridad el órgano competente en lugar de crear una situación de inseguridad”⁽⁵¹⁾.

Ante esta falta de claridad legal se va acentuando en la doctrina patria el criterio de distinguir el origen de las sentencias dictadas en ausencia, de forma que si éstas traen causa de los Juzgados de lo Penal, será órgano competente para conocer de ellas en anulación la Audiencia Provincial, con base en la remisión que el artículo 797 hace a los requisitos y efectos del recurso de apela-

(47) *Ob. cit.*, pág. 37.

(48) *Ob. cit.*, pág. 180.

(49) *Ob. cit.*, págs. 52 y siguientes.

(50) *Ob. cit.*, pág. 6.

(51) *Ob. cit.*, pág. 229.

ción, así como a lo dispuesto en el artículo 82,2 de la LOPJ reformado precisamente por la Ley 7/88.

Cuando sea la Audiencia Provincial quien haya dictado el fallo sin la presencia del acusado, el condenado podrá recurrir en anulación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, lo que tiene igualmente su apoyatura legal en el artículo 57,1 de la misma LOPJ ⁽⁵²⁾.

Sería erróneo, sin embargo, pensar que con esta sencilla parcelación quedan resueltos los problemas derivados de la asignación de competencias; antes bien aparecen cuestiones de no fácil solución.

a.— Cabe preguntarse si, ante la expresión legal “haya sido o no apelada”, el recurso de anulación puede interponerse directamente —per saltum—, o bien una vez agotadas las vías de impugnación previstas en su caso, y es indudable que se impone una respuesta negativa ya que el carácter excepcional de este recurso significa la firmeza de la sentencia pronunciada en ausencia, sin que pueda admitirse, a posteriori de la anulación, un recurso ordinario ⁽⁵³⁾.

b.— Apelada la sentencia dictada por el Juez de lo Penal, si a continuación se interpone recurso de anulación es, cuando menos, discutible que pueda conocer de su fondo la Audiencia Provincial, por cuanto debería evitarse en lo posible el “bis in idem” que se produciría al tener que resolver el mismo órgano dos veces y por el mismo procedimiento, la misma cuestión ⁽⁵⁴⁾.

c.—Apunta ARAGONESES ⁽⁵⁵⁾ la falta de un criterio para resolver el supuesto, no frecuente pero sí posible, de que el Alto Tribunal haya conocido por la vía del Procedimiento Abreviado de una causa contra un aforado, en la que se haya dictado sentencia en ausencia ⁽⁵⁶⁾.

d.— Tampoco está previsto en la Ley, señalan PORTERO, REIG y MARCHENA, el caso de haber desestimado la apelación la infracción de garantías procesales, generadoras de indefensión, con lo que surge la pregunta de si podrá ser retirada por el condenado, en el recurso de anulación, aquella infracción.

(52) Criterio seguido también por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/89.

(53) Aunque ARAGONESES se plantea esta cuestión la sentencia de 30 de octubre de 1967 lo aclara sin lugar a dudas, y la misma opinión sustenta RIVES SENA.

(54) También lo entiende así la Circular aludida de la Fiscalía General.

(55) *Ob. cit.*, pág. 37.

(56) De la sentencia 110/88 del TC se desprende que la propia Sala tendrá facultades para decretar la nulidad de la sentencia por ella dictada.

Si la respuesta es negativa y, por ende, se rechaza un replanteamiento de la cuestión ya debatida en apelación, tampoco se expresa qué órgano habrá de fundamentar la negativa: si el Juez de lo Penal, ante quien se entabla el recurso, no admitiéndolo a trámite, o la Audiencia Provincial, llamada a resolverlo.

Como indican aquellos autores, “el frontal rechazo del recurso de nulidad como atípica tercera instancia favorecedora precisamente de quien no ha ejercido su derecho a ser oído, y la inadmisión a trámite de cualquier impugnación de nulidad que persiga dilatar la ejecución del procedimiento fallado en ausencia, constituyen los principios rectores que han de informar la respuesta a estas y otras parecidas interrogantes”⁽⁵⁷⁾.

Examinada la competencia en orden al recurso de anulación, persiste el silencio legal y, por tanto, las dudas sobre los motivos que deben sustentar la interposición del mencionado medio de impugnación.

Tal estado de incertidumbre deriva de que el recurso de anulación, mal reglado, está simplemente insinuado en la Ley, que se limita a una criticable asimilación al recurso de apelación que la misma establece, siendo especialmente censurable la falta de delimitación real del recurso, esto es, de los motivos de impugnación y de los efectos que de él puedan derivarse.

Y es que “nunca pueden ser iguales los requisitos causales del recurso de nulidad en los casos de ausencia, y los del recurso de apelación pues, de admitirse ello se llegaría al absurdo de que el ausente gozaría de una tercera instancia a través del recurso de anulación.

De hecho, debe descartarse la posibilidad de que el recurso de nulidad permita una revisión integral de la sentencia dictada en primera instancia en base a un error en la apreciación de las pruebas, y tampoco sería admisible un recurso de anulación que pretendiera la revocación de la sentencia al amparo de una genérica infracción de un precepto legal o constitucional.

En definitiva, sólo las alegaciones sobre quebrantamiento de normas y garantías procesales pueden viabilizar un recurso de anulación, siempre que tengan por objeto la eliminación de un motivo de indefensión”⁽⁵⁸⁾.

Algún sector de la doctrina patria entiende que serán admisibles, y esto a virtud de la remisión y asimilación al recurso de apelación, aquellas diligencias

(57) *Ob. cit.*, pág. 104.

(58) *Ob. cit.*, pág. 105.

de prueba que no se pudieron proponer en la primera instancia; aquellas otras que debidamente propuestas, fueron indebidamente denegadas siempre que se hubiere hecho constar la oportuna protesta, y la práctica de las admitidas y no llevadas a cabo por causas que no sean imputables al recurrente, exponiendo las razones por las que se ha producido indefensión ⁽⁵⁹⁾.

Fácil es colegir de lo expuesto dos tendencias en los autores, una de sentido amplio y otra de significado restrictivo, opinión que compartimos, y a cuyo tenor, la función del recurso instaurado por la Ley 7/88 debería reducirse, única y exclusivamente, al examen de la regularidad procesal de la celebración del juicio en ausencia, como recurso totalmente extraordinario, que sería de la competencia de la Sala Segunda. De prosperar el recurso interpuesto, en esta acepción restringida, implicaría una alternativa que puede defenderse como una interpretación correctora para evitar los inconvenientes que, en torno a la seguridad jurídica, implica el recurso de anulación, concebido como una especie de apelación.

En punto al procedimiento, la sustanciación del recurso está en función de la causa indicada para fundamentarlo de suerte que, si tiene lugar por incumplimiento de los requisitos legales del juicio en ausencia, o por acreditar el acusado la imposible comparecencia, no existirá más alternativa que decretar la nulidad del juicio, reponiendo las actuaciones al momento procesal oportuno y disponiendo una nueva celebración.

Si se admite el sentido amplio de este recurso, procederá, además, el examen de los nuevos motivos alegados.

En opinión de CORTÉS DOMÍNGUEZ ⁽⁶⁰⁾, dos criterios son en este punto de inexcusable observancia:

a.— “ambas fases, rescindente y rescisoria, han de encontrarse totalmente separadas, siendo la primera determinante de la segunda: sólo se abre un iudicium rescissorium si prospera el rescindens.

b.— tanto uno como otro iudicium no pueden estar atribuidos al mismo órgano judicial; ello quiere decir que el rescindens se seguirá ante la Audiencia Provincial y el rescissorium será de la competencia del Juez de lo Penal que dictó la sentencia en primera instancia”.

Los problemas pueden hacer acto de presencia ante la remisión que el texto

(59) Así lo entiende, entre otros, ESCUSOL BARRA, Eladio. *Ob. cit.*, pág. 234.

(60) *Ob. cit.*, pág. 252.

legal hace al recurso de apelación; concretamente, si se pueden dar o no por reproducidas todas o parte de las pruebas practicadas en el juicio anterior.

El mismo autor entiende que el acusado, que por supuesto ha de hallarse presente en el nuevo enjuiciamiento ⁽⁶¹⁾, no debe verse limitado en cuanto a las pruebas que quiera y pueda presentar, mas de otra parte los principios de concentración, inmediación y oralidad que rigen el juicio oral no pueden quedar relegados al olvido, lo que viene a constituir una antinomia a superar por la doctrina y la práctica judicial.

Más acentuadas son las dudas cuando se trata de señalar el procedimiento a seguir, pues el artículo 797 se remite al recurso de apelación mientras que, y así lo veía la doctrina, el recurso de anulación se considera como un recurso excepcional, lo que es determinante de una diferente manera de proceder.

En efecto y al amparo de la norma legal habrá que seguir los pasos del recurso de apelación, siendo el superior jerárquico el llamado a resolver la impugnación. En consecuencia, si estima infracción de las garantías de defensa dispondrá la nulidad del juicio y la nueva celebración de éste por el órgano que resolvió en primera instancia.

Si, por el contrario, aprecia algún otro motivo distinto, dictará la sentencia que proceda en base a las nuevas pruebas practicadas, de acuerdo a lo establecido en los artículos 795 y 796.

En cambio, si se toma como punto de partida la naturaleza excepcional de la anulación, el órgano superior se limitará a rescindir el fallo si lo estima procedente, y devolverá siempre la causa al Juez o Tribunal de donde provenga, para la celebración del juicio, pues tal es el sistema arbitrado por la Ley en orden a un recurso excepcional como es el de revisión ⁽⁶²⁾.

Ésta parece ser la solución más conforme con los fines y la naturaleza de la anulación, y donde una vez más el silencio legal origina la lógica falta de acuerdo en los comentaristas.

e.— Plazo para la interposición del recurso

En este punto concreto el artículo 797 contiene dos previsiones, en apa-

(61) ESCUSOL BARRA, Eladio, *ob. cit.*, pág. 235, ya que de no ser así procedería la declaración de rebeldía.

(62) A tenor de lo dispuesto para el recurso de revisión en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículos 954 y ss.

riencia contradictorias, que han llamado la atención al par que la crítica negativa de la doctrina, si bien en este caso de forma en exceso rigurosa.

El párrafo primero de este controvertido artículo expresa que:

“en cualquier momento que se presente o sea habido el condenado en ausencia, se le notificará la sentencia dictada en primera instancia o en apelación”.

“al notificársele la sentencia se le hará saber su derecho a interponer el recurso, con indicación del plazo para ello y el órgano competente”.

Frente a lo anterior, el párrafo segundo establece que:

“el plazo se contará desde el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia”.

La contradicción, aparente, entre ambas expresiones legales, ha movido y no sólo a la doctrina, a buscar, y encontrar, un nuevo motivo de censura que añadir a los que ya contiene la fórmula legal, señalando los serios inconvenientes de una redacción que induce a confusiones.

Incluso la misma Fiscalía, en su repetida Circular, se ha preocupado por esta situación contradictoria, preguntándose cuál es el momento en que el penado tiene conocimiento de la sentencia y que marca precisamente el instante iniciador del cómputo para la interposición del recurso: el formal, derivado de la notificación, o el material, resultante de haber conocido por otros medios el penado, el fallo que le condenó en ausencia.

No hay en realidad, y bueno será manifestarlo en medio de tan numerosa crítica adversa, verdadera oposición entre ambos aspectos del texto legal; prueba de ello es la facilidad con que los autores que se han ocupado de este tema han encontrado una solución unánime y armónica.

Ocurre, sencillamente, que el pensamiento del legislador está claro pero, al tratar de expresarlo —y esto es frecuente por falta de preparación jurídica—, no ha sabido hacerlo con la suficiente claridad.

Lo que pretendieron los redactores de la Ley es que el momento para el cómputo del plazo comience desde que el condenado sabe el contenido de la sentencia, no del mero hecho de conocer que contra él existe una resolución condenatoria, y este conocimiento se acredita ante todo, por la notificación.

Sin embargo, si el penado ha adquirido por otros medios la certidumbre

del fallo, dicho momento, de más difícil prueba, será el apto y válido para comenzar a contar los diez días de plazo para instar el recurso de anulación.

Cabe, por lo expuesto, llegar a las siguientes conclusiones:

a.— el plazo para la interposición del recurso inicia su cómputo desde la notificación formal de la sentencia.

b.— el órgano judicial no admitirá a trámite el recurso si se presenta transcurridos diez días desde la notificación formal del fallo condenatorio.

c.— rechazará el recurso si en el iudicium rescindens se prueba que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia con anterioridad.

d.— excepcionalmente, si conocida la sentencia pero no el contenido del fallo el condenado comparece dentro de los diez días, solicitando su notificación, “el plazo se interrumpe y vuelve a contar de nuevo desde la fecha de tal notificación, pues no es dable afirmar en tal caso ni conocimiento de la sentencia ni tampoco actitud torticera o de retraso de la Justicia” ⁽⁶³⁾.

Es preciso, aunque no lo señale de forma expresa el legislador, que la notificación a que se alude ha de ser o realizarse “personalmente”, en contra de la amplitud de fórmula que contiene el artículo 789,4 al que se remite el 793,1; de esta manera aparece una desviación del criterio tradicional que se justifica en este punto, señalan PORTERO, REIG y MARCHENA, “por el tenor literal del mismo precepto que se refiere al condenado que se presente o sea habido, no menos que por las importantes consecuencias que derivan del acto mismo de la notificación” ⁽⁶⁴⁾.

Posiblemente algunos de los inconvenientes apuntados, o de la aparente confusión, pudieran haberse obviado si el texto legal hubiera seguido la orientación de la REGLA SEXTA de la resolución indicada en el Preámbulo, que expresa que: “la sentencia en ausencia debe notificarse al inculcado según las reglas de la citación, y los plazos del 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”.

f.— Efectos del recurso

La sentencia dictada en ausencia del acusado, ya sea en primera instancia,

(63) CONDE PUMPIDU, *ob. cit.*, pág. 230.

(64) Regulado en los artículos 774 y concordantes de la LEC.

bien en la subsiguiente apelación, goza de una relativa firmeza, como reconoce la misma Fiscalía General del Estado:

“Puede decirse que las sentencias dictadas en ausencia del reo tienen su firmeza sometida a una condición resolutoria. Mientras la condición no se dé, la firmeza produce todos sus efectos e, incluso, puede ser ejecutada salvo en lo relativo al cumplimiento de la pena personal.

Pero al darse la condición se resuelve la firmeza, queda sin efecto y hasta puede modificarse su contenido en todo aquello que la nueva sentencia varíe la anterior, con lo que lo ejecutado deberá retrotraerse y quedar sin efecto”.

Innecesario es resaltar que estas notas que acompañan a la sentencia pronunciada en ausencia del acusado provocan una sensible inseguridad jurídica ante la posibilidad de que el juicio celebrado devenga inútil y, sobre todo, despliegan su incertidumbre en lo que se refiere a las indemnizaciones y reparaciones de carácter civil que se hayan acordado en el fallo, ya sea en primera instancia bien en apelación.

Y es que así como la pena personal impuesta no es susceptible de ejecución en el ausente, no ocurre lo propio cuando se trata de dar aplicación a las normas que la Ley Procesal y el Código Penal contienen en lo tocante a los comisos y en lo relativo a la responsabilidad civil.

Tan es así la situación de inseguridad jurídica que se cierne sobre esta materia, nacida de la más que defectuosa redacción legal, que parece preferible a cualquier comentario personal o doctrinal trasladar las palabras que la Circular de la Fiscalía dedica a este delicado punto y que son trasunto fiel del parecer de los autores y reveladoras de las de la dificultad de solucionar muchas de las realidades que pueden presentarse.

“En el paralelo recurso civil de audiencia al rebelde ⁽⁶⁴⁾, la Ley señala un plazo transcurrido el cual ya no puede ser ejercitado y desaparece la situación de pendencia; igualmente prevé que el demandante que hubiera obtenido sentencia favorable, no puede disponer de las cosas recibidas por la sentencia hasta que transcurra dicho plazo con lo que, al producirse la revocación de la situación jurídica, la restitución de las cosas al rebelde es factible en el mismo proceso, sin graves perjuicios para ninguna de las partes.

Nada de esto se encuentra en el artículo 797,2. No existe límite temporal para el uso del recurso que queda supeditado a la presentación o captura del condenado en ausencia, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la sen-

tencia, ni se prevén medidas o cautelas para evitar los perjuicios que la eventual revocación de la ejecución del fallo de la sentencia anulada pudiera producir”.

“Surge entonces la cuestión de cómo proceder en orden a las indemnizaciones civiles ya satisfechas, a los bienes adjudicados en subasta, a las piezas de convicción y efectos del delito que cayeron en comiso y fueron enajenados en los términos del artículo 48 del Código Penal, etc.”.

“Todas estas cuestiones pueden resolverse en la nueva ejecución de sentencia o han de deferirse a la vía civil, debiendo el reo en ausencia que obtiene la revocación del fallo acudir a dicha vía para conseguir, frente a los perjudicados o terceros adquirentes de los efectos, la restitución de la cosa si procede, conforme a las normas civiles”.

“La cuestión es compleja pues juegan preceptos sobre la irreivindicabilidad de las cosas adquiridas en subasta pública; la tutela de terceros de buena fe en la Ley Hipotecaria, los de prescripción adquisitiva de buena fe con justo título; el artículo 464 del Código Civil y, en fin, una serie de normas privadas tuteladoras del tráfico de muebles e inmuebles cuya complejidad parece conducir a que sean los Tribunales de este orden y no los penales los que resuelvan las cuestiones que, respecto a las situaciones creadas al amparo de la nueva sentencia, puedan surgir”.

Nada cabe añadir a lo señalado que refleje con mayor claridad la gravedad, complejidad y difícil solución de los problemas que en el importante campo de la satisfacción al perjudicado, originan las sentencias dictadas en ausencia del condenado.

VIII. RESUMEN FINAL CRÍTICO

El Preámbulo de la Ley Orgánica 7/1988 señala la íntima relación existente entre los artículos 793,I. p.2. y 797; ambos no pueden aplicarse por separado desde el momento en que el juicio en ausencia del acusado puede devenir en una sentencia condenatoria y, para este caso, entra en juego el recurso de anulación concedido al que obtuvo un fallo adverso sin estar presente en el juicio oral.

Parece, pues, procedente, realizar una crítica de estos preceptos por separado para concluir en una visión de conjunto, si bien sentando ante todo la afirmación reiterada por el Tribunal Constitucional:

“La comparecencia personal del acusado en el proceso penal es un deber jurídico que se le impone, no un derecho que se le confiere o una carga que se le atribuye” (STC. 87/1984 de 27 de julio).

1.— El artículo 793,1. p.2.

El mencionado precepto ofrece a la consideración del procesalista defectos de monta que se han ido exponiendo a través del examen del texto legal.

Sólo a título de recordatorio, cabe señalar: la inseguridad jurídica dimanante de la forma de las citaciones admitidas por la Ley; las dificultades para la valoración de la ausencia injustificada; las dudas acerca de qué órganos judiciales pueden conocer del pleito en ausencia, con las dificultades así originadas en la práctica; la situación de la defensa, simple espectadora en el debate sobre continuación o no del procedimiento; el olvido en la mención de los recursos que pueden interponerse, en tal caso, por y contra las resoluciones que se pronuncien por el Juez o Tribunal, por citar únicamente los aspectos negativos más destacados de una regulación legal carente de sistemática, claridad y sentido jurídico, con su secuela de vacíos normativos productores de dudas y vacilaciones.

Bajo tres puntos de vista debe enfocarse el artículo en cuestión, a fin de llegar con la mayor fidelidad a un resumen objetivo e imparcial:

a.— Desde el plano de los principios informadores del Derecho Procesal, el artículo 793,1. p.2. supone una postura frontalmente contraria a los fundamentos clásicos de nuestro ordenamiento procesal penal:

desaparece el buscado equilibrio entre acusación y defensa, dando primacía a los intereses del Estado y sacrificando a él los del individuo. Quiérase o no, la ausencia del acusado disminuye sus posibilidades de lucha.

la finalidad de la pena, cuyo éxito radica en “seguir de cerca a la culpabilidad para su debida ejemplaridad”, queda relegada al olvido por simple imposibilidad física de aplicación.

el deseo, también reflejado en la Ley de Enjuiciamiento, de convertir el juicio oral en piedra angular del proceso penal, y que se reafirma en el procedimiento abreviado, no será posible de lograr desde el momento en que el acusado no estará presente en esta fase decisiva.

por idénticas razones, los principios básicos de inmediación, contradicción y oralidad, carecerán de aplicación.

b.— Atendiendo a las consecuencias prácticas del juicio en ausencia, bien puede decirse que sus ventajas pasan desapercibidas; por el contrario:

pierde toda su eficacia la sanción penal en su triple aspecto de castigo, reinserción del delincuente y satisfacción de la alarma social.

no cabe acudir al expediente de la conformidad, que la citada Circular de la Fiscalía alienta y promueve, pues supondría una mayor facilidad para el desenlace del proceso. La ausencia del acusado lo hace impracticable.

por lo mismo, tampoco podrá entrar en juego el instituto de la remisión condicional, instrumento que se ha revelado apto e idóneo para la consecución de la doble finalidad de protección del delincuente primario y resarcimiento de los perjudicados.

c.— Desde una perspectiva constitucional, el artículo 793,1 es objeto de serios reparos:

el principio de igualdad ante la Ley puede devenir conculcado al sancionar el precepto que se comenta el absurdo de conceder mayores medios de impugnación al condenado en ausencia, frente al que se somete desde un principio a la jurisdicción del Tribunal.

la tutela judicial, con el acompañamiento de derechos que contempla el artículo 24 de la Constitución, no sale airosa por la celebración del juicio en ausencia; de modo particular, la interdicción de la indefensión y el derecho a ser informado de la acusación se resienten por el enjuiciamiento sin la presencia del acusado.

2.— El artículo 797

Lamentablemente el juicio crítico de esta institución marcha paralelo a las consideraciones vertidas a propósito del artículo 793,1.

Dejando a un lado las divergencias doctrinales surgidas en torno a la naturaleza del recurso de nuevo cuño introducido por la reforma de 1988, nacen del texto legal una serie de problemas y cuestiones, ciertamente no de escasa trascendencia y respecto de cuya solución el legislador ha pasado olímpicamente.

Así, no está resuelta la problemática acerca de qué tipo de sentencias son susceptibles de acogerse a este novedoso medio de impugnación; es inconcebible el olvido del tercero civil responsable, apartado sin explicación alguna del

ámbito de este recurso; guarda silencio la Ley en torno a los órganos competentes para conocer de la anulación de las sentencias dictadas en ausencia, de los motivos de impugnación y del procedimiento a seguir en cada caso; puede inducir a confusión la determinación del momento a partir del cual se inicia el cómputo para la interposición del recurso; se pregunta la doctrina si a continuación de la anulación podrá interponerse algún otro recurso y, por último, los perjudicados por el delito que, milagrosamente, han sido resarcidos o indemnizados, ven en precario las cantidades recibidas o las cosas restituidas, creándose con ello un clima de inseguridad jurídica, insostenible en un Estado de Derecho.

Cuando los factores de un producto son negativos, difícil es que el resultado sea distinto, salvo para devenir a peor, y esto es lo ocurrido con los artículos de referencia. Malo fue permitir la celebración del juicio en ausencia, pero más penoso ha sido el remedio aportado por los redactores de la Ley 7/88.

IX. CONCLUSIONES

Aunque los frutos de la reforma legislativa se hayan hecho merecedores de una crítica negativa, ésta debe ir acompañada de la debida aportación de soluciones; es fácil censurar sin presentar una construcción positiva que remedie el caos legislativo.

Es necesario, y con carácter urgente, una modificación en profundidad de los artículos 793,1. p.2. y 797, cuando no una derogación de los mismos, que sería quizá lo procedente en razón de los múltiples defectos que en ellos se aprecian.

Mas, de no optarse por esta solución radical, la devolución a nuestro Derecho Procesal Penal de su fisonomía tradicional —con lo que lleva de respeto a los derechos del individuo y el mantenimiento de la seguridad jurídica imprescindible—, pasa por estos cambios:

1.— Admitir el juicio en ausencia para delitos señalados con penas de menor duración, como podría ser de hasta seis meses de privación de libertad y teniendo en consideración no la sanción solicitada, sino la asignada al tipo delictivo, con lo que quedaría reducida la posibilidad legal a causas cuyo conocimiento correspondería a los Jueces de lo Penal.

Con ello se lograría el enjuiciamiento sin la presencia del acusado para infracciones de menor gravedad, como expresa el Preámbulo de la Ley.

2.— Exigir la citación personal como requisito indispensable para el enjuiciamiento, al ser la única forma segura de hacer llegar a conocimiento del imputado la acusación que contra él existe, y siendo el momento más lógico para ello darle traslado cuando las partes acusadoras formulen su escrito en tal sentido; no sería desdeñable la idea de hacer comparecer al acusado en el Juzgado para cumplir el trámite de la notificación.

3.— Suprimir, no obstante los inconvenientes de índole constitucional, el recurso de anulación, que se ha revelado como fuente de inseguridad e incertidumbre jurídicas; se evitaría que la Justicia quedara paralizada en función de la voluntad del condenado al tiempo que tampoco los perjudicados resarcidos se verían abocados a una situación de pendencia derivada de la interposición de un recurso, siempre en base del libre arbitrio del ausente.

Como mal menor, debería marcarse un plazo, concreto y breve, para la interposición transcurrido el cual devendría firme la sentencia dictada en ausencia, y con indicación clara del órgano ante quien recurrir, de los motivos y del procedimiento.

4.— En esta línea de admisión, adoptar las medidas precisas para garantizar la situación de los perjudicados que hubieran sido resarcidos en el fallo dictado en ausencia.

Posiblemente estas conclusiones —por supuesto puramente personales—, pudieran en algún punto parecer excesivas, sobre todo en lo tocante a la supresión de los artículos de referencia, mas es bueno indicar que la doctrina patria se ha mostrado igualmente rigurosa con este sistema legal.

Opina ARAGONESES ⁽⁶⁵⁾ que “es preocupante que una reforma legal tan significativa como la operada por la Ley 7/88 ofrezca un resultado tan desolador por falta de sistemática en la ordenación normativa y vacíos legales, en materia tan específica como la ausencia del acusado”, y CORTÉS DOMÍNGUEZ considera que “sólo razones de dudosa economía procesal pueden justificar la existencia de las normas examinadas”, añadiendo que “la práctica dirá, a la vista del juego de los artículos 793,1 y 797, si no se ha escogido un sistema procesalmente mucho más caro en medios y tiempo, y mucho menos eficaz en la práctica.” ⁽⁶⁶⁾.

(65) *Ob. cit.*, pág. 29.

(66) *Ob. cit.*, pág. 248.

Para CALVO SÁNCHEZ, “parece evidente que en materia de la regulación de la ausencia no sólo hemos retrocedido respecto de la legislación anterior, sino que nos estamos alejando de posiciones más moderadas y modernas” y RIVES SENA, en similar sentido, reprocha a la Ley la parquedad de la regulación “al haber dejado todo o casi todo a la improvisación, lo que es en extremo censurable”⁽⁶⁷⁾.

Como resumen final, puede afirmarse con PORTERO, REIG y MARCHE-NA que “una hábil utilización del recurso de nulidad que la Ley concede al condenado en ausencia puede conducir, en la práctica, a una exasperante dilación del proceso penal, opuesta a los principios constitucionales que informan aquél. De ahí que buena parte del éxito o del fracaso, no ya del proceso abreviado sino del propio sistema de justicia penal va a depender, en buena medida, de la creatividad interpretativa de que sean capaces los Tribunales a la hora de aproximarse a las normas reguladoras de tan controvertido recurso”⁽⁶⁸⁾.

En cualquier caso lo que sí se muestra evidente es que la doble finalidad perseguida por la Ley —evitar inútiles dilaciones y proteger a las víctimas del delito—, está muy lejos de conseguirse a través de los artículos que, en aras de estas aspiraciones, instrumentó la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre.

(67) CALVO SÁNCHEZ, M^a Carmen, *ob. cit.*, pág. 24. RIVES SENA, Antonio. *Ob. cit.*, pág. 66.

(68) *Ob. cit.*, pág. 105.